

BAB IV  
SEBAB-SEBAB BELUM OPTIMALNYA SISTEM PERLINDUNGAN  
HUKUM UNTUK ANAK SETELAH PUTUSNYA PERKAWINAN  
ORANGTUA: FOKUS PADA HAK ASUH DAN  
HAK NAFKAH ANAK

Sistem bekerja karena ada input yang masuk pada sistem tersebut. Input akan diolah/diproses di dalam sistem. Di dalam sistem itu sendiri terdapat sub-sub sistem. Berdasar sudut pandangnya maka sub-sub sistem dari suatu sistem dapat dipandang juga sebagai sistem yang berdiri sendiri. Misalnya dalam sistem pendidikan terdapat sub sistem pendidikan formal, pendidikan informal dan pendidikan non formal. Pendidikan formal yang merupakan sub sistem dari sistem pendidikan, dapat dipandang sebagai sistem tersendiri yang sub-sub sistemnya adalah pendidikan tinggi, pendidikan menengah dan pendidikan dasar. Pendidikan tinggi sebagai sub sistem dari sistem pendidikan formal juga dapat dipandang sebagai sistem tersendiri, dan demikian seterusnya. Dapatlah diciptakan hierarki yang jelas daripada sistem tersebut; sehingga terdapat sistem, sistem daripada sistem, dan sistem daripada sistem daripada sistem<sup>1</sup>.

Hasil olahan sistem, keluar dalam bentuk output. Output ini mempunyai dampak (*outcome*) pada sistem itu sendiri, sistem lain dan lingkungan sistem (*supra sistem*), yang dapat berupa pihak atau hal yang terkait. Ini adalah teori sistem pada umumnya (*General System Theory*)<sup>2</sup>.

Sistem hukum menurut Friedman terdiri atas sub sistem struktur hukum, sub sistem substansi hukum, dan sub sistem budaya hukum. Apabila mengacu pada teori sistem umum (*General System Theory*) yang telah dipaparkan di atas maka masing-masing sub sistem tersebut dapat dilihat sebagai sistem juga. Dengan demikian ada sistem substansi hukum yang terdiri atas sub-sub sistem, sistem struktur hukum yang juga terdiri atas sub-sub sistem, dan sistem budaya hukum yang juga mempunyai sub-sub sistem sendiri. Sebagai contoh dapat dilihat

---

<sup>1</sup> Richard A Johnson, Fremont E. Kast, James E Rosenzweig. *Teori Sistem Dan Penerapannya Dalam Manajemen*. Penerjemah. S. Pamuji. Hlm 5.

<sup>2</sup> Ibid. hlm. 7

pada pengertian sistem hukum dari D.H.M. Meuwissen. Meuwissen mengartikan sistem hukum sebagai konstruksi (teoritis) yang di dalamnya pelbagai norma/kaidah hukum dipikirkan dalam suatu hubungan logis-konsisten menjadi suatu kesatuan tertentu<sup>3</sup>. Bila dilihat dari perspektif sistem hukum Friedman maka sistem hukum menurut Meuwissen di atas dapat diklasifikasikan sebagai pengertian dari sub sistem substansi hukum. Pada tataran ini maka sistem hukum sebagaimana diungkapkan oleh Friedman merupakan supra sistem.

Paparan di atas juga berlaku pada sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua. Input pada hal ini adalah kebutuhan para pihak saat putusnya perkawinan orangtua. Pihak-pihak yang bisa diidentifikasi dalam kasus putusnya perkawinan dapat dibedakan menjadi pihak langsung dan pihak tidak langsung. Pihak langsung adalah pihak yang dikenai imbas langsung dari putusnya perkawinan tersebut meliputi suami/ayah, istri/ibu dan anak/anak-anak (kalau ada). Pihak yang tidak langsung adalah pihak yang tidak selalu dikenai imbas dari putusnya perkawinan tersebut atau dengan redaksi kalimat lain adalah pihak yang mungkin terkena imbas dari putusnya perkawinan tersebut. Pihak tidak langsung ini adalah garis keturunan langsung ke atas, seperti kakek dan atau nenek. Apabila sudah tidak ada maka akan berimbas pada garis keturunan ke samping seperti paman, tante, atau sepupu.

Tidak semua kebutuhan merupakan tuntutan, sehingga tidak semua kebutuhan merupakan input. Hanya tuntutan yang merupakan input bagi sistem hukum. Setelah input/tuntutan masuk ke sistem hukum, maka akan keluar output yang berupa peraturan atau keputusan. Hanya sayangnya dalam hal putusnya perkawinan orangtua, banyak yang tidak menyadari kebutuhan anak yang sebenarnya merupakan tuntutan dan harus dimasukkan sebagai input. Karena tidak dimasukkan sebagai input maka output yang keluar berupa peraturan atau keputusan juga tidak mengakomodir kebutuhan yang sebenarnya merupakan tuntutan tersebut.

---

<sup>3</sup> D.H.M Meuwissen dalam Titon Slamet Kurnia. *Sistem Hukum Indonesia: Sebuah Pemahaman Awal*. Mandar Maju. Bandung. 2016. Hlm. 8

Input yang berupa kematian salah satu atau kedua orangtua akan masuk pada sistem hukum yang mengurus adanya kematian. Secara nyata pada umumnya maka masyarakat di lingkungan orang yang meninggal tersebut akan menguburkannya dan secara administrative, pejabat eksekutif khususnya pada dinas kependudukan dan pencatatan sipil mencatat peristiwa penting tersebut dan sebagai pejabat pemerintah yang berwenang akan mengeluarkan akte kematian. Output dari sistem ini adalah akte kematian.

Input yang berupa tuntutan perceraian atau pembatalan perkawinan, masuk ke sistem peradilan (yudikatif) dan setelah menjalani proses persidangan akan diputus oleh hakim. Output yang dihasilkan dari proses ini adalah putusan hakim. Dengan keluarnya akte kematian atau putusan hakim, menimbulkan dampak bagi pihak-pihak terkait.

Mengingat sistem perlindungan hukum yang dimasuki berbeda yaitu tergantung dari penyebab putusnya perkawinan maka pembahasan pada kesempatan ini, dipilah berdasar hal tersebut.

Sebelum pembahasan lebih lanjut, perlu diingat kembali bahwa pengertian sistem secara umum adalah kumpulan komponen yang saling berhubungan, bekerjasama, dan fungsional untuk mencapai tujuan tertentu. Menurut Schrode dan Voich, apabila suatu sistem ditempatkan pada pusat pengamatan yang demikian itu maka pengertian-pengertian dasar yang terkandung dalam sistem adalah sebagai berikut<sup>4</sup>: (1) sistem itu berorientasi kepada tujuan, (2) keseluruhan adalah lebih dari sekedar jumlah dan bagian-bagiannya (*wholism*), (3) suatu sistem berinteraksi dengan sistem yang lebih besar yaitu lingkungannya (keterbukaan sistem), (4) bekerjanya bagian-bagian dari sistem itu menciptakan sesuatu yang berharga (transformasi), (5) masing-masing bagian harus cocok satu sama lain (keterhubungan), dan (6) ada kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu (mekanisme kontrol).

Teori di atas tidak berbeda jauh dengan teori yang dikemukakan oleh Anthony Allot. Ada tujuan, saling interaksi, ada keterhubungan dan transformasi. Dalam hal ini Allot melihat sistem hukum sebagai suatu sistem komunikasi

---

<sup>4</sup> Satjipto Rahardjo. Ilmu Hukum. Hlm 48-49

dengan unsur-unsur, yaitu (1) siapa yang mengkomunikasikan? (*emitter*) (2) kepada siapa? (*recipient*) (3) apa metode komunikasinya? (*the code*) (4) apa isi komunikasi itu (*the message*) (5) bagaimana pesan diterima (*receiving apparatus, detector*) (6) apa tujuan pesan itu? (*function*) (7) apa gangguan terhadap komunikasi? (*noise interference*).

Pada masyarakat sederhana dan modern, dapat diidentifikasi bahwa dalam sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua, pihak yang mengkomunikasikan atau *emitter* adalah berbeda. Pada masyarakat sederhana, *emiter* tidak membuat tapi meneruskan hukum adat. Pada masyarakat moderen terdapat spesialis-spesialis penyampai hukum karena hukum menjadi lebih jelas atau rumit. Indonesia sebenarnya mempunyai 2 (dua ) tipe masyarakat tersebut dimana di daerah perkotaan sedang terjadi transformasi dari masyarakat sederhana ke masyarakat modern dan telah tumbuh spesialis-spesialis penyampai hukum. Dalam hal ini ialah pihak-pihak yang terlibat dalam proses pengurusan kematian atau perceraian atau pembatalan perkawinan seperti advokad, hakim, pejabat disdukcapil, pejabat Balai Harta Peninggalan (BHP), pejabat kelurahan dan ketua Rukun Tetangga (RT). Pihak yang menerima atau *recipient* adalah masyarakat, secara umum adalah pihak yang mengalami putusnya perkawinan, dan secara khusus adalah para pihak yang terlibat perselisihan yang mencari keadilan. Metode komunikasinya atau *the code* adalah melalui persidangan, sosialisasi, penyuluhan dan atau konsultasi. Isi komunikasi atau *the message* adalah ketentuan-ketentuan dalam produk hukum misalnya Konvensi Hak Anak, UU Perkawinan, UU Perlindungan Anak, UU Adminduk dan lain-lain serta putusan hakim. Bagaimana pesan diterima (*receiving apparatus*) adalah reaksi dari masyarakat/*resipient* saat menerima pesan. Tujuan pesan adalah sesuai konsideran dalam UU yang bersangkutan. Gangguan terhadap komunikasi atau *noise interference* adalah sebab-sebab komunikasi (hukum) belum optimal sehingga hukum belum ter/dilaksanakan.

Dengan bersandar pada penalaran dan pemahaman-pemahaman di atas, diklarifikasi personifikasi unsur-unsur tersebut dalam sistem perlindungan hukum

untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua dan pembahasan terhadap unsur-unsur yang belum berfungsi sehingga menyebabkan sistem belum optimal.

#### A. Hasil Penelitian dan Analisis

##### 1. Identifikasi Sebab-Sebab Belum Optimalnya Sistem Perlindungan Hukum Untuk Anak Setelah Kematian Orangtua

Mengingat kembali temuan masalah yang mengemuka terkait perlindungan hukum untuk anak setelah kematian orangtua dari penelitian-penelitian sebelumnya dan telah disebutkan dalam latar belakang, ada 2 (dua) masalah. Masalah pertama adalah untuk anak yang salah satu orangtuanya meninggal, belum jelas mengenai pengawasan terhadap kekuasaan orangtua terhadap terutama mekanisme pengelolaan harta dari anak tersebut dan tindak lanjutnya apabila ditemukan permasalahan selama masa pengawasan. Masalah kedua ialah untuk anak yang kedua orangtuanya meninggal, urutan pemegang kuasa asuh dan pemberi hak nafkah anak serta pengawasan mekanisme pengelolaan harta anak tersebut, termasuk tindak lanjutnya, juga belum jelas.

Berdasar penelitian lapangan yang dilakukan, tidak ada perbedaan perlakuan dari pemerintah untuk penduduk Indonesia yang meninggal dunia. Tidak dibedakan apakah orang tersebut masih anak-anak, dewasa, orangtua ataupun merupakan orang yang masih mempunyai anak yang belum dewasa. Juga tidak ada perbedaan perlakuan dalam kondisi meninggalnya salah satu orangtua atau meninggalnya kedua orangtua dari satu keluarga secara bersamaan.

Secara rinci, prosedur pelaporan telah dipaparkan pada Bab 2. Secara ringkas dapat diulang bahwa penduduk yang mengalami anggota keluarganya meninggal, melaporkan ke ketua RT yang kemudian melaporkan ke disdukcapil untuk dikeluarkan akte kematian.

Setelah keluarnya akte kematian maka sesuai dengan asas aktif, penduduk dapat melaporkan perubahan kartu keluarganya pada disdukcapil. Setelah keluar kartu keluarga yang baru maka disdukcapil mengirimnya ke pihak yang meminta, ke kelurahan dan ke ketua RT



tempat penduduk berdomisili. Secara normatif seperti ini, namun saat wawancara dengan staf kelurahan Kadipiro, diketahui saat ini kelurahan tidak mendapat lagi tembusan kartu keluarga dari Disdukcapil sehingga saat ditanya tentang arsip kartu keluarga penduduknya, tidak bisa memperlihatkan<sup>5</sup>.

Saat dikonfirmasi ke disdukcapil maka akta kematian yang dikeluarkan oleh Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil hanya diterbitkan untuk keluarga yang bersangkutan dan tidak ditembuskan/diberitahukan ke instansi yang lain (pengadilan atau BHP). Hal ini sesuai dengan pernyataan staf pencatatan sipil dari Disdukcapil<sup>6</sup>. Kegunaan akta kematian adalah saat mengurus hak-hak yang ditinggalkan pewaris (gaji, taspen, rekening di bank, dan lain keperluan), penetapan ahli waris, mengurus pembagian warisan, atau saat pasangan yang ditinggalkan akan menikah lagi.

Sementara apabila kedua orangtua meninggal maka proses di atas dilakukan terhadap kedua orang tersebut sesuai laporan yang masuk. Setelah penerbitan akta kematian, maka dianggap sudah selesailah tugas negara.

Nasib anak yang ditinggal kemudian tergantung dari orangtua yang masih hidup atau pada keluarga besar dalam hal terjadi kematian kedua orangtua untuk mengurus/mengasuh anak tersebut sesuai ketentuan dalam UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak, tanpa adanya pengawasan dari pemerintah terkait diri pribadi dan harta benda si anak.

Dari proses di atas, tampak nyata bahwa sisi administrasi kependudukan telah ada dan dilaksanakan oleh pemerintah/negara dalam hal ada peristiwa kematian, namun belum menyentuh ranah hakiki kehadiran negara yaitu perlakuan khusus dari negara berupa suatu instansi atau kelembagaan yang diadakan untuk perlindungan kepentingan anak

---

<sup>5</sup> Wawancara dengan ibu Nur, staf kantor kelurahan Kadipiro pada tanggal 27 April 2017 pukul. 09.00-11.00

<sup>6</sup> Wawancara dengan Bapak Sulasto SIP, verifikator akta kelahiran dan akta kematian dinas disdukcapil Kota Surakarta pada tanggal 4 Mei 2017 pukul 08.00-10.00

yang salah satu orangtuanya meninggal atau bahkan jika kedua orangtuanya meninggal.

