

**PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS
PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA
PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK
(Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)**

T E S I S

Untuk Memenuhi Sebagian Persyaratan Mencapai
Derajat Magister Program Studi Ilmu Hukum
Minat Utama : Hukum dan Kebijakan Publik



Oleh :

**AGNES HARI NUGRAHENI
NIM. S. 310907003**

**PROGRAM PASCASARJANA ILMU HUKUM
UNIVERSITAS SEBELAS MARET
SURAKARTA**

2009

commit to user

**PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS
PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA
PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK
(Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)**

**Disusun Oleh:
AGNES HARI NUGRAHENI
NIM. S.310907003**

Telah Disetujui Oleh Tim Pembimbing

Dewan Pembimbing

Jabatan	Nama	Tanda Tangan	Tanggal
Pembimbing I :	Prof.Dr.Hartiwiningsih,SH.,M.Hum. NIP. 195702031985032001	-----	-----
Pembimbing II :	Moh. Jamin,SH.,M.Hum. NIP. 196109301986011001	-----	-----

Mengetahui/menyetujui

Ketua Program Pasca Sarjana Ilmu Hukum

**Prof.Dr.H.Setiono, SH.,MS.
NIP. 194405051969021001**

commit to user

**PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS
PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA
PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK
(Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)**

**Disusun Oleh:
AGNES HARI NUGRAHENI
NIM. S.310907003**

Telah Disetujui Oleh Tim Penguji

Jabatan	Nama	Tanda Tangan	Tanggal
Ketua	Prof.Dr.H.Setiono, SH., MS. NIP. 194405051969021001	-----	-----
Sekretaris	Dr.I.Gusti Ayu Ketut R.H., SH.,MM. NIP. 197210082005012001	-----	-----
Anggota 1.	Prof.Dr.Hartiwiningsih,SH.,M.Hum. NIP. 195702031985032001	-----	-----
	2. Moh. Jamin, SH., M.Hum. NIP. 196109301986011001	-----	-----

Mengetahui,

Ketua Program Studi Ilmu Hukum	Prof.Dr.H. Setiono, SH.,MS. NIP. 194405051969021001	-----	-----
Direktur Program Pasca Sarjana	Prof. Drs. Suranto, M.Sc, Ph.D. NIP. 195708201985031004	-----	-----

commit to user

PERNYATAAN

Yang menyatakan di bawah ini :

Nama : **AGNES HARI NUGRAHANI**

NIM : **S. 310907003**

Menyatakan dengan sesungguhnya bahwa tesis berjudul “ **PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK (Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)**” adalah betul-betul karya sendiri. Hal-hal yang bukan karya saya, dalam tesis tersebut diberi tanda *citasi* dan ditunjukkan dalam daftar pustaka.

Apabila di kemudian hari terbukti pernyataan saya tidak benar, maka saya bersedia menerima sanksi akademik berupa pencabutan tesis dan gelar yang saya peroleh dari tesis tersebut.

Surakarta, Nopember 2009

Yang membuat pernyataan,

AGNES HARI NUGRAHANI

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur penulis panjatkan ke hadirat Tuhan Yang Maha Pengasih yang telah melimpahkan rahmatnya, sehingga Penulis dapat menyelesaikan tugas akhir tesis dengan judul: **PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK (Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)** Tesis ini merupakan syarat kelulusan untuk memperoleh gelar Master Hukum pada Program Magister Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta, disamping merupakan sumbangan pemikiran penulis terhadap masalah-masalah hukum perdata yang mengandung muatan hukum kebijakan publik. Keberhasilan penulisan tesis ini tidak terlepas dari dorongan dan petunjuk serta arahan Ibu Prof. Dr. Hartiwiningsih., SH., M.Hum. (Dosen Pembimbing I) dan Bapak Moh. Jamin, SH., M.Hum., (Dosen Pembimbing II).

Sejak awal hingga akhir studi di Magister Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta, Penulis menerima banyak sekali bantuan dari berbagai pihak. Oleh karena itu pada kesempatan ini perkenankanlah Penulis mengucapkan penghargaan dan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada:

1. Bapak Prof. Dr. dr. H. Much. Syamsul Hadi, Sp.KJ (K) selaku Rektor Universitas Sebelas Maret Surakarta.
2. Bapak Prof. Drs. Suranto, M.Sc, Ph.D, selaku Direktur Program Pascasarjana Universitas Sebelas Maret Surakarta.
3. Bapak Moh. Jamin, SH., M.Hum., selaku Dosen Pembimbing II yang juga selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret Surakarta. .
4. Bapak Prof. Dr. H. Setiono, SH., MS., selaku Ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret
5. Ibu Prof. Dr. Hartiwiningsih., SH., M.Hum. selaku Sekretaris Program Studi Magister Ilmu Hukum Universitas Sebelas Maret sekaligus selaku Dosen Pembimbing I.

commit to user

6. Bapak Prof. Dr. Adi Sulistiyono, SH., MH., Ibu Prof. Dr. Mumpuni, SH., MS., Bapak Prof. Dr. Jamal Wiwoho, SH., MH., Ibu Dr. I. Gusti Ayu Ketut R.H., SH., MM., Bapak Prasetyo Hadi Purwandoko, SH., MS., Bapak Joko Poerwono, SH., MS. dan semua dosen yang tidak bisa Penulis sebut namanya satu persatu atas kuliah-kuliah yang sangat menarik dan membuka wawasan Penulis.
7. Bapak Ketua Pengadilan Negeri Amlapura yang telah memberikan izin dalam melakukan penelitian di Pengadilan Negeri Amlapura.
8. Ibu Tenny Erma Suryathi, Hakim pada Pengadilan Negeri Amlapura yang telah banyak membantu dalam penelitian ini.
9. Bp. I Nyoman Suartana, Panitera/Sekretaris pada Pengadilan Negeri Amlapura yang telah memfasilitasi untuk mendapatkan data dan informasi.
10. Mas Reno, Mbak Leli dan Mas Yoyok yang banyak membantu dan memberikan berbagai informasi.
11. Ayah dan ibu mertua tercinta yang senantiasa mengalirkan doa dan restu meskipun dalam keadaan sakit tetap konsisten merestui studi dan karir penulis.
12. Suamiku tercinta, Lucius Sunarno yang dengan tekun dan memberikan dorongan untuk menyelesaikan penulisan tesis ini secara bersama-sama.
13. Semua pihak yang tidak dapat disebutkan satu-persatu, yang telah memberikan informasi dan kelancaran penulisan tesis ini.

Penulis menyadari, karena keterbatasan kemampuan pada diri penulis, tesis ini masih jauh dari sempurna. Oleh karena itu penulis sangat mengharapkan kritik serta saran yang membangun guna sempurnanya penulisan ini. Penulis sebagai manusia yang tidak lepas dari khilaf dan salah, apabila dalam tulisan ini maupun dalam proses interaksi ada kata-kata atau perbuatan yang kurang berkenan di hati, dengan penuh kerendahan hati, penulis mohon maaf. Semoga penulisan ini bermanfaat.

Surakarta, Nopember 2009

commit to user

Penulis

ABSTRAK

Agnes Hari Nugraheni, S.310907003. 2009. PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK (Studi kasus di Pengadilan Negeri Amlapura).

Tesis : Program Pasca Sarjana Universitas Sebelas Maret Surakarta.

Penelitian ini bertujuan Untuk mengetahui pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian apakah telah sesuai dengan tujuan perlindungan dan kesejahteraan anak dan untuk mengetahui kesulitan-kesulitan yang ditemui hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan perwalian anak dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak pada perkara perceraian.

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum non-doktrinal, sedangkan dilihat dari sifatnya termasuk penelitian yang deskriptif kualitatif yakni penelitian untuk memberikan data seteliti mungkin dengan mendeskripsikan pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian. Konsep Hukum yang digunakan adalah konsep hukum ke-3 yakni apa yang diputuskan oleh hakim *in concreto* dan tersistematisasi sebagai *judge made law*, penelitian yang mengkaji *court behavior*. Lokasi penelitian di Pengadilan Negeri Amlapura. Sumber datanya berupa data primer diperoleh dari keterangan dan penjelasan yang diberikan para responden / nara sumber dan data sekunder melalui studi kepustakaan. Selanjutnya data dianalisis secara induktif. Analisa dilakukan secara kualitatif dengan menggunakan teknik interpretasi.

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan diperoleh kesimpulan bahwa Pertimbangan Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian tidak sesuai dengan tujuan perlindungan anak dan kesejahteraan anak dikarenakan pengaruh sistem kekerabatan di Bali pada umumnya, khususnya Hukum Adat di wilayah Amlapura yang menganut sistem ke bapa-an (*Vaderrechtelijk*) sehingga memberikan pengaruh pada sikap hakim dalam mengambil putusan. Pertimbangan Hakim Pengadilan Negeri Amlapura tidak memberikan pertimbangan yang mendalam mengenai : Kepentingan terbaik anak dan hak anak untuk mendapatkan kesejahteraan dan oleh karena pengaruh hukum adat yang kuat sehingga hakim menemui kesulitan dalam memberikan pertimbangan dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak serta kesulitan mendapatkan referensi yang akurat tentang para pihak.

Rekomendasi yang diberikan adalah perlu adanya sosialisasi kepada masyarakat di Bali khususnya di Amlapura agar ketentuan mengenai kepentingan terbaik anak dan kesejahteraan anak dalam menetapkan perwalian karena perceraian lebih diutamakan

commit to user

ABSTRACT

Agnes Hari Nugraheni, S.310907003. 2009. THE CONSIDERATION OF JUDGES PERMANENTLY CONFIRMING THE STATUS OF CHILD'S GUARDIAN ON THE DIVORCE CASE FOR CUSTODY AND WELFARE (A case study in Amlapura State Court)

Thesis: Graduate Program of Sebelas Maret University of Surakarta.

This research is intended to find out the judge's consideration in Amlapura State Court in confirming the status of child's guardian on divorce cases whether it is in accordance to the purpose of his custody and welfare as well as to find out the difficulties the judges meet in Amlapura State Court in confirming the child's guardian for his custody and welfare in the divorce cases.

This research uses the type of non-doctrinal law, while as seen from the nature it belongs to descriptive-qualitative, that is, the one presenting the most possibly detailed data by describing the whole considerations of the judges in Amlapura State Court in confirming the status of guardian of the child on divorce cases. The law concept used in this research is the third law concept, that is, what is confirmed and systematized by the inconcreto judge is judge made law, therefore discussing the court behavior. The location of this research takes place in Amlapura State Court. The data source takes the form of primary data gained from the information and explanation given by the respondent/sources and secondary data through book survey, then they are inductively analyzed. The analysis is done qualitatively using the technique of interpretation.

Based on the result of the research and discussion, it is concluded the judges' considerations on confirming the status of the child's guardian in Amlapura State Court in the divorce case are not in accordance with the purpose of the child's custody and welfare due to the influence of the kinship system in Bali in general and especially the customs law running in the region of Amlapura which strongly holds the fatherhood system (*vaderrechtelijk*) and furthermore significantly influences the judges' behavior in their legal decision making. The considerations of the Amlapura State Court judges do not cautiously and deeply present: The best interest and right of the child / children to get his /their welfare and due to the strong influence of the customs law so that the judges find their difficulties of giving their consideration to give the child's legal custody and welfare as well as they are in difficulties of discovering accurate references from each side.

It is therefore recommended that socialization to the Balinese societies, especially the one in Amlapura be given in order that the decisions on the child's best interest and welfare to confirm their guardian due to the divorce case must be preferable.

commit to user

DAFTAR ISI

	Hlm.
Halaman Judul	i
Halaman Pengesahan	ii
Halaman Pengesahan	iii
Pernyataan	iv
Kata Pengantar	v
Absrak	vii
Abstract	viii
Daftar isi	ix
Daftar Tabel	xiii
Daftar Gambar	xiv
BAB I: Pendahuluan	1
A. Latar Belakang	1
B. Perumusan masalah	11
C. Tujuan Penelitian	12
D. Manfaat Penelitian	12
BAB II: Landasan Teori	13

commit to user

A. Kajian Teori	13
1. Teori Kebijakan Publik (<i>Public Policy</i>)	13
2. Teori Bekerjanya Hukum	21
3. Teori Positivisme Hukum	27
4. Teori <i>Sociological Jurisprudence</i>	30
5. Pendekatan Hukum Perilaku (<i>Behavioral Jurisprudence</i>)	32
a. Pendekatan behavioral Jurisprudence	32
b. Hakim dan masalah keadilan dan kepastian hukum	41
6. Teori Interpretasi (penafsiran)	44
7. Perwalian dan Perlindungan Kesejahteraan Anak	48
a. Perwalian Anak	48
1) Kekuasaan orang tua	48
2) Perwalian	50
b. Perlindungan Kesejahteraan Anak	53
1) Pengertian Anak	53
2) Hak Anak berdasarkan Undang-Undang No. 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak	55
3) Hak Anak berdasarkan Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan anak	56
B. Penelitian Terdahulu	60
C. Kerangka Pemikiran	62
BAB III Metode Penelitian	65
A. Karakteristik Penelitian	65

B. Lokasi Penelitian	66
C. Sumber Data	67
D. Teknik Pengumpulan Data	68
E. Teknik Sampling / Penentuan Responden	68
F. Tehnik analisis Data	69
BAB IV Hasil Penelitian dan Pembahasan	71
A. Hasil Penelitian	71
1. Organisasi dan Tata Laksana	71
2. Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam pertimbangannya memberikan penetapan hak perwalian anak karena perceraian kepada ayahnya	74
a. Maksud pertimbangan hakim	74
b. Proses pertimbangan hakim	77
3. Pertimbangan Hakim dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian	83
a. Bentuk pertimbangan hakim	83
4. Kesulitan yang ditemui hakim Pengadilan Negeri amlapura dalam Menetapkan status perwalian anak karena perceraian	93
a. Proses penegakan hukum di Pengadilan	93
b. Penetapan hak Perwalian Anak	96
B. Pembahasan	98
1. Analisis mengapa hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam pertimbangannya memberikan penetapan hak perwalian anak karena perceraian kepada ayahnya	98
a. Pendekatan Sosiopsikologis	103
b. Pendekatan Psikokultural	108
c. Pendekatan Sosiokultural	112

commit to user

2. Analisis pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian dari perspektif perlindungan dan kesejahteraan anak	114
a. Pertimbangan rasa keadilan	114
b. Aspek perlindungan dan kesejahteraan anak	119
3. Kesulitan-kesulitan yang ditemui hakim dalam menetapkan perwalian anak dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak	126
a. Kesulitan mempertimbangkan rasa keadilan demi kepentingan terbaik anak dan terjaminnya kesejahteraan anak karena pengaruh dari hukum adat yang kuat	126
1) Kepentingan terbaik anak	126
2) Kesejahteraan anak	131
a. Kesulitan mendapatkan referensi yang akurat dari masing-masing pihak	133
BAB V Penutup	136
A. Kesimpulan	136
B. Implikasi	137
C. Saran	137
DAFTAR PUSTAKA	xv
DAFTAR LAMPIRAN	xix
1. Surat Keterangan Penelitian dari Pengadilan Negeri Amlapura	

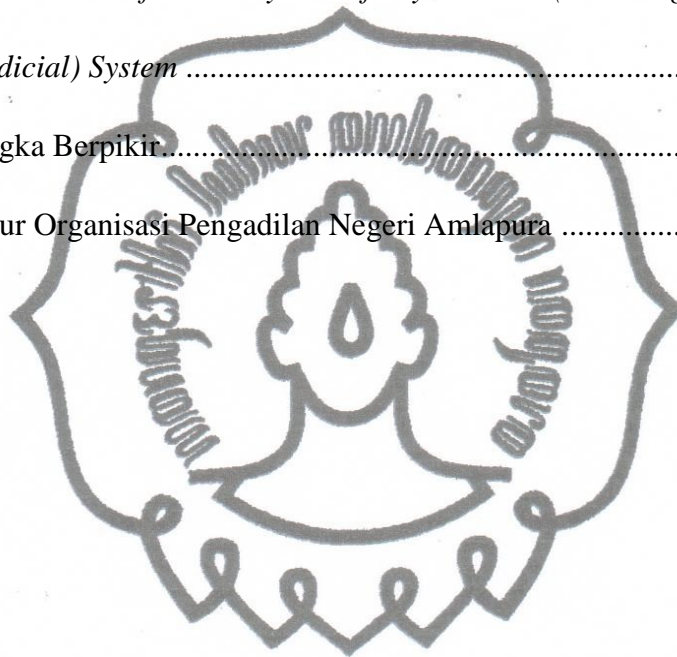
DAFTAR TABEL

Tabel I	: Jenis Perkara Perdata Gugatan yang ditangani Pengadilan Negeri Amlapura Tahun 2008	71
Tabel II	: Perkara Gugatan Perceraian yang mohon ditetapkan perwalian atas anak pada Pengadilan Negeri Amlapura	72



DAFTAR GAMBAR

	Hal.
1. Bekerjanya Hukum	21
2. <i>Behavioral View of the Subsystem of any Political (Including any Judicial) System</i>	35
3. Kerangka Berpikir.....	64
4. Struktur Organisasi Pengadilan Negeri Amlapura	71



commit to user

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkawinan sebagai sarana bersatunya dua manusia laki-laki dan perempuan dalam membangun rumah tangga yang sejahtera juga dimaksudkan untuk mendapatkan keturunan yang sah menurut hukum. Anak yang lahir dari buah cinta kasih yang dikat secara hukum dalam bentuk perkawinan adalah anugerah. Anak adalah amanat sekaligus karunia Tuhan Yang Maha Esa yang harus dijaga karena dalam dirinya melekat harkat, martabat dan hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi dan diberi perlindungan. Hak anak dilindungi oleh undang-undang sebagai landasan yuridis bagi pelaksanaan kewajiban dan tanggungjawab orang tua, masyarakat dan negara. Konvensi Perserikatan Bangsa-bangsa yang melindungi hak anak dan salah satu bagian dari instrumen internasional yang luas dan telah ditandatangani oleh 190 negara. Dengan demikian anak sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa memiliki hak asasi sejak ia dilahirkan. Berkenaan dengan upaya perlindungan dan menjamin hak anak tersebut maka Indonesia telah meratifikasi Konvensi Hak Anak tersebut dengan Keputusan Presiden Nomor 36 tahun 1990, dimana dalam Konvensi Hak Anak tersebut telah memerinci kewajiban Negara Pihak untuk memenuhi hak anak yang dikelompokkan ke dalam 5 kelompok. *Pertama*, hak dan kebebasan sipil, *Kedua*, lingkungan keluarga dan pemeliharaan alternatif, *Ketiga*, kesehatan dan kesejahteraan dasar, *Keempat*, pendidikan, kegiatan liburan, dan budaya, *Kelima*, perlindungan khusus.

Secara individu seorang anak adalah belum matang baik secara fisik maupun psikis, hal ini sesuai dengan penjelasan pasal 5 ayat (3) Undang-undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yaitu, seorang anak digolongkan dalam kelompok rentan / rawan. Dimana dalam kelompok rentan tersebut anak adalah tergolong yang paling rentan terhadap berbagai proses yang sedang berlangsung, untuk itu seorang anak harus dijamin hak hidupnya untuk dapat tumbuh dan berkembang sesuai dengan fitrah dan kodratnya. Hal ini merupakan komitmen bangsa bahwa menghormati, memenuhi, dan menjamin hak anak adalah tanggungjawab negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua.

Untuk menjamin kesejahteraan dan perlindungan terhadap anak Pemerintah Indonesia telah mengundang Undang-undang Nomor 4 tahun 1974 tentang Kesejahteraan Anak dan

Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Undang-Undang Perlindungan Anak ini mewujudkan upaya pemenuhan hak-hak anak agar mereka dapat hidup, tumbuh dan berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berakhlak mulia, dan sejahtera.

Perlindungan anak perlu dilaksanakan sedini mungkin, yakni sejak dari janin dalam kandungan sampai anak berumur 18 (delapan belas) tahun. Perlindungan kepada anak diberikan seutuhnya, menyeluruh dan komprehensif sesuai Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang dilaksanakan berdasarkan asas-asas sebagai berikut :

1. Non diskriminasi;
2. Kepentingan yang terbaik bagi anak;
3. Hak untuk hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan.
4. Penghargaan terhadap pendapat anak.

Perlindungan anak ditujukan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak, yang telah termuat dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 yaitu, setiap anak berhak untuk hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabatnya, terlindungi dari kekerasan dan diskriminasi, hak atas suatu nama dan status kewarganegaraan, hak untuk beribadah menurut agamanya, berfikir dan berekspresi sesuai tingkat kecerdasan dan usianya, hak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri, termasuk diangkat sebagai anak asuh atau anak angkat oleh orang lain sesuai peraturan perundang-undangan, hak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial sesuai keutuhan fisik, mental, spiritual dan sosial, hak memperoleh pendidikan dan pengajaran untuk pengembangan kepribadian dan tingkat kecerdasannya dan bagi anak cacat berhak memperoleh pendidikan luar biasa, dan anak yang memiliki keunggulan mendapatkan pendidikan khusus, hak untuk memperoleh bantuan hukum dan bantuan lain, karena menjadi korban atau pelaku tindak pidana.

Dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak juga memberikan jaminan hak kepada anak yaitu, anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar, anak berhak atas pelayanan untuk mengembangkan kemampuan dan kehidupan sosialnya, sesuai dengan kebudayaan dan

kepribadian bangsa, untuk menjadi warga negara yang baik dan berguna, anak berhak atas pemeliharaan dan perlindungan, baik semasa dalam kandungan maupun sesudah dilahirkan, anak berhak atas perlindungan terhadap lingkungan hidup yang dapat membahayakan atau menghambat pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar, anak yang tidak mempunyai orang tua berhak memperoleh asuhan Negara atau orang atau badan, anak yang tidak mampu berhak memperoleh bantuan agar dalam lingkungan keluarganya dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar, bantuan dan pelayanan, yang bertujuan mewujudkan kesejahteraan anak menjadi hak setiap anak tanpa membedakan jenis kelamin, agama, pendirian politik dan kedudukan sosial.

Disamping hak-hak anak tersebut, Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, memberikan berkewajiban bagi setiap anak untuk :

1. Menghormati orang tua, wali dan guru.
2. Mencintai keluarga, masyarakat dan menyayangi teman.
3. Menunaikan ibadah sesuai dengan ajaran agamanya.
4. Melaksanakan etika dan ahlak yang mulia.

Orang tua (ayah dan ibu) terhadap anak-anaknya berkewajiban untuk :

- mengasuh, memelihara, mendidik dan melindungi anak;
- menumbuh kembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat dan minatnya; dan mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak.

Disamping itu orang tua bertanggungjawab terhadap kesejahteraan anak, orang tua adalah yang pertama-tama bertanggung jawab atas terwujudnya kesejahteraan anak baik secara rohani, jasmani maupun sosial, orang tua yang terbukti melalaikan tanggung jawabnya tersebut yang mengakibatkan timbulnya hambatan dalam pertumbuhan dan perkembangan anak, dapat dicabut kuasa asuhnya sebagai orang tua terhadap anaknya. Dalam hal ini ditunjuk orang atau badan sebagai wali.

Dengan dipenuhi aspek kesejahteraannya, maka anak akan tumbuh dan berkembang menjadi generasi penerus yang dapat diharapkan sebagai tiang dan pondasi orang tua, keluarga, masyarakat, bangsa dan negara. Menjadi kewajiban bagi orang dewasa baik orang tua, keluarga, masyarakat maupun bangsa untuk memberikan jaminan, memelihara dan mengamankan kepentingan anak karena kewajiban inilah maka yang bertanggung jawab tersebut wajib pula melindunginya dari gangguan-gangguan yang datang dari luar maupun dari anak itu sendiri.

Pengasuhan anak, terutama menjadi kewajiban dan tanggungjawab orang tua di lingkungan keluarga, akan tetapi demi untuk kepentingan kelangsungan tata sosial maupun untuk kepentingan anak itu sendiri, perlu ada pihak yang melindunginya. Apabila orang tua sudah tidak diketahui adanya atau nyata-nyata tidak mampu untuk melaksanakan hak kewajibannya, maka dapatlah pihak lain baik karena kehendak sendiri maupun karena ketentuan hukum disertai hak dan kewajiban itu.¹

Ketentuan mengenai kewajiban dan tanggung jawab orang tua terhadap anak menurut undang-undang perlindungan anak dan undang-undang kesejahteraan anak tersebut sangatlah jelas, bahwa anak sepatasnya mendapatkan perlindungan dari kedua orang tuanya, dan mendapatkan apa yang menjadi hak anak, selain itu orang tua juga mempunyai kewajiban memenuhi apa yang telah tertulis dalam undang-undang perlindungan anak dan undang-undang kesejahteraan anak. Disebutkan di atas bahwa orang tua berkewajiban untuk mengasuh, memelihara, mendidik dan melindungi anak dan bertanggung jawab terhadap terwujudnya kesejahteraan anak baik rohani, jasmani maupun sosial apakah kewajiban dan tanggung jawab tersebut dapat terpenuhi apabila kedua orang tua selalu bertengkar dan menginginkan terjadinya perceraian? Anak dalam kesehariannya akan menderita secara batin, karena tiap hari yang terjadi dirumah adalah mendengarkan kedua orang tuanya bertengkar, kalau terjadi hal seperti itu apa yang tertulis dalam undang-undang perlindungan anak dan undang-undang kesejahteraan anak tidak dilaksanakan oleh orang tua dengan baik.

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.²

Perkawinan merupakan salah satu kebutuhan hidup yang ada dalam masyarakat dan diakui dengan sah oleh seluruh masyarakat, sehingga masalah perkawinan akan selalu merupakan hal yang sangat baik dalam kehidupan nyata ditengah-tengah masyarakat maupun dalam peraturan hukum. Pada prinsipnya tujuan suatu perkawinan yang dilakukan oleh seorang laki-laki dan seorang wanita adalah untuk membentuk suatu rumah tangga keluarga yang kekal dan bahagia dan berlanjut sampai akhir tua hingga dipisahkan oleh kematian.

¹ Abdussalam. 2007. *Hukum Perlindungan Anak*, Restu Agung, Jakarta, 2001, hlm. 24

² Hilman Hadikusumo, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundang-undangan, Hukum Adat, Hukum Agama*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 168

Perlindungan terhadap lembaga perkawinan sebagai lembaga yang sakral mengakibatkan adanya campur tangan Negara dalam masalah perkawinan, melalui banyaknya ketentuan yang mengatur formalitas yang mendahului maupun yang menyertai pelaksanaan perkawinan. Kesemuanya itu menunjukkan bahwa lembaga perkawinan bukan urusan pribadi suami-isteri semata-mata, melainkan juga melibatkan kepentingan umum, itulah sebabnya ada banyak segi publik di dalam ketentuan tentang perkawinan.

Perkawinan menimbulkan hubungan-hubungan hukum dengan akibat-akibat hukum yang kompleks, antara lain timbulnya hubungan-hubungan suami istri, hubungan antara anak dan orang tua, hubungan antara kekayaan perkawinan, dan sebagainya. Hubungan hukum adalah hubungan antara dua/lebih subyek hukum yang menimbulkan hak dan kewajiban.³ Dengan adanya hubungan hukum dan akibat hukum yang kompleks ini sering kali dapat menimbulkan kendala yang kurang baik bagi suami-istri jika hubungan itu tidak dapat segera diatasi oleh para pihak secara damai, maka akan meningkatkan perkecokan yang tidak jarang berakhir dengan perceraian, dengan alasan bahwa suami istri itu tidak akan dapat hidup rukun lagi sebagai suami istri.

Disamping kewajiban yang diberikan oleh Undang-Undang Perlindungan Anak kepada orang tua, dalam Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 Pasal 45 memberikan pula kewajiban kepada orang tua yaitu :

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

Perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan tersebut berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. Perceraian dapat terjadi karena alasan-alasan 1) Salah satu pihak berbuat zina/menjadi pemabuk, pematik, penjudi dan sebagainya yang sulit untuk disembuhkan, 2) Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 tahun berturut-turut tanpa izin dari pihak lain dan tanpa alasan yang sah/karena hal lain diluar kemampuannya, 3) Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 tahun/hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung, 4) Salah satu pihak melakukan kekejaman/penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajiban sebagai

³ Soewandi, *Materi Bantu Mata Kuliah Pengantar Ilmu Hukum UKSW*, FH UKSW, Salatiga, 2001, hlm 21

suami istri, 5) Antara suami istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga.

Dengan alasan-alasan yang ada di atas maka apabila yang dihadapi dalam rumah tangga adalah hal yang sama dengan alasan-alasan di atas, maka dapat dilakukan perceraian, karena sudah tidak ada jalan damai yang disepakati, perceraian menurut peraturan hukum Indonesia dapat dilakukan melalui Pengadilan Negeri, apabila mereka yang mencatatkan perkawinannya melalui Kantor Pencatatan Sipil (Non Muslim), dan dapat juga melalui Pengadilan Agama, apabila mereka yang melangsungkan perkawinan menurut agama Islam.

Dalam hubungannya dengan adanya perceraian antara suami isteri yang sudah memiliki anak, maka masalahnya tidak selesai begitu saja setelah diputuskannya perceraian oleh hakim, tetapi masih ada permasalahan yang dihadapi akibat dari perceraian tersebut yaitu mengenai anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut sehubungan dengan adanya kewajiban dan tanggungjawab orang tua (ayah dan ibu) yang secara tegas telah termuat baik dalam Undang-Undang Kesejahteraan Anak maupun Undang-Undang Perlindungan Anak yaitu untuk memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya, sampai anak-anak tersebut kawin atau dapat berdiri sendiri.

Menurut J Satrio, pada dasarnya setiap anak yang belum dewasa dan belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah perwalian, sehingga mereka yang berada di bawah perwalian adalah:¹

- a. Anak-anak yang orangtuanya dibebaskan / dipecat dari kekuasaan orang tua.
- b. Anak-anak yang orangtuanya bercerai.
- c. Anak-anak yang salah satu atau keduanya meninggal dunia.
- d. Anak luar kawin.

Seorang yang telah ditunjuk sebagai wali, mempunyai kewajiban terhadap diri si anak yang di dalam Undang-Undang Perkawinan tidak disebutkan secara tegas, tetapi di dalam pasal 50 ayat (2) dikatakan bahwa perwalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun kekayaannya. Dari ketentuan tersebut dapatlah ditafsirkan bahwa kewajiban dari wali antara lain adalah mengurus, memelihara dan mendidik si anak serta seorang wali wajib mewakili si anak dalam segala tindakan perdata (*bürgerlijke handelingen*) hal yang demikian adalah logis

¹ J. Satrio, *Asas-asas Hukum Perdata*, Hersa, Purwokerto, 1988, hlm.74

jika dihubungkan dengan ketentuan bahwa anak yang belum dewasa tidak cakap untuk bertindak dalam hukum.

Berdasar rumusan Pasal 41 Undang-undang No. 1 Tahun 1974 apabila putus perkawinan karena perceraian mempunyai akibat hukum terhadap anak, bekas suami/istri dan harta bersama. Akibat hukum terhadap anak adalah apabila terjadi perceraian, maka baik bapak/atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana terjadi perselisihan mengenai perwalian anak-anak, pengadilan memberikan keputusan. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak, bilamana bapak kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut maka pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut. Akibat hukum terhadap bekas suami, pengadilan dapat mewajibkan kepadanya memberikan biaya penghidupan atau juga menentukan sesuatu kewajiban kepada bekas istri .

Masalah yang timbul dari putusnya perkawinan karena perceraian adalah masalah bagaimana dengan anak-anak yang telah dilahirkan dari perkawinan tersebut, yang oleh Undang-Undang telah ditetapkan bahwa orang tua dalam hal ini ayah dan ibu mempunyai kewajiban dan tanggungjawab untuk memelihara anak-anak sampai dengan anak-anak tersebut kawin atau dapat berdiri sendiri, tidak jarang bahwa dalam masalah perceraian mengenai siapa yang akan mengasuh anak-anak hasil perkawinan inilah yang justru dapat menjadi masalah besar bagi pasangan suami istri yang bercerai tersebut, karena baik ayah maupun ibu masing-masing tentulah amat sayang kepada anak-anaknya, keduanya ingin tetap mengasuh dan memelihara anak-anaknya, dan dari sisi anak sangat sulit pula untuk menjatuhkan pilihan akan mengikuti ayahnya atautkah ibunya karena bagi anak figur kedua orang tua yaitu ayah dan ibu sangat dibutuhkan bagi pertumbuhan dan perkembangan jiwanya. Jika terjadi perselisihan mengenai penguasaan anak yang demikian maka Pengadilan melalui Majelis Hakimnya dapat memberikan keputusan.

Setiap keputusan yang dijatuhkan oleh hakim adalah suatu puncak dari proses penegakan hukum, hakim dalam menjatuhkan putusan harus berdasarkan pertimbangan yang sedapat mungkin memenuhi aspek yuridis, filosofis dan sosiologis. Menurut Satjipto Rahardjo² bahwa penegakan hukum mencapai puncaknya pada saat suatu kasus disidangkan di Pengadilan, karena hukum itu muncul di sidang-sidang Pengadilan dalam tindakan para pejabat

² Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1979, hlm. 70-71

atau pelaksana hukum dalam hubungan-hubungan yang dilakukan dan diantara para anggota masyarakat sendiri satu sama lain. Dalam kaitan dengan bekerjanya hukum di dalam masyarakat barulah benar-benar mencerminkan gambaran hukum yang terdapat di dalam peraturan hukum tersebut.

Memperhatikan hal tersebut lebih lanjut beliau mengatakan bahwa lembaga Pengadilan tidak dilihat sebagai suatu badan yang otonom di dalam masyarakat melainkan diterima sebagai suatu badan yang merupakan bagian dari keseluruhan nilai-nilai dan proses-proses yang bekerja di dalam masyarakat tersebut. Hal ini dapat diketahui dengan melihat Pengadilan sebagai suatu lembaga yang menerima bahan-bahan serta tugas-tugas yang harus digarap yang datangnya dari masyarakat, yang setelah diolah menghasilkan "barang" yang disebut keputusan, Sehingga dalam mengambil putusan tersebut tentu saja terdapat berbagai faktor dan keadaan yang harus diperhatikan.³

Hakim harus mengadili perkara berdasarkan pada peraturan hukum yang berlaku, juga berdasarkan atas keyakinan yang seadil-adilnya dan sejujur-jujurnya dengan mengingat akan kebebasan yang dimiliki hakim dalam memeriksa dan memutuskan perkara.⁴

Peneliti tertarik untuk mengamati permasalahan penetapan perwalian anak dalam perceraian di pengadilan negeri karena dalam beberapa putusan baik tingkat banding maupun kasasi yang telah menjadi Yurisprudensi di Indonesia menyatakan bahwa dalam hal terjadi perceraian, anak-anak yang masih kecil dan membutuhkan kasih sayang dan perawatan ibu, perwaliannya patut diserahkan kepada ibunya (Putusan Mahkamah Agung No. 239 K/Sip/1968) kemudian dinyatakan bahwa demi kepentingan anak yang belum dewasa dalam hal putusannya perkawinan karena perceraian, maka pemeliharaan si anak tersebut diserahkan kepada si ibu (Putusan PT Semarang No. 96/1970.Pdt/PT Sng) dan selanjutnya dinyatakan berdasarkan Yurisprudensi mengenai perwalian anak, patokannya ialah bahwa ibu kandung yang diutamakan, khususnya bagi anak-anak yang masih kecil, karena kepentingan anak yang menjadi kriteria (Putusan Mahkamah Agung tanggal 24 April 1975 No. 102K/Sip/1973).

Namun dalam beberapa putusan hakim di pengadilan negeri, tidak menutup kemungkinan terdapat pula putusan hakim yang tidak sesuai dengan Putusan Mahkamah Agung tanggal 24 April 1975 No. 102K/Sip/1973 itu, seperti halnya Hakim pada Pengadilan Negeri

³ *Ibid*, hlm. 54

⁴ Achmad Ali, *Sosiologi Hukum : Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, Pusat STIH "IBLAM", Jakarta, 2004, hlm. 234

Amlapura telah memberikan putusan menunjuk ayah sebagai pemegang hak perwalian anak karena perceraian.

