

BAB II

PERCERAIAN DAN KEKUASAAN ORANGTUA TERHADAP ANAK DI INDONESIA

2.1 Pengantar

Perceraian sebagai salah satu cara putusnya ikatan perkawinan akan membawa sejumlah konsekuensi yang mendalam dan luas. Konsekuensi terjadinya perceraian tanpa dapat dihindari meliputi aspek bersifat materiil maupun imateriil. Satu diantaranya konsekuensi yang muncul adalah tanggung jawab orangtua terhadap anak hasil perkawinan. Perceraian pada umumnya memunculkan suatu fenomena perebutan kekuasaan orangtua terhadap anak. Baik bapak maupun ibu masing-masing mengklaim yang paling benar dalam mengasuh anak. Dengan demikian, akibat perceraian akan menuntut suatu kepastian hukum, siapa di antara bapak atau ibu yang diberi kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian.²² Demikian tidak sederhananya persoalan ini, maka dapat saja terjadi pengadilan memutuskan mencabut kekuasaan orangtua terhadap anak, baik terhadap bapak atau ibu. Hakim di pengadilan dengan pertimbangan tertentu, berhak memutuskan kepada pihak mana kekuasaan orangtua dijatuhkan. Oleh karena itu suatu perceraian selain akan membawa konsekuensi terhadap status masing-masing orangtua, juga akan membawa konsekuensi atas jaminan kelangsungan kehidupan anak pasca perceraian orangtua.

Makna kekuasaan orangtua pasca perceraian, hanya mungkin terjadi setelah adanya suatu bukti terjadinya perkawinan. Maka pembahasan tentang kekuasaan orangtua terlebih dulu menuntut pemahaman atas makna perkawinan dan perceraian. Validitas kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian tidak mungkin dipisahkan dari validitas perkawinan orangtuanya. Demikian pula validitas perceraian yang dilakukan hanya mungkin setelah diketahui validitas perkawinannya.

²² E. Sumaryono, *Etika Profesi Hukum: Norma-Norma Bagi Penegak Hukum*, Yogyakarta: Kanisius, Cet. ke-1, 1995, hal 90. 20

Dengan demikian pemahaman terhadap kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian, merupakan satu rangkaian pemahaman secara simultan atas makna perkawinan dan perceraian. Kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian, sangat tidak mungkin dipahami dengan utuh dengan mengabaikan pemahaman terhadap perkawinan dan perceraian.

Khusus berkaitan dengan umat Islam di Indonesia, maka pengaturan tentang perkawinan, perceraian, dan kekuasaan orangtua terhadap anak, pertama-tama akan bersumber pada UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam yang diterbitkan tahun 1991. Oleh karena itu pemahaman terhadap makna perkawinan, perceraian, dan kekuasaan orangtua terhadap anak akan mengacu pada kedua produk hukum tersebut. Keterkaitan penggunaan kedua sumber hukum ini sangat penting, mengingat UU No. 1 Tahun 1974 adalah hukum yang berlaku bagi semua warganegara Indonesia apapun agama yang dianut, sedangkan KHI hanya diberlakukan bagi warganegara Indonesia beragama Islam.

UU No. 1 Tahun 1974 berlaku bagi semua warganegara Indonesia dari pemeluk agama yang berbeda, maka materi yang terdapat di dalamnya tidak akan serinci atau sedetil KHI. Materi KHI yang terdiri atas pengaturan tentang Perkawinan, Kewarisan, dan Perwakafan umat Islam, pertama-tama diterbitkan dengan maksud sebagai pegangan atau pedoman bagi para hakim di Pengadilan Agama di dalam memutus perkara. KHI merupakan bentuk perkembangan lebih lanjut pedoman bagi para hakim di Pengadilan Agama, sebab sebelumnya para hakim hanya berpedoman pada 13 kitab rujukan bermazhab Syafei'i. Oleh karena itu setiap pembahasan atas argumentasi yang terdapat di dalam KHI, selalu akan berada dalam diskursus hukum Islam atau fikih (fiqh) yang mendasarinya. Interpretasi dan konstruksi yang dilakukan oleh para ahli fikih, meskipun kadangkala memunculkan konklusi yang berbeda, dapat dipastikan selalu bersumber dan mengacu pada ketentuan yang terdapat di dalam Al-Qur'an dan Al Hadits.

Mengingat di dalam pembahasan ini akan lebih terfokus pada persoalan warganegara Indonesia beragama Islam, dengan sendirinya akan banyak

bersentuhan dengan hukum Islam. Demikian pentingnya pemahaman atas hukum Islam ini, maka perlu juga disinggung secara singkat makna *fiqh* dan *ushul al-fiqh*, yang dipahami sebagai hukum dan metode hukum. Secara umum terminologi *fiqh* dimaknai sebagai ilmu tentang hukum-hukum syara yang *amaliyah* (praktis), yang diambil dari dalil-dalilnya yang *tafshiliy* (terperinci). Atau meminjam istilah dari Al-Jurzaniy yang mengartikan *fiqh* sebagai ilmu yang diperoleh dengan menggunakan pemikiran (ijtihad).²³ Sedangkan berkaitan dengan terminologi *ushul al-fiqh* dengan mengutip pendapat Abd al-Wahhab Khalaf memberi pemahaman sebagai ilmu tentang kaidah-kaidah yang menghasilkan hukum-hukum syara yang praktis dari dalil-dalilnya yang terperinci. Atau dapat juga dikatakan sebagai kumpulan kaidah-kaidah dan pembahasan yang menghasilkan hukum syara yang *amaliyah* dari dalil-dalil *tafshiliy*. Pendapat senada juga dikemukakan oleh Syaykh Muhammad al-Khudhariy dan Kamal al-Din ibn-Hammam yang menyatakan, *ushul al-fiqh* adalah kaidh-kaidah yang menyampaikan kepada istinbath hukum syara dari dalil-dalilnya. Atau mengetahui kaidah-kaidah yang menyampaikan kepada penggalian *fiqh*. Selanjutnya H.A. Djazuli dan I. Nurol Aen memberikan batasan atas hubungan kedua terminology tersebut sebagai berikut:²⁴

Istilah *fiqh* mengacu pada sebuah ilmu yang berkaitan dengan hukum syara yang praktis (*amaliyah*), sedangkan istilah *ushul al-fiqh* menunjuk pada suatu ilmu yang membahas kaidah-kaidah mengenai metode yang harus ditempuh oleh ahli hukum Islam dalam mengeluarkan hukum dari dalil-dalilnya serta menerbitkan dalil-dalil dan menilai kekuatan dalil-dalil tersebut.

Beberapa ulama berpendapat bahwa sekurangnya terdapat 5 (lima) kaidah *fiqh* yang menjadi acuan kembalinya seluruh persoalan *fiqh*, yaitu: (1) setiap perkara itu sesuai dengan maksud-maksudnya; (2) kemudharatan harus dihilangkan; (3) adat bisa menjadi hukum; (4) yang meyakinkan tidak bisa dihilangkan oleh yang meragukan; (5) kesulitan itu mendatangkan kemudahan.²⁵ Kaidah-kaidah umum *fiqh* dapat dikembalikan kepada ayat-ayat Al-Qur'an maupun Al Hadits yang merupakan *dalil kulliy* atau bersifat menyeluruh. Dalil

²³ H.A. Djazuli dan I. Nurol Aen, *Ushul Fiqh Metodologi Hukum Islam*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, Cet. Ke-1, 2000, Hal. 1.

²⁴ H.A. Djazuli dan I. Nurol Aen, *Ibid*, Hal. 2

yang memiliki sifat menyeluruh berbeda dengan *dalil juz'iy* yang hanya menunjuk kepada satu hukum tertentu dari satu cabang hukum tertentu pula.²⁶

2.2 Keabsahan Perkawinan Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam

Konstruksi keabsahan perkawinan menurut UU No. 1 Tahun 1974 dapat dikatakan berbanding terbalik dengan keabsahan konstruksi peraturan yang digantikannya. Sebelum berlakunya UU No. 1 Tahun 1974, pembuktian sahnya perkawinan hanya dengan akta perkawinan berupa catatan sipil, karena perkawinan tidak lebih hanya dipandang sebagai hubungan keperdataan. Sedangkan UU No.1 Tahun 1974 mengatur bahwa sahnya suatu perkawinan harus berdasarkan otoritas agama, dan selanjutnya secara administrative baru dicatatkan di dalam catatan sipil.²⁷ Adanya perbedaan konstruksi mengenai sahnya perkawinan sebelum dan sesudah berlakunya UU No.1 Tahun 1974, membawa akibat lebih jauh manakala dikaitkan dengan perkawinan campuran beda agama, dan perkawinan oleh pihak-pihak penganut aliran kepercayaan. Perkawinan campuran beda agama menjadi persoalan selain karena tidak diatur di dalam UU, juga karena petugas catatan sipil maupun petugas pengadilan tidak memiliki pemahaman yang sama dalam menyelesaikannya.²⁸

Sahnya suatu perkawinan sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2 UU No. 1 Tahun 1974, hingga kini terus menjadi perdebatan berkepanjangan. Bias penafsiran atas pasal tersebut telah mengakibatkan tidak terakomodirnya beberapa keinginan masyarakat dalam urusan perkawinan. Pasal 2 UU No. 1 Tahun 1974 selengkapnya menyatakan sebagai berikut:

- (1) Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.
- (2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Penjelasan otentik atas Pasal 2 UU No. 1 Tahun 1974 tersebut adalah sebagai berikut:

²⁵ H.A. Djazuli dan I. Nurol Aen, *Ibid*, Hal. 4

²⁶ H.A. Djazuli dan I. Nurol Aen, *Ibid*, Hal. 5

²⁷ Arso Sosroatmodjo dan Wasit Aulawi, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Jakarta: Bintang Bulan, 1975, Hal. 37.

²⁸ Mudiarti Trisnarningsih, *Relevansi Kepastian Hukum Dalam Mengatur Perkawinan Beda Agama di Indonesia*, Bandung: Utomo, Cet. Ke-1, 2007, Hal. 5.

Dengan perumusan pada Pasal 2 ayat (1) ini, tidak ada perkawinan di luar hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, sesuai dengan Undang-Undang Dasar 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.