Secara normatif, terkait diri pribadi dan harta benda anak yang salah satu orangtuanya meninggal maka pengurusan atas diri pribadi dan harta benda tersebut diurus oleh orangtua yang masih hidup. Sesuai dengan Pasal 47 UU Perkawinan, apabila salah satu orang tua meninggal maka kekuasaan orangtua dipegang oleh orangtua yang masih hidup. Dalam hal ini tidak muncul perwalian. Ketetapan hukum ini juga ditegaskan kembali dalam Pasal 57 ayat (2) UU HAM<sup>7</sup>.

Berdasar Pasal 50 UU Perkawinan jis Pasal 33 UU Perlindungan Anak dan Pasal 57 UU HAM, apabila kedua orangtua meninggal atau kedua orangtua tidak mampu melaksanakan kekuasaan orang tua atau orangtua tidak ada di tempat atau tidak diketahui keberadaannya maka baru timbul perwalian. Hal ini sebagaimana juga disebutkan dalam KHI Pasal 1 huruf h, bahwa perwalian adalah kewenangan yang diberikan kepada seseorang untuk melakukan sesuatu perbuatan hukum sebagai wakil untuk kepentingan dan atas nama anak yang tidak mempunyai kedua orang tua, atau orang tua yang masih hidup tidak cakap melakukan perbuatan hukum.

Kekuasaan perwalian ini juga meliputi diri pribadi dan harta benda anak. Wali mewakili anak dalam lalu lintas hukum baik di dalam maupun di luar persidangan. Dalam hal belum ada penunjukan wali maka harta anak berada di bawah pengawasan BHP.

Saat seorang anak berada di bawah kekuasaan satu orang orangtua atau wali maka harta benda anak tersebut berada di bawah pengurusan orangtua yang masih hidup atau wali, dan menurut Pasal 48 UU Perkawinan tidak boleh dipindahkan atau digandakan<sup>8</sup> kecuali kepentingan

---

<sup>7</sup> Bunyi Pasal 57 ayat (2) UU HAM adalah sebagai berikut: Setiap anak berhak untuk mendapatkan orang tua angkat atau wali berdasarkan putusan pengadilan apabila kedua orang tua telah meninggal sebagai orang tua.

<sup>8</sup> Pengaturan berbeda ditemui dalam Pasal 106 ayat (1) KHI yang menyatakan bahwa orangtua berkewajiban merawat dan mengembangkan harta benda anak. Pada ayat (2)nya

anak menghendaki. Dalam hal perwalian maka saat anak sudah dewasa atau perwalian berakhir maka perlu dibuat laporan harta benda anak yang diberikan kepada BHP sebagai wali pengawas.

Ketentuan-ketentuan tentang kekuasaan orangtua dan perwalian sebenarnya mengandung banyak persamaan namun ada perbedaan mendasar yang jarang disadari oleh para penegak hukum dan masyarakat yaitu berhubungan dengan peran BHP. Dalam perwalian maka BHP berperan sebagai wali pengawas bagi wali si anak, sementara sebagai orangtua yang menjalankan kekuasaan orangtua maka peran BHP belum muncul. BHP bukan wali pengawas bagi orangtua yang menjalankan kekuasaan orangtua. Hal ini dapat diketahui dari Pasal 35 UU Perlindungan Anak. Dalam UU Perlindungan Anak, dikenal orangtua, wali, orangtua asuh dan orangtua angkat. Masing-masing dengan kewenangan dan kewajiban berbeda.

Pertanyaan yang muncul bagi anak yang kedua orangtuanya meninggal adalah siapa yang berkewajiban memelihara dan mendidik anak tersebut? UU Perlindungan Anak Pasal 26 hanya menyatakan bahwa dalam hal orangtua tidak ada, tidak diketahui keberadaannya atau tidak cakap maka kewajiban dan tanggungjawab dapat beralih ke keluarga. Pertanyaan selanjutnya adalah siapa yang dimaksud dengan keluarga tersebut? Hal ini dipertanyakan karena dalam penjelasan pasal tersebut hanya ada kata “cukup jelas”. Apakah keluarga dari pihak ayah ataukah keluarga dari pihak ibu ataukah kedua keluarga mempunyai kewajiban yang sama untuk mendidik dan memelihara anak tersebut? Apakah dalam hal ini UU menyerahkan kepada masing-masing keluarga berdasar sistem kekerabatan yang dianut? Bagaimana jika orangtua berasal dari sistem kekerabatan yang berbeda, maka keluarga dari pihak siapa yang harus bertanggung jawab?

---

dinyatakan bahwa orangtua bertanggungjawab atas kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan atau kelalaian dari kewajiban yang disebutkan pada ayat (1).



Pasal 107 sampai Pasal 112 KHI juga memuat ketidakjelasan yang sama. Dari pasal-pasal tersebut, juga tidak menjawab pertanyaan-pertanyaan di atas. Salah satu alternatifnya adalah melakukan argumentum peranalogiam terhadap Pasal 156 KHI tentang akibat perceraian. Dalam pasal tersebut ayat (1) dinyatakan bahwa anak yang belum *mumayyiz* berada di bawah pengasuhan ibu, dan apabila ibu sudah meninggal maka urutannya adalah (1) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; (2) ayah; (3) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; (4) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; (5) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. Sementara dalam hal nafkah anak, dapat digunakan Pasal 104 KHI yang menetapkan bahwa apabila ayah sudah meninggal maka biaya penyusuan dibebankan kepada orang yang berkewajiban memberi nafkah kepada ayah atau walinya.

Dari pasal-pasal di atas dapat disimpulkan bahwa apabila ayah dan ibu meninggal maka kuasa asuh jatuh sesuai urutan di atas (dikurangi nomor 2 yang merupakan posisi ayah), sementara kewajiban menafkahi ditanggung kakek dari pihak ayah atau wali. Hal ini kembali pada posisi semula, yaitu siapa yang seharusnya/berkewajiban menjadi wali bagi anak yang kedua orangtuanya telah meninggal. Ketidakjelasan pengaturan di atas sangat berpotensi merugikan anak.

Secara normatif, pengaturan seperti di atas yang ada dalam UU Perkawinan, KHI, dan UU Perlindungan Anak. Dalam kenyataannya di masyarakat, pengaturan di atas tidak ada yang mengawal. Dari dua kelurahan sebagai sampel yaitu Kelurahan Kadipiro dan Kelurahan Kemlayan, tidak disimpan data anak yatim/piatu/yatim piatu di daerahnya. Saat ditanyakan ke Disdukcapil, Dinas Sosial dan Dinas PPPA dan PM, juga tidak dipunyai data yang dimaksud. Saat ditanyakan ke PA dan PN, apakah salinan putusan tentang perwalian diteruskan ke BHP, dinyatakan tidak ada perintah/keharusan untuk itu. Saat dicek di putusan-putusan tentang perwalian, memang tidak pernah ada perintah dari hakim yang memutus perkara yang memerintahkan panitera untuk meneruskan putusan

ke BHP<sup>9</sup>. Pernyataan sama juga dikeluarkan BHP Surabaya. Saat ditanyakan ke BHP Semarang, dijawab bahwa selama ini memang belum pernah ada hal seperti itu namun kerjasama tentang hal ini sedang dirintis dengan penandatanganan *Memorandum of Understanding* (MOU) antara BHP Semarang dengan PN se-Jawa Tengah dan DI Yogyakarta, pada tanggal 17 Mei 2016 lalu<sup>10</sup>. Sementara kerjasama dengan Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil juga baru dirintis tahun 2016. Kerjasama hanya dilakukan dengan PN, dan PA tidak termasuk karena BHP Semarang berkeyakinan bahwa lingkup tugas BHP sesuai KUH Perdata, hanya untuk penduduk golongan Eropa, dan Timur Asing baik Tionghoa maupun Non Tionghoa. Golongan pribumi bukan termasuk lingkup tugas BHP<sup>11</sup>.

Hal ini menandakan adanya proses yang terputus dalam sistem perlindungan anak. Tidak ada instansi yang merasa bertanggungjawab untuk melakukan fungsi yurisdiksi dari Pasal 45 UU Perkawinan dan Pasal 26 UU Perlindungan Anak. Secara substansi ketentuan bahwa orangtua tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak setelah putusnya perkawinan atau setelah kematian kedua orangtua maka keluarga yang berkewajiban, hal ini juga tidak diikuti dengan penunjukan struktur (kelembagaan) yang melaksanakan.

Terkait kewenangan BHP yang berasal dari BW, memang pada asal mulanya hanya diperuntukan bagi golongan Eropa dan yang menundukkan diri pada BW, namun dengan adanya penunjukan BHP sebagai wali untuk mengurus harta benda anak yang belum mempunyai wali di UU Perlindungan Anak maka berarti lingkup tugas BHP, telah

---

<sup>9</sup> Keadaan ini berbeda dengan putusan kasus perceraian dimana ada perintah bagi hakim untuk memerintahkan salinan putusan diserahkan ke Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil. Ketentuan ini dapat dilihat pada Pasal 35 PP Nomor 9 Tahun 1975

<sup>10</sup> Wawancara tanggal 4 September 2017 dengan Ayah Sumardi, Ahli Teknis Hukum (ATH) BHP Semarang, pukul 10.00-13.00. Sementara saat dilakukan wawancara dengan BHP Surabaya, ketua BHP, Ayah Dulyono, menjawab dengan tegas bahwa selama ini memang belum ada kerjasama dengan pengadilan. Wawancara pada tanggal 22 Agustus 2017, pukul 15.00-16.00.

<sup>11</sup> Hasil sama juga didapat saat melakukan wawancara dengan ibu Nur Hasanah, sekretaris dan ATH BHP Surabaya pada tanggal 22 Agustus 2017, pukul 13.00-15.00.

diperluas. UU Perlindungan Anak berlaku untuk semua warganegara Indonesia maka berarti BHP seharusnya juga memberikan pelayanan kepada seluruh penduduk Indonesia. Simpulan ini didasarkan pada asas undang-undang yang baru mengalahkan undang-undang yang lama (*lex posterior derogate legi priori*). Adanya kesadaran baru ini maka seharusnya dilakukan sinkronisasi vertikal terhadap semua peraturan BHP yang merupakan peraturan organik dari UU Perlindungan Anak tersebut dan *updating* terhadap budaya hukum internal (pengetahuan dan keyakinan seluruh pelaksana hukum) di Indonesia khususnya di seluruh BHP dan Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia sebagai struktur vertikal dari BHP.

Hanya yang menjadi keprihatinan terkait penunjukan BHP sebagai wali pengawas<sup>12</sup> atau wali sementara<sup>13</sup> adalah bahwa berdasar Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2014 tentang Jenis Dan tarif Atas Penerimaan Negara Bukan Pajak yang Berlaku Pada Kementrian Hukum dan HAM sebagaimana telah diubah terakhir kali dengan PP Nomor 45 tahun 2016, maka ada ketentuan tentang tarif layanan yang diberikan oleh BHP. Pada PP Nomor 45 Tahun 2016 tersebut, tarif layanan BHP ditetapkan sebesar 7% dari harta kekayaan apabila BHP bertindak sebagai wali sementara, 3,75% dari harta kekayaan dan 1,5% dari jumlah hutang peninggalan apabila BHP sebagai wali pengawas dan setiap menerbitkan surat ijin kepada wali/pengampu untuk menjual harta peninggalan/kekayaan, maka tarifnya adalah Rp. 100.000,00 persurat.

Adanya ketentuan ini menjadikan BHP tidak sesuai untuk menjalankan peran sebagai wali. Mengingat bahwa tugas pengawasan pemenuhan hak-hak anak ini lebih bersifat sosial dan mengingat juga bahwa sebagian besar fakta hukum jelas mengirimkan pesan bahwa

---

<sup>12</sup> Pengertian wali pengawas adalah pihak yang mengawasi pelaksanaan tugas dari wali. Menurut Pasal 35 ayat (2) UU Perlindungan Anak, pihak yang mendapat tugas sebagai wali pengawas adalah BHP.

<sup>13</sup> Pengertian wali sementara adalah pihak yang menjadi wali bagi anak untuk sementara waktu yaitu pada waktu pengadilan belum menetapkan wali bagi anak tersebut. Menurut Pasal 35 ayat (1) UU Perlindungan Anak, BHP dapat menjadi wali sementara.

perlindungan anak ini sangat dan lebih dibutuhkan oleh anak-anak (dan orangtua) yang tidak mempunyai harta kekayaan maka sungguh tidak dapat dipenuhi ketentuan dalam PP Nomor 45 Tahun 2014 tersebut.

Pelaksanaan kekuasaan orangtua dan perwalian sering terkait dengan pengadilan. Saat diunduh beberapa putusan tentang perwalian dari direktori Mahkamah Agung, ada beberapa hal yang menjadi catatan:

- a. Putusan perwalian No. 98/Pdt.P/2014/PN.YyK, yang berisi permohonan izin menjaminkan/menjual benda tidak bergerak dari orangtua karena benda tak bergerak tersebut sudah diataskanamakan anaknya yang masih di bawah umur.

Saat ditanyakan ini ke notaris, didapat jawaban bahwa sebagai orangtua dari si anak, seharusnya tidak diperlukan putusan pengadilan dalam hal ini. Pendapat berbeda dinyatakan oleh Hakim Parulian Lumbantoran dari Pengadilan Negeri Surakarta<sup>14</sup> yang menyatakan bahwa ini merupakan pelaksanaan dari Pasal 48 UU Perkawinan<sup>15</sup>. Apabila hakim merasa bahwa kredit yang memerlukan penjaminan/ penjualan itu memang diperlukan untuk kepentingan si anak maka hakim akan mengabulkan permohonan tersebut namun jika tujuan dialihkannya harta tersebut tidak untuk kepentingan anak maka hakim akan menolak permohonan tersebut.

Apabila dicermati Pasal 48 UU Perkawinan memang ada larangan bagi orangtua untuk memindahkan atau menggandakan barang-barang tetap yang dimiliki anak kecuali kepentingan si anak menghendaki. Terkait harta benda anak, Pasal 106 KHI memberi pengaturan bahwa orangtua berkewajiban memelihara dan mengembangkan harta benda anak, serta tidak boleh memindahkan atau menggadaikan harta benda kecuali jika keperluan, kepentingan dan keselamatan anak menghendaki.

---

<sup>14</sup> Wawancara pada tanggal 23 mei 2017 pukul 09.00-12.00

<sup>15</sup> Pasal 48 : Orang tua tidak diperbolehkan memindahkan hak atau menggandakan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan anak itu menghendakinya.