Lebih dari itu adanya azas yang banyak dipertimbangkan hakim sesuai kebebasan yang dimiliki hakim, maka hakim boleh memberikan putusan sendiri, dalam hal ini adalah untuk menentukan hak wali asuh atas anak yang akan mempengaruhi pertumbuhan dan perkembangan jiwa anak. Hakim kurang baik jika memutuskan suatu perkara selalu menggunakan alasan-alasan yang jauh dari keadilan, dan tidak baik jika hanya mendasarkan keyakinan kepada praduga-praduga tanpa pembuktian di persidangan sehingga diperoleh keyakinan yang berdasar hukum, berdasar etika agama dan berdasar keadilan sosial.⁵

Hakim sebagai pembuat keputusan harus memiliki pemahaman, wawasan, serta kepekaan terhadap hukum, dengan tepat berpijak pada peraturan perundang-undangan yang berlaku serta nilai-nilai yang bersumber dari keyakinan hati nuraninya.⁶ Seorang hakim dapat memenuhi fungsi-fungsinya, sehingga hakim tidak akan lagi menggunakan alasan-alasan klise, antara lain; (a) bagi anak usia balita atau belum umur 8 tahun perwaliannya jatuh ibunya, (b) bagi pihak bapak hanya dibebani memberi nafkah kepada bekas isteri dan biaya pemeliharaan anak.⁷

Berdasar hal-hal di atas, maka penulis melakukan penelitian dengan pengamatan terhadap pertimbangan hakim dalam menetapkan hak perwalian anak di Pengadilan Negeri Amlapura yang tahun 2008 telah memutus perkara perwalian anak karena perceraian tidak kurang dari 10 kasus.

Penelitian tersebut dengan judul : “PERTIMBANGAN HAKIM DALAM MENETAPKAN STATUS PERWALIAN ANAK PADA PERKARA PERCERAIAN DALAM RANGKA PERLINDUNGAN DAN KESEJAHTERAAN ANAK (Studi kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang masalah yang dikemukakan di atas, maka dapat dirumuskan beberapa permasalahan sebagai berikut :

⁵ Bagir Manan, *Mengadili Menurut Hukum*, Majalah Hukum tahun XXI, Varia Peradilan No. 238 November 2005, Jakarta Pusat, hlm. 5-12

⁶ Hilman Hadikusumo, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundang-undang, Hukum Adat, Hukum Agama*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hlm. 183

⁷ *Ibid*, hlm.189

Mengapa hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam pertimbangannya memberikan penetapan hak perwalian anak karena perceraian kepada ayahnya ?

Apakah pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian telah sesuai dengan tujuan perlindungan dan kesejahteraan anak ?

Kesulitan-kesulitan apa yang ditemui hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan perwalian anak dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak pada perkara perceraian ?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui mengapa hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan hak perwalian anak karena perceraian diberikan kepada ayahnya.
2. Untuk mengetahui pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian apakah telah sesuai dengan tujuan perlindungan dan kesejahteraan anak.
3. Untuk mengetahui kesulitan-kesulitan yang ditemui hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan perwalian anak dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak pada perkara perceraian.

D. Manfaat Penelitian

1. Manfaat Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan memberi sumbangan pemikiran secara ilmiah bagi ilmu pengetahuan hukum, khususnya dibidang hukum kebijakan publik dalam bentuk pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak dalam perkara perceraian.

2. Manfaat Praktis

Untuk memberi kontribusi terhadap pemecahan masalah pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak dalam perceraian.

BAB II LANDASAN TEORI

A. Kajian Teori

1. Teori Kebijakan Publik (*Public Policy*)

Definisi tentang kebijakan publik ini tidak ada pendapat yang tunggal. Menurut beberapa pendapat beberapa ahli tentang kebijakan publik sebagaimana diuraikan dalam Setiono adalah sebagai berikut:⁸

1. Menurut Carl Friedrich, kebijakan publik adalah serangkaian tindakan yang diusulkan seseorang, kelompok atau pemerintah dalam suatu lingkungan tertentu dengan menunjukkan hambatan-hambatan, dan kesempatan-kesempatan terhadap pelaksanaan kebijakan tersebut dalam rangka mencapai tujuan tertentu.
2. Menurut Harold D. Laswell, kebijakan publik adalah suatu program pencapaian tujuan, nilai-nilai dan praktek-praktek yang terarah.

Menurut David Easton, kebijakan publik adalah sebuah proses pengalokasian nilai-nilai secara paksa kepada seluruh masyarakat yang dibebankan oleh lembaga yang berwenang seperti pemerintah.⁹ Selanjutnya Setiono menyatakan terkadang sebuah proses kebijakan publik yang ada telah tercapai hasil (*out put*) yang ditetapkan dengan baik, namun tidak memperoleh respons atau dampak (*out come*) yang baik dari masyarakat atau kelompok sesamanya. Atau sebaiknya sebuah proses kebijakan publik tidak maksimal dalam mencapai hasil yang telah ditetapkan namun ternyata dampaknya cukup memuaskan bagi masyarakat secara umum. Kebijakan publik tidak lagi memilih proses internal (yang menghasilkan *out put*) disatu sisi dengan dinamika masyarakat disisi yang lain. Artinya melalui dari perumusan

⁸ Setiono, *Hukum dan Kebijakan Publik (Bahan Matrikulasi Program Studi Ilmu Hukum)*, Pasca Sarjana Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2007, hlm. 2

⁹ *Ibid*, hlm.2

kebijakan publik sampai dengan evaluasi semua elemen yang ada dalam masyarakat harus dilibatkan secara partisipatif dan emansipatif.

Sehingga dalam konteks ini hasil-hasil yang telah ditetapkan dalam sebuah produk kebijakan publik adalah hasil pembahasan dan kesepakatan bersama antara rakyat dengan negara.¹⁰

Lebih lanjut menurut Setiono¹¹ hubungan hukum dan kebijakan publik dapat dilihat :

1) Pembentukan hukum dan formulasi publik

Hubungan pembentukan hukum dan kebijakan publik itu memiliki keterkaitan yang sangat erat. Keduanya berangkat pada fokus yang sama dan berakhir pada muara yang sama pula. Proses pembentukan hukum jelas hasil yang paling utama yang diharapkan adalah terbentuknya sebuah undang-undang yang akan dijadikan alat untuk mengatur dan mengendalikan masyarakat. Sehingga untuk keperluan tersebut sebuah produk hukum haruslah sangat mapan kandungan kelayakan substansial, sosial dan politiknya. Sebab bila sebuah produk hukum tidak memiliki kemampuan yang cukup tersebut maka bukan tidak mungkin justru produk hukum tersebut akan membelenggu dan merugikan masyarakat, sebab di dalamnya banyak paradok-paradok yang sebenarnya tidak perlu. Hal ini adalah berkaitan dengan sifat hukum itu sendiri yang pada dasarnya dapat dan harus dipaksakan dalam penerapannya. Dan kemampuan konseptual tersebut penting agar dalam pemaksaan dalam penerapannya itu tidak terjadi kerugian-kerugian bagi masyarakat tapi justru dengan pemaksaan itu justru berdampak pada dinamika masyarakat yang lebih teratur dan tertib tanpa satu pihak merugikan pihak lain. Untuk mencapai harapan tersebut maka diperlukan sebuah metodologi yang kuat dalam proses pembentukan hukum. Sesungguhnya kebijakan publik akan sangat membantu memaparkan kandungan yang ada dalam sebuah produk hukum. Dan disinilah hubungan yang paling ideal sesungguhnya antara hukum dan kebijakan publik.

2) Implementasi.

Yaitu berkaitan dengan penerapan hukum dan implementasi kebijakan publik dapat saling memperlancar jalannya hasil-hasil hukum dan kebijakan publik di lapangan. Pada dasarnya di dalam penerapan hukum tergantung 4 unsur yaitu:

1. Unsur hukum

Yaitu produk atau teks aturan-aturan hukum yang harus ditata sedemikian rupa sehingga maksud yang diinginkan oleh pembentuk hukum terealisasi di lapangan.

2. Unsur struktural

Yaitu yang berkaitan dengan lembaga-lembaga atau organisasi yang diperlukan dalam penerapan hukum itu.

3. Unsur masyarakat

Unsur ini berkaitan dengan kondisi sosial politik dan sosial ekonomi masyarakat yang akan terkena dampak atas diterapkannya aturan hukum.

4. Unsur budaya

¹⁰ *Ibid*, hlm. 3

¹¹ *Ibid*, hlm . 4-9

Unsur ini berkaitan dengan bagaimana isi kontekstualitas sebuah undang-undang yang hendak diterapkan dengan pola pikir, pola perilaku, norma-norma nilai-nilai dan kebiasaan yang ada didalam masyarakat. Unsur budaya dalam penerapan hukum sangat penting sebab ini berkaitan dengan bagaimana pemahaman masyarakat atas sebuah introduksi nilai yang hendak ditransformasikan oleh sebuah produk hukum atau undang-undang tertentu

Suatu kebijakan yang dibuat oleh pemerintah atau suatu perbuatan atau peristiwa tidak akan mempunyai arti atau bermanfaat apabila tidak diimplementasikan. Implementasi terhadap kebijakan umumnya masih bersifat abstrak dalam realitas hukum senyatanya, yakni kebijakan yang berkaitan dengan kebijakan publik. Kebijakan berusaha menimbulkan hasil (*outcom*) yang dapat dinikmati terutama oleh kelompok sasaran atau *target group*.¹²

Menurut Esmi Warasih,¹³ yang berdasarkan pada pendapat Hoowood W. Brian dan Lewis Gunn mengatakan, membicarakan keterkaitan antara hukum dan kebijakan publik akan semakin relevan pada saat hukum diimplementasikan. Kegiatan mengimplementasikan tersebut sebenarnya merupakan bagian dari *policy making*. Keadaan ini harus sungguh-sungguh disadari mengingat proses implementasi selalu melibatkan lingkungan dan kondisi yang berbeda di setiap tempat, karena memiliki ciri-ciri struktur sosial yang tidak sama. Demikian pula keterlibatan lembaga di dalam proses implementasi selalu akan bekerja dalam konteks sosial tertentu sehingga terjadi hubungan timbal balik yang dapat saling mempengaruhi. Secara tradisional, kebijakan publik dikategorikan menjadi tiga aspek. Pertama, kebijakan substantif misalnya : kebijakan perburuhan kesejahteraan sosial, hak-hak sipil, masalah luar negeri dan lain-lain, Kedua, kelembagaan misalnya kebijakan legislatif, kebijakan yudikatif, kebijakan departemen, Ketiga, kebijakan menurut kurun waktu tertentu misalnya kebijakan masa reformasi, kebijakan masa orde lama, kebijakan masa orde baru.¹⁴

Mazmanian & Sabiter dalam Joko Widodo menjelaskan makna implementasi bahwa : “Memahami apa yang senyatanya terjadi sesudah suatu program dinyatakan berlaku atau dirumuskan yang mencakup baik usaha-usaha untuk mengadministrasikannya maupun untuk

¹² Joko Widodo, *Good Governance Telaah Dari Dimensi : Akuntabilitas dan Kontrol Birokrasi Pada Era Desentralisasi dan Otonomi Daerah*, Penerbit Insan Cendikia, Surabaya, 2001, hlm. 192

¹³ Esmi Warasih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT. Suryandaru Utama, Semarang, 2005, hlm.

¹⁴ Subarsono, *Analisis Kebijakan Publik*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 19.

menimbulkan dampak nyata pada masyarakat atau timbulnya kejadian-kejadian.¹⁵ Keputusan kebijakan public yang dapat berbentuk Undang-undang, namun dapat pula berbentuk perintah-perintah atau keputusan-keputusan eksekutif yang penting ataupun keputusan badan peradilan. Pada umumnya, keputusan tersebut mengidentifikasi masalah yang ingin diatasi dengan menyebutkan secara tegas tujuan atau sasaran yang ingin dicapai, dan berbagai cara untuk menstruktur atau mengatur proses implementasinya. Proses ini berlangsung setelah melalui tahapan tertentu, yang diawali dengan tahapan pengesahan undang-undang, kemudian output kebijakan dalam bentuk pelaksanaan keputusan oleh badan pelaksananya.

Menurut Daniel A. Mazmanian dan Paul A. Sabiter dalam Subarsono, ada tiga kelompok variabel yang mempengaruhi keberhasilan implementasi yaitu : (1) Karakteristik dari masalah (*tractability of the problems*), (2) Karakteristik kebijakan / undang-undang (*ability of statute to structure implementation*) dan (3) Variabel lingkungan (*nonstatutory variables affecting implementation*).¹⁶

Kebijakan yang telah direkomendasikan untuk dipilih oleh *policy makers* bukanlah jaminan bahwa kebijakan tersebut pasti berhasil dalam Implementasinya. Ada variabel-variabel yang mempengaruhi keberhasilan implementasi kebijakan itu, baik yang bersifat individual maupun kelompok atau instansi. Implementasi suatu program melibatkan perilaku birokrat pelaksana agar bersedia memberikan pelayanan dan mengatur perilaku kelompok sasaran. Termasuk dalam hal ini kebijakan publik yang diimplementasikan oleh lembaga peradilan.¹⁷

Kebijakan yang berhubungan dengan nilai keadilan dan penentuan apa yang harus dilakukan atau tidak dilakukan oleh suatu badan atau perorangan dalam hubungannya dengan pelaksanaan kebijakan. Pekerjaan-pekerjaan di bawah mandat atau undang-undang yang makro atau mendua, sering memaksa terjadinya perbuatan diskresi, untuk memutuskan apa yang seharusnya dilakukan dan apa yang seharusnya tidak dilakukan, sehingga diperlukan regulasi untuk membatasi perilaku dengan sanksi hukumnya.¹⁸

Hakikat hukum bertumpu pada idea keadilan dan kekuatan moral, sebab idea keadilan tidak pernah lepas dari kaitan hukum, dalam hal membicarakan hukum jelas atau samar-samar

¹⁵ Joko Widodo, 2001, *op cit*, hlm. 190

¹⁶ Subarsono, 2006, *op cit*, hlm. 94

¹⁷ *Ibid*, hlm. 87.

¹⁸ *Ibid*, hlm. 107

senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan. Kekuatan moral pun adalah unsur hakikat hukum, sebab tanpa adanya moralitas maka akan kehilangan supremasi dan ciri independennya. Keadilan dan ketidakadilan menurut hukum akan diukur dan dinilai oleh moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia.

Adanya keterkaitan antara hukum dan moralitas, melahirkan suatu formulasi bahwa hukum tidak dapat dilepaskan dari idea keadilan dan konsep-konsep moral agar hukum itu sendiri tidak tiranik, jahat secara moral dan merenggangkan diri manusia dengan harkat martabatnya. Pandangan dan teori keadilan tersebut di atas hanya akan memiliki nilai dan manfaat jika terwujud dalam hukum formal dan hukum materil serta diterapkan dalam kehidupan bermasyarakat.

Menurut Amitai Etsioni dalam Solichin Abdul Wahab,¹⁹ menjelaskan bahwa :

“Melalui proses pembuatan keputusanlah komitmen-komitmen masyarakat yang acapkali masih kabur dan abstrak sebagaimana tampak dalam nilai-nilai dan tujuan-tujuan masyarakat, diterjemahkan oleh para aktor (politik) ke dalam komitmen-komitmen yang lebih spesifik menjadi tindakan-tindakan dan tujuan-tujuan yang konkrit”.

Berkaitan dengan pembahasan nantinya mengenai putusan-putusan pengadilan dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak di Pengadilan Negeri Amlapura, maka perlu untuk dilihat apakah putusan hakim / Pengadilan termasuk sebagai kebijakan publik. Mengutip pendapat Riant Nugroho.²⁰

“Yang dimaksud pemerintah dengan mendasarkan pada pengertian “pemerintahan “ dalam Pembukaan UUD 1945, bahwa yang membuat kebijakan publik adalah pemerintah Negara. Siapakah mereka ? Jika ditingkat nasional adalah seluruh lembaga Negara, yaitu lembaga legislatif (MPR, DPR), Eksekutif (Pemerintah Pusat, Presiden dan Kabinet), yudikatif (MA, Peradilan) dan di Indonesia ditambah lembaga akuntatif (BPK). Ditingkat daerah kota, lembaga administrasi publiknya adalah Pemerintah Daerah Kota dan DPRD Kota. Secara khusus, kebijakan publik sering dipahami sebagai keputusan pemerintah atau eksekutif”

¹⁹ Sholichin Abdul Wahab, *Public Policy : Pengertian Pokok Untuk Memahami dan Analisis Kebijaksanaan Pemerintah*, Airlangga University Press, Surabaya, 1997, hlm. 97.

²⁰ Riant Nugroho D, *Kebijakan Publik Untuk Negara-Negara Berkembang*, PT. Gramedia, Jakarta, 2006, hlm. 23-24

Dalam membahas mengenai bentuk kebijakan publik Riant Nugroho,²¹ menjelaskan sebagai berikut :

“ bentuk kebijakan publik mengkaitkan dengan Undang-undang No. 10 / 2004 tentang Pembentukan Peraturan perundang-undangan Pasal 7 mengatur jenis dan hierarkhi peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

1. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.
2. Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang.
3. Peraturan Pemerintah
4. Peraturan Presiden
5. Peraturan Daerah

Kelima produk tersebut termasuk kebijakan publik dan merupakan bentuk pertama dari kebijakan publik, yaitu peraturan perundang-undangan yang terkodifikasi secara formal dan legal. Setiap peraturan dari tingkat “ Pusat” atau “ Nasional” hingga tingkat desa atau kelurahan adalah Kebijakan Publik. Dalam hubungan ini mereka adalah aparat publik yang dibayar oleh uang publik melalui pajak dan penerimaan negara lainnya, dan karenanya secara hukum formal bertanggung jawab kepada publik”

Secara sederhana Riant Nugroho,²² mengelompokkan kebijakan publik menjadi tiga kelompok yaitu :

- a. Kebijakan publik yang bersifat makro atau umum, atau mendasar , yaitu kelima peraturan tersebut diatas.
- b. Kebijakan publik yang bersifat meso atau menengah, atau penjelas pelaksanaan. Kebijakan ini dapat berbentuk Peraturan Menteri, Surat Edaran Menteri, Peraturan Gubernur, Peraturan Bupati, dan Peraturan Wali Kota. Kebijakannya dapat pula berbentuk Surat Keputusan Bersama atau SKB antar Menteri, Gubernur dan Bupati atau Walikota.
- c. Kebijakan publik yang bersifat mikro adalah kebijakan yang mengatur pelaksanaan atau implementasi dari kebijakan diatasnya. Bentuk kebijakannya dari kebijakan diatasnya. Bentuk kebijakannya adalah peraturan yang dikeluarkan oleh aparat publik dibawah Menteri, Gubernur dan Walikota. Ada beberapa pengecualian, kebijakan yang sifatnya makro dan meso kadang bersifat implementasi langsung.

Mendasarkan pada pendapat Riant Nugroho tersebut bahwa kebijakan publik tidak hanya pada sekedar proses pembentukan kebijakan saja melainkan juga termasuk dalam implementasi dan evaluasi kebijakan, bahkan pernyataan pejabat publik dan gesture dari pejabat publik dapat dikatakan sebagai kebijakan publik.

Dalam penelitian ini obyek kajian akan menganalisa putusan pengadilan (Hakim) dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian dalam rangka perlindungan

²¹ *Ibid*, hlm 32

²² *Ibid*, hlm 32

dan kesejahteraan anak di Pengadilan Negeri Amlapura. Oleh karena hakim sebagai pejabat negara, hakim juga sebagai Pegawai Negeri Sipil, maka dengan kedudukan hakim dalam kelembagaan Pengadilan tersebut bila dihubungkan dengan pendapat Riant Nugroho dan Mazmanian & Sabiter di atas, hakim berwenang membuat suatu kebijakan dalam arti kebijakan pada tahap aplikasi.

Selain itu bila dicermati dalam putusan hakim secara substansial selalu terdapat pertimbangan hukum, pertimbangan hukum dalam setiap putusan hakim tentu akan menyinggung tiga kaedah hukum, yakni yuridis, sosiologis dan filosofis, sama halnya dengan kebijakan publik secara substansial juga memuat tiga kaedah hukum tersebut.

Dari uraian diatas dapat dipahami bahwa putusan hakim adalah bentuk implementasi/pelaksanaan Undang-undang (salah satu bentuk kebijakan publik) merupakan kebijakan pada tahap aplikasi. Karena kebijakan publik tidak hanya pada sekedar proses pembentukan kebijakan saja melainkan juga termasuk dalam implementasi dan evaluasi kebijakan, bahkan pernyataan pejabat publik dan gesture dari pejabat publik pun dapat dikatakan sebagai kebijakan publik, maka putusan hakim termasuk sebagai suatu kebijakan publik.

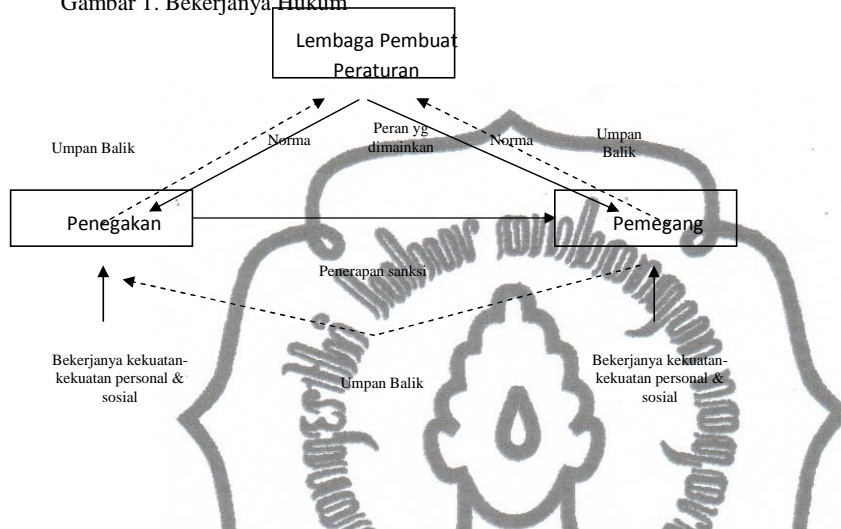
2. Teori Bekerjanya Hukum

Sistem hukum merupakan cerminan dari nilai-nilai dan standar elit masyarakat, masing-masing mempunyai kepentingan sendiri-sendiri sesuai dengan kepentingan kelompok mereka. Tindakan apapun yang akan diambil baik oleh pemegang peran, lembaga-lembaga pelaksana maupun pembuat undang-undang selalu berada dalam lingkup kompleksitas kekuatan-kekuatan sosial, budaya, ekonomi dan politik dan lain sebagainya.²³

Adapun pengaruh kekuatan-kekuatan sosial yang berpengaruh dalam bekerjanya hukum ini, mulai dari tahap pembuatan undang-undang, penerapannya dan sampai kepada peran yang diharapkan, merupakan suatu proses sosial yang secara jelas Robert B. Seidman meng gambarkannya dalam bagan berikut ini.

²³ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1986, hlm. 21

Gambar 1. Bekerjanya Hukum



Dari bagan tersebut, tampak peranan dari kekuatan sosial yang tidak hanya berpengaruh terhadap rakyat sebagai sasaran yang diatur oleh hukum, melainkan juga terhadap lembaga-lembaga hukum ke dalam "kekuatan sosial" ini termasuk kompleks tatanan lain yang telah dibicarakan dan dari arah panah-panah tersebut, diketahui bahwa hasil akhir dari pekerjaan tatanan dalam masyarakat tidak bisa hanya dimonopoli oleh hukum. Tingkah laku rakyat tidak hanya ditentukan oleh hukum, melainkan juga oleh kekuatan sosial lainnya yang tidak lain berarti kedua tatanan yang lain. Melihat permasalahan dalam gambaran yang diberikan oleh Chamblis dan Siedman tersebut, memberi perspektif dalam pemahaman hukum.²⁴

Hukum sebagai idealisasi memiliki hubungan yang erat dengan konseptualisasi keadilan secara abstrak dan mewujudkan ide dan konsep keadilan yang diterima oleh masyarakatnya ke dalam bentuk yang kongkret, berupa pembagian atau pengolahan sumber-sumber daya kepada masyarakatnya. Hal demikian itu berkaitan dengan perkembangan masyarakat atau negara yang berorientasi kesejahteraan dan kemakmuran. Bagan itu diuraikan di dalam dalil-dalil sebagai berikut :

²⁴ *Ibid*, 1986, hlm. 21

- a. Setiap peraturan hukum memberitahu tentang bagaimana seorang pemegang peranan (*role occupant*) itu diharapkan bertindak.
- b. Bagaimana seorang pemegang peranan itu akan bertindak sebagai suatu respon terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepadanya, sanksi-sanksinya, aktivitas dari lembaga-lembaga pelaksana serta keseluruhan kompleks kekuatan sosial, politik dan lainnya mengenai dirinya.
- c. Bagaimana lembaga-lembaga pelaksana itu akan bertindak sebagai respon terhadap peraturan hukum merupakan fungsi peraturan-peraturan yang ditujukan kepada mereka, sanksi-sanksi, keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan sosial, politik dan lain-lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan-umpan balik yang datang dari para pemegang peranan.
- d. Bagaimana para pembuat Undang-undang itu akan bertindak merupakan fungsi peraturan-peraturan yang mengatur tingkah laku, sanksi-sanksinya, keseluruhan kompleks kekuatan-kekuatan sosial, politik, ideologi, dan lain-lainnya yang mengenai diri mereka serta umpan-umpan balik yang datang dari pemegang peranan serta birokrasi.

Berkaitan dengan bidang penerapan hukum, Gustav Radbruch dalam Esmi mengemukakan tiga nilai dasar yang perlu mendapat perhatian dari para pelaksana hukum yaitu nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Nilai dasar kemanfaatan mengarahkan hukum pada pertimbangan kebutuhan masyarakat pada suatu saat tertentu, sehingga hukum benar-benar mempunyai peranan yang nyata bagi masyarakatnya sehingga, kasus yang diajukan bukan semata-mata kasus normatif, tetapi lebih dari itu merupakan kasus manusia.²⁵

*Law cannot be successfully separated from politics, morals, and the rest of human activities, but is an integral part of web of social life.*²⁶ (Hukum berhasil tidak dapat dipisahkan dari politik, moral, dan sisanya dari aktifitas manusia, tetapi merupakan bagian integral dari kehidupan sosial)

Max Weber,²⁷ dalam Achmad Ali membahas perkembangan masyarakat dan hukum dengan membagi menjadi tiga tahap dari *form of domination* sebagai berikut :

²⁵ Esmi Warasih, loc cit, 2005, hlm. 18

²⁶ Olsen.F. "Feminism and Critical Legal Theory an America Perspective" 18 International Journal of the Sociology of Law 1990 at 211.

²⁷ Achmad Ali, Menguak Tabir Hukum, 2008, hlm. 216

- a. Tahap Tradisional, dengan bentuk legitimasi tradisional, proses peradilan *empiris*, *substantive* dan *personal* dengan pemikiran hukum *formal irrational* dan *substantive rationality*.
- b. Tahap kharismatik, dengan bentuk legitimasi otoritas yang kharismatik dengan kesetiaan personal, tidak mengenal administrasi hanya mengenal rutinitas dari kharisma dengan bentuk proses peradilan pewahyuan, *empirical justice formalism* pemikiran hukum *formal irrational*, *substantive irrational*.
- c. Tahap rasional legal, dengan bentuk legitimasi rasional legal otoritasnya bersumber pada sistem hukumnya yang diperankan secara rasional dan sadar, administrasi birokrasi dan profesionalisme dengan proses peradilan secara rasional mengenai aturan-aturan yang abstrak melalui staf yang professional, pemikiran hukum *formal rationality* (*logical formal rationality*)

Hukum agar bisa berfungsi sebagai sarana rekayasa sosial bagi masyarakat biasa dan masyarakat pejabat sebagai pemegang *law enforcement*, maka dapat dipakai pula pendekatan dengan mengambil teori Robert Seidman yang menyatakan bahwa bekerjanya hukum dalam masyarakat itu melibatkan tiga kemampuan dasar, yaitu pembuat hukum (Undang-undang), birokrat pelaksana dan masyarakat obyek hukum.²⁸

*Constitutional Law's function is to settle the most basic matters regarding how we ought to organize society and government.*²⁹ (fungsi Hukum Konstitusi adalah untuk menyelesaikan hal-hal yang paling mendasar tentang bagaimana seharusnya kita mengatur masyarakat dan pemerintah)

Pada hakekatnya hukum adalah sebagai suatu sistem, maka untuk dapat memahaminya perlu penggunaan pendekatan sistem. Berbagai pengertian hukum sebagai sistem hukum dikemukakan antara lain oleh M. Friedman, bahwa hukum itu merupakan gabungan antara komponen struktur, substansi dan kultur. Komponen struktur yaitu kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum itu dengan berbagai macam fungsi dalam rangka mendukung bekerjanya sistem hukum tersebut. Komponen substantif yaitu sebagai *output* dari sistem hukum, berupa peraturan-peraturan, keputusan-keputusan yang digunakan baik oleh pihak yang mengatur maupun yang diatur. Komponen kultural yang terdiri dari nilai-nilai dan sikap-

²⁸Esmi Warasih, op cit, 2005, hlm 84

²⁹Larry Alexander, "The Interpretation of constitutions and constitutional Right" Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Juli 2009

sikap yang mempengaruhi bekerjanya hukum (kultur hukum). Kultur hukum inilah yang berfungsi sebagai jembatan yang menghubungkan antara peraturan hukum dengan tingkah laku seluruh warga masyarakat. Pelaksana hukum, perilakunya ditentukan pula peranan yang diharapkan daripadanya, namun bekerjanya harapan itu tidak hanya ditentukan oleh peraturan-peraturan saja, melainkan juga ditentukan oleh faktor-faktor lainnya tapi juga oleh:³⁰

- a. Sanksi-sanksi yang terdapat di dalamnya.
- b. Aktifitas dari lembaga-lembaga atau badan-badan pelaksana hukum.
- c. Seluruh kekuatan sosial, politik dan lainnya yang bekerja atas diri pemegang peran itu.

Kesimpulannya bahwa ketiga unsur sistem hukum itu adalah:

- a. Struktur hukum diibaratkan sebagai mesin.
- b. Substansi hukum adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin itu.
- c. Kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.

Paul dan Dias dalam Esmi Warasih mengajukan 5 (lima) syarat yang harus dipenuhi untuk mengefektifkan sistem hukum, yaitu:³¹

- a. Mudah tidaknya makna aturan-aturan hukum itu untuk ditangkap dan dipahami.
- b. Luas tidaknya kalangan di dalam masyarakat yang mengetahui isi aturan-aturan hukum yang bersangkutan.
- c. Efisien dan efektif tidaknya mobilisasi aturan-aturan hukum.
- d. Adanya mekanisme penyelesaian sengketa yang tidak hanya mudah dijangkau dan dimasuki oleh setiap warga masyarakat, melainkan juga harus cukup efektif dalam menyelesaikan sengketa-sengketa.
- e. Adanya anggapan dan pengakuan yang merata di kalangan warga masyarakat bahwa aturan-aturan dan pranata-pranata hukum itu memang sesungguhnya berdaya kemampuan yang efektif.

Membicarakan masalah berfungsinya hukum dalam masyarakat, maka biasanya pikiran diarahkan pada kenyataan apakah hukum tersebut benar-benar berlaku atau tidak. Dalam teori-teori hukum, ada tiga macam berlakunya kaidah hukum (*gelding*) yaitu:³²

³⁰ Esmi Warasih. 2005. *Ibid*, Hal. 30

³¹ *Ibid*, 2005, hlm. 105-106

1. Kaidah hukum berlaku secara yuridis, apabila penentuannya didasarkan pada kaedah yang lebih tinggi tingkatnya, atau bila berbentuk menurut cara yang telah ditetapkan, atau apabila menunjukkan hubungan keharusan antara suatu kondisi dan akibatnya.
2. Kaedah hukum berlaku secara sosiologis, apabila kaedah tersebut efektif. Artinya kaedah tersebut dapat dipaksakan berlakunya oleh penguasa walaupun tidak diterima oleh warga masyarakat (teori kekuasaan), atau kaedah tadi berlaku karena diterima dan diakui oleh masyarakat (teori pengakuan).
3. Kaedah hukum tersebut berlaku secara filosofis, artinya sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tinggi.

Kalau ditelaah secara lebih mendalam, maka agar supaya berfungsi, maka suatu kaedah hukum harus memenuhi ketiga unsur tersebut, hal ini disebabkan antara lain:³³

1. Bila kaedah hukum hanya berlaku secara yuridis, maka kemungkinan besar kaedah tersebut merupakan kaedah mati.
2. Kalau hanya berlaku secara sosiologis, (dalam arti teori kekuasaan), maka kaedah tersebut menjadi aturan pemaksa.
3. Apabila hanya berlaku secara filosofis, maka mungkin kaedah hukum tersebut hanya merupakan hukum yang dicita-citakan.

3. Teori Positivisme Hukum

Menurut pandangan klasik Montesquieu dan Kant, dikemukakan bahwa: "Hakim dalam menerapkan Undang-undang terhadap peristiwa hukum sesungguhnya tidak menjalankan peranannya secara mandiri. Hakim hanyalah penyambung lidah atau corongnya Undang-undang (*bouche de la loi*), sehingga tidak dapat mengubah kekuatan hukum undang-undang, tidak dapat menambah dan tidak pula dapat mengurangi.³⁴ Justianus malah mengancam dengan pidana siapa saja yang memberanikan diri menafsirkan undang-undang. Rousseau dengan teori kedaulatan rakyatnya berpendapat bahwa kehendak rakyat bersama merupakan kekuasaan tertinggi dalam negara yang diwujudkan dalam undang-undang oleh karena itu undang-undang adalah salah satunya hukum dan sumber hukum dan hakim tidak boleh melakukan pekerjaan pembuat undang-undang,

³²Soerjono Soekanto, 1980, *Sosiologi Hukum dalam Masyarakat*, CV Rajawali, Jakarta, hlm. 13

³³*Ibid*, 1980, hlm. 14

³⁴Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty Yogyakarta, 1996, hlm. 39.

Roberspiere menginginkan yurisprudensi dihapuskan saja.³⁵ Pandangan ini diadopsi oleh kaum *Positivisme* yang menyatakan bahwa hukum adalah positivisasi norma-norma yang telah dirundingkan masyarakat sebagai aturan yang bersifat otonom dan netral. Hukum merupakan perintah penguasa. Salah satu aliran dalam *Positivisme* yaitu paham *legisme* menganggap hukum adalah UU dan Hakim tidak boleh berbuat lain daripada menerapkan UU secara tegas.

Aliran hukum positif analitis yang diperkenalkan oleh tokohnya yaitu John Austin mengembangkan konsepnya dengan dasar fildafat *unilitarian*. Menurut Austin, hukum terdiri dari dua jenis hukum Tuhan untuk manusia dan hukum yang dibuat oleh manusia. Hukum yang dibuat oleh manusia pun terdiri dari dua jenis yaitu hukum yang sebenarnya (hukum positif) dan hukum yang tidak sebenarnya (hukum yang tidak dibuat oleh penguasa). Hukum yang sebenarnya memiliki empat unsur yaitu perintah (*command*), sanksi (*sanction*), kewajiban (*duty*) dan kedaulatan (*sovereignty*). Hakikat hukum adalah sebagai perintah dari penguasa negara. Austin menyatakan: "A law is a command which obliges a person or persons... Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors." Hukum dipandang sebagai suatu sistem yang tetap, logis dan tertutup.³⁶ Disamping John Austin, Hans Kelsen mengemukakan ajaran hukum murni yang didasari filsafat *neokantianisme*. Hans Kelsen menyatakan hukum harus bebas dari anasir non yuridis. Hukum berkaitan dengan bentuk dan bukan berkaitan dengan isi, karena itu keadilan yang merupakan isi hukum harus berada di luar hukum. Hukum mungkin tidak adil tapi tetap merupakan hukum karena dibuat oleh penguasa. Bagi kaum *positivist*, hukum dan moral harus dipisahkan dengan tegas.

Menurut Kelsen antara ilmu Hukum yang merupakan usaha untuk memperoleh pengetahuan hukum positif di satu pihak dengan politik hukum sebagai suatu usaha untuk menegakkan keadilan di lain pihak harus dibedakan. Kekuatan pengaruh dari ajaran Hans Kelsen ini terletak pada upayanya yang senantiasa menyingkirkan setiap pertanyaan yang timbul, baik dari hukum positif pada umumnya maupun dari ajaran *Positivisme* Hukumnya sendiri. *Positivisme* hukum dengan sesungguhnya adalah suatu *positivisme* karena ia beranggapan tidak ada tempat bagi teorinya untuk mempermasalahkan pertanyaan-

³⁵Ahmad Ali, 2004, *Op.Cit*, hlm. 37

³⁶Darji Darmodiharjo dan Sidharta, *Dalam Bahan Studi Filsafat Hukum*, 1981, hlm. 113

pertanyaan tadi. Dengan begitu, positivisme hukum ini tampaknya seolah-olah menolak filsafat hukum, namun secara diam-diam menyatakan dirinya sebagai suatu filsafat hukum. Ajaran filsafat hukumnya adalah mengidentikkan hukum dengan tata hukum dalam versi undang-undang, hukum yang tertulis, yang merupakan pencerminan dari kehendak serta oleh penguasa sesuai dengan ajarannya bahwa filsafat hukumnya adalah filsafat hukum positivistik atau otentik. Dengan demikian, secara teoritis hal ini berarti akan berakibat bahwa para yuris khususnya para hakim tidak akan berdaya untuk membantah jika mereka diperintahkan melakukan apa saja sepanjang perintah itu datang dari pejabat atau badan yang memiliki kekuasaan untuk juga memaksakan pelaksanaan perintahnya tersebut.

