



UNIVERSITAS INDONESIA

**PELAKSANAAN HAK ASUH ANAK ATAS
PENETAPAN PENGADILAN YANG
BERKEKUATAN HUKUM TETAP DI INDONESIA
(Studi Kasus Penetapan No. 946/Pdt.P/1998/PN.Sby)**

SKRIPSI

**ADIAR ADRIANTO
050500701X**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM SARJANA
DEPOK
JULI 2009**



UNIVERSITAS INDONESIA

**PELAKSANAAN HAK ASUH ANAK ATAS
PENETAPAN PENGADILAN YANG
BERKEKUATAN HUKUM TETAP DI INDONESIA
(Studi Kasus Penetapan No. 946/Pdt.P/1998/PN.Sby)**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum

**ADIAR ADRIANTO
050500701X**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
KEKHUSUSAN HUKUM ACARA
DEPOK
JULI 2009**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Skripsi ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : ADIAR ADRIANTO

NPM : 050500701X

Tanda tangan :

Tanggal : 28 Juni 2009



HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh:

Nama : Adiar Adrianto
NPM : 050500701X
Program Studi : Ilmu Hukum (Program Kekhususan Hukum Acara)
Judul Skripsi : Pelaksanaan Hak Asuh Anak Atas Penetapan Pengadilan
Yang Berkekuatan Hukum Tetap Di Indonesia

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Retno Murniati, S.H., M.H. (.....)

Pembimbing : Disriani Latifah, S.H., M.H. (.....)

Penguji : Chudry Sitompul, S.H., M.H. (.....)

Penguji : Juzak Sanip, S.H. (.....)

Penguji : Arman Bustaman, S.H. (.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 6 Juli 2009

KATA PENGANTAR

Tiada daya dan upaya kecuali karena Allah SWT Yang Maha Agung. Puji syukur penulis sampaikan kehadiran Rabbi sang penggenggam hati, atas rahmat, izin, pertolongan, dan skenario –Nya lah penulis dapat menyelesaikan buah karya ini. Penulis akan sekuat hati meyakini bahwa rahmat Allah SWT tersebar di seluruh pelosok dunia ini

Adapun penyusunan skripsi ini dimaksudkan sebagai salah satu persyaratan dalam menyelesaikan kuliah pada Program Reguler Fakultas Hukum Universitas Indonesia Kekhususan Hukum Tentang Kegiatan Ekonomi. Penulisan ini diharapkan dapat memberikan manfaat yang sebesar-besarnya bagi berbagai pihak yang berkepentingan atas masalah ini.

Tiada kesempurnaan kecuali milik Allah SWT. Penulis sadar skripsi ini sangat jauh dari sempurna. Untuk itu penulis harapkan saran dan kritik yang membangun agar kita bisa bersama sama menjadi manusia yang berilmu yang bisa menciptakan karya-karya yang jauh lebih baik dari skripsi ini.

Dalam kesempatan ini juga Penulis mengucapkan terima kasih yang tulus dan rasa hormat yang tinggi kepada berbagai pihak yang telah membantu dalam penyelesaian skripsi ini, yaitu :

1. Orang tua saya tercinta, Fajar Xasmaran Sudarto dan Sri Murniati, yang memberikan pengaruh psikologis yang sangat berarti bagi saya. Nasehat-nasehat dan segala contoh kehidupan dari mereka berdua tidak akan pernah saya lupakan.
2. Ibu Retno Murniati, S.H., M.H., Dosen Pembimbing I di tengah kesibukannya tetapi tetap mampu menyempatkan diri untuk memberikan petunjuk, bimbingan dari sisi materi skripsi serta memberi motivasi dan semangat untuk menyelesaikan skripsi ini. Terima Kasih atas nasehat dan semangatnya.
3. Ibu Disriani Latifah, S.H., M.H., Dosen Pembing II terima kasih atas nasihat, arahan, dan yang terpenting adalah suri tauladan yang baik untuk diri saya pribadi.

4. Bapak Prof. Safri Nugraha S.H., LL.M., P.hd Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
5. Bapak Chudry Sitompul, S.H., M.H., Ketua Program Studi Hukum Acara Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
6. Bapak Yoni Agus Setyono S.H., M.H., Dosen Pembimbing Akademis yang telah membuktikan bahwa Pembimbing Akademis tidak hanya diperlukan untuk meminta tanda tangan pada kartu ujian saja.
7. Staf Pengajar, Pimpinan dan Sekretariat Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah banyak membantu penulis dalam perkuliahan.
8. Sahabat-sahabat seperjuangan saya : Syarif; Taqi, Afu, Irman, Openk, Akbar, Opiek, Try; Zikri. Teman-teman FHUI lainnya yang tanpa mengurangi rasa persaudaraan, tidak bisa saya sebutkan satu persatu. Sebut saja misalnya Don, Koben, Zack, Geno, Andi, Ilham, Aji, Fajri, Sule, Ilham juga teman-teman pertama saya di dunia kampus Afdhal, Andris, Badi, Yura, dan Yulia.
9. Teman-teman yang semulia kencana, Desika, Imam, Egie, Ferly, dan Astari. Saya tidak akan melupakan waktu di saat kita tumbuh bersama, saya sangat bersyukur dapat berkembang bersama mereka.
10. Keluarga besar SERAMBI, BEM FHUI yang telah memberikan kesempatan bagi saya untuk meningkatkan kemampuan dan pemahaman tentang organisasi.
11. Guru-guruku tersayang dari mulai taman kanak kanak sampai saat ini, terima kasih dan penghargaan setinggi-tingginya dari anak didikmu yang ingin terus menimba ilmu.

Serta semua pihak yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, atas bantuan dan dukungan yang begitu besar artinya bagi penulis, Semoga Allah SWT selalu melimpahkan rahmat dan hidayah-Nya kepada kita semua dan kebaikan serta ketulusan kita mendapatkan ganjaran pahala dariNya Amin ya robbal alamin.

Jakarta, Juli 2009

Adiar Adrianto

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Adiar Adrianto
NPM : 0505000701X
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Skripsi

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (Non-exclusive Royalty- Free Right)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

**Pelaksanaan Hak Asuh Anak Atas Penetapan Pengadilan Yang Berkekuatan
Hukum Tetap Di Indonesia**

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmediakan/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), merawat, dan mempublikasikan tuga akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok
Pada Tanggal : Juli 2009
Yang menyatakan,

(Adiar Adrianto)

ABSTRAK

Nama : Adiar Adrianto
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Pelaksanaan Hak Asuh Anak Atas Penetapan Pengadilan Yang Berkekuatan Hukum Tetap Di Indonesia

Penetapan hak asuh anak adalah produk hukum yang dikeluarkan oleh Pengadilan yang memberi keputusan kepada bapak atau ibukah anak akan diserahkan pengurusannya ketika terjadi perceraian antara keduanya.. Penetapan hak asuh anak tidak serta merta menggugurkan kewajiban dan kekuasaan orang tua pada anak-anak, kewajiban orang tua untuk mendidik dan memelihara anak tetap melekat pada orang tua sampai si anak dewasa. Pelaksanaan atas penetapan hak asuh anak yang telah berkekuatan hukum tetap, pada beberapa kasus sulit untuk dilaksanakan karena pelaksanaannya hanya bergantung pada itikad baik pihak yang dikalahkan serta belum ada pengaturan yang secara tegas mengakomodir hal tersebut.

Kata Kunci:

Hak Asuh Anak, Penetapan, Berkekuatan Hukum Tetap, Pelaksanaan Hak Asuh Anak

ABSTRACT

Name : Adiar Adrianto
Study Program : Law
Tittle : The Implementation of Child Custody based on Legally Binding Decree in Indonesia.

Decree of child custody is a product sentence that issued by Court that give decision to father or mother whom child will be turn over its management while happens divorce among both.. Decree of Child Custody at a moment's doesn't abort liabilities and parent power on children, parent still have the responsibility to teach and care child untill the child grown up. The Implementation of Child Custody based on Legally Binding Decree, in many case have a difficulty tendency to be executed because performing it just dependent on good intention party that didn't have child custody and there aren't available arrangement that regulate it.

Key Word: Child Custody, Decree, Legally Binding, Implementation of Child Custody

Daftar Isi

HALAMAN JUDUL.....	i	
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii	
LEMBAR PENGESAHAN	iii	
KATA PENGANTAR	iv	
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI ILMIAH	vi	
ABSTRAK	vii	
ABSTRAK VERSI INGGRIS	viii	
DAFTAR ISI.....	ix	
BAB I	PENDAHULUAN	
1.1	Latar Belakang Masalah..... 1	
1.2	Pokok Permasalahan	5
1.3	Tujuan Penulisan.....	5
1.4	Definisi Operasional	6
1.5	Metode Penelitian	7
1.6	Sistematika Penulisan	8
BAB II	TINJAUAN UMUM MENGENAI HUKUM PERKAWINAN	
2.1	Pengertian Perkawinan.....	10
2.2	Unsur-Unsur Perkawinan	15
2.3	Akibat Hukum Perkawinan terhadap Hubungan Orang Tua dan Anak	18
2.3.1	Kedudukan Anak dalam Perkawinan	18
2.3.1.1	Tanggung Jawab Orang Tua terhadap Anak	21
2.4	Putusnya Perkawinan Menurut Undang-Undang Perkawinan	24
2.4.1	Pengertian dan Pengaturan Putusnya Perkawinan	24
2.4.2	Putusnya Perkawinan Karena Perceraian dan Akibatnya ..	25
2.5	Hak Asuh Anak dan Perwalian Berdasar Undang-Undang Perkawinan	29

BAB III	TINJAUAN PENETAPAN HAK ASUH ANAK	
3.1	Pengajuan Permohonan Penetapan Hak Asuh	34
3.1.1	Pengertian Yuridis Permohonan	34
3.1.2	Landasan Hukum Yurisdiksi Voluntair	36
3.2	Fundamentum Petendi dan Petitum Permohonan	40
3.3	Proses Pemeriksaan Permohonan.....	42
3.4	Putusan Permohonan.....	44
3.5	Kekuatan Pembuktian Penetapan.....	45
3.6	Upaya Hukum terhadap Penetapan.....	46
3.7	Upaya Meluruskan atau Koreksi Terhadap Permohonan Yang Keliru.....	49
3.8	Eksekusi Menurut HIR.....	51
3.9	Pengaturan Pemeliharaan Anak serta Kekuasaan Orang Tua di Negara-Negara Lain.....	54
BAB IV	STUDI KASUS DAN ANALISIS	
4.1	Kasus Posisi	66
4.2	Analisis Kasus.....	73
BAB V	PENUTUP	
5.1	Kesimpulan	89
5.2	Saran.....	91

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN-LAMPIRAN

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Putusnya perkawinan membawa akibat hukum tidak hanya pada hubungan kedua belah pihak yang diputus perkawinannya dan harta benda mereka semata, tetapi juga pada anak-anak yang lahir dalam perkawinan. Perkawinan di Indonesia berdasar Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pasal 38 dapat putus dikarenakan beberapa hal yakni kematian, perceraian, dan atas keputusan pengadilan. Terhadap putusnya perkawinan yang diakibatkan oleh kematian maupun putusan pengadilan, tidak ada suatu mekanisme keberatan yang diajukan oleh pihak lain yang turut serta dalam perkawinan. Lain halnya dengan perceraian, ada suatu mekanisme gugatan dimana salah satu pihak merasa ada kepentingannya yang dilanggar oleh pihak lain. Hal tersebut menjadikan proses putusnya perkawinan dengan perceraian lebih kompleks bila dibandingkan dengan kematian atau putusan pengadilan.

Perceraian terjadi dikarenakan beberapa alasan, namun terhadap alasan-alasan tersebut diberikan suatu pembatasan yang ketat. Artinya tanpa adanya alasan yang dapat diterima secara hukum, maka dipastikan tidak akan ada suatu perceraian. Salah satu sebab yang sering dijadikan alasan untuk mengajukan suatu gugatan perceraian adalah kehidupan rumah tangga antara suami istri yang sudah tidak harmonis atau tidak dapat diharapkan untuk hidup rukun lagi. Lembaga perceraian hendaknya hanya dilakukan sebagai tindakan yang terakhir setelah usaha dan segala daya upaya yang telah dilakukan guna perbaikan kehidupan perkawinan ternyata sudah tidak dapat ditempuh kembali kecuali hanya dengan dilakukannya perceraian antara suami istri.¹ Lembaga perceraian ini pada dasarnya tidak sesuai dengan tujuan perkawinan menurut pasal 1 Undang-Undang Perkawinan yang menyatakan bahwa :

¹ Jamil latif, *Aneka Hukum Perceraian di Indonesia*, Cet.2, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal. 30

Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan yang maha esa.²

Pertimbangan dari pasal tersebut adalah bahwa sebagai Negara yang berdasarkan Pancasila dimana sila pertamanya adalah Ketuhanan Yang Maha Esa, maka perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan agama, sehingga perkawinan bukan hanya saja mempunyai unsur lahir/jasmani, tetapi juga unsur batin/rohani juga mempunyai peran yang sangat penting.³

Kata kekal dalam pasal di atas, berarti sebuah perkawinan itu dilangsungkan untuk waktu selama-lamanya dan bukan merupakan sebuah permainan yang bisa dilangsungkan untuk waktu sesaat. Dengan terjadinya perceraian maka berakhir pulalah sebuah perkawinan. Saat berakhirnya sebuah perkawinan maka hubungan-hubungan hukum yang ada sebelumnya menjadi tidak berlaku lagi. Termasuk didalamnya adalah berubahnya status hubungan anak dengan orangtuanya. Oleh karena itu jika perkawinan diputus oleh hakim maka harus pula diatur tentang hak asuh terhadap anak-anak yang masih dibawah umur.

Undang-Undang Perkawinan pada dasarnya mempersukar terjadinya suatu proses perceraian. Untuk memungkinkan terjadinya perceraian harus ada alasan-alasan tertentu yang diajukan dalam proses persidangan. Selain itu kepentingan anak adalah aspek utama yang diperhatikan dalam peraturan perundangan ini apabila terjadi perceraian, dimana dalam Undang-undang Perkawinan pasal 41 (a) dinyatakan bahwa:

² Indonesia (1), *Undang-Undang Tentang Perkawinan*, UU No. 1 Tahun 1974, LN No. 1 Tahun 1974, TLN No. 3019, pasal 1

³ Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam: Suatu Analisa dari Undang-Undang No. 1 tahun 1974 dan kompilasi Hukum islam*, Cet.2, (Jakarta : Bumi Aksara, 1996), hal. 2-3

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak.⁴

Menjadi masalah adalah ketika para pihak yang terlibat dalam proses perceraian masing-masing merasa mampu untuk memenuhi kepentingan anaknya, satu sama lain tidak ada yang mau mengalah untuk mendapatkan hak pengasuhan anak dan menuding pihak lain tidak mampu untuk melaksanakan pengasuhan tersebut. Padahal seharusnya kepentingan anak adalah yang utama dalam hak asuh anak itu. Oleh karena itu salah satu solusi untuk memecahkan masalah itu adalah dengan adanya penetapan hak asuh anak yang dikeluarkan dalam proses perceraian.

Penetapan hak pengasuhan anak ini ditetapkan oleh hakim setelah mendengar keluarga dari pihak bapak maupun dari pihak ibu yang erat hubungannya dengan anak-anak tersebut. Hakim bebas menetapkan kepada siapakah hak asuh anak itu akan diberikan, apakah akan diberikan kepada ibunya atau kepada bapaknya. Hal itu tergantung dari siapa pihak yang paling cakap atau melihat dari kepentingan anak. Namun terkadang pihak yang kalah dalam perebutan hak asuh anak itu tidak bisa menerima begitu saja penetapan dan melakukan upaya hukum ke tingkat yang lebih tinggi untuk mendapatkan hak asuh anak. Bahkan pada beberapa kasus ketika telah ada putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap sekalipun mengenai penetapan hak asuh anak, pihak yang kalah belum dapat menerimanya sehingga tetap memegang kendali anak-anaknya. Dalam hal ini yang menjadi masalah adalah pelaksanaan atau eksekusi dari penetapan akan hak asuh anak tersebut.

Penetapan hak asuh anak sebagai akibat dari perceraian seringkali jatuh bersamaan dengan putusan perceraian dari kedua orangtuanya, namun pada hakikatnya upaya hukum yang dilakukan sebelum jatuhnya putusan atau penetapan yang berkekuatan hukum tetap di antara suatu putusan dan penetapan itu berbeda.

⁴ Indonesia (1), *Op. Cit.*, pasal 41 (a)

Sebagai bentuk ketidakpuasan terhadap suatu putusan, maka orang yang kalah dalam suatu proses persidangan dapat mengajukan upaya hukum banding. Sedangkan upaya hukum untuk suatu penetapan adalah kasasi. Setelah tidak ada lagi upaya hukum yang dilakukan terhadap putusan maupun penetapan itu maka hal itu berarti putusan atau penetapan itu telah berkekuatan hukum tetap. Mekanisme pelaksanaan suatu putusan atau penetapan dalam hukum perdata di Indonesia dilakukan melalui itikad baik dari pihak yang dikalahkan, ketika seorang yang kalah itu tidak juga melaksanakan putusan pengadilan tidak ada suatu mekanisme penjera tertentu yang dapat diberlakukan kepadanya. Yang ada dalam hukum perdata adalah penjeran berupa penyitaan. Sedangkan dalam *Herziene Indische Regeling* (HIR) atau Undang-Undang Hukum Acara Perdata sendiri dinyatakan bahwa pelaksanaan atas suatu putusan dalam hukum acara perdata yang berupa penyitaan senantiasa dikaitkan dengan barang.

Ada tiga macam eksekusi yang dikenal oleh Hukum Acara Perdata, yaitu:

- a) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 196 HIR dan seterusnya, dimana seseorang dihukum untuk membayar sejumlah uang.
- b) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 225 HIR dimana seseorang dihukum untuk melaksanakan suatu perbuatan.
- c) Eksekusi Riil, yang dalam praktek banyak dilakukan akan tetapi tidak diatur dalam HIR.

Dengan dasar hukum yang ada saat ini, amatlah sulit untuk menjalankan penetapan hak asuh anak yang sudah dimenangkan oleh salah satu pihak kepada pihak lainnya. Hal ini memungkinkan terjadinya suatu penyelundupan hukum, karena inti perkara yang dimenangkan dalam penetapan hak asuh anak adalah orang atau anak dan bukannya dalam bentuk suatu kerugian atau barang tertentu. Oleh karena itu tidak mungkin dilakukan penyitaan terhadap orang. Padahal di beberapa Negara lain terutama yang menganut sistem hukum *Anglo Saxon* seperti Inggris, hal tersebut tidak menjadi masalah dikarenakan ada suatu mekanisme tertentu yang memungkinkan putusan atau penetapan dalam bidang hukum perdata dapat langsung dijalankan. Pada Negara-negara *Anglo Saxon* hukum perdata atau hukum yang mengatur suatu

individu dengan individu lainnya sangat diperhatikan. Selain itu pengaturan mengenai hak asuh anak di Belanda, sebagai negara yang hukumnya diadopsi menjadi hukum Indonesia, telah jauh berbeda dengan pengaturan hak asuh anak yang ada di Indonesia saat ini.

Berdasar beberapa masalah yang dikemukakan di atas penulis mengangkat judul “Pelaksanaan Hak Asuh Anak Atas Penetapan Pengadilan Yang Berkekuatan Hukum Tetap Di Indonesia” untuk meneliti bagaimana agar pelaksanaan penetapan hak asuh anak itu tidak lagi menjadi masalah di kemudian hari.

1.2 Pokok Permasalahan

Berdasar latar belakang yang telah penulis ungkap di atas, penulis mengajukan beberapa permasalahan yang akan penulis bahas dalam tulisan ini yakni:

1. Bagaimanakah peraturan perundang-undangan di Indonesia mengatur mengenai mekanisme penetapan hak asuh serta upaya hukum apa yang dapat diajukan sebagai bentuk perlawanan dari penetapan tersebut ?
2. Bagaimana pelaksanaan eksekusi hak asuh anak dari suatu penetapan hak asuh anak dari pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap (Penetapan No.946/Pdt.P/1998/Pn.Sby)?

1.3 Tujuan Penulisan

Adapun tujuan dari penulisan skripsi ini adalah:

1. Untuk mengetahui bagaimana peraturan perundang-undangan di Indonesia mengatur mengenai mekanisme penetapan hak asuh anak serta upaya hukum apa yang dapat diajukan sebagai bentuk perlawanan dari penetapan tersebut
2. Untuk mengetahui pelaksanaan eksekusi hak asuh anak dari suatu penetapan hak asuh anak dari pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap

1.4 Definisi Operasional

Penulis menganggap perlu untuk memberikan pembatasan-pembaasan terhadap beberapa pengertian untuk memperoleh suatu definisi yang digunakan dalam penulisan skripsi ini, yaitu:

1. Perkawinan

” perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa”⁵

2. Perceraian

“1 perpisahan; 2 perihal bercerai (antara suami istri); perpecahan”
 “cerai; 1 pisah; 2 putus hubungan sebagai suami istri; talak”⁶

3. Anak

”seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan.”⁷

4. Perwalian

”pegawasan terhadap pribadi dan pengurusan harta kekayaan seorang anak yang belum dewasa jika anak itu tidak berada di bawah kekuasaan orang tua”⁸

5. Kuasa asuh

”kuasa asuh adalah kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuhkembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan kemampuan, bakat, serta minatnya”⁹

⁵ Indonesia (1), *Op. Cit.*, pasal 1

⁶ [Http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php](http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php), diakses pada tanggal 16 Juni 2009

⁷ Indonesia (2), *Undang-Undang Tentang Perlindungan Anak*, Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002, LN No. 109, TLN No. 4235, pasal 1 angka 1

⁸ Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Perikatan: Menurut KUH Perdata (BW)*, cet.3, (Jakarta : Bina Aksara, 1986), hal. 156

⁹ Indonesia (2), *Op, Cit.*, pasal 1 angka 15

1.5 Metode Penelitian

Dalam penulisan ini, alat pengumpulan data yang akan digunakan salah satunya adalah studi dokumen. Studi dokumen merupakan suatu alat pengumpulan data yang dilakukan melalui data tertulis dengan mempergunakan content analysis.¹⁰

Content analysis adalah ” *any technique for making inferences by objectively and systematically identifying specified characteristics of messages*” (Ole R. Holsti, 1969).¹¹ Artinya kurang lebih adalah suatu teknik untuk membuat suatu kesimpulan secara objektif dan mengidentifikasi secara sistematis karakteristik tertentu dari sejumlah pernyataan.

Berdasarkan metode tersebut, penulis dihadapkan pada pembahasan yang memfokuskan perhatiannya pada sumber-sumber kepustakaan, sehingga data yang diperoleh merupakan data sekunder. Literatur-literatur yang ditelusuri merupakan literatur yang berupa bahan hukum primer, yaitu peraturan perundang-undangan yang terkait dengan hukum perdata dan hukum acara perdata. Selain itu penulisan tulisan ini juga mengacu pada literatur yang berupa bahan hukum sekunder yakni berupa hasil-hasil karya dari kalangan hukum seperti skripsi, tesis, disertasi, buku, artikel, serta makalah-makalah yang berkaitan dengan penelitian ini, serta bahan hukum tersier yang berupa kamus hukum dan sumber-sumber lainnya yang dapat digunakan untuk membahas dan memberi penjelasan serta data yang lebih mendalam.

Dalam analisa dan pengolahan data dari penulisan ini digunakan pendekatan kualitatif, yakni mengedepankan pengolahan dan analisa data-data yang berasal dari bahan hukum sekunder.

¹⁰ Sorjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, cet. Ke-III, (Jakarta : Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1986) hal. 21

¹¹ *Ibid.*, hal. 22

Sedangkan tipologi penelitian dalam penelitian ini yaitu penelitian deskriptif (analitis), dimana penelitian ini bertujuan untuk menggambarkan secara tepat sifat daripada suatu keadaan atau gejala.¹² Dari sudut penerapannya maka penelitian ini adalah penelitian murni (atau disebut juga dengan penelitian dasar atau *pure research*), yaitu penelitian yang bertujuan untuk pengembangan ilmu atau teori.¹³

1.6 Sistematika Penulisan

Dalam penulisan tulisan ini penulis menggunakan suatu sistematika penulisan agar tulisan yang penulis ajukan tertata dengan rapi dan sesuai dengan tata cara penulisan tulisan yang baik. Adapun tulisan ini dibuat dalam lima bab, yakni:

BAB I : PENDAHULUAN

Pada bab ini penulis menguraikan latar belakang masalah yang merupakan alasan mengapa penulis mengangkat tulisan ini; pokok permasalahan yang nantinya akan penulis bahas pada bab-bab selanjutnya; tujuan penelitian dari tulisan ini; definisi operasional yang menjadi landasan berpikir penulis; metode penelitian; dan sistematika penulisan.