Dari kedua pasal di atas tidak ada penjelasan bagaimana prosedur bagi orangtua jika ingin memindahkan atau menggadaikan barang tetap milik anak jika memang kepentingan si anak menghendaki. Oleh karenanya kemudian melihat pada Pasal 309 jo Pasal 393 KUH Perdata yang pada intinya menyatakan bahwa orangtua tidak boleh memindahkan harta benda tetap milik anak belum dewasa tanpa ijin dari pengadilan. Dengan bersandar pada kedua pasal ini, maka praktek di pengadilan negeri dan pengadilan agama tersebut, mendapat dasar hukumnya.

- b. Banyak permohonan perwalian anak yang diajukan oleh ibu kandungnya.

Hal ini dapat ditemui pada putusan no. 16/Pdt.P/2014/PA.Smn, putusan no. 108/Pdt.P/2014/PA.Smn., putusan no. 0241/Pdt.P/2013/PA.TA, putusan no. 0525/Pdt.P/2012/PA.Sby, putusan no. 608/Pdt.P/2012/PA.Sby.

Alasan permohonan banyak disebabkan oleh kepentingan untuk menjual harta warisan dari ayah. Putusan hakim diperlukan karena harta warisan masih atas nama ayah. Beberapa permohonan ada yang dicabut karena kemudian instansi yang terkait (BPN) menyatakan tidak memerlukan putusan dari pengadilan. Saat hal ini ditanyakan ke notaris, dinyatakan bahwa seharusnya tidak perlu ada putusan pengadilan yang memutuskan bahwa ayah/ibu adalah wali dari si anak dan ijin menjual dari pengadilan. Apabila ingin menjual harta warisan dari ayah cukup membawa akte nikah dan akte kematian ayah, atau ditambah surat keterangan waris dari notaris<sup>16</sup>.

Permohonan penetapan sebagai wali, seharusnya tidak diperlukan karena ibu sebagai orangtua yang hidup terlama tetap memegang kekuasaan orangtua. Kematian memang merupakan penyebab putusnya perkawinan tetapi bukan penyebab putusnya

---

<sup>16</sup> Wawancara dengan notaris ibu Noor Saptanti, SH MKN, pada tanggal 21 Juli 2017, pukul 20-21



hubungan orangtua dan anak. Permohonan ijin dari pengadilan untuk menjual benda tak bergerak milik ayah yang sudah meninggal, juga tidak perlu dimohonkan. Hanya apabila benda yang akan dijual merupakan milik si anak maka berlaku Pasal 48 UUP jis Pasal 309 dan 393 KUH Perdata sebagaimana sudah dikemukakan di atas.

- c. Putusan perwalian no. 07/Pdt.P/2015/PN.Yyk, yang diajukan ayah kandungnya sendiri dengan alasan untuk menjual benda tidak bergerak walaupun benda tersebut atas nama si ayah sendiri.

Saat dikonfirmasi hal ini ke notaris, notaris menyatakan seharusnya tidak perlu ada putusan pengadilan tentang hal ini karena harta benda milik dari ayah sendiri<sup>17</sup>. Dalam hal ini, benar pendapat notaris karena dalam hal ini barang tak bergerak yang akan dijual adalah milik si ayah, dan wewenang untuk mengalihkan hak milik tentunya berada pada orang yang namanya ada dalam sertifikat hak milik benda tersebut.

Apabila mencermati Pasal 48 UU Perkawinan, maka sebenarnya tidak hanya setelah salah satu atau kedua orangtua meninggal yang memerlukan ijin pengadilan untuk mengalihkan atau mengasingkan harta benda anak. Selama yang ingin dialihkan (dijual, disewakan, dihibahkan dan lain-lain) adalah harta benda anak maka orangtua atau wali memerlukan ijin dari pengadilan.

Dalam hal orangtua yang masih hidup atau wali ingin menjual harta benda anak atau harta benda yang masih atas nama orangtua yang sudah meninggal maka diperlukan surat pernyataan sebagai pemegang kuasa asuh/wali di depan notaris atau penetapan kuasa asuh/wali dari pengadilan.

Notaris Noor Saptanti yang ditanya mengenai permasalahan yang sama lebih lanjut menyatakan bahwa pada prinsipnya yang dapat menjual harta adalah pemiliknya. Untuk benda tidak bergerak khususnya, yang

---

<sup>17</sup> Wawancara dengan notaris Ibu Noor Saptanti, SH MKN pada tanggal 21 Juli 2017, pukul 20-21

dapat menjual adalah orang yang namanya tertulis di sertifikat. Apabila orang tersebut sudah meninggal maka yang dapat menjual adalah ahli warisnya. Dalam kasus sudah meninggalnya ayah atau ibu maka yang berhak menjual adalah pasangannya dan anak-anaknya. Di hukum benda kepemilikan bersama antar ahli waris terhadap harta warisan dari pewaris seperti ini disebut sebagai *gebonden mede eigendom*. Dalam kondisi anak tersebut belum dewasa (*minderjarig*) maka perbuatan hukumnya dapat diwakili oleh orangtua/walinya<sup>18</sup>.

Dari pernyataan-pernyataan di atas, dapat dilihat memang ada kebutuhan untuk mendengar pendapat dari pihak independen terkait harta benda anak. Salah satu responden dalam penelitian ini, setelah suaminya meninggal kemudian mendapat santunan kematian dari perusahaan dan/atau asuransi perusahaan tempat suami bekerja. Beberapa hari kemudian menggunakan santunan tersebut untuk mendaftar ibadah haji. Status uang santunan tersebut sebenarnya adalah harta warisan dari sang ayah, sehingga seharusnya bagian janda adalah 1/8 bagian dari uang santunan. Saat ditanyakan tentang biaya pemeliharaan untuk ketiga anaknya setelah kematian ayahnya maka si ibu menjawab bahwa kelak pun dia yang membiayai ketiga anaknya tersebut<sup>19</sup>.

Dari kasus di atas dapat dimaknai bahwa memang ada kalanya orangtua tidak bisa memisahkan antara kewenangan dan kewajiban. Sebagai orangtua yang masih hidup maka ibu tersebut berwenang mengurus harta benda anaknya namun sebagai orangtua, tetap mempunyai kewajiban untuk membiayai anak atau anak-anaknya. Kewenangan dan kewajiban ini sebenarnya terpisah. Sebagai pengelola harta anaknya maka ibu berkewajiban menjaga keutuhan dan keamanan dari harta anaknya, tidak boleh menggadaikan atau memindahkan. Sebagai orangtua yang mempunyai kewajiban memelihara anak maka ibu harus

---

<sup>18</sup> Wawancara dengan Ibu Notaris Noor Saptanti, SH MKN, pada tanggal 21 Juli 2017, pukul 20-21

<sup>19</sup> Wawancara dengan dan observasi pada ibu A setelah kematian suaminya pada bulan April 2016.

mengeluarkan sebagian dari hartanya untuk menafkahi anak/anak-anaknya, dan hanya apabila si ibu tidak mampu untuk membiayai maka harta benda anaknya dapat dipakai untuk membiayai kebutuhan anak-anaknya, bukan membiayai keinginan seseorang yang dalam hal ini adalah keinginan pribadi si ibu.

Pada responden lain, harta warisan ayah belum dibagi walaupun sudah meninggal selama bertahun-tahun bahkan berpuluh tahun. Alasan belum dibagi adalah karena anak masih kecil namun adakalanya walau anak sudah menikah atau sudah berumur di atas 18 tahun, harta warisan tetap belum dibagi karena dianggap anak belum memerlukan. Hal ini berpotensi mendorong anak untuk menggugat ibu/ayahnya sendiri.

Kasus anak menggugat ibu tentang harta warisan, pernah terjadi di Pengadilan Negeri Surakarta<sup>20</sup>. Hal ini dipicu keinginan si ibu untuk menikah lagi, sementara harta warisan dari suami terdahulu masih dikuasai dan belum dibagi kepada ahli waris yang lain dalam hal ini adalah anak-anaknya. Kasus lain ditemui di masyarakat merupakan kasus penolakan dari anak-anak atas keinginan si ibu untuk menikah lagi. Setelah ditanyakan, rupanya anak-anak khawatir bahwa suami baru si ibu hanya menginginkan harta warisan dari mendiang ayah yang memang belum dibagi waris sampai sekarang dan semuanya masih dikuasai oleh si ibu.

Adanya berbagai kasus di atas sebenarnya dapat dicegah bila sistem perlindungan hukum untuk anak setelah kematian orangtua, dilaksanakan dengan kehadiran negara. Jangan hanya diserahkan kepada para pihak yaitu dalam hal ini adalah keluarga. Negara harus hadir, memfasilitasi dan mengawasi sehingga keluarga inti mendapat kontrol sosial dari masyarakat dan negara dalam memperlakukan anak-anaknya.

Selama ini yang terjadi, setelah orangtua atau keluarga tidak dapat menjalankan kewajibannya maka anak diserahkan pada orang lain atau panti asuhan/lembaga pengasuhan anak. Fakta hukum ini agak

---

<sup>20</sup> Hasil wawancara dengan Parulian, Hakim pengadilan Negeri Surakarta pada tanggal 23 Mei 2017 pukul 09.00-12.00 di Ruang Hakim Pengadilan Negeri Surakarta.

menyimpang dari yang diatur dalam Pasal 33 UU Perlindungan Anak. Pasal tersebut mengatur bahwa dalam hal orang tua anak tidak cakap melakukan perbuatan hukum, atau tidak diketahui tempat tinggal atau keberadaannya, maka seseorang atau badan hukum yang memenuhi persyaratan dapat ditunjuk sebagai wali dari anak yang bersangkutan. Penyerahan anak ke panti asuhan selama ini lebih dikarenakan faktor ekonomi bukan karena orangtua tidak cakap, tidak diketahui tempat tinggal atau keberadaannya. Jadi hal ini sebenarnya menyimpang dari amanah Pasal 33 UU Perlindungan Anak dan berlawanan dengan prinsip pengasuhan berbasis keluarga dan menggunakan pengasuhan institusional sebagai langkah terakhir.

Pengertian panti asuhan atau lembaga pengasuhan anak atau lembaga kesejahteraan sosial anak<sup>21</sup> menurut Pasal 2 Peraturan Menteri Sosial (Permensos) Nomor 30/Huk/2011 Tentang Standar Nasional Pengasuhan Anak Untuk Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak menyatakan bahwa Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak (LKSA) adalah lembaga-lembaga yang dibentuk oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah, atau masyarakat dalam menyelenggarakan pengasuhan anak.

Kementerian Sosial Republik Indonesia menjelaskan bahwa Panti asuhan adalah suatu lembaga usaha kesejahteraan sosial yang mempunyai tanggung jawab untuk memberikan pelayanan kesejahteraan sosial kepada anak telantar dengan melaksanakan penyantunan dan pengentasan anak telantar, memberikan pelayanan pengganti fisik, mental, dan sosial pada anak asuh, sehingga memperoleh kesempatan yang luas, tepat, dan memadai bagi perkembangan kepribadiannya sesuai dengan yang diharapkan sebagai bagian dari generasi penerus cita-cita bangsa dan

---

<sup>21</sup> Lembaga Kesejahteraan Sosial (LKS) adalah sebuah lembaga yang dinaungi oleh Kementerian Sosial Republik Indonesia yang bertujuan untuk mensejahterakan kaum *mustadl'afin* baik karena miskin, korban kekerasan, korban bencana alam, dan lain sebagainya. Adapun Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak (LKSA) adalah bagian dari LKS yang dikhususkan untuk pendidikan anak-anak yang kurang mampu, korban kekerasan, korban pelecehan seksual, korban bencana alam dan lain sebagainya. Lembaga ini dahulu sering disebut sebagai Panti Asuhan. <https://himmatulmujaahidin.wordpress.com/lembaga-kesejahteraan-sosial/> diakses tanggal 3 Desember 2017.

sebagai insan yang akan turut serta aktif di dalam bidang pembangunan nasional<sup>22</sup>. Kamus Besar Bahasa Indonesia mendefinisikan panti asuhan sebagai rumah tempat memelihara dan merawat anak yatim piatu dan sebagainya.

Alasan orangtua menyerahkan anak ke panti asuhan karena menginginkan anaknya mendapat pendidikan yang lebih baik. Untuk memastikan keberlanjutan pendidikan anak-anak, banyak orangtua yang mengirim anak-anak tersebut ke salah satu dari 5000-8000 lembaga pengasuhan anak yang disebut panti yang kebanyakan adalah lembaga swasta<sup>23</sup>.

Anak berada di panti asuhan selama hari-hari sekolah yaitu senin sampai sabtu. Kemudian setelah pelajaran usai pada hari sabtu, anak-anak tersebut ada yang kembali ke rumah orangtuanya dan kembali ke panti pada hari senin.

Kualitas pengasuhan di panti asuhan di Indonesia menurut penelitian yang dilakukan pada tahun 2006 dan 2007 oleh *Save the Children* dan Kementerian Sosial (Kemensos) dengan dukungan dari UNICEF dan dilakukan di enam provinsi yaitu Nangroe Aceh Darussalam (NAD), Jawa Tengah, Sulawesi Utara, Kalimantan Barat, Nusa Tenggara Barat, dan Maluku; termasuk satu panti percontohan milik Kemensos di Pati, Jawa Tengah, menunjukkan beberapa temuan inti yaitu:

- a. Panti Sosial Asuhan Anak lebih berfungsi sebagai lembaga yang menyediakan akses pendidikan kepada anak daripada sebagai lembaga alternatif terakhir pengasuhan anak yang tidak dapat diasuh oleh orangtua atau keluarganya.
- b. Anak-anak yang tinggal di panti umumnya (90%) masih memiliki kedua orang tua dan dikirim ke panti dengan alasan utama untuk melanjutkan pendidikan.

---

<sup>22</sup> CSI Surjastuti . [Pdf]15 Bab Ii Tinjauan Umum Tentang Panti Asuhan Dan ... e-journal.uajy.ac.id/163/3/2TA12924.pdf. 2012 diakses tanggal 3 Desember 2017.