Dilain pihak, ajaran positivisme hukum dari Hans Kelsen ini mengandung kelemahan :

- 1) Peraturan-peraturan hukum sebagaimana yang dahulu ada dan sekarang sudah ada serta akan juga ada di masa yang akan datang adalah dibuat oleh dan diperuntukkan bagi manusia.
- 2) Terhadap peraturan-peraturan hukum tadi perlu dilakukan penggarapan secara terus menerus. Ini perlu dilakukan karena orang yakin bahwa di dalam keseluruhan peraturan-peraturan hukum ini terdapat juga ihwal yang melawan hukum.

Dengan ajarannya tadi, positivisme hukum dari Hans Kelsen memiliki, baik kekuatan maupun kelemahannya, sehingga meskipun pengaruhnya sangat kuat bagi kalangan hukum, namun tidak dapat dipertahankan.

Selanjutnya, H.L.A. Hart,³⁷ menguraikan tentang ciri-ciri pengertian positivisme pada ilmu hukum dewasa ini sebagai berikut:

1. Pengertian bahwa hukum adalah perintah dari manusia (*command of human being*);
2. Pengertian bahwa tidak ada hubungan mutlak/penting antara hukum (*law*) dan moral, atau hukum sebagaimana yang berlaku/ ada dan hukum yang seharusnya;
3. Pengertian bahwa analisis konsepsi hukum adalah :
 - a. mempunyai arti penting,
 - b. harus dibedakan dari penyelidikan :
 - 1) historis mengenai sebab-musabab dan sumber-sumber hukum,
 - 2) Sosiologis mengenai hubungan hukum dengan gejala sosial lainnya, dan
 - 3) penyelidikan hukum secara kritis atau penilaian, baik yang didasarkan moral, tujuan sosial, fungsi hukum dan lain-lainnya.

³⁷Hart, H.L.A., 1975. *The Concept Of Law*, Oxford University Press London, lihat juga Friedman, *Legal Theory*, halaman 287

4. Pengertian bahwa sistem hukum adalah sistem yang logis, tetap dan bersifat tertutup dalam mana keputusan-keputusan hukum yang benar/tepat biasanya dapat diperoleh dengan alat-alat logika dari peraturan-peraturan hukum yang telah ditentukan sebelumnya tanpa memperhatikan tujuan-tujuan sosial, politik dan ukuran-ukuran moral.
5. Pengertian bahwa pertimbangan-pertimbangan moral tidak dapat dibuat atau dipertahankan sebagai pernyataan kenyataan yang harus dibuktikan dengan argumentasi rasional, pembuktian atau percobaan.

4. Teori *Sociological Jurisprudence*

Kerinduan akan tegaknya keadilan merupakan bagian dari kehidupan berbangsa dan bernegara. Oleh karena itu diciptakan institusi hukum yang orientasinya membantu dan memberikan pelayanan hukum yang memadai pada masyarakat. Berdasarkan pemikiran tersebut maka berkembanglah ilmu hukum sosiologis (*sociological jurisprudence*). Dalam model tradisional (*jurisprudential*) struktur sosial kasus tidak relevan sama sekali. Setiap kasus dianalisis dalam kevakuman sosial, bahkan merupakan tidak-layakan dan pelanggaran terhadap hukum itu sendiri, apabila mempertimbangkan karakteristik sosial para pihak terlibat dalam menangani kasus. Model ini menghormati hukum sebagai proses hukum, disamping juga mengasumsikan bahwa hukum tetap/konstan, universal dan dapat diterapkan sama untuk semua kasus.³⁸ Max Weber, dalam Eko Prasetyo mengatakan bahwa:

“Hukum dipengaruhi kepentingan-kepentingan ideal dan cara berpikir kelas-kelas sosial dan kelompok-kelompok yang berpengaruh, terutama kelompok ahli hukum, dengan demikian jika tafsiran undang-undang mengikuti kepentingan dan kekuasaan yang ada dalam bilik kepala ahli hukum maka dalam keadaan demikian hukum terus diombang-ambingkan antara asas kepastian hukum dan keadilan. Bahkan lebih parah lagi hukum menjadi pelayan yang eksistensinya amat tergantung kepentingan dan kekuatan politik yang dominan.”³⁹

Dalam konsep tradisional (*Jurisprudential*) pada dasarnya hukum berkaitan dengan aturan, sebaliknya model sosiologis memfokuskan pada struktur sosial kasus yaitu pada siapa yang terlibat di dalamnya dan bagaimana kasus ditangani. Dalam model sosiologis, hukum tidak diasumsikan sebagai sesuatu yang logis, model ini mengasumsikan hukum bervariasi, tergantung pada karakteristik sosial para pihak. Hukum dan masyarakat secara

³⁸Eko Prasetyo, *HAM, Kejahatan Negara dan Imperialisme Modal*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2001, hlm. 19-20.

³⁹Donald Black, 1988. *Sociological Justice*, Oxford University Press, New York, hlm 19-21

sosial saling berhubungan. Setiap analisis kasus hukum dalam vakum sosial tanpa memandang lokasi dan arahnya dalam ruang sosial tidak lengkap dan tidak cukup.⁴⁰

Pendasar mazhab ini dapat disebutkan, misalnya Roscoe Pound, Eugen Ehrlich, Benyamin Cardozo, Kantorowics, Gurvitch dan lain-lain. Inti pemikiran mazhab ini yang berkembang di Amerika :

Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat.

Sesuai di sini berarti bahwa hukum itu mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat.

Mazhab ini hendaknya dibedakan dengan apa yang kita kenal dengan sosiologi hukum. Yang terakhir sebagaimana telah diuraikan secara singkat pada bagian terdahulu merupakan cabang sosiologi yang mempelajari hukum sebagai gejala sosial. Sosiologi hukum tumbuh dan berkembang di Eropa Kontinental. Sebagaimana dijelaskan oleh Roscoe Pound dalam kata pengantar pada buku Gurvitch yang berjudul "Sosiologi Hukum" perbedaan antara keduanya ialah bahwa kalau *sociological jurisprudence* itu merupakan suatu mazhab dalam filsafat hukum yang mempelajari pengaruh timbal balik antara hukum dan masyarakat dan sebaliknya sedang sosiologi hukum adalah cabang sosiologi yang mempelajari pengaruh masyarakat kepada hukum dan sejauh mana gejala-gejala yang ada dalam masyarakat itu dapat mempengaruhi hukum tersebut di samping juga diselidiki sebaliknya pengaruh hukum terhadap masyarakat. Yang terpenting adalah bahwa kalau *sociological jurisprudence* cara pendekatannya bermula dari hukum ke masyarakat. Sedang sosiologi hukum sebaliknya dari masyarakat ke hukum.

Mazhab ini mengentengahkan tentang pentingnya *Living Law*-hukum yang hidup di dalam masyarakat. Dan kelahirannya menurut beberapa anggapan merupakan suatu sinthese dari thesenya, yaitu Positivisme hukum dan antithesanya Mazhab sejarah. Dengan demikian, *sociological jurisprudence* berpegang kepada pendapat pentingnya, baik akal maupun pengalaman. Pengalaman ini berasal dari Roscoe Pound yang intisaryanya antara lain : Kedua Konsepsi masing-masing aliran (maksudnya positivisme hukum dan mazhab sejarah) ada kebenarannya. Hanya hukum yang sanggup menghadapi ujian akal dapat hidup terus. Yang menjadi unsur-unsur kekal dalam hukum itu hanyalah pernyataan-pernyataan akal

⁴⁰*Ibid.*, Halaman 19-20.

yang berdiri atas pengalaman dan diuji oleh pengalaman. Pengalaman di kembangkan oleh akal dan akal diuji oleh pengalaman. Tidak ada sesuatu yang dapat bertahan sendiri di dalam sistem hukum. Hukum adalah pengalaman yang diatur dan dikembangkan oleh akal, yang diumumkan dengan wibawa oleh badan-badan yang membuat undang-undang atau mengesahkan undang-undang dalam masyarakat yang berorganisasi politik dan dibantu oleh kekuasaan masyarakat itu.⁴¹

Jadi dengan kata lain janganlah diulangi lagi kesalahan yang dianut para ahli filsafat hukum abad ke-18 yang hanya memahami hukum sebagai perumusan akal semata-mata dan sarjana-sarjana hukum mazhab sejarah yang beranggapan bahwa hukum hanyalah merupakan perumusan pengalaman

5. Pendekatan Hukum Perilaku (*Behavioral Jurisprudence*)

a. Pendekatan *Behavioral Jurisprudence*

Ada beberapa aspek yang ditempuh dalam mengkaji putusan pengadilan atau putusan hakim, hal ini tidak lepas dari studi terhadap perilaku hakim dalam memutuskan perkara. Secara sederhana dapat dikatakan bahwa studi ilmu hukum perilaku (*behavioral jurisprudence*) adalah suatu studi yang mempelajari tingkah laku aktual hakim dalam proses peradilan. Tingkah laku tersebut dipelajari dalam interaksi dan interelasinya antara orang-orang yang terlibat dalam tahap-tahap dalam pengambilan keputusan tersebut satu sama lain.⁴² Dengan demikian pusat perhatian bukan pada buku tertulis dan putusan hakim yang bersikap formal, melainkan pada pribadi hakim dan orang-orang yang terlibat dalam peranan-peranan sosial tertentu dalam mengambil keputusan hakim. Berdasar pengertian tersebut di atas, diperoleh gambaran bahwa pendekatan ilmu hukum perilaku berbeda dengan beberapa pendekatan sebelumnya, baik pendekatan tradisional maupun pendekatan yang dilakukan oleh penganut ajaran *sociological jurisprudence* dan *legal realism*.

Secara sederhana dapat dikatakan bahwa studi ilmu hukum perilaku (*behavioral jurisprudence*) adalah suatu studi yang mempelajari tingkah laku aktual hakim dalam proses peradilan. Tingkah laku tersebut dipelajari dalam interaksi dan interelasinya antara orang-orang yang terlibat dalam tahap-tahap dalam pengambilan keputusan tersebut satu sama lain. Dengan demikian, pusat perhatian bukan pada hukum tertulis dan putusan

⁴¹Roscoe Pound, *The Task of Law- Tugas Hukum*, terjemahan Drs. Mohamad Radjab, Bhatara. Jakarta, 1975

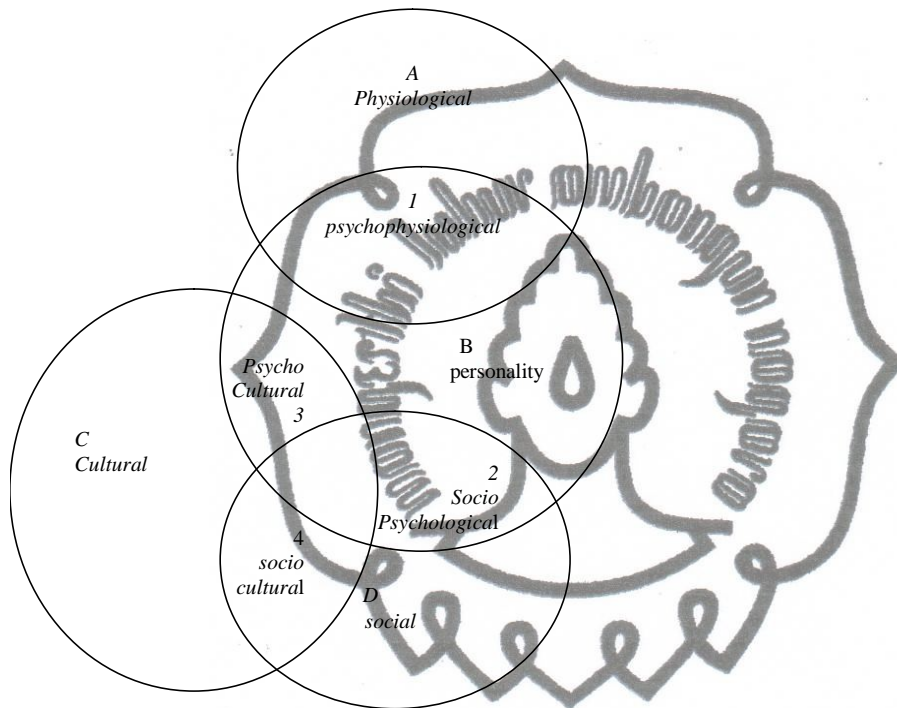
⁴²Sajitipito Rahardjo, *Hukum Dalam Jagad Ketertiban*, Bacaan Mahasiswa Program Doctor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, Penerbit UKI Paulus, Jakarta, 2006, hlm. 316

hakim yang bersifat formal, melainkan pada pribadi hakim dan orang-orang yang terlibat dalam peranan-peranan sosial tertentu dalam pengambilan keputusan hukum Berdasarkan pengertian tersebut di atas, diperoleh gambaran bahwa pendekatan ilmu hukum perilaku berbeda dengan beberapa pendekatan sebelumnya, baik pendekatan tradisional maupun pendekatan yang dilakukan oleh penganut ajaran *sociological jurisprudence* dan *legal realism* sebagaimana telah diuraikan di depan..

Fokus utama dalam pendekatan ilmu hukum perilaku adalah perilaku hakim dalam proses peradilan, namun, mempelajari perilaku hakim tidak bisa dilepas – pisahkan dari sifat-sifat individu yang melekat pada pribadi hakim sebab sikap-sikap tersebut sangat menentukan perilaku atau tindakan/keputusan. Sehubungan dengan ini Glendon Schubert⁴³ mengemukakan bahwa hakim itu setuju atau tidak setuju terhadap suatu keputusan, bukan karena mereka melakukan penalaran yang sama atau berlainan, melainkan karena mereka mempunyai sikap-sikap yang sama atau berlainan. Schubert tampaknya mengabaikan pendidikan dan lingkungan para hakim yang sama, mengabaikan tradisi yang diajarkan kepada mereka serta faktor-faktor institusional, seperti *stare decisis*.

Untuk mengetahui dan memahami bagaimana interaksi tersebut berlangsung dapat dibaca pada gambar di bawah ini :

⁴³Antonius. 2007. *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hlm. 37



Gambar 2

*Behavioral View of the Subsystems of any Political
(Including any Judicial) System*

Gambar 2 tersebut di atas dapat dijelaskan sebagai berikut. *Segmen sosiopsikologis* menggambarkan hasil interaksi antara sistem sosial dan sistem atribut-atribut serta perilaku-perilakunya. *Segmen psikokultural* mendeskripsikan perpaduan antara sistem budaya dan sistem kepribadian, mengenai pemahaman atau konsepsi individu tentang peran atau peran-perannya dan ideologi-ideologi yang diterimanya, *Segmen sosiokultural*

menyajikan hasil interaksi antara sistem sosial dan budaya, berkaitan dengan pola-pola dari peran-peran institusional dan fungsi-fungsi output dari akomodasi dan pengaturan tingkah laku orang lain.⁴⁷

Sesuai dengan uraian pada gambar 2 tersebut di atas, maka dapat disimpulkan bahwa ketika seseorang terlempar ke dalam peran politik tertentu, keputusan-keputusannya di antara kemungkinan-kemungkinan alternatif yang tersedia akan bergantung pada kesaling-bergantungan kompleks di antara variabel-variabel yang berbeda.⁴⁸ Baik variabel yang berasal dari *sosiokultural*, *psikokultural*, maupun *sosiopsikologis*.

Dari bagan/gambar tersebut di atas dapat dijelaskan bahwa:

- a) *Segmen sosiopsikologis* menggambarkan hasil interaksi antara sistem sosial dan sistem atribut-atribut serta perilaku-perilakunya.
- b) *Segmen psikokultural* mendeskripsikan perpaduan antara sistem budaya dan sistem kepribadian, mengenai pemahaman atau konsepsi individu tentang peran atau peranannya dan ideologi-ideologi yang diterimanya.
- c) *Segmen sosiokultural* menyajikan hasil interaksi antara sistem sosial dan budaya, berkaitan dengan pola-pola dari peran-peran institusional dan fungsi-fungsi *output* dari akomodasi dan pengaturan tingkah laku orang lain

Berkaitan dengan hal itu, Schubert⁴⁹ dalam Antonius Sudirman mengemukakan bahwa hakim berbeda-beda dalam sikap-sikapnya oleh karena masing-masing pada akhirnya memiliki beberapa hal untuk dipercayainya dan menolak yang lain sebagai hasil dari pengalaman hidup. Apa yang dipercaya oleh seorang hakim bergantung dari afiliasi-afiliasi politik, agama dan etnisnya, baik formal maupun bukan kariernya dibidang hukum sebelum menjadi hakim. Afiliasi-afiliasi yang berhubungan dengan perkawinan, status sosial ekonomi, pendidikan dan kariernya, pada gilirannya untuk bagian terbesar dipengaruhi oleh tempat ia dilahirkan, dari orang tua siapa dan kapan akan bertindak sebagai robot, dalam arti tindakan yang diambil semata-mata sebagai tanggapan atas

⁴⁷ *Ibid*, hlm. 46 – 47

⁴⁸ *Ibid*, hlm. 47

⁴⁹ Antonius, 2007, *Ibid*, hlm. 43.

rangsangan atau stimulasi sosial, tetapi tindakan tersebut dilakukan sebagai hasil dari proses interpretasi terhadap stimulasi sosial tersebut.

Ada 3 tipe rasional dalam pengambilan keputusan mengadili, yakni logis, psikologis, dan nonlogis. Konsep-konsep dalam kolom rasionalitas logis sangat sesuai dengan pepatah tradisional, hakim-hakim adalah manusia yang telah mendapat suatu ketrampilan hukum tertentu. Sebagai kelanjutan dari latihan tersebut mereka memperoleh ketrampilan yang kemudian diterapkan untuk menganalisis fakta-fakta yang ditentukan secara sosial. Selanjutnya hakim ini bertindak didalam kerangka suatu kaidah tertentu dengan prosedur mengambil keputusan, ia memberikan keadilan kepada pihak-pihak yang terlibat dalam menegakkan hukumnya, yaitu hukum yang dianggap mengontrol tingkah laku orang-orang dalam masyarakat.

Rasionalitas psikologis berada pada posisi kedua tipe rasionalitas tersebut di depan. Berdasarkan teori ini, hakim-hakim menerima informasi tertentu mengenai kasus-kasus yang diharapkan dapat mereka putuskan sebagai konsekuensi dari fungsi-fungsi input sosial yang berasal dari artikulasi, agregasi minat, dan dari interaksi dan komunikasi. Struktur sosiopsikologi seperti atribu-atribut hakim dan sikap-sikapnya berhubungan dengan dan bergantung pada fungsi-fungsi input dari sosiologi dan rekrutmen.⁵⁰

Selanjutnya, persepsi, kognisi, dan pengambilan keputusan merupakan fungsi kepribadian yang mempengaruhi keadaan-keadaan selanjutnya dalam proses berkelanjutan. Struktur kepribadian yang mempengaruhi pengambilan keputusan seorang adalah ideologi dan peran-peran individu, yang pertama melakukan pola-pola keyakinan, harapan, kewajiban dan menghubungkan pengetahuan mengenai kehidupan dan dunia nyata, dan yang terakhir adalah pemahamannya tentang harapan-harapan orang lain dan harapan mengenai bagaimana ia mengambil keputusan dan keputusan apa yang harus diambil.

Dari sudut pandang psikologi, individu membuat keputusan-keputusan yang berupa suara-suara dan pendapat-pendapat dan melibatkannya, baik pada akibat maupun umpan balik dari sebuah komitmen. Dari sudut pandang sosiologi, suatu grup mengakomodasi dan mengatur minat-minat yang saling berbeda dengan membuat keputusan-keputusan di mana umpan baliknya bagi grup berupa pengaturan. Dari sudut pandang kultur, institusi

⁵⁰ Sidharta, *Moralitas Profesi Hukum. Suatu Tawaran Kerangka Berfikir*. Refika Aditama, Bandung, 2006, hlm. 118.

mensponsori kebijakan-kebijakan dengan menyediakan umpan balik bagi orang-orang yang tinggal dalam suatu budaya tertentu dalam bentuk norma-norma. Dari sudut pandang budaya, fungsi-fungsi output dari pengambilan keputusan seorang hakim merupakan norma-norma kebijakan yang berhubungan dengan pilihan-pilihannya dan dari sudut pandang sosiologi, fungsi-fungsi output memasukkan akomodasi dan peraturan-peraturan minat-minat *litigant* dan orang-orang yang secara langsung terpengaruh.

Berdasar uraian di depan, ada satu hal yang perlu dikemukakan disini bahwa teori rasionalitas psikologis menawarkan beberapa keuntungan. Salah satu keuntungan yang dapat dipetik, yakni teori rasionalitas psikologis tersebut menekankan bahwa keyakinan-keyakinan pribadi hakim dan pemahamannya tentang harapan-harapan orang lain dan harapan-harapan sendiri turut menentukan keputusan apa yang harus diambil dan bagaimana harus mengambil keputusan. Hal ini berbeda dengan pandangan yang tradisional yang menekankan bahwa tindakan hakim harus terikat pada perundang-undangan dan suatu kaidah tertentu (*stare decisis*) tentang prosedur pengambilan keputusan.

Hal ini sesuai dengan pandangan penganut teori interaksinisme simbolis yang mengakui bahwa sifat dasar manusia adalah kreatif dan spontan. Dalam arti manusia dapat bertindak tanpa melalui penetapan dan pembentukan sebelumnya. Seperti yang dikemukakan Herbert Blumer,⁵¹ bahwa manusia bukan hanya sebagai organisme yang memberi tanggapan terhadap pengaruh berbagai faktor atasnya atau melaluinya, manusia dilihat sebagai organisme yang harus berhubungan dengan apa yang diperhatikannya. Dia bergulat dengan apa yang diperhatikannya, dengan terlibat dalam proses identifikasi diri dimana ia menangkap objek yang diperhatikan, mengartikan, dan menggunakan pengertian tersebut sebagai dasar dari pengarahan tindakannya.

Kebebasan yang dimiliki seorang hakim untuk mengarahkan tindakannya sesuai dengan kehendaknya dapat berpengaruh pada munculnya perilaku menyimpang. Dalam arti seorang hakim dapat bertindak tidak sesuai dengan kebiasaan umum atau norma atau aturan yang dijadikan pegangan bersama oleh para hakim atau oleh organisasinya. Berkaitan dengan itu maka teori yang sangat tepat dalam menerangkan teori penyimpangan (*deviant theory*), para pemegang peran maupun memberi motivasi, baik yang berkehendak

⁵¹ Sidharta. 2006. *Ibid*, hlm. 121.

atau tidak menyesuaikan diri dengan norma (*conform*) maupun yang berkehendak untuk tidak menyesuaikan diri dengan keharusan norma (*nonconform*).

Sesuai dengan topik mengenai studi ilmu hukum perilaku ini maka menurut Antonius Sudirman faktor yang paling dominan mempengaruhi perilaku hukum hakim atau putusan seorang hakim adalah aspek moralitas atau integritas pribadi hakim, bukan faktor sistem politik, sistem hukum dan perundang-undangan, birokrasi peradilan, serta faktor remunerasi atau gaji hakim.⁵²

Lima kriteria kepribadian moral yang kuat yang dimiliki oleh penegak hukum menurut E. Sumaryono adalah kejujuran, nilai autentik, kesediaan bertanggungjawab, kemandirian moral, keberanian moral dan kerendahan hati.⁵³

Ciri-ciri kepribadian penegak hukum yang kuat sebagaimana dikemukakan di atas adalah sesuai dengan Kode Etik Hakim Indonesia, dimana dalam kode etik tersebut diuraikan sifat dan sikap-sikap yang harus dimiliki oleh Hakim yaitu :

a) Sifat-sifat Hakim.

- 1) Kartika, yang berarti Hakim harus beriman dan takwa kepada Tuhan Yang Maha Esa.
- 2) Cakra, yang berarti Hakim harus adil.
- 3) Candra, yang berarti Hakim harus bijaksana dan berwibawa.
- 4) Sari, yang berarti Hakim harus berbudi luhur atau berkelakuan tidak tercela.
- 5) Tirta, yang berarti Hakim harus jujur.

b) Sikap-sikap Hakim.

- 1) Sikap Hakim dalam kedinasan yang meliputi sikap Hakim dalam persidangan, sikap Hakim terhadap sesama rekan, sikap Hakim terhadap bawahan/pegawai, sikap Hakim terhadap atasan, sikap Pimpinan terhadap sesama rekan Hakim dan sikap Hakim terhadap instansi lain.
- 2) Sikap Hakim di luar kedinasan, yang meliputi sikap pribadi Hakim, sikap dalam rumah tangga, dan sikap dalam masyarakat.

b. Hakim dan Masalah Keadilan dan Kepastian Hukum

⁵² Antonius Sudirman, 2007, *Op Cit*, hlm. 970

⁵³ E. Sumaryono, *Etika Hukum Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, hlm. 167-170

Membicarakan masalah keadilan apabila dipilah-pilah maka terdapat beberapa jenis keadilan tergantung dari kriteria apa yang digunakan untuk membagi keadilan tersebut, apabila dipandang dari sisi tertentu serta dihubungkan dengan teori-teori tentang keadilan, maka Aristoteles dalam Munir Fuady telah membagi keadilan dalam 3 kategori yaitu⁵⁴ :

- 1) Keadilan kumulatif yaitu merupakan suatu kebajikan untuk memberikan kepada setiap orang haknya atau sedekat mungkin dengan haknya. Aktor yang mengusahakan keadilan kumulatif ini adalah pekerjaannya para hakim, misalnya menjatuhkan hukuman sesuai dengan kesalahannya, sehingga tidak ada orang yang mendapatkan keuntungan atas penderitaan orang lain.
- 2) Keadilan distributif artinya suatu tindakan yang memberikan kepada setiap orang apa yang patut didapatkannya atau yang sesuai dengan prestasinya. Hal ini merupakan pekerjaan yang lebih banyak dilakukan oleh Badan Legislatif, misalnya : hak politik masyarakat atau kedudukan dalam parlemen dapat didistribusikan kepada yang berhak sesuai dengan keadilan distributif ini.
- 3) Keadilan hukum (*legal justice*) berarti keadilan telah dirumuskan oleh hukum dalam bentuk hak dan kewajiban, dimana pelanggaran terhadap keadilan ini dapat ditegakkan lewat proses hukum, yang umumnya di Pengadilan.

Sedangkan Roscou Pound melihat keadilan dalam hal hasil-hasil konkret yang dapat diberikan kepada masyarakat. Ia melihat bahwa hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan mengorbankan yang sekecil-kecilnya.⁵⁵

Dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai hasil revisi Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970, Bab IV tentang Hakim dan Kewajibannya, Pasal 28 ayat (1) menyatakan bahwa " Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat" Selanjutnya dalam penjelasan dari pasal tersebut " Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat".

Dalam kondisi normal, idealnya setiap hukum (perundang-undangan) termasuk putusan hakim harus dijiwai oleh ketiga nilai dasar hukum (keadilan, kepastian, dan kemanfaatan). Namun, realitas menunjukkan bahwa sering kali terjadi pertentangan antara nilai yang satu dan yang lainnya, misalnya, antara keadilan dan kepastian hukum ataukah antara kemanfaatan dan kepastian hukum.

⁵⁴ Munir Fuadi, *Dinamika Teori Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2007, hlm. 110-111

⁵⁵ Satjipto Rahardjo, 1982, *Op Cit*, hlm. 50

Gustav Radbruch,⁵⁶ menegaskan bahwa di dalam kenyataannya, ketiga unsur esensial hukum (keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum) sulit terwujud secara bersamaan, lebih sering terjadi konflik antara ketiganya. Biasanya konflik tersebut timbul karena dua hal. *Pertama*, hukum (perundang-undangan) diciptakan untuk melindungi kepentingan politik (*in the interest of politic*) bagi kelompok atau golongan tertentu. Produk hukum seperti ini sejak semula, saat diundangkannya, cenderung mengabaikan realitas sosial. Konsekuensi logisnya undang-undang tersebut bertentangan dengan rasa keadilan dalam masyarakat. *Kedua*, peraturan perundang-undangan yang ada tidak relevan (lagi) dengan dinamika yang berkembang dalam masyarakat. Mungkin pada saat diundangkannya dan pada masa awal berlakunya sesuai dengan realitas dan rasa keadilan dalam masyarakat, tetapi lambat laun dirasakan tidak relevan lagi. Konsekuensinya jika perundang-undangan tersebut dipaksakan berlakunya, akan menimbulkan kegoncangan-kegoncangan dalam masyarakat. Dalam konteks ini, akan muncul konflik antara keadilan dan kepastian hukum.

Apabila dalam kenyataannya telah terjadi pertentangan antara keadilan dan kepastian hukum, muncul suatu pertanyaan, nilai manakah yang harus didahulukan, apakah nilai keadilan ataukah kepastian hukum? Menyangkut masalah ini masih merupakan perdebatan di kalangan penegak hukum. Ada sebagian pakar hukum memilih keadilan daripada kepastian hukum, sementara yang lainnya lebih memilih kepastian hukum daripada keadilan, dengan segala argumentasinya masing-masing. Jika penulis disuruh untuk memilih, kecenderungannya untuk mendahulukan nilai keadilan daripada kepastian hukum. Mengapa harus keadilan? Karena keadilan merupakan tujuan hukum yang paling utama, sementara kepastian hukum merupakan salah satu sarana untuk mewujudkan keadilan.

Tujuan hukum yang terpenting adalah untuk mencapai keadilan di dalam masyarakat. Tujuan inilah yang menyebabkan dua hal. *Pertama*, kaidah-kaidah hukum itu tidak hanya merupakan kaidah yang sah (mempunyai *validity*) saja, tetapi juga harus merupakan kaidah-kaidah yang adil (harus mempunyai *value*). *Kedua*, penegakan hukum dan pelaksanaan hukum itu tidak boleh dilakukan sedemikian rupa sehingga sama

⁵⁶ Sidharta, 2006, *Ibid*, hlm. 125

sekali menghilangkan nilai-nilai etika pada umumnya dan menghilangkan martabat kemanusiaan sebagai manusia khususnya.

Namun perancangan KUHP Konsep menyadari sepenuhnya bahwa dalam kenyataannya kedua nilai tersebut, yakni keadilan dan kepastian hukum mungkin saling mendesak atau terjadinya konflik antara keduanya. Untuk itu, KUHP Konsep berpendirian bahwa yang diutamakan sejauh mungkin adalah nilai keadilan. Hal ini dapat dilihat dalam rumusan Pasal 16 KUHP Konsep yang berbunyi dalam mempertimbangkan hukum yang akan diterapkan, hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum.

Kemudian, dalam penjelasan Pasal 16 tersebut ditegaskan bahwa keadilan dan kepastian hukum merupakan dua tujuan hukum yang kerap kali tidak sejalan satu sama lain dan sulit dihindarkan dalam praktik hukum. Apabila dalam penerapan dalam kejadian konkret, keadilan dan kepastian hukum saling mendesak, maka hakim sejauh mungkin mengutamakan keadilan di atas kepastian hukum.

Pada hakikatnya sebagian penegak hukum menghendaki agar perlu terciptanya keseimbangan antara nilai keadilan (*gerech'tigghed*) dan kepastian hukum (*rechtsze'kerheid*).

6. Teori Interpretasi (Penafsiran)

Hakim dalam memutuskan suatu perkara tidak lepas dari penafsiran atau interpretasi terhadap suatu ketentuan perundang-undangan. Dalam ajaran tentang penafsiran, memberikan batasan tentang *interpretasi* sebagai rekonstruksi pikiran yang tersimpul dalam undang-undang dan harus dilaksanakan bersamaan untuk mencapai tujuan yakni penafsiran undang-undang.⁵⁷ Penafsiran merupakan hal yang tidak dapat dihindari dalam melaksanakan suatu ketentuan perundang-undangan. Penafsiran otentik yang paling utama, karena penafsiran diberikan oleh Undang-undang itu sendiri.⁵⁸

Guna mencapai keberhasilan dalam pelaksanaan peraturan perundang-undangan itu maka diperlukan interpretasi, yakni berusaha untuk mengerti apa yang dimaksud oleh pembentuk peraturan perundang-undangan dan mengetahui betul apa dan bagaimana tujuan akhir itu harus diwujudkan dan yang harus direalisasikan. Program pelaksanaan, yaitu

⁵⁷ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2006, hlm.

⁵⁸ *Ibid*, 2006, hlm. 57

rencana yang didukung dengan pendanaan, yang siap untuk diterapkan, haruslah sesuai dengan ide, keinginan dan motivasi dari pembentuk kebijakan.

Pelaksanaan undang-undang yang efektif adalah implementasi dari sistem hukum yakni suatu kumpulan unsur-unsur yang ada dalam interaksi satu sama lain yang merupakan satu kesatuan yang terorganisasi dan kerja sama ke arah tujuan kesatuan. Unsur-unsur dalam sistem terjadi hubungan khusus, sehingga memungkinkan penentuan identitas sistem, sehingga unsur-unsurnya dapat berubah, bahkan diganti tanpa mempengaruhi kontinuitas.⁵⁹

Berhubungan dengan itu, maka bekerjanya hukum oleh penegak hukum haruslah menunjukkan rumusan yang jelas dan mudah difahami dan dapat dikerjakan (*feasible*). Oleh karena selanjutnya perlu dipersiapkan sikap dan kegiatan yang sesuai dengan teori, yaitu :

- 1) Kemampuan untuk dapat menjelaskan rumusan-rumusan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan itu dan dapat dijalankan.
- 2) Dapat menjelaskan penyelesaian permasalahan yang harus diselesaikan secara hukum melalui mekanisme penyelesaian perkara.
- 3) Dalam memahami cara kerja atau mekanisme hukum yang dijalankan oleh penegak hukum untuk tercapainya tujuan diberlakukannya hukum tersebut.

Oleh karena itu diperlukan suatu kesatuan pendapat terhadap hal di mana adanya fakta atau kenyataan dari berbagai kepentingan dalam menerapkan suatu ketentuan hukum. Bukan saja kepentingan yang berhubungan dengan permasalahan tertentu dalam suatu sektor tertentu, akan tetapi seharusnya terdapat suatu kesepakatan tentang apa yang sebenarnya dikehendaki oleh suatu ketentuan. Dalam praktek penetapan suatu sanksi pidana atau penelitian yang hendak mengkaji suatu gejala atau sebab musabab suatu peristiwa hukum, menurut Sudikno Mertokusumo diperlukan penafsiran yang terdiri dari : (a) penafsiran *gramatical*, pemberian makna hukum dengan menguraikan menurut bahasa umum sehari-hari. (b) penafsiran *historis*, menafsirkan hukum menurut terjadinya dengan jalan meneliti sejarah terjadinya undang-undang. (c) penafsiran *sistematis* atau *logis* adalah menafsirkan hukum dengan menghubungkannya dengan peraturan hukum lain atau dengan keseluruhan sistem hukum, (d) penafsiran *teleologis* atau *sosiologis* terjadi apabila makna

⁵⁹ Sudikno Mertokusumo, 2006. *Ibid*, Hal 19

hukum itu ditetapkan berdasar tujuan kemasyarakatan atau disesuaikan dengan hubungan dan situasi sosial yang baru (e) penafsiran *komparatif* adalah penafsiran dengan membandingkan untuk mendapatkan kejelasan mengenai status ketentuan undang-undang untuk mencari titik temu, (f) penafsiran *antisipatif* atau *futuristis* adalah mencari pemecahan dalam peraturan yang belum mempunyai kekuatan berlaku yaitu dalam rancangan undang-undang, (g) penafsiran *restriktif* adalah untuk menemukan batasan-batasan ruang lingkup satu ketentuan undang-undang (h) penafsiran *ekstensif* penafsiran yang memberi kebebasan kepada hakim sesuai tugasnya berdasar pandangan dan penilaian dan pertimbangan berdasar nilai masyarakat dan berdasar kelayakan dan kepatutan serta rasa keadilan.⁶⁰

Setiap putusan yang terjadi dengan pertimbangan yang masak adalah suatu hasil pertimbangan argumentasi satu sama lain dan oleh karena itu bernuansa *kontradiktif* atau *ambivalensi*. Dapat ditentukan siapa yang bekerja dengan tanggung jawab akan mengambil pilihan subyektif dari sejumlah kombinasi. Bahkan terhadap penerapan satu pasal undang-undang, bisa saja diterapkan berbagai jenis interpretasi, sesuai dengan kebutuhan dan kasusnya. Dalam penerapannya hakim tidak ditentukan harus menggunakan interpretasi tertentu. Setiap proses berfikir senantiasa berwujud gabungan. Tidak mungkin dituntut seorang hakim terus menerus berfikir secara *gramatikal* atau *historis*, misalnya atau analogi dan sebaliknya tidak bisa hakim menolak berfikir analogi dalam seluruh kasus kongkrit. Hakim dalam menghubungkan antara teks undang-undang dengan suatu peristiwa kongkrit yang diadilinya wajib menggunakan pikiran dan nalarnya untuk memilih metode penemuan hukum apa yang paling relevan untuk diterapkan dalam perkara itu. Putusan hakim dapat dinilai adil dan bermanfaat oleh masyarakat karena telah memenuhi rasa keadilan.