BAB II : TINJAUAN UMUM MENGENAI PERKAWINAN

Pada bab ini penulis membahas mengenai tinjauan hukum mengenai hak asuh anak sebagai kerangka dasar dalam tulisan ini, dimana dalam sub pokok pembahasannya penulis menjelaskan mengenai pengertian, unsur-unsur dan akibat hukum perkawinan terhadap kedudukan orang-tua dan anak; putusnya perkawinan serta akibat hukum dari putusnya perkawinan; serta perwalian dan hak asuh anak.

¹² Sri Mamudji, *et.al.*, *Metode Penulisan dan Penelitian Hukum*, (Depok : Badan Penerbit Alumni), hal.4

¹³ *Ibid.*, hal.5

BAB III : PENETAPAN HAK ASUH ANAK

Pada bab ketiga penulis membahas mengenai penetapan hak asuh anak, dimana dalam sub pokok bahasannya penulis menguraikan prosedur penetapan hak asuh anak, yang dimulai dari pengajuan permohonan; fundamentum petendi dan petitum permohonan; proses pemeriksaan permohonan; putusan permohonan; kekuatan pembuktian penetapan; upaya hukum yang dilakukan hingga pemberian hak asuh anak berkekuatan hukum tetap; upaya meluruskan atau koreksi terhadap permohonan yang keliru; bagaimana eksekusi dari hak asuh anak itu sendiri; serta pengaturan mengenai hak asuh anak dan pelaksanaannya di negara-negara lain.

BAB IV : STUDI KASUS DAN ANALISIS

Pada bab ini penulis membuat studi kasus dan analisis, maksud dari bab ini sendiri adalah menganalisis secara mendalam penetapan pengadilan negeri Surabaya Nomor 946/Pdt.P/1998/PN.Sby., tertanggal 6 Agustus 1998, tentang Perwalian dari Yulianti Wiyono sebagai wali ibu terhadap anak-anak bernama Elvy Wiyono, Sherryn dan Felix Wiyono

BAB V : PENUTUP

Bab ini merupakan bab terakhir dalam tulisan ini, dimana dalam bab ini penulis membuat kesimpulan terhadap tulisan ini dan saran penulis terhadap permasalahan yang telah ada dan mungkin timbul di kemudian hari.

BAB 2

TINJAUAN UMUM MENGENAI PERKAWINAN

2.1 Pengertian Perkawinan

Indonesia adalah Negara yang terdiri dari berbagai macam suku bangsa yang berbeda antara yang satu dan yang lainnya. Hal ini berujung pada terjadinya pluralisme hukum, artinya ada beberapa hukum yang berlaku pada waktu dan tempat yang sama, termasuk di dalamnya adalah hukum perdata kita. Pada hukum perdata setidaknya ada 3 sistem hukum yang berlaku, yakni sistem Hukum Perdata Adat, Hukum Perdata Barat, dan Hukum Perdata Islam. Pengaturan mengenai perkawinan sebagai salah satu hal yang diatur dalam hukum perdata pun tidak dapat terlepas dari fakta ini.

Perkawinan merupakan suatu kejadian yang sangat mempengaruhi status hukum seseorang dalam arti¹⁴:

- a. Dengan perkawinan timbul kedudukan sebagai suami dan sebagai isteri
- b. Bila dalam perkawinan lahir anak maka akan timbul hubungan antara orang tua dan anak

Hukum perkawinan yang berlaku di Indonesia sebelum berlakunya Undang-Undang Perkawinan adalah beraneka ragam atau berbhineka tunggal ika, yang secara rinci dapat diperinci sebagai berikut:

- a. Perkawinan bagi orang Indonesia asli berlaku hukum perkawinan adat. Untuk penduduk Indonesia asli yang tinggal di Jawa, Minahasa, Ambon yang beragama Kristen berlaku HOCI (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesiers*) Staatsblad 1933 No. 74.
- b. Perkawinan bagi golongan Eropa berlaku hukum perkawinan yang diatur dalam KUHPerdata.

¹⁴ Wienarsih Imam Subekti dan Sri Soesilowati Mahdi, *Hukum Perorangan dan Kekeluargaan Perdata Barat*, Cet.1 (Jakarta : Gitama jaya, 2005), hal.27

- c. Perkawinan bagi golongan Timur Asing keturunan Tionghoa berlaku hukum perkawinan sebagaimana diatur di dalam KUHPerdara kecuali bagian kedua dan bagian ketiga titel IV buku I upacara-upacara yang mendahului perkawinan dan pencegahan perkawinan.
- d. Perkawinan bagi golongan Timur Asing bukan Tionghoa berlaku Hukum Perkawinan Adat yang mereka bawa dari negeri asalnya.
- e. Dalam hal perkawinan campuran misalnya antara orang Indonesia asli kawin dengan seorang keturunan Tionghoa maka dalam hal ini berlaku hukum perkawinan suami.

Setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan maka tidak berlaku lagi semua hukum di atas. Hal ini sesuai dengan amanat yang termaktub dalam pasal 66 Undang-undang Perkawinan yakni:

Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan berdasarkan atas Undang-Undang ini, maka dengan berlakunya Undang-Undang ini ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*), Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (*Huwelijk Ordonantie Christen Indonesiers S. 1933 No. 74*), Peraturan Perkawinan Campuran (*Regeling op de gemengde Huwelijken S. 1898 No. 158*), dan peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku.¹⁵

Dengan berlakunya Undang-Undang Perkawinan terciptalah suatu unifikasi hukum nasional mengenai perkawinan. Artinya setiap calon pasangan suami-isteri yang hendak melangsungkan perkawinan setelah tahun 1974 mau tidak mau tunduk pada ketentuan yang diatur dalam Undang-undang ini. Unifikasi yang diciptakan oleh Undang-Undang Perkawinan merupakan unifikasi yang unik, karena tujuan memberlakukan satu Undang-Undang nasional yang berlaku untuk seluruh warga negara Indonesia, akan tetapi tetap dengan memperhatikan agama/kepercayaan, yang

¹⁵ Indonesia (1), *Op. Cit.*, pasal 67

ada dalam masyarakat dan hal ini memberikan gambaran yang nyata tentang kebenaran dasar azasi kejiwaan dan kebudayaan Bhinneka Tunggal Ika yang dicantumkan dalam lambang negara Republik Indonesia.¹⁶ Perbedaannya hanyalah di ranah Pengadilan mana Undang-Undang ini berlaku.

Bagi umat Islam yang hendak melangsungkan perkawinan maka selain ia tunduk pada Undang-Undang Perkawinan, ia juga tunduk pada Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, selain itu mereka juga tunduk pada ketentuan-ketentuan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Menurut pasal 1 Undang-Undang Perkawinan, perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Apabila diperhatikan maka dalam definisi itu terdapat lima unsur:

1) Ikatan lahir batin

Ikatan lahir batin disini berarti bahwa ikatan itu tidak cukup dengan ikatan lahir saja ataupun batin saja tetapi keduanya harus terpadu erat. Ikatan lahir merupakan ikatan yang dapat dilihat dan mengungkapkan adanya hubungan hukum antara seorang pria dan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami isteri dengan kata lain hubungan formal. Ikatan batin merupakan hubungan yang tidak formal, suatu ikatan yang tidak tampak, tidak nyata yang hanya dapat dirasakan oleh pihak-pihak yang bersangkutan, ikatan batin ini merupakan merupakan dasar ikatan lahir. Ikatan batin inilah yang dapat dijadikan dasar fondasi dalam bentuk dan membina keluarga yang bahagia, dalam hal ini sangat perlu usaha yang sungguh-sungguh untuk meletakkan perkawinan sebagai ikatan suami isteri dalam kedudukan mereka yang

¹⁶ Wahyono Darmabrata, *Tinjauan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan Beserta Undang-Undang dan Peraturan Pelaksanaannya*, Cet.2, (Jakarta: Rizkita Jakarta 2008), hal. 106

semestinya dan suci sebagaimana diajarkan oleh agama yang dianut oleh masing-masing pihak. Jadi perkawinan bukan hanya menyangkut unsur lahir tetapi menyangkut unsur batiniah yang dalam dan luhur.¹⁷

2) Antara seorang pria dan wanita

Ikatan perkawinan hanya boleh terjadi antara seorang pria dan wanita. Jadi dapat dikatakan perkawinan antara seorang wanita dengan wanita bukan perkawinan namanya. Di sini terkandung asas monogami yaitu pada saat bersamaan seorang pria hanya terikat dengan seorang wanita demikian pula sebaliknya seorang wanita hanya terikat dengan seorang pria pada saat yang bersamaan.¹⁸

3) Sebagai suami isteri

Sebagai suami isteri ini berarti bila ikatan mereka itu didasarkan pada suatu perkawinan yang sah. Untuk sahnya suatu perkawinan diatur dalam pasal 2 Undang-Undang Perkawinan dan pasal ini memuat dua ketentuan yang harus dipenuhi dalam pelaksanaan perkawinan.

Ayat (1) menentukan baru merupakan perkawinan yang sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaan.

Dalam Penjelasan pasal 2 ayat (1) dikatakan bahwa tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agama dan kepercayaan dari masing-masing pihak yang akan melangsungkan perkawinan sesuai dengan UUD 1945. Yang dimaksud dengan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu termasuk ketentuan perundang-undangan yang berlaku bagi golongan agamanya dan kepercayaannya itu sepanjang tidak bertentangan atau tidak ditentukan lain dalam Undang-Undang ini.

Pasal 2 ayat (2) mengatakan perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan disini hanyalah tindakan

¹⁷ Wienarsih Imam Subekti. *Op. Cit.*, hal.44-45

¹⁸ *Ibid.*

administratif saja dan pencatatan disini adalah sama dengan pencatatan peristiwa penting dalam kehidupan seseorang misalnya kematian, kelahiran yang dinyatakan dalam surat keterangan suatu akte yang resmi yang juga dimuat dalam daftar pencatatan sekalipun pencatatan disini bukan unsur yang menentukan keabsahan suatu perkawinan tetapi pencatatan tersebut merupakan suatu keharusan sesuai menurut peraturan perundangan yang berlaku.¹⁹

- 4) Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga/ rumah tangga yang bahagia dan kekal.

Keluarga disini adalah kesatuan yang terdiri dari bapak, ibu, dan anak-anak. Membentuk keluarga yang bahagia erat hubungannya dengan keturunan yang merupakan tujuan dari perkawinan sedangkan pemeliharaan dan pendidikan anak-anak menjadi hak dan kewajiban orang tua. Untuk dapat mencapai hal ini maka diharapkan kekekalan dalam perkawinan, yaitu bahwa sekali orang melakukan perkawinan tidak akan ada perceraian untuk selama-lamanya, kecuali cerai karena kematian. Suatu perkawinan yang tidak bertujuan membentuk keluarga disebut nikah *mut'ah* yaitu kawin untuk kesenangan (nikah *mut'ah* adalah suatu perkawinan hanya untuk suatu waktu tertentu misalnya 3 hari, 1 minggu, 1 bulan akan tetapi tidak lebih dari 45 hari) akibat dari nikah *mut'ah* adalah suami isteri tidak dapat saling mewaris, anak yang lahir akibat nikah *Mut'ah* ini mempunyai kedudukan yang sama dengan anak yang dilahirkan dari pernikahan yang biasa, oleh karenanya si anak berhak mewaris dari ayahnya. Perkawinan sejenis ini banyak terdapat di kamp-kamp perusahaan penebangan hutan baik di pedalaman Kalimantan maupun Sumatera yang dikenal dengan sebutan kawin kontrak.²⁰

¹⁹ *Ibid.*, hal 46

²⁰ *Ibid.*

5) Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata memandang perkawinan hanya dari hubungan keperdataan saja sedangkan Undang-Undang Perkawinan memandang perkawinan berdasarkan kerohanian. Sebagai negara yang berdasarkan Pancasila dimana sila pertamanya adalah Ketuhanan Yang Maha Esa maka perkawinan mempunyai hubungan erat dengan agama/kerohanian sehingga perkawinan bukan hanya mempunyai unsur lahir atau jasmani tetapi unsur bathin/rohani juga mempunyai peranan penting.²¹

Sedangkan menurut Sayuti Thalib²² : Perkawinan ialah perjanjian suci membentuk keluarga antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan. Unsur perjanjian di sini untuk memperlihatkan segi kesengajaan dari suatu perkawinan serta penampakannya kepada masyarakat ramai. Sedangkan sebutan suci untuk pernyataan segi keagamaannya dari suatu perkawinan.

2.2 Unsur-Unsur Perkawinan

Berdasarkan rumusan mengenai pengertian perkawinan tersebut di atas, dapat diuraikan beberapa unsur perkawinan yaitu sebagai berikut:

1. Perkawinan memperhatikan unsur agama/kepercayaan
2. Perkawinan memperhatikan unsur biologis/jasmaniah
3. Perkawinan mengandung unsur sosiologis
4. Perkawinan memperhatikan unsur juridis/berdasarkan hukum
5. Perkawinan memperhatikan unsur hukum adat

²¹ *Ibid.*, hal 47

²² Sayuti Thalib, *Hukum Kekeluargaan Indonesia (Berlaku bagi Umat Islam)*, (Jakarta : Universitas Indonesia, 1986), hal.47

1. Perkawinan memperhatikan unsur agama/kepercayaan

Undang-Undang Perkawinan memperhatikan agama/kepercayaan dan hal ini dapat disimpulkan dari ketentuan pasal 1 yang menyatakan bahwa perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan demikian maka unsur agama dalam perkawinan dapat pula disimpulkan dalam pasal 2 ayat (1) yang menyebutkan bahwa perkawinan sah apabila dilangsungkan menurut agama/kepercayaan masing-masing. Dari ketentuan tersebut dapat disimpulkan bahwa sahnya suatu perkawinan tergantung pada agama/kepercayaan kedua mempelai yang bersangkutan. Selain itu unsur agama dalam Undang-Undang Perkawinan tampak pula dalam ketentuan pasal 8 sub f yang menentukan tentang larangan perkawinan antara mereka yang mempunyai hubungan, yang berdasarkan agama, mereka dilarang melakukan perkawinan. Hal ini juga tampak dalam pasal 51 ayat (3) undang-undang perkawinan, dimana ditentukan bahwa wali wajib mengurus anak yang di bawah penguasaannya dan harta benda sebaik-baiknya, dengan menghormati agama dan kepercayaan anak tersebut.²³

2. Perkawinan memperhatikan unsur biologis/jasmaniah

Perkawinan memperhatikan aspek biologis dengan memberikan jalan keluar bagi pasangan yang secara biologis tidak mampu memperoleh keturunan dengan menentukannya dalam pasal 4 ayat (2) yang menyatakan bahwa ketidakmampuan istri untuk melahirkan keturunan merupakan salah satu alasan bagi suami untuk beristri lebih dari satu orang. Ketentuan ini dapat dirasakan kurang adil, karena dalam hal suami yang tidak mampu memberikan keturunan, tidak diatur sama bagi istri, dimana istri tidak diberi hak yang sama seperti suami, dan istri dalam keadaan demikian hanya diberi hak untuk menuntut perceraian dari suami. Hal ini merupakan cerminan pengaturan dalam pasal 31 yang menentukan bahwa hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam

²³ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Hukum Perkawinan dan Keluarga di Indonesia*, Cet. 2, (Jakarta : Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hal.13

kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat. Pengertian seimbang disini bukanlah berarti sama.

Unsur biologis dalam suatu perkawinan dapat disimpulkan pula dari pasal 7 ayat 2 Undang-Undang Perkawinan yang menentukan bahwa dalam hal perkawinan dini atau di bawah umur dalam arti terkandung penyimpangan dari ketentuan pasal 7 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan yang mengatur mengenai usia perkawinan, dimana hal tersebut dapat dianggap sebagai aturan dalam Undang-Undang Perkawinan yang memperhatikan aspek biologis. Pada usia 19 tahun dan 16 tahun, seorang pria dan wanita telah dianggap matang, sehingga jika mereka melangsungkan perkawinan diharapkan dapat melahirkan anak. Oleh karena itu, dispensasi bagi mereka yang akan melangsungkan perkawinan, yang belum memenuhi syarat usia dalam perkawinan, lazimnya diberikan dalam hal pihak wanita telah mengandung.²⁴

3. Perkawinan mengandung unsur sosiologis

Unsur sosiologis dapat disimpulkan dalam penjelasan ketentuan pasal 1 Undang-Undang Perkawinan, dimana dalam pasal tersebut ditentukan bahwa memperoleh keturunan adalah tujuan dari suatu perkawinan, sedangkan pemeliharaan dan pendidikan anak menjadi hak dan kewajiban orang tua. Pemeliharaan dan pendidikan ini adalah untuk kelanjutan hidup dan kemajuan anak tersebut, sedangkan kelanjutan hidup seseorang adalah masalah kependudukan yang berarti masalah sosial.

Unsur sosiologis dapat pula disimpulkan dari ketentuan pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan yang menentukan bahwa perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 tahun dan pihak wanita sudah berumur 16 tahun. Jika dibandingkan ketentuan batas umur untuk dapat melangsungkan perkawinan yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang berlaku sebelumnya (pria 18 tahun dan wanita 15 tahun), maka dapat kita simpulkan bahwa Undang-Undang Perkawinan mempertinggi batas usia/umur

²⁴ *Ibid.*, hal 14

untuk dapat melangsungkan perkawinan dengan maksud untuk mengurangi laju pertumbuhan penduduk karena kelahiran, sedangkan pertumbuhan penduduk itu adalah masalah sosial.²⁵

4. Perkawinan memperhatikan unsur juridis/berdasarkan hukum

Unsur juridis adalah unsur yang secara otomatis/dengan sendirinya ada, oleh karena suatu perkawinan yang dimaksud oleh Undang-Undang harus dilangsungkan menurut ketentuan Undang-Undang itu sendiri. Perkawinan sah apabila perkawinan tersebut memenuhi syarat dan prosedur yang ditentukan oleh Undang-Undang. Aspek juridis tersebut dapat pula kita simpulkan dari pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan dan penjelasan pasal tersebut.²⁶

5. Perkawinan memperhatikan unsur hukum adat

Perkawinan memperhatikan unsur hukum adat dapat disimpulkan dari pasal 31 Undang-Undang Perkawinan, demikian pula pasal 36, yang mengatur harta benda perkawinan yang mengambil alih azas dalam hukum adat, demikian pula pasal 37 Undang-Undang Perkawinan yang menunjuk pada ketentuan hukum adat dalam pengaturan harta kekayaan jika perkawinan putus karena suatu perceraian. Pasal 43 Undang-Undang Perkawinan juga mengambil prinsip hukum adat, dimana ditentukan bahwa anak selalu sah terhadap ibunya dan keluarga ibu.²⁷

2.3 Akibat Hukum Perkawinan Terhadap Hubungan Orang-Tua dan Anak

2.3.1 Kedudukan Anak Dalam Perkawinan

Tujuan perkawinan adalah untuk membentuk rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan ke-Tuhanan Yang Maha Esa. Hal ini dimaksudkan bahwa kebahagiaan yang diharapkan oleh pasangan yang telah menikah adalah memiliki anak guna melanjutkan garis keturunan orang tua. Perkawinan yang sah sebagaimana

²⁵ *Ibid.*, hal 15

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*, hal 16

disebutkan dalam KUHPerdara dan juga dalam Undang-Undang Perkawinan menganut prinsip bahwa anak yang dilahirkan dari suatu perkawinan yang sah adalah anak yang sah diakui oleh negara dan terdaftar sebagai anak yang lahir dari perkawinan yang sah dengan bukti akta kelahiran yang dikeluarkan oleh Lembaga Catatan Sipil.²⁸

Anak yang lahir ke dunia ini, pada hakekatnya akan memiliki hubungan dengan kedua orangtuanya, namun hubungan tersebut belum tentu menjadi suatu hubungan hukum, yang berarti timbul hal dan kewajiban antara masing-masing pihak. Status dan kedudukan anak ini diatur dalam bab IX Undang-Undang Perkawinan, pengaturan ini terutama sekali adalah dalam hal hubungan hukum antara si anak dengan pihak ayah, sedangkan terhadap pihak ibu sendiri tidak begitu diperhatikan karena secara umum tidak sukar mengetahui siapakah ibu dari anak tersebut. Bagi seorang ibu, anak dianggap selalu mempunyai hubungan hukum dengan ibunya. Dengan pihak bapak, anak tidaklah demikian. Anak tidak mempunyai hubungan hukum dengan pihak ayah yang tidak membenihkannya.²⁹ Dalam Undang-Undang Perkawinan sendiri dikenal 2 macam anak, yakni anak sah dan anak luar kawin.

1. Anak sah

Anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah.³⁰ Tidak tertutup kemungkinan jika anak tersebut dilahirkan di luar perkawinan tetapi anak tersebut tetap berstatus anak sah karena anak tersebut berasal dari suatu perkawinan yang sah. Misalkan dalam kasus seorang suami meninggal dunia sedangkan isterinya saat itu tengah mengandung atau hamil. Lumrah apabila muncul pernyataan dengan meninggalnya suami hal ini berarti putuslah perkawinan antara suami dan isteri, sehingga dengan demikian anak tersebut lahir di luar perkawinan. Namun tidak

²⁸ MG. Endang Sumiarni dan Chandera Halim, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Keluarga*, (Yogyakarta : Universitas Atmajaya, 2000), hal 5

²⁹ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal 131

³⁰ Indonesia (1), *Op. Cit.*, pasal 42

demikian halnya, melalui pengaturan pasal 42 Undang-Undang Perkawinan dikarenakan perkawinan yang sah apabila si isteri yang tengah hamil tersebut di kemudian hari melahirkan seorang anak, maka anak tersebut tetap berstatus sebagai anak sah. Demikian juga halnya bila terjadi perceraian antara suami isteri, dimana si isteri dalam keadaan hamil, maka anak yang dilahirkan kemudian, yakni lahir setelah terjadinya perceraian suami-isteri yang bersangkutan tetap berstatus sebagai anak sah. Anak yang dilahirkan setelah putusnya perkawinan yang menjadi anak sah adalah hanya anak yang telah ada dalam kandungan pada saat putusnya perkawinan, bukan anak-anak yang lahir kemudian yang mungkin dibenihkan oleh orang lain.³¹

2. Anak luar kawin

Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.³²

Dengan demikian dapat kita simpulkan bahwa anak yang lahir yang tidak berada dalam suatu perkawinan, yang tidak diketahui siapakah bapak dari si anak tersebut maka dalam hal ini anak tersebut hanya memiliki hubungan hukum dengan ibu dan keluarga ibunya saja. Artinya hak dan kewajiban dari si anak hanya berhadapan dengan hak dan kewajiban ibu dan keluarga ibunya saja, dalam hal ini menjadi kewajiban dari si ibu sendiri untuk memelihara dan mendidik si anak. Timbul pula hak waris dan mewaris antara si ibu dan anak itu, tanpa melibatkan pihak laki-laki, dimana tidak timbul hak mewaris antara anak dan laki-laki yang membenihkan dirinya.

Dalam Undang-Undang ditentukan status anak tersebut akan diatur lebih lanjut, akan tetapi sampai sekarang walaupun telah ada Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 sebagai Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan namun belum ada pengaturan/ketentuan mengenai status anak tersebut karena Peraturan

³¹ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal 132

³² Indonesia (1), *Op. Cit.*, pasal 43

Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 sendiri tidak mengatur mengenai status anak luar kawin.

Undang-Undang Perkawinan tidak mengenal anak luar kawin terhadap ibunya, oleh karena anak yang lahir di luar perkawinan adalah anak dari ibu yang melahirkannya, asas mana didasarkan pada asas yang terdapat dalam hukum adat.³³ Memang bagaimanapun juga lahirnya anak tidak dapat dielakkan bahwa anak tersebut adalah anak dari ibu yang melahirkannya. Tidak mungkin anak lahir tanpa ibu. Anak itu mempunyai hubungan perdata dengan ibu yang melahirkannya dan keluarga dari ibunya itu, tetapi tidak ada hubungan perdata dengan laki-laki yang membenihkannya.³⁴

2.3.2 Tanggung Jawab Orangtua terhadap Anak

Ketika seorang anak lahir ke dunia, baik anak-anak yang dilahirkan dalam suatu perkawinan yang sah maupun di luar perkawinan yang sah maka sudah sepantasnya orangtua yang memiliki hubungan darah memelihara anak tersebut. Hal ini dikuatkan oleh hukum apabila si anak itu memiliki hubungan hukum baik pada bapak maupun ibunya yang berarti si anak itu mempunyai hak dan kewajiban yang berbanding lurus dengan hak dan kewajiban orangtua. Menurut bab X Undang-Undang Perkawinan yang menjadi kewajiban hukum kedua orang tua terhadap anak mereka yang belum dewasa adalah³⁵:

1. Orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak secara sebaik-baiknya. Memelihara disini adalah mengawasi, memberikan pelayanan yang semestinya serta mencukupi kebutuhan hidup dari seorang anak. Tanggung jawab tersebut harus bersifat kontinyu atau terus-menerus sampai anak

³³ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal 135

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Wienarsih Imam Subekti. *Op. Cit.*, hal 84-86

tersebut mencapai batas usia sebagai orang dewasa yang telah bisa berdiri sendiri. Sedangkan yang dimaksud dengan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya yaitu memberikan pendidikan dan pengajaran yang memungkinkan anak tersebut menjadi manusia yang mempunyai kemampuan dan dedikasi hidup yang dibekali dengan kemampuan dan kecakapan sesuai dengan pembawaan bakat anak tersebut yang dikembangkan di tengah-tengah masyarakat sebagai landasan jalan hidup dan penghidupannya setelah dia lepas dari tanggung jawab orangtua.