<sup>23</sup> UNICEF. Kementerian Sosial. Penilaian Cepat Program Kesejahteraan Sosial Anak (PKSA). Laporan. Jakarta. 2015. Hlm 11



- c. Berdasarkan tujuan panti ke arah pendidikan, anak-anak harus tinggal lama di panti sampai lulus SLTA dan harus mengikuti pembinaan daripada pengasuhan yang seharusnya diterima.
- d. Pengurus panti tidak memiliki pengetahuan memadai tentang situasi anak yang seharusnya diasuh di dalam panti, dan pengasuhan yang idealnya diterima anak<sup>24</sup>.

Menganalisis paparan di atas maka dapat dibaca bahwa sebenarnya ada perbedaan status hukum anak yang berada di panti asuhan/LPA/LKSA. Apabila anak masih mempunyai orangtua baik keduanya atau hanya salah satu (yatim/piatu) maka peran panti asuhan adalah sebagai pengasuh dan anak sebagai anak asuh. Apabila anak sudah tidak mempunyai kedua orangtua (yatim piatu) dan tidak mempunyai/diketahui keluarganya, maka peran panti asuhan adalah sebagai wali. Dari hal ini dapat disimpulkan bahwa panti asuhan dapat mempunyai peran perwalian (*guardianship*) dan pengasuhan (*fostering*).

Apabila kembali pada pengertian panti asuhan dalam Pasal 2 Peraturan Menteri Sosial (Permensos) Nomor 30/Huk/2011 Tentang Standar Nasional Pengasuhan Anak Untuk Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak maka yang baru diatur adalah peran panti sebagai tempat pengasuhan sementara peran panti sebagai perwalian, belum ada pengaturan. Pasal 33 UU Perlindungan Anak hanya menyebutkan perorangan atau badan hukum dapat bertindak sebagai wali dan di penjelasan UU tersebut juga tidak ditemukan penjelasannya sehingga memang belum jelas siapa yang dimaksud sebagai badan hukum dalam pasal tersebut.

Jika disambungkan dengan penjelasan dari Kemensos maka panti asuhan sebenarnya adalah tempat anak-anak terlantar. Bukan tempat anak

---

<sup>24</sup> Permensos Nomor Peraturan Menteri Sosial Republik Indonesia Nomor : 30/Huk/2011 Tentang Standar Nasional Pengasuhan Anak Untuk Lembaga Kesejahteraan Sosial Anak. Hlm 4 <http://www.kdm.or.id/2014/03/panti-asuhan-sebagai-lembaga-perlindungan-anak/> diunggah oleh Benyamin Lumy tanggal 4 Maret 2014, diakses tanggal 3 Desember 2017

yatim/piatu/yatim piatu karena anak yatim/piatu/yatim piatu tidak selalu merupakan anak yang terlantar.

Pengertian anak terlantar menurut Pasal 1 angka 7 UU Kesejahteraan Anak menyatakan anak terlantar adalah anak yang karena suatu sebab orang tuanya melalaikan kewajibannya sehingga kebutuhan anak tidak dapat terpenuhi dengan wajar baik secara rohani, jasmani maupun sosial. Sementara menurut Pasal 1 angka 6 UU Perlindungan Anak, anak terlantar adalah anak yang tidak terpenuhi kebutuhannya secara wajar, baik fisik, mental, spiritual, maupun sosial. Pengertian anak terlantar pada UU Perlindungan Anak lebih luas daripada pengertian anak terlantar dalam UU Kesejahteraan Anak dan meliputi juga anak yatim/piatu/yatim piatu.

Berdasarkan Pasal 55 ayat (1) UU Perlindungan Anak maka Pemerintah wajib menyelenggarakan pemeliharaan dan perawatan anak terlantar, baik dalam lembaga maupun di luar lembaga. Dalam hal anak terlantar karena kelalaian orangtuanya maka menurut Pasal 57 dan Pasal 58 UU Perlindungan Anak, keluarga atau pejabat yang berwenang dapat mengajukan permohonan penetapan anak tersebut sebagai anak terlantar kemudian hakim melalui penetapannya menentukan tempat penampungan, pemeliharaan, dan perawatan anak tersebut. Hal yang menjadi pertanyaan adalah bagaimana untuk anak yang orangtua sebenarnya tidak lalai tapi memang tidak mempunyai kemampuan untuk melaksanakan kewajiban orangtua, apakah prosedurnya juga sama? Bagaimana untuk anak yang sudah tidak mempunyai orangtua, apakah prosedur penetapan anak terlantar juga sama? Apakah pengertian frasa kelalaian orangtua pada Pasal 57 diartikan dalam pengertian luas yaitu meliputi wali atau ketiadaan orangtua?

## 2. Identifikasi Sebab-Sebab Belum Optimalnya Sistem Perlindungan Hukum Untuk Anak Setelah Perceraian atau Pembatalan Perkawinan.

Masalah yang terjadi pada perlindungan hukum untuk anak setelah perceraian, sebagaimana dievaluasi dan direkapitulasi dari penelitian-

penelitian terdahulu adalah (1) banyak putusan hakim tentang perceraian yang tidak memuat hak-hak untuk anak walaupun dalam perceraian tersebut ada anak yang terlibat, (2) apabilapun ada putusan hakim yang memuat tentang pertanggungjawaban orangtua dalam putusan hakim, tidak ada pengawasan tentang pelaksanaannya sehingga kewajiban yang tercipta karena putusan tersebut, sangat mudah dipungkiri, (3) apabila ada pihak yang mengajukan permohonan pelaksanaan putusan hakim terkait hak-hak untuk anak, maka sulit dieksekusi karena belum ada ketentuan tentang acara dan siapa pelaksananya, (4) untuk eksekusi hak asuh anak, dapat memakai mekanisme yang ada dalam HIR/RBg, namun untuk eksekusi hak nafkah anak, masih belum ada mekanisme yang layak.

Empat masalah di atas sebenarnya dapat ditemukan juga dalam kasus putusnya perkawinan karena penetapan pengadilan atau pembatalan perkawinan. Hal ini mengingat prosedur dari cara putusnya perkawinan karena perceraian dan putusnya perkawinan karena penetapan pengadilan mempunyai karakteristik yang sama yaitu melalui putusan hakim/penetapan pengadilan. Logika ini diuji dengan menganalisis putusan-putusan tentang pembatalan perkawinan. Hasil yang didapat menunjukkan temuan yang sama, yaitu banyak putusan pembatalan perkawinan yang dalam posisinya ada anak, misalnya dalam putusan no. 0456/Pdt .G/2011/PA.Ska, namun dalam petitum dan amarnya tidak satupun menyebut tentang nasib anak. Bilapun ada maka sama akan terkendala pada masalah eksekusi apabila pihak terhakum tidak melaksanakan putusan secara sukarela.

Sebagaimana pernah dinyatakan sebelumnya, bahwa prosentase perceraian di Indonesia semakin tahun semakin meningkat. Data dimaksud dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Tabel 9. Perbandingan Jumlah Perkawinan dan Perceraian di Indonesia

No	Tahun	Kementrian Agama			Badan Pusat Statistik		
		Pernikahan	Perceraian	%	Pernikahan	Perceraian	%
1	< 2008	-	20.000-50.000	-	-	-	-
2	2008	-	200.000	-	-	-	-
3	2009	2.162.268	216.286	10,0	-	-	-
4	2010	2.207.364	285.184	12,9	-	-	-
5	2011	2.319.821	258.119	11,1	-	-	-
6	2012	2.291.265	372.577	16,3	2.289.648	346.480	15,1
7	2013	2.218.130	324.527	14,6	2.210.046	324.247	14,7
8	2014	-	-	-	2.110.776	344.237	16,3
9	2015	-	-	-	1.958.394	347.256	17,7
10	2016	-	365.633	-	-	-	-

Sumber: Disarikan dari Data Kementrian Agama Republik Indonesia dan Badan Pusat Statistik (BPS).

Trend perceraian di Indonesia yang menunjukkan kenaikan setiap tahun yang signifikan seharusnya juga diimbangi dengan kesadaran hukum tentang tanggungjawab orangtua terhadap anak. Apabila ini belum terbentuk maka tugas negara untuk memberikan perlindungan hukum kepada anak, semakin diperlukan. Perlindungan hukum yang diberikan pada anak setelah perceraian orangtua, sebenarnya telah jelas ditentukan dalam Pasal 41 UU Perkawinan, namun pasal tersebut belum dapat diimplementasikan secara optimal. Penegakan hukum yang seharusnya dimulai dari adanya putusan hakim yang memuat norma kewajiban orangtua tersebut, ternyata minim dalam realitanya.

Banyak putusan hakim yang dalam posisinya ada anak namun dalam amar putusannya tidak menjamin pemenuhan hak-hak anak setelah perceraian orangtuanya. Hal ini dapat dilihat pada hasil penelitian yang

pernah dilakukan di PN dan PN Surakarta pada tahun 2013 sebagaimana disajikan dalam tabel di bawah ini<sup>25</sup>.

Tabel 10. Rekap Sampling Putusan-Putusan Perceraian Pengadilan Negeri Surakarta Tahun 2010-2012

NO	Pengadilan dan tahun	Melibatkan anak		Petitum		Amar		Putusan verstek
		Anak	<18 th	Hak Asuh	Hak Nafkah	Hak Asuh	Hak Nafkah	
1	2	3	4	5	6	7	8	9
1	PN 2010	90%	90%	20%	10%	20%	10%	0 %
2	PN 2011	80%	80%	40%	20%	40%	20%	10%
3	PN 2012	90%	80%	40%	10%	40%	10%	10 %
	RATA-RATA		83%	33%	13%	33%	13%	6,7%

Tabel 11. Rekap Sampling Putusan-Putusan Perceraian Pengadilan Agama Surakarta Tahun 2010-2012

NO	Pengadilan dan tahun	Melibatkan anak			Petitum		Amar		Putusan Verstek
		Anak	<21 th	<12 th	Hak Asuh	Hak Nafkah	Hak Asuh	Hak Nafkah	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
1	PA 2010	76%	76%	60%	0%	0%	0%	0%	61%
2	PA 2011	80%	80%	72%	4%	20%	4%	20%	68 %
3	PA 2012	72%	72%	64%	8%	8%	4%	8%	64 %
	RATA-RATA		78%	65%	4%	9,3%	2,7%	9,3%	64,3%

Dari tabel 10 di atas dapat disimpulkan bahwa di Pengadilan Negeri Surakarta, pada 3 tahun tersebut ada 83% kasus perceraian yang melibatkan anak namun petitum dari para pihak hanya 33% yang mengandung permohonan tentang hak asuh dan hanya 13% yang memohonkan tentang hak nafkah. Amar putusan hakim sesuai petitum para pihak.

Sementara dari tabel 11 di atas, di Pengadilan Agama Surakarta pada 3 tahun tersebut ada 78% kasus perceraian yang melibatkan anak namun hanya 9,3% petitum dari para pihak yang memohonkan hak nafkah dan amar dari hakim juga sesuai. Dari 65% kasus perceraian yang melibatkan anak yang belum *mumayiz* hanya 4 % yang dimohonkan petitum

<sup>25</sup> Anjar SC Nugraheni, Diana Tantri C, Zeni Luthfiyah. Komparasi Hak Asuh dan Hak Nafkah Anak dalam Putusan-Putusan Perceraian di Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama Kota Surakarta. *Jurnal Hukum Yustisia*. Edisi 87. September-Desember 2013. ISSN. 0852-0941.



tentang hak asuh oleh para pihak sementara hanya 2,7% yang oleh hakim diputus amar hak asuhnya. Angka-angka di Pengadilan Agama lebih rendah dari pada statistik di Pengadilan Negeri.

Berdasar kedua tabel di atas, ada dua persangkaan yang dapat dikembangkan. Jika berprasangka baik maka dapat diambil asumsi bahwa tidak ada perselisihan antara orangtua terkait hak asuh dan hak nafkah anak setelah putusnya perkawinan. Kedua orangtua yang bercerai akan melanjutkan mengasuh dan menafkahi anak-anak secara bersama-sama. Sedangkan jika berprasangka buruk maka orangtua yang bercerai, dengan tidak meminta putusan hakim yang memuat kepastian hukum tentang hak asuh dan hak nafkah anaknya, maka dapat dikatakan betul-betul tidak memperhatikan nasib anak dan masa depannya kelak. Orangtua yang perkawinannya putus karena sangat konsern dengan nasibnya sendiri sampai melupakan anak-anak yang sepenuhnya masih menjadi tanggungjawabnya. Apabila disandingkan dengan data bahwa kebanyakan putusan perceraian yang diajukan oleh pihak istri diputuskan secara verstek yaitu putusan tanpa kehadiran salah satu pihak yaitu dalam hal ini adalah pihak suami/bapak maka asumsi prasangka buruk yang lebih kuat dan lebih relevan.

Data di atas sebenarnya belum bisa digeneralisir sebagai perwakilan (*representative*) dari putusan-putusan perceraian di daerah lain di Indonesia, maka menindaklanjuti hal ini diunduh 10-20 putusan perceraian secara acak (*random*) dari 12 propinsi di Indonesia untuk melihat adakah fenomena yang sama di propinsi-propinsi tersebut. Hasil rekap dapat dilihat dalam tabel di bawah ini.

Tabel 12. Rekap Fenomena Putusan Perceraian Yang Tidak Memuat Hak Asuh Dan Hak Nafkah Anak Dari 12 Propinsi Tahun 2016

No	Propinsi	Jenis	Jumlah Putusan	Putusan Hakim tidak memuat hak asuh dan hak nafkah anak	
				Angka	%
1	DKI JAYA	PN	9	5	56
		PA	3	2	67
2	JAWA BARAT	PN	10	5	50
		PA	10	9	90
3	JAWA TENGAH	PN	3	1	33
		PA	7	7	100

4	DI YOGYAKARTA	PN	12	6	50
		PA	10	10	100
5	JAWA TIMUR	PN	2	1	33
		PA	8	8	100
6	NAD	MS	10	6	60
7	SUMATERA BARAT	PN	8	3	38
		PA	2	0	0
8	BALI	PN	2	1	50
		PA	8	6	75
9	KALIMANTAN BARAT	PN	4	1	25
		PA	6	6	100
10	KALIMANTAN TIMUR	PN	6	3	50
		PA	4	4	100
11	BENGKULU	PN	-	-	-
		PA	10	8	80
12	LAMPUNG	PN	6	2	33,3
		PA	4	4	100
	RATA-RATA		132	95	72

Keterangan: Angka Prosentase didapat dengan membagi angka putusan hakim yang tidak memuat hak asuh dan hak nafkah anak, dengan jumlah putusan.