Menurut Sudikno Mertokusumo,⁶¹ interpretasi adalah penafsiran oleh hakim, yang dimaksudkan tidak lain adalah penafsiran atau penjelasan yang harus menuju kepada penerapan (atau tidak menerapkan) suatu peraturan hukum umum terhadap peristiwa kongkrit yang dapat diterima oleh masyarakat. Ini bukan berarti sekedar menerapkan

⁶⁰ Sudikno Mertokusumo, 2006. *Ibid*, hlm. 57-64

⁶¹ Sudikno Mertokusumo, 2006. *Ibid*, Hal 61

peraturan, bukan sekedar melakukan subsumpsi. Interpretasi merupakan batasan yang digunakan dalam proses memahami dan menginterpretasikan informasi sensoris atau kemampuan intelek untuk mencari makna dari data yang diterima oleh indera.⁶²

Pengertian lain tentang interpretasi dikemukakan oleh Bimo Walgito yaitu, interpretasi merupakan suatu proses diterimanya stimulus oleh individu melalui alat reseptornya. Perhatian merupakan pemusatan atau konsentrasi di seluruh aktifitas individu yang memperhatikan sesuatu. Tanpa adanya perhatian maka tidak akan terjadi interpretasi. Pada awal pembentukan interpretasi, orang lebih menentukan sesuatu hal yang akan diperhatikan. Interpretasi terdiri dua aspek yaitu aspek sensualisasi dan aspek observasi.⁶³ Hasil akhir dari interpretasi merupakan kesadaran individu terhadap keadaan sekelilingnya dan mengenali keadaan tersebut. Interpretasi dapat menentukan pola tingkah laku dan perbuatan seseorang, sehingga interpretasi berperan sangat penting dalam aktifitas kehidupan sehari-hari.

Interpretasi merupakan hasil pengolahan data yang dapat diperoleh dari pengalaman dan pengamatan yang bersifat selektif, karena tergantung pada kepentingan individu. Interpretasi dapat dibedakan menjadi dua, yaitu (1) interpretasi merupakan hasil pengamatan, dan (2) interpretasi merupakan hasil pemikiran dan hasil pengolahan akal terhadap data indrawi atau sensor stimuli yang diperoleh dari pengamatan. Interpretasi individu akan berbeda, perbedaan interpretasi ini dipengaruhi oleh ketajaman alat indra dan akal dalam mengolah data serta faktor lain yang berasal dari individu itu sendiri maupun dari luar lingkungan individu tersebut.

7. Perwalian dan Perlindungan Kesejahteraan Anak.

a. Perwalian Anak

1) Kekuasaan Orang Tua

Menurut KUH Perdata (BW) selama perkawinan bapak dan ibu, setiap anak sampai mereka dewasa tetap bernaung di bawah kekuasaan mereka, sejauh mereka tidak dibebaskan (Buku I bab XV (pasal 309)).

⁶² Sudikno Mertokusumo, 2006. *Ibid*, Hal 56

⁶³ Bimo Walgito. 1993. *Pengantar Psikologi Umum*, Eresco, Bandung, 1993, hlm. 54

Ayah atau ibu yang melaksanakan kekuasaan orang tua dapat dibebaskan dari kekuasaan orang tua terhadap semua anak atau terhadap seorang anak atau lebih, atas permohonan dewan perwalian atau atas tuntutan kejaksaan, bila ternyata bahwa dia tidak cakap atau tidak mampu memenuhi kewajibannya untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya dan kepentingan anak-anak itu tidak bertentangan dengan pembebasan itu berdasarkan hal yang lain.

Jika Hakim menganggap perlu untuk kepentingan anak-anak masing-masing dari orang tua, sejauh belum hilang kekuasaan orang tua, boleh dipecat dari kekuasaan orang tua, baik terhadap semua anak maupun terhadap seorang anak atau lebih, atas permohonan orang tua yang lainnya atau salah seorang keluarga sedarah dari anak-anak itu sampai dengan derajat keempat atau dewan perwalian, atau kejaksaan atas dasar:

1. Menyalahgunakan kekuasaan orang tua atau terlalu mengabaikan kewajiban memelihara dan mendidik seorang anak atau lebih;
2. Berkelakuan buruk;
3. Dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena sengaja ikut serta dalam suatu kejahatan dengan seorang anak di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya;
4. Dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena melakukan suatu kejahatan yang tercantum dalam Bab XIII, XIV, XV, XVIII, XIX, dan XX Buku II KUH Pidana terhadap seorang di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya;
5. Dijatuhi hukuman badan yang tidak dapat ditarik kembali untuk dua tahun atau lebih.

Dalam pasal ini pengertian kejahatan meliputi juga keikutsertaan membantu dan percobaan melakukan kejahatan (pasal 319a KUH Perdata).

Di dalam Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang mengatur tentang kekuasaan orang tua hanya singkat terutama hanya pasal 47, 48 dan 49. dikatakan bahwa 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. Orang tua mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan diluar Pengadilan. Orang tua 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.

Salah seorang atau kedua orang tua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu yang tertentu atas permintaan orang tua 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:

- a. Ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya;
- b. Ia berkelakuan buruk sekali.

Meskipun orang tua dicabut kekuasaannya mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak tersebut.

Dengan demikian pengaturan tentang kekuasaan orang tua terhadap anak di dalam Undang Undang No. 1 tahun 1974 tidak sejauh apa yang diatur dalam KUHP Perdata. Hal mana dapat kita pahami mengapa pembentuk Undang Undang tidak begitu saja mengangkat aturan-aturan itu dari KUH Perdata, dikarenakan bentuk lembaga hukum kekuasaan orang tua dimaksud tidak merupakan budaya hukum sebagian besar bangsa Indonesia. Hal mana berarti jika timbul gugatan masalah kekuasaan orang tua dari pihak yang berkepentingan dengan meminjam istilah J. Prins 'kebanyakan terserah kepada hakim, untuk mempertimbangkan dan menetapkan keputusannya'.⁶⁴

2).Perwalian

Mengenai perwalian dalam KUH Perdata diatur dalam Bab XV (pasal 330-418a) mulai dari pengertian belum dewasa sampai tentang Balai Harta Peninggalan. Di samping itu ada pula Bab XVI yang mengatur tentang beberapa ketentuan mengenai anak belum dewasa menjadi dewasa (pasal 419-432 KUH Perdata), dan Bab XVII tentang pengampunan bagi orang dungu, sakit otak atau mata gelap (pasal 433-462 KUH Perdata).

Pasal 330 KUH Perdata mengatakan bahwa yang dikatakan 'belum dewasa' adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 tahun dan belum pernah kawin. Jika perkawinan mereka putus sebelum mereka berumur 21 tahun maka yang telah kawin itu tidak kembali lagi menjadi belum dewasa. Mereka yang belum dewasa dan tidak berada di bawah kekuasaan orang tua berada di bawah perwalian atas dasar dan dengan cara sebagaimana diatur dalam bab tersebut.

⁶⁴ Prins. Parker. 1998. *Tentang Hukum Perkawinan di Indonesia*, Jakarta : Ghalia Indonesia.hal 32.

Dalam setiap perwalian, kecuali yang ditentukan dalam pasal 351 dan 361 KUH Perdata hanya ada satu orang wali (pasal 331). Jika salah satu dari kedua orang tua wafat, maka perwalian terhadap anak belum dewasa yang sudah kawin, demi hukum dipangku orang tua yang hidup terlama, kecuali ia dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan orang tua (pasal 345). Masing-masing orang tua yang melakukan kekuasaan orang tua atau wali bagi seorang anak atau lebih, berhak mengangkat seorang wali bagi anak-anak itu, jika perwalian itu setelah wafat, tidak harus dilakukan oleh orang tua yang lain (pasal 355).

Setiap wali harus memelihara dan mendidik anak belum dewasa sesuai dengan harta kekayaannya, ia juga harus mewakilinya dalam segala tindak perdata. Si anak yang belum dewasa harus menghormati walinya (pasal 383). Wali harus mengurus harta kekayaan anak belum dewasa sebagai bapak rumah yang baik dan bertanggung jawab atas biaya rugi dan bunga yang timbul karena pemeliharaannya yang buruk (pasal 385).

Di dalam Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang diuraikan hanya tentang perwalian pada Bab XI (pasal 50-54) dengan tambahan sedikit tentang pembuktian asal usul anak dalam Bab XII ketentuan-ketentuan lain (pasal 55). Jadi Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tidak sampai mengatur tentang Perwalian oleh Perkumpulan, Perwalian Pengawas, Pengampuan dan Balai Harta Peninggalan.

Pada dasarnya setiap anak yang belum dewasa dan belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah perwalian. Dengan demikian menurut J Satrio, mereka yang berada di bawah perwalian adalah.⁶⁵

- a. Anak-anak yang orang tuanya dibebaskan/dipecat dari kekuasaan orang tua.
- b. Anak-anak yang orang tuanya bercerai.
- c. Anak-anak yang salah satu atau kedua orang tuanya meninggal dunia.
- d. Anak luar kawin.

Yang dapat diangkat sebagai wali adalah orang-orang yang cakap untuk bertindak, tidak dicabut atau dibebaskan dari kekuasaan orang tua atau perwalian. Syarat kecakapan bertindak kiranya merupakan syarat yang logis, mengingat bahwa kewajiban wali justru untuk mewakili si anak belum dewasa dalam segala tindakan perdata, dengan demikian orang gila dan anak di bawah umur tidak dapat ditunjuk sebagai wali.

⁶⁵ J. Satrio, 1988, *loc. cit*

Mengenai kewajiban dari seorang wali di dalam Undang-undang Perkawinan tidak disebutkan secara tegas namun apabila memperhatikan ketentuan pasal 50 ayat (2) yang mengatakan bahwa perwalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun kekayaannya. Dari kata-kata "mengenai pribadi anak yang bersangkutan" dapat ditafsirkan bahwa kewajiban dari wali adalah mengurus kepentingan diri si anak mulai dari mengasuh, memelihara, serta memberi pendidikan serta bimbingan agama, serta pengobatan dan pemenuhan segala kebutuhan anak lainnya. Semua pembiayaan hidup tersebut adalah menjadi tanggungjawab si wali. Sedangkan perwalian terhadap harta benda atau kekayaannya adalah dalam bentuk mengelola harta benda si anak secara baik dengan mewakili si anak dalam segala tindakan perdata (*burgelijke handelingen*).

Terhadap pengelolaan harta benda si anak ini seorang wali bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan atau kelalaiannya, seorang wali yang telah menyebabkan kerugian kepada harta benda anak yang berada di bawah kekuasaannya, atas tuntutan anak atau keluarga anak tersebut dengan keputusan pengadilan, yang bersangkutan dapat diwajibkan untuk mengganti kerugian tersebut.

Perwalian yang timbul demi hukum, adalah dalam hal seorang suami/istri meninggal dunia, maka suami/istri yang hidup lebih lama demi hukum menjadi wali atas anak-anaknya yang belum dewasa. Dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak menyebutkan secara tegas, tetapi mengingat bahwa anak yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua berada di bawah perwalian, sedang "orang tua" tidak ada lagi karena salah satu dari suami/istri meninggal dunia, maka dapat ditafsirkan bahwa ayah/ibu yang masih hidup demi hukum memangku jabatan perwalian. Disamping itu mengingat ketentuan pasal 43 Undang-undang Perkawinan yang menjelaskan bahwa anak luar kawin demi hukum mempunyai hubungan hukum dengan ibu yang melahirkannya, maka kiranya logis bahwa anak-anak yang tidak dapat diakui oleh ayah biologisnya, maka berdasarkan pasal 43 Undang-undang Perkawinan, anak semacam itu di bawah perwalian ibunya.

b. Perlindungan Kesejahteraan Anak

Dalam Amandemen kedua Undang Undang Dasar 1945 yang disahkan tanggal 18 Agustus 2000 pada Bab XA tentang hak Azasi manusia berisi ketentuan mengenai Hak

Anak yang berkenaan dengan Hak Hidup (*pro-life*) bahwa hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak azasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun juga (pasal 28 i). Pengertian diatas sangat penting sekali dalam kaitannya dengan hak anak dalam bidang hukum dan dalam aspek perlindungan anak. Anak dalam pemaknaan yang umum mendapat perhatian tidak saja dalam bidang ilmu pengetahuan (*the body of knowledge*), tetapi juga ditelaah dari sudut pandang sentralistis kehidupan, seperti agama, biologis, sosial dan juga hukum.

1) Pengertian Anak.

Menurut Konvensi Hak Anak PBB "anak" adalah setiap manusia yang berusia dibawah 18 tahun, kecuali berdasarkan Undang Undang yang berlaku bagi anak ditentukan batas usia dewasa dicapai lebih awal. PBB menetapkan usia dibawah 18 tahun sebagai anak namun tetap memberi ruang bagi masing masing negara untuk menentukan batasan "anak" tersebut namun ditekankan agar menyelaraskan dengan Konvensi Hak Anak PBB.

Disamping itu pengertian "anak" dalam hukum Perdata dipandang sebagai subyek hukum yang belum cakap/belum mampu melakukan perbuatan hukum. Pasal 330 ayat 1 KUH Perdata berbunyi bahwa yang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 tahun dan tidak kawin sebelumnya.

Dalam Undang Undang No.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan pengertian anak/belum dewasa adalah belum berusia 18 tahun (pasal 50 ayat 1 Undang Undang No.1 tahun 1974) dan dalam pasal 7 menyebutkan bahwa batas usia minimum untuk dapat kawin adalah 19 tahun untuk laki-laki dan 16 tahun untuk perempuan/wanita.

Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak, menentukan dalam pasal 1 angka 2, anak adalah seseorang yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun dan belum pernah kawin.

Selanjutnya Undang Undang No.23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak menentukan batasan umur "anak" adalah seorang yang belum berusia 18 (delapan belas)

tahun termasuk anak yang masih dalam kandungan (pasal 1 Undang Undang No.23 tahun 2002).

Bahwa yang menjadi permasalahan adalah ternyata masih ada perbedaan batasan usia anak yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia yang disebabkan karena belum adanya unifikasi tentang hukum anak di Indonesia dan yang ada masih terkodifikasi dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku saat ini, hal ini akan dapat menimbulkan kesulitan dalam pemahaman terhadap hukum anak itu sendiri.⁶⁶

2) Hak anak menurut Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak

Dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak, hak anak termuat dalam pasal 2 sampai dengan pasal 8 sebagai berikut:

Pasal 2 :

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

Pasal 3 :

Dalam keadaan yang membahayakan, anaklah yang pertama-tama berhak mendapat pertolongan, bantuan dan perlindungan.

Pasal 4 :

- (1) Anak yang tidak mempunyai orang tua berhak memperoleh asuhan oleh negara atau orang atau badan.
- (2) Pelaksanaan ketentuan ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Pasal 5 :

- (1) Anak yang tidak mampu berhak memperoleh bantuan agar dalam lingkungan keluarga dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar.
- (2) Pelaksanaan ketentuan ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

⁶⁶ Prins. Parker, *Ibid*, 1998, hlm. 43.

Pasal 6 :

- (1) Anak yang mengalami masalah kelakuan diberi pelayanan dan asuhan yang bertujuan menolongnya guna mengatasi hambatan yang terjadi dalam masa pertumbuhan dan perkembangannya.
- (2) Pelayanan dan asuhan, sebagaimana dimaksudkan dalam ayat (1), juga diberikan kepada anak yang telah dinyatakan bersalah melakukan pelanggaran hukum berdasarkan putusan hakim.

Pasal 7 :

Anak cacat berhak memperoleh pelayanan khusus untuk mencapai tingkat pertumbuhan sejauh batas kemampuan dan kesanggupan anak yang bersangkutan.

Pasal 8 :

Bantuan dan pelayanan, yang bertujuan mewujudkan kesejahteraan anak menjadi hak setiap anak tanpa membeda-bedakan jenis kelamin, agama, pendirian politik dan kedudukan sosial.

3) Hak Anak menurut Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.

Dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, hak anak termuat dalam pasal 4 sampai dengan pasal 18 sebagai berikut :

Pasal 4 :

Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh dan 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 :

- (1) Setiap anak berhak untuk mengetahui orangtuanya, dibesarkan dan diasuh oleh orangtuanya sendiri.
- (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 :

- (1) Setiap anak memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya.
- (2) Selain itu anak sebagaimana dimaksud dalam 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 memberikan 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 sesuai dengan minat, bakat dan tingkat kecerdasannya demi mengembangkan diri.

Pasal 12 :

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

Pasal 13 :

- (1) Setiap anak selama dalam pengasuhan orangtua, wali, atau pihak lain manapun yang bertanggungjawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan :
 - a. Diskriminasi
 - b. Eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual.
 - c. Penelantaran
 - d. Kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan
 - e. Ketidakadilan, dan
 - f. Perlakuan salah lainnya

(2) Dalam hal orangtua, wali atau pengasuh anak melakukan segala bentuk perlakuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) maka pelaku dikenakan pemberatan hukuman.

Pasal 14 :

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

Pasal 15 :

Setiap anak berhak untuk memperoleh perlindungan dari :

- a. Penyalahgunaan keadaan kegiatan politik.
- b. Pelibatan dalam sengketa bersenjata.
- c. Pelibatan dalam kerusuhan sosial.
- d. Pelibatan dalam peristiwa yang mengandung unsur kekerasan, dan
- e. Pelibatan dalam peperangan.

Pasal 16 :

- (1) Setiap anak berhak memperoleh perlindungan dari sasaran penganiayaan, penyiksaan, atau penjatuhan hukuman yang tidak manusiawi.
- (2) Setiap anak berhak untuk memperoleh kebebasan sesuai dengan hukum.
- (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 :

(1) Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak untuk :

- a. Mendapatkan perlakuan secara manusiawi dan penempatannya dipisahkan dari orang dewasa.
 - b. Memperoleh bantuan hukum atau bantuan lainnya secara efektif dalam setiap tahapan upaya hukum yang berlaku, dan
 - c. Membela diri dan memperoleh keadilan di depan pengadilan anak yang obyektif dan tidak memihak dalam sidang tertutup untuk umum.
- (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 mendapatkan bantuan hukum dan bantuan lainnya.

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, sedangkan perlindungan khusus adalah perlindungan yang diberikan kepada anak dalam situasi darurat, anak yang berhadapan dengan hukum, anak dari kelompok minoritas dan terisolasi, anak yang dieksploitasi secara ekonomi dan/atau seksual, anak yang diperdagangkan, anak yang menjadi korban penyalahgunaan Narkotika, Alkohol, Psikotropika dan Zat Adiktif lainnya (napza), anak korban penculikan, penjualan, perdagangan, anak korban kekerasan baik fisik dan/atau mental, anak yang menyandang cacat dan anak korban perlakuan salah dan penelantaran. Bahwa yang dimaksudkan dengan situasi darurat disini adalah anak dalam pengungsian, anak korban kerusuhan, anak korban bencana alam dan anak dalam situasi konflik atau perang. Jadi Perlindungan Anak sebagaimana diatur dalam Undang Undang No.23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak ini meliputi aspek hukum, agama, pendidikan, kesehatan dan sosial.

Menurut Gosita⁶⁷, ruang lingkup hukum perlindungan anak meliputi kegiatan perlindungan anak, merupakan suatu tindakan hukum yang membawa akibat hukum, sehingga perlu adanya jaminan hukum bagi kegiatan perlindungan anak tersebut dan kepastian hukumnya perlu diusahakan demi kelangsungan kegiatan perlindungan anak dan mencegah penyelewengan yang membawa akibat negatif dalam pelaksanaan kegiatan perlindungan anak.

Undang Undang No.23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak juga mengatur tentang Hak dan Kewajiban Anak (pasal 4 – 19), disisi lain Undang Undang ini juga mengatur Kewajiban dan Tanggung jawab Pemerintah, Negara, Masyarakat, Keluarga dan Orang tua terhadap penyelenggaraan Perlindungan Anak termasuk menjamin dan menghormati hak azasinya serta memberikan sarana dan prasarana dalam penyelenggaraan perlindungan kesejahteraan anak.

B. Penelitian Terdahulu

⁶⁷ Arif Gosita, *Viktimologi dan KUHP*,: Penerbit Akademi Presindo, Jakarta, 1986

1. Penelitian yang dilakukan oleh Volce Verdian,⁶⁸ hasil penelitian menunjukkan bahwa hakim apabila menghadapi kasus tersebut dan pertimbangan yang diambil sebelum menjatuhkan putusan dalam menetapkan status perwalian anak dalam perceraian berdasar pada:
 - a. Putusan yang berhak menjadi walinya, berdasar pertimbangan putusan yang seadil-adilnya sehingga tidak akan merugikan salah satu pihak.
 - b. Hakim memerlukan masukan-masukan dan pengetahuan mengenai kasusnya, sehingga dalam membuat putusan, tidak merugikan salah satu pihak.
 - c. Putusan pengadilan mengikat secara hukum para pihak yang berperkara. Putusan pengadilan menegaskan seperangkat hak, kewajiban dan tanggung jawab yang diterima bekas suami maupun bekas istri terhadap anak mereka.
2. Penelitian Faradila Mahayu (2006)⁶⁹ diperoleh hasil analisa penelitian dapat disimpulkan bahwa Putusan Hakim Pengadilan Negeri Magelang dalam memutuskan perkara perceraian mempertimbangkan perwalian anak karena perceraian kedua orang tuanya. Putusan hakim adalah (a) memberikan hak perwalian anak kepada ibunya dengan pertimbangan bahwa secara ekonomi ibu si anak mampu untuk menjalankan tugas perwalian. (b) Secara emosional anak memiliki kecenderungan dan ketergantngan dengan ibunya, berdasar surat keterangan dokter psikologi, dan (3) kepada bapak diberikan beban untuk memberikan nafkah pendidikan dan pemeliharaan anak sebesar Rp. 315.000,00 per bulan, dan kewajiban-kewajiban lain yang bersifat kekeluargaan.
3. Penelitian Suryandari (2007),⁷⁰ Putusan Hakim dalam Perlindungan Terhadap Anak Karena Perceraian di Pengadilan Negeri Pati, mempertimbangkan perwalian anak karena perceraian kedua orang tuanya. Berdasar pertimbangan hakim selama persidangan diperoleh putusan hakim adalah (a) memberikan hak perwalian anak kepada ibu si anak dengan pertimbangan bahwa secara emosional maupun ekonomi ibu si anak mampu untuk menjalankan tugas perwalian. (b) Jaminan terhadap masa depan anak dalam pengasuhan diberikan kepada orang yang paling dekat dan mengerti perkembangan anak, dan (3) kepada bapak

⁶⁸ Volce Verdian, *Kajian Pertimbangan Putusan Hakim dalam Penetapan Perwalian Anak di Pengadilan Negeri Surakarta, Disertasi*, Yogyakarta: UGM, 2006, hlm. 29.

⁶⁹ Faradila Mahayu (2006), *Analisis Perlindungan Anak Menurut Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 dalam Perkara Perceraian di Pengadilan Negeri Magelang, Tesis*, tidak dipublikasikan.

⁷⁰ Suryandari (2007), *Putusan Hakim dalam Perlindungan Terhadap Anak Karena Perceraian di Pengadilan Negeri Pati, Tesis*, tidak dipublikasikan

diwajibkan memberikan nafkah pendidikan dan pemeliharaan anak dan kewajiban-kewajiban lain yang bersifat kekeluargaan.

C. Kerangka Pemikiran

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan telah memberi wewenang kepada lembaga peradilan untuk memberikan putusan terhadap adanya perselisihan mengenai penguasaan anak-anak karena terjadinya perceraian.

Anak adalah kelompok strategis sebagai penerus bangsa yang merupakan amanah, sehingga menghormati, memenuhi dan menjamin hak anak adalah tanggungjawab negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua. Untuk mewujudkan tanggungjawab kelangsungan hidup bagi anak ini pemerintah telah mengundangkan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan anak dan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan anak. Kesejahteraan anak adalah suatu tata kehidupan dan penghidupan anak yang dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangan dengan wajar, baik secara rohani, jasmani maupun sosial. Sedangkan perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh dan berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi

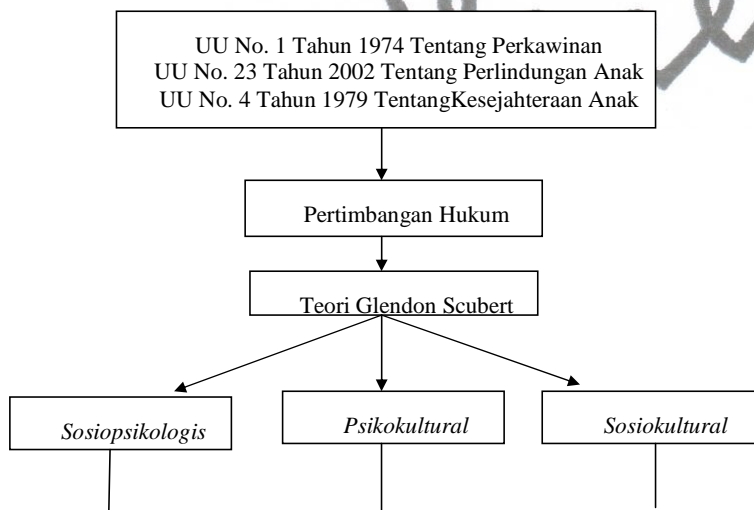
Hakim dalam menentukan hak wali asuh atas anak karena perceraian menggunakan pertimbangan mendalam sebelum menjatuhkan putusan yang menetapkan siapa yang berhak sebagai wali atas anak-anak. Untuk menjatuhkan putusan, hakim pengadilan memerlukan masukan-masukan dan pengetahuan sebagai bahan pertimbangan agar putusan hakim tidak salah, dapat diterima dan mengikat para pihak yang berperkara untuk menegaskan seperangkat hak, kewajiban dan tanggung jawab terhadap anak mereka.

Hakim memiliki persepsi, kognisi, dalam pengambilan keputusan sebagai fungsi kepribadian yang mempengaruhi putusan hukum. Struktur kepribadian hakim mempengaruhi pengambilan keputusannya, yakni ideologi dan peran-peran individu, pola-pola keyakinan, harapan, kewajiban dan hubungan pengetahuan mengenai kehidupan dan dunia nyata, dan pemahamannya tentang harapan-harapan orang lain dan harapan mengenai keputusan hakim

yang harus diambil. Putusan hakim mempertimbangkan kekuatan nilai-nilai sosial yang berlaku dalam masyarakat, sehingga dirasakan oleh pencari keadilan sebagai keadilan berdasar putusan hakim.

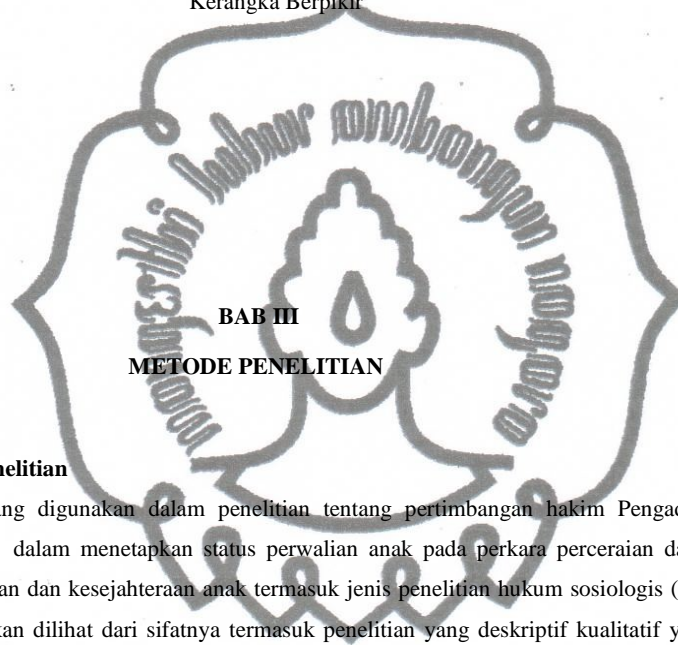
Tugas utama seorang hakim adalah membuat putusan terhadap perkara yang dihadapkan kepadanya, putusan sebagai produk hukum dari hakim, bagi para pihak merupakan putusan yang harus dipatuhi. Menurut Glendon Schubert, hakim dalam memutuskan perkara untuk menetapkan hak perwalian anak berakibat mengikat secara hukum bagi para pihak yang berperkara. Segmen sosiopsikologis menggambarkan hasil interaksi antara sistem sosial dan sistem atribut-atribut serta perilaku-perilakunya. Segmen psikokultural mendeskripsikan perpaduan antara sistem budaya dan sistem kepribadian, mengenai pemahaman atau konsepsi individu tentang peran atau peran-perannya dan ideologi-ideologi yang diterimanya, Segmen sosiokultural menyajikan hasil interaksi antara sistem sosial dan budaya, berkaitan dengan pola dari peran institusional dan fungsi output dari akomodasi dan pengaturan tingkah laku orang lain.⁷¹

Sehingga kerangka pemikiran penelitian ini dapat digambarkan dalam bagan sebagai berikut:



⁷¹ Antonius, *loc.cit*

Gambar 3.
Kerangka Berpikir



A. Karakteristik Penelitian

Metode yang digunakan dalam penelitian tentang pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak termasuk jenis penelitian hukum sosiologis (non-doktrinal), sedangkan dilihat dari sifatnya termasuk penelitian yang deskriptif kualitatif yakni penelitian untuk memberikan data seteliti mungkin dengan mendeskripsikan pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak dalam perceraian.

Mengikuti pendapat Soetandyo Wignyosubroto, ada 5 (lima) konsep hukum sebagaimana dikembangkan oleh Setiono,⁷² adalah sebagai berikut:

1. Hukum adalah asas kebenaran dan keadilan yang bersifat kodrati dan berlaku universal .
2. Hukum adalah norma-norma positif di dalam sistem perundang-undangan
3. Hukum adalah apa yang diputuskan oleh hakim *in concreto* dan tersistematisasi sebagai *judge made law*.

⁷² Setiono, *Pemahaman terhadap Metode Penelitian Hukum*, Program Studi Ilmu Hukum Pascasarjana Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2005, hlm. 20

4. Hukum adalah pola-pola perilaku sosial yang terlembagakan, eksis sebagai variabel sosial yang empirik.
5. Hukum adalah manifestasi makna-makna simbolik perilaku sosial sebagai tampak dalam interaksi mereka.

Dalam penulisan tesis ini, penulis memakai konsep hukum ke-3 (tiga), yaitu apa yang diputuskan oleh hakim *in concreto* dan tersistematisasi sebagai *judge made law*. Dalam penelitian ini penulis mengkaji tentang *court behavior*, sehingga penelitian ini merupakan penelitian non doktrinal yaitu setiap penelitian yang mendasarkan atau mengonsepsikan hukum sebagai tingkah laku atau perilaku dan aksi. Tipe kajian ini adalah kajian keilmuan dengan maksud hanya hendak mempelajari dan bukan hendak mengajarkan sesuatu doktrin.

Penelitian ini dimaksudkan untuk memperoleh gambaran secara mendalam tentang pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak dalam perceraian dengan cara penelitian studi kasus dengan menggunakan pendekatan kualitatif. Pendekatan kualitatif dianggap sesuai untuk mengkaji permasalahan dalam penelitian ini karena hal-hal yang diamati terkait langsung dengan permasalahan aktual yang dihadapi saat ini.

Bogdan dan Taylor,⁷³ mendefinisikan metodologi kualitatif sebagai prosedur penelitian yang menghasilkan data deskriptif. Data tersebut berupa kata-kata yang tertulis atau lisan dari orang-orang dan perilaku yang dapat diamati. Pendekatan ini diarahkan pada latar belakang individu secara *holistik* (utuh). Menurut Lexy J. Moleong,⁷⁴ mendefinisikan kata-kata dan tindakan orang-orang yang diamati atau diwawancarai merupakan sumber data utama. Nasution,⁷⁵ menjelaskan bahwa penelitian kualitatif pada hakekatnya ialah mengamati orang dalam hidupnya, berinteraksi dengan mereka, berusaha memahami bahasa dan tafsiran mereka tentang dunia sekitarnya.

⁷³ Bogdan & J.Taylor, *Pengantar Metoda Penelitian Kualitati*, Penerjemah Arief Furchan, Usaha Nasional, Surabaya, 1992, hlm. 21-22.

⁷⁴ Lexy Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*. Bandung: PT.Remaja Rosdakarya, Bandung, 2007, hlm. 157

⁷⁵ Nasution, *Metode Penelitian Naturalistik*, Tarsito, Bandung, 1995, hlm. 5.

B. Lokasi Penelitian

Penelitian ini dilakukan di Pengadilan Negeri Amlapura dengan alasan bahwa di Pengadilan Negeri Amlapura terdapat data yang penulis butuhkan untuk penelitian ini, terutama data mengenai pertimbangan hakim dalam menetapkan status perwalian anak dalam perkara perceraian.

C. Sumber Data

Peneliti menggunakan sumber data yang dapat memberikan data yang dibutuhkan baik berupa jawaban lisan maupun tulisan. Sumber datanya dapat ditentukan, yakni:

1. Data Primer

Data Primer adalah data yang diperoleh dari penelitian lapangan berupa keterangan atau informasi yang berhubungan dengan pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak dalam perceraian sesuai perlindungan dan kesejahteraan anak.

2. Data Sekunder

Data sekunder adalah data yang diperoleh dan dipertimbangkan sebagai acuan penelitian. Penelitian ini memperhatikan materi penelitian yang dijadikan pokok pembahasan dan guna menentukan identifikasi data. Adapun materi penelitian ini dapat disajikan sebagai berikut:⁷⁶

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

- a) Undang-undang Dasar 1945.
- b) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
- c) Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Pelindungan Anak
- d) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak.
- e) Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.
- f) Undang-undang No. 8 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas Undang-undang No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum.

b. Bahan Hukum Sekunder

⁷⁶ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI Press, Jakarta, 1986, hlm. 13

Adalah bahan hukum yang terdiri dari referensi baik berupa hasil penelitian, journal, dokumen dan keterangan yang mendukung dan berhubungan dengan masalah pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak dalam perceraian.

c. Bahan Hukum Tertier

- 1) Kamus Umum Bahasa Indonesia
- 2) Kamus Hukum Indonesia
- 3) Ensiklopedia Hukum Indonesia

D. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data primer yang dipergunakan dalam penelitian ini adalah wawancara secara mendalam dan studi dokumentasi sebagai data bantu, pengertian hal tersebut adalah :

1. Wawancara

Wawancara adalah proses memperoleh keterangan untuk tujuan penelitian dengan cara tanya jawab, baik secara langsung maupun tidak langsung dengan sumber data. Data hasil wawancara dideskripsikan dan ditranskripsikan sesuai dengan latar secara utuh, karena kata-kata tuturan adalah subyek mandiri, sehingga peneliti memperoleh pengertian mengenai bagaimana subyek menafsirkan sebagian dari dunia.⁷⁷

2. Studi Dokumentasi

Studi dokumentasi sebagai pelengkap data primer untuk memperjelas pernyataan. Penerapan metode dokumentasi, peneliti menyelidiki buku-buku, majalah, dokumen, peraturan-peraturan, notulen rapat, catatan harian, putusan pengadilan yang relevan dan sebagainya.

E. Teknik Sampling / Penentuan Responden

Dalam penelitian ini penentuan sampelnya dilakukan terhadap nara sumber/informan ditentukan dengan teknik semacam model *purposive sampling*, yakni nara sumber ditentukan berdasar karakteristik yang telah diketahui sebelumnya oleh peneliti.