Dalam pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan dikatakan bahwa pemeliharaan dan pendidikan itu harus mereka lakukan sebaik-baiknya jadi kewajiban tersebut harus dilaksanakan orangtua semaksimal mungkin sehingga dapat menghasilkan anak-anak yang terpelihara baik secara rohani maupun jasmani dalam arti yang sempurna serta mempunyai keterampilan yang memungkinkan sebagai anggota masyarakat yang sanggup berdiri sendiri dan bukan menjadi beban masyarakat.

Mengenai batas kewajiban pemeliharaan dan pendidikan ini berlaku sampai anak tersebut berumah tangga atau dapat berdiri sendiri dan bukan menjadi beban masyarakat.

2. Kewajiban orangtua yang lain adalah mewakili anak-anak tersebut di dalam dan di luar pengadilan Pasal 47 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan. Hal ini sesuai dengan Pasal 47 ayat (1) yang menentukan anak yang belum mencapai usia 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orangtua, untuk itulah maka untuk sahnya perbuatan hukum yang dilakukan oleh pihak ketiga harus ada bantuan atau diwakili oleh orang tuanya. Akan tetapi jika si anak tersebut sudah mencapai usia 18 tahun dianggap dengan sendirinya si anak tersebut cakap melakukan segala segala tindakan hukum tanpa bantuan atau perwakilan dari orang-tuanya.
3. Anak wajib menghormati orangtua dan mentaati kehendak orangtua yang baik terhadap anak. Hal ini merupakan sesuatu yang wajar dan sudah semestinya, tetapi jika kehendak orang tua itu menuju jalan yang tidak baik atau menyuruh

anaknya untuk berbuat jahat ataupun perbuatan-perbuatan maksiat lainnya maka si anak tidak perlu mentaati kehendak orang tua tersebut. Karena itu ketaatan atas kehendak orang tua terbatas pada garis-garis yang dibenarkan oleh hukum, kesopanan, dan kesusilaan yang hidup dalam pergaulan masyarakat.

4. Kewajiban anak untuk memelihara orangtuanya dan keluarganya dalam garis lurus ke atas ini baru timbul apabila anak tersebut sudah dewasa, jika memang ia mampu untuk membantu orangtua serta keluarga dalam garis lurus ke atas dan keluarga tersebut memang benar-benar memerlukan bantuan. Hal tersebut merupakan suatu keharusan yang patut jika anak tersebut sudah dewasa.
5. Memang tidak ada orang tua yang mengharapkan suatu balas jasa atas segala suka duka yang dialaminya selama memelihara dan membesarkan anak.
6. Adalah suatu kewajiban yang sudah sepatutnya apabila anak yang sudah dewasa dan berada dalam keadaan mampu dan berkecukupan membantu dan memelihara serta membiayai orangtuanya yang sudah tua.

Seorang anak belum mempunyai kemampuan untuk melengkapi dan mengembangkan dirinya agar dapat melaksanakan hak dan kewajiban sebagai warga negara yang bertanggung jawab dan bermanfaat sebagai sesama manusia. Kondisi fisik, mental, dan sosial seseorang seringkali memungkinkan dirinya disalahgunakan tanpa dapat berbuat sesuatu apapun baik secara legal maupun ilegal, baik secara langsung maupun tidak langsung oleh orang-orang di sekelilingnya.³⁶

Orangtua adalah pertama-tama yang bertanggung jawab atas terwujudnya kesejahteraan anak, baik secara jasmani maupun rohani. Tanggung jawab ini mengandung kewajiban untuk memelihara serta mendidik anak sedemikian rupa sehingga anak dapat tumbuh dan berkembang menjadi orang yang cerdas, sehat, berbudi pekerti luhur, berbakti kepada orang tua, bertaqwa kepada Tuhan Yang Maha Esa dan berkemampuan untuk meneruskan cita-cita bangsa berdasarkan Pancasila.

³⁶ Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Anak*, (Jakarta : Akademika Pressindo, 1985), hal. 166

2.4 Putusnya Perkawinan Menurut Undang-Undang Perkawinan

2.4.1 Pengertian dan Pengaturan Putusnya Perkawinan

Pasal 38 Undang-Undang Perkawinan menyatakan bahwa perkawinan dapat putus karena 3 hal, yakni kematian, perceraian, dan putusan pengadilan.

Putusnya perkawinan karena kematian tidak banyak menimbulkan masalah berarti, menjadi masalah adalah apabila perkawinan tersebut putus karena perceraian atau putusan pengadilan.

Putusnya perkawinan karena kematian adalah putusnya perkawinan yang ternyata secara wajar atau alamiah, karena kematian adalah suatu hal yang tidak dapat dihindarkan. Oleh karena itu putusnya perkawinan tersebut dapat dikatakan karena keadaan atau yang terjadi di luar kemampuan suami-isteri yang bersangkutan.³⁷ Undang-Undang Perkawinan tidak mengatur mengenai akibat hukum kematian seseorang, akan tetapi mengenai akibat hukum kematian ini sesungguhnya perlu diadakan pengaturannya dalam Undang-Undang dan hal tersebut menyangkut bidang hukum waris.³⁸ Oleh karena dalam Undang-Undang tidak diatur akibat hukum putusnya perkawinan karena kematian, maka dapat diartikan bahwa pengaturan mengenai hal itu tunduk pada ketentuan-ketentuan yang ada sebelum Undang-Undang Perkawinan sepanjang untuk itu belum diadakan Undang-Undang yang baru, hal ini sejalan dengan ketentuan pasal 66 Undang-Undang Perkawinan.³⁹

Dengan demikian mereka yang tunduk pada kepada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Burgelijk Wetboek*) mengenai akibat hukum karena kematian ini diatur menurut KUHPerdata, dan mereka yang tunduk pada Hukum Islam akan mengikuti ketentuan yang diatur dalam Hukum Islam, selanjutnya mereka yang tunduk pada Hukum Adat diatur menurut Hukum Adat.⁴⁰

³⁷ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal 103

³⁸ *Ibid.*, hal 104

³⁹ *Ibid.*

Lain halnya dengan putusnya perkawinan karena perceraian maupun akibat putusan pengadilan, karena putusnya perkawinan dengan alasan-alasan tersebut pada dasarnya dapat dihindarkan atau diatasi agar tidak terjadi.

Secara teoritis putusnya perkawinan atas putusan pengadilan dengan putusnya perkawinan karena perceraian tidak ada perbedaannya karena putusnya perkawinan karena perceraian harus pula berdasarkan atas Putusan Pengadilan, letak perbedaannya disini adalah pada alasan yang mendasarinya.⁴¹

2.4.2 Putusnya Perkawinan Karena Perceraian dan Akibatnya

Penjelasan umum dari Undang-Undang Perkawinan menyatakan bahwa tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga yang kekal dan sejahtera, maka dengan demikian pada dasarnya Undang-Undang ini mempersukar terjadinya perceraian. Untuk memungkinkan terjadinya perceraian, harus ada alasan-alasan tertentu serta harus dilakukan di depan sidang pengadilan. Di masyarakat terkadang terjadi praktik suatu perceraian yang tidak melalui pengadilan, praktik seperti ini terjadi sedikit banyak dikarenakan kebiasaan yang ada pada masyarakat tersebut maupun merupakan akomodir dari hukum adat itu sendiri. Oleh karena Undang-Undang Perkawinan menyatakan dengan tegas bahwa perceraian semacam itu dianggap tidak sah berdasar pasal 39 ayat (1) Undang-Undang Perkawinan yakni:

Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.⁴²

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Wienarsih Imam Subekti. *Op. Cit.*, hal 129

⁴² Indonesia(1), *Op. Cit.*, pasal 39

Dapat disimpulkan di sini setiap perkawinan yang sah dan telah tercatat hanya dapat diakhiri dengan perceraian yang harus dilakukan di depan sidang pengadilan. Dengan sifat kekal abadinya perkawinan maka putusnya perkawinan selain daripada kematian merupakan suatu pengecualian dan terpaksa harus dilakukan. Sebelum hakim menjatuhkan putusan cerai, maka menjadi kewajiban bagi hakim untuk mengusahakan perdamaian sebelumnya. Usaha perdamaian ini baru dilakukan pengadilan apabila ada alasan-alasan untuk bercerai, sedangkan tanpa adanya alasan untuk bercerai pengadilan berkeharusan menolaknya apabila ada pemberitahuan atau gugatan/tuntutan untuk bercerai tersebut.⁴³ Dengan kata lain sudah sepantasnya Pengadilan yang menerima suatu gugatan atau tuntutan perceraian terlebih dahulu meneliti apakah gugatan/tuntutan tersebut beralasan atau tidak, artinya apakah ada alasan-alasan yang menjadi landasan dari gugatan/tuntutan perceraian. Pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan memang mengatur mengenai perlunya alasan dalam pengajuan gugatan/tuntutan perceraian, namun tidak mengatur lebih lanjut alasan-alasan apa sajakah yang dapat dipergunakan untuk mengajukan gugatan/tuntutan cerai, adapun alasan-alasan untuk mengajukan gugatan perceraian diatur dalam Penjelasan pasal tersebut.

Ditegaskan di dalam Penjelasan Pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan, bahwa alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar untuk perceraian adalah sebagai berikut:⁴⁴

1. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pemadat, penjudi dan lain sebagainya yang sukar disembuhkan;
2. Salah satu pihak meninggalkan yang lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang sah atau karena hal lain di luar kemauannya;
3. Salah satu pihak mendapatkan hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung;

⁴³ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal 105

⁴⁴ Martiman Prodjohamidjojo (1), *Hukum Perkawinan Indonesia*, Cet. 1, (Jakarta : Indonesian Legal Center Publishing, 2002), hal.42

4. Salah satu pihak melakukan kekerasan atau penganiayaan berat yang membahayakan terhadap pihak yang lain;
5. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit yang mengakibatkan tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/isteri;
6. Antara suami-isteri terus-menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.

Alasan-alasan yang dikemukakan dalam Penjelasan pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan di atas, dikuatkan dalam pada pasal 19 Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975. Hal ini berarti alasan-alasan tersebut memang menjadi satu-satunya pengecualian terhadap tujuan lembaga perkawinan yang bermaksud membentuk keluarga yang kekal dan bahagia, tidak ada lagi alasan yang dapat dikemukakan sebagai landasan untuk mengajukan gugatan perceraian selain alasan-alasan tersebut. Bahkan walaupun alasan-alasan tersebut terpenuhi akan tetapi masih mungkin antara suami-isteri itu untuk hidup rukun kembali maka perceraian tidak dapat dilakukan.⁴⁵

Perceraian dianggap telah terjadi, beserta segala akibat-akibat hukumnya sejak saat pendaftaran pada kantor pencatatan perceraian di Pengadilan Negeri, kecuali bagi mereka yang beragama Islam terhitung sejak jatuhnya putusan Pengadilan Agama yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.⁴⁶

Perceraian menimbulkan suatu akibat hukum yang besar. Dengan adanya perceraian berarti putus sudah hubungan perkawinan antara seorang suami dan isteri, namun akibat hukum yang ditimbulkan tidak hanya demikian melainkan pula berimbas pada hubungan antara orangtua dan anak yang lahir dalam rentang waktu perkawinan juga pada harta benda dalam perkawinan, yakni:

⁴⁵ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal 107

⁴⁶ Martiman Prodjohamidjojo (2), *Tinjauan Mengenai Undang-Undang Perkawinan*, (Jakarta: Indonesian Legal Center Publishing, 2003), hal 54

1. Dalam hal hubungan suami dan isteri, dengan adanya perceraian sudah jelas satu akibat yang pasti yakni tidak ada lagi ikatan antara seorang laki-laki dan perempuan yang dulunya disebut suami istri sehingga suatu bentuk percampuran (persetubuhan) yang diperbolehkan antara keduanya menjadi tidak dapat dilakukan lagi secara hukum. Suami-isteri yang telah dipisahkan oleh suatu perceraian menjadi asing satu sama lain, namun mereka diperbolehkan untuk kawin lagi sepanjang ketentuan hukum masing-masing agama dan kepercayaannya. Selain itu timbul suatu kewajiban hukum yang dibebankan kepada mantan suami kepada mantan isterinya, hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 41 butir c Undang-Undang Perkawinan yang menyatakan pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberi biaya penghidupan/menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isteri. Kewajiban dan/atau menentukan suseuatu kewajiban ini tentu saja dikembalikan kepada masing-masing agama dan kepercayaannya itu.
2. Dalam hubungan antara orang-tua dan anak, akibat perceraian diatur dalam pasal butir a dan b Undang-Undang Perkawinan, baik ibu maupun bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, Pengadilan memberi keputusannya. Bapak dalam hal ini bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan anak itu; bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, maka ibu berdasar ketentuan pengadilan dapat diikutkan untuk memikul biaya tersebut.
3. Mengenai harta benda, Undang-Undang Perkawinan membedakannya menjadi 2 hal dalam pasal 35 yakni harta bersama dan harta bawaan. Harta bersama adalah harta benda yang diperoleh selama perkawinan⁴⁷, sedangkan harta bawaan adalah harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, hadiah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak

⁴⁷ Indonesia(1), *Op. Cit.*, pasal 35 ayat (1)

tidak menentukan lain.⁴⁸ Pengaturan mengenai harta bersama dan harta bawaan dalam Undang-Undang perkawinan diatur dalam pasal 36 yakni mengenai harta bersama, suami isteri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak sedangkan mengenai harta bawaan masing-masing, suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya. Pengaturan terhadap harta bawaan dan harta bersama ini apabila terjadi putusnya perkawinan sendiri diatur dalam pasal 37 dan penjelasan pasal 35. Pasal 37 menyatakan bahwa bila perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing dan penjelasan pasal 35 menyatakan apabila perkawinan putus, maka harta bersama tersebut diatur menurut hukum masing-masing. Dapat kita ambil kesimpulan bahwa apabila terjadi putusnya perkawinan baik karena kematian, Putusan Pengadilan, maupun karena perceraian terhadap harta bersama ini diatur menurut hukumnya masing-masing. Hukumnya masing-masing disini adalah hukum agama, hukum adat dan hukum lainnya.

2.5 Hak Asuh Anak dan Perwalian Berdasar Undang-Undang Perkawinan

Tidak dapat dipungkiri bahwa seseorang yang belum mencapai usia dewasa atau belum kawin masih berada di bawah kekuasaan orangtuanya. Artinya anak tersebut berada dalam pemeliharaan dan tanggung jawab orangtua serta belum dapat bertindak untuk mewakili dirinya sendiri tanpa adanya persetujuan dari orangtua. Bagaimana dengan anak-anak yang memiliki orangtua yang hubungan perkawinannya telah putus baik karena perceraian, putusan pengadilan atau kematian.

Terhadap anak-anak tersebut maka ketentuan mengenai hak asuh dan perwalian berlaku terhadap mereka.

Mengenai pengertian hak asuh atau kuasa asuh dapat kita lihat dari Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak pasal 1 angka 15, yakni :

⁴⁸ *Ibid.*, pasal 35 ayat (2).

Kuasa asuh adalah kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuhkembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan kemampuan, bakat, serta minatnya.

Undang-Undang Perkawinan sendiri tidak menerangkan mengenai hak asuh anak secara tertulis dalam pasal-pasalnya namun secara eksplisit dapat kita lihat dari pasal 41 butir a Undang-Undang No 1 Tentang Perkawinan. Dalam pasal tersebut dinyatakan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian adalah:

Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusannya.⁴⁹

Dari pasal di atas dapat kita ambil kesimpulan bahwa Menurut Undang-Undang Perkawinan, putusnya perkawinan antara kedua orangtua menimbulkan pemeliharaan anak. Pemeliharaan anak ini bisa kita sebut sebagai hak asuh anak. Selain itu dalam pasal yang sama kita ketahui bahwa pemeliharaan anak itu sejalan dengan kekuasaan orangtua terhadap anak yang kemudian dijelaskan dalam pasal 47, pasal 48 dan pasal 49 Undang-Undang Perkawinan.

Dalam hal ini anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orang tuanya, selama mereka tidak dicabut dari kekuasaannya.⁵⁰ Orang tua mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan.⁵¹ Jadi dalam hal ini putusnya perkawinan tidak menghilangkan kekuasaan orang tua terhadap anak-anak mereka selama anak-anak tersebut masih berada di bawah umur 18 tahun.

⁴⁹ Indonesia (1), *Op.Cit.*, Pasal 41 butir a

⁵⁰ *Ibid.*, pasal 47 ayat (1)

⁵¹ *Ibid.*, pasal 47 ayat (2)

Namun kekuasaan orang tua itu tidak tak terbatas, orang tua dalam hal ini tidak diperbolehkan memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan anak itu menghendakinya.⁵²

Mengenai kekuasaan orang tua ini, apabila setelah terjadi putusnya perkawinan karena perceraian kemudian terjadi perselisihan mengenai penguasaan terhadap anak-anak maka pengadilan memutuskan kepada siapa kekuasaan orang tua atau hak asuh tersebut dijatuhkan.

Kekuasaan orangtua ini juga bisa dicabut, pencabutan atas kekuasaan orang tua harus didasarkan pada putusan pengadilan. Pengadilan dalam perkara ini tidak dapat begitu saja memutuskan untuk mencabut kekuasaan orang tua tersebut, tetapi harus melalui mekanisme pemeriksaan atas permintaan yang diajukan oleh orang tua yang lain, keluarga anak dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang untuk itu mengenai hal-hal:⁵³

- a) Ia sangat melalaikan kewajiban terhadap anaknya
- b) Ia berkelakuan buruk sekali

Meskipun orang tua dicabut kekuasaannya, mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak.⁵⁴ Artinya walau seorang orang tua dicabut kekuasaannya sebagai orang tua tidak serta merta menghilangkan kewajibannya dalam pemeliharaan anak-anaknya. Artinya dia tetap bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan anak tersebut selama dia belum berumur 18 (delapan belas) tahun.

Untuk anak-anak yang masih berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun sedang orang tua mereka dicabut kekuasaannya sebagai orang tua, maka terhadap anak-anak tersebut diakomodasi dalam lembaga perwalian.

⁵² *Ibid.*, pasal 48

⁵³ *Ibid.*, pasal 49 ayat (1)

⁵⁴ *Ibid.*, pasal 49 ayat (2)

Pengertian perwalian dapat kita lihat dari berbagai pendapat ahli Menurut Prof. Subekti, yang dimaksud dengan perwalian adalah:

Pengawasan terhadap anak yang di bawah umur, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua serta pengurusan benda atau kekayaan anak tersebut diatur oleh Undang-Undang.

Sedangkan Undang-Undang Perkawinan menempatkan pengaturan perwalian dalam Bab XI yakni pada pasal 50 sampai 54 sebagai ketentuan yang mengaturnya. Perwalian adalah suatu perlindungan hukum yang diberikan kepada seseorang yang belum mencapai usia dewasa atau belum pernah kawin yang tidak berada di bawah kekuasaan orangtua.⁵⁵

Terjadinya perwalian sebagaimana diatur dalam Pasal 50 ayat (1)

1. Karena pencabutan dari kekuasaan orangtua
2. Meninggalnya kedua orangtuanya, pada waktu orangtua meninggal masih ada anak yang di bawah umur 18 tahun. Hal tersebut menunjukkan bahwa anak dewasa yang tidak perlu didampingi orangtua atau wali mereka adalah mereka yang sudah berumur 18 tahun.

Perwalian sama dengan kekuasaan orang tua yang meliputi hal-hal diatur dalam pasal 59 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan:⁵⁶

1. Pribadi anak di bawah umur.
2. Harta kekayaan milik anak di bawah umur, mengasuh dan mengawasi serta mendidik.

Wali berkewajiban mengurus anak yang berada di bawah pengasuhannya dan harta bendanya sebaik-baiknya. Pengurusan itu harus dilakukan sama seperti mengurus anak sendiri demi kepentingan anak yang berada di bawah kekuasaannya

⁵⁵ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sjarif, *Op. Cit.*, hal. 147

⁵⁶ Wienarsih Imam Subekti. *Op. Cit.*, hal 115

itu. Dalam melakukan kewajibannya, wali harus memperhatikan segala kebutuhan anak dan harus memperhatikan segala kebutuhan anak serta harus pula menghormati agama atau kepercayaan dari anak yang berada di bawah kekuasaannya itu. Wali bertanggung jawab kepada segala perbuatannya dalam menjalankan tugas perwaliannya. Jika wali bersalah melakukan sesuatu perbuatan yang mengakibatkan kerugian kepada anak yang berada di bawah perwaliannya, ia dapat dituntut untuk mengganti kerugian tersebut.⁵⁷

Pengangkatan seorang wali harus didasarkan pada penetapan pengadilan. Selain melalui penetapan pengadilan, wali dapat ditunjuk oleh salah satu orangtua yang menjalankan kekuasaan orangtua, sebelum ia meninggal dunia, dengan surat wasiat atau dengan lisan di depan dua orang saksi.⁵⁸ Wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak yang bersangkutan, atau orang lain dengan persyaratan sebagai berikut:⁵⁹

- a) Orang yang telah dewasa;
- b) Orang yang mempunyai pikiran sehat;
- c) Orang yang dapat berlaku adil;
- d) Orang yang jujur;
- e) Berkelakuan baik.

Adapun tujuan dari adanya lembaga perwalian ini sepenuhnya adalah demi kepentingan dari si anak yang bersangkutan yakni:

1. Memberikan pengawasan kepada anak di bawah umur 18 tahun yang tidak di bawah kekuasaan orang tua.
2. Memberikan pendidikan dan pemeliharaan terhadap anak yang orang tuanya dicabut sebagai orang tua.

⁵⁷ Indonesia (1), *Op. Cit.*, pasal 54

⁵⁸ *Ibid.*, pasal 51 ayat (1)

⁵⁹ *Ibid.*, pasal 51 ayat (2)

BAB 3

TINJAUAN MENGENAI PENETAPAN HAK ASUH ANAK

3.1 Pengajuan Permohonan Penetapan Hak Asuh

3.1.1 Pengertian Yuridis Permohonan

Permohonan atau gugatan *voluntair* adalah permasalahan perdata yang diajukan dalam bentuk permohonan yang ditandatangani pemohon atau kuasanya yang ditujukan kepada Ketua Pengadilan Negeri. Ciri khas permohonan atau gugatan *voluntair*:⁶⁰

1. Masalah yang diajukan bersifat kepentingan sepihak semata (*for the benefit of one party only*).⁶¹
2. Permasalahan yang dimohon penyesuaian kepada PN, pada prinsipnya tanpa sengketa dengan pihak lain (*without disputes or differences with another party*).

Berdasarkan ukuran ini, tidak dibenarkan mengajukan permohonan tentang penyelesaian sengketa hak atau pemilikan maupun penyerahan serta pembayaran sesuatu oleh orang lain atau pihak ketiga.