Walaupun sampel putusan di atas masih sangat sedikit, mungkin belum dapat dianggap valid, namun tabel 12 di atas dapat dijadikan suatu permulaan pembuktian bahwa fenomena putusan hakim yang tidak memuat hak asuh dan hak nafkah ada di Indonesia, merata hampir di semua propinsi, di tingkat pengadilan negeri dan pengadilan agama dengan rerata yaitu sebanyak 72%. Sementara perbandingan antara prosentase putusan yang tidak memuat hak asuh dan hak nafkah anak di PA dan PN, juga menunjukkan hasil yang tidak berbeda yaitu bahwa fenomena perceraian yang putusan hakimnya tidak memuat hak asuh dan hak nafkah anak, lebih banyak terjadi di Pengadilan Agama daripada di Pengadilan Negeri.

Saat dilakukan observasi di PA Surakarta, banyak sekali kasus perceraian yang harus ditangani oleh majelis hakim. Rata-rata 1000 kasus masuk setiap tahunnya. Dari sekian kasus yang masuk tersebut, hanya 340 kasus yang didampingi oleh advokad pada tahun 2017. Ini berarti kurang lebih 30% dari seluruh kasus<sup>26</sup>. Pada hari dilakukan observasi yaitu 5 Juni

<sup>26</sup> Wawancara dengan Istriyah, bagian Kepaniteraan PA Surakarta. Pada tanggal 21 Agustus 2017.

2017, dari 15 (lima belas) kasus, ada 6 kasus yang didampingi advokad. Persidangan dilakukan mulai jam 09.00-12.00. Dari 15 (lima belas) kasus tersebut, dipilih untuk mengikuti sidang kasus No. 166/Pdt.G/PA.Ska. Kasus ini dipilih karena ada hasil perkawinan antara Penggugat dan Tergugat yang berupa anak berusia 5 (lima) tahun. Awalnya dalam petitum si Penggugat (istri), tidak dicantumkan gugatan tentang hak asuh maupun hak nafkah, namun dalam duplik Tergugat (suami) menyatakan bahwa apabila majelis hakim mengabulkan permohonan Penggugat maka Tergugat minta anak tersebut diserahkan di bawah asuhan Tergugat. Dari 6 (enam) kali mengikuti persidangan kasus tersebut yaitu saat pengajuan alat bukti saksi dari Penggugat, pengajuan alat bukti tertulis dan saksi dari Tergugat, pengajuan konklusi dari para pihak, dan pembacaan putusan hakim, maka terlihat upaya hakim untuk mengingatkan pasangan yang akan bercerai tersebut tentang kewajiban dan hak sebagai suami/istri dan orangtua. Setelah berbagai pertimbangan yaitu itikad baik suami untuk tetap melanjutkan berumah tangga dengan istrinya, dan usia anak yang masih kecil maka majelis hakim menjatuhkan putusan untuk menolak gugatan Penggugat (istri). Putusan ini termasuk putusan yang langka karena biasanya putusan gugatan perceraian dikabulkan majelis hakim, bilapun ada penolakan maka persentasenya tidak lebih dari 1%.<sup>27</sup>

Sementara trend pembatalan perkawinan belum dapat dipastikan kecenderungannya karena minimnya data yang ada secara nasional baik di lingkup Pengadilan Negeri, Pengadilan Agama maupun Badan Pusat Statistik, walau jika didasarkan pada laporan tahunan Pengadilan Agama maupun berita-berita di media massa maupun media sosial. maka sebenarnya dapat ditengarai bahwa juga ada kecenderungan untuk meningkat. Perlindungan hukum yang diberikan pada anak setelah penetapan pengadilan tentang pembatalan perkawinan orangtuanya, ditentukan dalam Pasal 28 UU Perkawinan.

---

<sup>27</sup> Wawancara dengan Sriyono, advokad Penggugat kasus Nomor 166/Pdt.G/2017/PA.Ska pada tanggal 14 Agustus 2017.

Hans Kelsen membedakan antara *general-norms* atau *abstrakte normen* yang dibentuk oleh badan legislative dan *indivual norms* atau *concrete normen* yang dibentuk oleh badan-badan eksekutif<sup>28</sup>. Ketentuan dalam UU Perkawinan tersebut merupakan norma umum, sementara keputusan hakim tentang perceraian dan penetapan hakim tentang pembatalan perkawinan merupakan suatu norma khusus/individual.

Di bawah suatu tata hukum yang secara teknikal sudah berkembang, prosedur penerapan hukum berlangsung dalam tiga tahap: pertama-tama, pemastian dari fakta tentang perbuatan yang salah; kedua, suatu perintah dari pengadilan yang ditujukan kepada suatu badan eksekutif untuk melaksanakan tindakan paksaan (*koersif, coercion*) atau sanksi, yang dirumuskan dalam norma umum. Perintah ini adalah norma individual yang oleh pengadilan harus ditetapkan. Ketiga, pelaksanaan dari norma individual ini oleh suatu badan eksekutif yang terpisah dari pengadilan<sup>29</sup>.

Norma umum dalam UU Perkawinan khususnya dalam Pasal 41 dan Pasal 28 berlaku untuk seluruh warganegara Indonesia. Dalam halnya terjadi kasus atau masalah yang telah diatur dalam norma tersebut maka keberadaan norma umum ini harus dijadikan norma individual yang mengikat secara khusus bagi pihak-pihak yang terlibat dalam kasus tersebut. Derivasi norma umum menjadi norma individual ini terjadi melalui perantaraan hakim yang mengeluarkan keputusan atau penetapannya. Tanpa adanya penderivasian ini maka norma umum tersebut akan sulit untuk dilaksanakan, atau dengan redaksi kalimat yang lain, hanya norma individual yang dapat dipaksakan berlakunya dengan

---

<sup>28</sup> Yang dimaksud dengan *general norms* adalah kaidah-kaidah yang berlaku umum, mengikat umum, seperti kaidah dasar, undang-undang dasar, undang-undang, dan peraturan-peraturan, sedangkan yang dimaksud dengan *individual norms* adalah kaidah-kaidah yang berlaku khusus, mengikat seseorang tertentu yang diketahui identitasnya. Individual norms ini berupa ketetapan-ketetapan (*beschikingen*) atau keputusan-keputusan hakim, baik yang berupa vonnis/keputusan maupun penetapan-penetapan hakim. Bachsan Mustafa. *Sistem Hukum Indonesia*. Remaja Karya. Bandung. 1985. Hlm 8

<sup>29</sup> Hans Kelsen. Op cit. hlm 60.

bantuan alat negara. Hal inilah yang belum terjadi di Indonesia, sebagaimana telah disampaikan di Bab I Latar Belakang.

Variasi putusan perceraian dan pembatalan perkawinan di PN dan PA, ditemukan sebagai berikut: (1) variasi pertama, putusan memuat putusnya perceraian, hak asuh dan hak nafkah anak (Misal Putusan Nomor 923/Pdt.G/2016/PA.Ska), (2) variasi kedua, putusan memuat putusnya perkawinan dan hak asuh anak (Misal putusan Nomor 56/Pdt.G/2016/PN.Skt), (3) variasi ketiga, putusan memuat putusnya perkawinan dan hak nafkah anak (Misalnya putusan Nomor 49/Pdt.G/2016/PN.Skt), (4) variasi keempat, putusan hanya memuat putusnya perkawinan antara suami dan istri.

Dari keempat variasi tersebut, ditemukan yang terbanyak adalah variasi keempat. Hal ini sebagaimana dilaporkan oleh Anjar SC Nugraheni dan kawan-kawan bahwa angka putusan hakim yang tidak memuat hak-hak anak dan hanya berisi tentang putusnya perkawinan antara suami istri, untuk Kota Surakarta berada di kisaran angka 75%<sup>30</sup>. Temuan sama juga dilaporkan oleh hakim Pengadilan Tinggi Agama Jakarta, Achmad Choiri, yang melakukan penelitian di Pengadilan Agama di Jawa Timur yang menemukan bahwa 99% putusan perceraian di Pengadilan Agama tidak memberikan perlindungan hukum kepada anak-anak korban perceraian orangtuanya, kecuali diajukan gugatan terlebih dahulu oleh pihak yang berperkara<sup>31</sup>. Kemudian menindaklanjuti temuan sebelumnya maka dibuat rekapitulasi sederhana dengan mengumpulkan putusan perceraian PN dan PA dari seluruh provinsi di Indonesia, masing-masing propinsi sekitar 20 putusan. Dari rekapitulasi tersebut, temuan yang didapat tidak jauh

---

<sup>30</sup> Anjar SC Nugraheni, Diana Tantri C, Zeni Luthfiah. Komparasi Hak Asuh dan Hak Nafkah Anak dalam Putusan-Putusan Perceraian di Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama Kota Surakarta. *Jurnal Yustisia*. Edisi 87. September-Desember 2013.

<sup>31</sup> Ahmad Choiri. Perlindungan Hukum Terhadap Anak Korban Perceraian yang Terabaikan Oleh Hakim Peradilan Agama. *Makalah*. Seminar Perjalanan 10 tahun Kerjasama Dalam Memberi Keadilan Bagi Para Pencari Keadilan. 2-3 September 2015. Kerjasama Mahkamah Agung RI dengan Family Court of Australia.



berbeda yaitu sebanyak 72% dari putusan PA dan PN tidak memuat perlindungan hukum kepada anak korban perceraian orangtua.

Untuk mengklarifikasi lagi apakah temuan masih terulang maka diadakan rekapitulasi lagi terhadap 2 kabupaten yang ditengarai mempunyai angka perceraian tertinggi di Indonesia yaitu Kabupaten Indramayu dan Kabupaten Malang. Sebagai bahan perbandingan, dilakukan juga rekapitulasi random terhadap putusan-putusan dari kabupaten Banda Aceh yang menerapkan sistem hukum Islam. Penelitian dilakukan dengan mengunduh 100 putusan perceraian per lokasi dari direktori Mahkamah Agung yang sudah diupload saat itu. Dari ketiga lokasi pengadilan, ditemukan beberapa variasi kondisi. Kondisi pertama adalah tersedianya link, penjelasan, dan putusan lengkap yang dapat diunduh. Kondisi kedua adalah tersedianya link, penjelasan, namun putusan yang tersedia tidak sesuai. Kondisi ketiga adalah tersedia link dan penjelasan namun tidak ada putusan yang diunggah dengan demikian juga tidak bisa diunduh. Hasil dari rekapitulasi tersebut dapat disampaikan sebagai berikut:

Tabel 13. Rekapitulasi putusan-putusan perceraian Kabupaten Indramayu, Propinsi Jawa Barat Tahun 2014 - 2016

No	Jenis Pengadilan	Tahun	Tanpa HA dan HN		Hanya HA		Hanya HN		Dengan HA dan HN		Verstek
			Pet	Puts	Pet	Puts	Pet	Puts	Pet	Puts	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1	PN	2014	-	-	2	2	-	-	-	-	-
		2015	-	-	4	4	-	-	-	-	-
		2016			1	1	-	-	-	-	-
2	PA	2016	100	100	-	-	-	-	-	-	95
Jumlah			100	100	7	7	-	-	-	-	95

Sumber: Direktori Mahkamah Agung yang diolah.

Tabel 14. Rekapitulasi putusan-putusan perceraian dari Kabupaten Malang, Propinsi Jawa Timur, Tahun 2014 – 2017

No	Jenis Pengadilan	Tahun	Tanpa HA dan HN		Hanya HA		Hanya HN		Dengan HA dan HN		Verstek
			Pet	Puts	Pet	Puts	Pet	Puts	Pet	Puts	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1.	PN	2014	8	9	11	10	-	-	1	1	12
2.		2016	-	1	1	-	-	-	-	-	1

3.		2017	-	1	3	3	-	-	1	-	2
4.	PA	2014	4	3	2	2	-	-	1	2	3
5.		2015	26	23	-	1	1	-	1	4	22
6.		2016	33	32	3	2	2	-	2	6	29
Jumlah			71	69	20	18	3	-	6	13	69

Sumber: Direktori Mahkamah Agung yang diolah sendiri.

Tabel 15. Rekapitulasi Putusan-putusan Perceraian Kabupaten Banda Aceh, Propinsi Nangroe Aceh Darussalam Tahun 2013-2015.

No	Jenis Pengadilan	Tahun	Tanpa HA dan HN		Hanya HA		Hanya HN		Dengan HA dan HN		Verstek
			Pet	Puts	Pet	Puts	Pet	Puts	Pet	Puts	
1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1	MS.Bn a	2013	3	4	3	5	2	0	27	26	16
		2014	8	7	11	14	1	2	34	31	30
		2015	2	4	1	1	0	0	8	6	7
Jumlah			13	15	15	20	3	2	69	63	53

Sumber: Direktori Mahkamah Agung yang diolah sendiri.

Keterangan:

HA : hak asuh

HN : hak nafkah

Pet : petitum (yang dimintakan Penggugat dalam gugatan)

Puts : putusan (isi putusan hakim)

Dari ketiga tabel di atas dapat dicermati bahwa temuan yang sama terulang walaupun dengan frekuensi/prosentase yang berbeda. Fenomena putusan perceraian tanpa memuat hak asuh dan hak nafkah anak dari ketiga kabupaten tersebut dapat ditemukan mempunyai prosentasi tertinggi adalah Pengadilan Agama Kabupaten Indramayu yaitu sebanyak 100%. Sementara temuan terendah ada di Mahkamah Syariah (MS) Banda Aceh yaitu 13 %.

Untuk angka pembatalan perkawinan, belum ada data yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama maupun Pengadilan Negeri tentang berapa angka pembatalan pertahunnya. Dari beberapa penetapan pengadilan tentang pembatalan pernikahan yang diunduh maka fenomena yang terjadi pada putusan perceraian, juga terjadi pada putusan pembatalan pernikahan. Walau dalam posisinya diketahui telah ada anak dari

pernikahan tersebut maka sebagian besar putusan hanya berisi tentang pembatalan perkawinan seperti putusan no. 0456/Pdt.G/2011/PA. Ska.