Sedangkan Pasal 10 dan Pasal 11 Peraturan Pemerintah (PP) No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, merinci lebih jauh tentang pentingnya keberadaan akta catatan sipil sebagai bukti otentik terjadinya peristiwa perkawinan. Kedua pasal tersebut selengkapnya menyatakan sebagai berikut:

Pasal 10

- (1) Perkawinan dilangsungkan setelah hari kesepuluh sejak pengumuman kehendak perkawinan oleh Pegawai Pencatat seperti yang dimaksud dalam Pasal 8 Peraturan Pemerintah ini.
- (2) Tatacara perkawinan dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.
- (3) Dengan mengindahkan tatacara perkawinan menurut masing-masing hukum agamanya dan kepercayaannya itu, perkawinan dilaksanakan di hadapan Pegawai Pencatat dan dihadiri oleh dua orang saksi.

Pasal 11

- (1) Sesaat sesudah dilangsungkannya perkawinan sesuai dengan ketentuan-ketentuan Pasal 10 Peraturan Pemerintah ini, kedua mempelai menandatangani akta perkawinan yang telah disiapkan oleh Pegawai Pencatat berdasarkan ketentuan yang berlaku.
- (2) Akta perkawinan yang telah ditandatangani oleh mempelai itu, selanjutnya ditandatangani pula oleh kedua saksi dan Pegawai Pencatat yang menghadiri perkawinan dan bagi yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam, ditandatangani pula oleh wali nikah atau yang mewakilinya.
- (3) Dengan penandatanganan akta perkawinan, maka perkawinan telah tercatat secara resmi.

Di tengah silang pendapat yang tidak berkesudahan tentang validitas perkawinan campuran dalam arti perkawinan beda agama, ternyata UU No. 1 Tahun 1974 ternyata masih memberi kemungkinan dilakukannya perkawinan beda agama. Perkawinan beda agama yang melibatkan warganegara Indonesia dianggap sah asalkan dilakukan di luar wilayah Indonesia. Perkawinan yang dilakukan oleh warganegara Indonesia di luar negeri dan dinyatakan sah oleh hukum setempat, akan dinyatakan sah pula oleh hukum Indonesia. Kenyataan ini

Universitas Indonesia

dimungkinkan berdasarkan ketentuan Pasal 56 UU No. 1 Tahun 1974 sebagai berikut:

- (1) Perkawinan yang dilangsungkan di luar Indonesia antara dua orang warganegara Indonesia atau seorang warganegara Indonesia dengan warganegara Asing adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum yang berlaku di negara di mana perkawinan itu dilangsungkan dan bagi warganegara Indonesia tidak melanggar ketentuan-ketentuan undang-undang ini.
- (2) Dalam waktu 1 (satu) tahun setelah suami isteri itu kembali di wilayah Indonesia, surat bukti perkawinan mereka harus didaftarkan di Kantor Pencatatan Perkawinan tempat tinggal mereka.

Di dalam konteks perkawinan beda agama dan salah satu pihak beragama Islam, pada umumnya berdasarkan alasan dan norma tertentu, masih memperbolehkan laki-laki Islam mengawini perempuan non Islam. Tetapi perkawinan antra perempuan Islam dengan laki-laki non Islam, cenderung mendapat resistensi yang kuat atau bahkan terlarang.²⁹ Namun di dalam pemikiran Islam Modern sebagaimana digagas oleh Yayasan Wakaf Paramadina, konstruksi perkawinan beda agama mendapat pemahaman yang berbeda. Meskipun mendapat sorotan dan tentangan yang cukup keras, hasil studi mendalam dari kelompok Paramadina, pada dasarnya berkesimpulan bahwa perkawinan beda agama tidak dilarang di dalam Islam.³⁰

Sedangkan pemahaman makna perkawinan Islam dengan mengacu pada pendapat ahli fikih, pertama-tama perlu difahami makna bahasa Arab yang mendasarinya. Perkawinan Islam mengacu pada istilah Arab al-wathi' dan al-dammu wa al-tadakhul, atau sering pula diberi makna sebagai al-dammu wa al-jam'u dan ibarat an al-wath wa al-aqd. Keseluruhan bahasa Arab tersebut apabila diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia berarti bersetubuh, hubungan seksual, atau hubungan kelamin, antara laki-laki dan perempuan. Beberapa ahli fikih

²⁹ Syaikh Humaidy Bin Abdul Aziz Al-Humaidy, terjemahan oleh Kathur Suhardi, *Kawin Campur Dalam Syariat Islam (Ahkamu Nikahil-kuffar Alal-madzahibil-Arba'ah)*, Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, Cet. Ke-1. Hal 32.

³⁰ Nurcholish Madjid dkk (Editor), *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif-Pluralis*, Jakarta: Yayasan Wakaf Paramadina dan The Asia Foundation, Cet. Ke-3, 2004, Hal. 153-164. Lihat juga Mudiarti Trisnaningsih, *Op. Cit.* Hal. 38-42

tradisional memberikan batasan perkawinan dengan mengacu pada arti kata bahasa Arab tersebut sebagai berikut:³¹

Perkawinan berarti akad yang membolehkan persetubuhan dengan seorang wanita atau melakukan wathi dan berkumpul selama wanita tersebut bukan wanita yang diharamkan baik dengan sebab keturunan, atau sepersusuan.

Nikah sebagai akad yang menimbulkan akibat hukum berupa halalnya melakukan persetubuhan antara laki-laki dengan perempuan, saling tolong menolong serta menimbulkan hak dan kewajiban di antara keduanya.

Meskipun perumusan makna perkawinan yang lebih berdasarkan makna bahasa Arab sebagaimana yang dilontarkan oleh para ahli fikih tradisional tidak salah, namun dinilai oleh beberapa ahli fikih yang lain sebagai lebih menonjolkan unsur fisik antara laki-laki dan perempuan. Padahal makna perkawinan Islam dapat dimunculkan dengan lebih menekankan unsur batiniah, yang dapat dicontohkan sebagai berikut:³²

Perkawinan adalah suatu perjanjian yang suci kuat dan kokoh untuk hidup bersama secara sah antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan membentuk keluarga yang kekal, santun-menyantuni, kasih-mengasihi, tenteram dan bahagia. (Sajuti Thalib).

Perkawinan adalah ikatan lahir dan batin antara seorang pria dan wanita masing-masing menjadi suami dan isteri dalam rangka memperoleh kebahagiaan hidup dan membangun keluarga dalam sinaran ilahi. (Tahir Mahmood).

Berpedoman pada pendapat beberapa ahli fikih tersebut, sekarang dapat dilihat batasan perkawinan yang terdapat di dalam UU No. 1 tahun 1974 dan KHI, masing-masing memberikan makna perkawinan sebagai berikut:

Pasal 2 ayat (1) UU No. 1 tahun 1974

Perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga, rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Pasal 2 KHI:

Pernikahan yaitu akad yang sangat kuat atau miitsaqan ghalidhan untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.

³¹ Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia: Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam dan Fikih, UU No. 1 Tahun 1974 sampai KHI*, Jakarta: Prenada Media, Cet. Ke-1, 2004, Hal. 41

³² Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Ibid*, Hal. 42

Memperhatikan definisi perkawinan atau pernikahan sebagaimana tercantum di dalam UU No. 1 tahun 1974 dan KHI, dapat dikatakan keduanya cenderung mengacu pada pemahaman perkawinan yang lebih menonjolkan unsur batiniah. Dengan demikian makna perkawinan atau pernikahan berdasarkan UU No. 1 tahun 1974 dan KHI, tidak semata-mata hanya berdasarkan pertimbangan unsur biologis yang terkesan merendahkan perempuan. Makna perkawinan tidak dikonstruksikan dengan menempatkan perempuan, yang seolah-olah hanya diperlakukan sebagai obyek pemuas dan kesenangan laki-laki. Meskipun beberapa kalangan berpendapat masih terdapat anasir diskriminatif di dalam UU No. 1 Tahun 1974, namun pemaknaan perkawinan sebagaimana dipahami UU No. 1 tahun 1974 dan KHI, telah berupaya memposisikan perempuan dan laki-laki sebagai sejajar. Kedudukan suami dan isteri dalam suatu keluarga adalah seimbang dan sederajat.³³

Sebagai catatan tambahan yang kiranya patut dijadikan renungan adalah penggunaan kata "kekal" yang terdapat di dalam definisi perkawinan menurut UU No. 1 Tahun 1974. Penggunaan kata kekal tersebut terkadang menjadi perdebatan umat Islam dan pada akhirnya sangat tidak menguntungkan siapapun. Pada dasarnya Islam tidak mengenal dan tidak mengajarkan bahwa perkawinan bersifat kekal, meskipun perceraian merupakan perbuatan halal yang dibenci Allah. Adanya kata kekal seolah menegaskan bahwa telah tertutup kemungkinan terjadinya perceraian. Padahal Islam selalu membuka peluang terjadinya perceraian selama didukung oleh alasan yang dapat dipertanggung-jawabkan secara syariat. Kata kekal di dalam pemahaman Islam lebih cocok diperuntukkan bagi Tuhan Allah, sebagai lawan dari relatif (*muhdas*). Satu-satunya yang memiliki sifat kekal adalah Tuhan Allah. Dengan demikian kata kekal yang terdapat di dalam perundang-undangan perkawinan, seyogyanya dimaknai sebagai bentuk kesetiaan masing-masing pihak terhadap pasangannya.³⁴

³³ Lihat dan bandingkan Wila Chandrawila Supriadi, *Kumpulan Tulisan Perempuan dan Kekerasan dalam Perkawinan*, Bandung: Mandar Maju, Cet. Ke-1, 2001, Hal. 6-7