3. Tidak ada orang lain atau pihak ketiga yang ditarik sebagai lawan, tetapi bersifat *ex-parte*.

Benar-benar murni dan mutlak satu pihak atau bersifat *ex-parte*. Permohonan untuk kepentingan sepihak (*on behalf of one party*) atau terlibat dalam permasalahan hukum (*involving only one party to a legal matter*) yang diajukan dalam kasus itu, hanya satu pihak.⁶²

⁶⁰ M. Yahya Harahap (1), *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, cet. Ke-III, (Jakarta : Sinar Grafika, 2005), hal.29

⁶¹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, West Publishing, St. Paul Minn, 1974, hlm. 517

Istilah *voluntair* atau permohonan tersebut diakomodir oleh peraturan perundang-undangan Indonesia yakni dapat dilihat dalam penjelasan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 (sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 tahun 1999) tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan:

Penyelesaian setiap perkara yang diajukan kepada badan-badan peradilan mengandung pengertian di dalamnya penyelesaian masalah yang bersangkutan dengan yurisdiksi *voluntair*

Dengan adanya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman maka segala peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang Kekuasaan Kehakiman menjadi tidak berlaku, hal ini berdasar ketentuan pasal 48 yakni

Pada saat mulai berlakunya Undang-Undang ini, maka Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1970 Nomor 74 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 2951) sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 147, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 3879) dinyatakan tidak berlaku.⁶³

Namun, dikarenakan pengaturan mengenai perkara *voluntair* atau permohonan tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 maka dengan

⁶² Merriam Webster, *Merriam Webster's Dictionary of Law*, Springfield Massachussetts, 1996, hlm. 197

⁶³ Indonesia (3), *Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman*, UU Nomor 4, LN No 8 tahun 2004, TLN No.4538. pasal 48

demikian, ketentuan mengenai hal tersebut tetap berlaku. Hal ini sesuai dengan amanat pasal 47 yang menyatakan

Ketentuan dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur kekuasaan kehakiman masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan atau belum dibentuk yang baru berdasarkan Undang-Undang ini.⁶⁴

Ketentuan pasal 2 maupun penjelasan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No 14 tahun 1970 yang diatur lagi dalam Undang-Undang Nomor 4 tahun 2004 tidak berarti bahwa ketentuan tersebut hilang begitu saja, karena ketentuan itu merupakan penegasan, di samping kewenangan badan peradilan penyelesaian masalah atau perkara yang bersangkutan dengan *yurisdiksi contentiosa* yaitu perkara sengketa yang bersifat partai (ada pihak penggugat dan tergugat), juga memberi kewenangan penyelesaian masalah atau perkara *voluntair* yaitu gugatan permohonan secara sepihak tanpa ada pihak lain yang ditarik sebagai tergugat. Jika Undang-Undang tersebut mempergunakan sebutan *voluntair*, MA memakai istilah permohonan. Istilah itu dapat dilihat dalam Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Pengadilan.⁶⁵

3.2.2 Landasan Hukum Yurisdiksi Voluntair

1. Berdasar Pasal 2 dan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No.14 Tahun 1970

Landasan hukum kewenangan pengadilan menyelesaikan permohonan atau yurisdiksi *voluntair*, merujuk pada ketentuan Pasal 2 dan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No. 14 tahun 1970 (sebagaimana telah diubah dengan UU No.35 Tahun 1999). Meskipun UU No. 14 tahun 1970 tersebut telah diganti oleh UU No. 4 tahun 2004, apa yang digariskan pasal 2 dalam penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No.14 Tahun 1970

⁶⁴ *Ibid.*, pasal 47

⁶⁵ M. Yahya Harahap (1), *Op. Cit.*, hal. 28

itu, masih dianggap relevan sebagai gugatan *voluntair*. Ketentuan tersebut menegaskan:⁶⁶

- a. Pada prinsipnya; penyelenggaraan Kekuasaan Kehakiman (*judicial power*) melalui badan-badan peradilan bidang perdata tugas pokoknya menerima, memeriksa, dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara (dalam pengertian sengketa=diputus) yang diajukan kepadanya.
- b. Secara eksepsional (*exeptional*). Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No.14 Tahun 1970, memberi kewenangan atau yurisdiksi *voluntair* kepada Pengadilan.

Bertitik tolak dari ketentuan ini, kepada PN diberi kewenangan *voluntair* (yurisdiksi *voluntair*) untuk menyelesaikan masalah perdata yang bersifat sepihak atau *ex-parte* dalam keadaan:

- a) Sangat terbatas atau sangat eksepsional dalam hal tertentu saja;
- b) Dengan syarat: hanya boleh terhadap masalah yang disebut dan yang ditentukan sendiri oleh Undang-Undang, yang menegaskan tentang masalah yang bersangkutan dapat atau boleh diselesaikan secara *voluntair* melalui bentuk permohonan.

2. Berbagai Pendapat Mengenai Yurisdiksi Voluntair

Untuk lebih memahami landasan yurisdiksi *voluntair* yang dikemukakan di atas, ada baiknya diperhatikan berbagai penjelasan dan pendapat yang diuraikan di bawah ini:⁶⁷

a) **Penetapan MA Bo. 5 Pen/Sep/1975 (Juni 1973) dalam kasus Forest Products Corp Ltd.**

Penetapan ini merupakan penegasan dan pendapat resmi MA yang diterbitkan Prof. R. Subekti dalam kapasitasnya sebagai ketua MA RI. Pendapat ini bersumber dari kasus *Forest Product Corp Ltd.*

⁶⁶ *Ibid.*, hal 30.

⁶⁷ *Ibid.*, hal 31-32

PN Jakarta Pusat telah menjatuhkan putusan *voluntair* dalam perkara permohonan No. 274/1972:

Putusan dijatuhkan pada tanggal 27 juni 1972, dengan isi putusan:

- 1) Menyatakan sah RUPS (Rapat Umum Pemegang Saham)
- 2) Menyatakan perjanjian yang dibuat tidak mengikat *Forest Product Corp Ltd.*

Atas Permintaan pihak yang merasa dirugikan atas putusan voluntair PN Jakarta Pusat tersebut, MA mengeluarkan penetapan No. 5 Pen/Sep/1975 yang berisi pertimbangan dan penegasan antara lain:

- 1) Pernyataan secara *deklatoir* tentang sahnya RUPS dan susunan pengurus serta tidak mengikatnya perjanjian melalui gugatan *voluntair*, bertentangan dengan asas *prosesual*;
- 2) Secara *prosesual*, ketetapan voluntair yang dijatuhkan PN dalam kasus ini, harus berdasarkan gugatan *contentiosa*;
- 3) Yurisdiksi *voluntair*, hanya sah apabila hal itu ditentukan oleh Undang-Undang.

b) Putusan Peninjauan Kembali (PK) No/PK/AG/1990, Tanggal 22 Januari 1991

1. PA (Pengadilan Agama) Pandeglang telah menjatuhkan penetapan ahli waris dan pembagian harta warisan yang diajukan salah seorang ahli waris dalam bentuk permohonan atau gugatan voluntair.
2. Terhadap penetapan itu, ahli waris yang lain mengajukan PK kepada MA, dan atas permohonan itu, MA menjatuhkan putusan, antara lain menegaskan:
 - a) Gugatan *voluntair* hanya dapat diterima pengadilan apabila untuk itu ada ketentuan UU yang mengaturnya secara khusus.
 - b) Dalam kasus penetapan ahli waris dan pembagian hart warisan, tidak ada dasar hukumnya untuk diperiksa secara *voluntair*.

c) Catatan Prof Asikin Kusuma Atmadja pada Putusan MA No. 3139 K/Pdt/1984, tanggal 25 November 1987

Catatan Prof. Asikin Kusuma Atmadja pada Putusan MA No. 3139 K/Pdt/1984, tanggal 25 November 1987, antara lain mengatakan:

1. Masalah pokok pengadilan, memeriksa, dan mengadili perkara-perkara yang bersifat sengketa (*contentience jurisdictie*);
2. Pengadilan juga berwenang memeriksa dan mengadili perkara-perkara yang termasuk dalam ruang lingkup *voluntair jurisdictie*, akan tetapi kewenangan itu hanya terbatas sampai hal-hal yang ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.

d) Pendapat Prof. Sudargo Gautama

Pendapat Prof. Sudargo Gautama, antara lain mengatakan:

Dalam hal terjadi penyelesaian secara *voluntair* mengenai suatu perkara yang mengandung sengketa:

1. Telah terjadi proses *ex-parte*;
2. Berarti penyelesaian sengketa melanggar tata tertib beracara yang baik (*goede process orde*) dan sekaligus melanggar asas *audi alteram parte* (hak pihak lain untuk membela dan hak untuk mempertahankan kepentingannya);
3. padahal semestinya, pihak yang terkena dalam permohonan *voluntair* dalam kasus ini, harus didengar sebagai pihak.

e) Berdasarkan Putusan MA

Berdasarkan putusan MA, antara lain:

1. Putusan MA No.1210/K/Pdt/1985, 30 Juni 1987, antara lain menegaskan :
PN yang telah memeriksa dan memutus permohonan secara voluntair, padahal di dalamnya terkandung sengketa, tidak ada dasar hukumnya.
2. Putusan MA No. 130/K/Sep/1957, 5 November 1957, antara lain menegaskan:

Permohonan atau voluntair yang diajukan meminta agar pengadilan memutuskan siapa ahli waris dan pembagian waris, sesudah melampaui batas kewenangan.

3. Putusan MA No.1391/K/Sep/1974, 6 April 1978, antara lain berbunyi:

Pengadilan tidak berwenang memeriksa dan mengadili permohonan penetapan (voluntair) hak atas tanah tanpa adanya sengketa atas tanah tersebut.

Dengan demikian dapat kita ambil kesimpulan bahwasannya Pengadilan Negeri berhak mengadakan atau memeriksa dan mengadili suatu permohonan atau gugatan *voluntair* selama gugatan *voluntair* tersebut memenuhi syarat-syarat

- a) Sangat terbatas atau sangat eksepsional dalam hal tertentu saja;
- b) Dengan syarat: hanya boleh terhadap masalah yang disebut dan yang ditentukan sendiri oleh Undang-Undang, yang menegaskan tentang masalah yang bersangkutan dapat atau boleh diselesaikan secara *voluntair* melalui bentuk permohonan.
- c) Tidak mengandung unsur gugatan, artinya tidak ada pihak yang merasa dirugikan atas pengajuan permohonan itu sendiri. Apabila ternyata di kemudian hari ada pihak-pihak yang merasa dirugikan dengan adanya permohonan tersebut maka dalam hal ini dapat dimintakan suatu upaya hukum yang kemudian menyatakan bahwa permohonan itu tidak ada dasar hukumnya.

3.2 Fundamentum Petendi dan Petitum Permohonan

Dalam setiap pengajuan gugatan atau gugatan *voluntair* (permohonan) diperlukan suatu alasan atau keadaan hukum yang mengaibatkan diajukannya gugatan atau permohonan tersebut. Jadi tidak bisa serta merta orang datang ke Pengadilan dan mengajukan suatu gugatan atau permohonan begitu saja, karena harus melalui suatu mekanisme pemeriksaan alasan atau keadaan yang menjadi landasan hukum pengajuan gugatan atau permohonan itu.

Fundamentum petendi atau *posita* (disebut juga *positum*) permohonan, tidak serumit dalam gugatan *contentiosa*. Landasan hukum dan peristiwa yang menjadi dasar permohonan, cukup memuat dan menjelaskan hubungan hukum (*rechtsverhouding*) antara diri pemohon dengan permasalahan hukum yang dipersoalkan. Sehubungan dengan itu, *fundamentum petendi* atau *posita* permohonan pada prinsipnya didasarkan pada ketentuan pasal Undang-Undang yang menjadi alasan permohonan, dengan menghubungkan ketentuan itu dengan peristiwa yang dihadapi pemohon.⁶⁸

Berbicara mengenai permohonan, maka kita tidak dapat melepaskan fakta bahwasannya dalam hal permohonan yang ada adalah pemohon itu sendiri. Artinya tidak ada pihak manapun yang ditarik sebagai lawan atau tergugat karena tujuan dari permohonan itu pada prinsipnya adalah untuk menyelesaikan kepentingan pemohon sendiri.

Sehubungan dengan itu, *petitum* permohonan tidak boleh melanggar atau melampaui hak orang lain. Harus benar-benar murni merupakan permintaan penyelesaian kepentingan pemohon, dengan acuan sebagai berikut:⁶⁹

1. Isi *Petitum* merupakan permintaan yang bersifat *deklaratif*
Pemohon meminta agar dalam diktum penetapan Pengadilan, memuat pernyataan dengan kata-kata : menyatakan bahwa pemohon adalah orang yang berkepentingan atas masalah yang dimohon.
2. *Petitum* tidak boleh melibatkan pihak lain yang tidak ikut sebagai pemohon
Ukuran ini merupakan konsekuensi dari bentuk permohonan, yang bersifat *ex-parte* atau sepihak saja.

⁶⁸ *Ibid.*, hal 33

⁶⁹ *Ibid.*, hal 37

3. Tidak boleh memuat petitum yang bersifat *condemnatoir* (mengandung hukum) Ukuran ini merupakan konsekuensi lebih lanjut dari sifat *ex-parte* yang benar-benar melekat (*inherent*) dalam permohonan. Oleh karena tidak ada pihak lawan atau tergugat, dengan sendirinya tidak ada pihak yang ditimpakan hukuman.
4. Petitum permohonan harus dirinci satu persatu tentang hal-hal yang dikehendaki pemohon untuk ditetapkan Pengadilan kepadanya
5. Petitum tidak boleh bersifat *compositur* atau *ex aequo et bono* Seperti yang dikatakan di atas, petitum permohonan harus dirinci, jadi bersifat enumeratif. Oleh karena itu, tidak dibenarkan petitum yang berbentuk mohon keadilan saja.

3.3 Proses Pemeriksaan Permohonan

1. Jalannya Proses Pemeriksaan Secara Ex-Parte

Oleh karena yang terlibat dalam permohonan hanya sepihak, yaitu pemohon sendiri, proses pemeriksaan permohonan hanya secara sepihak atau bersifat *ex-parte*, sedangkan yang hadir dan tampil dalam pemeriksaan persidangan, hanya pemohon atau kuasanya. Tidak ada pihak lawan atau tergugat, pemeriksaan sidang benar-benar hadir hanya untuk kepentingan pemohon. Oleh karena itu, yang terlibat dalam penyelesaian masalah hukum, hanya sepihak yaitu pemohon.

Pada prinsipnya proses *ex-parte* bersifat sederhana:

- a) Hanya mendengar keterangan pemohon atau kuasanya sehubungan dengan permohonan.
 - b) Memeriksa bukti surat atau saksi yang diajukan pemohon
 - c) Tidak ada tahap replik duplik dan kesimpulan
- #### 2. Yang Diperiksa di Sidang hanya Keterangan dan Bukti Pemohon

Dalam proses yang bercorak *ex-parte*, hanya keterangan dan bukti-bukti pemohon yang diperiksa pengadilan. Pemeriksaan tidak berlangsung secara *contradictoir* (*contradictory*) atau *op togenspraak*. Maksudnya, dalam proses pemeriksaan, tidak ada bantahan pihak lain. Hanya dalam proses pemeriksaan gugatan

contentiosa (gugatan yang bersifat parta dimana ada penggugat dan tergugat) yang berlangsung secara *contradictoir*. Dalam hal ini, keterangan dan bukti-bukti yang akan diajukan penggugat dapat dibantah dan dilumpuhkan tergugat, dan sebaliknya.

3. Tidak Dipermasalahan Penegakan Seluruh Asas Persidangan

Pada proses pemeriksaan permohonan yang bersifat *ex-parte*, tidak ditegakkan seluruh asas pemeriksaan persidangan. Namun tidak pula sepenuhnya disingkirkan.

A. Asas yang Tetap Ditegakkan

1. Asas kebebasan peradilan (*judicial independency*)
 - a) Tidak dipengaruhi siapa pun
 - b) Tidak boleh ada direktiva dari pihak mana pun.
2. Asas *fair trial* (peradilan yang adil)
 - a) Tidak bersifat sewenang-wenang
 - b) Pemeriksaan sesuai dengan asas *due process of law* (sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku)
 - c) Memberi kesempatan yang layak (*to give an appropriate oppurtunity*) kepada pemohon untuk membela dan mempertahankan kepentingannya.

B. Asas yang Tidak Perlu Ditegakkan

1. Asas *audi alteram partem*

Tidak mungkin dalam proses *ex-parte* ditegakkan asas mendengar jawaban atau bantahan pihak lawan, karena memang tidak ada pihak tergugat. Oleh karena itu, asas *to hear other side* (mendengar pihak lain), tidak relevan dalam proses permohonan, tidak mungkin ditegakkan asas *both side be heard before a decision is given*. Karena untuk mengambil keputusan atau penetapan, yang semata-mata didengar semata-mata pemohon saja.

2. Asas memberi kesempatan yang sama

Demikian juga halnya asas pemberian kesempatan yang sama (*to give the same opportunity*) kepada para pihak, tidak mungkin ditegakkan, karena pihaknya terdiri atas pemohon saja.

3.4 Putusan Permohonan

1. Bentuk Penetapan

Putusan yang berisi pertimbangan dan diktum penyelesaian permohonan dituangkan dalam bentuk penetapan dan namanya juga disebut penetapan atau ketetapan (*beschikking; decree*). Bentuk ini membedakan penyelesaian yang dijatuhkan pengadilan dalam gugatan contentiosa. Dalam gugatan perdata yang bersifat partai, penyelesaian dijatuhkan berbentuk putusan atau vonis (*award*).⁷⁰

2. Diktum Bersifat Deklarator

Putusan deklaratoir adalah putusan yang bersifat hanya menerangkan, menegaskan suatu keadaan hukum semata-mata.⁷¹ Misalnya bahwa A adalah anak angkat yang sah dari X dan Y, atau bahwa B, C, D adalah benar merupakan ahli waris dari H. Adapun yang dimaksud diktum bersifat deklarator ini sendiri harus memenuhi beberapa ketentuan yakni:

- a) Diktumnya hanya berisi penegasan pernyataan atau deklarasi hukum tentang hal yang diminta.
- b) Pengadilan tidak boleh mencantumkan diktum *condemnatoir* (yang mengandung hukuman) terhadap siapapun.
- c) Pengadilan juga tidak dapat memuat amar *konstitutif*, yaitu yang menciptakan suatu keadaan baru, seperti membatalkan perjanjian, menyatakan sebagai pemilik atas suatu barang, dan sebagainya.

⁷⁰ *Ibid.*, hal 40

⁷¹ Retnowulan Sutantio dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek, cet. Ke-X*, (Bandung, Mandar Maju, 2005) hal. 109

3.5 Kekuatan Pembuktian Penetapan

1. Penetapan Sebagai Akta Otentik

Setiap produk yang diterbitkan hakim atau pengadilan dalam menyelesaikan permasalahan yang diajukan kepadanya, dengan sendirinya merupakan akta otentik⁷² yaitu merupakan akta resmi yang dibuat oleh pejabat yang berwenang untuk itu. Bertolak dari doktrin yang dikemukakan di atas, setiap penetapan atau putusan yang dijatuhkan pengadilan bernilai sebagai akta otentik.⁷³ Doktrin ini pun sesuai dengan ketentuan yang digariskan KUHPerdara, yakni:

Suatu akta otentik ialah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh Undang-Undang, oleh atau di hadapan pegawai umum yang berkuasa untuk itu di tempat akta itu dibuat.⁷⁴

Memperhatikan ketentuan yang mengatakan bahwa putusan pengadilan merupakan akta otentik, berarti sesuai dengan pasal 1870 KUHPerdara, pada diri putusan itu, melekat nilai ketentuan pembuktian yang sempurna dan mengikat (*volledig en bindende bewijskracht*)

2. Nilai Kekuatan Pembuktian yang Melekat pada Penetapan Permohonan Hanya Terbatas kepada Diri Pemohon

Meskipun penetapan yang dijatuhkan pengadilan berbentuk akta autentik, namun nilai kekuatan pembuktian yang melekat padanya, berbeda dengan yang terdapat pada putusan yang bersifat *contentiosa*. Dalam putusan yang bersifat *partai* (*contentiosa*), nilai kekuatan pembuktiannya adalah:

- a) Benar-benar sempurna dan mengikat.
- b) Kekuatan mengikatnya meliputi:

⁷² Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, (Bandung : Alumni, 1992), hal. 399

⁷³ Subekti, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta : Bina Cipta, 1977), hal.126

⁷⁴ Indonesia (4), *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgelijke Wetboek)*, pasal 1868

- Para pihak yang terlibat dalam perkara dan ahli waris mereka.
- Kepada orang atau pihak ketiga yang mendapat hak dari mereka.⁷⁵

Tidak demikian halnya dengan penetapan. Sesuai dengan sifat proses pemeriksaannya yang bercorak *ex-parte* atau sepihak, nilai kekuatan pembuktian yang melekat dalam penetapan sama dengan sifat *ex-parte* itu sendiri, dalam arti:

- a) Nilai kekuatan pembuktiannya hanya mengikat pada diri pemohon saja.
- b) Tidak mempunyai kekuatan mengikat kepada pihak lain atau orang kepada pihak ketiga.

3. Pada Penetapan Tidak Melekat Asas *Ne Bis In Idem*

Sesuai dengan ketentuan Pasal 1917 KUHPerdara, apabila putusan yang dijatuhkan Pengadilan bersifat positif (menolak untuk mengabukan), kemudian putusan tersebut memperoleh kekuatan hukum tetap, maka dalam putusan melekat *ne bis en idem*. Oleh karena itu terhadap kasus dan pihak yang sama, tidak boleh diajukan untuk kedua kalinya.⁷⁶

Tidak demikian halnya dengan penetapan. Pada dirinya hanya melekat kekuatan secara sepihak, yaitu yaitu pada diri pemohon, jadi tidak mengikat dan tidak mempunyai kekuatan pembuktian pada pihak manapun. Oleh karena itu, pada penetapan tidak melekat *ne bis in idem*. Setiap orang yang merasa dirugikan oleh penetapan itu, dapat mengajukan gugatan atau perlawanan terhadapnya.

3.6 Upaya Hukum Terhadap Penetapan

Upaya hukum ialah suatu yang diberikan kepada seseorang untuk sesuatu hal tertentu yang melawan keputusan hakim. Bahwa keputusan hakim tersebut tidak luput dari kekeliruan ataupun kekhilafan dan bahkan sudah barang tentu bersifat memihak, maka dari itu demi untuk untuk menegakkan kebenaran dan keadilan setiap

⁷⁵ Subekti, *Op. Cit.*, hal 126.

⁷⁶ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Yogyakarta ; Liberty, 1998), hal. 173.

keputusan hakim tersebut perlu dimungkinkan untuk diadakan pemeriksaan ulang sehingga kekeliruan atau kekhilafan yang terjadi dalam keputusan itu dapat diperbaiki menurut semestinya. Jadi pada setiap keputusan Hakim pada umumnya dapat diberikan upaya hukum, yakni upaya atau alat untuk mencegah atau memperbaiki kekeliruan dalam suatu keputusan tersebut.⁷⁷

1. Penetapan atas permohonan merupakan putusan tingkat pertama dan terakhir
 Sesuai dengan doktrin dan praktik yang berlaku, penetapan yang dijatuhkan dalam perkara yang berbentuk permohonan atau *voluntair*, pada umumnya merupakan putusan yang bersifat tingkat pertama dan terakhir.⁷⁸
2. Terhadap putusan Pengadilan Tingkat pertama yang bersifat pertama dan terakhir, tidak dapat diajukan banding
 Terkadang Undang-Undang sendiri secara tegas mengatakan, bahwa penetapan atas permohonan itu, bersifat tingkat pertama dan terakhir. Namun ada kalanya tidak dinyatakan secara tegas. Akan tetapi, ada juga yang secara tegas mengatakan terhadap penetapan yang dijatuhkan atas permohonan, tidak tunduk pada peradilan yang lebih tinggi. Salah satu contoh dapat dikemukakan Pasal 360 jo. Pasal 364 KUHPerdara.
 - a) Menurut Pasal 360 KUHPerdara, permohonan pengangkatan wali dilakukan oleh PN, atas permintaan keluarga sedarah dan semenda.
 - b) Selanjutnya Pasal 364 KUHPerdara menegaskan:
 Permohonan banding atas Putusan PN mengenai pengangkatan wali, tidak tunduk pada Peradilan lebih tinggi kecuali ada ketentuan, tentang sebaliknya.⁷⁹

⁷⁷ M. Nur Rasaid, *Op. Cit.*, hal 61

⁷⁸ M. Yahya Harahap (2), *Beberapa Permasalahan Hukum Acara pada Peradilan Agama*, (Jakarta: Sinar Grafika, 1993), hal. 46

⁷⁹ Indonesia (4), *Op. Cit.*, pasal 364

Mengenai penetapan yang disebut Pasal 360 KUHPerdara tersebut, dapat diperhatikan Putusan PT medan tanggal 1 Maret 1952, No. 120 Tahun 1950 yang menegaskan antara lain:

Permohonan banding atas Putusan PN tentang pengangkatan perwalian berdasarkan pasal 360 BW, harus dinyatakan *niet ontvankelijke verklaard* (tidak dapat diterima), karena menurut Pasal 364 BW, sendiri dengan tegas mengatakan bahwa banding atas pengangkatan wali tidak dapat dimohon banding.⁸⁰

3. Upaya hukum yang dapat diajukan, Kasasi

Kebolehan mengajukan kasasi terhadap penetapan atas permohonan merujuk secara analogis kepada penjelasan pasal 43 ayat (1) UU No. 14 Tahun 1985, tentang Mahkamah Agung, sebagaimana diubah UU No. 5 Tahun 2004 yang kemudian dirubah untuk kedua kalinya oleh UU No.3 Tahun 2009.

Pasal 43 ayat (1) mengatakan, permohonan kasasi dapat diajukan hanya jika permohonan terhadap perkara telah menggunakan upaya hukum banding, kecuali ditentukan lain oleh Undang-Undang. Terhadap kalimat terakhir pasal ini, dirumuskan penjelasan yang berbunyi.

Pengecualian dalam ayat (1) pasal ini diadakan karena adanya putusan Pengadilan tingkat pertama yang oleh Undang-Undang tidak dapat dimohon banding.⁸¹

Memperhatikan penegasan penjelasan pasal 43 ayat (1) tersebut, oleh karena penetapan yang dijatuhkan terhadap permohonan tidak dapat dibanding maka upaya hukum yang dapat ditempuh adalah kasasi berdasarkan Pasal 43 ayat (1) jo. Penjelasan pasal 43 ayat (1) dimaksud.