Berdasar teknik *purposive sampling* tersebut responden/nara sumber penelitian ini adalah :

1. Ketua Pengadilan Negeri Amlapura.

⁷⁷ Bogdan & J.Taylor, 1992, *op.cit*, hlm. 178

2. Hakim yang memutuskan dan menetapkan status perwalian anak dalam perceraian.
3. Para pihak dalam hubungannya dengan penetapan status perwalian anak dalam perceraian.

F. Teknik Analisis Data

Analisis data merupakan bagian menentukan dalam metode ilmiah karena dengan analisis data tersebut dapat diberi arti dan makna yang berguna dalam memecahkan masalah penelitian. Menurut Moleong,⁷⁸ menyatakan bahwa analisis data kualitatif secara induktif digunakan untuk menganalisis data kualitatif yang didapatkan dalam teknik pengumpulan data.

Maksud pendekatan induktif memungkinkan temuan penelitian muncul dari keadaan umum, tema-tema dominan dan signifikan yang ada dalam data. Tanpa mengabaikan hal-hal yang muncul oleh struktur metodologisnya. Analisis terhadap tema pokok, tanpa mengabaikan hal-hal yang muncul oleh struktur metodologisnya. Sebab, tema-tema pokok sering terabaikan, dikerangkakan ulang atau dibiarkan tidak tampak karena adanya prakonsepsi dalam pengumpulan data dan proses analisis data yang dikemukakan dalam eksperimen yang deduktif dan pengujian hipotesis.⁷⁹

Analisis terhadap data yang berhasil dikumpulkan menggunakan teknik Interpretasi yakni : (a) untuk mendapatkan pemahaman atas kasus yang ditangani, (b) membangun hubungan yang jelas antara tujuan penelitian dengan data temuan yang relevan, (c) untuk mengembangkan teori mengenai struktur fenomenal dalam data tersebut maupun proses-prosesnya. Selanjutnya dipertimbangkan mengenai putusan pengadilan dengan mengkaji pertimbangan hakim untuk memutus hak perwalian anak secara umum yakni: (a) adanya itikad baik dari calon wali anak, (b) kesanggupan calon wali untuk menjadi wali, (c) aspek ekonomi yang akan menjadi wali dan (d) kemampuan dan jaminan bahwa anak tidak akan terlantar, sehat dan terjamin pendidikannya.

Analisis penelitian ini menggunakan silogisme induktif – deduktif yakni kajian secara khusus terhadap kasus-kasus melalui kegiatan interpretasi dengan mempertimbangkan aspek yuridis, sosiologis dan filosofis sebagai kerja analisis induktif sedangkan penerapan silogisme deduktif ditunjukkan oleh pertimbangan hakim dalam memutuskan hak perwalian atas anak karena perceraian berdasarkan kriteria umum.

⁷⁸ Lexy Mileong, 2007, *op.cit.*, hlm. 296

⁷⁹ Lexy Mileong, 2007. *Ibid.*, hlm. 298

Berdasarkan metode analisis kualitatif (non doktrinal), dengan mempertimbangkan silogisme induktif–deduktif yang diharapkan akan memperoleh kesimpulan adanya pertimbangan hakim yang memperhatikan perlindungan dan kesejahteraan anak dalam menetapkan hak perwalian atas anak karena perceraian di Pengadilan Negeri Amlapura.



BAB IV

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Hasil Penelitian

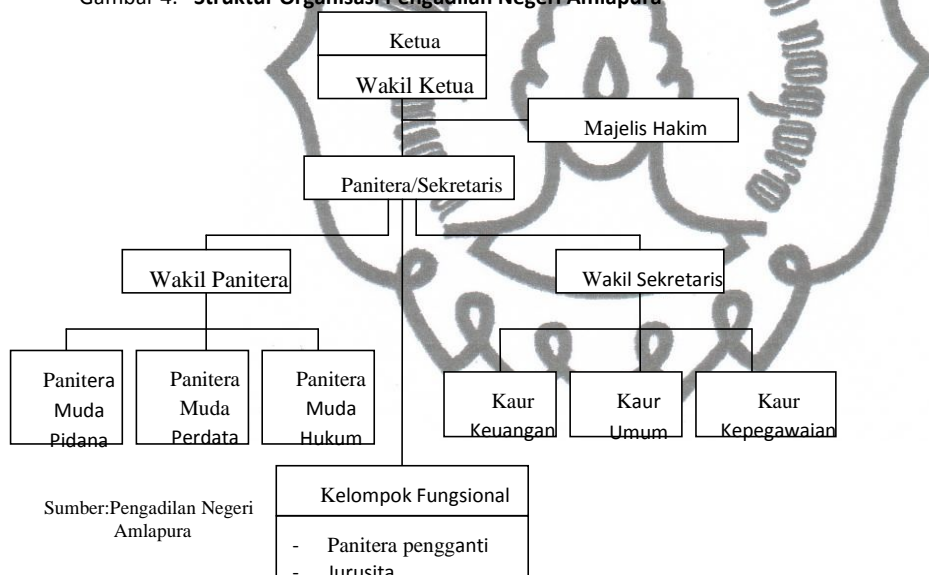
1. Organisasi dan Tata Laksana

Peradilan adalah lembaga yang melaksanakan kekuasaan kehakiman yang bertugas menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan

Pancasila, dengan tugas pokok menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya berdasarkan peraturan perundang-undangan. Dalam hal penyelenggaraan administrasi pengadilan, oleh Undang-Undang dibedakan menurut jenisnya ke dalam administrasi kepaniteraan dan administrasi kesekretariatan, hal ini dimaksudkan untuk mendukung ketertiban administrasi dalam penyelenggaraan peradilan.

Pengadilan Negeri Amlapura yang mempunyai wilayah hukum di Kabupaten Karangasem dengan bagan organisasi sebagai berikut :

Gambar 4. Struktur Organisasi Pengadilan Negeri Amlapura



Sumber: Pengadilan Negeri Amlapura

Badan Peradilan adalah pelaksana Kekuasaan Kehakiman yang bertugas menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, dengan tugas pokok menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya dan tugas lain yang diberikan kepadanya berdasarkan peraturan perundangan. Memberikan keterangan, pertimbangan dan nasehat tentang hukum kepada Lembaga Kenegaraan baik di Pusat maupun di Daerah, apabila diminta. Pengadilan bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan

menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya sesuai dengan kewenangannya, di tingkat pertama dan memfasilitasi permohonan banding, kasasi, peninjauan kembali.

Perkara Perdata yang ditangani Pengadilan Negeri Amlapura :

Tabel 1.

Jenis Perkara Perdata Gugatan yang ditangani Pengadilan Negeri Amlapura Tahun 2008

NO.	JENIS PERKARA	JUMLAH
1.	Warisan	2 perkara
2.	Perbuatan Melawan Hukum	4 perkara
3.	Perjanjian	3 perkara
4.	Tanah	4 perkara
5.	Perceraian	24 perkara
	Jumlah keseluruhan	37 perkara

Sumber : Pengadilan Negeri Amlapura, 2008

Jumlah Perkara perdata gugatan yang ditangani oleh Pengadilan Negeri Amlapura tahun 2008 sebanyak 37 (tiga puluh tujuh) perkara dengan klasifikasi perkara Warisan sebanyak 2 (dua)

perkara, Perbuatan Melawan Hukum sebanyak 4 (empat) perkara, perjanjian 3 (tiga) perkara, tanah 4 (empat) perkara, perceraian 24 (dua puluh empat) perkara.

Tabel 2.

Perkara Gugatan Perceraian yang mohon ditetapkan perwalian atas anak, pada Pengadilan Negeri Amlapura tahun 2008

No.	Nomor Perkara	Para Pihak	Hak Perwalian atas anak diberikan kepada:
1	2	3	4
01.	01/Pdt.G/2008/PN.AP	I Gede Wardika Melawan Fauziah Yanti	Tergugat (Ibu)

02.	09/Pdt.G/2008/PN.AP	Ni Luh Asih Melawan I Nyoman Kantun	Tergugat (Ayah)
03.	11/Pdt.G/2008/PN.AP	I Dewa Putu Meneh Melawan Nengah Sriyati	Penggugat (Ayah)
04.	13/Pdt.G/2008/PN.AP	Ketut Wispada Melawan Ni Made Martini	Penggugat (Ayah)
05.	16/Pdt.G/2008/PN.AP	Ni Made Dewi Indah Melawan I Wayan Budiarta	Tergugat (Ayah)
06.	19/Pdt.G/2008/PN.AP	Kadek Ade Triati Melawan Wayan Teguh Marda	Tergugat (Ayah)
07.	21/Pdt.G/2008/PN.AP	I Wayan Sunarta Melawan Ni Wayan Carman	Penggugat (Ayah)

1	2	3	4
08.	28/Pdt.G/2008/PN.AP	Ni Gusti Ayu Sumi Melawan I Gusti Made Suga	Penggugat (Ibu)
09.	34/Pdt.G/2008/PN.AP	I Wayan Darma Melawan Ni Kadek Supartini	Penggugat (Ayah)
10.	37/Pdt.G/2008/PN.AP	I Putu Eka Aribawa Melawan Ni Luh Sugiartini	Penggugat (Ayah)

Sumber: Pengadilan Negeri Amlapura, 2008.

Dari perkara perceraian yang ditangani oleh Pengadilan Negeri Amlapura pada tahun 2008 yang berjumlah 24 (dua puluh empat) perkara, 10 (sepuluh) perkara diantaranya mohon untuk ditetapkan hak perwalian atas anak. Dari 10 (sepuluh) perkara yang dimohonkan hak perwalian atas anak, maka 8 (delapan) perkara hak perwalian atas

anak diserahkan kepada ayahnya, sedangkan 2 (dua) perkara hak perwalian atas anak diserahkan kepada ibunya.

2. Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam pertimbangannya memberikan penetapan hak perwalian anak karena perceraian kepada ayahnya

a. Maksud Pertimbangan Hakim

Pertimbangan hakim dimaksudkan untuk mencapai keadilan dari perkara yang dipercayakan kepada hakim oleh lembaga pengadilan. Keadilan yang harus diciptakan menjadi tugas hakim dan merupakan hasil penyerasian antara kepastian hukum dan kesebandingan hukum. Keadilan itu secara ideal berupa kepastian hukum yakni pencerminan dari asas *neminem laedere*, sedangkan kesebandingan hukum merupakan pencerminan dari asas *sum cuique tribuere*. Pertimbangan hakim dimaksudkan menyerasikan kedua asas hukum itu, yakni asas *neminem laedere* yang merupakan sendi *equality*, ditujukan terhadap masyarakat umum tanpa kecuali dan merupakan asas bagi pergaulan hidup. Asas *sum cuique tribuere* merupakan sendi *equity* yang diarahkan pada penyamaan apa yang tidak berbeda dan membedakan apa yang tidak sama. Dalam pergaulan hidup sendiri *equity* dialami pada hal-hal yang khusus dan konkrit.

Keadilan yang dimaksudkan adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya sama, sebab keadilan mewajibkan persamaan seperti itu, dan mengharuskannya. Adil adalah memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. Keadilan seperti ini adalah keadilan sosial yang harus dihormati di dalam hukum manusia dan setiap individu diperintahkan untuk menegakkannya. Adil adalah memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi.

Tujuan pertimbangan hakim adalah melaksanakan kedua asas itu sebagai asas *tepa-salira* yakni *neminem laedere* dan *sum cuique tribuere* yang merupakan kutub-kutub citra keadilan, maka keadilan sebagai keadaan merupakan keserasian antara kedua asas tersebut. Sebagai proses, maka keadilan merupakan penyerasian kedua asas tersebut diatas. Apa yang menjadi haknya orang lain harus diberikan dan dilindungi sebanding dengan apa yang telah dilakukan atau apa yang telah diberikannya.

Dalam prakteknya hakim di persidangan memandang hukum sebagai norma, dimana norma adalah aturan atau pedoman hidup tingkah laku manusia. Sehingga barang siapa melanggar dianggap sebagai manusia yang tidak bermoral (*amoral*), sebab yang ditekankan di sini adalah aspek moral dan etika dari manusia. Selanjutnya agar norma atau hukum dipatuhi tanpa adanya paksaan oleh warga masyarakat maka perlu diadakan kegiatan sosialisasi (pemasyarakatan). Maksud pertimbangan hakim juga pada keputusan hukum yang diberikannya dengan mendasarkan pada rasa keadilan dan mengandung perlindungan kepada para pihak yang berperkara. Meskipun kepada pelanggar hukum, namun akan merasa bahwa apa yang dilakukannya sudah sepatutnya menerima sanksi hukum dari hakim.

Wawancara dengan I Made Supartha, Ketua Pengadilan Negeri Amlapura yang mulai menjadi hakim sejak tahun 1985, pada tanggal 14 Agustus 2009 diperoleh informasi bahwa:

”Putusan hakim tidak bisa dilepas-pisahkan dari pembicaraan tentang keadilan dan kepastian hukum. Hal ini disebabkan keduanya merupakan unsur yang esensial dalam hukum. Hakim dalam memutus perwalian anak seharusnya non diskriminasi; memfokuskan pada kepentingan yang terbaik bagi anak; berorientasi pada hak untuk hidup bagi anak, mempertimbangkan kelangsungan hidup dan perkembangan si anak, dan penghargaan terhadap pendapat anak”.

Menurut teori Grustav Radbruch mengemukakan bahwa ada tiga nilai dasar yang harus terdapat dalam hukum, yakni keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Artinya, dalam penegakan hukum, tidak ada pihak dan institusi lain berhak dan mempunyai kewenangan melakukan intervensi, karena bekerjanya berbagai kekuatan sosial dan nilai-nilai sosial banyak berpengaruh terhadap terselenggaranya peradilan.

Hakim berbeda-beda dalam sikap-sikapnya oleh karena masing-masing pada akhirnya memiliki beberapa hal untuk dipercayainya dan menolak yang lain sebagai hasil dari pengalaman hidupnya. Apa yang dipercaya oleh seorang hakim bergantung dari afiliasi-afiliasi yang hidup dalam masyarakat (bisa politik; bisa agama dan bisa etnisnya, baik formal maupun bukan); karier hakim di bidang hukum ketika merintis karier menjadi hakim. Afiliasi-afiliasi yang berhubungan dengan perkawinan, status sosial ekonomi, pendidikan, dan pergaulannya, pada gilirannya untuk bagian terbesar dipengaruhi oleh tempat hakim itu dilahirkan orang tuanya. Dalam menerima pengaruh atau rangsangan dari

luar, baik dari lingkungan sosial maupun budaya, hakim bertindak semata-mata sebagai tanggapan atas rangsangan atau stimulus sosial dan dilakukan sebagai hasil dari proses interpretasi terhadap stimulus sosial tersebut atau pendapatnya terhadap problem dasar kehidupannya yang diinterpolasikan dalam memberi pertimbangan untuk memutuskan perkara.

Sementara itu menurut teori hukum, hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Artinya, tidak ada hukum yang mengikat masyarakat, kecuali atas dasar kesadaran hukumnya. Kesadaran adalah kata yang seringkali dengan mudah diucapkan segampang dan semudah para aparat penegak hukum dalam menerima, memeriksa, memutus/menghukum seseorang dengan selalu diawali irah-irah "Demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" tetapi selalu 'tidak' diakhiri dengan produk keputusan yang mempunyai makna dan perspektif keadilan.

Sehingga hal yang terpenting di dalam penerapan dan penegakan hukum, adalah bukan karena hakim mampu melaksanakan kekuasaannya agar suatu peraturan dapat efektif. Adalah prestasi hakim bilamana suatu peraturan diterapkan sebagai ekspresi dari peraturan itu dibuat untuk kepentingan dan membuat pihak yang lemah menjadi tenteram dan tertib. Artinya, peraturan hukum itu baik bilamana hukum itu dapat mensejahterahkan masyarakat. Tidak pula demi modernisasi hukum atau modernisasi suatu negara, tetapi di sisi lain membuat masyarakat menjadi korban.

b. Proses Pertimbangan Hakim

Terkait dengan tugas hakim dalam menjalankan tugas pokok dan fungsinya yaitu menerima, memeriksa dan mengadili suatu perkara, tidak lepas dari pelaksanaan bekerjanya hukum di bidang pengadilan. Pengadilan di sini dimaksudkan sebagai lembaga penyelesaian sengketa yang dipakai oleh pencari keadilan. Untuk menentukan kinerja Pengadilan sebagai lembaga penyelesaian sengketa, ditentukan oleh 2 (dua) faktor yaitu :

1. Tujuan yang hendak dicapai dengan penyelesaian sengketa itu.

Apabila tujuan yang hendak dicapai oleh lembaga peradilan itu adalah untuk mendamaikan para pihak sehingga mereka selanjutnya dapat hidup bersama kembali setelah sengketa itu, maka penekanannya akan lebih diletakkan kepada cara-cara mediasi dan kompromi, Sebaliknya apabila tujuan dari lembaga peradilan itu adalah

untuk melakukan penerapan-penerapan peraturan-peraturan (*rule-enforcement*), maka cara penyelesaian sengketa lebih banyak bersifat birokratis dengan sasaran utamanya adalah untuk menetapkan secara tegas apa yang sesungguhnya menjadi isi dari suatu peraturan itu serta selanjutnya menentukan apakah peraturan itu telah dilanggar.

Comment [AH1]:

Comment [AH2]:

2. Tingkat *perlapisan* di dalam masyarakat.

Di dalam masyarakat yang kurang terlapis dan kurang kompleks atau sederhana akan cenderung memakai pola penyelesaian sengketa berupa perdamaian. Sebaliknya dalam masyarakat dengan perlapisan sosial atau golongan yang tinggi dan lebih kompleks, maka penyelesaian sengketa cenderung pada penerapan peraturan-peraturan dengan pembebanan sanksi.

Dalam proses pertimbangan yang diberikan oleh hakim, maka hakim harus berbuat lebih kreatif dengan mencari alternatif-alternatif pengaturan yang lebih baik sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat. Hubungannya dengan asas "*The independent of judiciary*", maka :

- a. Peradilan harus menjamin "*fair trial and just trial*".
- b. Peradilan harus memberi putusan yang baik (*The right decision*).
- c. Peradilan harus menjatuhkan putusan yang merefleksikan "kepatuhan".

Melalui proses pemeriksaan suatu perkara maka tahap selanjutnya adalah menjatuhkan putusan atas perkara tersebut. Putusan Hakim adalah pernyataan hakim sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan dipersidangan dan bertujuan untuk menyelesaikan suatu perkara. Putusan yang baik adalah putusan yang memenuhi rasa aman, nyaman, kedamaian dan keadilan bagi para pihak dan tidak menimbulkan permusuhan. Adapun upaya untuk menciptakan putusan yang baik harus memenuhi elemen-elemen sebagai berikut :

- a. Pertimbangan dan penilaian setiap bukti yang diajukan dan hal yang terjadi dalam persidangan selama sengketa itu diperiksa.
- b. Pertimbangan ini dapat meliputi pertimbangan tentang duduknya perkara dan pertimbangan tentang hukumnya juga pertimbangan fakta-fakta yang ditemukan dalam persidangan.
- c. Alasan hukum yang menjadi dasar dari putusan harus dicantumkan argument yuridis sehubungan dengan perkara yang diperiksa.

d. Putusan hakim yang baik perlu memperhatikan kebebasan hakim dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lainnya. Prinsip kebebasan ini perlu sekali dan mutlak dibutuhkan, sebab manakala dihubungkan dengan tugas hakim, nampaknya ia harus bersikap tidak memihak agar tercipta keadilan.

Pertimbangan hakim dalam memutus perwalian anak akibat perceraian tidak hanya semata-mata karena faktor material, tetapi lebih bersentuhan dengan rasa keadilan, harga diri, harkat dan martabat manusia, khususnya wanita sebagai ibu rumah tangga.

Wawancara dengan Tenny Erma Suryathi, Hakim Pengadilan Negeri Amlapura, berasal dari Bali (Badung) yang menjalankan tugas sebagai Hakim untuk yang pertama kali pada tahun 2003 di Pengadilan Negeri Negara (wilayah Propinsi Bali), juga seorang ibu rumah tangga mempunyai 2 (dua) orang anak laki-laki, pada tanggal 14 Agustus 2009 diperoleh informasi bahwa:

”Ketentraman adalah suatu keadaan yang dicita-citakan oleh masyarakat. Demikian halnya dalam rumah tangga, jika rasa tenteram yang didambakan tidak ditemukan dalam rumah tangga sampai dengan suatu keadaan dimana tidak ada harapan untuk rukun, sehingga tujuan dari perkawinan yaitu hidup bahagia dan kekal tidak bisa dicapai, sebaliknya perkawinan dirasakan sebagai penderitaan, maka perceraian menjadi alternatif untuk menyelesaikan masalah tersebut. Kaitannya dengan perceraian dari suatu perkawinan yang telah membuahkan anak, maka mengenai masalah perwalian anak dipertimbangkan pada masa depan anak itu dalam asuhan orang tua yang benar-benar mampu lahir batin untuk mengasuhnya, khusus di daerah Bali harus memperhatikan hukum adat yang hidup dalam masyarakat yang menganut sistem kebapaan, dimana keturunan terikat kepada *palemahan, pawongan, parahiyangan*. Disamping itu harus mempertimbangkan jaminan bahwa penerima hak wali asuh harus benar-benar siap untuk menjalankan fungsinya sebagai wali asuh”.

Apabila masuknya unsur-unsur negatif yang merugikan suatu rumah tangga dan unsur itu tidak mungkin dihapuskan atau tidak bisa dirubah menjadi kesediaan memperbaiki hubungan suami isteri, maka baik pihak isteri ataupun suami tidak bisa menunjukkan rasa tanggungjawabnya dan secara sadar tidak ada kesediaan membuka diri terhadap penghargaan kepada suami ataupun kepada isteri, maka pengaruhnya adalah keretakan hubungan dan keutuhan rumah tangga. Suami atau istri tidak bersedia menghargai dan menggunakan norma-norma dan nilai-nilai dalam

masyarakat yang biasanya dijunjung tinggi oleh keluarga dalam masyarakat seringkali tidak akan berpengaruh terhadap keluarga yang goyah itu.

Adanya perubahan persepsi terhadap segala sesuatu yang terjadi dalam masyarakat, bisa juga berpengaruh terhadap keutuhan rumah tangga, jika suami mudah untuk bereaksi. Reaksi suami atau bahkan isteri itu dapat mengenai norma, sistem nilai, sosial, pola perilaku, organisasi, susunan lembaga-lembaga sosial, stratifikasi sosial, interaksi sosial dan sebagainya, sehingga kehidupan rumah tangga menjadi terpengaruh.

Dengan masuknya anasir atau unsur negatif yang berpengaruh terhadap kehidupan rumah tangga itu, dalam banyak hal dapat mempengaruhi dan merubah nilai dan norma rumah tangga. Sekalipun perubahan tersebut tidak secara otomatis, namun ada faktor yang membuat suatu perilaku bahkan tatanan dalam rumah tangga berubah. Baik faktor yang berasal dari luar nilai dan norma itu maupun faktor yang berasal justru dari dalam norma itu sendiri.

Faktor yang mendorong perubahan sosial yang berpengaruh dalam kehidupan rumah tangga adalah kontak dengan budaya lain (cara hidup, cita rasa), sistem pendidikan yang maju, toleransi terhadap perilaku yang menyimpang, stratifikasi yang terbuka, penduduk yang heterogen, dan ketidakpuasan intern.

Wawancara dengan Ni Kadek Kusuma Wardani, Hakim Pengadilan Negeri Amlapura, berasal dari Bali (Karangasem) yang menjalankan tugas sebagai Hakim untuk yang pertama kali pada tahun 2004 di Pengadilan Negeri Amlapura, seorang ibu rumah tangga belum mempunyai anak, pada tanggal 14 Agustus 2009. diperoleh keterangan bahwa:

” Perceraian yang terjadi disebabkan sikap para pihak, moral dan perilakunya dipengaruhi oleh adanya perubahan di luar dirinya (ekstern), misalnya perubahan sosial dalam kehidupan. Faktor di atas menjadi penghambat calon wali asuh dalam menjalankan fungsinya. Pembatasan sikap dalam berhubungan dengan masyarakat lain, perkembangan ilmu pengetahuan terlambat, sikap masyarakat yang terbuka terhadap perubahan tanpa mampu menyaring aspek-aspek negatifnya, adanya kepentingan-kepentingan yang telah tertanam dengan kuat sekali, rasa takut akan terjadinya kegoyahan pada integrasi kekeluargaan, hambatan-hambatan yang bersifat ideologis, dan mungkin juga adat istiadat yang melembaga dengan kuat”.

Pandangan di atas memang lebih realistis karena berangkat dari perspektif sosiologis yang digali dari segala sisi dan aspek kehidupan dengan menggambarkan secara komprehensif pilar-pilar sistem yang merajut bangunan sistem sosial secara utuh. Dalam pandangan adat suatu perkawinan sedapat mungkin bisa bertahan sampai menjadi kakek-kakek dan nenek-nenek (*kaken-kaken ninen-ninen*). Kata perceraian bagi masyarakat adat adalah suatu kata yang sangat “menakutkan”. Bila toh terjadi perceraian, itu harus dipandang sebagai suatu musibah yang tidak dapat dihindari dan sama sekali tidak diharapkan.

Selanjutnya, berbicara masalah pertimbangan hakim dalam memutuskan perwalian anak karena perceraian, sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari pemikiran-pemikiran tentang bagaimana hakim mampu menentukan siapa paling berhak menurut hukum untuk menjadi wali asuh anak. Adakalanya kedua pihak sama-sama memiliki indikasi mampu menjalankan hak wali asuh atas anak-anaknya. Masalahnya bukan sekedar mencari efektifitas untuk menerapkan hukum, tetapi secara hukum dapat dipertanggungjawabkan bahwa si ibu atau si ayahlah yang seharusnya memperoleh hak asuh atas anak karena perceraian itu. Hal ini berhubungan erat dengan usaha yang dilakukan agar hukum itu benar-benar hidup di dalam masyarakat, dalam artian berlaku secara filosofis, yuridis dan sosiologis. Berlaku secara filosofis, berarti bahwa hukum itu berlaku sebagaimana yang dikehendaki atau dicita-citakan oleh masyarakat. Berlaku secara yuridis, berarti sesuai dengan apa yang telah dirumuskan, dan berlaku secara sosiologis berarti hukum itu dipatuhi oleh warga masyarakat tersebut.

Pertimbangan hakim yang demikian itu menjadi tepat dan baik jika saja, secara filosofis, yuridis dan sosiologis; mencerminkan kehendak masyarakat dan nilai-nilai keadilan yang berkembang di masyarakat (*volonte generale*) dan bukan merupakan pencerminan hak otoriter hakim untuk menentukan yang berhak memperoleh hak asuh atas anaknya (apakah ibu atau ayah anak). Jika telah terjadi demikian (hakim memutuskan hak asuh atas anak karena perceraian itu berdasar secara filosofis, yuridis dan sosiologis), masyarakat akan mematuhi dengan penuh kesadaran karena substansi hukumnya digali dari nilai-nilai keadilan yang berkembang di masyarakat. Penerima hak wali asuh benar-benar meyakinkan masyarakat bahwa dirinya berhak untuk itu sesuai dengan jaminan kemampuan mental dan material.

Pandangan yang lain mengenai pertimbangan hakim adalah pandangan mengenai penerapan hukum berkaitan erat dengan faktor-faktor, sebagai berikut :

- 1) Pertimbangan hukum yang umumnya berisi pertimbangan maksud dan tujuan gugatan penggugat mengenai perceraian dan hak asuh atas anak.
 - 2) Reaksi masyarakat yang didasarkan pada sistem nilai-nilai yang berlaku. Artinya masyarakat mungkin menolak atau menentang atau mungkin mematuhi hukum untuk menjamin kepentingan mereka.
 - 3) Jangka waktu menanamkan hukum, yaitu panjang pendeknya jangka waktu di mana usaha-usaha menanamkan hukum itu dilakukan dan diharapkan memberikan hasil.
- 3. Pertimbangan Hakim dalam Menetapkan Status Perwalian Anak pada Perkara Perceraian.**

a. Bentuk Pertimbangan Hakim

Seperti halnya pada perkawinan, maka pada peristiwa perceraian akan diikuti pula oleh suatu akibat hukum (*rechfolge*). Pada suatu perkawinan akibat yang mengikuti antara lain bagaimana kelanjutan kehidupan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan. Hakim selalu memberikan saran agar kedua pihak (suami isteri) berdamai, demi anak-anak atau demi keutuhan dan kebahagiaan rumah tangga. Apabila keduanya tidak lagi bisa didamaikan, hakim harus memutuskan perkara tersebut dengan perceraian. Sedangkan untuk hak wali asuh atas anak kedua pihak, hakim memberikan pertimbangan. Bentuk pertimbangan hakim dalam memutuskan perkara, tidak lepas dari hakikat hukum yang sebenar-benarnya tidak dapat terisolasi dari lingkungan sosial. Hal ini memberi peluang terbukanya hakim dalam menggunakan hati nuraninya untuk menilai perundang-undangan yang ada agar dapat diterapkan pada kasus-kasus konkret. Untuk maksud tersebut dapat dilakukan dengan penafsiran dan konstruksi hukum. Langkah ini penting dilaksanakan untuk mencegah penerapan hukum semata-mata berdasarkan bunyi undang-undang, yang kenyataannya sering dimanfaatkan untuk melindungi kepentingan kaum yang kuat (*powerfull*) dan mengorbankan kaum yang lemah (*powerless*).

Hakim dalam memberikan pertimbangan hukum terlebih dahulu harus mengumpulkan bahan-bahan sebagai referensinya yang diperoleh dari para pihak

yang tertuang dalam jawab-menjawab, keterangan dari saksi-saksi yang diajukan oleh para pihak. Peneliti mengambil satu contoh putusan tentang hak asuh anak karena perceraian di Pengadilan Negeri Amlapura dalam perkara No. 9/Pdt.G/2008/PN.AP, dari putusan tersebut diperoleh bahan-bahan sebagai referensi dalam menentukan hak asuh anak sebagai berikut :

Dalam surat gugatan penggugat, penggugat menyatakan:

- bahwa penggugat mohon ditetapkan sebagai hak wali asuh atas anak-anaknya yaitu: I KADEK RAI SUBAWA dan I KETUT JAYA KUSUMA, karena anak-anak penggugat tersebut masih memerlukan perawatan dan kasih sayang seorang ibu.

Selanjutnya terhadap pernyataan penggugat dalam surat gugatan ternyata tergugat dalam jawabannya menyatakan :

- Bahwa sesuai dengan hukum Adat Bali, hak perwalian dan hak asuh atas anak-anaknya adalah menjadi tanggungjawab tergugat sebagai *purusa* dan tergugat juga menyatakan siap menanggung biaya hidup rumah tangga termasuk kebutuhan anak tergugat yang dikeluarkan oleh Penggugat selama tinggal terpisah dengan tergugat.

Keterangan saksi-saksi yang diajukan di muka persidangan antara lain:

Saksi I Ketut Suasthawan :

- Bahwa dari perkawinan antara penggugat dengan tergugat tersebut, telah lahir 2 (dua) orang anak laki-laki yaitu :
 - I Kade Rai Subawa.
 - I Ketut Jaya Kusuma.
- Bahwa penggugat sering datang ke rumah saksi dan mengadukan permasalahannya kepada saksi, dan menurut penggugat Ni Luh Asih yang menjadi masalah dalam rumah tangganya adalah kurangnya tanggung jawab tergugat pada keluarganya.
- Bahwa karena rumah tangga penggugat Ni Luh Asih dan tergugat I Nyoman Kantun sering terjadi keributan, akhirnya diadakan pertemuan antara keluarga penggugat dan tergugat dengan dihadiri klian desa dan pemuka desa lainnya.
- Bahwa dalam pertemuan tersebut tergugat mengakui kesalahannya telah melalaikan kewajibannya dalam rumah tangga.
- Bahwa setelah terjadi percekocokan antara penggugat dengan tergugat, anak mereka mengatakan kepada saksi akan ikut dengan penggugat Ni Luh asih.
- Bahwa akibat percekocokan penggugat dengan tergugat, menyebabkan mental anak pertama mereka agak tertekan.
- Bahwa selama ini yang menanggung kebutuhan keluarga adalah penggugat, termasuk juga untuk membiayai sekolah anak-anaknya.
- Bahwa tergugat bekerja sebagai nelayan, dan saksi sering melihat tergugat main judi.

Saksi Ni Luh Mariani :

- Bahwa saksi sebagai keponakan dari tergugat I Nyoman Kantun pernah tinggal bersama penggugat Ni Luh Asih dan selama tinggal bersama penggugat Ni Luh asih diperlakukan sangat baik bahkan segala kebutuhan saksi dan biaya sekolah penggugat yang menanggung.
- Bahwa dari perkawinan antara penggugat dengan tergugat tersebut, telah lahir 2 (dua) orang anak laki-laki yaitu :
 - I Kade Rai Subawa.
 - I Ketut Jaya Kusuma.
- Bahwa penggugat Ni Luh Asih bekerja di Hotel sangrila, Candidasa.
- Bahwa kehidupan rumah tangga penggugat Ni Luh asih dan tergugat I Nyoman Kantun tidak pernah harmonis, salah satu sebabnya karena tergugat I Nyoman Kantun tidak pernah memberikan nafkah kepada penggugat Ni Luh Asih dan penyebab lain adalah karena tergugat I Nyoman Kantun sering bermain judi.

Saksi I Nyoman Gemuh :

- Bahwa saksi adalah Kelian Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug.
- Bahwa dari perkawinan antara penggugat dengan tergugat tersebut, telah lahir 2 (dua) orang anak laki-laki yaitu :
 - I Kade Rai Subawa.
 - I Ketut Jaya Kusuma.
- Bahwa saksi telah berusaha membujuk penggugat Ni Luh Asih agar mau rujuk dengan tergugat I Nyoman Kantun, namun tidak berhasil.
- Bahwa penggugat Ni Luh Asih pernah mengeluh kepada saksi bahwa suaminya yaitu tergugat I Nyoman Kantun tidak pernah memberinya nafkah keluarga.
- Bahwa penggugat Ni Luh Asih bekerja di Hotel Sangrila, Candidasa sedangkan tergugat sebagai nelayan dan pemandu wisata.
- Bahwa dalam persidangan saksi selaku Kelian Dadia mengajukan surat No. 01/BS/V/2008 yang isinya pada pokoknya mohon agar perwalian dan hak asuh anak-anak yang lahir dari perkawinan penggugat Ni Luh asih dan tergugat I Nyoman Kantun ditetapkan kepada tergugat I Nyoman Kantun, karena tergugat I Nyoman Kantun selaku purusa.
- Bahwa saksi juga menyerahkan surat pernyataan bermeterai yang dibuat oleh saksi sendiri sebagai kelian dadia yang pada pokoknya menyatakan bahwa I Nyoman Gemuh siap menanggung biaya hidup dan biaya pendidikan sampai selesai di bangku SMA yang dibutuhkan oleh anak-anak tergugat yaitu I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma, dana mana akan diambil dari dana koperasi keluarga.

Aspek yuridis dapat diterapkan dengan baik jika hati nurani hakim peka terhadap nilai kemanusiaan dan nilai keadilan dalam masyarakat. Sebaliknya, hakim yang kurang memiliki integritas dan wawasan moral mengenai kemanusiaan akan menjalankan hukum secara mekanis, menurut apa yang tercantum dalam undang-

undang saja sehingga berpotensi mengorbankan hakikat hukum dan nilai keadilan yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.

Faktor yang paling dominan mempengaruhi putusan hakim adalah aspek moralitas atau integritas pribadi hakim, bukan faktor sistem, baik sistem hukum dan perundang-undangan, sistem birokrasi peradilan, serta faktor remunerasi atau gaji hakim. Sebab hakim yang memiliki moralitas yang tinggi mampu membedakan perbuatan mana yang baik dan yang buruk, perbuatan yang benar dan yang salah, serta perbuatan yang adil dan tidak adil. Karena itu pula, sang hakim tersebut berani dan mampu menegakkan misi lembaga peradilan untuk menegakkan hukum dan keadilan meskipun aspek-aspek lainnya (seperti sistem politik, sistem hukum dan perundang-undangan, remunerasi, dan birokrasi peradilan) tidak memberikan dukungan yang berarti, bahkan menghambat tugasnya. Selain itu hakimpun siap menerima segala konsekuensi yang timbul dari keputusan yang diambilnya, baik berupa ancaman keselamatan bagi diri dan keluarga maupun karier dan jabatannya.