³⁴ Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Op. Cit.* Hal. 47

2.3 Makna Perceraian Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam

Perkawinan menurut pandangan Islam tidak semata-mata sebagai perkara atau hubungan keperdataan, tetapi lebih dari itu merupakan suatu ikatan suci (*misaqan galiza*). Karena perkawinan di dalam Islam berkaitan dengan aspek keimanan atau keyakinan kepada Allah, maka suatu perkawinan juga memiliki dimensi ibadah yang kuat. Perkawinan Islam harus dapat terpelihara dengan baik dan abadi demi terwujudnya keluarga sejahtera (*mawaddah wa rahmah*).³⁵ Namun demikian Islam juga mengakui potensi putusnya perkawinan di tengah jalan, sehingga terjadi pelepasan kontrak atau sering disebut sebagai talak. Makna dasar talak adalah melepaskan ikatan atau perjanjian yang pernah dilakukan antara laki-laki dan perempuan dalam suatu perkawinan.³⁶

Dengan diakuinya talak sebagai lembaga pemutus ikatan perkawinan yang sah, memunculkan keyakinan bahwa makna ikatan suci dalam perkawinan Islam tidak boleh dipandang konsep yang mutlak. Perkawinan Islam tidak boleh disamakan dengan bentuk sakramen di dalam perkawinan Katolik misalnya, yang tidak mengenal pemutusan atau perceraian kecuali oleh peristiwa kematian salah satu pihak. Agama Katolik tidak mengenal kata perceraian dan juga tidak mengenal poligami, setelah para pihak mendapat sakramen perkawinan, karena sakramen diyakini sebagai lembaga yang dilakukan oleh Tuhan Allah sendiri. Di dalam Al Kitab agama Katolik tertera kalimat: “yang sudah dipersatukan oleh Allah tidak dapat diceraikan oleh manusia”.³⁷ Berbeda dengan makna perkawinan dalam agama Katolik, maka perkawinan Islam harus dipandang sebagai suatu yang sangat alamiah. Sehingga perkawinan di dalam konteks kehidupan bermasyarakat ada kemungkinan dapat bertahan lama dan dapat pula putus di

³⁵ Hasanudin, *Perkawinan Campur Antar Pemeluk Agama dalam Perspektif Islam*, di dalam Tafsir Ulang Perkawinan Lintas Agama, Maria Ulfah Anshor dan Martin Lukito Sinaga (Editor), Jakarta: Kapal Perempuan, Cet. Ke-1, 2004, Hal. 39-40

³⁶ HSA. Alhamdani, *Risalah Nikah Hukum Perkawinan Islam*, Jakarta: Pustaka Amani, Cet. Ke-3, 1989, Hal. 176.

³⁷ Johannes H. hariyanto SJ, *Perkawinan Beda Agama dalam Pandangan Gereja Katolik*, di dalam Tafsir Ulang Perkawinan Lintas Agama, Maria Ulfah Anshor dan Martin Lukito Sinaga (Editor), Jakarta: Kapal Perempuan, Cet. Ke-1, 2004, Hal. 53

tengah jalan.³⁸ Perceraian di dalam Islam adalah perbuatan yang dibenci namun tetap diperbolehkan.

Meski demikian harus diakui bahwa di dalam Islam, lembaga talak merupakan persoalan sangat serius dan paling banyak dibahas oleh para ahli fikih, sejak dulu hingga sekarang. Beberapa ulama berpendapat meski talak hukumnya diperbolehkan tetapi harus dilakukan dalam keadaan darurat, baik atas inisiatif suami yang disebut dengan *talak*, atau atas inisiatif istri yang disebut dengan *khulu*. Hadis sahih dari Nabi menyebutkan “*Inna abghad al-mubahat inda Allah al talak*” yang berarti “sesungguhnya perbuatan mubah tapi dibenci Allah adalah talak” Dengan demikian secara substansial sebenarnya Islam tidak menghendaki terjadinya perceraian, bahkan secara prinsip tidak memberi peluang terjadinya perceraian.³⁹ Sayuti Talib di dalam buku *Hukum Kekeluargaan Indonesia "Berlaku Bagi Umat Islam"* menyebutkan beberapa pedoman untuk usaha menghindari perceraian:⁴⁰

1. Dalam hal kemungkinan terjadinya Nusyuz istri

Sumber hukum dan pedoman mengenai nusyuzistri ini ditempatkan Tuhan dalam bagian kedua dari Q.IV:34

- a. Arti nusyuz bagi istri yang dimaksud dalam ayat ini ialah perbuatan istri untuk tidak melakukan kewajiban atau tidak ta'at kepada suaminya.
- b. Apabila si suami khawatir bahwa istrinya akan berlaku nusyuz, maka suami diberi suruhan oleh Tuhan untuk bertindak mengusahakan penyelesaian perbaikan dengan cara:
 - Suami memberi nasihat, istrinya yang nusyuz itu untuk kembali biasa dan tidak nusyuz lagi.
 - Kalau usaha pertama itu tidak berhasil, maka pisahkanlah tidur istri itu dari tempat tidur suaminya, tetapi tetap satu rumah.

³⁸ Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Op. Cit.* Hal. 208

³⁹ HSA Alhamdani, *Op. Cit.* Hal. 178-172. Penjatuhan talak harus benar-benar hati-hati dan melalui pertimbangan yang sangat matang. Sebab dapat saja terjadi pengucapan talak dalam kondisi marah, mabuk, terpaksa, bergurau, tanpa sadar, atau keliru.

⁴⁰ Sayuti Thalib, *Hukum Kekeluargaan Indonesia "Berlaku Bagi Umat Islam"*, Cet. 5 (Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia (UI-Press), Hal. 93-98.

- Dalam hal kedua belum berhasil, maka si suami diperbolehkan memukul istrinya dengan cara dan alat pemukul yang sedemikian rupa sehingga tidak sakit dan tidak meninggalkan bekas.
- c. Apabila istri yang bersangkutan telah ta'at kembali kepada suaminya, maka si suami tidak boleh mencari-cari kesalahan istrinya itu.

2. Dalam hal kemungkinan terjadinya Nusyuz dari pihak suami

Q.IV: 128 mengatur cara penyelesaian penentuan hubungan suami istri, dalam hal terjadi nusyuz laki-laki atau suami. Sebaiknya mereka suami istri itu mengadakan *Shul-hu* atau perjanjian. Nusyuz suami yang dapat terjadi yang disebutkan dalam ayat ini ialah kemungkinan ia berpaling atau menyia-nyaikan istrinya. Sedangkan arti kata-kata *shul-hu* ialah perjanjian atau perdamaian untuk berjaga-berjaga kalau-kalau terjadi nusyuz laki-laki itu, bagaimana cara menyelesaikannya (*ta'liq-talaq*).

3. Apabila terjadinya Syiqaq

Arti *syiqaq* ialah keretakan yang sangat hebat antara suami istri. Hal *syiqaq* dan penyelesaiannya diatur dalam Q.IV: 35. Yaitu dengan jalan masing-masing pihak mengajukan seorang Hakam. Hakam dari masing-masing pihak mencari islah atau perbaikan dengan memperhatikan kepentingan pihak yang menunjuknya, kemudian mencari kesepakatan pendapat antara keduanya.

4. Kalau salah satu pihak melakukan Fahisyah

Sebagai dasar pembicaraan disini kita pergunakan Q.IV: 15. Dalam surat tersebut dibicarakan soal kemungkinan seorang suami menuduh istrinya melakukan Fahisyah (Zina). Dalam hal ini, Suami wajib membuktikan dengan 4 orang saksi, bahwa benar istri melakukan Fahisyah.

Makna perceraian berdasarkan perspektif fikih tradisional dinilai oleh beberapa ahli terkesan sangat longgar dan bahkan pada tingkat tertentu dianggap lebih memberikan kekuasaan kepada laki-laki. Kenyataan ini memunculkan anggapan seolah-olah talak merupakan hak prerogatif laki-laki, yang sangat berpotensi mengakibatkan tindakan otoriter terhadap perempuan. Fikih tradisional dianggap menggunakan rasionalitas bias jender yang menguntungkan laki-laki

dan merugikan kaum perempuan. Beberapa ahli fikih berpendapat, bahwa untuk dapat terwujudnya suatu perceraian harus berdasarkan alasan-alasan tertentu yang diajarkan sekaligus oleh undang-undang dan ajaran agama. Oleh karena itu perceraian tidak semata-mata cukup diserahkan pada aturan-aturan agama.

Pasal 38 UU No. 1 Tahun 1974 menyatakan bahwa: “Perkawinan dapat putus karena kematian, perceraian dan atas keputusan pengadilan” Selanjutnya Pasal 39 UU No. 1 Tahun 1974 menyatakan sebagai berikut:

- (1) Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.
- (2) Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan bahwa suami istri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami istri.
- (3) Tata cara perceraian di depan sidang Pengadilan diatur dalam peraturan perundangan sendiri.

Sedangkan di dalam Pasal 19 PP No. 9 Tahun 1975 menyatakan hal-hal yang menyebabkan terjadinya perceraian, sebagai berikut:

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

KHI secara lebih rinci mengatur tentang perceraian di dalam perkawinan Islam. Pasal 113 KHI menyatakan sebagai berikut: “Perkawinan dapat putus karena kematian, perceraian, dan atas putusan pengadilan”. Secara umum sebab-sebab terjadinya perceraian sebagaimana diatur di dalam KHI tidak berbeda dengan pengaturan di dalam UU No. 1 Tahun 1974. Pasal 116 KHI menjelaskan secara rinci alasan terjadinya perceraian sebagai berikut:

- a. Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pematik, penjudi dan lain sebagainya yang sulit disembuhkan.

- b. Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemampuannya.
- c. Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung.
- d. Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain.
- e. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/istri.
- f. Antara suami dan istri terus-menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.
- g. Suami melanggar taklik talak.
- h. Peralihan agama atau murtad yang menyebabkan terjadinya ketidakrukunan dalam rumah tangga.

Jika diperhatikan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam UU No. 1 Tahun 1974 maupun KHI, dapat dikatakan bahwa secara umum cenderung mempersulit atau mencegah terjadinya perceraian. Kenyataan ini sebenarnya telah sesuai dengan ajaran Islam yang menghendaki tidak terjadi perceraian. Amir Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan di dalam buku “Hukum Perdata Islam di Indonesia” mengatakan sebagai berikut:⁴¹

Berbeda dengan putusnya perkawinan dengan sebab kematian yang merupakan ketentuan Allah yang tidak bisa ditolak, sebab-sebab lain seperti perceraian pada dasarnya kesalahan yang bersumber dari manusia itu sendiri. Terjadinya perceraian lebih disebabkan ketidak-mampuan pasangan suami istri tersebut merealisasikan tujuan perkawinan itu sendiri.