⁸⁰ M. Yahya Harahap (3), *Hukum Acara Perdata Peradilan Indonesia*, (Medan : Zahir, 1977), hal. 432

⁸¹ Indonesia (5), *Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung*, penjelasan pasal 43 ayat (1)

3.7 Upaya Meluruskan atau Koreksi Terhadap Permohonan Yang Keliru

Apabila terjadi peristiwa pengajuan permohonan atau gugatan *voluntair* yang keliru kemudian dari gugatan *voluntair* tersebut Pengadilan Negeri menerima permohonan dan setelah memeriksa permohonan kemudian dalam amar putusannya mengabulkan permohonan itu, sedangkan dari penetapan yang dimaksud ada pihak-pihak yang merasa dirugikan karena ternyata permohonan itu sendiri melampaui batas kewenangan dari Pengadilan Negeri dalam memutus gugatan *voluntair*, maka diperlukan suatu mekanisme perlindungan terhadap orang-orang yang dirugikan tersebut.

Cara yang dapat ditempuh dan dilakukan oleh orang yang berkepentingan atau orang yang merasa dirugikan atas penetapan *voluntair* adalah sebagai berikut:⁸²

1. Mengajukan Perlawanan terhadap Permohonan selama Proses Pemeriksaan Berlangsung

Landasan upaya perlawanan terhadap permohonan yang merugikan kepentingan orang lain, merujuk secara analogis kepada Pasal 378 Rv, atau pasal 195 ayat (6) HIR. Perlawanan itu sangat bermanfaat untuk menghindari terbitan penetapan yang keliru. Dengan demikian, memberi hak kepada orang yang merasa dirugikan kepentingannya untuk:

- a. Mengajukan perlawanan kepada pihak ketiga (*derden verzet*) yang bersifat semu atau *quasi derden verzet*, selama proses pemeriksaan permohonan berlangsung;
- b. Pihak yang merasa dirugikan tersebut:
 1. Sebagai pelawan
 2. Pemohon, ditarik sebagai terlawan;
- c. Dasar perlawanan, ditujukan kepada pengajuan gugatan *voluntair* tersebut
- d. Perlawanan meminta agar permohonan ditolak serta perkara diselesaikan secara *contradictoir*.

⁸² M. Yahya Harahap (1), *Op. Cit.*, hal. 44.

Tindakan dan upaya perlawanan yang disebut di atas dapat dilakukan pihak yang merasa dirugikan, apabila ia mengetahui adanya permohonan yang sedang berlangsung proses pemeriksaannya.

2. Mengajukan Gugatan Perdata

Apabila isi penetapan mengabulkan permohonan dan pihak yang merasa dirugikan baru mengetahui setelah pengadilan menjatuhkan penetapan tersebut, yang bersangkutan dapat mengajukan gugatan perdata biasa. Dalam hal ini:

- a) Pihak yang merasa dirugikan bertindak sebagai penggugat dan pemohon ditarik sebagai tergugat.
- b) Dalil gugatan bertitik tolak dari hubungan hukum yang terjalin antara diri penggugat dengan permasalahan yang diajukan pemohon dalam permohonan.

3. Mengajukan Permintaan Pembatalan kepada MA atas Penetapan

Tentang upaya ini, dapat dipedomani Penetapan MA No. 5 Pen/Sep/1975 sebagai preseden.

Pihak yang merasa dirugikan atas penetapan atas Penetapan PN Jakarta Pusat No. 274/1972, mengajukan permohonan kepada MA agar MA mengeluarkan penetapan untuk membatalkan penetapan PN. Ternyata permohonan itu dikabulkan MA dengan jalan menerbitkan Penetapan No. 5/Sep/1975.

4. Mengajukan Upaya Peninjauan Kembali (PK)

Upaya PK, dapat juga ditempuh untuk mengoreksi dan meluruskan kekeliruan atas permohonan dengan mempergunakan Putusan PK No. 1 PK/Ag/1990 tanggal 22 Januari 1991 sebagai pedoman preseden.

Dalam kasus ini, PA Pandeglang telah mengabulkan permohonan secara sepihak. Terhadap penetapan tersebut, pihak yang dirugikan mengajukan PK terhadap MA. Ternyata MA mengabulkan permohonan PK dan bersamaan dengan itu, MA membatalkan penetapan PA dimaksud.

3.8 Eksekusi Menurut *Herziene Indische Regeling* (HIR)

Permohonan atau Gugatan (*voluntair*) pada dasarnya memang berbeda dengan gugatan *contentiosa*, dalam permohonan hanya ada satu pihak Putusan yang berisi pertimbangan dan diktum penyelesaian permohonan dituangkan dalam bentuk penetapan dan namanya juga disebut penetapan atau ketetapan (*beschikking; decree*). Dalam *Herziene Indische Regeling* (HIR) atau Undang-Undang Hukum Acara Perdata sendiri dinyatakan bahwa pelaksanaan atas suatu putusan atau penetapan dalam hukum acara perdata yang berupa penyitaan senantiasa dikaitkan dengan barang.

Pada azasnya suatu putusan Hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang pasti yang dapat dijalankan. Pengecualiannya ada, yaitu apabila suatu putusan dijatuhkan dengan ketentuan dapat dilaksanakan terlebih dahulu sesuai dengan pasal 180 HIR. Perlu juga dikemukakan, bahwa tidak semua putusan yang sudah mempunyai kekuatan pasti harus dijalankan, karena yang perlu dilaksanakan hanyalah putusan-putusan yang bersifat *condemnatoir*, yaitu yang mengandung perintah kepada suatu pihak untuk melaksanakan suatu perbuatan.⁸³

Putusan dilaksanakan di bawah pimpinan Ketua Pengadilan Negeri yang mula-mula memutus perkara tersebut. Pelaksanaan dimulai dengan menegur pihak yang kalah untuk dalam delapan hari memenuhi putusan tersebut dengan sukarela. Jika pihak yang dikalahkan itu tidak mau melaksanakan putusan itu dengan sukarela, maka pelaksanaan yang sesungguhnya dimulai.

Ada tiga macam eksekusi yang dikenal oleh Hukum Acara Perdata, yaitu:⁸⁴

- a) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 196 HIR dan seterusnya, dimana seseorang dihukum untuk membayar sejumlah uang.
- b) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 225 HIR dimana seseorang dihukum untuk melaksanakan suatu perbuatan.

⁸³ Retnowulan Sutantio dan Isakndar Oeripkartawinata, *Op. Cit.*, hal. 129

⁸⁴ *Ibid.*, haal 130

- c) Eksekusi Riil, yang dalam praktek banyak dilakukan akan tetapi tidak diatur dalam HIR.

Ad (a) : Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 196 HIR dan seterusnya, dimana seseorang dihukum untuk membayar sejumlah uang

Apabila seseorang enggan dengan sukarela memenuhi isi putusan dimana ia dihukum untuk membayar sejumlah uang, maka jika sebelum putusan dijatuhkan telah dilakukan sita jaminan, maka sita jaminan itu setelah dinyatakan sah dan berharga, secara otomatis menjadi sita eksekutorial. Kemudian eksekusi dilakukan dengan cara melelang barang-barang milik orang yang dikalahkan, sehingga mencukupi jumlah yang harus dibayar menurut putusan Hakim dan ditambah dengan semua biaya sehubungan pelaksanaan putusan tersebut.

Jika sebelumnya belum pernah dilakukan sita jaminan, maka eksekusi dimulai dengan menyita sekian banyak barang-barang bergerak, dan apabila diperkirakan masih tidak cukup, juga dilakukan terhadap barang-barang tidak bergerak milik pihak yang dikalahkan sehingga cukup untuk memenuhi pembayaran sejumlah uang yang harus dibayar menurut putusan beserta biaya-biaya yang timbul sehubungan dengan pelaksanaan putusan tersebut. Penyitaan yang dilakukan tersebut di atas disebut sita eksekutorial.

Dalam Hukum Acara Perdata dikenal ada dua macam sita eksekutorial yaitu:

- 1) Sita eksekutorial sebagai lanjutan sita jaminan
- 2) Sita eksekutorial yang dilakukan sehubungan dengan eksekusi karena sebelumnya tidak ada sita jaminan.

Ad (b): Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 225 HIR dimana seseorang dihukum untuk melaksanakan suatu perbuatan

Ketentuan Pasal 255 HIR berbunyi sebagai berikut :⁸⁵

- 1) Jika seseorang yang dihukum akan melakukan suatu perbuatan, tidak melakukan suatu perbuatan itu dalam jangka yang ditentukan oleh hakim, maka bolehlah pihak yang dimenangkan dalam putusan hakim itu, meminta kepada Pengadilan Negeri, dengan pertolongan ketuanya, baik dengan sura, baik dengan lisan, supaya kepentingan yang akan didapatnya, jika keputusan itu diturut, dinilai dengan uang yang banyaknya harus diberitahukannya dengan tentu, jika permintaan itu dilakukan dengan lisan, maka hal itu harus dicatat.
- 2) Ketua mengemukakan perkara itu dalam persidangan Pengadilan negeri, sesudah diperiksa atau dipanggil orang yang berutang itu dengan patut, maka sebagaimana menurut pendapat Pengadilan Negeri, permintaan itu ditolak atau dinilai harga perbuatan yang diperintahkan, tetapi yang tiada dilakukan itu, sebesar jumlah yang dikehendaki oleh si peminta atau sebesar jumlah yang kurang daripada itu, dalam hal jumlah itu ditetapkan, maka orang yang berutang itu dihukum akan membayar jumlah itu.

Pasal di atas mengatur pelaksanaan putusan hakim dimana seorang dihukum untuk melakukan suatu perbuatan, misalnya memperbaiki pagar, saluran air yang dirusak, memasang kembali pipa gas yang kerana kesalahannya telah diangkat dan sebagainya. Namun apabila perbuatan itu tidak dilaksanakan, menurut Pasal 255 HIR yang dapat dilakukan adalah menilai perbuatan yang harus dilakukan oleh tergugat dalam jumlah uang. Tergugat lalu dihukum untuk membayar sejumlah uang sebagai pengganti daripada pekerjaan yang harus ia lakukan berdasar putusan hakim.⁸⁶

⁸⁵ Indonesia (4), *Op. Cit.*, pasal 255

⁸⁶ Retnowulan Sutantio, *Op. Cit.*, hal 135

Ad (c): Eksekusi Riil, yang dalam praktek banyak dilakukan akan tetapi tidak diatur dalam HIR.

Perihal eksekusi riil ini tidak diatur dalam HIR. Meskipun eksekusi riil tidak daitur secara seksama dalam HIR, namun eksekusi riil ini sudah lazim dilakukan, karena dalam praktek sangat diperlukan.

3.9 Pengaturan Pemeliharaan Anak serta Kekuasaan Orang Tua di Negara-Negara Lain

Inggris merupakan salah satu negara yang merepresentasikan sistem hukum Common Law, sedangkan Belanda sendiri merupakan negara yang menganut sistem hukum Civil Law sekaligus tempat asal muasal Hukum Indonesia karena Indonesia masih mengadopsi Hukum Perdata dan Hukum Acara Perdata peninggalan Belanda, namun di Belanda sendiri telah dilakukan perubahan hukum yang menjadikan Hukum Perdata maupun Hukum Acara Perdata yang lama tidak berlaku lagi karena dianggap tidak mampu mengakomodasi laju perkembangan jaman. Oleh karena itu penulis memilih kedua negara tersebut di atas sebagai studi perbandingan untuk melihat lebih jauh mengenai ketentuan pemeliharaan anak dan kekuasaan orang tua.

1. Inggris

Di Inggris saat ini ketentuan mengenai pemeliharaan anak dan kekuasaan orang tua bersumber pada Children Act 1989. Children Act merupakan Undang-Undang baru yang menggantikan Children Act 1975, karena Children Act dinilai masih memiliki banyak kekurangan. Di dalam Undang-Undang yang baru ini, semua orang tua yang menikah memiliki "kekuasaan orang tua" (*parental responsibility*), terhadap anak-anaknya. Kekuasaan orang tua ini akan berakhir tanpa mempedulikan apakah perkawinan kedua orang tua berlanjut atau berakhir. Pengadilan tidak dapat mencabut 'kekuasaan orang tua' dari orang tua yang menikah kecuali ada putusan adopsi terhadap anak tersebut. Fakta bahwa setiap pasangan akan selalu mempunyai kekuasaan orang tua dimaksudkan untuk mendorong orang tua bukan pemegang hak

pemeliharaan anak (*the absent parent*, biasanya ayah), berperan aktif guna kesejahteraan si anak.⁸⁷ Hal ini berarti si ayah tidak dianggap kalah dalam perceraian, karena ia tetap memegang kekuasaan orang tua (tidak seperti di dalam Undang-Undang yang lama), ia sering kehilangan hak pemeliharaan (*custody*).

”Kekuasaan Orang Tua” (*parental responsibility*) dalam Children Act 1989, ini didefinisikan sebagai:

*All the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.*⁸⁸

Dalam terjemahan bebasnya, definisi tersebut adalah :

Semua hak, kewajiban, kekuasaan, tanggung jawab dan kewenangan yang dimiliki oleh orang tua dalam hubungannya dengan di anak dan kekayaannya.

Di dalam praktek, ”*parental responsibilities*” itu mencakup tanggung jawab dan hak untuk:⁸⁹

- a) Menjaga dan melindungi si anak (*maintain and protect the child*)
- b) Menjamin si anak akan menerima perawatan kesehatan (*ensure he or she receives medical treatment*)
- c) Menunjuk seorang wali untuk memelihara si anak setelah kematian orang tuanya (*to appoint a guardian to care for child after a parent's death*)

⁸⁷ Zulfa Djoko Basuki, *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, (Jakarta : Yarsif Watampone, 2005), hal 60

⁸⁸ John Pritchard et al. *The New Penguin Guide To The Law*. 3rd Ed. (London: Viking, 1992), hal 121, sebagaimana dikutip dalam Zulfa Djoko Basuki, *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, (Jakarta : Yarsif Watampone, 2005), hal 60

⁸⁹ Zulfa Djoko Basuki, *Op. Cit.*, hal 60

- d) Meyakinkan si anak akan memperoleh pendidikan antara umur 5 sampai 16 tahun dan memilih sekolah untuk si anak (*make sure the child is educated between five and sixteen years old and choose the child's school*)
- e) Memberi nama si anak dan mencatatkan kelahirannya (*name the child and register its birth*)
- f) Hak anak untuk memperoleh paspor (*apply for the child's passport*)
- g) Memilih agama si anak (*choose the child's religion*)
- h) Memutuskan di mana anak akan tinggal (*decide where the child is to live*)

Ketika kedua orang tua bercerai, biasanya bersamaan dengan putusan pengadilan atas perceraian orang tua akan ada banyak kemungkinan perintah pengadilan yang dikeluarkan untuk kepentingan si anak.

Perintah Pengadilan diatur dalam pasal 8 Children Act 1989⁹⁰, istilah-istilah yang digunakan dalam Children Act mengenai perintah pengadilan itu sendiri adalah “*residence order*”, “*contract order*”, “*specific order*”, dan “*prohibited steps order*”.

Residence order, ini menjelaskan bersama siapa si anak akan tinggal. Hampir pada semua kasus, si anak akan tinggal dengan salah satu orang tuanya (biasanya dengan si ibu). Akan tetapi diizinkan pula si anak tinggal pada kedua orang tua secara bergantian. Anak-anak akan membagi waktunya diantara kedua orang tua.

⁹⁰ Pasal 8 ayat (1) Children Act 1989 berbunyi sebagai berikut:

“a contract order” means an order requiring the requiring the person with whom a child lives or is to live, to allow the child to visit or stay with the person named in order, or for that person and the child otherwise to have contact with each other.

“a prohibited steps order” means an order that no step which could be taken by a parent in meeting his parental responsibilities for a child, and which is of a kind specified in the order shall be taken by any person without the consent of the court.

“a residence order” means an order settling the arrangement to be made as the person with whom a child is to live; and

“ a specific issue order’ means an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for the child.

Contract order, diisyaratkan, seseorang dengan siapa anak tinggal, harus mengizinkan anak ini berhubungan dengan orang tua lainnya. Hal itu dapat berupa berkunjung atau singgah, atau berbicara di telpon atau dengan surat menyurat.

Specific order, memberi petunjuk untuk menentukan masalah khusus yang berhubungan dengan kekuasaan orang tua, misalnya penentuan di mana anak akan bersekolah.

Prohibited steps order, Orang tua tiri, tidak secara otomatis mendapatkan kekuasaan orang tua selama perkawinannya, karena kekuasaan orang tua adalah milik kedua orang tua kandung. Ia boleh mendapatkan *residence order* bila mengajukan permohonan bersama-sama dengan pasangannya yang baru, jika anak-anak tinggal dengan mereka. Apabila orang tua kandung meninggal, si ibu atau bapak tiri tidak otomatis mengambil alih kekuasaan orang tua. Untuk menghindari hal ini, sebaiknya orang tua kandung, membuat wasiat, bila ia meninggal, akan menunjuk si orang tua tiri sebagai wali (*guardian*). Karena itu sebaiknya orang kandung bersama orang tua tiri secara bersama-sama (*jointly*), mengajukan permohonan ke pengadilan agar diunjuk sebagai pemegang "*resistence order*".⁹¹

Meskipun berbagai perintah dapat diberikan oleh pengadilan berdasarkan pasal 8 ini, pengadilan tidak cepat-cepat mengeluarkannya.

Kepada siapa anak akan diberikan dalam hal terjadinya perceraian, di dalam Children Act 1989 ini, sebagai dikatakan terdahulu, berakhirnya perkawinan kedua orang tua karena perceraian, tidak mengakibatkan berakhirnya kekuasaan orang tua. Sebagaimana dalam Children Act 1975 dan sebelumnya. Secara teknis keduanya mempunyai suara yang sama, dengan siapa anak-anak akan tinggal, siapa yang memeliharanya, berapa kali orang tua lainnya dapat berkunjung, dengan kata lain kedua orang tua ikut dalam pemeliharaan anak-anak sehari-hari, ikut dalam mengawasi apa yang terjadi terhadap mereka. Kedua orang tua bebas untuk berdiskusi satu sama lain mengenai apa yang terbaik bagi si anak. Apabila dalam pemeliharaan ini tidak ada titik temu antara kedua orang tua maka masing-masing

⁹¹ Zulfa Djoko Basuki, *Op. Cit.*, hal 63

akan menghubungi penasihat hukumnya untuk mencoba bernegosiasi, mengadakan konsiliasi atau mediasi.

Apabila mediasi dan konsiliasi tidak berhasil perkara akan diajukan ke pengadilan untuk mendapatkan residence order atau contract order sesuai dengan pasal 8. Pertama-tama pengadilan akan menggali dari keduanya apakah masih mungkin untuk berdamai. Bila perdamaian gagal, pengadilan akan mengeluarkan perintah untuk melanjutkan persidangan dalam batas waktu tertentu. Dalam persidangan, kedua orang tua diminta untuk hadir sendiri. Anak-anak juga diminta untuk hadir di pengadilan, biasanya yang telah berumur 9 tahun ke atas. Mereka diwawancarai secara pribadi dan tidak dijadikan saksi untuk seluruh kasus. Seringkali anak-anak diminta berada di luar sidang sampai tiba waktunya hakim akan berbicara padanya.⁹²

Persidangan diakhiri dengan putusan hakim, biasanya dengan suatu perintah (*order*). Secara umum, pengadilan memutuskan berdasarkan "*child welfare*", pemeliharaan anak sebaiknya diberikan pada ibu. Ini hanya merupakan ketentuan umum, berlaku terutama bila anak-anak masih kecil.⁹³

Baik si ayah maupun ibu harus mempertimbangkan apakah adanya suatu perintah pengadilan akan lebih baik bagi anak-anak. Tetapi bila terjadi perselisihan, perintah itu harus ada, kecuali kedua orang tua sudah mencapai kata sepakat dan berjanji untuk memenuhi perjanjian yang sudah dibuat. Dalam praktek, dalam sebagian besar perkara, hakim akan mengikuti rekomendasi dari petugas-petugas kesejahteraan.

Tidak ada putusan perceraian yang akan menjadi definitif, tanpa adanya pertimbangan pengadilan mengenai masalah pengaturan anak-anak dari keluarga (*children of the family*). Pengadilan harus melihat pengaturan ini dan memutuskan apakah akan lebih memuaskan bila tidak dibuat perintah (*order*) pengadilan. Di dalam sebagian besar kasus-kasus perceraian, pengadilan tidak memutuskan "*order*"

⁹² *Ibid.*, hal 65

⁹³ *Ibid.*, hal 67

tentang anak-anak, dan menyerahkannya kepada kedua orang tua yang mengaturnya. Secara normal hanya pengaturan anak-anak di bawah umur 16 tahun yang dilakukan melalui pengadilan. Sementara kekuasaan orang tua berakhir bila anak sudah berumur 18 tahun.⁹⁴

Perubahan di dalam Undang-Undang dimaksudkan untuk menghasilkan suatu perubahan dalam cara anak-anak dan keluarga diperlakukan oleh sistem hukum. Karena itu di masa datang, pengadilan tidak akan ikut campur lagi, orang tua akan mengaturnya sendiri kecuali bila ada masalah yang spesifik. Di dalam suatu perceraian misalnya, hakim tidak akan membuat suatu keputusan (*order*) dimana anak akan tinggal, apabila ada persetujuan antara keduanya. Suatu hal yang baru, suatu persyaratan hukum yang kuat, bahwa kesejahteraan si anak, merupakan pertimbangan utama dari pengadilan, bila timbul masalah mengenai pengasuhan dan pemeliharaan si anak. Kepentingan si anak akan mengalahkan kepentingan orang tua.⁹⁵

Di Inggris terdapat sebuah lembaga perpanjangan tangan dari pengadilan sebagai lembaga pengawas pelaksanaan hak-hak anak, termasuk di dalamnya adalah hak asuh anak. Lembaga tersebut adalah *a court welfare officer's* (petugas kesejahteraan), lembaga tersebut dalam hal ini membuat laporan bagaimana *order/* putusan dari pengadilan mengenai hak asuh anak itu dilaksanakan oleh masing-masing pihak yang terlibat. Apabila perintah dari pengadilan mengenai pelaksanaan *custody* tidak dilaksanakan dengan itikad baik oleh masing-masing pihak maka dengan adanya laporan dari petugas kesejahteraan itu pihak yang tidak melaksanakan perintah tersebut dapat dikenai sanksi berupa denda dan bahkan pencabutan hak-hak pemeliharaan yang diberikan Pengadilan pada orang tua dan dialihkan pada pihak lain.

⁹⁴ *Ibid.*, hal 66

⁹⁵ John Pritchard, Op. Cit., hal 161 sebagaimana dikutip dalam Zulfa Djoko Basuki, *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, (Jakarta : Yarsif Watampone, 2005), hal 68

2. Belanda

Mengenai masalah perkawinan, perceraian dan akibat hukumnya termasuk di dalamnya masalah mengenai pemeliharaan anak, yaitu mengenai hukum keluarga di Belanda diatur dalam Buku I Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (*Nedherland Civil Code* (BW)). *Civil Code* yang diundangkan pada tahun 1838 ini telah berkali-kali dimodernisasi. Hal ini disebabkan berkembangnya masalah hak asasi manusia dalam sistem hukum Belanda beberapa dekade terakhir sehingga mengakibatkan penegak hukum menghadapi berbagai masalah dalam menerapkan *Civil Code* pada putusan-putusannya terutama di bidang hukum keluarga.⁹⁶

Belanda telah melakukan perubahan terhadap Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (BW) mereka untuk mengakomodasi perkembangan masalah HAM. Hukum keluarga Belanda merupakan contoh konkrit dari hukum yang mengakomodir hak asasi manusia hal ini terutama berasal dari pasal 8 EHCR (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedom)⁹⁷ yang telah diratifikasi oleh Belanda. Pasal 8 dari EHCR ini berbunyi:⁹⁸

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

⁹⁶ Zulfa Djoko Basuki, *Op. Cit.*, hal 73

⁹⁷ EHCR pertama kali diadakan di Roma 4 November 1950, dengan kemudian dilakukan perubahan sebanyak lima kali (five protokol), protokol pertama di Paris pada 20 March 1952, protokol kedua dan ketiga diadakan di Strasbourg 6 May 1963, protokol keempat jug diadakan di Strasbourg pada tanggal 16 September 1963, sedangkan protokol kelima sendiri diadakan di Strasbourg pada 20 January 1966, <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>, diakses pada tanggal 20 Mei 2009

⁹⁸ “Council of Europe Convention on Human Rights”, <http://www.hri.org/docs/ECHR50.html>, diakses pada tanggal 20 Mei 2009

Terjemahan bebasnya adalah:

- 1) Setiap orang mempunyai hak untuk dihormati kehidupan pribadi dan keluarganya, rumahnya dan hubungannya dengan pihak lain.
- 2) Tidak akan ada campur tangan dari otoritas public (pemerintah) dalam hal pelaksanaan hak kecuali jika hal tersebut berkenaan dengan hukum dan diperlukan dalam masyarakat demokratis dalam hal kepentingan keamanan nasional, keselamatan public, atau kesejahteraan ekonomi keluarga, dalam rangka pencegahan keadaan yang tidak menentu atau kejahatan, untuk melindungi kesehatan dan moral, atau untuk melindungi hak dan kebebasan orang lain.