Putusan hakim yang tidak memuat hak asuh dan hak nafkah anak berarti tidak mengubah norma umum yang terdapat dalam Pasal 41 dan Pasal 28 UU Perkawinan menjadi norma individual. Akibatnya norma umum tersebut tidak bisa langsung dieksekusi. Dari beberapa responden yang dijumpai maka alasan-alasan yang dikemukakan mengapa tidak meminta hak asuh dan hak nafkah anak dalam petitum adalah karena responden tidak tahu<sup>32</sup>. Saat responden konsultasi ke pengadilan, responden diberi contoh gugatan yang tidak ada permohonan hak asuh dan hak nafkah anak<sup>33</sup>. Saat kemudian responden tahu, maka responden harus menunggu sampai gugatan perceraian selesai<sup>34</sup>. Apabila responden tidak mau menunggu sampai persidangan selesai maka alternatifnya adalah responden harus mengubah isi gugatan atau mencabut gugatan cerai tersebut. Jika responden mau mengubah maka perubahan yang akan dilakukan terkait tuntutan hak-hak anak dianggap hakim bersifat signifikan, sehingga tidak diperbolehkan. Jika responden tidak mau menunggu selesainya kasus perceraian dan langsung mengajukan gugatan hak asuh dan hak nafkah anak dengan nomor perkara yang berbeda, maka gugatan tentang hak asuh dan hak nafkah anak ini, dikategorikan gugatan

---

<sup>32</sup> Wawancara dengan ibu Kristina (SMA, pengusaha warung makan), Ibu Mayasari (S1, sedang menempuh S2 di salah satu PTS Surakarta, dosen), penggugat dalam kasus perceraian di PA Surakarta.

<sup>33</sup> Berdasar observasi, saat diminta contoh gugatan perceraian maka yang diberikan hakim adalah contoh gugatan perceraian yang tidak ada tuntutan tentang hak asuh dan hak nafkah anak. Hal ini terjadi di PA. Sementara saat ditanyakan ke meja informasi di PN, maka diinstruksikan untuk melihat contoh-contoh gugatan di kepaniteraan Perdata. Ada 3 bendel contoh putusan di sana, Masing-masing bendel berisi beragam contoh gugatan. Jadi dalam 1 bendel dapat ditemui contoh gugatan perceraian, contoh gugatan melawan hukum, contoh gugatan waris dan lain-lain. Pada 6 contoh gugatan di awal, hanya ditemukan contoh gugatan yang petitumnya tidak berisi tentang hak asuh dan hak nafkah anak. Baru pada contoh gugatan yang ke tujuh yaitu hampir di akhir bendel, ditemukan ada contoh gugatan yang petitumnya berisi permohonan hak asuh dan hak nafkah anak. Peneliti membayangkan seorang pencari keadilan (*yustisiabelen*) yang dalam keadaan labil, dan buta hukum, maka kemungkinan besar akan mencontoh pada contoh gugatan yang paling awal ditemukan. Saat hal ini diklarifikasi ke advokad, juga diakui bahwa contoh gugatan yang diberikan dari pengadilan, biasanya tidak berisi petitum tentang hak asuh dan hak nafkah anak.

<sup>34</sup> Wawancara dengan ibu Mayasari, Penggugat dalam kasus perceraian di PA Surakarta

*premature*. Hal ini sebagaimana yang juga ditemui dalam Putusan Nomor 2101/Pdt.G/2009/PA.JS.

Temuan lain mengapa dalam putusan hakim tidak ada gugatan tentang hak nafkah anak disampaikan oleh Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) yang mengadakan pendampingan untuk kasus perceraian. Dari pendampingan tersebut terkuak bahwa penyebab tidak adanya hak nafkah anak dalam putusan hakim di Indonesia adalah (1) ayah merasa tidak dipercaya jika kewajiban tersebut dituntut dalam petitum apalagi jika dituntut sejumlah uang tertentu, (2) ayah tidak percaya pada mantan istri untuk mengelola hak nafkah anak, dan (3) ayah meniang dalam kondisi tidak mampu untuk menafkahi anak<sup>35</sup>.

Fakta di atas apabila dicermati menurut teori Antony Allot, memberitahukan bahwa telah terjadi komunikasi yang gagal antara pengirim pesan dan *receiver*. *Receiver* di sini adalah masyarakat pencari keadilan, sementara siapa yang seharusnya menjadi pengirim pesan? Hakim atau pihak pengadilan dan advokat, merasa atau berpendapat bahwa hakim/advokat bukanlah pihak yang seharusnya berperan/berkewajiban sebagai pengirim pesan (*emitter*). Dengan tidak ada pihak yang merasa harus berperan sebagai si pengirim pesan (*emitter*) maka jelas *the message* tidak akan tersampaikan pada *receiver*.

Sementara dalam kasus perceraian Attalarik Syach dan Tsania Marwa, karena gugatan hak asuh anak tidak disebutkan dalam gugatan sejak awal dan baru dimasukkan setelah persidangan berjalan maka kuasa hukum Tergugat/Attalarik Syach menyatakan bahwa surat gugatan mengandung cacat formil. Kuasa hukum Tsania menyebutnya ada masalah administrasi gugatan sehingga gugatan hak asuh anak tidak diterima majelis hakim<sup>36</sup> dan oleh karenanya nasib anak belum jelas, apakah hak asuh ada pada ibu atau pada ayah. Kenyataan sekarang, anak-anak Tsania Marwa bersama ayahnya yaitu Attalarik Syach.

<sup>35</sup> Anjar SC Nugraheni. Diana Tantri. Zeni Luthfiyah. Op Cit. Hlm 90-91.

<sup>36</sup> <http://entertainment.kompas.com/read/2017/08/15/180920410/hakim-tolak-gugatan-hak-asuh-anak-tsania-marwa> diakses pada 2 Februari 2018 pukul 11.00

Dalam kasus di atas juga telah terjadi sistem komunikasi yang gagal sehingga *message* yang ada dalam Pasal 41 UU Perkawinan tidak/terlambat tersampaikan pada Tsania Marwa. Akibat kegagalan sistem ini maka Tsania sebagai seorang ibu, merasa hak-haknya tidak diberikan. Sementara hak si anak yang masih balita untuk mendapat pengasuhan dari ibunya, juga terabaikan.

Suatu hal yang juga dicermati adalah mengenai hak asuh untuk anak-anak yang sudah *mumayiz* atau dianggap sudah bisa memilih sendiri pemegang kuasa asuhnya. Untuk anak-anak tersebut, hak asuhnya tidak dimasukkan dalam putusan hakim. Contoh kasus yang sangat nyata adalah mengenai putusan Peninjauan Kembali kasus perceraian Ahmad Dhani dan Maia Estianty. Pada putusan PK No 12 PK/AG/2012 tersebut dinyatakan karena ketiga anak Ahmad Dhani dan Maia Estianty sudah berusia di atas *mumayiz* (12 tahun) maka dibebaskan untuk memilih ikut siapa<sup>37</sup>. Frasa “dibebaskan” dimaknai sebagai hakim tidak perlu menentukan siapa pemegang kuasa asuh anak tersebut dalam putusannya. Hal ini juga menjadikan anak berada dalam ketidakpastian hukum. Praktek ini terjadi baik di Pengadilan Negeri maupun di Pengadilan Agama.

Hal ini juga merupakan contoh yang kurang mendukung kepastian hukum untuk jaminan hidup anak-anak setelah perceraian orangtua dan tentunya juga belum mencerminkan asas kepentingan terbaik anak dan asas menghargai pendapat anak. Anak-anak menjadi bingung harus memilih siapa. Akan sangat lebih baik jika hakim menghadirkan anak-anak dalam persidangan untuk mendengar serta memastikan pilihan anak-anak tersebut dan kemudian memasukkan pilihan tersebut dalam putusannya.

Ada kasus seorang anak yang orangtuanya bercerai saat si anak sudah *mumayiz*<sup>38</sup>, kemudian orangtua anak tersebut masing-masing

---

<sup>37</sup> <https://news.detik.com/berita/2256564/ma-kabulkan-pk-ahmad-dhani-terkait-gugat-cerai-maia-estianty> diakses tanggal 10 november 2017 pukul 15.30.

<sup>38</sup> Responden adalah mahasiswa angkatan tahun 2016 yang minta namanya tidak disebutkan dan mengalami perceraian orangtuanya.



menikah lagi. Si anak merasa tidak nyaman dengan ibu tirinya jika memilih tinggal bersama ayah kandungnya, demikian juga merasa tidak diterima oleh ayah tirinya jika memilih tinggal bersama ibu kandungnya. Akhirnya setelah selesai menempuh pendidikan menengah, anak tersebut memutuskan untuk hidup terpisah (*in de kost*) dari kedua orangtuanya dengan alasan ingin melanjutkan sekolah di daerah lain. Saat ditanya dalam putusan perceraian orangtuanya adakah ibu atau ayah sebagai pemegang kuasa asuhnya, anak menjawab tidak ada. Oleh karenanya anak merasa tidak ada orangtua yang berkewajiban untuk mengasuhnya. Anak menyatakan akan lebih baik jika dalam putusan perceraian orangtuanya ada butir yang menetapkan siapa pemegang kuasa asuhnya sehingga anak tahu dan dapat menuntut siapa ayah atau ibu yang lebih berkewajiban untuk mengasuhnya.

Urgensi dari penetapan kuasa asuh ini selain terletak pada siapa yang berkewajiban untuk mendidik anak juga berkait dengan siapa yang mempunyai kewenangan untuk memutuskan hal sehari-hari (*daily activity*) maupun keputusan penting bagi kepentingan anak (*Child Custody is about which of the parents makes the important decisions about the life of the children and about who will take care of them*)<sup>39</sup>.

Putusan hakim yang memuat putusan kepada siapa hak asuh itu diberikan, dapat memberikan kepastian dan kenyamanan bagi si anak. Juga apabila orangtua yang bersangkutan melalaikan kewajibannya, maka si anak melalui kuasanya dapat mengajukan gugatan pencabutan kuasa asuh atau penelantaran.

Contoh perceraian yang menunjukkan kesadaran dan kedewasaan para pihak adalah pada perceraian Anang Hermansyah dan Kris Dayanti. Sebelum bercerai Anang dan Kris membuat kesepakatan terkait hak asuh anak (*parenting plan*), siapa yang menggugat dan siapa yang tergugat. Hal

---

<sup>39</sup> <https://www.children-and-divorce.com/child-custody-australia.html> diakses tanggal 15 November 2017 pukul 09.00

ini karena Anang dan Kris ingin berpisah secara baik-baik<sup>40</sup>. Dalam hal ini *message* tersampaikan secara langsung dari pihak legislator sebagai *emitter*. Hal ini mungkin karena posisi Anang Hermansyah sebagai anggota partai Partai Amanat Nasional (PAN) yang saat ini sebagai anggota DPR RI.

Dalam putusnya perkawinan karena perceraian atau karena penetapan pengadilan maka secara hakiki anak tetap menjadi anggota keluarga dari kedua orangtuanya namun untuk kepastian hukum dan ketertiban pendataan penduduk, maka selayaknya hakim memutuskan anak masuk menjadi anggota keluarga siapa, ayah atau ibunya, yaitu dengan penunjukan kuasa asuh untuk anak. Atas dasar putusan hakim tersebut maka dinas dikdukcapil dapat memproses kartu keluarga anak yang bersangkutan. Walaupun anak masuk menjadi anggota keluarga salah satu orangtuanya namun secara hukum anak tersebut tetap mempunyai ikatan keluarga dengan kedua orangtuanya.

Apabila hakim mendapat kasus yang berisi petitum tentang permohonan hak asuh dan hak nafkah anak, maka biasanya hakim memutus sesuai dengan normatif dan kebiasaan yaitu anak di bawah umur (anak yang belum *mumayyiz*/belum bisa memilih) diserahkan dalam asuhan ibu. Hal ini seperti dalam putusan Pengadilan Agama Pasuruan Nomor 0376/Pdt.G./2015/PA.Pas. dan putusan Pengadilan Agama Kediri Nomor 2742/Pdt.G/2011/PA.Kab.Kdr Hanya dalam hal-hal tertentu yaitu saat ibu diragukan karakter dan kemampuannya untuk melaksanakan fungsi pengasuhan maka hakim akan menyerahkan pengasuhan anak kepada ayah.

Sementara dalam hal hak nafkah anak, hakim belum mempunyai pedoman pasti tentang indikator untuk menentukan besaran hak nafkah anak. Hal ini dapat dilihat pada putusan nomor 59/Pdt.G/2016/PN Sgl,

---

40

<http://nurterbit.blogspot.co.id/2010/05/anang-krisdayanti-cerai.html>, <http://ruanghati.com/2009/10/09/inilah-isi-kesepakatan-cerai-krisdayanti-kd-dan-anang-hermansyah/>, <https://m.tempo.co/read/news/2009/08/31/125195418/hak-asuh-anak-krisdayanti-ditangan-anang> diakses tanggal 20 Juli 2017 pukul 20.00.

putusan nomor 49/Pdt.G/2016/PN.Skt dan putusan nomor 0973/Pdt.G/2016/PA.Ska.

Kasus di Pengadilan Negeri Sungai Liat dengan putusan nomor 59/Pdt.G/2016/PN Sgl, Penggugat (istri) meminta hak asuh dan hak nafkah untuk anak bernama X lahir tahun 2011. Tergugat tidak pernah hadir di persidangan, oleh karenanya majelis hakim mengabulkan permohonan hak asuh anak untuk diserahkan pada ibu (Penggugat), namun majelis hakim tidak mengabulkan permohonan terkait hak nafkah anak dikarenakan Penggugat tidak merinci jumlah biaya yang diperlukan.

Pada kasus di Pengadilan Negeri Surakarta dengan nomor 49/Pdt.G/2016/PN.Skt yang diajukan oleh Penggugat (istri) terhadap Tergugat (suami), menyatakan bahwa dari perkawinannya telah dikaruniai 3 orang anak yaitu X lahir tahun 2006, Y lahir tahun 2013 dan Z lahir tahun 2014, maka Penggugat meminta hak nafkah atas 2(dua) anak yang diasuhnya yaitu Y dan Z sebesar Rp. 3.252.000,- per bulan. Anak X dalam asuhan Tergugat. Dalam pertimbangan majelis hakim menyatakan bahwa berdasar keterangan saksi-saksi telah terbukti bahwa Tergugat mempunyai pekerjaan namun Penggugat tidak bisa membuktikan besaran pendapatan suami (salah seorang saksi menyatakan bahwa pendapatan suami adalah sebesar Rp, 2.000.000,- per bulan namun karena tidak memenuhi asas *unus testis nullus testis* maka alat bukti ini dianggap belum cukup dapat membuktikan ) maka indikator yang dipakai untuk menetapkan besaran hak nafkah anak adalah Upah Minimum Regional (UMR) Surakarta. Dengan demikian majelis hakim menjatuhkan amar putusan terkait hak nafkah anak Y dan Z adalah sebesar Rp, 1.200.000,- perbulan sampai anak-anak dapat mencukupi sendiri atau keadaan lain yang bisa mencukupi biaya hidup dan pendidikan anak tersebut.