Sedangkan hakim yang kurang memiliki integritas biasanya hati nuraninya menjadi lemah, bahkan sudah buta, tidak tahu atau pura-pura tidak tahu, dan tidak mampu membedakan perbuatan mana yang benar dan salah, baik dan buruk, adil dan tidak adil sehingga dia tidak memiliki kemauan dan keberanian untuk mengambil keputusan yang sesuai dengan prinsip-prinsip moral dan rasa keadilan dalam masyarakat.

Dalam putusan Nomor : 9/Pdt.G/2008/PN.AP. khusus mengenai hak asuh anak Majelis Hakim telah memberikan pertimbangan sebagai berikut :

Menimbang, bahwa dalam jawaban yang diajukan oleh Tergugat Konpensi/Penggugat Rekonpensi, Penggugat Rekonpensi/Tergugat Konpensi mohon agar ditetapkan atas hak perwalian dan hak asuh terhadap anak-anak Penggugat Rekonpensi/Tergugat Konpensi dan Tergugat Rekonpensi /Penggugat Konpensi karena Penggugat Rekonpensi/Tergugat Konpensi adalah pihak purusa.

Menimbang, bahwa kendatipun antara kedua belah pihak memiliki tanggung jawab yang sama hal melaksanakan kewajibannya sebagai orang tua terhadap anak-anak mereka tersebut, Majelis Hakim akan mempertimbangkan kepada siapa hak asuh atas anak-anak tersebut akan diberikan, apakah kepada Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi atau kepada Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi?.

Menimbang, bahwa dalam hal ini Majelis Hakim akan menetapkan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sebagai pemegang Hak Asuh atas **I KADE RAI SUBAWA** dan **I KETUT JAYA KUSUMA**. Hal ini didasarkan atas pertimbangan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi dengan pekerjaannya sebagai Nelayan dan Pramuwisata mempunyai kemampuan untuk mendidik, merawat, membesarkan serta memberikan perhatian dan curahan kasih sayangnya kepada anak-anak mereka tersebut.

Menimbang, bahwa pertimbangan Majelis Hakim ini dilengkapi pula dengan adanya fakta persidangan yang menunjukkan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi mendapat dukungan moral yang begitu besar dari lingkungan tempat tinggalnya dalam mengasuh anak-anak tersebut. Dukungan moral yang Majelis Hakim maksudkan adalah dengan adanya surat No. 01/BS/V/2008 yang diajukan oleh Keluarga Besar Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug (keluarga besar dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi), yang intinya mohon agar perwalian dan hak asuh anak-anak yang lahir dari perkawinan Ni Luh Asih (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi) dengan I Nyoman Kuntun (Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi), ditetapkan kepada I Nyoman Kuntun (Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi).

Menimbang, bahwa dukungan moral dari keluarga Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi telah pula ditindak lanjuti dengan Surat Pernyataan bermeterai yang dibuat oleh I Nyoman Gemuh Kalian Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug, yang juga adalah keluarga besar dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi. Inti dari Surat Pernyataan tersebut adalah bahwa I Nyoman Gemuh siap menanggung biaya hidup dan biaya pendidikan sampai selesai dibangku sekolah SMA yang dibutuhkan oleh I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma, dana mana akan diambikan dari dana saham keluarga di Koperasi Ayu Waras Banjar Samuh, Desa Bugbug, Kecamatan dan Kabupaten Karangasem.

Menimbang, bahwa sekalipun Majelis Hakim telah menetapkan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sebagai pemegang Hak Asuh atas **I KADE RAI SUBAWA** dan **I KETUT JAYA KUSUMA**, namun hal ini tidak berarti bahwa hak dan kewajiban Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi sebagai ibu kandung dari anak-anak tersebut akan berkurang ataupun hilang. Hal ini didasarkan atas surat pernyataan bermeterai bertanda T.1 yang telah dibuat oleh Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sendiri, yang menyatakan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi memberikan ijin kepada anak-anak mereka tersebut untuk menengok ibunya (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi) di tempat kosnya dan juga memberikan ijin kepada ibunya (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi) untuk menengok anak-anak tersebut.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan dan alasan tersebut di atas maka Majelis berpendapat bahwa permohonan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sebatas mengenai Hak Asuh atas **I KADE RAI SUBAWA** dan **I KETUT JAYA KUSUMA** beralasan untuk dikabulkan, sehingga secara otomatis gugatan petitum nomor 4 dari gugatan Penggugat Konpensi/ Tergugat Rekonpensi haruslah dinyatakan ditolak.

Menimbang, bahwa oleh karena gugatan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi hanya dikabulkan sebatas hak asuhnya saja, maka gugatan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi selebihnya haruslah dinyatakan ditolak.

Menimbang, bahwa oleh karena gugatan pokok Penggugat dikabulkan sebagian dan dalam Rekonpensi gugatan dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi juga dikabulkan sebagian, maka berdasarkan ketentuan dalam Pasal 192 Ayat (2) RBg Penggugat Konpensi/ Tergugat Rekonpensi dan Tergugat Konpensi/ Penggugat Rekonpensi dihukum untuk membayar biaya perkara ini secara tanggung renteng yang besarnya akan ditentukan seperti tersebut dalam amar putusan di bawah ini.

Mengingat dan memperhatikan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974, Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 serta peraturan perundangan lainnya yang bersangkutan.

Penerapan hukum itu mengingat pada Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 dan pasal-pasal dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 serta Pasal-pasal lain dari Undang-undang yang bersangkutan bukan semata-mata karena hakim melaksanakan dengan kekuasaannya agar suatu peraturan dapat efektif, tetapi peraturan tersebut dibuat untuk kepentingan dan membuat pihak yang lemah menjadi tenteram dan tertib, pihak yang berhak dan mampu menjalankan haknya untuk mengasuh anak memperoleh kekuatan hukum tetap atas hak asuh anak karena perceraian itu. Majelis Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam Perkara Nomor : 9/Pdt.G/2008/PN.AP. tersebut telah menyatakan hukum bahwa I KADE RAI SUBAWA dan I KETUT JAYA KUSUMA, adalah berada dalam asuhan Tergugat I Nyoman Kantun (ayahnya).

Wawancara dengan Ira Wati, Hakim Pengadilan Negeri Amlapura, seorang asli Jawa yang baru pertama kali menjalankan tugas sebagai hakim di Pengadilan Negeri Amlapura pada tahun 2007, belum menikah, salah seorang Hakim Anggota dalam Perkara No.9/Pdt.G/2008/PN.AP, wawancara pada tanggal 14 Agustus 2009 diperoleh penjelasan mengenai rasa keadilan sebagai dasar menetapkan hak asuh anak karena perceraian, maka hakim memutuskan hak asuh anak akibat perceraian karena pertimbangan-pertimbangan:

- Putusan hakim menyerahkan anak bernama I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma bukan dengan pertimbangan emosional kepada ibunya, bukan hanya didasari sang ibu pasti sayang dan mencintai anak yang dilahirkan. Tetapi karena penggugat Ni Luh Asih (Penggugat) sulit untuk diajak kompromi memperbaiki rumah tangga dengan suaminya (tergugat) meskipun mempunyai kemampuan secara finansial untuk menjalankan wali asuh atas anak-anaknya.

- Walaupun perkawinan antara penggugat Ni Luh Asih dan tergugat I Nyoman Kantun putus karena perceraian, namun mengenai kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak-anak yang berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, tetap berlaku.
- Dimuka persidangan salah satu saksi yaitu I Nyoman Gemuh sebagai Kelian Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug menyampaikan permohonan yang intinya mohon dinyatakan tergugat I Nyoman Kantun sebagai Kepurusa berhak dan berkewajiban untuk mengasuh I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma dengan perjanjian tergugat I Nyoman Kantun memberikan ijin kepada anak-anak tersebut menengok ibunya (penggugat Ni Luh Asih) ditempat kosnya dan juga memberi ijin tergugat Ni Luh Asih untuk menengok anak-anaknya tersebut sepanjang berbuat baik dan tidak akan membuat masalah dikemudian hari.
- Tergugat Ni Luh Asih telah membuat Surat Pernyataan tertanggal 20 Juni 2008 yang pada intinya menyatakan:
 - Jika dalam perkara ini tergugat ternyata penggugat Ni Luh Asih diberikan hak asuh atas I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma, maka penggugat Ni Luh asih tidak berkeberatan apabila tergugat selaku ayah dari anak-anak tersebut untuk datang menengok dan memberikan biaya hidup terhadap anak-anak tersebut.
 - Penggugat Ni Luh Asih tidak akan mempengaruhi anak-anak tersebut untuk menjauh, menghindar atau melupakan tergugat selaku ayah dari anak-anak tersebut.
 - Sebaliknya apabila tergugat I Nyoman Kantun diberikan hak asuh atas I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma, maka penggugat Ni Luh Asih selaku ibu kandung dari anak-anak tersebut tetap diberikan hak untuk menengok, memberi kasih sayang serta memberikan biaya hidup terhadap anak-anak tersebut. Dan tergugat I Nyoman Kantun tidak boleh mempengaruhi anak-anak tersebut untuk menjauhi Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi selaku ibu kandung.
- Atas dasar surat-surat yang disampaikan di muka persidangan baik itu dari Kelian Dadia I Nyoman Gemuh maupun dari penggugat Ni Luh Asih tersebut, maka Majelis Hakim dapat menilai bahwa kedua belah pihak sebagai orang tua dari I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma telah menyadari kewajibannya terhadap anak-anak tersebut serta pula mengerti bahwa I Kade Rai Subawa dan I K etut Jaya Kusuma berhak untuk mendapat limpahan perhatian serta curahan kasih sayang dari kedua orang tuanya, tidak cukup hanya dari salah satu pihak saja.

Rasa keadilan semestinya diperoleh Penggugat maupun Tergugat dari sumbernya, yakni peraturan hukum, sebab peraturan hukum yang baik adalah peraturan perundangan yang dapat dipakai untuk mensejahterakan masyarakat. Penetapan kekuatan hukum tetap sebagai suatu konsep mengenai rasa keadilan ataupun tertib sosial merupakan tugas hukum dan memainkan peranan penting

(utama). Penerapan hukum selain bertitik tolak pada masalah yang diperoleh dari persidangan atau dari dasar kenyataan (fakta-fakta) itu sendiri (*legal realisme*), tetapi harus dicari penyelesaiannya. Penerapan hukum terhadap penentuan hak perwalian anak harus masuk akal, manusiawi, sederhana dan adil, artinya hakim wajib memperhatikan keadaan para pihak yaitu ayah dan ibu, keadaan mentalnya, kemampuan finansial, tanggungjawab, perhatian terhadap pertumbuhan serta kepentingan anak dan perhatiannya kepada anak.

Hakim mempertimbangkan pasal-pasal dan rumusan yang disimpulkan dari interpretasi terhadap fakta-fakta yang diperoleh dalam pemeriksaan di sidang pengadilan. Hasil interpretasi itu bahwa

1. bahwa pada dipersidangan Majelis telah berusaha dengan mencoba memberikan pengertian kepada masing-masing pihak, namun dipersidangan Penggugat tetap bersikeras pada kemauannya dan tidak ada keinginan untuk kembali memperbaiki kehidupan rumah tangga dengan Tergugat, sekalipun Tergugat tetap berusaha agar perkawinannya tersebut bisa dipertahankan;
2. bahwa apabila salah satu pihak menyatakan sudah tidak mau mempertahankan perkawinannya lagi, dan sudah meminta cerai, maka diantara suami istri tersebut sudah tidak saling mencintai lagi, tidak saling menghormati dan tidak saling setia satu sama lainnya sebagaimana yang diharapkan dalam Pasal 33 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974, disini ada bukti atau persangkaan bahwa antara suami istri itu sudah tidak ada ikatan lahir batin lagi sehingga perkawinan seperti ini sudah tidak utuh lagi dan sudah rapuh;
3. bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas maka Majelis Hakim berpendapat bahwa dengan telah terpenuhinya persyaratan sebagai alasan adanya percekocokan antara Penggugat dan Tergugat sebagaimana dimaksud oleh Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 yaitu “ Antara suami dan istri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga” merupakan salah satu syarat untuk dapat dilakukannya perceraian:
4. bahwa berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 1020K/Pdt/1986 yang menyebutkan bahwa “dalam suatu perkawinan apabila suami istri terus menerus

terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga, seperti disebutkan dalam Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, dimana hal ini diakui oleh Tergugat dengan dikuatkan oleh keterangan para saksi, maka gugatan Penggugatan yang mohon perkawinan putus karena perceraian dapat dikabulkan”;

5. bahwa berdasarkan yurisprudensi Mahkamah Agung pula No. 3180K/Pdt/1985 menyatakan bahwa pengertian cecok yang terus menerus yang tidak dapat didamaikan (*onheerbare tweespalt*) bukanlah ditekankan kepada penyebab yang harus dibuktikan, akan tetapi melihat dari kenyataannya adalah benar terbukti adanya cecok terus menerus sehingga tidak dapat didamaikan lagi;

Kelima keadaan tersebut tidak memenuhi tujuan perkawinan seperti dimaksud Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 untuk membentuk keluarga yang bahagia sejahtera dan kekal berdasar Ketuhanan Yang Maha Esa.

4. Kesulitan yang ditemui Hakim Pengadilan Negeri Amlapura Dalam Menetapkan status perwalian anak karena perceraian.

a. Proses Penegakan Hukum di Pengadilan

Berdasar fakta-fakta yuridis yang terungkap dipersidangan, nampak bahwa hakim harus terlibat secara langsung dalam membangun pengadilan yang bebas dan menuntut adanya komitmen dan peran aktif dari semua komponen pengadilan sebagai bagian dari proses penegakan keadilan. Putusan Perkara Perdata (No.9/Pdt.G/2008/PN.AP) atas nama Penggugat Ni Luh Asih dan Tergugat I Nyoman Kantun, Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara tersebut telah memperoleh keyakinan yang selanjutnya memutuskan bahwa :

DALAM KOMPENSI

DALAM POKOK PERKARA

1. Mengabulkan gugatan Penggugat untuk sebagian.
2. Menyatakan hukum bahwa perkawinan antara Penggugat dengan Tergugat yang dilaksanakan menurut tata cara Adat dan Agama Hindu pada tanggal 11 Mei 1993 di Dusun Bugbug Samuh, Desa Bugbug, Kecamatan dan Kabupaten Karangasem adalah sah dan dinyatakan putus karena perceraian.
3. Menyatakan hukum anak yang masing-masing bernama.
 - **I KADE RAI SUBAWA**, lahir pada tanggal 5 Mei 1995.
 - **I KETUT JAYA KUSUMA**, lahir pada tanggal 3 April 2000.
 Adalah anak yang sah dan lahir dari perkawinan Penggugat dengan Tergugat.
4. Menolak gugatan Penggugat untuk selebihnya.

DALAM REKONPENSI

1. Mengabulkan gugatan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi untuk sebagian.
2. Menetapkan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi atas Hak Asuh dari **I KADE RAI SUBAWA**, lahir pada tanggal 5 Mei 1995 dan **I KETUT JAYA KUSUMA**, lahir pada tanggal 3 April 2000.
3. Menolak gugatan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi untuk selebihnya.

Putusan Pengadilan Negeri Amlapura dengan Register No.9/Pdt.G/2008/PN AP atas nama Penggugat Ni Luh Asih dan Tergugat I Nyoman Kantun itu berdasar pada keyakinan hakim, kebenaran dan keadilan suatu perkara dan dapat diputuskan oleh hakim. Putusan Hakim di atas, menggambarkan hukum yang mengandung di dalamnya suatu : perintah, sanksi kewajiban dan kedaulatan. Ketentuan-ketentuan yang tidak memenuhi unsur-unsur tersebut tidak dapat dikatakan sebagai *positive law*, tetapi hanyalah merupakan *positive morality*. Unsur perintah ini berarti bahwa pertama satu pihak menghendaki agar orang lain melakukan kehendaknya, kedua pihak yang diperintah akan mengalami penderitaan jika perintah itu tidak dijalankan atau ditaati, ketiga, perintah itu adalah pembedaan kewajiban terhadap yang diperintah itu adalah pihak yang berdaulat. Yang berdaulat ini mungkin *a sovereign person* atau *sovereign body of persons*.

Putusan pengadilan Negeri Amlapura adil, karena menunjukkan bahwa baik tergugat maupun penggugat tidak kehilangan hak untuk melakukan hubungan emosional dengan anak kandungnya sendiri. Putusan hukum yang tidak adil akan dirasakan sebagai kenistaan hidup dan kematian akal sehat (*the death of common sence*). Sebaliknya, putusan yang mengandung kebenaran dan keadilan akan menumbuhkan dan mempersubur nilai-nilai kehidupan dan peradaban manusia.

Wawancara tanggal 14 Agustus 2009 dengan I Made Yuliada Hakim Pengadilan Negeri Amlapura, berasal dari Bali (Singaraja), menjadi Hakim sejak tahun 2000, yang juga menangani perkara perceraian, diperoleh informasi bahwa:

”Hakim dalam menjatuhkan putusan sebelumnya harus memberikan pertimbangan mengenai peraturan hukumnya sebagai aspek yuridisnya, Aspek sosiologis lebih menekankan kepada mekanisme untuk memecahkan persoalan dengan alternatif lain. Aspek filosofis yang ditekankan adalah untuk keberhasilan mencapai tujuan hukum. Dalam hal ini masalah moralitas para pihak agak sulit diungkapkan dalam pemeriksaan di sidang pengadilan, sehingga pertimbangan hakim juga harus ekstra hati-hati dalam memutuskan perkara”.

Dalam hubungan ini hakim dalam memeriksa dan memutuskan perkara perceraian dan hak wali asuh memperhatikan dengan seksama faktor-faktor dan latar belakang penyebab perceraian antara Tergugat dan Penggugat, dan dampaknya jika hakim tidak memberikan putusan yang adil. Hakim dalam mengemban profesinya memiliki tujuan pokok (*essential goals*) untuk mewujudkan hasil karya yang obyektif dan pengakuan atau rekoqnisi.

Hukum yang diterapkan terhadap perkara perceraian dan hak perwalian anak karena perceraian, terutama tercermin lewat fungsi normatifnya sebagai tatanan operasional, sehingga peranan hakim dalam penegakan hukum itu :

- 1) Masih memerlukan penafsiran agar setiap otoritas hukum menjadi potensi untuk memahami suatu kaidah hukum dengan makna dan dalam konteks yang sama.
- 2) Disamping metode dan prosedur yang tepat, faktor moral (*moral justice*) harus dikedepankan.

Hakim dalam memutus perkara memang dipengaruhi hati nuraninya, pengetahuan dan penguasaannya terhadap kehidupan rumah tangga termasuk juga faktor-faktor instrinsik (pribadi) hakim yang dapat menunjukkan bahwa hukum itu bukan skema yang mekanistik, tetapi suatu konsepsi yang dijabarkan melalui putusan hakim terhadap suatu perkara dengan menggunakan metode analisis yuridis, sosiologis dan filosofis.

b. Penetapan Hak Wali Asuh Anak.

Hampir semua hakim menggunakan metode analisis yuridis komprehensif untuk memecahkan perkara. Analisis yuridis komprehensif untuk menetapkan hak wali asuh anak agar tidak menyimpang dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan berdasarkan rasa keadilan. Hakim memutuskan dengan berintikan rasa keadilan dan kebenaran, dan bisa menemukan kesesuaian penerapan hukum itu dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat.

Dalam praktek peradilan perdata, tidak dapat dihindari adanya penafsiran terhadap ketentuan perundang-undangan, penafsiran terhadap perkara perdata dan aspek-aspek yang menjadikan perkara itu harus diputuskan melalui pengadilan. Setiap pencari keadilan akan melakukan penafsiran untuk memenuhi aspek yang dibutuhkan dalam

kepentingannya, sehingga hakim harus hati-hati dan penuh pertimbangan dalam menerapkan sanksi hukumnya. Hal ini selalu terjadi, sehingga seolah-olah kepastian hukum harus benar-benar dikaji dalam penerapan hukum oleh hakim.

Wawancara dengan I Nyoman Kantun (Tergugat) dalam perkara Nomor 9/Pdt.G/2005/PN.AP tgl. 15 Agustus 2009 diperoleh keterangan bahwa:

”Saya sangat berterima kasih kepada Majelis Hakim yang memutus perkara saya, karena hak wali asuh jatuh kepada saya selaku ayah anak saya I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma. Tetapi saya memberi kesempatan kepada Ibu anak-anak saya (Ni Luh Asih) untuk sekali waktu menjenguk anak-anaknya atau juga memberi kesempatan menyayangi anaknya. Bagaimanapun dia ibu kandung anak-anak saya. Kalau hak wali asuh itu jatuh kepada ibu anak saya, tentu secara adat anak-anak saya kehilangan hak adat atas diri saya karena saya bertindak sebagai kepurusa, jadi sudah benar hak wali asuh jatuh kepada saya, sehingga tidak ada masalah yang berhubungan dengan adat yang banyak menentukan kewajiban dan hak, jadi putusan Majelis Hakim sudah sangat adil”.

Hakim menjatuhkan putusan menetapkan hak wali asuh kepada tergugat I Nyoman Kantun merupakan keputusan dengan pertimbangan masak-masak, pertimbangan yang cermat dan teliti terhadap fakta bahwa dalam hukum adat Bali, begitu perkawinan telah dilangsungkan dan telah dinyatakan sah secara hukum (agama, adat dan nasional) maka pada saat itu si istri telah memasuki kerabat dari pihak *Purusa* (laki-laki). Hubungan kekerabatan yang terdapat di Bali, sampai sekarang masih tetap diikat oleh *sistem treh* atau *soroh* yakni setiap keluarga selalu menarik garis keturunan pada seorang *purusa pancer* (pusat) dengan menjadikannya satu golongan tertentu. Pada setiap perkawinan, seorang istri akan memasuki *soroh* suaminya. Kadang-kadang untuk golongan atau *soroh* tertentu seorang istri akan diberi “*pungkusan*” (nama, sebutan) tertentu *Jro*, *mekel* dan sebagainya. Hal-hal seperti ini dalam kehidupan adat Bali akan menjadi “perhitungan” yang menarik bila terjadi perceraian (kecuali *sorohnya* sama).⁸⁰

Tergugat I Nyoman Kantun menunjukkan itikad baik dalam perkawinannya namun tidak ditanggapi penggugat (Ni Luh Asih), upaya dari keluargapun tidak mendapat respon. Hal ini menunjukkan bahwa jika diberikan hak wali asuh atas anak

⁸⁰ I Made Suasthawa Dharmayuda, *Desa Adat Kesatuan Masyarakat Hukum Adat Di Propinsi Bali*, Upada Sastra, Denpasar, 2001, hlm. 150

hasil perkawinannya dengan Penggugat, tentu akan merugikan nasib sang anak dikemudian hari.

Muara persoalan tersebut jika dicermati akan mengarah kepada tiga hal, yakni:

- 1) Hakim dapat mempertimbangkan tidak menyerahkan hak wali asuh kepada Penggugat (NI Luh Asih) merupakan sanksi hukum yang diberikan kepada Penggugat.
- 2) Putusan mengenai pemberian hak wali asuh kepada Tergugat merupakan hukum yang terbaik dan tidak menyimpang dari hukum adat Bali, diterima oleh Penggugat meskipun putusan itu memberi kesempatan kepada Penggugat untuk melakukan hubungan emosional kepada kedua anak kandungnya.
- 3) Putusan hakim dilakukan karena formulasi dari keyakinannya atas analisis terhadap perbuatan Penggugat yang kurang memberi toleransi kepada Tergugat (I Nyoman Kantun) dan keluarganya yang mengajak kembali membangun rumah tangga Tergugat sebagai suami Penggugat maupun keluarganya sudah maksimal berupaya memperbaiki rumah tangga dan formulasi dari pasal-pasal sangat memungkinkan adanya interpretasi yang berbeda-beda, yang kemudian dilaksanakan oleh hakim selaku penegak hukum.

Ketiga faktor di atas merupakan kenyataan yang seringkali menjadi faktor penentu dalam penetapan hakim atas hak wali asuh atas anak hasil perkawinan karena perceraian. Hakim dalam memperlakukan keadilan sebagai kebajikan utama berupa putusan hukum, berarti memberikan kesempatan secara adil dan sama bagi setiap orang untuk mengembangkan serta menikmati harga diri dan martabatnya sebagai manusia.

B. Pembahasan

1. Analisis mengapa hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam pertimbangannya memberikan penetapan hak perwalian anak karena perceraian kepada ayahnya.

Perwalian anak telah menjadi fokus utama dalam perselisihan hukum antara orang tua yang mempunyai konflik tinggi dan berindikasi cerai dan keluarga-keluarga ini banyak memanfaatkan pengadilan untuk menyelesaikannya. (*Child custody has become a mayor*

*focus of legal disputes between divorcing, high-conflict parent and these high-conflict families use disproportionate amount of court resources)*⁸¹

Cukup banyak putusan hakim mengenai hak wali asuh yang justru kontraproduktif bagi terealisasinya prinsip kepentingan terbaik anak, terutama analog dengan istilah *jurigenic effect*. Istilah *jurigenic effect* menunjuk pada pengaruh negatif yang dialami oleh anak justru akibat kelalaian maupun keengganan hakim dalam mempertimbangkan kompleksitas hal-hal relevan sebelum menjatuhkan putusan.

Jurigenic effect menjadi fenomena ironis, di mana hakim yang semula diharapkan dapat mengambil keputusan terbaik bagi anak, pada kenyataannya justru menjadi pemantik masalah susulan. Perceraian yang sejatinya sudah mengguncang kondisi psikis anak, semakin berdampak buruk bagi anak tersebut, akibat tidak adanya komitmen dan kompetensi hakim untuk menempatkan prinsip kepentingan terbaik anak pada prioritas utama.

Salah satu hal yang tanpa sadar, namun sangat sering terjadi, memunculkan *jurigenic effect* bersumber dari ketidak-arifan hakim dalam mempertimbangkan situasi sesaat setelah seorang suami (ayah) pergi dari kediamannya semula. Satu kebiasaan yang acap dilakukan oleh para lelaki, terutama ketika mereka menjadi korban kekerasan dalam rumah tangga, adalah keluar dari rumah guna menyelamatkan diri sekaligus menghindari *exposure* kekerasan terhadap anak.

Sebagai konsekuensi perilaku suami (ayah) tersebut, anak akan tinggal bersama ibunya selama berlangsungnya persidangan. Sangat disayangkan apabila hakim berpandangan bahwa situasi sedemikian rupa adalah hal wajar. Dengan anggapan seperti itu, hakim tidak memberikan ketegasan yang memadai bahwa anak tetap menjadi tanggungjawab kedua orang tuanya serta berhak melewati rentang waktu yang setara, baik dengan ayah maupun dengan ibunya. Hakim mungkin menasehati kedua pihak agar tidak merusak pada kehidupan anak, tapi hanya sebatas itu.

Penetapan hukum atas perkara perdata mengenai hak wali asuh anak karena perceraian, dipandang sebagai bentuk kongkret penerapan hukum yang sangat mempengaruhi secara nyata rasa keadilan, memperoleh perlindungan hukum, manfaat hukum, kebutuhan atau keadilan hukum secara individu atau sosial. Tetapi karena penetapan hukum sebagai

⁸¹ Pruett, Nangle & Bailey, 2000, *Roles And Ethical Issues in custody Disputes*, <http://www.springerlink.com/content/q42g69284280595x/?p=badae...>

bentuk penegakan hukum tidak mungkin terlepas dari aturan hukum, pelaku hukum, lingkungan tempat terjadinya proses penegakan hukum, maka tidak mungkin penegakan hukum hanya melihat pada aparat penegak hukumnya apalagi hanya dibatasi pada penyelenggaraan peradilan.

Pertimbangan hakim untuk memutus hak perwalian anak secara umum yakni: (a) adanya itikad baik dari calon wali anak, (b) kesanggupan calon wali untuk menjadi wali, (c) aspek ekonomi yang akan menjadi wali dan (d) kemampuan dan jaminan bahwa anak tidak akan terlantar, sehat dan terjamin pendidikannya.

Namun penentuan hukum atas hak wali asuh anak karena perceraian dipengaruhi oleh beberapa syarat yang harus dipenuhi, yakni :

1. Aturan hukum yang akan ditegakkan, dalam hal ini penegakan hukum yang adil akan tercapai apabila hukum yang akan ditegakkan atau hukum yang mengatur cara-cara penegakan hukum adalah benar dan adil. Suatu aturan hukum akan benar dan adil apabila dibuat dengan cara-cara yang benar dan materi muatannya sesuai dengan kesadaran hukum dan memberi sebesar-besarnya manfaat bagi kepentingan orang perorangan dan masyarakat banyak pada umumnya.
2. Pelaku penegakan hukum, adalah kunci utama penegakan hukum yang adil dan benar. Melalui aparat penegak hukum dalam hal ini Hakim, maka aturan hukum yang bersifat abstrak menjadi kongret, berlaku terhadap pencari hukum dan keadilan.
3. Lingkungan sosial tempat hukum berlaku adalah situasi budaya lingkungan yang ikut menentukan. Hukum baik dalam pembentukan maupun penagakannya sangat dipengaruhi oleh kenyataan-kenyataan, baik secara sosial, ekonomi, politik maupun budaya. Dalam masyarakat yang sangat menjunjung tinggi hukum, persoalan tata cara perwujudan tujuan sama penting dengan tujuan itu sendiri, tujuan mewujudkan keadilan hanya dapat dicapai dengan cara-cara yang adil pula.

Banyak faktor-faktor yang dipertimbangkan hakim dalam menerapkan hukum berupa penetapan hak wali asuh anak karena perceraian dan berkaitan langsung dengan para pihak, yakni Penggugat dan Tergugat. Sesuai dengan dasar kekeluargaan "*vaferechtelijk*" (*kapurusa*), maka anak-anak akan menjadi milik suami (bapak), jika terjadi perceraian. Tetapi bila terjadi perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusan terhadap hal tersebut. Demikian Undang-undang Perkawinan menentukan. Selanjutnya

ditegaskan, baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak – anaknya semata-mata berdasarkan kepentingan anak-anak. Bapak bertanggungjawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu. Bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memberi kewajiban tersebut, pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.

Pada masa “*Raad Kertha*” dahulu, bila terjadi sengketa tentang penguasaan anak, sering pengadilan memutuskan antara bapak dan ibu mendapat pembagian anak berimbang, misalnya anak laki-laki untuk bapak dan anak wanita diserahkan kepada ibunya. Kalau tidak demikian kadang-kadang Raad Kertha memutuskan bahwa anak-anak yang lahir dari perkawinan itu disuruh memilih antara ibu dan bapaknya. Keputusan yang demikian itu menurut I Gd. Panetje,⁸² dikatakan tidak dilandasi oleh pertimbangan asas-asas hukum kekeluargaan “*patriarchaat*”, dimana hubungan seorang anak dengan keluarga (*clan*) bapaknya menjadi dasar tunggal bagi susunan kekeluargaannya. Keluarga *purusa* adalah paling penting dalam penghidupannya. Penyerahan seorang anak kepada ibunya akibat perceraian menimbulkan konsekwensi si ibulah yang menjadi wali anak itu, hubungan kekerabatan dengan pihak ayah putus dan akhirnya hak atas warisan bapak (*purusa*) juga putus.

Pemikiran masalah penerapan hukum menjadi penetapan hak wali asuh tidak saja bertitik tolak dari fakta-fakta yang diperoleh dari sidang pengadilan atau dari dasar kenyataan itu sendiri (*legal realisme*) yang harus dicari penyelesaiannya. Pemikiran masalah penetapan hak wali asuh harus disertai dengan rasa menjunjung tinggi kehormatan dan martabat hakim.

Agar penetapan hak wali asuh anak mencapai suatu putusan yang berkeadilan, hakim dalam mengambil putusan terhadap perkara hak wali asuh anak karena perceraian, di samping harus berdasarkan pada hukum yang berlaku juga berdasarkan atas keyakinan yang seadil-adilnya dan sejujur-jujurnya dengan mengingat akan kebebasan yang dimilikinya dalam memeriksa dan memutus perkara. Hakim dalam memutuskan penetapan hak wali asuh anak terhadap perkara perceraian juga didasarkan atas Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, Pasal 35 ayat (1) dan (2) dan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Berdasar pendekatan yuridis sebagai pendekatan intinya, hakim mencari dan menentukan keputusannya berdasar peraturan perundang-undangan yang

⁸² I Made Suasthawa Dharmayuda, *Ibid*, hlm.152

berlaku, sehingga pertimbangan hakim dalam menetapkan hak wali asuh anak karena perceraian mencapai kebenaran yang seadil-adilnya. Pendekatan filosofis digunakan karena berintikan rasa keadilan dan kebenaran, sedangkan pendekatan sosiologis dimaksudkan untuk menemukan kesesuaian penerapan hukum itu dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat.

Hakim tetap harus mempertimbangkan bahwa para pihak (Penggugat dan Tergugat) lebih-lebih anak yang hendak ditentukan kepada siapa hak wali asuh diberikan, tetap berhak atas keadilan disamping rasa keadilan yang bisa dirasakan kebenarannya oleh masyarakat. Rasa keadilan masyarakat harus diukur pula oleh kepentingan dari rasa keadilan dari pencari keadilan sebagai pihak yang berperkara atau sedang diperkarakan. Selain itu, dalam perkara perdata mengenai hak wali asuh anak karena perceraian, harus diperhatikan hak anak, tidak boleh dikorbankan semata-mata atas nama rasa keadilan masyarakat atau kepentingan masyarakat atau pesanan pejabat atau tokoh kharismatik agar memenangkan salah satu pihak. Hakim wajib mendahulukan kepentingan dan rasa keadilan yang berperkara. Secara a-priori hak atas keadilan dari yang berperkara sebagai suatu bentuk "*individual right*" harus didahulukan dari kepentingan dan rasa keadilan masyarakat sebagai "*sosial right*", kecuali benar-benar dapat ditunjukkan secara nyata suatu kepentingan dan keadilan masyarakat tanpa merugikan kepentingan dan rasa keadilan yang berperkara.

a. Pendekatan Sosiopsikologis

Pendekatan sosiopsikologis menggambarkan hasil interaksi antara sistem sosial dan sistem atribut-atribut serta perilaku-perilakunya. Pandangan sosiopsikologis hakim bahwa hubungan suami istri setelah perkawinan bukanlah merupakan hubungan perikatan yang berdasar perjanjian atau kontrak tetapi merupakan suatu paguyuban (bersatunya rasa dan karsa serta karya suami istri dalam penghadapannya terhadap kehidupan rumah tangganya). Paguyuban ini disebut paguyuban hidup yang menjadi pokok ajang suami istri selanjutnya beserta anak-anaknya. Paguyuban ini lazim disebut *somah* (bahasa Jawa), yang berarti keluarga dan dalam *somah* itu hubungan antara suami dan istri itu demikian rapatnya, bukan hanya fisik tetapi juga psikis, karena menyangkut sikap batin dari suami maupun istri, kesatuan moral yang dipikul bersama, sehingga dalam pandangan orang Jawa suami istri itu merupakan satu ketunggalan, yakni rasa sepenanggungan dalam suka dan duka dan dalam

karya, yakni perbuatan dan usaha bersama untuk memenuhi hajat hidup. Perkawinan bersangkutan paut dengan urusan kerabat, dan urusan keluarga, masyarakat serta martabat, dan urusan pribadi.

Hakim sebagai anggota masyarakat sebagaimana masyarakat itu sendiri memandang bahwa perkawinan itu bukan soal yang mudah, karena menyangkut nilai hidup, harga diri dan kehormatan kerabat, dan juga menyangkut hal kebendaan. Perkawinan bukanlah soal seni atau kemudahan apalagi dianggap seperti mainan, sehingga orang tidak bisa kawin tanpa nikah atau beranak tanpa ayah yang syah. Sejak lama leluhur bangsa Indonesia menganggap perkawinan itu merupakan hal yang sakral, soal yang bernilai tinggi dan transsidental serta akan menentukan kebahagiaan hidup selanjutnya. Masalah yang timbul dalam perkawinan sering menyangkut martabat keluarga ataupun menyinggung masalah kerabat. Orang yang gagal dalam perkawinan adalah orang yang tidak bahagia dan gagal dalam mewujudkan kebahagiaan hidup dalam perkawinan. Begitu juga dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan bertujuan membentuk keluarga yang bahagia kekal dan sejahtera. Apabila seorang tidak bisa mewujudkan kebahagiaan dalam keluarga berarti seseorang telah gagal mewujudkan perkawinan.