Seperti telah disebutkan sebelumnya, bahwa perkembangan HAM turut andil dalam perubahan Hukum Keluarga Belanda, salah satu aspek yang disoroti dalam hal tersebut berkaitan dengan pemeliharaan anak dan kekuasaan orang tua.

Awalnya ketentuan yang mengatur mengenai custody (pemeliharaan anak) ini diatur dalam pasal 161 BW, berbunyi sebagai berikut:⁹⁹

1. Dengan putusan perceraian atau putusan kemudian, Hakim akan menunjuk atau mengangkat salah satu dari pihak orang tua sebagai pemegang hak pemeliharaan anak (*voogd*), dan menunjuk juga sekaligus bukan pemegang hak pemeliharaan anak sebagai wali pengawas atas setia anak belum dewasa dari kedua suami istri tersebut;
2. Salah satu orang tua yang tidak memegang kekuasaan orang tua tidak termasuk di dalam penunjukan itu;
3. Apabila keputusan dalam angka 1 tidak berkenaan dengan semua anak-anak dalam perkawinan ini, maka Pengadilan atas permohonan dari salah satu orang tua atau atas permintaan dari Dewan Perwalian Anak atau karena jabatan akan memenuhi permohonan tersebut;

⁹⁹ *Ibid.*, hal 87

4. Sampai dengan dimulainya hak pemeliharaan anak itu sesuai dengan ketentuan dalam pasal ini, kekuasaan anak tetap pada kedua orang tua dengan kewenangan dan kewajiban yang sama seperti waktu lalu.

Dapat disimpulkan disini bahwasannya putusnya perkawinan karena perceraian berdasar pasal 161 BW mengakibatkan berakhirnya kekuasaan orang tua. Pengadilan akan menunjuk salah seorang dari orang tua untuk memelihara anak (*voogdij*). Orang tua lainnya ditunjuk sebagai *co-guardian*. Dengan demikian berdasarkan Kitab Undang-Undang tersebut dapat disebut bahwa Belanda merupakan negara yang menganut "*sole custody*".

Dengan sistem "*sole custody*", orang tua bukan pemegang hak pemeliharaan anak tidak mempunyai hak menurut hukum untuk berhubungan dengan anak-anak yang berada dalam pemeliharaan orang tua lain (pemegang hak pemeliharaan). Tidak ada hak kunjung baginya baik berdasarkan Undang-Undang atau kasus-kasus hukum.¹⁰⁰ Dengan demikian, ketika terjadi perceraian antara kedua orang tua, selain dihapuskannya kekuasaan orang tua, orang tua yang tidak mendapat hak pemeliharaan anak tidak diperkenankan lagi untuk bertemu atau bahkan berhubungan dengan anaknya berdasar putusan pengadilan. Namun dikarenakan pengaturan tersebut dirasa bertentangan dengan pasal 8 ECHR, maka ketentuan mengenai peniadaan hak kunjung tersebut dihapuskan. Pasal 161 ayat (5) BW yang sebelumnya mengatur mengenai hak kunjung itu dihapuskan dan untuk selanjutnya digantikan oleh pasal 161 a:1 BW Baru (berlaku tanggal 1 Desember 1990, Act of 13 September 1990, Stb.482)

Pasal 161 a angka 1 BW baru berbunyi sebagai berikut:¹⁰¹

1. Si anak dan orang tua yang tidak ditunjuk sebagai pemegang hak pemeliharaan anak terikat untuk mendapat hak kunjung satu sama lain (*omgang met elkaar*). Hak kunjung antara orang tua dan anak dapat dilaksanakan sejak waktu

¹⁰⁰ Zulfa Djoko Basuki, *Op. Cit.*, hal 78

¹⁰¹ *Ibid.*, hal 85

- ditunjuknya orang tua lainnya sebagai pemegang hak pemeliharaan terhadap si anak;
2. Pengadilan regional (*Regional Court*) sejak dijatuhkannya putusan perceraian atau beberapa waktu seelahnya, atas permintaan orang tua atau salah seorang diantaranya, mengeluarkan pengaturan untuk melaksanakan hak kunjung untuk suatu periode yang definitif atau menolak hak kunjung untuk suatu periode yang definitif.
 3. Pengadilan Regional hanya akan menolak hak kunjung itu apabila:
 - a) Kunjungan itu secara serius akan merusak perkembangan mental dan fisik si anak, atau
 - b) Orang tua itu tidak pantas atau nyata-nyata tidak cakap untuk mendapatkan hak kunjung;
 - c) Kunjungan itu bertentangan dengan kepentingan utama (*zwaarwegende belangen*) si anak;
 - d) Si anak telah berumur 12 tahun, yang ketika didengar menolak secara serius kunjung orang tua tersebut.

Berdasar pasal di atas, jelas ternyata bahwa hubungan antara orang tua dan anak tidak dapat dihapus begitu saja, walau salah satu orang tua tidak mendapatkan hak pemeliharaan anak namun kepadanya diberikan hak untuk mengunjungi anaknya itu. Pembatasan mengenai hak kunjung ini hanya limitatif pada hal-hal tertentu saja, yakni yang utama dalam hal ini adalah kepentingan si anak. Jadi dalam pemberian hak kunjung ini hak anak itu lebih utama dibandingkan hak orang tua.

Ketentuan mengenai *sole custody* di atas sejalan dengan Undang-Undang Perceraian (*Divorce Law Act*) 1971 yang berlaku di Belanda, berdasar Undang-Undang tersebut anak-anak akan diserahkan kepada pemeliharaan salah orang tua, biasanya kepada si ibu. Hak kunjung diberikan kepada si ayah. Tidak ada ketentuan yang pasti mengenai hak kunjung ini, di dalam praktek tergantung kepada kesukarelaan pemegang hak pemeliharaan untuk bekerja sama.

Hingga tahun 1980-an, dalam kasus-kasus perceraian, pengadilan menunjuk si Ibu sebagai pemegang hak pemeliharaan anak dan kepada si ayah ditunjuk sebagai *co-guardian*. Dalam tahun 1980-an tersebut 90% dari kasus perceraian si Ibu ditunjuk sebagai pemegang hak pemeliharaan anak atas dasar karena ia memelihara sehari-hari. Hanya dalam hal-hal tertentu saja, misalnya karena si Ibu menelantarkan si anak atau ada bukti ia tidak cakap untuk memelihara anak (misalnya karena mendapat gangguan mental) atau karena si ayah mempunyai kehidupan yang lebih stabil dari si ibu, karena si ayah menikah lagi dan ibu sibuk bekerja, ia kehilangan haknya dan pemeliharaan diserahkan kepada si ayah.¹⁰²

Pada tahun 1998 diundangkan Undang-Undang baru mengenai Hukum keluarga (Family Law) yang mulai berlaku secara efektif 1 januari 1998. Undang-Undang baru ini bertentangan dengan Undang-Undang yang lama, yang memberikan "*sole custody*" kepada salah satu orang tua, dengan terjadinya perceraian, mengharuskan kedua orang tua untuk melaksanakan "*joint custody*". Kekecualian hanyalah apabila salah satu orang tua berhasil meyakinkan pengadilan., bahwa "*joint custody*" tersebut dapat membahayakan kesejahteraan anak.

Artinya dengan keberadaan Undang-Undang ini ketika terjadi maka hak pemeliharaan tidak lagi diberikan hanya kepada salah satu pihak, tetapi diberikan kepada kedua orang tua. Apabila salah satu pihak berhasil meyakinkan pengadilan bahwa hal tersebut dapat membahayakan kesejahteraan anak maka hak pemeliharaan anak akan diberikan pada satu orang tua saja, orang tua yang tidak mendapat hak pemeliharaan anak di sini, tetap dapat berhubungan dengan anaknya dengan mendapat hak kunjung.

Di Belanda, terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan anak, ada sebuah lembaga khusus yang menanganinya. Lembaga ini bernama Dewan Kesejahteraan Anak (*Welfare Children Council*). Lembaga ini bertindak efektif dalam permasalahan-permasalahan yang dialami anak, salah satunya adalah mengenai anak-anak yang berada dalam proses perceraian kedua orang tuanya. Biasanya terhadap

¹⁰² *Ibid.*, hal 98-99

perceraian kedua orang tua yang menghasilkan klausul hak kunjung, mengenai pelaksanaan hak kunjung tersebut *Regional Court* (Pengadilan Wilayah) di Belanda akan meminta bantuan kepada Dewan ini untuk melihat lebih jauh bagaimana pelaksanaan dari hak kunjung itu. Atas rekomendasi dari Dewan Kesejahteraan Anak ini, sebuah hak kunjung yang dimiliki oleh seseorang bisa saja dicabut oleh Pengadilan Wilayah di Belanda.



BAB 4 STUDI KASUS

4.1 Kasus Posisi

Fakta-fakta yang ditemui dari kasus :

Kasus ini bermula dari adanya perceraian antara Hutomo Wiyono dengan Yulianti Wiyono dengan akta perceraian No. 84/WNI/1998.

Dalam Perkawinan mereka berdua lahir 3 orang anak yakni: Elvyn Wiyono, Sherryn Wiyono, dan Felix Wiyono.

Dalam putusan sidang cerai tersebut, Majelis Hakim tidak menetapkan kepada siapa hak asuh anak (dalam kasus disebut perwalian) akan diberikan.

Pihak Ibu, kemudian mengajukan permohonan penetapan perwalian kepada Pengadilan, setelah memeriksa permohonan tersebut, Pengadilan mengeluarkan Penetapan No.946/Pdt.P/1998/Pn.Sby yang menyatakan bahwa "perwalian" ketiga anak mereka diberikan kepada pihak Ibu dan pihak bapak diwajibkan memberikan nafkah berupa uang sebesar 10 juta untuk ketiga anak-anak mereka.

Anak-anak setelah adanya putusan pengadilan maupun penetapan perwalian tersebut, secara fisik masih berada di tangan pihak bapak.

Pihak Ibu, merasa pihak bapak tidak mau melaksanakan penetapan perwalian tersebut dengan itikad baik. Oleh karena itu Ibu mengajukan gugatan kepada Pengadilan dengan register perkara No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby yang dalam salah satu petitumnya adalah meminta pemenuhan nafkah dari pihak Bapak kepada anak-anak mereka. Setelah memeriksa dan mengadili perkara tersebut dalam diktum putusannya Majelis Hakim menghukum pihak Bapak untuk memberikan nafkah kepada anak-anak mereka. Putusan Hakim dalam gugatan perdata ini masih belum berkekuatan hukum tetap karena sampai saat ini.

Pihak bapak, yang merasa tidak tahu menahu mengenai perkara perwalian ini lalu mengajukan suatu gugatan tersendiri dengan register perkara No.784/Pdt.G/1998/PN.Sby. untuk meminta pembatalan atas penetapan perwalian

yang menyatakan pihak Ibu yang mendapatkan perwalian anak-anak. Adapun dalil-dalil yang dikemukakan oleh Penggugat pada intinya adalah sebagai berikut:

Bahwa dalam perceraian antara penggugat (Pihak bapak) dan tergugat (Pihak Ibu) yang diputus oleh Pengadilan Negeri Surabaya, tidak atau belum ditentukan status perwalian dari anak-anak penggugat dan tergugat.

Bahwa setelah putusnya perkawinan, anak-anak masih tinggal serumah dengan penggugat dan penggugat sebagai ayah tetap memberi nafkah kepada mereka.

Bahwa penggugat sama sekali tidak pernah mengetahui adanya penetapan perwalian No. 946/Pdt.P/1998/PN.Sby dan baru mengetahuinya ketika dipanggil dalam sidang Pengadilan dengan register perkara No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby.

Bahwa tanpa sepengetahuan penggugat, tergugat telah mengajukan permohonan perwalian atas anak-anak penggugat dan penggugat merasa tidak pernah dipanggil atau disuruh menghadap Pengadilan Negeri Surabaya untuk diminta persetujuan mengenai perwalian tersebut

Bahwa ketiga anak-anak penggugat dalam hal ini juga tidak pernah dipanggil dihadapan sidang untuk diminta pendapatnya, sedangkan salah satu anak penggugat dalam hal ini setidaknya telah berusia 18 tahun dan telah dapat menentukan jalan hidupnya sendiri.

Pihak Ibu, dalam jawabannya terhadap gugatan yang diajukan oleh pihak bapak, mengemukakan dalil-dalil yang pada pokoknya:

Dalam eksepsi:

Bahwa tergugat menolak dengan tegas dan keras semua dalil-dalil yang dikemukakan oleh penggugat.

Bahwa sebelum perkara ini diajukan, antara penggugat dan tergugat terdapat pula suatu gugatan perkara perdata dengan register perkara No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby. Gugatan tersebut diajukan oleh pihak Ibu sebagai tergugat (penggugat rekonsensi) dikarenakan pihak ayah tidak melaksanakan penetapan perwalian yang dikeluarkan oleh Pengadilan Negeri Surabaya.

Bahwa atas gugatan tersebut, Majelis hakim dalam amar putusannya telah menghukum Penggugat (tergugat rekonsensi) sebagai ayah kandung untuk memberi nafkah kepada ketiga anaknya.

Bahwa dengan adanya putusan dalam perkara perdata dengan register perkara No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby. tersebut dan untuk menghindari di kemudian hari terjadinya 2 putusan yang saling bertentangan dan menimbulkan problematika hukum di kemudian hari maka gugatan ini (perkara No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby) ini harus ditolak atau setidaknya-tidaknya dinyatakan tidak dapat diterima.

Dalam pokok perkara:

Bahwa tergugat menolak dengan tegas dan keras semua dalil-dalil yang dikemukakan oleh penggugat.

Bahwa gugatan yang diajukan Penggugat ini sangat bertentangan dengan fakta hukum yang ada dan menunjukkan itikad tidak baik dari penggugat untuk menghindar dari tanggung jawab.

Bahwa dalam pertimbangan hukum Putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 95/Pdt.G/1998/PN.Sby. yang merupakan putusan cerai antara Penggugat dan Tergugat, Penggugat (tergugat rekonsensi) merasa berkeberatan karena permohonan perwalian haruslah ditetapkan dalam suatu Penetapan dan selain hal tersebut di dalam amar putusan hanya disebutkan Gugatan Tergugat (Penggugat rekonsensi) tidak dapat diterima.

Bahwa dengan adanya keberatan penggugat atas gugatan rekonsensi dalam perkara No. 95/Pdt.G/1998/PN.Sby dan kemudian tergugat mengajukan permohonan penetapan ke Pengadilan Negeri Surabaya untuk ditetapkan sebagai wali, maka menurut hukum permohonan perwalian yang diajukan tergugat terhadap ketiga orang anak yang masih di bawah umur itu telah sah dan sesuai dengan prosedur hukum yang berlaku.

Bahwa selain hal tersebut di atas, tiada keharusan pula bagi Pengadilan untuk memanggil Penggugat guna didengar keterangannya, mengingat permohonan penetapan Perwalian yang diajukan tergugat telah sesuai dengan prosedur hukum

yang berlaku, dimana yang mengajukan permohonan penetapan perwalian adalah pihak ibu kandung dari ketiga anak yang asih di bawah umur tersebut (vide pasal 51 Undang-Undang Perkawinan).

Bahwa alasan-alasan Penggugat dalam gugatannya sama sekali tidak memenuhi ketentuan pasal 49 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan, dimana secara fakta hukum tergugat tidak melalaikan terhadap kewajibannya sebagai Ibu dan tergugat tidak berkelakuan buruk.

Bahwa seandainya gugatan Penggugat dalam perkara ini hanya bertujuan untuk menghindar dari tanggung jawab maka haruslah gugatan Penggugat ditolak mengingat berdasar ketentuan pasal 41 huruf b No. 1, Penggugat harus bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan bagi anak-anaknya yang masih di bawah umur.

Bahwa tidak benar dalil Penggugat yang menyatakan bahwa selama ini Penggugat memberi nafkah untuk ketiga anaknya tersebut, dan apabila benar tentunya Tergugat tidak harus menuntut atas uang nafkah untuk ketiganya dalam perkara perdata No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby.

Pertimbangan Hukum Majelis Hakim

Dalam Eksepsi:

Menimbang bahwa eksepsi dari Tergugat menurut Majelis telah memasuki pokok perkara, karena untuk mengetahui apakah gugatan dalam perkara a quo, ada kaitannya dengan perkara No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby. yang telah mendapat putusan, maka Majelis hakim perlu meneliti lebih dahulu putusan No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby tersebut.

Menimbang, bahwa oleh karena telah memasuki pokok perkara, maka eksepsi tergugat tersebut akan dipertimbangkan bersama-sama dengan pokok perkara.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas, maka eksepsi dari tergugat beralasan untuk ditolak.

Dalam Pokok Perkara:

Menimbang, maksud dari gugatan Penggugat adalah sebagaimana tersebut di atas;

Menimbang, bahwa Tergugat dalam jawabannya telah meolak dalil-dalil gugatan Penggugat dan oleh karena itu maka majelis berpendapat bahwa Penggugat dan oleh karena itu maka majelis berpendapat bahwa Penggugat pantas untuk dibebani kewajiban untuk membuktikan dalil-dalilnya;

Menimbang, bahwa untuk membuktikan dalil-dalil gugatannya Penggugat telah mengajukan surat-surat bukti bertanda P.1 s/d P.3;

Menimbang, bahwa sebelum membahas surat-surat bukti dari Penggugat dan bagaimana kaitannya surat-surat bukti yang diajukan oleh Penggugat tersebut dengan surat-surat bukti yang diajukan oleh Penggugat tersebut dengan surat-surat bukti yang diajukan oleh Tergugat satu dan lain hal untuk menentukan apakah Penggugat dapat membuktikan gugatannya terlebih dahulu, Majelis akan mempertimbangkan eksepsi dari Tergugat yang sebagaimana telah dipertimbangkan dalam pertimbangan hukum dalam eksepsi dianggap telah memasuki pokok perkara yaitu apakah perkara a quo ada kaitannya dengan perkara perdata No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby yang telah lebih dahulu mendapat putusan;

Menimbang, bahwa setelah Majelis meneliti surat bukti berupa turunan Putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby. (bukti T.7.) diperoleh bukti-bukti sebagai berikut:

1. Bahwa pihak-pihak dalam perkara tersebut adalah Hutomo Wiyono dan selaku Penggugat dan Yulianti Wiyono sebagai Tergugat, dimana pihak-pihak dalam perkara a quo (No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby) adalah juga selaku Penggugat dan Tergugat;
2. Bahwa dalam perkara No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby tersebut tergugat Yulianti Wiyono telah mengajukan gugatan rekonsensi dengan dalil bahwa sebagai Wali Ibu dari ketiga anaknya yang di bawah umur yaitu Elvy Wiyono, Sherryn dan Felix Wiyono telah menuntut Penggugat untuk memberikan uang nafkah bagi ketiga anaknya yaitu masing-masing bagi Elvy Wiyono sebesar Rp. 5.000.000,

- (lima juta rupiah) setiap bulan dan Sherryn serta Felix Wiyono masing-masing sebesar Rp. 2.500.000 (dua juta lima ratus ribu rupiah) setiap bulan;
3. Bahwa dalam dalil gugatan rekompensinya tersebut, dikemukakan oleh Tergugat Yulianti Wiyono bahwa dirinya selaku Wali Ibu dari ketiga anaknya tersebut adalah berdasarkan Penetapan Pengadilan Negeri Surabaya tanggal 6 Agustus 1998 No. 946/Pdt.P/1998/PN.Sby;
 4. Bahwa gugatan rekompensi tersebut telah dikabulkan oleh Majelis Hakim dengan putusannya tanggal 14 Januari 1999 No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby;

Menimbang, bahwa dari jawaban Tergugat dalam eksepsi dan replik Penggugat yang berkaitan dengan eksepsi Tergugat Majelis memperoleh kesimpulan bahwa putusan Pengadilan Negeri Surabaya tanggal 14 Januari 1999 No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby. belum memperoleh kekuatan hukum tetap;

Menimbang, bahwa dari register banding yang ada pada bagian Perdata Pengadilan Negeri Surabaya, tercatat bahwa Penggugat pada tanggal 18 Februari 1999 ada mengajukan banding atas putusan Pengadilan Negeri Surabaya tanggal 14 Januari 1999 No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby;

Menimbang, bahwa dari uraian di atas terbukti bahwa perkara a quo (No.784/Pdt.G/1998/PN.Sby) ada kaitannya atau hubungannya dengan perkara No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby yang telah mendapat putusan yang sampai kini belum berkekuatan hukum tetap yaitu keduanya menyangkut status Tergugat Yulianti Wiyono sebagai Wali Ibu dari ketiga anaknya yang masih di bawah umur berdasarkan Penetapan Pengadilan Negeri Surabaya tanggal 6 Agustus 1998 No. 946/Pdt.P/1998/PN.Sby;

Menimbang, bahwa oleh karena ada kaitan hubungan antara perkara No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby dan perkara No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby yang telah mendapat putusan tanggal 14 Januari 1999, tetapi belum berkekuatan hukum tetap, maka gugatan yang diajukan oleh Penggugat dalam perkara a quo (No.784/Pdt.G/1998/PN.Sby) oleh Majelis dinilai terlalu dini (prematur) untuk diajukan, seharusnya gugatan itu diajukan setelah putusan perkara No.

673/Pdt.G/1998/Pn.Sby telah mendapat putusan yang berkekuatan hukum tetap. Hal mana untuk menghindari adanya putusan yang tumpang tindih (overlapping) atau bertentangan satu dengan yang lain dan agar tidak menimbulkan ketidakpastian hukum bagi para pencari keadilan;

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan di atas, maka gugatan Penggugat harus dinyatakan tidak dapat diterima;

Menimbang, bahwa oleh karena gugatan dinyatakan tidak dapat diterima, maka ini berarti bahwa Penggugat adalah pihak yang kalah, sehingga karenanya kepada Penggugat beralasan untuk dihukum membayar semua biaya dalam perkara ini;

Mengadili

Dalam Eksepsi:

Menolak eksepsi dari Tergugat;

Dalam Pokok Perkara:

menyatakan gugatan Penggugat tidak dapat diterima

Setelah jatuh putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby, yang diktum putusannya tidak menerima gugatan Penggugat. Penggugat lalu mengajukan banding kepada Pengadilan Tinggi Surabaya dengan register perkara No 613/PDT/1999/Pt.SBY,

Dalam salah satu amar putusannya Pengadilan Tinggi Surabaya menguatkan putusan pengadilan Negeri Surabaya No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby. yang dimohonkan banding, sehingga dalam banding pun gugatan Penggugat tidak dapat diterima.

Penggugat lalu mengajukan permohonan kasasi kepada Mahkamah Agung, dengan mengemukakan dalil-dalil yang pada pokoknya mempertanyakan mengenai masalah tidak diberinya kesempatan Penggugat sebagai pihak ayah untuk didengar

dalam proses penjatuhan Penetapan Perwalian, sehingga Penggugat berpendapat bahwa Penetapan tersebut batal demi hukum.

Mahkamah Agung dalam pertimbangan hukumnya menyatakan:

Bahwa terhadap alasan-alasan kasasi yang diajukan oleh Penggugat tidak dapat dibenarkan karena *judex facti* Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi tidak salah menerapkan hukum karena perkara a quo No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby., ada kaitan hubungan dengan perkara No. 673/Pdt.G/1998/Pn.Sby., yang telah diputus tetapi belum berkekuatan hukum tetap maka gugatan Penggugat dalam perkara a quo No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby., menjadi prematur (terlalu dini);

Bahwa berdasarkan pertimbangan di atas, lagi pula ternyata bahwa putusan *judex facti* dalam perkara ini tidak bertentangan dengan hukum dan/atau Undang-Undang, maka permohonan kasasi yang diajukan oleh Pemohon Kasasi : Hutomo Wiyono tersebut harus **ditolak**;

4.2 Analisis Hukum

Ada beberapa masalah hukum penulis temui dalam pembahasan tulisan ini, masalah-masalah itu saling terkait satu sama lain sehingga tidak bisa begitu saja mengabaikan salah satunya dalam penulisan tulisan ini, oleh karena itu sebelum sampai pada pembahasan mengenai bagaimana pelaksanaan hak asuh pada kasus yang penulis analisis, penulis akan menguraikan beberapa masalah yang penulis temui:

1. Penggunaan Istilah "Perwalian"

Hal pertama yang penulis bahas dalam analisis kasus di atas adalah penggunaan istilah "perwalian" dalam putusan hakim dalam kasus di atas maupun penggunaannya pada penetapan yang menjadi dasar dari adanya gugatan.