Sementara pada Pengadilan Agama Surakarta dengan nomor 0973/Pdt.G/2016/PA.Ska. atas rekovenssi yang menuntut pemberian hak asuh atas anak bernama X lahir tahun 1994, Y lahir tahun 1997, dan Z lahir tahun 2005 serta hak nafkah atas ketiga anak tersebut sebesar Rp.

15.000.000,- per bulan, pertimbangan hakim terkait hak asuh menyebutkan bahwa karena anak Z masih berumur 11 tahun 11 bulan maka hak asuh diberikan pada ibu. Sementara pertimbangan untuk hak nafkah karena anak X sudah diatas 21 tahun maka sudah dewasa dan mandiri sehingga sudah tidak berhak mendapat hak nafkah dari orangtua. Berdasar indikator pendapatan ayah (penggugat dalam konvensi/tergugat dalam rekonvensi) yaitu sebesar Rp. 15.000.000,- per bulan dan kelayakan hidup di Kota Surakarta maka majelis memutuskan memberi Rp. 5.000.000,- per bulan untuk hak nafkah anak-anak (Y dan Z) sampai berumur 21 tahun di luar biaya kesehatan dan pendidikan serta penambahan sebesar 10 % pertahun..

Untuk petitum tentang hak nafkah anak, maka dalam putusan di Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama Surakarta di atas maka dapat dibaca bahwa hakim menggunakan indikator yang berbeda untuk menentukan besaran hak nafkah anak. Putusan PN menggunakan indikator UMR sementara putusan PA menggunakan indikator pendapatan ayah dan kebutuhan layak anak berdasarkan prediksi hakim.

Suatu putusan hakim yang berisi amar tentang hak asuh dan hak nafkah anak pun belum berarti masalah perlindungan hukum untuk anak, sudah selesai. Seperti putusan nomor 0198/Pdt.G/2014/PA.Ska. Pada kasus ini sejak perceraian, anak-anak ikut ayah. Ketika ayah menikah lagi dan mempunyai keturunan maka anak-anak dari perkawinan pertama merasa kurang nyaman ditambah hubungan yang kurang harmonis dengan ibu tiri. Oleh karenanya Penggugat selaku ibu kandung anak-anak tersebut kemudian mengajukan gugatan pengasuhan anak. Majelis hakim mengabulkan gugatan ini secara verstek dan menghukum tergugat untuk menyerahkan anak-anak kepada penggugat.

Seringkali pihak yang dihukum untuk membayar hak nafkah anak atau menyerahkan hak asuh anak, tidak mau melaksanakan isi putusan secara sukarela. Untuk mengantisipasi hal ini, majelis hakim Pengadilan Agama Pasuruan pada putusan nomor 0376/Pdt.G./2015/PA.Pas.

menambahkan hukuman uang paksa (*dwangsom*)<sup>41</sup> sebesar Rp. 100.000,- per hari setiap keterlambatan penyerahan anak dihitung sejak putusan berkekuatan hukum tetap.

Dalam beberapa kasus, pencantuman hak-hak anak dalam putusan hakim memang menjadi hal yang tidak signifikan dan hanya bersifat memperjelas fakta hukum. Dijumpai 3 (tiga) kasus (kasus bapak A, bapak B, dan bapak C) dimana ayah tetap melaksanakan kewajibannya memberi nafkah kepada anak-anaknya setelah perceraian. Pada 2 (dua) kasus (bapak A dan bapak B) yang terjadi adalah ayah meninggalkan seluruh harta gononya dan harta bersama kepada istri untuk dipakai merawat anak-anak. Setelah perceraian dapat dikatakan bahwa ayah keluar dari rumah dengan hanya baju yang melekat di badannya. Komunikasi antara mantan istri dan mantan suami tersebut walaupun terbatas namun tetap terjalin, begitu juga dengan anak-anak. Setelah bapak A tua dan sakit-sakitan, maka anak dari istri pertama yang merawatnya sampai meninggalnya karena dari istri kedua tidak mempunyai anak. Sementara pada kasus bapak B, setelah anaknya mampu maka kemudian membuatkan rumah untuk bapak B yang sebelumnya tinggal di rumah kontrakan. Pada kasus bapak C, ada komunikasi antara ayah dan anak. Ayah yang menanggung uang pendidikan anak. Pada waktu-waktu tertentu, biasanya seminggu sekali, anak berkunjung ke rumah ayahnya atau sebaliknya.

Dari 3 (tiga) kasus di atas maka dapat dicermati bahwa komunikasi antara anggota keluarga masih berjalan walaupun tidak seintensif saat masih bersama dalam satu rumah. Di sini kedewasaan ayah/suami dan ibu/istri, untuk menjaga komunikasi di antara anggota keluarga sangat

---

<sup>41</sup> Pengertian uang paksa (*dwangsom/astreinte*) tidak ditemukan dalam peraturan perundangan, oleh karenanya dipakai pengertian dari doktrin. P.A. Stein mengemukakan bahwa uang paksa adalah sejumlah uang yang ditetapkan dalam putusan, hukuman tersebut diserahkan kepada Penggugat, di dalam hal sepanjang atau sewaktu-waktu si terhukum tidak melaksanakan suatu hukuman. Uang paksa ditetapkan di dalam suatu jumlah uang, baik berupa sejumlah uang paksa sekaligus maupun setiap jangka waktu atau setiap pelanggaran. Dengan demikian sifat *dwangsom* adalah *accessoir*, *subsidaire* dan *pressie middle* (sebagai upaya tekanan agar terhukum mau mematuhi atau melaksanakan hukuman pokok/primair). Lihat dalam Lilik Mulyadi. *Tuntutan uang Paksa (Dwangsom) Dalam Teori Dan Praktik*. Jambatan. Jakarta. 2001. Hlm 15-22.



diperlukan supaya hubungan dan peran masing-masing dalam hal-hal yang berhubungan dengan anak, tidak berkurang.

Sayangnya kenyataan yang terekam data menunjukkan bahwa sedikit kasus perceraian yang berakhir secara baik. Pencantuman hak-hak anak dalam putusan hakim merupakan salah satu upaya supaya terjadi komunikasi antara suami-istri tentang perencanaan nasib anak-anaknya setelah perceraian.

Apabila pihak yang dibebani kewajiban dalam putusan hakim tidak mau melaksanakan putusan tersebut secara sukarela maka dapat dilaksanakan eksekusi putusan. Eksekusi atau pelaksanaan putusan diartikan sebagai tindakan yang dilakukan secara paksa terhadap pihak yang kalah dalam perkara<sup>42</sup> atau pelaksanaan secara resmi suatu putusan pengadilan di bawah pimpinan Ketua Pengadilan Negeri<sup>43</sup>.

Eksekusi dapat dibedakan dalam 2 (dua) macam berdasar sasaran yang hendak dicapai yaitu eksekusi riil dan eksekusi pembayaran sejumlah uang<sup>44</sup>. Eksekusi hak asuh anak dapat dianalogkan dengan eksekusi riil sementara eksekusi hak nafkah anak dapat dianalogkan dengan eksekusi pembayaran sejumlah uang<sup>45</sup>. Konstruksi hukum berupa analog dalam hal ini diperlukan mengingat bahwa dalam HIR/RBg, tidak dijumpai ketentuan khusus mengenai eksekusi hak asuh dan hak nafkah anak ini.

Proses eksekusi hak asuh anak yang terakhir pernah dilaksanakan di PN Surakarta ialah pada tahun 2002, sedangkan eksekusi hak nafkah

---

<sup>42</sup> M. Yahya Harahap. *Ruang Lingkup Permasalahan Eksekusi Bidang Perdata*. Gramedia, Jakarta. 1988. Hlm. 5

<sup>43</sup> Darwan Prinst. *Strategi Menyusun Dan Menangani Gugatan Perdata*. Citra Aditya Bakti, Bandung. 1996. Hlm. 227

<sup>44</sup> M. Yahya Harahap. *Ruang .....Op. Cit.* hlm. 20

<sup>45</sup> Wawancara dengan juru sita Pengadilan Negeri, ayah Maryono dan Ayah Punjul, Tanggal 14 Agustus 2017 di Pengadilan Negeri Surakarta pukul 11.00-13.00

anak belum pernah dilakukan<sup>46</sup>. Pengadilan Agama Surakarta belum pernah melaksanakan eksekusi hak asuh dan hak nafkah anak<sup>47</sup>.

Pada kasus tahun 2012 tersebut, pemohon merupakan ayah dari si anak yang dengan putusan hakim ditetapkan sebagai pemegang kuasa asuh untuk anak. sementara saat itu anak berada bersama (dalam kekuasaan) ibu. Saat peristiwa ini terjadi si anak masih berusia 5 tahun. Berdasar permohonan kemudian kepala pengadilan memerintahkan supaya kedua belah pihak hadir ke pengadilan. Ibu diminta membawa si anak. Kemudian diadakan pertemuan di taman pengadilan. Pemilihan lokasi ini dimaksudkan supaya si anak tidak mempunyai ketakutan secara psikis dan dapat memberi informasi yang diperlukan. Di taman itulah kepala pengadilan menanyakan kepada si anak, dia ingin tinggal bersama siapa. Anak tidak menjawab tetapi dia menggenggam tangan ibunya lebih erat dan ketika ditanya sekali lagi, dia menjawab bahwa dia ingin bersama ibunya, Tanya jawab ini disaksikan oleh ayahnya sebagai pemohon. Akhirnya si pemohon membatalkan permohonan eksekusinya<sup>48</sup>.

Dari facet hukum di atas, Kepala PN sangat bijaksana karena berhasil mengakomodasi dan mendamaikan semua pihak, walaupun juga patut dipertanyakan mengapa mekanisme menanyakan kehendak anak tersebut tidak dilaksanakan sebelumnya saat proses persidangan dan sebelum hakim menjatuhkan putusan yang berkekuatan hukum tetap. Dengan demikian putusan hakim benar-benar akan mencerminkan keadilan (aspek filsafati), kepastian hukum (aspek yuridis), dan kemanfaatan (aspek sosiologis).

Pada perceraian dan semestinya juga putusnya perkawinan karena pembatalan maka juga tidak muncul perwalian. Hal ini didasarkan pada Pasal 28 dan Pasal 50 UU Perkawinan. Pembaruan hukum ini kemudian

---

<sup>46</sup> Wawancara dengan juru sita Pengadilan Negeri, ayah Maryono dan Ayah Punjul, Tanggal 14 Agustus 2017 di Pengadilan Negeri Surakarta pukul 11.00-13.00

<sup>47</sup> Wawancara dengan panitera Pengadilan Agama Surakarta, Ibu Istriyah SH, Tanggal 21 Agustus 2017 di Pengadilan Agama Surakarta pukul 09.00-10.00

<sup>48</sup> Wawancara dengan juru sita PN Surakarta Bpk. Maryono dan Ayah Punjul, Tanggal 14 Agustus 2017 di Pengadilan Negeri Surakarta pukul 11.00-13.00

ditegaskan lagi dalam rumusan rapat hakim Kamar Perdata yang dimuat dalam SEMA No 7 Tahun 2012 tentang Rumusan Hukum Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan. Dengan adanya penegasan ini maka berakibat hukum bahwa ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku bagi orangtua yang memegang maupun tidak memegang kuasa asuh adalah ketentuan-ketentuan tentang kekuasaan orangtua, bukan ketentuan-ketentuan tentang perwalian.

Dalam hal perwalian ini, Hakim Kamar Agama berpedoman pada pengertian perwalian sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 huruf h KHI yang menyebutkan bahwa perwalian adalah untuk anak yang tidak mempunyai kedua orangtua atau orangtua masih hidup namun tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Kekuasaan orangtua berakhir apabila tidak ada orangtua kandung yang masih hidup. Dengan munculnya kondisi ini maka barulah muncul perwalian.

## B. Pembahasan

Mengacu pada teori sistem hukum dari Friedman maka dapat dipilah sub-sub sistem dari sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua.

### 1. Substansi

Ketentuan yang terkait untuk perlindungan hukum anak setelah putusnya perkawinan orangtua dapat ditemui pengaturannya dalam UU Perkawinan, UU Perlindungan Anak dan KUH Perdata. Hal ini berarti pesan (*message*) dan tujuan (*function*) ada pada sistem substansi.

Pada sub sistem substansi, saat sebuah norma diundangkan, maka sebenarnya setiap peraturan memiliki 2 obyek/pesan yaitu substansi dan yurisdiksi. Contoh: hakim bisa mengabulkan perceraian atas pengajuan pihak yang dirugikan setelah membuktikan adanya alasan perceraian. Alasan perceraian merupakan substansi. Substansi sebuah peraturan adalah

pesan bagi publik umum atau unsur tertentu dari publik. Bagian yurisdiksional dari peraturan adalah pesan bagi unsur tertentu dari kalangan petugas, yang termasuk dalam struktur hukum<sup>49</sup>.

Pendapat senada disampaikan oleh Dublislav. Ia menyatakan bahwa tidak terdapat *imperative* tanpa *imperator*, bahwa yang satu tanpa yang lain adalah suatu *absurditas*<sup>50</sup>.

Mengacu pada pendapat John Austin bahwa hukum adalah perintah, maka perdebatan para realis adalah siapa yang harus melaksanakan perintah tersebut (*who is doing the commanding*). Adalah aneh jika *commands without commanders*, seperti *spinning bullets fired from no gun*<sup>51</sup>.

Mengikuti pendapat Friedman, Dublislav, dan para realis di atas maka ketentuan-ketentuan dalam UUD 1945 Pasal 28 B ayat (2) jis Pasal 28, 41 dan 45 UU Perkawinan mengenai tetap berkewajibannya orangtua terhadap anak untuk memelihara dan mendidik anak walaupun perkawinan kedua orangtua putus, belum didukung oleh kejelasan substansi dan ketersediaan struktur. Khusus dalam hal substansi maka masalah umum pada faktor hukumnya sendiri yang mengakibatkan ketidakoptimalan suatu peraturan, antara lain menurut Setiono<sup>52</sup>, (1) Apakah peraturan tersebut cukup sinkron, artinya apakah secara hierarkhis dan secara horisontal, tidak ada pertentangan? (2) Apakah peraturan tertentu telah mengikuti asas-asas berlakunya undang-undang? (3) Apakah peraturan pelaksana untuk menerapkan undang-undang tersebut sudah memadai?, dan (4) Apakah peraturan tersebut mengandung kata yang mengakibatkan kesimpangsiuran dalam penafsiran dan pelaksanaannya?