Dari ketentuan proses perceraian sebagaimana diatur di dalam UU Peradilan Agama, UU No.7 Tahun 1989 jo. UU No.3 Tahun 2006 dan KHI, terlihat jelas besarnya peran Pengadilan Agama dalam memutuskan perkara perceraian. Kenyataan ini hingga kini masih menjadi perdebatan berkepanjangan dan cenderung sukar dicarikan titik temunya. Sebab, sebagian umat Islam memahami

⁴¹ Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Op. Cit.* Hal. 220

perceraian sebagaimana terdapat di dalam fikih merupakan suatu kerelaan kedua belah pihak, tanpa adanya campur tangan pihak manapun termasuk lembaga peradilan. Peran Pengadilan Agama dalam perijinan pengucapan talak seharusnya bersifat pasif atau lebih berarti sebagai saksi. Dengan demikian tidak sepatutnya Pengadilan Agama melakukan peran memeriksa dan memutus perkara.⁴²

Namun demikian para pemikir Islam lainnya berpendapat sebaliknya, bahwa peran Pengadilan Agama harus semakin bertindak aktif di dalam perkara perceraian, dan perannya menjadi penting sekurangnya karena alasan sebagai berikut:⁴³

- (1) Kehadiran pengadilan adalah untuk meluruskan segala tindakan yang melenceng untuk disesuaikan dengan ajaran Islam. Dalam kasus talak, seorang suami sebelum menjatuhkan talak harus berpikir mendalam dampak yang ditimbulkan oleh keputusannya itu sehingga ia lebih hati-hati dan rasional.
- (2) Dengan melalui proses pengadilan diharapkan penggunaan hak talak agar dilakukan secara benar dan diterapkan hanya dalam kondisi darurat.
- (3) Pengadilan sebenarnya berfungsi sebagai hakam seperti yang dianjurkan oleh syariah Islam.
- (4) Pengadilan diharapkan dapat berperan menjamin hak-hak masing-masing pihak sebagai akibat dari perceraian.

Para pendukung peran aktif Pengadilan Agama di dalam persoalan perkawinan dan perceraian Islam, juga melihatnya dari sisi kemaslahatan bagi umat Islam. Keharusan ijin pengadilan khususnya untuk perkara poligami dan talak, patut dipertahankan karena lebih besar memberikan maslahat bagi masyarakat pada umumnya. Mencermati ketentuan yang terdapat di dalam UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI, khususnya berkaitan dengan peran lembaga peradilan dalam perkara perceraian, dapat disimpulkan bahwa keduanya cenderung

⁴² Al Yasa Abubakar, *Ikwal Perceraian di Indonesia: Perkembangan Pemikiran dari UU Perkawinan sampai KHI*, Jakarta: Mimbar Hukum, Th. IX No. 40, 1998.

⁴³ Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Op. Cit.* Hal. 237. Dengan mengutip pendapat Tahir al-Haddad. Lihat dan bandingkan dengan Cik Hasan Bisri, *Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, Cet. Ke-3, 2000, Hal. 57-59

mengarahkan adanya posisi yang setara antara laki-laki dan perempuan. Kedua produk sumber hukum ini cenderung menempatkan Pengadilan Agama sebagai lembaga yang memfasilitasi perceraian, apakah dalam bentuk talak atau cerai gugat, agar betul-betul dapat memposisikan hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan secara setara. Laki-laki maupun perempuan memiliki hak yang sama dalam mengajukan permohonan cerai di depan pengadilan.

2.4 Tinjauan Umum Makna Kekuasaan Orangtua Terhadap Anak

Sebelum membahas kekuasaan orangtua terhadap anak berdasarkan UU No. 1 Tahun 1974 dan KHI, penting untuk dipahami seluk-beluk konsep kekuasaan orangtua secara umum. Pemahaman kekuasaan orangtua secara umum sebagaimana terdapat di dalam KUH Perdata, menjadi relevan mengingat adanya rasionalitas atau sisi baik adanya pengaturan demikian. Sebagai produk hukum yang telah lama dipakai sebagai konsekuensi negara bekas jajahan Belanda, KUH Perdata dapat dikatakan hingga kini masih sangat mempengaruhi proses pembelajaran hukum di Indonesia. Bahkan sebagian besar materi yang terdapat di dalam KUH Perdata hingga kini masih berlaku sebagai hukum positif di Indonesia.⁴⁴

KUH Perdata memiliki karakteristik sistem *civil law* berdasarkan warisan budaya Romawi dan Perancis. Salah satu karakter *civil law* antara lain adalah, proses penciptaan hukum selalu berawal dari refleksi filosofis, mengandalkan kekuatan rasionalitas, dan pada akhirnya menghasilkan konsepsi secara abstrak. Konsepsi abstrak yang dihasilkan, selanjutnya dijabarkan dalam bentuk perundang-undangan sebagai hukum positif. Oleh karena itu pola pikir abstrak sangat terkenal di dalam budaya hukum Eropa Kontinental. Hal ini berbeda dengan sistem *common law* yang berkembang di Inggris dan Amerika Serikat, dimana supremasi hukum berdasarkan konsep *the rule of law*, sangat mengandalkan situasi konkret dalam pembentukan hukum dan pencarian keadilan. Hakim diberi kekuasaan besar untuk melakukan proses penemuan hukum berupa interpretasi dan konstruksi berdasarkan situasi konkret.⁴⁵

⁴⁴ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar maju, Cet. Ke-1, 1999, Hal. 36.

⁴⁵ Mudiarti Trisnaningsih, *Kontribusi Penemuan Hukum Berdasarkan Civil Law dan Common Law*, Bandung: Litigasi, 2007

Konsep kekuasaan orangtua terhadap anak menurut KUH Perdata dalam kesempatan sekarang ini, pertama-tama harus dipahami dalam konteks ikatan perkawinan orangtua. Kenyataan ini perlu dipertegas mengingat kekuasaan orangtua dapat juga dipahami dalam konteks adopsi dan perwalian terhadap anak luar kawin. Secara khusus KUH Perdata mengatur kekuasaan orangtua terhadap anak dari Pasal 298 sampai Pasal 329.

Kekuasaan orangtua terhadap anak pada dasarnya akan terus berlangsung berdasarkan dua prinsip utama. Pertama, kekuasaan orangtua berlaku sampai anak menjadi dewasa. Kedua, kekuasaan orangtua berlaku sepanjang tidak dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan. Adanya perceraian orang tua tidak akan menghilangkan kekuasaan orangtua terhadap anak.⁴⁶ Pemahaman terhadap pengertian dewasa adalah batas usia 21 tahun. Namun demikian, karena usia 18 tahun bagi pria dan usia 15 tahun bagi wanita sudah diperbolehkan kawin, maka anak yang telah kawin dianggap sebagai telah dewasa. Artinya, meskipun anak belum genap usia 21 tahun namun telah melangsungkan perkawinan dianggap dewasa. Demikian pula sekiranya terjadi perceraian dalam perkawinan anak sebelum usia 21 tahun, tidak dapat mengembalikan status anak sebagai belum dewasa.⁴⁷

Kekuasaan orangtua terhadap anak juga mengenal lembaga penampungan. Dimaksudkan dengan lembaga ini adalah, orangtua atas permintaannya dapat menitipkan anak pada lembaga negara atau swasta yang ditunjuk oleh menteri kehakiman. Penitipan anak atas permintaan orangtua dilakukan atas perintah pengadilan negeri. Biaya penampungan dilakukan oleh pemangku kekuasaan orangtua. Batas lamanya penampungan tidak diperbolehkan melampaui usia dewasa. Pengadilan negeri hanya dapat menggunakan mekanisme ini, setelah terlebih dulu mendengar berbagai pihak termasuk pendapat anak.

Jikalau terjadi situasi ketidak-mampuan orangtua dalam memangku kekuasaan orangtua, maka pengadilan negeri akan bertindak sebagai wali anak. Ketentuan ini berlaku melalui mekanisme pengangkatan seorang wali oleh

⁴⁶ Sunarto Ady Wibowo, *Hak dan Kewajiban Orangtua dan Anak Menurut KUH Perdata dan UU No. 1 Tahun 1974*, Medan: Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara, 2003.

⁴⁷ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Jakarta: Penerbit Intermedia, Cet. Ke-17, 1983, Hal. 37-41

pengadilan negeri, setelah memanggil dengan sah para keluarga sedarah dan semenda. Kekuasaan orangtua terhadap anak berdasarkan KUH Perdata juga mengenal lembaga pembebasan dan pemecatan. Kedua lembaga ini sangat berkaitan karena pada umumnya, pemecatan berlangsung setelah melalui fase pembebasan. Dimaksudkan dengan pembebasan kekuasaan orang tua terhadap anak adalah, apabila terbukti orang tua pemangku kekuasaan dinyatakan tidak cakap, atau tidak mampu menunaikan kewajiban mendidik dan memelihara anak. Dewan perwalian atau kejaksaan dapat mengajukan tuntutan pembebasan kekuasaan orang tua terhadap anak, baik untuk seorang atau seluruh anak. Sedangkan lembaga pemecatan kekuasaan orangtua terhadap anak, akan diberlakukan apabila hakim berpendapat bahwa kepentingan anak menghendakinya.

Menurut UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, kekuasaan orang tua tunggal artinya kekuasaan di pegang oleh masing-masing suami dan istri. Jika perkawinan putus baik karena kematian maupun perceraian, maka kekuasaan orang tua akan berlangsung terus. Dibandingkan dengan kekuasaan orang tua menurut KUHPerdata, kekuasaan orang tua yang bersifat kolektif, dimana kekuasaan orang tua tersebut berakhir karena kematian atau perceraian dan di ganti dengan Perwalian. Ciri-Ciri kekuasaan orang tua menurut KUHPerdata (Pasal 298, 299 KUHPerdata):⁴⁸

- a. Kekuasaan orang tua ada pada orang tua yakni Ayah dan Ibu, lazimnya dipegang oleh ayah;
- b. Kekuasaan orang tua ada sepanjang perkawinan orang tua berlangsung;
- c. Kekuasaan orang tua berlaku atas anak yang masih di bawah umur;
- d. Kekuasaan orang tua ada sepanjang hal tersebut dilaksanakan dengan baik, jika tidak maka dicabut dari kekuasaan orang tua.