Oleh karena putusan perkara perceraian yang di dalamnya juga memberikan penetapan mengenai hak wali asuh, tidak cukup hanya dilihat dari aspek hukumnya saja agar dapat berjalan secara efektif, tetapi aspek yang lain juga harus diperhatikan, seperti bagaimana peran ayah dan ibunya, baik sebagai penggugat maupun tergugat dan bagaimana masa depan anak jika hakim memutuskan yang berhak atas wali asuh bagi anak karena perceraian ternyata justru menimbulkan masalah bagi si anak. Masalah penetapan hak wali asuh anak yang dijatuhkan terhadap salah satu diantara penggugat ataupun tergugat tidak lepas dari pandangan hakim. Keyakinan hakim dan kepekaan hakim dalam menentukan masa depan anak sangat menentukan dalam penetapan siapa yang berhak atas wali asuh anak karena perceraian.

Hakim dapat menilai dan mempertimbangkan, bahwa :

1. Adanya bukti-bukti yuridis dari putusan Pengadilan Negeri Amlapura Nomor 9/Pdt.G/2005/PN.AP yang dalam memberikan pertimbangan Majelis Hakim ini dilengkapi pula dengan adanya fakta persidangan yang menunjukkan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi mendapat dukungan moral yang begitu besar dari lingkungan tempat

- tinggalnya dalam mengasuh anak-anak tersebut. Dukungan moral yang Majelis Hakim maksudkan adalah dengan adanya surat No. 01/BS/V/2008 yang diajukan oleh Keluarga Besar Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug (keluarga besar dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi), yang intinya mohon agar perwalian dan hak asuh anak-anak yang lahir dari perkawinan Ni Luh Asih (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi) dengan I Nyoman Kantun (Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi), ditetapkan kepada I Nyoman Kantun (Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi);
2. Dukungan moral dari keluarga Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi telah pula ditindak lanjuti dengan Surat Pernyataan bermeterai yang dibuat oleh I Nyoman Gemuh Kalian Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug, yang juga adalah keluarga besar dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi. Inti dari Surat Pernyataan tersebut adalah bahwa I Nyoman Gemuh siap menanggung biaya hidup dan biaya pendidikan sampai selesai dibangku sekolah SMA yang dibutuhkan oleh I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma, dana mana akan diambilkan dari dana saham keluarga di Koperasi Ayu Waras Banjar Samuh, Desa Bugbug, Kecamatan dan Kabupaten Karangasem.

Pertimbangan hakim terhadap dua unsur hukum adat itu, memberi indikasi bahwa persoalan utama bukanlah masalah mampu atau tidaknya penggugat mengasuh anak, tetapi adanya indikasi bahwa tergugat (I Nyoman Kantun menurut para saksi, keluarganya mempunyai kemampuan untuk mendidik, merawat, membesarkan serta memberikan perhatian dan curahan kasih sayang kepada anak-anak tersebut.

Adanya pengaruh dari atribut-atribut yang melekat pada pribadi Majelis Hakim yang memeriksa dan mengadili perkara untuk menetapkan hak asuh anak karena perceraian di Pengadilan Negeri Amlapura, yaitu Hakim Tenny Erma Suryathi, adalah orang suku Bali asli (Badung) yang menjalankan tugas sebagai Hakim untuk yang pertama kali pada tahun 2003 di Pengadilan Negeri Negara (wilayah Propinsi Bali), juga seorang ibu rumah tangga mempunyai 2 (dua) orang anak laki-laki. Hakim Ni Kadek Kusuma Wardani, adalah orang suku Bali asli (Amlapura) yang menjalankan tugas sebagai Hakim untuk yang pertama kali pada tahun 2004 di Pengadilan Negeri Amlapura, seorang ibu rumah tangga belum mempunyai anak. Hakim Ira Wati, adalah orang suku Jawa yang baru pertama kali menjalankan tugas sebagai hakim di Pengadilan Negeri Amlapura pada tahun 2007. Latar belakang ataupun atribut-atribut yang melekat pada diri Majelis Hakim

tersebut telah mempengaruhi Hakim sehingga Majelis Hakim dapat menerima dan mengerti akan alasan-alasan dari tergugat I Nyoman Kantun yang mendalilkan bahwa tergugat adalah sebagai *kepurusa* yang berhak mendapatkan hak asuh atas anak-anak yang lahir dari perkawinan yang selanjutnya didukung oleh pernyataan *Kalian Dadia* (ketua paguyuban keluarga).

Fakta tersebut yang menjadi pertimbangan hakim dalam hal penetapan hak wali asuh anak bernama I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma tersebut. Penetapan itu juga merupakan putusan yang berangkat dari fakta-fakta yuridis dan keterangan saksi yang memenuhi persyaratan atas adanya perkara rumah tangga yang sudah tidak dapat lagi diselesaikan secara baik-baik ataupun upaya membangun rumah tangga juga sudah tidak mungkin lagi diupayakan.

Penerapan teori sosiopsikologis pada perkara perceraian dan penentuan hak wali asuh tentu didasarkan adanya aspek-aspek psikologis pada perkara tersebut, terutama mengenai kondisi jiwa para pihak dengan segala perilakunya sampai pada konflik-konflik batin yang ditimbulkan, yang bisa dipersepsi hakim dalam pemeriksaan di sidang pengadilan. Agar dapat mengungkapkan secara lebih mendalam memerlukan bantuan ilmu hukum perilaku (*behavioral jurisprudence*). Hal tersebut mengingat bahwa sosiopsikologi menjadi “ilmu yang mempelajari tingkah laku manusia dan hubungan-hubungan antara manusia berdasarkan kondisi jiwa sebagai kekuatan dalam diri yang menumbuhkan sikap dan sifat yang mendorong tingkah laku tersebut. Hubungan inilah yang menunjukkan adanya pendekatan psikologi terhadap hukum, yang artinya bahwa untuk mendapatkan hasil penelitian yang lebih mendalam, maka perkara perceraian atau penentuan hak wali asuh atas anak karena perceraian perlu dilihat dari sudut pandang tertentu yaitu sosiopsikologis.

Hakim pada umumnya tidak berpretensi terhadap suatu hal yakni kepada siapakah hak wali asuh anak harus dipercayakan, namun menerapkan suatu putusan berdasar pertimbangan rumusan pasal-pasal dan rasa keadilan tidak cukup. Kaitannya dengan perumusan suatu pasal, hakim dapat menentukan kaidah hukum yang terkandung didalamnya dan keadaan-keadaan yang dapat dicakup oleh kaidah itu maupun pertimbangan hakim terhadap kejadian senyatanya dari perkara itu. Hakim dalam mengadili suatu perkara, menimbang fakta-fakta yang berkaitan dengan kaidah hukum yang akan diterapkan. Berdasar fakta-fakta yang nyata atau kongkrit yang diperoleh dari

hasil pemeriksaan di sidang pengadilan, hakim memutuskan dan penetapan putusan hukum. Hakim tidak sekedar melakukan pilihan-pilihan terhadap berbagai kemungkinan yang dijumpainya dipersidangan, tetapi juga mempertimbangkan dan menginterpretasi latar belakang terjadinya perkara itu dan unsur-unsur yang menyebabkan terjadinya perkara itu.

Pilihan itu termasuk pula hal-hal yang diajukan Penggugat, keterangan saksi –saksi dalam persidangan. Sehingga dalam penetapan hak wali asuh anak mempertimbangkan dan mengingat juga pada Pasal 19, Pasal 35 ayat (1) dan (2) Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 dan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974.

Penyelesaian perkara yang baik didasarkan pada kenyataan yang terdapat pada kehidupan masyarakat. Bukan bertitik tolak dari mensenyawakan kaidah hukum yang dipegang demi kepastian hukum kepada situasi yang nyata. Pada putusan penetapan hak wali asuh anak sebagaimana diputuskan hakim Pengadilan Negeri Amlapura atas perkara perwalian anak karena perceraian dalam perkara Nomor 9/Pdt.G/2008/PN.AP merupakan pelaksanaan dari peraturan perundang-undangan dengan berdasarkan atas fakta bahwa terjadi ketidakharmonisan suami istri dalam keluarga, tidak adanya rasa tanggungjawab suami kepada keluarganya, tidak ada usaha untuk berbaik lagi dengan dibuktikan adanya perkecokan yang berkepanjangan. Upaya-upaya untuk agar antara penggugat dan tergugat dapat kembali hidup harmonis gagal karena salah satu pihak tidak menunjukkan itikad baik dan mau bertanggungjawab dengan baik.

Berdasar fakta-fakta tersebut dalam penetapan hak wali asuh anak karena perceraian, memperhatikan :

- 1) Hakim dalam menjalankan tugasnya yakni menjalankan hukum untuk mencapai suatu kepentingan dan dengan hukum itu masyarakat yang harus dilindungi. Kalau merasa dilindungi masyarakat merasakan ketentraman. Masyarakat datang ke pengadilan seharusnya tidak merasa diadili, tetapi untuk memperoleh perlindungan hukum, meskipun masyarakat itu diperiksa karena suatu permohonan akan keadilan ataupun karena perbuatan melanggar hukum yang dilakukannya atau ingin memperoleh kejelasan tentang hukum yang berhubungan dengan dirinya sehingga merasa mendapatkan perlindungan hukum.

- 2) Penerapan hukum bertitik tolak pada fakta hukum yang diperoleh dari persidangan atau dari dasar kenyataan itu sendiri (*legal realisme*), kemudian dicari penyelesaiannya dengan tujuan hak-hak pemohon keadilan di pengadilan terlindungi dan kepentingan masyarakat tidak terabaikan.
- 3) Penerapan hukum yang otoriter, terlalu lugas dan formalitas tidak sesuai dengan proses kemasyarakatan secara keseluruhnya. Penerapan hukum harus masuk akal, manusiawi, sederhana dan adil.

b. Pendekatan Psikokultural

Pada dasarnya, pembentukan dan pertumbuhan kepribadian yang sehat dan matang banyak dipengaruhi oleh motivasi, proporsi dan otonomi fungsional. Motivasi merupakan kekuatan yang mendorong dan menarik atau cara pengaturan perbuatan manusia. Motivasi merupakan motif dari perilaku yang dirangsang, didorong, diperjuangkan dan diarahkan menuju masa depan yang menimbulkan ketegangan. Semua ketegangan ini memiliki sumber sendiri dalam suatu *disturbance* yakni keadaan yang mendesak individu untuk mereduksi ketegangannya yang berguna untuk mempertahankan suatu tingkat kepuasan.

Akibat meningkatnya ketegangan karena ketiga sumber itu (motivasi, proporsi dan otonomi fungsional), seseorang harus mencari cara untuk mengurangi ketegangan tersebut. Adapun cara-cara yang dipergunakan orang untuk mengatasi frustrasi, kecemasan dan konflik yaitu dengan identifikasi dan pemindahan objek.

Identifikasi adalah metode yang dipergunakan orang dalam menghadapi orang lain dan menjadikan bagian dari kepribadiannya. Jadi, seseorang mengurangi ketegangan dengan cara bertingkah laku seperti orang lain, bisa lari ke hal-hal yang bersifat religius (termasuk ke dukun atau tempat-tempat yang dianggap sakral). Dalam pengidentifikasian ini biasanya seseorang hanya memilih hal-hal yang dalam anggapannya dapat menolongnya untuk mencapai suatu maksud.

Pemindahan objek terjadi apabila objek asli yang dipilih untuk mereduksikan tegangan tidak berhasil, maka individu mencari objek lain. Objek pengganti ini kurang dapat memberikan kepuasan untuk mereduksikan tegangan seperti objek asli. Jika ini terus terjadi, berakibat pada adanya pemupukan tegangan yang tak tersalurkan yang bertindak sebagai daya

motivasi tingkah laku yang bersifat permanen (terutama yang bersifat negatif, seperti masa bodoh, tidak perhatian terhadap anak istri, seenaknya).

Secara psikokultural, kekhawatiran hakim akan hasil kerja yang tidak dapat dicapainya akan sangat mempengaruhi performansi pada tugas akhir yang sudah menjadi kewajiban hakim, yakni memutuskan perkara dengan benar dan dengan seadil-adilnya sehingga tercapai putusan yang dirasakan kebenarannya maupun keadilannya oleh masyarakat. Masing-masing hakim yang bekerja pada suatu lembaga peradilan menginginkan keberhasilan dalam tugas yang dikerjakannya dan hasil dari pekerjaannya tersebut dapat memuaskan baik bagi penegakan hukum maupun bagi diri hakim itu sendiri. Oleh karena itu hasil dari tugas yang dikerjakan oleh hakim tersebut sebaiknya perlu untuk dinilai sampai dimana performansi kerja atau prestasi kerja hakim tersebut.

Psikokultural adalah kondisi hakim yang tidak lepas dari aspek kultur masyarakat Bali yang masih menjunjung tinggi hukum adat, karena kejiwaan hakim juga dituntun oleh kondisi budayanya, sehingga hakim yang bebas dari faktor-faktor budaya hampir tidak ada. Karena faktor psikokultural ini akan menyublim secara halus dalam jiwa hakim, sehingga putusannya akan menyentuh rasa keadilan sosial juga. Faktor psikokultural akan berkaitan dengan masyarakat yang didalamnya juga berlaku hukum-hukum yang adil dan benar, memberi kondisi psikologis dan ekonomis untuk semua anggota masyarakat, merupakan lingkungan yang kondusif untuk interpretasi hakim dalam memutuskan perkara hak wali asuh anak karena perceraian.

Hukum adat Bali yang berlaku, pada masa "*Raad Kertha*" dahulu, bila terjadi sengketa tentang penguasaan anak, sering pengadilan memutuskan antara bapak dan ibu mendapat pembagian anak berimbang, misalnya anak laki-laki untuk bapak dan anak wanita diserahkan kepada ibunya. Kalau tidak demikian kadang-kadang *Raad Kertha* memutuskan bahwa anak-anak yang lahir dari perkawinan itu disuruh memilih antara ibu dan bapaknya. Keputusan yang demikian itu menurut I Gd. Panetje,⁸³ dalam I Made Suasthawa Dharmayuda dikatakan tidak dilandasi oleh pertimbangan asas-asas hukum kekeluargaan "*patriarchaat*", dimana hubungan seorang anak dengan keluarga (clan) bapaknya menjadi dasar tunggal bagi susunan kekeluargaannya. Keluarga *purusa* adalah paling penting dalam penghidupannya.

⁸³ *ibid*

Penyerahan seorang anak kepada ibunya akibat perceraian menimbulkan konsekwensi si ibulah yang menjadi wali anak itu, hubungan kekerabatan dengan pihak ayah putus dan akhirnya hak atas warisan bapak (*purusa*) juga putus.

Berdasar pengalaman dalam menyelesaikan perkara di persidangan, pengetahuan tentang hukum dan kepekaan intuisi hakim terhadap perkara yang harus diselesaikannya dan pemahaman akan hukum adat yang masih berlaku di wilayah hukum Negeri Pengadilan Amlapura, memberi kontribusi terhadap keberhasilan hakim dalam menyelesaikan perkara di pengadilan. Pertimbangan hakim dalam putusannya memberikan penetapan hak wali asuh anak. Putusan hakim yang menetapkan hak wali asuh anak pada perkara No. 9/Pdt.G/2008/PN.AP, itu berdasar pertimbangan bahwa hakim dalam hal ini tidak hanya mengabdikan kepada fungsi kepastian hukum, tetapi mempunyai tugas juga dalam merealisasikan keadilan.

Putusan hakim tidak selalu sama karena setiap peristiwa itu sifatnya khusus dan hakim tidak selalu dapat menerapkan hukum dari suatu peraturan perundang-undangan yang umum sifatnya penetapan perwalian anak dalam perceraian di pengadilan negeri karena dalam beberapa putusan baik tingkat banding maupun kasasi yang telah menjadi Yurisprudensi di Indonesia menyatakan bahwa dalam hal terjadi perceraian, anak-anak yang masih kecil dan membutuhkan kasih sayang dan perawatan ibu, perwaliannya patut diserahkan kepada ibunya (Putusan Mahkamah Agung No. 239 K/Sip/1968) kemudian dinyatakan bahwa demi kepentingan anak yang belum dewasa dalam hal putusannya perkawinan karena perceraian, maka pemeliharaan si anak tersebut diserahkan kepada si ibu sebagai situasi yang kongkret. Hakim tidak hanya wajib menerapkan atau melaksanakan Undang Undang, tetapi juga menghubungkan semua sifat-sifat yang khusus dari perkara hak wali asuh yang diajukan kepada hakim dalam putusannya.

Secara filosofis putusan hakim dalam perkara perdata mengenai hak wali asuh anak karena perceraian sebagaimana di tuangkan dalam register Pengadilan Negeri Amlapura Nomor 9/Pdt.G/2008/PN.AP menunjukkan moral hukum (*moral justice*) dari hakim yang dipusatkan pada hal-hal yang bersifat khusus pada peristiwa kongkret dan kepentingan yang berkaitan. Sifat khusus dalam perkara ini adalah perkara yang diadili ini bukan perkara perceraian semata-mata dan bukan perkara penetapan hak wali asuh saja, tetapi bagaimana hakim mampu menangkap dimensi budaya/adat Bali yang bertumpu pada paham *puruse*, baik

dalam hubungannya dengan kemampuan pengasuhan anak untuk masa depan pendidikan dan perlindungan anak dan secara moral merasa berkewajiban dengan tepat menentukan siapa yang berhak menjadi wali asuh bagi anak karena perceraian itu, dengan tidak mengurangi hubungan emosional anak dengan kedua orang tuanya.

Moral justice hakim memang dapat dipusatkan pada hal-hal yang konkret dan pada tujuan yang tersirat dalam peraturan. Kalau penyelesaian berdasar moral hukum itu tidak sesuai dengan penyelesaian menurut Undang-Undang, maka hakim wenang dan wajib untuk tidak mengikuti ketentuan hukum (pasal-pasal), melainkan menggunakan moral hukum itu sebagai sarana untuk menemukan pemecahan peristiwa kongkret yang dapat diterima. Melalui *Moral justice* hakim dan interpretasi terhadap hasil pemeriksaan terhadap para pihak di sidang pengadilan, dapat ditetapkan wali asuh yang mempunyai moralitas yang baik berlatar belakang adat yang masih kuat dipelihara sepenuh hati, sehingga nantinya dapat mendidik, membimbing dan memberi teladan bagi anak yang secara hukum tetap menjadi asuhannya.

c. Pendekatan Sosiokultural

Pendekatan sosiokultural dimaksudkan untuk menyajikan hasil interaksi antara sistem sosial dan budaya, berkaitan dengan pola-pola dari peran-peran institusional dan fungsi-fungsi out-put dari akomodasi dan pengaturan tingkah laku orang lain. Selain itu juga untuk menemukan kesesuaian penerapan hukum itu dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat.

Hal ini dikandung maksud bahwa putusan hakim itu bisa diterima oleh masyarakat sebagai suatu putusan yang benar dan adil. Penegakan hukum bukan sekedar keputusan suatu perkara dan selesai, tetapi dapat dipengaruhi dan berpengaruh terhadap keadaan dan interaksi sosial yang terjadi dalam masyarakat, terutama masyarakat yang masih memelihara dan mengembangkan sistem hak-hak *privilege* berdasarkan status atau suatu masyarakat yang berada dalam lingkungan kekuasaan otoriter atau masyarakat yang terbuka dan masyarakat yang *egaliter*. Keinginan dan kemampuan masyarakat untuk memperoleh perlakuan hukum yang benar dan adil dapat mempengaruhi penegakan hukum yang benar dan adil juga. Hubungannya dengan putusan hakim berdasar pandangan Sosiokultural adalah hakim dalam menangani dan memutus perkara tidaklah mengekspresikan dirinya sebagai kekuasaan tunggal, dalam bentuk majelis hakim, mensinkronkan latar belakang budaya hakim menjadi satu kesatuan bahasa tunggal berupa putusan majelis hakim.

Ada kalanya bagi hakim yang latar belakangnya hidup dalam lingkup keras, marginal, banyak ketidakadilan tentu berbeda putusannya dengan hakim yang datang dari latar belakang sosiokultural yang serba tertib, *adem ayem*, religius. Kesatuan ekspresi yuridis terhadap suatu perkara dapat dicapai, karena dasar rasa keadilan yang dimiliki oleh hakim serta pandangan sosiokultural terhadap para pihak.

Pandangan sosiokultural hakim terekspresi dari kepribadian hakim, karena kepribadian adalah persoalan jiwa hakim yang asasi dan mempengaruhi jiwa hakim yang terekspresikan dalam bentuk keputusan hukum maupun penemuan hukum yang lazim. Sosiokultural hakim adalah sikap yang memungkinkan individu hakim itu untuk bertindak bebas, melaksanakan tugas memutuskan perkara dengan kemandiriannya, atas dorongan diri sendiri, mengejar prestasi, penuh ketekunan, serta berkeyakinan di dalam mengerjakan sesuatu tanpa bantuan orang lain, mampu bertindak dan berpikir original, kreatif dan inisiatif, mengatasi masalah yang dihadapi, mempunyai rasa percaya diri dan memperoleh kepuasan dari usahanya.

Kemandirian adalah merupakan perilaku yang tumbuh di dalam diri individu hakim yang dapat menambah rasa percaya diri dan harga diri yang tinggi untuk menghadapi dan menyelesaikan setiap masalah yang timbul serta mempertahankan dan mengupayakan tidak bergantung pada orang lain. Keterbukaan terhadap pengalaman hukum karena terbuka terhadap pengalaman, tidak kaku, memiliki toleransi terhadap kemampuan dan kesadaran sensitif terhadap penemuan hukum. Artinya, bahwa perilaku para pihak memiliki referensi yang harus dipelajari hakim dan menjadi pertimbangan hakim dalam memutus perkara.

Putusan hakim Pengadilan Negeri Amlapura Register Nomor 9/Pdt.G/2008/PN.AP selain dengan menggunakan pendekatan yuridis dan sosiologis, didahului dengan adanya interpretasi maupun penafsiran oleh hakim terhadap latar belakang terjadinya perkara, penafsiran terhadap materi pasal-pasal yang dikenakan terhadap suatu perkara. Penafsiran atau interpretasi sebagai upaya menafsirkan perkataan perundang-undangan dengan meyakini bahwa arti yang ditafsirkan itu memang berasal dari pembuat undang-undang. Dalam hal ini, hakim bisa juga mempertimbangkan rumusan dalam perundang-undangan. Penafsiran hubungan antara peristiwa yang sebenarnya dari suatu perkara dengan kata-kata yang ada dibalik suatu pasal, sehingga menjadi masalah tentang kepastian hukum yang hendak diputuskan hakim.

Padahal sesungguhnya terdapat suatu asas yang harus dipastikan dalam penerapan suatu pasal. Karena itu hakim yang memiliki pengalaman tinggi dan ada kesediaan untuk memahami suatu perkara, baik secara intrinsik maupun ekstrinsik maka hakim itu akan mampu menetapkan putusan yang adil, karena diputuskan berdasar rasa keadilan.

2 Analisis pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian dari perspektif perlindungan dan kesejahteraan anak.

a. Pertimbangan Rasa Keadilan

Pekerjaan para hakim adalah mengusahakan keadilan yaitu mewujudkan suatu kebajikan untuk memberikan kepada setiap orang haknya atau sedekat mungkin dengan haknya, misalnya menjatuhkan hukuman sesuai dengan kesalahannya, sehingga tidak ada orang yang mendapatkan keuntungan atas penderitaan orang lain. Sedangkan keadilan hukum (*legal justice*) berarti keadilan telah dirumuskan oleh hukum dalam bentuk hak dan kewajiban, dimana pelanggaran terhadap keadilan ini dapat ditegakkan melalui poses hukum, yang umumnya di Pengadilan. Keadilan dapat juga dilihat dari hasil-hasil konkrit yang dapat diberikan kepada masyarakat. Hasil yang diperoleh itu hendaknya berupa pemuasan kebutuhan manusia sebanyak-banyaknya dengan mengorbankan yang sekecil-kecilnya.

Dalam Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman sebagai hasil revisi Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970, Bab IV tentang Hakim dan Kewajibannya, Pasal 28 ayat (1) menyatakan bahwa " Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat" Selanjutnya dalam penjelasan dari pasal tersebut " Ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat". Ketentuan dalam undang-undang tersebut sejalan dengan aliran *sociological jurisprudence* yang mengatakan hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat, sesuai di sini berarti bahwa hukum itu mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat.

Idealnya setiap hukum (perundang-undangan) termasuk putusan hakim harus dijiwai oleh ketiga nilai dasar hukum yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan. Namun, realitas menunjukkan bahwa sering kali terjadi pertentangan antara nilai yang satu dan yang lainnya, misalnya, antara keadilan dan kepastian hukum ataukah antara kemanfaatan dan kepastian

hukum. Ketiga unsur esensial hukum yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum sulit terwujud secara bersamaan, lebih sering terjadi konflik antara ketiganya.

Tujuan hukum yang terpenting adalah untuk mencapai keadilan di dalam masyarakat. Tujuan inilah yang menyebabkan dua hal. *Pertama*, kaidah-kaidah hukum itu tidak hanya merupakan kaidah yang sah (mempunyai *validity*) saja, tetapi juga harus merupakan kaidah-kaidah yang

adil (harus mempunyai *value*). *Kedua*, penegakan hukum dan pelaksanaan hukum itu tidak boleh dilakukan sedemikian rupa sehingga sama sekali menghilangkan nilai-nilai etika pada umumnya dan menghilangkan martabat kemanusiaan sebagai manusia khususnya.

Putusan Pengadilan Negeri Amlapura No.9/Pdt.G/2008/PN.AP yang menetapkan hak wali asuh anak kepada Tergugat I Nyoman Kantun dengan pertimbangan sebagai berikut :

Menimbang, bahwa dalam jawaban yang diajukan oleh Tergugat Kompensi/Penggugat Rekonpensi, Penggugat Rekonpensi/Tergugat Kompensi mohon agar ditetapkan atas hak perwalian dan hak asuh terhadap anak-anak Penggugat Rekonpensi/Tergugat Kompensi dan Tergugat Rekonpensi/Penggugat Kompensi karena Penggugat Rekonpensi/Tergugat Kompensi adalah pihak purusa.

Menimbang, bahwa kendatipun antara kedua belah pihak memiliki tanggung jawab yang sama hal melaksanakan kewajibannya sebagai orang tua terhadap anak-anak mereka tersebut, Majelis Hakim akan mempertimbangkan kepada siapa hak asuh atas anak-anak tersebut akan diberikan, apakah kepada Penggugat Rekonpensi/Tergugat Kompensi atau kepada Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Kompensi?

Menimbang, bahwa dalam hal ini Majelis Hakim akan menetapkan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi sebagai pemegang Hak Asuh atas **I KADE RAI SUBAWA** dan **I KETUT JAYA KUSUMA**. Hal ini didasarkan atas pertimbangan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi dengan pekerjaannya sebagai Nelayan dan Pramu Wisata mempunyai kemampuan untuk mendidik, merawat, membesarkan serta memberikan perhatian dan curahan kasih sayangnya kepada anak-anak meraka tersebut.

Menimbang, bahwa pertimbangan Majelis Hakim ini dilengkapi pula dengan adanya fakta persidangan yang menunjukkan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi mendapat dukungan moral yang begitu besar dari lingkungan tempat tinggalnya dalam mengasuh anak-anak tersebut. Dukungan moral yang Majelis Hakim maksudkan adalah dengan adanya surat No. 01/BS/V/2008 yang diajukan oleh Keluarga Besar Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug (keluarga besar dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi), yang intinya mohon agar perwalian dan hak asuh anak-anak yang lahir dari perkawinan Ni Luh Asih (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Kompensi) dengan I Nyoman Kantun (Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi), ditetapkan kepada I Nyoman Kantun (Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi).

Menimbang, bahwa dukungan moral dari keluarga Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Kompensi telah pula ditindak lanjuti dengan Surat Pernyataan bermeterai yang dibuat oleh I Nyoman Gemuh Kalian Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug, yang juga

adalah keluarga besar dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi. Inti dari Surat Pernyataan tersebut adalah bahwa I Nyoman Gemuh siap menanggung biaya hidup dan biaya pendidikan sampai selesai dibangku sekolah SMA yang dibutuhkan oleh I Kade Rai Subawa dan I Ketut Jaya Kusuma, dana mana akan diambilkan dari dana saham keluarga di Koperasi Ayu Waras Banjar Samuh, Desa Bugbug, Kecamatan dan Kabupaten Karangasem.

Menimbang, bahwa sekalipun Majelis Hakim telah menetapkan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sebagai pemegang Hak Asuh atas **I KADE RAI SUBAWA** dan **I KETUT JAYA KUSUMA**, namun hal ini tidak berarti bahwa hak dan kewajiban Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi sebagai ibu kandung dari anak-anak tersebut akan berkurang ataupun hilang. Hal ini didasarkan atas surat pernyataan bermeterai bertanda T.1 yang telah dibuat oleh Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sendiri, yang menyatakan bahwa Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi memberikan ijin kepada anak-anak mereka tersebut untuk menengok ibunya (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi) di tempat kosnya dan juga memberikan ijin kepada ibunya (Tergugat Rekonpensi/ Penggugat Konpensi) untuk menengok anak-anak tersebut.

Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan dan alasan tersebut di atas maka Majelis berpendapat bahwa permohonan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi sebatas mengenai Hak Asuh atas **I KADE RAI SUBAWA** dan **I KETUT JAYA KUSUMA** beralasan untuk dikabulkan, sehingga secara otomatis gugatan petitum nomor 4 dari gugatan Penggugat Konpensi/ Tergugat Rekonpensi haruslah dinyatakan ditolak.

Menimbang, bahwa oleh karena gugatan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi hanya dikabulkan sebatas hak asuhnya saja, maka gugatan Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi selebihnya haruslah dinyatakan ditolak.

Menimbang, bahwa oleh karena gugatan pokok Penggugat dikabulkan sebagian dan dalam Rekonpensi gugatan dari Penggugat Rekonpensi/ Tergugat Konpensi juga dikabulkan sebagian, maka berdasarkan ketentuan dalam Pasal 192 Ayat (2) RBg Penggugat Konpensi/ Tergugat Rekonpensi dan Tergugat Konpensi/ Penggugat Rekonpensi dihukum untuk membayar biaya perkara ini secara tanggung renteng yang besarnya akan ditentukan seperti tersebut dalam amar putusan di bawah ini.

Mengingat dan memperhatikan Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974, Pasal 19 huruf f Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 serta peraturan perundangan lainnya yang bersangkutan.

Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam memberikan putusan yang memberikan hak wali asuh anak kepada Tergugat I Nyoman Kantun sebagai ayahnya telah selaras dengan maksud dari Pasal 28 ayat(1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman, karena Hakim Pengadilan Negeri Amlapura telah menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat Bali yang menganut sistem ke-bapaan, maka hal utama yang menonjol adalah anak laki-laki, anak laki-laki akan

meneruskan kehidupan/keturunan keluarga itu. Hubungan kekerabatan yang terdapat di Bali, sampai sekarang masih tetap diikat oleh *sistem treh* atau *soroh* yakni setiap keluarga selalu menarik garis keturunan pada seorang laki-laki (*purusa pancar*). Asas-asas hukum kekeluargaan "*patriarchaat*", dimana hubungan seorang anak dengan keluarga (*clan*) bapaknya menjadi dasar tunggal bagi susunan kekeluargaannya. Keluarga *purusa* adalah paling penting dalam penghidupannya. Penyerahan seorang anak kepada ibunya akibat perceraian menimbulkan konsekwensi si ibulah yang menjadi wali anak itu, hubungan kekerabatan dengan pihak ayah putus dan akhirnya hak atas warisan bapak (*purusa*) juga putus.

Sehingga putusan hakim Pengadilan Negeri Amlapura No.9/Pdt.G/2008/PN.AP adalah putusan hukum yang telah memenuhi rasa keadilan masyarakat hakim telah menerapkan asas legalistik secara tepat dan benar dalam rangka mengemban nilai-nilai keadilan dan rasa keadilan dalam masyarakat. Hakim sebagai penterjemah hukum yang ada, baik melalui penafsiran, konstruksi maupun penghalusan hukum dalam undang-undang selanjutnya menerapkan dalam putusan perkara, yang menurut aliran *sociological jurisprudence* dikatakan hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat, sesuai di sini berarti bahwa hukum itu mencerminkan nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat.

b. Aspek Perlindungan dan Kesejahteraan Anak.

Keluarga sebagai kelompok inti dari masyarakat dan sebagai lingkungan yang alami bagi pertumbuhan dan kesejahteraan seluruh anggotanya khususnya anak-anak, harus diberi perlindungan dan bantuan yang diperlukan agar keluarga mampu mengemban tanggung jawab dalam masyarakat. Demi mengemban kepribadiannya secara penuh dan serasi, maka anak harus tumbuh dalam suatu lingkungan keluarga, dalam iklim kebahagiaan, cinta kasih dan pengertian.

Secara individu seorang anak adalah belum matang baik secara fisik maupun psikis, lebih lanjut seorang anak digolongkan dalam kelompok rentan / rawan. Di mana dalam kelompok rentan tersebut anak adalah tergolong yang paling rentan terhadap berbagai proses yang sedang berlangsung, untuk itu seorang anak harus dijamin hak hidupnya untuk dapat

tumbuh dan berkembang sesuai dengan fitrah dan kodratnya. Hal ini merupakan komitmen bangsa bahwa menghormati, memenuhi, dan menjamin hak anak adalah tanggungjawab negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua.

Namun demikian apabila dalam suatu perkawinan terpaksa harus putus karena perceraian maka keluarga yang dipakai tempat bernaung bagi anak-anak tidak dapat menyatu kembali maka anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut akan menjadi korban. Dalam pasal 41 ayat (1) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 disebutkan bahwa baik ibu maupun bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberikan putusan. Selanjutnya pasal 50 ayat(2) Undang-undang No. 1 Tahun 1974 menyebutkan bahwa perwakilan itu mengenai diri pribadi anak yang bersangkutan maupun harta kekayaannya. "mengenai pribadi anak yang bersangkutan" dapat ditafsirkan bahwa kewajiban dari wali adalah mengurus kepentingan diri si anak mulai dari mengasuh, memelihara, serta memberi pendidikan serta bimbingan agama, serta pengobatan dan pemenuhan segala kebutuhan anak lainnya. Semua pembiayaan hidup tersebut adalah menjadi tanggungjawab si wali. Sedangkan perwalian terhadap harta benda atau kekayaannya adalah dalam bentuk mengelola harta benda si anak secara baik dengan mewakili si anak dalam segala tindakan perdata (*burgelijke handelingen*).

Hakim dalam memutuskan hak asuh anak harus bersikap hati-hati serta arif oleh karena jiwa anak-anak masih rapuh, jangan sampai putusan yang dijatuhkan oleh hakim mempengaruhi perkembangan jiwa dan mental dari anak, hak Anak khususnya dalam pasal 14 yaitu setiap anak berhak diasuh oleh orangtuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.

Data yang diperoleh dalam Putusan Nomor : 9/Pdt.G/2008/ PN.AP yaitu dalam surat gugatan penggugat dan jawaban :

- bahwa penggugat mohon ditetapkan sebagai hak wali asuh atas anak-anaknya yaitu: I KADEK RAI SUBAWA dan I KETUT JAYA KUSUMA, karena anak-anak penggugat tersebut masih memerlukan perawatan dan kasih sayang seorang ibu.
- Bahwa tergugat dalam jawabannya mendalilkan bahwa sesuai dengan hukum Adat Bali, hak perwalian dan hak asuh adalah menjadi tanggungjawab tergugat sebagai *purusa* dan

tergugat juga menyatakan siap menanggung biaya hidup rumah tangga termasuk kebutuhan anak tergugat yang dikeluarkan oleh Penggugat selama tinggal terpisah dengan tergugat.

Jika dicermati dari jawab-menjawab tersebut maka dalam perkara ini ada sengketa mengenai hak pengasuhan atas anak-anak yang dilahirkan dalam perkawinan. Dari keterangan saksi yang diajukan di muka persidangan yaitu saksi I Ketut Suastawan dan I Ketut Simpen, diperoleh keterangan :

- Bahwa setelah terjadi perkecokan antara penggugat dengan tergugat, anak mereka menyatakan akan ikut dengan penggugat.
- Bahwa akibat perkecokan penggugat dan tergugat, menyebabkan mental anak pertama mereka agak tertekan.

Kemudian saksi I Ketut Suastawan, I Ketut Simpen dan Ni Luh Mariani memberikan keterangan pula :

- Pekerjaan dari tergugat I Nyoman Kantun adalah nelayan dan pemandu wisata sehingga sering pulang malam.
- Bahwa penyebab perkecokan antara penggugat dengan tergugat antara lain karena tergugat sering bermain judi.

Akhirnya dalam amar putusan perkara No. 9/Pdt.G/2008/PN.AP Majelis Hakim telah menjatuhkan putusan mengenai hak asuh atas anak I KADE RAI SUBAWA dan I KETUT JAYA KUSUMA diserahkan kepada tergugat I Nyoman Kantun sebagai ayahnya, dengan mendasarkan pada Hukum Adat Bali yang mempengaruhi putusan hakim seperti telah diuraikan di atas melalui pendekatan sosiopsikologis, pendekatan psikokultural, pendekatan sosiokultural.