Dalam pasal 41 Undang-Undang Perkawinan dinyatakan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian maka menimbulkan pemeliharaan atau penguasaan anak. Tidak disebutkan bahwa akibat yang muncul dari putusnya perkawinan itu adalah perwalian. Perwalian itu sendiri baru muncul pengaturannya pada pasal 50 Undang-Undang Perkawinan yang menyatakan bahwa anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua. Lembaga perwalian itu ada jika memenuhi dua unsur:

- 1) Ada anak yang belum mencapai usia 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- 2) Tidak berada di bawah kekuasaan orang tua

Artinya Undang-Undang Perkawinan dengan tegas menyatakan bahwa tidak ada perwalian ketika seorang anak sudah mencapai umur 18 tahun atau sudah menikah dan/atau berada di bawah kekuasaan orang tua. Sehingga dalam kasus di atas amatlah tidak tepat menggunakan istilah “perwalian” untuk menyatakan suatu hak asuh, hak pemeliharaan anak atau penguasaan anak. Karena dengan jelas dapat kita lihat bahwasannya menurut pasal 41 sendiri akibat putusnya perkawinan karena perceraian menimbulkan kekuasaan orang tua terhadap anak, dari kekuasaan orang tua itu dapat kita simpulkan bahwa tidak mungkin ada perwalian karena anak-anak dalam kasus di atas masih berada dalam kekuasaan orang tua mereka.

Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan sendiri tidak terlepas dari kontroversi. Penggunaan dua istilah dalam pasal 41 yakni “pemeliharaan anak” atau “penguasaan anak” sendiri menimbulkan masalah. Sebaiknya pasal 41 memakai satu istilah saja, yaitu istilah “penguasaan anak” atau “pemeliharaan anak” dengan penjelasan bahwa yang dimaksud dengan istilah itu adalah kegiatan mengasuh, memelihara, dan mendidik anak (anak) hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri.

Hal ini diperlukan supaya jangan menimbulkan kerancuan, karena adakalanya, baik Pengadilan Negeri maupun Pengadilan Agama memakai istilah yang berbeda-beda, ada yang memakai istilah "pemeliharaan anak"¹⁰³, "penguasaan anak"¹⁰⁴, atau masih memakai istilah "perwalian"¹⁰⁵ (suatu hal yang tentunya sudah tidak perlu terjadi karena mempunyai pengertian yang berlainan) sebagai akibat putusnya perkawinan orangtua karena perceraian. Penggunaan istilah-istilah yang berbeda dalam suatu putusan atau penetapan yang dikeluarkan Pengadilan tidak hanya membingungkan orang awam yang tidak bersentuhan langsung dengan hukum tetapi juga para praktisi hukum sendiri, dikarenakan pada dasarnya terdapat suatu perbedaaan mendasar terutama apabila yang dipakai dalam suatu putusan atau penetapan itu adalah istilah "perwalian" seperti dalam kasus yang penulis analisis pada tulisan ini untuk menerangkan kegiatan mengasuh, memelihara, dan mendidik anak (anak) hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri. Konsekuensi dari penggunaan istilah perwalian adalah anak-anak itu tidak berada di bawah kekuasaan orang tuanya, padahal dalam kasus di atas anak-anak itu berada di bawah kekuasaan orang tua.

¹⁰³ Antara lain dapat disebut Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 418/Pdt.G/1995/PN.Jkt.Pst tgl.6 Februari 1996, dalam perkara antara: Steven Tanner melawan Verna Louise Holmes. Sebagaimana dikutip dari Zulfa Djoko Basuki, *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, (Jakarta : Yarsif Watampone, 2005), hal 60

¹⁰⁴ Antara lain dapat disebut Putusan Pengadilan Agama Jakarta Selatan No. 0994/Pdt.G/1996, tgl.21 Mei 1997, dalam perkara antara Hendrik Alvar Nygvist alias Syahid Alvar melawan Weti Rosiani binti M. Sukimin; Putusan Pengadilan Negeri Tangerang No. 125/Pdt/G/1999/PN.TNG tgl.19 Agustus 1999, dalam perkara antara Catello Casals Richard Michel Jose melawan Junita. Sebagaimana dikutip dari Zulfa Djoko Basuki, *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, (Jakarta : Yarsif Watampone, 2005), hal 60

¹⁰⁵ Antara lain dapat disebut, Putusan pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 190/Pdt/G/1990/PN.Jkt.Sel. tgl.16 Oktober 1990, dalam perkara antara Ny. Sasmiyarsi Sasmoyo melawan Peter Anton Schnyder; Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 629/Pdt/G.II/1991/PN.Jkt.Pst, tgl. 18 Februari 1992 dalam perkara antara Ny.Elisa Weber Ponce De leon melawan Djimantoro budihardjo; Putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 173/Pdt.G/1995 P.N.Sby. tgl.22 januari 1996 dalam perkara Ninik Tedjo Putri melawan jon Paul Ellison. Sebagaimana dikutip dari Zulfa Djoko Basuki, *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, (Jakarta : Yarsif Watampone, 2005), hal 60

2. Pemeriksaan dan Penjatuhan Penetapan Hak Asuh Anak

Dalam kasus di atas, yang menjadi dasar dari gugatan adalah adanya penetapan hak asuh anak. Penetapan adalah bentuk yang berisi pertimbangan dan diktum penyelesaian permohonan yang dikeluarkan oleh Pengadilan setelah memeriksa dan mengadili permohonan yang diajukan. Dapat kita simpulkan bahwasannya yang menjadi dasar dari pengajuan gugatan yang dilakukan oleh Penggugat dalam kasus di atas adalah penetapan atas permohonan hak asuh anak yang diajukan oleh tergugat. Oleh karena itu kita harus melihat menganalisis terlebih dahulu latar belakang yang menjadi dasar dalam kasus di atas.

Pemeriksaan gugatan *voluntair* atau permohonan berbeda dengan gugatan *contetiosa*, setidaknya ada 2 hal yang membedakan antara pemeriksaan permohonan dengan pemeriksaan gugatan, yakni:

- a) Pemeriksaan permohonan dilakukan secara *ex-parte*
- b) Tidak seluruh asas persidangan yang ditegakkan

a) Pemeriksaan secara *ex parte*

Yang dimaksud pemeriksaan secara *ex-parte* di sini pemeriksaan tanpa melibatkan pihak lain. Dikarenakan yang terlibat dalam permohonan hanya sepihak yaitu pemohon sendiri dimana masalah yang diajukan hanya berkaitan dengan kepentingan pihak pemohon semata dan pada prinsipnya tidak ada sengketa maka proses pemeriksaannya pun hanya melibatkan pemohon atau kuasanya, dalam pemeriksaan yang hadir hanyalah pemohon tanpa melibatkan pihak lain (tidak ada pihak lain atau pun orang ketiga yang ditarik sebagai lawan).

Sebagai konsekuensi dari pemeriksaan secara *ex-parte* hanya keterangan dan bukti-bukti dari pihak yang pemohon sajalah yang diperiksa oleh pengadilan. Dalam hal ini pengadilan hanya menerima dan memeriksa alat bukti dan bukti-bukti yang diajukan oleh pemohon saja. Oleh karena itu jelas dalam sidang permohonan tidak akan ada bantahan dari pihak lain, sehingga secara otomatis tidak diperlukan tahapan replik dan duplik maupun kesimpulan disini.

b) Tidak seluruh asas persidangan yang ditegakkan

Pada pemeriksaan perkara permohonan yang bersifat *ex-parte*, tidak seluruh asas-asas persidangan ditegakkan, namun disini tidak sepenuhnya pula disingkirkan. Asas-asas persidangan yang tetap ditegakkan adalah asas kebebasan peradilan yang berarti pengadilan tidak dipengaruhi siapa pun dan tidak ada campur tangan dari pihak manapun serta asas *fair trial* (peradilan yang adil), hal ini berarti peradilan tidak bersifat sewenang-wenang, pemeriksaan dilakukan sesuai hukum yang berlaku dan memberi kesempatan yang layak kepada pemohon untuk mempertahankan kepentingannya.

Asas-asas yang tidak ditegakkan adalah asas *audi alteram parte* dan asas memberi kesempatan yang sama. Kedua asas itu tidak perlu ditegakkan karena memang tidak mungkin ditegakkan, tidak perlu ditegakkannya kedua asas tersebut terkait dengan sifat *ex parte* perkara permohonan itu sendiri. Dalam perkara *ex parte* tidak mungkin ditegakkan asas mendengar jawaban atau bantahan pihak lawan, karena memang tidak ada pihak tergugat. Oleh karena itu, asas *to hear other side* (mendengar pihak lain), tidak relevan dalam proses permohonan, tidak mungkin ditegakkan asas *both side be heard before a decision is given*. Karena untuk mengambil keputusan atau penetapan, yang semata-mata didengar semata-mata pemohon saja. Demikian juga halnya asas pemberian kesempatan yang sama (*to give the same opportunity*) kepada para pihak, tidak mungkin ditegakkan, karena pihaknya terdiri atas pemohon saja.

Permohonan hak asuh anak biasanya dilakukan dengan cara pengajuan permohonan penetapan yang dilakukan bersamaan dengan gugatan perceraian sehingga diputus bersamaan dengan putusan gugatan. Dalam hal ini permohonan hak asuh anak tersebut merupakan salah satu petitum yang diajukan oleh pihak yang menggugat. Permohonan atas penetapan semacam ini tidak menjadi masalah karena pada dasarnya pihak lain diberi kesempatan yang sama untuk didengar dan memberikan pernyataannya atas permohonan tersebut. Menjadi suatu masalah ketika permohonan hak asuh tersebut diajukan di luar sidang perceraian yakni beberapa saat setelah jatuhnya putusnya perceraian.

Pada kasus permohonan penetapan hak asuh anak ("perwalian") yang diajukan di luar sidang perceraian masalah mengenai hak asuh anak bisa saja tidak dimasukkan sebagai salah satu petitum oleh penggugat ketika sidang perceraian berlangsung atau dikarenakan Majelis Hakim tidak memutus perkara tersebut berdasarkan keberatan dari salah satu pihak, sedangkan dalam perkara perdata hakim tidak dapat memutus lebih dari apa-apa yang dituntut, sebab apabila hakim memutus lebih dari diminta berarti hakim tersebut telah dianggap telah melampaui batas wewenang atau *ultra vires* yakni bertindak melampaui batas wewenangnya (*beyond the power of his authority*). Sehubungan dengan hal tersebut, walaupun hakim tindakan hakim memutus lebih dari dimintakan berdasar iktidat baik, hal tersebut tetap tidak dapat dibenarkan atau ilegal, karena melanggar prinsip *the rule of law* (the principal of the rule of law), oleh karena itu tidak dapat dibenarkan. Hal itu pun ditegaskan dalam putusan MA No. 1001 K/Sip/1972 yang melarang hakim mengabulkan hal-hal yang tidak diminta atau melebihi dari apa yang diminta. Dari segi putusannya sendiri, putusan hakim yang mengabulkan apa-apa yang tidak dimintakan sebelumnya dalam petitum gugatan maka putusan itu harus dibatalkan. Dikembalikan pada kasus di atas dimana masalah hak asuh anak yang tidak dimintakan sebelumnya dalam petitum gugatan, maka hakim tidak akan menetapkan hak asuh anak tersebut akan diberikan pada siapa. Namun menurut pendapat penulis pribadi, putusan semacam itu tidak dapat pula sepenuhnya dibenarkan karena senyata-nyatanya seorang hakim haruslah dapat mengetahui dan mengira bahwa dalam suatu perceraian maka masalah anak harus menjadi perhatian utama dalam kasus sehingga hakim setidaknya memberitahukan hal semacam ini sehingga pihak penggugat dapat mempergunakan haknya untuk merubah gugatannya, karena biar bagaimanapun penulis pribadi menekankan bahwa dampak dari adanya perceraian yang paling utama yang harus diperhatikan adalah masalah hubungan orang tua dengan anaknya.

Dalam hal ini pendapat penulis didasarkan pada kenyataan bahwa Hakim itu harus aktif dalam permulaan sampai akhir proses, bahkan sebelum proses dimulai,

yaitu pada waktu penggugat mengajukan gugatan, Hakim telah memberikan pertolongan kepadanya.

Aktifnya Hakim menurut hukum acara perdata kita dapat dilihat misalnya dengan adanya usaha dari Hakim untuk mendamaikan kedua belah pihak. Bentuk yang lain misalnya, tindakan hakim untuk memberi penerangan selayaknya kepada para pihak yang berpekara tentang upaya-upaya hukum apa yang dapat mereka lakukan, atau tentang pengajuan alat-alat bukti, sedangkan dalam kasus ini adalah memberikan penerangan mengenai permasalahan anak dalam suatu perceraian apabila sebelumnya tidak diperhatikan oleh para pihak yang bersengketa. Dalam kasus yang penulis analisis keaktifan hakim justru menjadi keharusan dan dapat dibenarkan oleh hukum sendiri.

Implikasi dari tidak diajukannya petitum mengenai hak asuh anak, menjadikan salah satu pihak yakni ibu dalam kasus ini mengajukan suatu permohonan mengenai hak asuh anak ini secara terpisah setelah sidang cerai berakhir. Dikarenakan hak asuh anak ini dimohonkan kepada pengadilan maka hal ini berarti ada dua asas persidangan yang tidak perlu diterapkan ketika memeriksa perkara ini, yakni asas *audi alteram parte* (mendengar kedua belah pihak) dan asas pemberian kesempatan yang sama.

Benar adanya apabila dalam permohonan tidak perlu ditegakkan asas mendengar kedua belah pihak dan tidak perlu ditegakkan asas pemberian kesempatan yang sama, namun menjadi salah apabila ternyata dalam permohonan itu sendiri terdapat unsur kepentingan orang lain. Jelas sekali dalam permohonan hak asuh anak yang diajukan oleh sang isteri, menurut penulis adalah sesuatu yang kurang tepat, karena permohonan itu sendiri melibatkan kepentingan pihak lain yakni kepentingan dari pihak sang suami dan kepentingan dari anak-anak itu sendiri, terutama dalam hal ini adalah kepentingan dari anak-anak mereka berdua, karena biar bagaimanapun kepentingan anak adalah lebih utama daripada kepentingan kedua orang tua, sehingga seharusnya mereka (anak-anak) setidaknya diberi kesempatan untuk didengar mengenai kepentingan mereka.

Dalam proses peradilan perdata. Kebenaran yang dicari dan diwujudkan hakim, cukup kebenaran formil (*formeel waarheid*). Dari diri dan sanubari hakim, tidak dituntut keyakinan. Para pihak yang berpekara dapat mengajukan pembuktian berdasarkan kebohongan dan kepalsuan, namun fakta yang demikian secara teoritis harus diterima hakim untuk melindungi atau mempertahankan hak perorangan atau hak perdata pihak yang bersangkutan, selama fakta-fakta yang diajukan dalam persidangan tersebut merupakan fakt-fakta hukum yang didapat/diperoleh sesuai dengan tata cara hukum yang berlaku maka fakta-fakta tersebutlah yang dijadikan kebenaran dalam hukum acara perdata. Sehingga menurut penulis pribadi dalam kasus pengajuan permohonan penetapan hak asuh anak tanpa melibatkan pihak lain seperti suami maupun anak-anak sendiri maka permohonan tersebut seharusnya ditolak karena mengandung unsur adanya sengketa disana. Hal ini penulis simpulkan berdasar keterangan atau dalil-dalil yang diajukan suami dalam gugatannya yakni:

- a) Bahwa tanpa sepengetahuan Penggugat, Tergugat telah mengajukan permohonan "perwalian" atas anak-anak Penggugat.
- b) Bahwa Penggugat sendiri merasa tidak pernah dipanggil atau disuruh menghadap ke Pengadilan Negeri Surabaya untuk diminta persetujuan mengenai perwalian anak-anak tersebut.
- c) Bahwa ketiga anak-anak Penggugat dalam hal ini juga tidak pernah dipanggil di hadapan sidang untuk diminta pendapat atas kesediaan mereka untuk mengikuti Tergugat atau Penggugat dalam hal ini anak-anak Penggugat juga mempunyai hak untuk menentukan sikap di hadapan Pengadilan Negeri Surabaya dengan siapa mereka mau tinggal atau diasuh mengingat mereka masing-masing sudah berusia 18 tahun, 15 tahun dan 12 tahun.

Tidak didengarnya keterangan atau pendapat salah satu pihak baik itu pihak suami maupun anak-anak mereka dalam pemberian hak asuh anak ini sungguh aneh menurut penulis adalah salah. Hal tersebut berdasarkan pasal 41 Undang-Undang Perkawinan yang menyebutkan bahwa bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak Pengadilan memberi keputusannya.

Kata "*perselisihan*" di sini penulis samakan sebagai suatu sengketa, menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia kata *perselisihan* itu berarti *persengketaan* yang harus diputus terlebih dahulu sebelum perkara pokok dapat diadili dan diputus. Jadi dalam kasus ini jelas tidak tepat apabila masalah mengenai hak asuh anak diajukan dalam suatu permohonan, karena tidak boleh ada unsur sengketa ketika seseorang akan mengajukan suatu permohonan. Pengadilan Negeri berhak mengadakan atau memeriksa dan mengadili suatu permohonan atau gugatan *voluntair* selama gugatan *voluntair* tersebut memenuhi syarat-syarat

- a) Sangat terbatas atau sangat eksepsional dalam hal tertentu saja;
- b) Dengan syarat: hanya boleh terhadap masalah yang disebut dan yang ditentukan sendiri oleh Undang-Undang, yang menegaskan tentang masalah yang bersangkutan dapat atau boleh diselesaikan secara *voluntair* melalui bentuk permohonan.
- c) Tidak mengandung unsur gugatan, artinya tidak ada pihak yang merasa dirugikan atas pengajuan permohonan itu sendiri. Apabila ternyata di kemudian hari ada pihak-pihak yang merasa dirugikan dengan adanya permohonan tersebut maka dalam hal ini dapat dimintakan suatu upaya hukum yang kemudian menyatakan bahwa permohonan itu tidak ada dasar hukumnya.

Seharusnya dalam kasus ini permohonan ini ditolak oleh Pengadilan karena permohonan yang diajukan itu tidak memenuhi salah satu syarat diatas yakni mengandung unsur gugatan.

Selain itu, pengajuan permohonan "perwalian" anak pun sebagaimana sebenarnya kurang tepat apabila digunakan dalam kasus ini karena pada dasarnya status anak-anak setelah terjadi perceraian antara kedua orang tuanya adalah tetap berada dalam kekuasaan orang tua selama mereka belum dicabut kekuasaannya sebagai orang tua, sedangkan dalam salah satu dalilnya dinyatakan sendiri oleh tergugat bahwa dia mengajukan perwalian kepada Pengadilan Negeri Surabaya berdasar pasal 51, walaupun dia berhak untuk itu tapi dalam hal ini sang bapak pun

masih menjalankan kekuasaannya sebagai orang tua karena pihak pengadilan sendiri tidak mencabut kekuasaan si bapak terhadap anak-anaknya.

Mengenai perkara hak asuh anak, tata cara pemeriksaan dan pelaksanaannya tidak disebutkan secara tertulis dalam Undang-Undang Perkawinan maupun Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 sebagai peraturan pelaksanaannya. Tapi apabila melihat ke belakang kita dapat menemui hal tersebut dalam KUHPer pasal 229:

Perceraian diperintahkan, dan setelah mendengar atau memanggil dengan sah akan kedua orang tua dan sekalian keluarga sedarah dan semenda dari anak-anak yang belum dewasa, Pengadilan Negeri menetapkan terhadap tiap-tiap anak, siapakah dari kedua orang tua itu, kecuali sekiranya keduanya telah dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan orang tua mereka, harus melakukan perwalian atas anak-anak itu.¹⁰⁶

Dengan demikian jelas adanya, dalam perkara hak asuh anak ini, haruslah didengar keterangan dari kedua belah pihak, baik pihak ayah maupun pihak ibu, bahkan bila dianggap perlu keterangan dari anak pun bisa didengar sebelum dijatuhkan penetapan Hakim kepada siapakah hak asuh anak tersebut akan diberikan, jadi tidak bisa jika hanya satu pihak saja yang didengar keterangannya.

Apabila kita analisis lebih jauh kasus di atas, yang harus diperhatikan adalah keberadaan kekuasaan orang tua, yakni selama anak tersebut belum dewasa, kedua orang tua tetap mempunyai kekuasaan terhadap anak-anak, kecuali apabila kekuasaan tersebut dicabut, lalu salah satu anak dalam kasus di atas telah berumur 18 tahun, yang menurut Undang-Undang Perkawinan sendiri telah dianggap dewasa. Oleh karena itu setidaknya terhadap anak ini diberi kesempatan untuk menyatakan pendapatnya.

Pada akhirnya pemberian hak asuh anak kepada Ibu, memang adalah keputusan yang baik terutama apabila anak-anak tersebut masih di bawah umur dengan pertimbangan bahwa anak-anak yang masih berada di bawah umur ini lebih

¹⁰⁶ Indonesia (4), *Op.Cit.*, pasal 229

membutuhkan ibunya dibanding bapak mereka dalam hal pengasuhan, karena dalam pengasuhan ini biasanya ibulah yang melakukannya, namun karena beberapa hal hak pengasuhan anak bisa saja dialihkan kepada pihak bapak, yakni bisa dikarenakan alasan si ibu tidak melakukan pengasuhan sebagaimana mestinya dan malah menelantarkan anaknya dan atau si ibu melakukan tindakan menyimpang seperti menyakiti atau menganiaya anaknya yang berarti si ibu bisa saja dilepaskan kekuasaannya sebagai orang tua. Hal-hal yang semacam itu bisa dijabarkan pihak bapak sebagai alasan untuk memperoleh hak asuh anak, namun terhadap hal-hal tersebut diperlukan suatu pembuktian yang nyata yakni pembuktian atas kepentingan utama si anak. Oleh karena itu, penulis menekankan bahwa asas pengadilan yakni mendengar kedua belah pihak menjadi hal yang sangat krusial dalam pemberian hak asuh anak ini.

Dalam salah satu dalil jawaban yang dinyatakan oleh Tergugat (Pihak Ibu) mengajukan permohonan perwalian dikarenakan pihak Bapak pada saat sidang perceraian mengajukan keberatan atas permohonan perwalian yang menyatakan bahwa perwalian haruslah melalui suatu penetapan. Dalam salah satu diktum putusan perceraian pun Hakim tidak dapat menerima gugatan dari pihak Ibu terhadap permohonan perwalian tersebut tanpa menjelaskan apa-apa.

Menurut penulis hal tersebut adalah sebuah keanehan, apabila benar Majelis hakim tidak menerima suatu petitum gugatan mengenai permohonan perwalian yang diajukan pihak Ibu dalam sidang perceraian, dikarenakan biar bagaimanapun masalah anak-anak, terutama hubungan anak dengan orang tua adalah suatu hal yang krusial dan memerlukan perhatian khusus dari Hakim ketika memutuskan suatu sidang perceraian. Perkara pengasuhan anak ini tidak bisa tidak adalah suatu hal yang merupakan bagian integral dari putusan cerai itu sendiri.

3. Upaya Hukum terhadap Penetapan Hak Asuh Anak (Perwalian)

Hal terakhir yang penulis analisis dalam kasus di atas adalah mengenai upaya hukum dan eksekusi hak asuh anak.

Seperti yang telah penulis tuangkan sebelumnya dalam posisi kasus di atas, bahwa kasus ini bermula dari adanya perceraian antara Hutomo Wiyono dengan Yulianti Wiyono pada sidang pengadilan No. 95/Pdt.G/1998/PN.Sby dengan kutipan akta perceraian No. 84/WNI/1998, dalam sidang perceraian tersebut tidak ditetapkan mengenai hak asuh anak yakni kepada siapakah anak-anak akan diserahkan.

Kemudian pihak ibu mengajukan permohonan penetapan perwalian anak kepada Pengadilan Negeri Surabaya, setelah memeriksa permohonan tersebut, pengadilan mengeluarkan putusan perwalian kepada pihak Ibu dalam bentuk penetapan No. 946/Pdt.P/1998/PN.Sby.

Dengan adanya perwalian tersebut maka seharusnya anak-anak berada bersama Ibu dan suami diwajibkan memberikan uang pemeliharaan anak-anak sebesar 10 juta untuk masing-masing anak, sedangkan selama ini anak-anak secara fisik masih tinggal bersama bapak mereka.

Melihat tidak dilaksanakannya penetapan perwalian tersebut oleh pihak bapak dengan itikad baik, maka pihak Ibu mengajukan gugatan kepada Pengadilan dengan register perkara No.673/Pdt.G/1998/PN.Sby, dalam amar putusannya pada sidang ini Majelis Hakim menghukum Tergugat (pihak bapak) untuk memberi nafkah kepada ketiga anak-anak mereka, sampai saat ini (tahun 2000) perkara tersebut belum mempunyai kekuatan hukum tetap karena masih dalam tahap kasasi.

Lalu pihak bapak, mengajukan gugatan baru dengan register perkara No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby. untuk meminta pembatalan terhadap Perwalian tersebut kepada Pengadilan Negeri karena merasa tidak dipanggil dan didengar dalam hal pemberian penetapan perwalian, terhadap gugatan ini Pengadilan Negeri tidak menerima gugatan penggugat, lalu penggugat mengajukan banding dan dalam putusan bandingnya Hakim pengadilan Tinggi menguatkan putusan Hakim

Pengadilan Negeri, kemudian pihak bapak mengajukan kasasi atas putusan Hakim Pengadilan Tinggi. Mahkamah Agung dalam putusan kasasinya menolak gugatan pihak bapak.