⁴⁸ Wahyono Darmabrata dan Surini Ahlan Sharif, *Hukum Perkawinan dan Keluarga di Indonesia*, Cet.2, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004, hal.140-141.

2.5 Kekuasaan Orangtua Terhadap Anak Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Disahkannya UU No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan dapat dikatakan melalui suatu proses dengan kadar sensitivitas tinggi. Kenyataan ini dapat dimaklumi mengingat persoalan perkawinan, selain memiliki dimensi perikatan keperdataan, juga sangat lekat dengan dimensi keagamaan. Produk hukum Belanda yang hendak digantikan ketika itu, dianggap sama sekali tidak memiliki kesepahaman dalam memberi makna terhadap perkawinan. Pemahaman terhadap perkawinan yang hanya dianggap sebagai peristiwa perdata menurut hukum Belanda, mengalami perubahan signifikan dimana sahnya perkawinan harus berdasarkan norma agama. Setelah pengesahan perkawinan secara agama selanjutnya baru dicatatkan di dalam register negara, sebagai wujud dari aspek administratif sipil. Oleh karena itu validitas anak yang dihasilkan, memiliki keabsahan dengan berpedoman pada keabsahan perkawinan orangtuanya secara agama. Dengan demikian kekuasaan orangtua terhadap anak, sebagaimana juga diatur dalam KUH Perdata, pertama-tama harus mengacu pada sebab oleh adanya perkawinan orang tuanya.

UU No. 1 Tahun 1974 sebenarnya dapat dikatakan tidak secara spesifik mengatur tentang penguasaan anak. Tetapi UU ini mengatur tentang pemeliharaan anak dikaitkan dengan putusannya ikatan perkawinan. Istilah yang dipergunakan untuk maksud kekuasaan orangtua terhadap anak di dalam UU No. 1 Tahun 1974 adalah “kewajiban orangtua”. Tampaknya hak ini sesuai dengan konsep perlindungan anak, yang lebih menekankan pada aspek hak anak dan kewajiban orangtua. Dengan demikian rangkaian pengaturan kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian, secara umum dapat ditelusuri berdasarkan norma yang terdapat di dalam Pasal 41 sampai dengan Pasal 54 UU No. 1 Tahun 1974. Pasal 41 UU No. 1 Tahun 1974 secara khusus mengatur akibat perkawinan putus karena perceraian sebagai berikut:

1. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak Pengadilan memberikan keputusannya.
2. Bapak yang bertanggung-jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam

kenyataannya tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, Pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.

3. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagian bekas istri.

Kewajiban orangtua sebagai ekspresi dari kekuasaan orangtua terhadap anak diatur dalam Pasal 45 sampai dengan Pasal 49, dan khusus berkaitan dengan perwalian diatur dalam Pasal 50 sampai dengan Pasal 54. Dalam kesempatan ini akan dikutip Pasal 45 hingga Pasal 51 UU No. 1 Tahun 1974, sebagai bagian penting pengaturan kekuasaan orangtua terhadap anak:

Pasal 45

- (1) Kedua orangtua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.
- (2) Kewajiban orangtua yang dimaksud di dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.

Pasal 46

- (1) Anak wajib menghormati orangtua dan menaati kehendak mereka yang baik.
- (2) Jika anak telah dewasa, ia wajib memelihara menurut kemampuannya, orangtua dan keluarga dalam garis lurus ke atas, bila mereka itu memerlukan bantuannya.

Pasal 47

- (1) Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orangtuanya selama mereka tidak dicabut kekuasaannya.
- (2) Orangtua mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan.

Pasal 48

Orangtua tidak diperbolehkan memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapanbelas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila ada kepentingan anak itu menghendakinya.

Pasal 49

- (1) Salah seorang atau kedua orangtua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu yang tertentu atas permintaan orangtua yang lain, keluarga anak dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang dengan keputusan pengadilan dalam hal-hal:
 1. Ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya.
 2. Ia berkelakuan buruk sekali.

- (2) Meskipun orangtua dicabut kekuasaannya, mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak tersebut.

Pasal 50

- (1) Anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orangtua, berada di bawah kekuasaan wali.
- (2) Perwalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya.

Pasal 51

- (1) Wali dapat ditunjuk oleh salah seorang tua yang menjalankan kekuasaan orangtua, sebelum ia meninggal dengan surat wasiat atau dengan lisan di hadapan dua orang saksi.
- (2) Wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak tersebut atau yang sudah dewasa, berpikiran sehat, adil, jujur, dan berkelakuan baik.
- (3) Wali wajib mengurus anak yang di bawah penguasaannya dan harta bendanya sebaik-baiknya dengan menghormati agama dan kepercayaan anak itu.
- (4) Wali bertanggung jawab tentang harta benda anak yang berada di bawah perwaliannya serta kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan dan kelalaiannya.

Berdasarkan ketentuan yang terdapat di dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka di dalam konteks kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian dapat dikemukakan hal-hal sebagai berikut:

1. Kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian memiliki korelasi erat dengan validitas perkawinan, dan validitas perceraian dari orangtuanya.
2. Kekuasaan orangtua terhadap anak diungkapkan dengan istilah “kewajiban orangtua”. Kenyataan ini sesuai dengan konsep perlindungan anak yang dikonstruksikan sebagai kewajiban orangtua dan hak anak.
3. Kekuasaan orangtua pasca perceraian terhadap anak pada dasarnya merupakan tanggung-jawab dan kewajiban orangtua secara bersama-sama dalam mendidik dan memelihara anak.
4. Kekuasaan orangtua pasca perceraian terhadap anak dapat diintervensi oleh Pengadilan Agama, dan Pengadilan Agama dapat memutuskan kepada siapa kekuasaan orangtua terhadap anak dijatuhkan. Pengadilan

Agama di dalam memutuskan perkara, semata-mata akan mendahulukan pada jaminan kepentingan anak.

2.6 Kekuasaan Orangtua Terhadap Anak Menurut Kompilasi Hukum Islam

Di dalam tinjauan fikih, pemeliharaan anak disebut dengan *hadanah* yang mengandung makna merawat dan mendidik anak yang belum *mumayyiz*. Substansi dari merawat dan mendidik tersebut adalah karena yang bersangkutan tidak atau belum dapat memenuhi keperluannya sendiri. Para ulama fikih menyatakan wajib hukumnya untuk merawat dan mendidik, namun berbeda pendapat di dalam persoalan hak. Mazhab Hanafi cenderung menyatakan bahwa hak *hadanah* berada pada ibu. Jumhur ulama berpendapat bahwa hak *hadanah* berada pada orangtua dan anak bersama-sama, dan beberapa ulama lain berpendapat hak *hadanah* berada pada ibu, bapak, dan anak dengan mendahulukan kepentingan anak.

Ditengah perdebatan atau diskursus para ulama tentang kekuasaan orangtua terhadap anak tersebut, menjadi pertanyaan adalah bagaimana sesungguhnya pemeliharaan anak pasca perceraian? Terdapat 2 (dua) hadis nabi yang paling sering dijadikan rujukan untuk menjawab pertanyaan ini, sebagai berikut:⁴⁹

Barangsiapa yang memisahkan antara seorang ibu dengan anaknya, niscaya Allah akan memisahkan orang itu dengan kekasihnya di hari kiamat.

Ya Rasulullah bahwasanya anakku ini perutkulah yang mengandungnya, asuhankulah yang mengawasinya, dan air susukulah minumannya. Bapaknya hendak mengambilnya dariku, maka bersabdalah Rasulullah, engkau lebih berhak untuk memelihara anak itu, selama engkau belum menikah dengan lelaki lain.

Mengacu pada kedua hadis yang diriwayatkan oleh Ahmad dan Abu Daud tersebut, ternyata bahwa kekuasaan orangtua pasca perceraian akan jatuh pada ibu selama anak belum *mumayyiz*. Rasionalitas dari kondisi demikian dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Ikatan batin atau kasih sayang ibu terhadap anak cenderung lebih tinggi daripada bapak.

⁴⁹ Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Op. Cit.* Hal. 239

2. Derita keterpisahan ibu dengan anaknya terasa lebih berat dibanding dengan keterpisahan seorang bapak.
3. Ibu lebih memiliki kemampuan mendidik dan memperhatikan keperluan anak secara lebih sabar dan teliti dibandingkan bapak.
4. Ibu lebih banyak memiliki waktu untuk melaksanakan tugas mendidik dibandingkan bapak yang memiliki banyak kesibukan.

KHI secara lebih rinci mengatur tentang kekuasaan orangtua terhadap anak dengan mempergunakan istilah “pemeliharaan anak” di dalam Pasal 98 sampai dengan 112, dimana Pasal 107 sampai dengan Pasal 112 khusus mengatur tentang perwalian. Beberapa Pasal di dalam konteks kekuasaan orangtua dan perwalian di dalam KHI, dapat dikutip sebagai berikut:

Pasal 1

- (g) Pemeliharaan anak atau *hadhonah* adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri.

Pasal 98

- (1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 (dua puluh satu) tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat secara fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- (2) Orangtuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan.
- (3) Pengadilan Agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orangtuanya tidak mampu.

Pasal 105

Dalam hal terjadi perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (dua belas) tahun adalah hak ibunya.
- b. Pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya.
- c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayah.

Pasal 106

- (1) Orangtua berkewajiban merawat dan mengembangkan harta anaknya yang belum dewasa atau di bawah pengampuan dan tidak diperbolehkan memindahkan atau menggadaikan kecuali karena keperluan yang mendesak jika kepentingan dan kemaslahatan anak itu menghendaki atau sesuatu kenyataan yang tidak dapat dihindarkan lagi.
- (2) Orangtua bertanggung jawab atas kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan dan kelalaian dari kewajiban tersebut pada ayat (1).