Dalam perkara No.9 /Pdt.G/2008/PN.AP tersebut peneliti mencermati dan mengkaji dari sisi lain yaitu dengan memperhatikan keterangan saksi-saksi di muka persidangan bahwa anak-anak dari penggugat dan tergugat lebih memilih ikut kepada tergugat Ni Luh asih sebagai ibunya, sehingga secara psikologis sebenarnya anak-anak dari penggugat Ni Luh Asih dan tergugat I Nyoman Kantun sangat membutuhkan kasih sayang dari ibunya (tergugat Ni Luh Asih). Selain itu tergugat I Nyoman Kantun mempunyai kebiasaan bermain judi, sehingga secara moralitas perilaku dari tergugat I Nyoman Kantun yang suka bermain judi akan mempengaruhi kemampuan dan kesanggupan tergugat I Nyoman Kantun dalam

mendidik anak-anaknya serta berpengaruh kepada perkembangan mental anak itu sendiri. Selanjutnya pekerjaan dari tergugat adalah seorang nelayan dan pemandu wisata yang sering pulang malam sehingga jaminan bahwa tergugat akan memberikan perhatian, perawatan, kasih sayang dan bimbingan kepada anak-anaknya tidak dapat dilaksanakan dengan sepenuhnya.

Dalam menentukan suatu status pemberian hak pengasuhan anak karena perceraian menurut Undang-undang Perlindungan anak kedua orang tua mempunyai hak yang sama untuk mengasuh dan memelihara anak.⁸⁴ Namun demikian dalam menentukan siapa yang akan disertai hak asuh anak menurut Melton, Petril (1997),⁸⁵ harus berdasarkan pertimbangan kepentingan terbaik bagi anak sebagai faktor yang menentukan dalam putusan mengenai hak asuh anak (*the child's best interests as the determining factor in custody decisions*) Kepentingan terbaik bagi anak ini sejalan dengan maksud dan amanat dari Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak khususnya pasal 14.

Kekerabatan yang menganut sistem ke bapa-an (*Vaderrechtelijk*) yang sangat kuat di Bali telah mempengaruhi putusan yang dijatuhkan oleh hakim dalam perkara hak pengasuhan atas anak, perlu dikaji secara lebih mendalam apakah anak-anak yang masih lugu dan belum bisa mengerti apa itu sistem kekerabatan dapat menerima putusan hakim sehingga mereka harus berpisah ataupun dipisahkan dari pemeliharaan, kasih sayang bimbingan dari seorang ibu mengingat anak-anak secara umum dalam melangsungkan kehidupannya masih sangat bergantung secara mental dan psikologis kepada seorang ibu, seperti dikatakan oleh Sorensen,⁸⁶ pertimbangan hukum dan psikologi diangkat oleh hakim-hakim dalam sengketa perwalian anak (*the legal and psychology consideration adopted by judges in child custody cases*). Orang tua adalah pihak yang bertanggungjawab untuk membesarkan dan memenuhi semua kebutuhan anak-anaknya, orangtua lalu merasa berhak melakukan apapun terhadap anak-anak dengan berbagai dalih termasuk dalih sistem kekerabatan atau hukum adat, yang senyatanya tidak dimengerti oleh anak-anak pada saat itu, sehingga konsep “demi kepentingan terbaik bagi anak” menjelma menjadi “demi kebaikan orang tua”

⁸⁴ Arief Rudiansah, *Akibat Perceraian dalam Pandangan Hukum Islam dan UU No. 23/2002*.
<http://digilib.uin-suka.ac.id/gdl-php/mod=browse&op=read&id=digil...>

⁸⁵ Melton Petril, *Standart for Resolution of custody Disputes*,
<http://www.springerlink.com/content/u845685616313556/?p=a609d...>

⁸⁶ Sorensen F. Goldman, *Contested Custody Decisions*,
<http://www.springerlink.com/content/j20x34q602040557/>

Putusan No. 9/Pdt.G/2008/PN.AP telah benar-benar melaksanakan maksud dari ketentuan pasal 28 Undang-undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang memberikan kesempatan kepada hakim untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sehingga dilihat dari sudut pandang kekerabatan dan masyarakat hukum adat putusan tersebut telah benar-benar mengandung rasa keadilan. Namun demikian obyek dalam perkara ini adalah anak-anak, dimana dalam hukum internasional maupun hukum nasional kepada anak-anak diberikan perlindungan khusus. Pertentangan kepentingan antara hukum adat dan hukum diungkapkan pula oleh Stanley Diamond dalam Sunaryati Hartono,⁸⁷ Adat dan Hukum merupakan sistem kaidah yang bertentangan. Adanya kaidah-kaidah hukum adat yang secara diametral bertentangan dengan hukum nasional yang tertulis, menyebabkan mengapa proses pembinaan hukum dewasa ini kadang-kadang terjadi pertentangan antara hukum adat dan hukum nasional.

Dalam amar putusan perkara No. 9/Pdt.G/2008/PN.AP Majelis Hakim telah menjatuhkan putusan mengenai hak asuh atas anak I KADE RAI SUBAWA dan I KETUT JAYA KUSUMA diserahkan kepada tergugat I Nyoman Kantun sebagai ayahnya. Sehingga putusan tersebut tidak sesuai dengan amanat yang terkandung dalam Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak khususnya dalam pasal 14.

Disadari bersama bahwa anak merupakan penerus bangsa karena di pundaknya terletak harapan dan tugas bangsa yang belum terselesaikan oleh generasi-generasi sebelumnya sebagai penerus cita-cita bangsa dan negara, mereka harus tumbuh dan berkembang menjadi manusia dewasa yang sehat rohani dan jasmani, cerdas, bahagia, berpendidikan dan bermoral tinggi. Agar supaya anak-anak tumbuh dan berkembang menjadi warganegara yang terpuji maka perlu diberikan kasih sayang, perlindungan, pembinaan dan pengarahan yang tepat hal tersebut merupakan tanggungjawab utama dari orang tua.

Untuk menjamin kelangsungan hidup anak maka pemerintah telah mengundang beberapa undang-undang yang mengatur mengenai perlindungan, pembinaan kesejahteraan anak yang salah satunya adalah Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak. Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 telah menyebutkan bahwa anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan, bimbingan

⁸⁷ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hlm.12

berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarga maupun di dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar.

Data yang diperoleh dalam Putusan Nomor : 9/Pdt.G/2008/ PN.AP yaitu dari saksi-saksi yang diajukan di muka persidangan yaitu saksi I Ketut Suastawan, Ni Luh Mariani, I Nyoman Gemuh, *Kelian Dadia* (ketua paguyuban keluarga) telah memberikan keterangan :

- Penggugat bekerja di Hotel Sangrila.
- Penggugat (Ni Luh asih) pernah mengeluhkan kalau suaminya (tergugat I Nyoman Kantun) tidak pernah memberikan nafkah keluarga.
- Saksi Ni Luh Mariani adalah keponakan dari tergugat I Nyoman Kantun yang tinggal bersama dengan Penggugat Ni Luh asih, Penggugat selama ini telah membiayai kebutuhan dan biaya sekolah saksi Ni Luh Mariani.
- Saksi I Nyoman Gemuh sebagai *Kelian Dadia* (ketua paguyuban keluarga) di muka persidangan menyerahkan surat dengan Nomor : 01/BS/V/2008 yang diajukan oleh Keluarga Besar Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug (keluarga besar dari tergugat) yang intinya mohon agar perwalian dan hak asuh anak-anak yang lahir dari perkawinan Ni Luh Asih (penggugat) dengan I Nyoman Kantun (tergugat), ditetapkan kepada I Nyoman Kantun(tergugat).
- Saksi I Nyoman Gemuh juga menyerahkan Surat Pernyataan yang dibuat oleh I Nyoman Gemuh sendiri yang intinya menyatakan bahwa I Nyoman Gemuh siap menanggung biaya pendidikan sampai selesai di bangku sekolah SMA yang dibutuhkan oleh anak-anak tergugat yang akan diambil dari dana koperasi keluarga.

Dari keterangan saksi-saksi dalam perkara No. 9 /Pdt.G/2008/PN.AP tersebut maka diperoleh fakta bahwa tergugat I Nyoman Kantun adalah seorang suami atau kepala keluarga yang mempunyai masalah dalam hal memberikan tanggungjawab kepada keluarganya dalam hal nafkah atau pemenuhan kebutuhan rumah tangga. Adanya jaminan dari *Kelian Dadia* (ketua paguyuban keluarga) untuk membiayai anak-anaknya yang tertuang dalam surat pernyataan bermaterai, dalam praktek kehidupan dalam masyarakat sangatlah sulit untuk dilaksanakan, karena pemenuhan dari jaminan tersebut akan dipengaruhi pula oleh bagaimana sikap dari tergugat I Nyoman Kantun sendiri dalam menjalankan tanggung jawab secara finansial terhadap keluarga besar *dadia*-nya, ditambah lagi bahwa kebutuhan dari anak

yang harus dipenuhi oleh orang tua bukanlah hanya semata-mata biaya pendidikan saja, namun masih banyak sisi lain yang memerlukan pembiayaan yang tidak sedikit.

Untuk melaksanakan amanat dari Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan anak dalam perkara No. 9/Pdt.G/2008 /PN.AP, Majelis Hakim mempunyai pilihan untuk menjatuhkan hak asuh anak kepada Penggugat Ni Luh Asih sebagai ibunya dengan mempertimbangkan :

- a. Penggugat Ni Luh Asih mempunyai keinginan, kesanggupan untuk menjadi wali asuh dari anak-anaknya karena Penggugat dalam gugatannya meminta hak wali asuh atas anak-anaknya diberikan kepada Penggugat.
- b. Penggugat Ni Luh Asih bekerja di Hotel Sangrila, sehingga mempunyai penghasilan tetap yang dapat dipergunakan untuk memenuhi segala kebutuhan dari anak-anaknya, dengan tanpa mengharapkan bantuan dari orang lain/keluarga.
- c. Penggugat selama ini telah memenuhi kebutuhan hidup keluarga serta mampu pula membiayai Saksi Ni Luh Mariani(keponakan dari tergugat I Nyoman Kantun) yang tinggal bersama dengan Penggugat Ni Luh asih, Penggugat selama ini telah membiayai kebutuhan dan biaya sekolah saksi Ni Luh Mariani.

Dalam amar putusan perkara No. 9/Pdt.G/2008/PN.AP Majelis Hakim telah menjatuhkan putusan mengenai hak asuh atas anak I KADE RAI SUBAWA dan I KETUT JAYA KUSUMA diserahkan kepada tergugat I Nyoman Kantun sebagai ayahnya. Sehingga putusan tersebut tidak sesuai dengan amanat yang terkandung dalam Undang-undang No. 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak khususnya pasal 2 ayat (1).

3. Kesulitan-kesulitan yang ditemui hakim dalam menetapkan perwalian anak dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak pada perkara perceraian.

a. Kesulitan mempertimbangkan rasa keadilan demi kepentingan terbaik anak dan terjaminnya kesejahteraan anak karena pengaruh dari hukum adat yang sangat kuat.

1) Kepentingan terbaik anak.

Berdasar teori bekerjanya hukum, hal yang harus diperhatikan hakim adalah dalam hal mengadili menurut hukum. Putusan hakim harus berdasarkan hukum, harus mengandung atau menjamin kepastian hukum, artinya ada jaminan bahwa hukum dijalankan menjamin para pihak memperoleh haknya dan putusan hakim dilaksanakan. Putusan hakim harus bermanfaat, baik bagi yang bersangkutan maupun bagi

masyarakat. Masyarakat berkepentingan, karena menginginkan adanya keseimbangan tatanan dalam masyarakat. Adanya sengketa hukum mengandung arti keseimbangan tatanan dalam masyarakat itu terganggu, dan keseimbangan yang terganggu itu harus dipulihkan kembali.

Hakim banyak menemui kesulitan dalam memutuskan perkara, karena putusannya harus adil dirasakan oleh pihak yang bersangkutan tidak saja adil terhadap pihak-pihak yang berperkara dalam hal ini penggugat dan tergugat, namun juga harus memberi rasa keadilan pula bagi anak-anak yang menjadi obyek dalam sengketa hak pengasuhan anak ini. Keadilan adalah penilaian terhadap perbuatan atau perlakuan seseorang terhadap orang lain yang lazimnya hanya dilihat dari sudut orang yang terkena atau dikenai perlakuan itu. Bicara tentang keadilan berarti juga bicara tentang perlindungan kepentingan. Sekalipun yang mengajukan gugatan itu penggugat namun kepentingan tergugat tetap harus diperhatikan.

Sebelum mengucapkan/menjatuhkan putusannya hakim harus bertanya kepada dirinya sendiri secara jujur pengambilan putusan ini, sudah tepat atau belum putusan hakim itu dalam menyelesaikan atau menuntaskan perkara dalam bentuk putusan itu. Tidak jarang hakim mampu menjawab pertanyaan pribadinya adil atau tidak putusannya itu dan manfaat putusan hakim tersebut. Hakim dalam membuat putusan hukum itu berorientasi kepada ragam berpikir dengan logika dan perasaan, tetapi juga dengan menggunakan kecerdasan spiritual. Persoalan putusan hakim itu menjadi terlalu dalam untuk bisa dijawab dengan menggunakan rasio yang matematis, datar, dan sederhana.

Tetapi meskipun menggunakan kecerdasan spiritual, tidak berarti kedua macam berpikir yang lain sama sekali dikesampingkan. Hakim tentu harus menggunakan kecerdasan spiritual untuk meningkatkan kualitas kedua macam berpikir yang lain. Berpikir dengan rasio dalam hukum diperlukan untuk menyelesaikan persoalan-persoalan yang sederhana. Berpikir dengan perasaan (rasa keadilan) atau dalam konteks, juga diperlukan karena menjalankan hukum juga memerlukan empati, komitmen, dan dedikasi. Akhirnya setelah dipertimbangkan secara cermat dan masak berdasar aspek yuridis, sosiologis dan filosofis maka putusan dirumuskan dan diucapkan, yang tidak mungkin ditarik kembali atau diubah, sekalipun belum memperoleh kekuatan hukum

tetap dan sekalipun tujuannya adalah untuk memperbaiki atau menyempurnakannya, kecuali di tingkat peradilan yang lebih tinggi.

I Nyoman Kantun (tergugat dalam Perkara No. 9/Pdt.G/2008/ PN.AP), adalah seorang ayah yang harus berjuang melawan dua pihak sekaligus untuk mendapatkan hak wali asuh atas anaknya sendiri. Pihak pertama yang dihadapi tak lain adalah isteri yang akan segera diceraikannya dengan berbagai alasan. Pihak kedua adalah hakim di persidangan. Tergugat I Nyoman Kantun harus berusaha meyakinkan hakim dalam kesempatan yang diberikan kepadanya untuk memaparkan banyak hal serta mencermati semua bukti yang dihadirkan di persidangan. Ketakutan dari tergugat I Nyoman Kantun apabila Majelis Hakim menilai bahwa ia sebagai lelaki yang tidak bertanggung jawab terhadap keluarganya (isteri dan anaknya), sehingga harapan untuk mendapatkan hak pengasuhan anak menjadi tipis.

Tergugat I Nyoman Kantun beruntung, karena pada saat pemeriksaan persidangan saksi-saksi yang diajukan diperhatikan hakim bahkan dukungan moral dari *Kelian Dadia* (ketua paguyuban keluarga besar) memberi kesaksian yang mendukung itikad baiknya. Lebih dari itu nampaknya hakim memperhatikan dengan seksama hukum adat Bali yang masih kuat dipertahankan masyarakat Bali. Masyarakat Bali menganut sistem ke-bapa-an (*Vaderrechtelijk*). Hukum adat Bali sangat menghargai sistem ke-bapa-an di Bali yang nyata tampak dimana istri memasuki keluarga suaminya. Demikian pula selanjutnya anak-anak akan terikat dengan keluarga ayah (suaminya) dan tidak ada hubungan lurus kepada keluarga ibunya. Kewajiban-kewajiban anak/cucu juga bertumpah kepada keluarga bapaknya serta hak-hak dan kewajiban yang diperoleh juga berasal dari garis bapak.

Kalau saja kasus I Nyoman Kantun, baik sebagai penggugat maupun tergugat yang mengajukan maupun diajukan gugatan perceraian yang memohonkan hak asuh anak terjadi di luar wilayah Propinsi Bali, di mana para hakimnya tidak dapat merasakan pengaruh kuatnya sistem kekerabatan pada Suku Bali, maka besar kemungkinan pupus sudah harapan I Nyoman Kantun untuk menjadi wali pengasuhan atas anaknya sendiri. Bahkan hakim-hakim Pengadilan Agama banyak memanfaatkan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam sebagai tameng untuk menutupi keengganan bahkan ketidakmampuan hakim dalam memberikan pertimbangan komprehensif sebelum

menjatuhkan putusan tentang hak perwalian anak. Jelasnya, memberikan hak perwalian kepada ibu barangkali akan cenderung dilakukan oleh hakim atas dasar tiga hal. Pertama, keberadaan rahim ibu diasumsikan serta merta sebagai jaminan bahwa ibu memiliki kasih sayang lebih besar dan lebih mampu mengasuh anak ketimbang diri sang ayah. Kedua, aturan bahwa anak yang belum dewasa diasuh oleh ibu, merupakan dalil agama yang bisa jadi sensitif untuk digugat, bahkan untuk dicermati secara lebih kontekstual sekalipun. Ketiga, putusan yang 'aman' tidak akan memunculkan catatan khusus dalam rekam jejak hakim, sehingga mendukung perjalanan karir hakim tersebut.

Putusan Pengadilan Negeri Amlapura yang telah memberikan perwalian atas anak-anak karena perceraian kepada ayahnya yang berdasarkan pendekatan sosiopsikologis, sosiokultural dan psikokultural seperti telah diuraikan dalam bahasan di atas, yang telah banyak dipengaruhi oleh unsur budaya kedaerahan yang kental melingkupinya baik karena pertama, tempat (*locus*) yaitu di Amlapura, Bali. Kedua, hakim-hakimnya dari Suku Bali sehingga dapat dengan mudah memahami dan menerima dalil mengenai sistem kekerabatan yang ada. Ketiga, *kelian dadia* (ketua paguyuban keluarga) yang memberikan dukungan, putusan seperti ini telah benar-benar melaksanakan maksud dari ketentuan pasal 28 Undang-undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang memberikan kesempatan kepada hakim untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Sehingga dilihat dari sudut pandang kekerabatan dan masyarakat hukum adat putusan tersebut telah benar-benar mengandung rasa keadilan.

Namun demikian obyek dalam perkara ini adalah anak-anak, dimana dalam hukum internasional maupun hukum nasional kepada anak-anak diberikan perlindungan khusus yaitu demi kepentingan terbaik bagi anak. Ditengah upaya pemerintah untuk membangun suatu negara hukum, masyarakat hukum di berbagai daerah yang mendasarkan diri pada kebenaran berlakunya hukum adat secara diam-diam tetap saja eksis, walaupun secara resmi tidak memperoleh pengakuan resmi. Pertentangan kepentingan antara hukum adat dan hukum diungkapkan pula oleh Stanley Diamond dalam Sunaryati Hartono,⁸⁸ Adat dan Hukum merupakan sistem kaidah yang bertentangan. Adanya kaidah-kaidah hukum adat yang secara diametral bertentangan

⁸⁸ *Ibid*

dengan hukum nasional yang tertulis, menyebabkan mengapa proses pembinaan hukum dewasa ini kadang-kadang terjadi pertentangan antara hukum adat dan hukum nasional.

Dalam persoalan *legal gap*, menurut Soetandyo Wignyoebroto⁸⁹, ada 3 (tiga) langkah kebijakan yang bisa dilaksanakan oleh badan-badan yang bertanggung jawab demi keberhasilan pembangunan hukum nasional. Pertama, dengan mendayagunakan wibawa sanksi hukum untuk memaksa warga masyarakat dari kesetiiaannya sebagai partisipan *popular order* ke kesetiiaannya yang baru sebagai partisipan *national legal order*. Kedua, melalui penyuluhan dan membangkitkan kesadaran baru. Ketiga, kebijakan *legal reform*, yaitu suatu langkah yang dikerjakan dengan cara melakukan revisi atau pembaruan atas bagian-bagian tertentu dalam kandungan hukum undang-undang yang telah ada sedemikian rupa agar hukum negara dapat berfungsi secara lebih adaptif pada situasi-situasi riil yang terdapat dalam kehidupan warga masyarakat.

Dengan sistem Hukum adat dan kekerabatan yang sangat kuat di Bali menimbulkan kesulitan dalam memberikan pertimbangan yang bertujuan memberikan rasa keadilan demi kepentingan terbaik bagi anak yang menjadi obyek dalam perkara perceraian. Hukum Adat yang masih kuat dan melekat dalam kehidupan masyarakat Bali merupakan kekayaan budaya tersendiri, namun kadang hukum adat tersebut membentengi pelaksanaan hukum nasional.

2) Kesejahteraan anak

Kajian terhadap kesulitan hakim dalam mengambil putusan hukum didasarkan atas teori bekerjanya hukum yang dipengaruhi oleh tiga komponen penting dan saling terkait dan saling mempengaruhi satu sama lain yaitu proses pembuatan hukum (*law making processes*), proses penegakan hukum (*law implementing processes*), dan pemakai hukum (*role occupant*). Hakim dalam hal memutus suatu perkara, berpedoman kepada ketentuan hukum, kebenaran fakta yang diperoleh dalam pemeriksaan di sidang pengadilan dan keyakinan hakim atas perkara tersebut dan didasari rasa keadilan. Hukum harus dilaksanakan oleh hakim dengan baik, karena dalam proses menerapkan dan menegakkan hukum tidak serta merta hanya dengan

⁸⁹ Soetandyo Wignyoebroto, *Hukum dalam Masyarakat Perkembangan dan Masalah Sebuah Pengantar ke Arah Kajian Sosiologi Hukum*, Bayumedia Publishing, 2008, Malang, hlm. 126.

hukum itu sendiri, tetapi ada komponen lain yang dapat mendukung penerapan dan penegakan hukum.

Putusan hakim merupakan "penyelesaian hukum" dari perkara hukum, tentu saja hakim dalam membuat putusan harus memerhatikan segala aspek didalamnya, yaitu mulai dari perlunya kehati-hatian, dihindari sedikit mungkin ketidakcermatan baik yang bersifat formal maupun materiil sampai kepada materi putusan hukum.

Data yang diperoleh dalam Putusan Nomor : 9/Pdt.G/2008/ PN.AP yaitu dari jawaban penggugat yang menyatakan bahwa sesuai hukum Adat Bali, hak perwalian dan hak asuh adalah menjadi tanggung jawab tergugat sebagai *purusa*. Selanjutnya tergugat mengajukan saksi I Nyoman Gemuh, *Kelian Dadia* (ketua paguyuban keluarga) yang dalam persidangan menyerahkan surat :

- Saksi I Nyoman Gemuh sebagai *Kelian Dadia* (ketua paguyuban keluarga) di muka persidangan menyerahkan surat dengan Nomor : 01/BS/V/2008 yang diajukan oleh Keluarga Besar Dadia Dukuh Puri Desa Bugbug (keluarga besar dari tergugat) yang intinya mohon agar perwalian dan hak asuh anak-anak yang lahir dari perkawinan Ni Luh Asih (penggugat) dengan I Nyoman Kantun (tergugat), ditetapkan kepada I Nyoman Kantun (tergugat) karena tergugat berkedudukan sebagai *kepurusa*.
- saksi I Nyoman Gemuh juga menyerahkan Surat Pernyataan yang dibuat oleh I Nyoman Gemuh sendiri yang intinya menyatakan bahwa I Nyoman Gemuh siap menanggung biaya pendidikan sampai selesai di bangku sekolah SMA yang dibutuhkan oleh anak-anak tergugat yang akan diambil dari dana koperasi keluarga.

Dari pengaruh hukum adat yang sangat kuat di Bali maka keadaan tergugat yang senyatanya tidak mempunyai kemampuan secara financial untuk memberikan pemenuhan kebutuhan terhadap anak-anaknya, mendapat bantuan berupa dukungan dari *Kelian Dadia* berupa permohonan supaya tergugat I Nyoman Kantun diberikan hak asuh anak karena tergugat I Nyoman Kantun selaku *kepurusa* dan juga dukungan berupa jaminan yang diberikan oleh *Kelian dadia* untuk memenuhi biaya pendidikan dari anak-anak tergugat I Nyoman Kantun dengan dana koperasi keluarga.

Dalam Hukum adat Bali dengan dianutnya sistem ke-bapaan, maka hal utama yang menonjol adalah anak laki-laki, anak laki-laki akan meneruskan

kehidupan/keturunan keluarga itu.⁹⁰ Begitu perkawian telah dilangsungkan dan telah dinyatakan sah secara hukum, maka pada saat itu si istri telah memasuki kerabat dari pihak *Purusa* (laki-laki). Hubungan kekerabatan yang terdapat di Bali, sampai sekarang masih tetap diikat oleh *sistem treh* atau *soroh* yakni setiap keluarga selalu menarik garis keturunan pada seorang laki-laki (*purusa pancer*). Asas-asas hukum kekeluargaan “*patriarchaat*”, dimana hubungan seorang anak dengan keluarga (clan) bapaknya menjadi dasar tunggal bagi susunan kekeluargaannya. Keluarga *purusa* adalah paling penting dalam penghidupannya. Penyerahan seorang anak kepada ibunya akibat perceraian menimbulkan konsekuensi si ibulah yang menjadi wali anak itu, hubungan kekerabatan dengan pihak ayah putus dan akhirnya hak atas warisan bapak (*purusa*) juga putus.

Dengan sistem Hukum adat dan kekerabatan yang sangat kuat menimbulkan kesulitan dalam memberikan pertimbangan yang bertujuan memberikan rasa keadilan bagi anak yang menjadi obyek perkara perceraian dalam menjamin kesejahteraan anak. Hukum Adat yang masih kuat dan melekat dalam kehidupan masyarakat Bali merupakan kekayaan budaya tersendiri, namun kadang hukum adat tersebut membentengi pelaksanaan hukum nasional.

b. Kesulitan mendapatkan referensi yang akurat dari masing-masing pihak.

Hakim dalam memberikan pertimbangan dalam suatu putusan harus memperhatikan pembuktian yang dilakukan oleh masing-masing pihak baik berupa bukti surat maupun bukti saksi. Pembuktian yang dilakukan oleh para pihak tersebut merupakan masukan-masukan sebagai bahan referensi dalam memberikan pertimbangan. Dalam perkara perceraian, para pihak yang menjadi sengketa adalah suami dan istri, obyek sengketa diantaranya adalah masalah-masalah yang muncul dalam kehidupan rumah tangga, yang merupakan masalah interen antara pihak suami dengan isteri yang bersengketa. Tidak jarang dalam kehidupan rumah tangga baik suami maupun isteri mengambil sikap tertutup terhadap masalah-masalah yang timbul dalam rumah tangga, tidak secara serta-merta menceritakan ataupun mengadu setiap permasalahan kepada keluarga/kerabatnya apalagi kepada orang lain sehingga apabila terjadi gugatan

⁹⁰ I Ketut Artadi, *Hukum Adat Bali dengan Aneka Masalahnya dilengkapi dengan Yurisprudensi*, Setia Kawan, Denpasar, 1987, hlm. 6

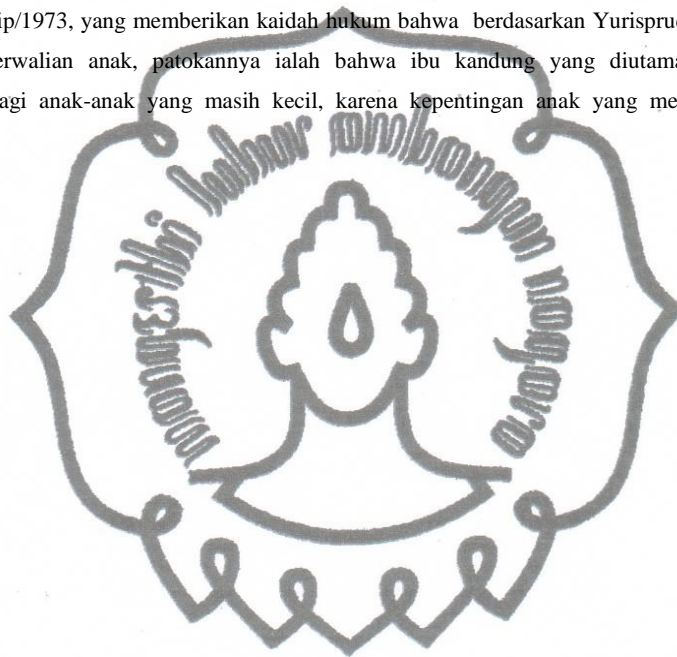
perceraian, karena keterbatasan pengetahuan dari saksi-saksi yang diajukan di muka persidangan mengenai pribadi masing-masing dari suami dan isteri dalam membangun rumah tangganya sehingga sulit untuk diungkap referensi yang akurat mengenai kepribadian dari masing-masing suami dan isteri dalam membangun rumah tangganya. Referensi mengenai bagaimana sikap suami dan isteri dalam membangun rumah tangga merupakan hal yang penting yang akan dipergunakan hakim dalam memberikan pertimbangan dimana hakim mengabulkan gugatan perceraian dan selanjutnya akan menjatuhkan putusan kepada siapa anak-anak hasil perkawinan tersebut akan diserahkan hak perwaliannya. Pertimbangan untuk menentukan hak perwalian anak karena perceraian tidak lepas dari penentuan nilai hukum mengenai siapakah yang paling berhak menerima hak perwalian atas anak tersebut.

Kurangnya referensi mengenai para pihak yaitu suami dan isteri yang diperoleh dalam persidangan mengakibatkan moralitas dari para pihak yaitu suami dan isteri tidak dapat terungkap dengan jelas, karena minimnya saksi-saksi yang mengetahui kepribadian dari masing-masing pihak, sehingga hakim dalam menjatuhkan putusan atas dasar kurangnya referensi tentang moralitas para pihak yaitu suami dan isteri dapat berakibat merugikan bagi anak, karena putusan hakim yang dijatuhkan itu harus memberi rasa keadilan kepada anak yang menjadi obyek dalam perkara yaitu siapa yang akan disertai hak perwalian anak, karena putusan hakim yang tidak tepat akan mempengaruhi perkembangan mental, fisik serta kecerdasan anak yang menjadi obyek dalam perkara.

Putusan pengadilan Negeri Amlapura di atas adalah putusan hukum yang dijatuhkan hakim yang memberikan hak asuh anak kepada ayah dari anak-anaknya, secara hukum nasional tidak sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak dan tidak sesuai dengan pasal 14 Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak serta tidak sesuai pula dengan Yurisprudensi Mahkamah Agung R.I. :

- a. No. 239 K/Sip/1968, yang memberikan kaidah hukum bahwa dalam hal terjadi perceraian, anak-anak yang masih kecil dan membutuhkan kasih sayang dan perawatan ibu, perwaliannya patut diserahkan kepada ibunya.

- b. Putusan PT Semarang No. 96/1970.Pdt/PT Smg, yang memberikan kaidah hukum bahwa demi kepentingan anak yang belum dewasa dalam hal putusnya perkawinan karena perceraian, maka pemeliharaan si anak tersebut diserahkan kepada si ibu.
- c. No. 102 K/Sip/1973, yang memberikan kaidah hukum bahwa berdasarkan Yurisprudensi mengenai perwalian anak, patokannya ialah bahwa ibu kandung yang diutamakan, khususnya bagi anak-anak yang masih kecil, karena kepentingan anak yang menjadi kriteria.



BAB V **PENUTUP**

A. Kesimpulan

1. Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam pertimbangannya telah menetapkan hak perwalian anak karena perceraian kepada ayahnya, karena dipengaruhi oleh sistem kekerabatan di Bali pada umumnya, khususnya Hukum Adat di wilayah Amlapura yang masih kuat menganut sistem ke bapa-an (*Vaderrechtelijk*) sehingga memberikan pengaruh pada sikap hakim dalam mengambil putusan.

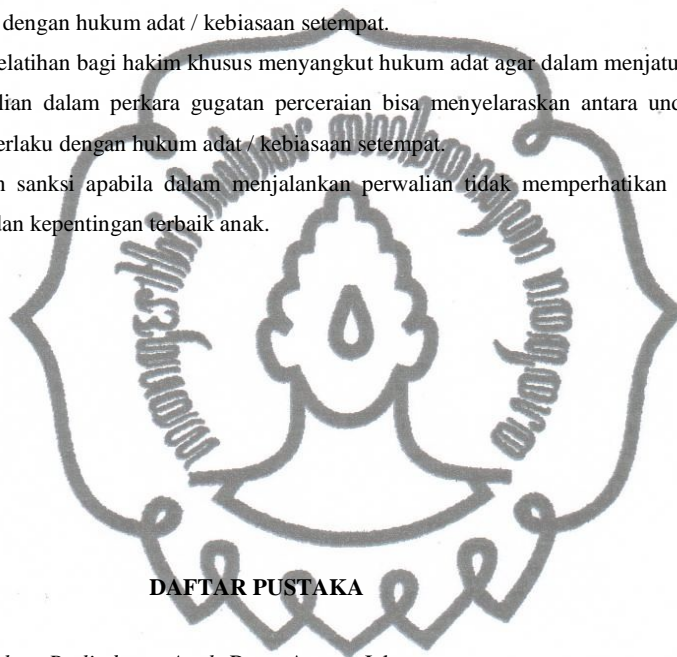
2. Pertimbangan Hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan status perwalian anak pada perkara perceraian tidak sesuai dengan tujuan perlindungan anak dan kesejahteraan anak. Pertimbangan Hakim Pengadilan Negeri Amlapura tidak memberikan pertimbangan yang mendalam mengenai:
 - a. "Kepentingan terbaik anak" yang menjadi pertimbangan utama dalam menetapkan hak perwalian anak, sesuai dengan pasal 14 Undang-undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.
 - b. Hak anak untuk mendapatkan kesejahteraan sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-undang No. 4 Tahun 1979 Tentang Kesejahteraan Anak.
3. Kesulitan-kesulitan yang ditemui hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan perwalian anak karena perceraian dalam rangka perlindungan dan kesejahteraan anak meliputi :
 - c. Kesulitan mempertimbangkan rasa keadilan demi kepentingan terbaik anak dan terjaminnya kesejahteraan anak karena pengaruh dari hukum adat yang sangat kuat.
 - d. Kesulitan mendapatkan referensi yang akurat tentang para pihak.

B. Implikasi

- 1) Sistem kekerabatan patrilineal (*Vaderrechtelijk*) di Amlapura telah memberikan pengaruh pada sikap hakim.
- 2) Hukum adat mempunyai pengaruh yang sangat kuat sekalipun hal itu bertentangan dengan undang-undang.
- 3) Dalam menentukan hak perwalian, hakim selalu memperhatikan ketentuan pasal 28 Undang-undang nomor 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi: Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

C. Saran

- a. Ketentuan yang mengatur mengenai kepentingan terbaik anak sebagaimana yang diamanatkan dalam undang-undang perlindungan anak dan kesejahteraan anak perlu diadakan evaluasi secara bertahap serta sosialisasi kepada masyarakat agar ketentuan bisa berlaku selaras dengan hukum adat / kebiasaan setempat.
- b. Perlu adanya pelatihan bagi hakim khusus menyangkut hukum adat agar dalam menjatuhkan putusan perwalian dalam perkara gugatan perceraian bisa menyelaraskan antara undang-undang yang berlaku dengan hukum adat / kebiasaan setempat.
- c. Perlu diberikan sanksi apabila dalam menjalankan perwalian tidak memperhatikan demi kesejahteraan dan kepentingan terbaik anak.



DAFTAR PUSTAKA

- Abdussalam. 2007. *Hukum Perlindungan Anak*, Restu Agung, Jakarta.
- Achmad Ali. 2004. *Sosiologi Hukum : Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*, Pusat. STIH "IBLAM", Jakarta.
- _____, 2008. *Menguak Tabir Hukum*, Ghalia Indonesia, Bogor.
- Antonius. 2007. *Hati Nurani Hakim dan Putusannya*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Bimo Walgito. 1993. *Pengantar Psikologi Umum*, Eresco, Bandung.
- Bogdan & J.Taylor.1992. *Pengantar Metoda Penelitian Kualitatif*.Penerjemah Arief Furchan, Usaha Nasional, Surabaya.
- Donald Black, 1988. *Sociological Justice*, Oxfort University Press, New York.