Dalam kasus di atas, terhadap upaya hukum yang dilakukan Penggugat (pihak Bapak) yakni mengajukan gugatan dengan register perkara No. 784/Pdt.G/1998/PN.Sby., terhadap penetapan perwalian yang dikeluarkan oleh Pengadilan Negeri Surabaya menurut penulis telah tepat, upaya ini merupakan salah satu upaya yang dapat dilakukan untuk meluruskan atau mengoreksi terhadap permohonan yang keliru seperti yang telah penulis bahas dalam bab sebelumnya. Penulis berpendapat bahwa jatuhnya penetapan atas permohonan "perwalian" itu sendiri kurang tepat dikarenakan sebenarnya terdapat unsur sengketa disana, selain itu dalam pembahasan sebelumnya telah penulis kemukakan alasan bahwa lembaga perwalian sebagaimana yang diatur dalam pasal 50 Undang-Undang Perkawinan, ada ketika seorang anak tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, sedangkan dalam kasus di atas penulis temui fakta bahwasannya pihak bapak maupun ibu dalam hal ini masih memegang kekuasaan orang tua tersebut dan belum dicabut kekuasaannya sebagai orang tua, adapun dalam pasal 41 Undang-Undang Perkawinan dinyatakan bahwa bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak Pengadilan memberi keputusannya.

Dalam hal ini berarti asas pengadilan yakni *audi alteram parte* (asas mendengar kedua belah pihak) amat krusial dalam penjatuhan penetapan hak asuh anak, terhadap masalah ini tidak bisa Hakim memutuskan hanya berdasarkan pendapat dari salah satu pihak saja.

Jadi dalam kasus di atas, upaya hukum yang dilakukan Penggugat (pihak Bapak) sebenarnya telah tepat, karena hal tersebut bermaksud untuk meluruskan atau mengoreksi permohonan yang keliru.

Hanya saja, satu hal yang disayangkan dalam gugatan tersebut adalah kenyataan bahwa gugatan tersebut diajukan ketika gugatan lain (No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby) yang merupakan permasalahan pelaksanaan penetapan itu sendiri yakni masalah mengenai uang nafkah belum mempunyai kekuatan hukum

tetap. Dalam hal ini penulis sependapat dengan keputusan Majelis Hakim Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, dan Mahkamah Agung yang tidak menerima gugatan tersebut karena memang pada dasarnya kedua gugatan tersebut ada kaitannya, apabila Hakim menerima dan kemudian memutus perkara yang diajukan Penggugat maka dikhawatirkan akan ada putusan yang saling tumpang tindih atau bertentangan satu sama lain, terutama apabila nantinya amar putusan pada perkara *a quo* berbeda dengan putusan pada perkara perdata No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby.

Penulis juga sependapat dengan dengan pertimbangan hukum yang dinyatakan oleh Hakim, bahwa seharusnya gugatan *a quo* diajukan setelah putusan perkara perdata No. 673/Pdt.G/1998/PN.Sby mempunyai kekuatan hukum tetap.

4. Pelaksanaan Hak Asuh Anak (Perwalian)

Mengenai pelaksanaan penetapan hak asuh anak (perwalian), seharusnya dapat langsung dilaksanakan, namun sekali lagi di Indonesia pelaksanaan hak asuh anak itu seperti berhadapan dengan tembok yang tidak terlihat. Pada kasus di atas saja, walau yang mendapatkan hak asuh anak adalah si Ibu (penulis kurang setuju terhadap hal ini), tapi pada faktanya secara fisik anak-anak masih berada di bawah pengasuhan bapaknya. Di Indonesia terhadap pelaksanaan hak asuh anak ini pada praktiknya hanya bergantung pada itikad baik dari masing-masing pihak. Tanpa adanya itikad baik maka pelaksanaan hak asuh anak hanyalah sebuah pernyataan belaka.

Hukum Acara Perdata di Indonesia sendiri, tidak mengatur lebih jauh mengenai pelaksanaan hak asuh anak ini. Kenyataan itu dapat kita lihat di HIR (*Herzienne Indische Regeling*, Kitab Hukum Acara Perdata) yang berlaku saat ini.

Menurut HIR, Ada tiga macam eksekusi yang dikenal oleh Hukum Acara Perdata, yaitu:

- a) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 196 HIR dan seterusnya, dimana seseorang dihukum untuk membayar sejumlah uang.

- b) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 225 HIR dimana seseorang dihukum untuk melaksanakan suatu perbuatan.
- c) Eksekusi Riil, yang dalam praktek banyak dilakukan akan tetapi tidak diatur dalam HIR

Ketiga macam eksekusi di atas seperti yang telah penulis bahas dalam bab sebelumnya senantiasa mengaitkan pelaksanaan eksekusi itu dengan barang dan uang. Jika orientasi seseorang dalam mengupayakan hak asuh anak adalah uang mungkin tidak terlalu menjadi masalah, namun apabila yang diinginkan adalah murni hak asuh anak itu sendiri maka masalah baru terasa, pengaturan eksekusi di atas tidak ada satupun yang berkaitan dengan orang/manusia. Eksekusi-eksekusi di atas dalam praktik dilakukan dalam bentuk penyitaan terhadap barang milik pihak yang dikalahkan, sama sekali tidak ada sangkut paut terhadap manusia (anak-anak), permasalahan timbul karena HIR tidak mengatur/mengakomodir penyitaan terhadap manusia. Hal ini jelas terjadi karena tidak mungkin dilakukan penyitaan terhadap manusia, apalagi anak-anak.

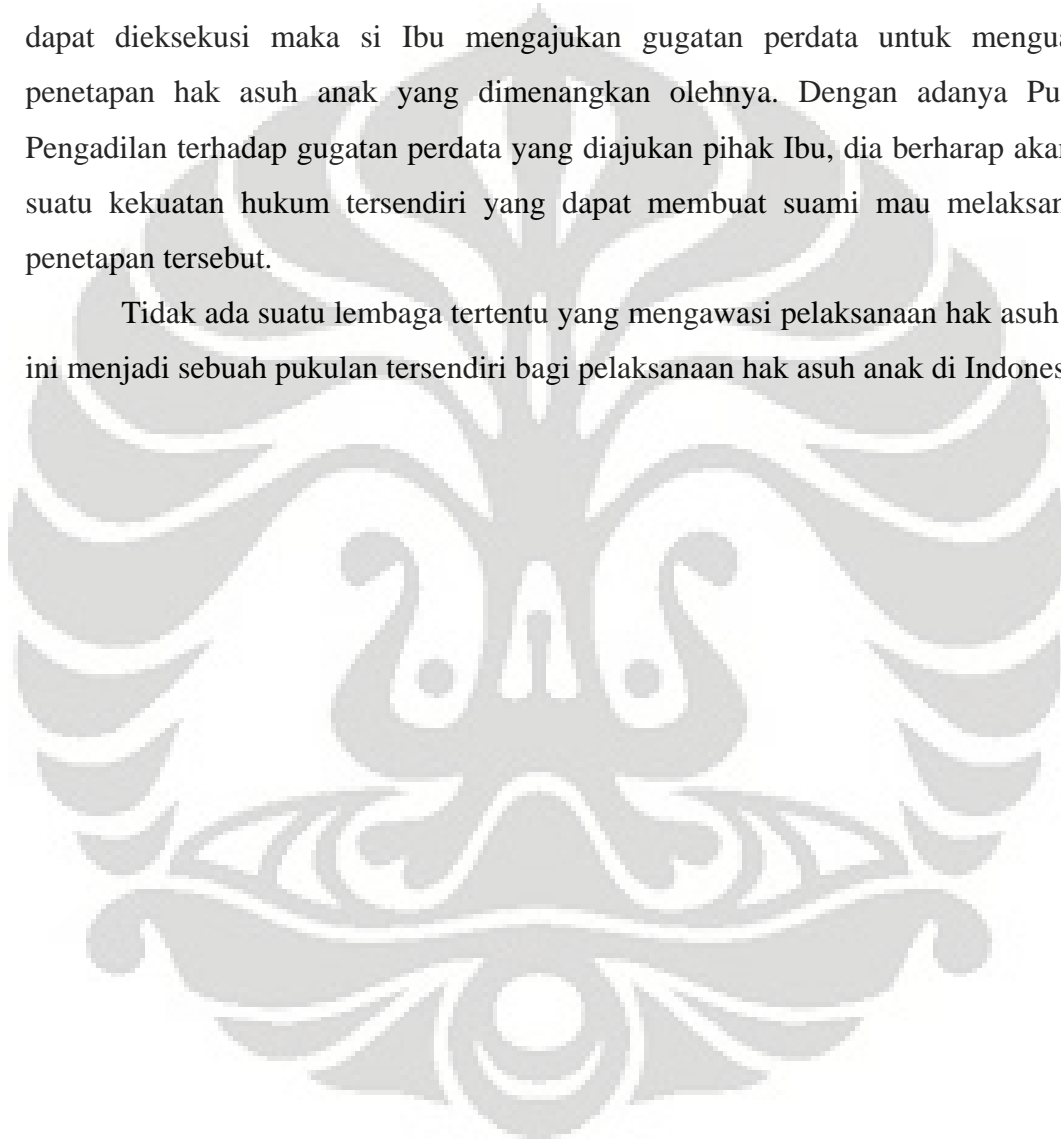
Dengan dasar hukum yang ada saat ini, amatlah sulit untuk menjalankan penetapan hak asuh anak yang sudah dimenangkan oleh salah satu pihak kepada pihak lainnya. Hal ini memungkinkan terjadinya suatu penyelundupan hukum, karena inti perkara yang dimenangkan dalam hak asuh anak adalah orang atau anak itu sendiri dan bukannya dalam bentuk suatu kerugian atau barang tertentu

Selain itu, tidak ada mekanisme penjera tertentu yang dapat dikenakan kepada pihak yang dikalahkan dalam perebutan hak asuh anak itu, sehingga apabila pihak yang dikalahkan dalam hak asuh anak tetap bersikukuh untuk tidak melaksanakannya maka dia sama sekali tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum. Pihak Ibu, dalam kasus tidak dapat secara serta merta melakukan pelaksanaan penetapan hak asuh, dikarenakan secara fisik anak-anak masih berada dalam lingkup hidup bapak mereka, upaya yang dilakukan si Ibu dengan mengajukan gugatan untuk menuntut pelaksanaan hak asuh anak yang dalam hal ini berupa pemenuhan biaya hidup dari anak-anak tersebut adalah suatu bukti bahwa si Ibu telah kehabisan akal untuk

mendapatkan pelaksanaan hak asuh anak tersebut, beberapa hal tersebut dikarenakan tidak ada mekanisme penjeratan.

Sebagaimana telah disebutkan pada bab sebelumnya, bahwa diktum dalam penetapan berupa diktum *deklaratif* dan hal ini tidak diatur dalam eksekusi karena eksekusi ada untuk putusan yang berdiktum *condemnatoir*, oleh karena itu untuk dapat dieksekusi maka si Ibu mengajukan gugatan perdata untuk menguatkan penetapan hak asuh anak yang dimenangkan olehnya. Dengan adanya Putusan Pengadilan terhadap gugatan perdata yang diajukan pihak Ibu, dia berharap akan ada suatu kekuatan hukum tersendiri yang dapat membuat suami mau melaksanakan penetapan tersebut.

Tidak ada suatu lembaga tertentu yang mengawasi pelaksanaan hak asuh anak ini menjadi sebuah pukulan tersendiri bagi pelaksanaan hak asuh anak di Indonesia.



BAB 5

PENUTUP

5.1 Kesimpulan

Dalam penulisan tulisan ini penulis membuat beberapa kesimpulan yakni:

1. Berdasarkan Undang-Undang Perkawinan, hubungan antara orang tua dan anak tidak putus begitu saja ketika terjadi perceraian kedua orangtua, hubungan ini tidak hanya sekedar hubungan darah semata tetapi juga hubungan hukum, kedua orang tua tetap memiliki kewajiban terhadap anak terutama yang masih berada di bawah umur dalam pengertian mereka tetap berkewajiban untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya hingga mereka dewasa, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, kewajiban ini terkait erat dengan kekuasaan orang tua, dimana kedua orang tua tetap memiliki kekuasaan terhadap anak-anak mereka. Apabila terjadi perselisihan terhadap kekuasaan orang tua ini maka Pengadilan memberikan putusan kepadanya. Dasar pertimbangan Pengadilan dalam menjatuhkan penetapan hak asuh anak ini adalah kepentingan utama si anak, berdasarkan kebiasaan yang berlaku melalui putusan-putusan hakim terdahulu, hak asuh anak biasanya diberikan pada ibunya. Terhadap anak-anak yang masih berada di bawah umur namun tidak berada dalam kekuasaan orang tua maka lembaga perwalian berlaku terhadap mereka. Perwalian ini ada jika orang tua dicabut kekuasaannya sebagai orang tua atau jika kedua orang tua meninggal dan masih ada anak yang berumur di bawah 18 tahun. Pengangkatan seorang wali harus didasarkan pada penetapan pengadilan. Selain melalui penetapan pengadilan, wali dapat ditunjuk oleh salah satu orangtua yang menjalankan kekuasaan orangtua, sebelum ia meninggal dunia, dengan surat wasiat atau dengan lisan di depan dua orang saksi. Wali berkewajiban mengurus anak yang berada di bawah pengasuhannya dan harta bendanya sebaik-baiknya. Pengurusan itu harus dilakukan sama seperti mengurus anak sendiri demi kepentingan anak yang berada di bawah kekuasaannya itu. Dalam melakukan kewajibannya, wali

harus memperhatikan segala kebutuhan anak dan harus memperhatikan segala kebutuhan anak serta harus pula menghormati agama atau kepercayaan dari anak yang berada di bawah kekuasaannya. Perwalian juga tidak begitu saja menghapus kewajiban orang tua terhadap anaknya, orang tua tetap berkewajiban memberikan nafkah dan biaya hidup kepada anak sampai anak itu telah mampu berdiri di atas kakinya sendiri atau telah dewasa. Sesuai dengan doktrin dan praktik yang berlaku, penetapan yang dijatuhkan dalam perkara yang berbentuk permohonan atau *voluntair*, pada umumnya merupakan putusan yang bersifat tingkat pertama dan terakhir. Oleh karena penetapan yang dijatuhkan terhadap permohonan tidak dapat dibanding maka upaya hukum yang dapat ditempuh adalah kasasi berdasarkan Pasal 43 ayat (1) jo. Penjelasan pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2004 tentang Mahkamah Agung. Namun, apabila secara nyata terdapat unsur sengketa dari permohonan yang berarti bahwa permohonan tersebut keliru, maka ada berbagai macam upaya yang dapat ditempuh untuk mengoreksi atau meluruskan permohonan yang keliru yakni mengajukan perlawanan terhadap permohonan selama proses pemeriksaan berlangsung, mengajukan gugatan perdata, mengajukan permintaan pembatalan kepada Mahkamah Agung atas penetapan, mengajukan upaya Peninjauan Kembali (PK)

2. Terhadap putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, yakni ketika tidak ada lagi upaya hukum yang dilakukan terhadap putusan tersebut. Apabila putusan tersebut tidak dilaksanakan secara sukarela oleh pihak yang kalah, maka putusan tersebut bisa dipaksakan kepadanya dengan bantuan kekuatan hukum atau dilakukan eksekusi terhadapnya. Putusan pengadilan yang perlu dieksekusi hanyalah putusan-putusan *condemnatoir*. Ada tiga macam eksekusi yang dikenal oleh Hukum Acara Perdata, yaitu:
 - a) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 196 HIR dan seterusnya, dimana seseorang dihukum untuk membayar sejumlah uang.
 - b) Eksekusi sebagaimana yang diatur dalam pasal 225 HIR dimana seseorang dihukum untuk melaksanakan suatu perbuatan.

- c) Eksekusi Riil, yang dalam praktek banyak dilakukan akan tetapi tidak diatur dalam HIR.

Ketiga macam eksekusi di atas apabila diimplementasikan dalam praktik, maka yang akan ditemui adalah lembaga sita, lembaga penyitaan ini terkait erat dengan barang sehingga tidak dapat digunakan untuk menyita orang. Dengan dasar hukum yang ada saat ini, amatlah sulit untuk menjalankan penetapan hak asuh anak yang sudah dimenangkan oleh salah satu pihak kepada pihak lainnya. Hal ini memungkinkan terjadinya suatu penyelundupan hukum, karena inti perkara yang dimenangkan dalam hak asuh anak adalah orang atau anak itu sendiri dan bukannya dalam bentuk suatu kerugian atau barang tertentu. Oleh karena itu tidak mungkin dilakukan penyitaan terhadap orang.

5.2 Saran

Dari banyaknya permasalahan hukum yang ada dewasa ini mengenai hak asuh anak, maka penulis dalam tulisan ini bermaksud memberikan saran agar pengaturan dan pelaksanaan mengenai masalah hak asuh anak di kemudian hari dapat diselesaikan dengan lebih baik, adapun saran-saran dari penulis terhadap masalah hak asuh anak adalah sebagai berikut.

1. Penyamaan penyebutan hak asuh anak dalam penetapan maupun putusan Pengadilan sangat diperlukan, Mahkamah Agung sebaiknya membuat surat edaran yang mengatur mengenai permasalahan ini, sebab dengan adanya 3 kata (pemeliharaan anak, penguasaan anak, dan perwalian) yang mengasosiasikan hak asuh anak yang digunakan dalam tiap putusan atau penetapan yang merupakan akibat dari putusnya perkawinan kedua orang tua, hal ini tentulah dapat membingungkan tidak hanya orang awam tetapi juga para praktisi hukum sendiri, karena ketiganya memiliki pengertian yang berlainan dan implikasi yang berbeda pula. Oleh karena itu penyeragaman terhadap hal ini sangat diperlukan agar di kemudian hari hal-hal seperti ini tidak membingungkan kerancuan.
2. Hakim dalam menyelesaikan perkara agar tidak melupakan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku, hakim dianggap mengetahui dan memahami

segala hukum (*curia novit jus*), sehingga dalam memutus atau menetapkan sesuatu hakim haruslah menggali apa-apa yang ada di masyarakat, sehingga dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat.

3. Proses pemeriksaan dan penjatuhan penetapan hak asuh anak sebaiknya tidak dilakukan dengan jalan mendengarkan salah satu pihak saja, sebab jelas sekali bahwa dalam hal ini ada kemungkinan terjadi sengketa dikarenakan pihak lainnya dalam hal ini merasa kepentingannya dilanggar, apabila hak asuh anak dijatuhkan setelah mendengar kedua belah pihak maka pihak yang tidak mendapatkan hak asuh anak ini setidaknya telah diberi kesempatan yang sama sehingga dia tidak merasa kepentingannya dilanggar karena tidak merasa didengar dalam penjatuhan penetapan hak asuh anak. Selain itu, dalam praktiknya ada baiknya anak yang masih berada di bawah usia 18 tahun diberi kesempatan juga untuk didengar oleh Hakim akan keinginannya sebelum penjatuhan penetapan ini, didengarnya suara anak ini dilakukan dengan cara dialog informal antara hakim dengan anak yang bersangkutan dan sebisa mungkin dijauhi mekanisme pemanggilan anak ke pengadilan, karena bisa menakuti dan menekan mental anak, proses pendengaran pendapat ini sangat diperlukan karena sesungguhnya yang harus diperhatikan dalam penjatuhan penetapan ini adalah kepentingan si anak sendiri, dimana kepentingan anak itu lebih utama dari kepentingan orang tua.
4. Pemerintah dalam hal ini perlu membuat suatu pengaturan perundang-undangan tersendiri mengenai hak asuh anak dan perwalian ini, yakni pengaturan mengenai tata cara pemberian hak asuh anak terutama mengenai mekanisme menjalankannya atau hal yang berkaitan dengan eksekusi hak asuh anak atau perwalian itu sendiri. Hal ini mutlak perlu karena saat ini di Indonesia belum ada pengaturan semacam ini, hal ini dikarenakan terhadap eksekusi hak asuh anak dalam praktiknya kebanyakan dilakukan dengan itikad baik, sedangkan dalam beberapa kasus pihak yang kalah tetap menguasai anak walaupun telah ada penetapan yang menyatakan bahwa anak-anak seharusnya diberikan kepada pihak yang lain, pengaturan ini dapat mendorong pelaksanaan hak asuh anak ke arah yang lebih baik, bahkan penulis menyarankan adanya suatu mekanisme penjera

berupa sanksi-sanksi tertentu yang dapat diberikan kepada pihak yang tidak menjalankan penetapan hak asuh anak ini.

5. Pemerintah dalam hal ini perlu membentuk suatu badan khusus yang menangani permasalahan anak-anak di bawah umur, termasuk di dalamnya untuk mengurus masalah-masalah yang berkaitan dengan anak yang perkawinan antara kedua orang tuanya putus karena perceraian, lembaga ini kemudian lebih lanjut bekerja sama dengan Pengadilan terutama untuk mengawasi pelaksanaan hak asuh anak tersebut, dimana lembaga tersebut memiliki kewenangan untuk mengawasi pelaksanaan hak asuh anak dan apabila lembaga tersebut menganggap demi kepentingan utama anak maka lembaga tersebut dapat merekomendasikan kepada Pengadilan untuk meneruskan atau tidak hak asuh anak.



Daftar Pustaka

Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgelijke Wetboek)*

_____, Reglemen Bumiputera yang Diperbaharui (*Het Herzienne Regeling (HIR)*)

_____, *Undang-Undang Tentang Perkawinan*, UU No. 1 Tahun 1974, LN No. 1 Tahun 1974, TLN No. 3019

_____, *Undang Undang Tentang Mahkamah Agung*, UU No. 14 Tahun 1985

_____, *Undang-Undang Tentang Perlindungan Anak*, UU No. 23 Tahun 2002, LN No. 109, TLN No. 4235

_____, *Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman*, UU Nomor 4, LN No 8 tahun 2004, TLN No.4538

Buku

Afandi, Ali. 1986. *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Perikatan: Menurut KUH Perdata (BW)*, Cet.3.. Jakarta : Bina Aksara

Basuki, Zulfa Djoko. 2005. *Dampak Perkawanan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custoy)*, Jakarta : Yarsif Watampone

Black, Henry Campbell. 1974. *Black's Law Dictionary*. St. Paul Minn: West Publishing.

- Darmabrata, Wahyono dan Surini Ahlan Sjarif. 2004. *Hukum Perkawinan dan Keluarga di Indonesia*, Cet. 2. Jakarta : Fakultas Hukum Universitas Indonesia
- Darmabrata, Wahyono. 2008. *Tinjauan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan Beserta Undang-Undang dan Peraturan Pelaksanaannya*, Cet.2. Jakarta: Rizkita Jakarta
- Gosita, Arif. 1985. *Masalah Perlindungan Anak*. Jakarta : Akademika Pressindo
- Harahap, M. Yahya. 1977. *Hukum Acara Perdata Peradilan Indonesia*. Medan : Zahir
- _____. 1993. *Beberapa Permasalahan Hukum Acara pada Peradilan Agama*. Jakarta: Sinar Grafika
- _____. 2005. *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan* , Cet. Ke-III. Jakarta : Sinar Grafika
- Latif, Jamil. 1982. *Aneka Hukum Perceraian di Indonesia*, Cet.2. Jakarta: Ghalia Indonesia
- Mamudji, Sri, *et.al.* *Metode Penulisan dan Penelitian Hukum*, Depok : Badan Penerbit Alumni
- Mertokusumo, Sudikno. 1998. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Yogyakarta ; Liberty

- Prodjohamidjojo, Martiman. 2002. *Hukum Perkawinan Indonesia*, Cet. 1. Jakarta : Indonesian Legal Center Publishing
- _____. 2003. *Tinjauan Mengenai Undang-Undang Perkawinan*. Jakarta: Indonesian Legal Center Publishing
- Ramulyo, Idris. 1996. *Hukum Perkawinan Islam: Suatu Analisa dari Undang-Undang No. 1 tahun 1974 dan kompilasi Hukum islam*, Cet.2. Jakarta : Bumi Aksara
- Setiawan. 1992. *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*. Bandung : Alumni
- Soekanto, Sorjono. 1986. *Pengantar Penelitian Hukum*, Cet. Ke-III. Jakarta : Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia
- Subekti, Wienarsih Imam dan Sri Soesilowati Mahdi. 2005. *Hukum Perorangan dan Kekeluargaan Perdata Barat*, Cet.1. Jakarta : Gitama Jaya
- Subekti. 1977. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta : Bina Cipta
- Sumiarni, MG. Endang dan Chandera Halim. 2000. *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Keluarga*. Yogyakarta : Universitas Atmajaya
- Sutantio, Retnowulan dan Iskandar Oeripkartawinata. 2005. *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*. Cet. Ke-X. Bandung, Mandar Maju
- Thalib, Sayuti. 1986. *Hukum Kekeluargaan Indonesia (Berlaku bagi Umat Islam)*. Jakarta : Universitas Indonesia

Webster, Merriam. 1996. *Merriam Webster's Dictionary of Law*. Massachusetts:
Springfield

Internet

[Http://www.hri.org/docs/ECHR50.html](http://www.hri.org/docs/ECHR50.html)

[Http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php](http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php)