Pasal 107

- (1) Perwalian hanya terhadap anak yang belum mencapai umur 21 tahun dan atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- (2) Perwalian meliputi perwalian terhadap diri dan harta kekayaannya.
- (3) Bila wali tidak mampu berbuat atau lalai melaksanakan perwalian, maka Pengadilan Agama dapat menunjuk salah seorang kerabat untuk bertindak sebagai wali atas permohonan kerabat tersebut.
- (4) Wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak tersebut atau orang lain yang sudah dewasa, berpikiran sehat, jujur, dan berkelakuan baik atau badan hukum.

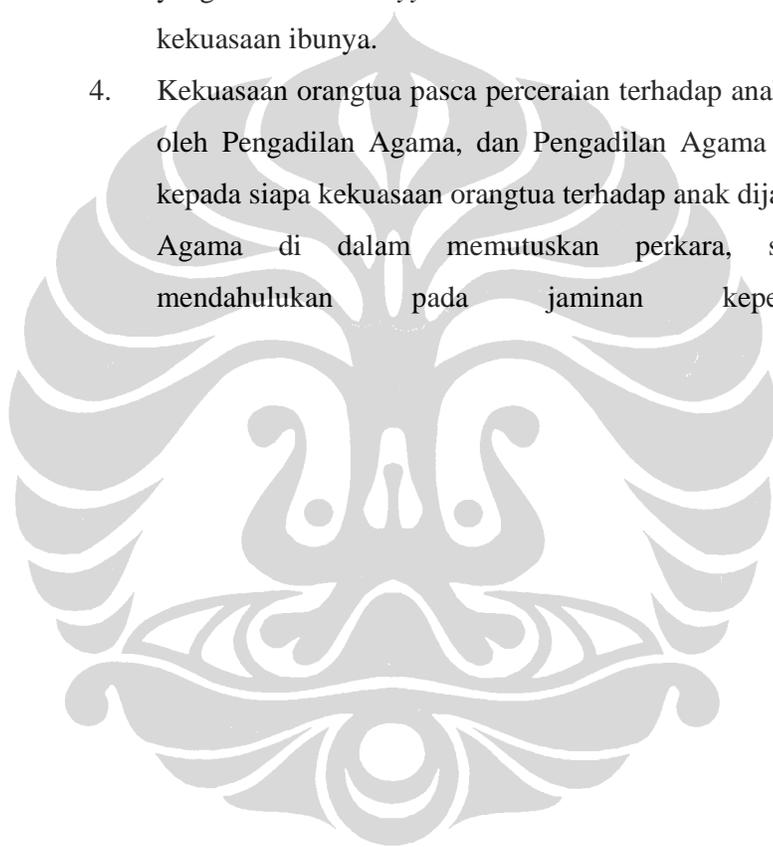
Pasal 109

Orangtua dapat mewasiatkan kepada seseorang atau badan hukum untuk melakukan perwalian atas diri dan kekayaan anak atau anak-anaknya sesudah ia meninggal dunia.

Berdasarkan ketentuan yang terdapat di dalam Kompilasi Hukum Islam, maka di dalam konteks kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian dapat dikemukakan beberapa hal sebagai berikut:

1. Kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian memiliki korelasi erat dengan validitas perkawinan, dan validitas perceraian dari orangtuanya.

2. Kekuasaan orangtua terhadap anak diungkapkan dengan istilah “pemeliharaan anak” atau “hadhonah”. Kenyataan ini sesuai dengan konsep kewajiban pengasuhan anak yang dikonstruksikan sebagai tidak terdapat pemisahan antara pengasuhan materil dan non materil.
3. Kekuasaan orangtua pasca perceraian terhadap anak pada dasarnya merupakan tanggung-jawab dan kewajiban orangtua secara bersama-sama dalam mendidik dan memelihara anak, dengan ketentuan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berusia 12 tahun berada pada kekuasaan ibunya.
4. Kekuasaan orangtua pasca perceraian terhadap anak dapat diintervensi oleh Pengadilan Agama, dan Pengadilan Agama dapat memutuskan kepada siapa kekuasaan orangtua terhadap anak dijatuhkan. Pengadilan Agama di dalam memutuskan perkara, semata-mata akan mendahulukan pada jaminan kepentingan anak.



BAB III
PERLINDUNGAN KEPENTINGAN ANAK
SEBAGAI PARADIGMA UNIVERSAL

3.1 Pengantar

Berdasarkan ketentuan yang terdapat di dalam UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, maka dapat disimpulkan bahwa di dalam konteks kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian, kepentingan anak selalu diletakkan pada posisi tertinggi. Di dalam kasus perceraian seolah sudah menjadi pemahaman yang lumrah, apabila berkaitan dengan persoalan anak, maka hakim Pengadilan Agama akan membuat putusan yang mengarah pada kepentingan anak sebagai yang harus diutamakan. Konstruksi hukum dengan menempatkan kepentingan anak di atas kepentingan lainnya, telah membuktikan adanya persesuaian pemikiran bahwa perlindungan terhadap anak menempati posisi istimewa ditengah berbagai persoalan di dalam masyarakat. Perlindungan anak sebagai ahli waris peradaban umat manusia, bukan saja menjadi persoalan keluarga namun telah menjadi kepedulian universal. Deklarasi Dunia Tentang Perlindungan Anak menyatakan sebagai berikut:⁵⁰

The children of the world are innocent, vulnerable and dependent. They are also curious, active and full of hope. Their time should be one of joy and peace, of playing, learning and growing. Their future should be shaped in harmony and co-operation. Their lives should mature, as they broaden their perspectives and gain new experiences.

Keberadaan anak yang dikonstruksikan sebagai manusia lemah, mengandung makna selain masih tergantung bantuan orang lain, juga sangat memerlukan dukungan berbagai pihak untuk menjamin pertumbuhannya secara sehat. Untuk tujuan tersebut diperlukan suatu kerjasama yang baik dari berbagai unsur di dalam masyarakat. Berbagai dokumen PBB tentang perlindungan anak dan juga telah diratifikasi oleh berbagai negara termasuk Indonesia, merupakan suatu ekpresi yang secara sadar memiliki kewajiban bersama untuk menempatkan anak pada posisi yang sebenarnya.

⁵⁰ UNICEF Perwakilan Perserikatan Bangsa-Bangsa di Indonesia, *Konvensi Hak anak PBB*, 1989.

Di Indonesia salah satu upaya melindungi anak adalah dengan membentuk Komisi Nasional Perlindungan Anak (KNPA) sebagai amanat dari UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. KNPA adalah lembaga independen, yang dibentuk dalam rangka meningkatkan efektifitas penyelenggaraan perlindungan anak. Tugas KNPA antara lain adalah melaksanakan mandat/kebijakan yang ditetapkan oleh Forum Nasional Perlindungan Anak, menjabarkan Agenda Nasional Perlindungan Anak dalam Program Tahunan, membentuk dan memperkuat jaringan kerjasama dalam upaya perlindungan anak, baik dengan LSM, masyarakat madani, instansi pemerintah, maupun lembaga internasional, pemerintah dan non-pemerintah, menggali sumber daya dan dana yang dapat membantu peningkatan upaya perlindungan anak, serta melaksanakan administrasi perkantoran dan kepegawaian untuk menunjang program kerja Lembaga Perlindungan Anak.⁵¹

3.2 Sekilas Catatan UNICEF Tentang Anak Indonesia 2006

Masih banyak anak-anak Indonesia yang rentan terhadap situasi kekerasan. Kondisi ini menjadi tantangan utama UNICEF dan mitra-mitra lokalnya. Ada beberapa fakta yang cukup memprihatinkan. Diperkirakan sekitar 60 persen anak balita Indonesia tidak memiliki akte kelahiran. Lebih dari 3 juta anak terlibat dalam pekerjaan yang berbahaya. Bahkan, sekitar sepertiga pekerja seks komersil berumur kurang dari 18 tahun. Sementara 40.000-70.000 anak lainnya telah menjadi korban eksploitasi seksual. Ditambah lagi sekitar 100.000 wanita dan anak-anak diperdagangkan setiap tahunnya. Belum lagi 5.000 anak yang ditahan atau dipenjara dimana 84 persen di antaranya ditempatkan di penjara dewasa.⁵²

Masalah lain yang tak kalah memprihatinkan adalah pelecehan terhadap anak terutama anak-anak dan wanita yang tinggal di daerah konflik atau daerah bekas bencana. Lebih dari 2.000 anak tidak mempunyai orang tua. Secara

⁵¹ (<http://www.komnaspaspa.or.id/profile.asp?p=3>). 25 Oktober 2008.

⁵² *Anak-anak yang terabaikan, terlupakan dan tak terjangkau*, (http://www.unicef.org/indonesia/id/SOWCR_2006_bi.pdf). 25 Oktober 2008.

psikologis anak-anak itu terganggu sesudah bencana tsunami meluluhlantakkan Aceh dan Sumatra Utara pada 26 Desember 2004 silam. Seperti halnya anak-anak di belahan dunia lain, anak-anak di Indonesia pun mengalami kekerasan dalam rumah tangga, di jalanan, di sekolah dan di antara teman sebaya mereka. Tapi banyak kasus kekerasan semacam ini tidak terungkap. Atau, hal ini tidak dianggap sebagai kasus kekerasan karena kedua pihak tidak menganggapnya sebagai masalah. Seringkali kekerasan terhadap anak dianggap hal yang lumrah karena secara sosial dipandang sebagai cara pendisiplinan anak. Bahkan di banyak masyarakat, norma sosial dan budaya tidak melindungi atau menghormati anak-anak. Kasus kekerasan anak di Indonesia tidak mencuat karena tidak ada laporan resmi. Hal ini terjadi karena lingkungan budaya yang sudah mengakar. Masyarakat tradisional memang tidak mengakui insiden semacam itu. Buruknya penegakan hukum dan korupsi di kalangan penegak hukum juga membuat kasus-kasus kekerasan semacam itu tidak diselidiki. Akibatnya pelaku tindak kekerasan terhadap anak pun bebas dari jeratan hukum.⁵³

Pada sisi lain, apabila anak yang melakukan tindak kejahatan ada lembaga/Badan yang bertugas mendampingi pada tahap awal pertama kali penyidikan, yaitu Badan Pengentasan Anak (BAPAS). Petugas BAPAS bahkan berkewajiban mendampingi si anak, memberikan penelitian masyarakat dan menyampaikan Litmas ke Pengadilan.⁵⁴

3.3 Pemahaman Umum Tentang Anak

Pengertian tentang anak sebenarnya dapat kita temukan dalam berbagai peraturan perundang-undangan, baik nasional maupun universal. Pasal 1 ayat (1) UU No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak memberikan definisi anak sebagai berikut:

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

⁵³ *Fakta dan Data*, (<http://www.komnspa.or.id/fakta.asp?p=98>). 18 Oktober 2008.

⁵⁴ M. Joni, *Transkrip Talkshow Delik*, 13 Oktober 2003.

(<http://www.pemantauperadilan.com/delik/12-PENGADILAN%20ANAK.pdf>). 20 Oktober 2008.

Batasan usia anak sebagaimana tersebut di dalam UU No. 23 Tahun 2002 dapat menjadi bermakna lain apabila dikaitkan dengan batasan usia boleh kawin berdasarkan UU No. 1 Tahun 1974. Sebab berdasarkan Pasal 7 UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, status anak dapat berubah menjadi dewasa karena melaksanakan perkawinan meski usia masih atau di bawah 18 tahun. Selengkapnya pasal 7 UU No. 1 Tahun 1974 tersebut menyatakan sebagai berikut:

Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas) tahun.

Dalam hal penyimpangan terhadap ayat (1) pasal ini dapat meminta dispensasi kepada Pengadilan atau pejabat lain yang ditunjuk oleh kedua orang tua pihak pria maupun pihak wanita.

Pemahaman atas kedewasaan anak dengan memakai parameter usia, sebenarnya sesuatu yang lumrah, termasuk yang dipergunakan di dalam KUH Perdata dan KHI. Agama Islam sebagai agama mayoritas di Indonesia mengenal batas usia 12 tahun atau telah akil baliq sebagai indikasi telah dewasa. Demikian pula di dalam hukum adat Indonesia mengenal perkawinan anak-anak dalam bilangan usia yang sangat muda. Parameter telah akil baliq terutama bagi seorang perempuan sehingga dikategorikan dewasa, dapat dikatakan sungguh membawa dilemma tersendiri. Hal ini dikarenakan meski secara biologis sudah dapat dikatakan dewasa, namun secara psikis sebenarnya belum siap disebut dewasa dalam arti yang sepenuhnya.

Kasus terbaru di Indonesia sehingga melibatkan pembicaraan yang berkepanjangan hingga kini adalah, perkawinan siri antara Syekh Puji seorang pengusaha kaya dan poligamis berusia diatas 40 tahun dengan Ulfa seorang gadis berusia 12 tahun dan masih duduk di bangku Sekolah Dasar. Perkawinan tersebut dianggap telah melanggar berbagai peraturan perundang-undangan nasional, meskipun fikih Islam memperbolehkan dan menyatakan sah perkawinan tersebut. Berbagai kalangan menyatakan keberatan atas perkawinan tersebut, dan di

antaranya datang dari tokoh Islam, Majelis Ulama Indonesia, dan juga Komisi Nasional Perlindungan Anak.⁵⁵

Kepentingan perlindungan terhadap anak sehingga melahirkan pengertian anak berdasarkan parameter usia 18 (delapan belas) tahun, dapat dikatakan saat ini merupakan kesepakatan paling rasional yang dapat dipertanggungjawabkan. Secara universal angka 18 tahun dapat diterima oleh banyak kalangan sebagaimana tertera di dalam Konvensi Hak-Hak Anak Sedunia:

Anak adalah setiap manusia yang berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun, kecuali berdasarkan yang berlaku bagi anak tersebut ditentukan bahwa usia dewasa dicapai lebih awal.

Demikian pula di dalam Pasal 1 ayat (5) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia, yang menyatakan sebagai berikut:

Anak adalah setiap manusia yang berusia di bawah 18 (delapan belas) tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih berada di dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya.

Bahkan pengakuan perlindungan anak dapat dikatakan juga telah menjadi pemikiran umat manusia berabad-abad lampau. Kenyataan ini dapat ditelusuri dari kemunculan Pasal 2 KUH Perdata yang menyebutkan sebagai berikut:

Anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan, dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana juga kepentingan si anak menghendaknya.

Rasionalitas pengertian anak sebagaimana tercantum di dalam berbagai perundang-undangan, dan keseluruhannya mengacu pada parameter usia, tentu saja harus diterima dalam logika manusia. Sebagai contoh penggunaan parameter usia 12 tahun di dalam fikih, tentunya sangat logis dimana pada usia tersebut umumnya manusia terutama perempuan akil baliq. Di dalam kondisi demikian secara biologis alat reproduksi manusia mulai bekerja, sehingga manusia yang bersangkutan berdasarkan fitrahnya memiliki potensi dorongan yang mengarah pada perkawinan.

Oleh karena suatu perkawinan lazimnya merupakan aktivitas manusia dewasa, maka meskipun usia seseorang berdasarkan parameter perundang-

⁵⁵ Sariyanti, *Mengkaji Legalitas Perkawinan Syekh Puji dan Lutfiana Ulfa*, (<http://news.uui.ac.id/index.php/archives/251>), 27 Nov 2008.

undangan belum dinyatakan dewasa, harus dinyatakan dewasa apabila telah melangsungkan perkawinan.

3.4 Pemahaman Umum Tentang Perlindungan Anak

Sebelumnya telah disinggung tentang pengertian anak dengan memakai parameter sebelum usia 18 tahun, sehingga anak yang di dalam kandunganpun sudah masuk kategori mendapat perlindungan. Namun demikian patut untuk dipahami bahwa maksud perlindungan anak di dalam kandungan, adalah berkorelasi dengan maksud Pasal 2 KUH Perdata, yang menyatakan: “Anak yang ada dalam kandungan seorang perempuan, dianggap sebagai telah dilahirkan, bilamana juga kepentingan si anak menghendaknya. Mati sewaktu dilahirkan, dianggaplah ia tak pernah telah ada”. Pasal 1 ayat (2) UU No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, memberikan batasan perlindungan anak sebagai berikut:

Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Penjelasan otentik UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak lebih lanjut menyatakan, bahwa upaya perlindungan terhadap anak harus dilaksanakan sedini mungkin. Bentuk perlindungan sudah wajib diberikan sejak anak masih di dalam kandungan hingga berusia 18 tahun. Harapan yang hendak diraih dengan bentuk perlindungan dalam rentang waktu cukup panjang ini adalah, adanya suatu formulasi perlindungan anak secara utuh dan komprehensif. Sebagaimana telah disinggung terdahulu, bahwa bentuk perlindungan anak diekspresikan melalui suatu rumusan hak-hak anak dan kewajiban orangtua. Atau dapat dikatakan bahwa kekuasaan orangtua terhadap anak, diekspresikan di dalam sejumlah hak-hak anak dan kewajiban orangtua. Di dalam konsep perlindungan anak secara universal, maka hak anak akan lebih dominan dibandingkan dengan kewajiban anak. Hak Anak berdasarkan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, tercantum pada Pasal 4 sampai dengan Pasal 18, sebagai berikut:

Pasal 4

Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Pasal 5

Setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewarganegaraan.

Pasal 6

Setiap anak berhak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir dan berekspresi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya, dalam bimbingan orang tua.

Pasal 7

Ayat (1): Setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri.

Ayat (2): Dalam hal karena suatu sebab orang tuanya tidak dapat menjamin tumbuh kembang anak, atau anak dalam keadaan terlantar maka anak tersebut berhak diasuh atau diangkat sebagai anak asuh atau anak angkat oleh orang lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pasal 8

Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual dan sosial.

Pasal 9

Ayat (1) Setiap anak berhak memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya.

Ayat (2) Selain hak anak sebagaimana dimaksud pada ayat (1), khusus bagi anak yang menyandang cacat juga berhak memperoleh pendidikan luar biasa, sedangkan bagi anak yang memiliki keunggulan juga berhak mendapatkan pendidikan khusus.

Pasal 10

Setiap anak berhak menyatakan dan didengar pendapatnya, menerima, mencari, dan memberi informasi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya demi pengembangan dirinya sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan dan kepatutan.

Pasal 11

Setiap anak berhak untuk beristirahat dan memanfaatkan waktu luang, bergaul dengan anak yang sebaya, bermain, berekreasi, dan berkreasi dengan minat, bakat dan tingkat kecerdasannya demi pengembangan diri.

Pasal 12

Setiap anak yang menyandang cacat berhak memperoleh rehabilitasi, bantuan sosial, dan pemeliharaan taraf kesejahteraan sosial.

Pasal 13

Ayat (1): Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali atau pihak manapun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan: diskriminasi, eksplotasi baik ekonomi maupun sosial, penelantaran, kekejaman kekerasan penganiayaan, ketidakadilan dan perlakuan salah lainnya.

Ayat (2): Dalam hal orang tua, wali atau pengasuh anak melakukan segala bentuk perlakuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), maka pelaku dikenakan pemberatan hukuman.

Pasal 14

Setiap anak berhak untuk diasuh oleh orang tuannya sendiri, kecuali jika ada alasan atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.

Pasal 15

Setiap anak berhak memperoleh perlindungan dari: penyalahgunaan dalam kegiatan politik, pelibatan dalam sengketa bersenjata, pelibatan dalam kerusuhan sosial, pelibatan dalam peristiwa yang mengandung unsur kekerasan, dan pelibatan dalam peperangan.

Pasal 16

Ayat (1): Setiap anak berhak memperoleh perlindungan dari sasaran penganiayaan, penyiksaan atau penjatuhan hukuman yang tidak manusiawi.

Ayat (2): Setiap anak berhak untuk memperoleh kebebasan sesuai dengan hukum.

Ayat (3): Penangkapan, penahanan, atau tindak pidana penjara anak hanya dilakukan apabila sesuai dengan hukum yang berlaku dan hanya dapat dilakukan sebagai upaya terakhir.

Pasal 17

Ayat (1) Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak untuk: (a) mendapatkan perlakuan secara manusiawi dan penempatannya dipisah dari orang dewasa; (b) memperoleh bantuan hukum atau bantuan lainnya secara efektif dalam setiap tahapan upaya hukum yang berlaku; (c) membela diri dan memperoleh keadilan di depan pengadilan anak yang obyektif dan tidak memihak dalam sidang tertutup untuk umum.

Ayat (2): Setiap anak yang menjadi korban atau pelaku kekerasan seksual atau yang berhadapan dengan hukum berhak dirahasiakan.

Pasal 18

Setiap anak yang menjadi korban atau pelaku tindak pidana berhak mendapat bantuan hukum atau bantuan lainnya.

3.5 Kekuasaan Orangtua dan Perlindungan Anak

Mengacu pada KHI, kekuasaan orangtua terhadap anak dan lebih dipahami sebagai hak pemeliharaan anak (*hadonah*), beranjak pada batasan usia 12 tahun atau anak belum *mumayyiz*. Meskipun Pasal 105 KHI secara eksplisit memberikan *hadonah* kepada ibunya, namun harus diinterpretasikan bukan sebagai ketentuan yang tidak dapat dikesampingkan. Berdasarkan pemahaman demikian, maka Pasal 105 KHI cenderung selaras dengan UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Orangtua yang terdiri atas bapak ataupun ibu memiliki hak yang setara sebagai orangtua untuk mengasuh, memelihara, merawat serta melindungi hak-hak anak. Dengan demikian yang lebih dipentingkan di dalam kekuasaan orangtua adalah kemampuan orangtua untuk mengasuh dan memelihara anak.

Praktek hukum di Indonesia hingga kini masih tampaknya menunjukkan, tidak adanya perhatian orangtua terhadap pendapat anak, manakala orangtuanya melakukan proses perceraian di pengadilan, baik di dalam cerai gugat maupun talak. Demikian pula hakim yang mengadili perkara tidak pernah minta pendapat anak atau mendalami kehendak anak. Padahal di dalam UU No. 23 Tahun 2002, dan Konvensi PBB tentang Hak Anak (KHA) mengenal prinsip penghargaan pendapat anak. Pasal 2 UU No. 23 Tahun 2002 sesungguhnya telah mengatur tentang penghargaan terhadap anak. Seto Mulyadi sebagai Ketua KNPA menegaskan pentingnya penghargaan terhadap pendapat anak, antara lain mengatakan, "...Anak-anak itu berhak dimintai pendapatnya berkaitan dengan nasib dan masa depannya. Partisipasi ini hak dasar, harus diberikan kepada anak dalam setiap situasi".⁵⁶

Berbagai perkara perebutan kekuasaan orangtua terhadap anak, di dalam kasus perceraian di Pengadilan Agama, dapat dikatakan memiliki dasar berpikir orangtua secara subyektif oleh bapak atau ibu. Kenyataan ini tentu saja sangat bertolak belakang dengan konsep perlindungan, pengasuhan, dan pemeliharaan anak, yang dikembangkan berdasarkan pemikiran "kepentingan terbaik bagi

⁵⁶ Majalah Tempo, Edisi 6-12 Maret 2008, hal.40.

anak”. Integritas pertumbuhan dan perkembangan anak tidak dapat dinilai hanya berdasarkan fisik-biologis saja, namun mencakup juga persoalan psikologis, mental, dan pikiran anak.⁵⁷

Oleh karena itu adanya perebutan kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian, di dalam bentuk atau bagaimanapun, akan dapat merusak integritas anak yang harusnya berlangsung secara wajar. Nasib buruk akan semakin menimpa anak manakala proses perebutan bermuara pada pertikaian, sengketa, dan perbuatan pidana. Tampaknya masing-masing orangtua tidak terlalu mempertimbangkan implikasi dari perseteruan terhadap integritas fisik, mental anak, dan pikiran anak. Orangtua pada umumnya merasa superior tanpa memikirkan jaminan terhadap hak anak untuk tumbuh dan berkembang secara wajar. Orangtua pada umumnya tidak sadar telah mencederai hak privasi anak sebagai subyek hukum yang dijamin Negara dan Konvensi Hak Anak Universal, meskipun anak masih dalam penguasaan orang tua.

Konvensi Hak Anak PBB sebenarnya telah memposisikan peran penting orangtua dalam memastikan realisasi hak-hak anak, sebagaimana tercantum di dalam Pasal 5, 9, 12, 14, dan 18. Pasal 5 Konvensi Hak Anak telah menggariskan peran orangtua, yakni pengarahan (*direction*) dan panduan (*guidance*) pelaksanaan Konvensi Hak Anak sesuai dengan kemampuan anak. Untuk melaksanakan peran orangtua tersebut, Negara harus mengupayakan hal terbaik agar orangtua bersedia memikul tanggungjawab bersama untuk membesarkan dan mengembangkan anak. Selanjutnya Pasal 12 Konvensi Hak Anak, menyatakan bahwa semua pihak harus menjamin hak anak berpendapat (*opinion of the child*) dan pandangan anak (*view of the child*) secara bebas dalam segala masalah (*all matters*). Namun pandangan anak itu bukan dikelolanya sendiri secara supra liberal, namun pemberian hak berpendapat yang bebas dan tidak terjajah itu dilaksanakan dengan mempertimbangkan 2 kriteria kembar, yakni: umur (*age*) dan kematangan anak (*maturity*).

⁵⁷ Muhammad Joni, *Hak Pemeliharaan Anak, Piala Bergilir? (Superior Orang Tua Vs Evolving Capacity Anak)*, (<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=15644&cl=Kolom>). 24 Oktober 2006.

Kualitas orangtua dapat dikatakan sangat menentukan bobot perilaku orangtua dalam menerapkan hak-hak anak sesuai dengan perkembangan kemampuan anak. Integritas fisik, psikis, dan pikiran anak tergantung pula secara signifikan dari kapasitas orang tua. Pemberian hak kepada anak di dalam perspektif Konvensi Hak Anak tidak dimaksudkan membebaskan orangtua dari pengarahan dan panduan terhadap anak. Segenap hak anak hendaknya diarahkan dengan pertimbangan berdasarkan proses alamiah anak.

3.6 Ringkasan Dari Putusan Pengadilan Agama

Di dalam kejadian yang sesungguhnya di masyarakat, persoalan kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian, menunjukkan adanya perbedaan putusan hakim. Dalam kesempatan ini akan ditampilkan 2 (dua) putusan atas kasus yang telah memiliki kekuatan hukum tetap melalui putusan Mahkamah Agung. Pada kasus pertama dihasilkan putusan yang memenangkan bapak, sehingga kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian jatuh pada bapak. Sedangkan pada kasus kedua dihasilkan putusan yang memenangkan ibu sehingga kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian jatuh pada ibu.

3.6.1 Putusan Kasus Perebutan Kekuasaan Orangtua Terhadap Anak Pasca Perceraian Yang Dimenangkan Bapak

KASUS POSISI Putusan Tinggi Agama No. 40/Pdt.G/1997/PTA/JK

- Bahwa A seorang laki-laki (suami) menggugat cerai B seorang perempuan (istri) dengan alasan sudah tidak terdapat kecocokan dalam hidup berumah tangga.
- Bahwa hasil perkawinan antara A dan B telah menghasilkan 1 (satu) anak C perempuan berusia 8 (delapan).
- Bahwa A menuntut agar hak pemeliharaan anak C jatuh ke tangannya..

PUTUSAN HAKIM

- Bahwa hakim telah memeriksa para pihak yang sedang berperkara dan juga saksi-saksi sebagai alat bukti.
- Bahwa hakim berpendapat meski Kompilasi Hukum Islam menyatakan anak yang belum *mumayyiz* berada didalam asuhan ibunya, tetapi dapat disimpangi jika kemaslahatan anak akan lebih baik di tangan bapaknya.
- Bahwa hakim berpendapat bapak tetap bapak dan ibu tetap ibu bagi anak-anaknya. Oleh karena itu perlu waktu berkunjung bagi ibu kepada anaknya.

3.6.2 Putusan Kasus Perebutan Kekuasaan Orangtua Terhadap Anak Pasca Perceraian Yang Dimenangkan Ibu

KASUS POSISI Putusan Tinggi Agama No. 115/Pdt.G/2006/PTA/JK

- Bahwa A seorang perempuan (istri) menggugat cerai B seorang laki-laki (suami) dengan alasan sudah tidak terdapat kecocokan dalam hidup berumah tangga.
- Bahwa hasil perkawinan antara A dan B telah menghasilkan 2 (dua) anak masing-masing C laki laki berusia 8 (delapan) tahun, dan D perempuan berusia 6 (enam) tahun.
- Bahwa A menuntut agar hak pemeliharaan anak C dan D jatuh ke tangannya dan B diwajibkan menanggung biaya pemeliharaan..

PUTUSAN HAKIM

- Bahwa hakim telah memeriksa para pihak yang sedang berperkara dan juga saksi-saksi sebagai alat bukti.
- Bahwa hakim berpendapat sesuai dengan Kompilasi Hukum Islam, anak yang belum *mumayyiz* berada didalam asuhan ibunya
- Bahwa hakim berpendapat bapak tetap bapak dan ibu tetap ibu bagi anak-anaknya. Oleh karena itu perlu diatur waktu berkunjung bagi bapak kepada anak-anaknya.

Berdasarkan dua contoh kasus tersebut ternyata hakim di dalam pertimbangan putusannya, sangat menjunjung prinsip “yang terbaik bagi kepentingan anak”. Di dalam kasus pertama hakim memutuskan bahwa anak yang belum *mumayyiz*, dimana menurut KHI hak pemeliharaan anak seharusnya jatuh ke ibu ternyata jatuh ke tangan bapak dengan pertimbangan demi kemaslahtan anak. Hak ibu berdasarkan konsep *mumayyiz* dapat disimpangi karena terbukti ibu suka mabuk dan jarang pulang ke rumah. Sedangkan pada kasus kedua adalah sesuai dengan KHI, maka hak pemeliharaan kedua anaknya jatuh ke tangan ibunya.