Penerapan pendapat Setiono di atas, dapat dilihat di bawah ini:

---

<sup>49</sup> Lawrence M Friedman, sistem hukum. Op cit. Hlm 37.

<sup>50</sup> Hans Kelsen. *Hukum dan Logika*. Terjemahan B. Arief Sidharta. Alumni. Bandung. 2013. Hlm. 48

<sup>51</sup> Antony Allot. *The Limits Of Law*. Butterworths. London. 1980. Hlm. 16.

<sup>52</sup> Setiono. *Penegakan Hukum Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Perdata Indonesia*. Pidato Pengukuhan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret. 15 November 2001. Sebelas Maret University Press. Surakarta. 2001. Hlm. 6

- a. Apakah peraturan tersebut cukup sinkron, artinya apakah secara hierarkhis dan secara horisontal, tidak ada pertentangan?

Secara horisontal maka ditemukan beberapa pertentangan antara perundang-undangan yaitu antara lain adanya perbedaan pengertian keluarga, anak, batas usia dewasa, beragamnya hak-hak anak, dan perbedaan batas usia anak yang mempunyai hak untuk memilih pemegang kuasa asuhnya.

Perbedaan pengertian keluarga dalam beberapa peraturan, menimbulkan kebingungan dalam penerapan hukum khususnya Pasal 26 UU Perlindungan Anak. Hal ini dapat dilihat dalam tabel berikut:

Tabel 16. Perbandingan Pengertian Keluarga Dalam Beberapa Undang-Undang

NO	NAMA UNDANG-UNDANG	PENGERTIAN KELUARGA
1	2	3
1	Pasal 1 angka 4 UU Kesejahteraan Anak	Keluarga adalah kesatuan masyarakat terkecil yang terdiri dari ayah dan atau ibu dan anak.
2	Ps 1 angka 3 UU Perlindungan Anak	Keluarga adalah unit terkecil dalam masyarakat yang terdiri dari suami istri, atau suami istri dan anaknya, atau ayah dan anaknya, atau ibu dan anaknya, atau keluarga sedarah dalam garis lurus ke atas atau ke bawah sampai dengan derajat ketiga.
3	Pasal 2 UU PKDRT	Lingkup rumah tangga dalam Undang-Undang ini meliputi : a. suami, isteri, dan anak; b. orang-orang yang mempunyai hubungan keluarga dengan orang sebagaimana dimaksud pada huruf a karena hubungan darah, perkawinan, persusuan, pengasuhan, dan perwalian, yang menetap dalam rumah tangga; dan/atau c. orang yang bekerja membantu rumah tangga dan menetap dalam rumah tangga tersebut
4	Pasal 1 butir 6 UU Perkembangan Kependudukan dan Pembangunan Keluarga	Keluarga adalah unit terkecil dalam masyarakat yang terdiri dari suami istri, atau suami, istri dan anaknya, atau ayah dan anaknya, atau ibu dan anaknya
5	Pasal 1 angka 16 UU Sistem Peradilan Pidana Anak	Keluarga adalah orang tua yang terdiri atas ayah, ibu, dan/atau anggota keluarga lain yang dipercaya oleh Anak.

Perbedaan pengertian anak terkait dengan perbedaan pengaturan batas usia kedewasaan dalam beberapa peraturan, menimbulkan ketidakpastian dalam penerapan hukum. Hal ini dapat dilihat kembali pada Tabel 1 Bab II Tinjauan Pustaka dan Landasan Teori .



Paulus Hadi Suprpto menyatakan bahwa dari cuplikan pasal-pasal ketentuan perundang-undangan yang menyangkut anak yang hingga kini masih berlaku itu (karena belum ada pencabutan atau pernyataan tidak berlaku lagi) tampak bahwa penetapan batas usia seorang anak bervariasi, cenderung mengarah pada *dualism* pengaturan. Kondisi demikian sudah barang tentu akan menyulitkan dalam proses penegakan hukumnya<sup>53</sup>.

Banyaknya peraturan yang memuat tentang hak-hak anak menimbulkan kelemahan yaitu terjadinya tumpang tindih/*overlapping* dan tidak sistematis penataannya secara hierarkhis. Hal ini menyebabkan pemenuhan hak-hak anak juga terkendala karena dengan tidak adanya penjenjangan maka pemenuhan hak-hak anak menjadi tidak terarah dan sulit menentukan mana yang harus dipenuhi lebih dahulu. Hal ini dapat dilihat pada sub Bab II Tinjauan Pustaka dan Landasan Teori.

Batas usia anak yang ditentukan pemegang kuasa asuhnya berbeda antara PA dan PN. Untuk PA, ketentuan tentang hal ini secara eksplisit diatur dalam Pasal 105 KHI yaitu hak pemeliharaan untuk anak yang belum *mumayiz*, atau anak yang belum berumur 12 tahun dipegang oleh ibunya. Kebiasaan yang sama dianut juga di PN hanya ketentuan umur kapan seorang anak boleh memilih untuk tinggal bersama (ayah atau ibu), belum ada keseragaman, apakah berumur 5 tahun, 8 tahun, 10 tahun atau umur yang lain. Ketentuan bahwa setelah anak *mumayiz* kemudian boleh memilih untuk tinggal bersama siapa, dimaknai bahwa dalam putusan perceraian, tidak perlu memuat hak asuh untuk anak tersebut.

Sementara sinkronisasi vertikal, antara UUD 1945 Pasal 28 B ayat (2) dan UU, sudah sesuai. Antara UU Perkawinan dengan PP Nomor 9 tahun 1975, sudah sesuai. Antara UU Perkawinan dengan KHI, ada

---

<sup>53</sup> Paulus Hadisuprpto. Stigmatisasi: Faktor Korelasional Kriminogen Perilaku Delinkuensi Anak (Pemahaman Proses Penyelenggaraan Peradilan Pidana Anak dan Perilaku Delinkuensi Anak). *Makalah*. Semiloka Bagian Hukum Pidana. "Konsep dan Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia". Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Surabaya. 2003. Hlm 5

beberapa pengaturan dalam KHI yang berbeda dengan UU Perkawinan yaitu Pasal 98 dan Pasal 107 tentang batas anak yang ditetapkan adalah berumur 21 tahun sepanjang belum menikah, sementara UU Perkawinan menetapkan umur 18. Ada juga beberapa pengaturan di KHI yang bersifat melengkapi seperti ketentuan Pasal 104 yang berisi mengenai kewajiban penyusuan dan penyapihan.

Pada pengadilan negeri, tidak ada ketentuan yang membolehkan atau melarang penggabungan gugatan antara putusan perceraian, hak asuh dan hak nafkah anak. Hal ini berbeda dengan yang terjadi di Pengadilan Agama. Pada Pengadilan Agama, Pasal 66 dan 86 UU Pengadilan Agama membolehkan penggabungan gugatan dalam kasus perceraian, namun ada Surat Edaran Ketua Muda Badilag Nomor 17/TUADA-AG/IX/2009 yang menyarankan sebaiknya perkara perceraian tidak dikumulasikan dengan gugatan hadhonah, gugatan hak nafkah anak dan gugatan harta bersama.

Kondisi di atas didukung dengan adanya beberapa yurisprudensi terkait, yaitu:

- 1) Yurisprudensi MARI No. 913K/SIP/1982 tanggal 21 Mei 1983 yang menyebutkan: "Gugatan mengenai perceraian tidak dapat digabungkan dengan gugatan mengenai harta benda perkawinan";
- 2) Yurisprudensi MARI No. 2205K/Pdt/1981 tanggal 30 Juni 1984 yang menyebutkan: "Tidak dibenarkan menggabungkan gugatan perceraian dengan pembagian harta bersama";
- 3) Yurisprudensi MARI No. 1020K/Pdt/1986 tanggal 29 September 1987 yang menyebutkan: "Pembagian harta bersama tidak dapat diajukan bersama-sama dengan gugatan perceraian";

Yurisprudensi di atas dikuatkan dengan Rumusan Mahkamah Agung dari Kamar Agama pada Rakernas di Makassar tahun 2007 untuk mencari solusi atas berlarut-larutnya penyelesaian perkara perceraian yang digabungkan dengan harta bersama. Pada huruf A angka 2 menyatakan:

“Untuk menghindari berlarut-larutnya proses penyelesaian perkara perceraian, agar perkara perceraian tidak selalu digabungkan dengan harta bersama sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 86 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 yang telah diubah dan ditambah dengan Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama. Pada harta bersama tersebut dapat diletakkan sita”.

Berdasarkan yurisprudensi di atas kemudian ditafsirkan bahwa dalam gugatan perceraian tidak boleh digabung dengan gugatan yang lain yaitu pembagian harta bersama termasuk permohonan hak asuh anak, dan hak nafkah/biaya hidup anak. Hal ini berlaku baik di PN maupun di PA.

Putusan-putusan hakim PA mengikuti surat edaran dari tuada badilag maupun yurisprudensi. Walaupun surat edaran tidak dikenal dalam tata urutan perundang-undangan menurut Pasal 7 dan 8 Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan namun surat edaran tersebut mempunyai daya ikat sangat kuat secara internal sehingga hakim-hakim selalu mengikuti surat edaran dari Mahkamah Agung atau dari Badilag/Badilum.

b. Apakah peraturan tertentu telah mengikuti asas-asas berlakunya undang-undang?

Terkait apakah peraturan sudah memenuhi asas berlakunya undang-undang, Lon Fuller menyatakan bahwa ada 8 (delapan) indikator yang dapat dipakai untuk menguji apakah suatu perundang-undangan itu baik atau belum. Delapan asas yang dipakai dalam teori ini adalah sebagai berikut<sup>54</sup>: (1) *Generality*, suatu sistem hukum harus mengandung peraturan-peraturan dalam arti tidak boleh mengandung sekedar keputusan-keputusan yang bersifat *ad hoc*, (2) *Promulgation*, peraturan-peraturan yang telah dibuat itu, harus diumumkan, (3) *Prospectivity*, tidak boleh ada peraturan yang berlaku surut, oleh karena apabila yang demikian itu tidak ditolak, maka peraturan itu tidak bisa dipakai untuk

---

<sup>54</sup> Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2014. Hlm 51. Gunawan Widjaja. Lon Fuller dan Pembuatan Undang-Undang dan Penafsiran Hukum. *Jurnal Law Review*. Vol. VI No. 1 Juli 2006. Hlm 21.

menjadi pedoman tingkah laku. Membolehkan pengaturan secara berlaku surut berarti merusak integritas peraturan yang ditujukan untuk berlaku bagi waktu yang akan datang, (4) *Clarity*, peraturan-peraturan harus disusun dalam rumusan yang bisa dimengerti, (5) *Consistency or avoiding contradiction*, suatu sistem tidak boleh mengandung peraturan-peraturan yang bertentangan satu sama lain, (6) *Possibility of obedience*, peraturan-peraturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan, (7) *Constancy through time or avoidance of frequent change*, tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah peraturan sehingga menyebabkan seorang akan kehilangan orientasi, (8) *Congruence between official action and declared rules*, harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari.

Pembahasan terkait prinsip 1: peraturan tentang kewajiban orangtua terhadap anak secara umum dapat ditemukan dalam Konvensi Hak Anak, UU Kesejahteraan Anak, UU HAM, dan UU Perlindungan Anak, sementara secara khusus mengenai kewajiban orangtua terhadap anak setelah putusnya perkawinan, ditetapkan dalam UU Perkawinan. Penulisan peraturan dalam bentuk undang-undang ini berlaku umum, mengikat semua warganegara (mengingat di Indonesia sudah tidak berlaku penggolongan penduduk) dan bukan sekedar suatu keputusan yang bersifat *ad hoc*. Prinsip 2, peraturan-peraturan tersebut mengambil bentuk sebagai undang-undang berarti peraturan tersebut telah diumumkan dalam lembaran negara. Prinsip 3, berlakunya peraturan-peraturan tersebut adalah pada tanggal diundangkan atau pada tanggal tertentu setelah diundangkan. Hal ini berarti peraturan tersebut tidak berlaku surut. Prinsip 4, ketentuan mengenai kewajiban orangtua setelah kematian telah ditulis dalam bahasa yang sangat sederhana sehingga mestinya dapat dipahami oleh semua warga negara Indonesia. Prinsip 5, mengenai hal ini dapat dilihat pada sub di atas. Prinsip 6, kewajiban orangtua terhadap anak menyangkut hak asuh dan hak nafkah setelah

kematian salah satu atau kedua orangtua maupun setelah perceraian atau pembatalan perkawinan, harus dilakukan, tidak dapat ditawar karena sudah merupakan perintah undang-undang. Hanya saja dalam pelaksanaannya, tentunya fleksibel sesuai dengan situasi dan kondisi yang dihadapi namun tidak boleh bahwa kondisi yang dihadapi dijadikan alasan untuk mengabaikan atau menghindari kewajiban tersebut. Prinsip 7, kewajiban orangtua memelihara dan mendidik anak yang berada dalam UU Perkawinan 1974, dapat dicari asal usulnya dalam semua sistem hukum yang pernah berlaku di Indonesia, baik sistem hukum barat, sistem hukum adat, maupun sistem hukum agama, khususnya agama Islam yang merupakan agama yang dianut oleh sebagian besar rakyat Indonesia. Dengan demikian meminjam istilah Khudzaifah Dimiyati, ketentuan-ketentuan tersebut tidaklah bersifat *a historis*. Prinsip 8, berdasar pemaparan pada latar belakang maka sebenarnya peraturan tentang kewajiban orangtua memelihara dan mendidik anak sudah sesuai dengan pelaksanaannya dalam kehidupan sehari-hari masyarakat Indonesia, namun dengan semakin tingginya angka kematian usia produktif, semakin tingginya angka perceraian atau pembatalan perkawinan maka semakin banyak terjadi kasus pengabaian/penelantaran anak atau harta anak yang sudah menjadi yatim/piatu/yatim piatu. Untuk meminimalkan kasus-kasus tersebut maka sepatutnyalah peraturan yang ada lebih ditegakkan.

Dengan mencermati pemaparan di atas, maka prinsip-prinsip yang perlu diperhatikan adalah prinsip nomor 5, 6, dan 8. Oleh karena itu diperlukan sistem perlindungan anak setelah putusnya perkawinan orangtua yang utuh, mudah dipahami, dan aplikatif..

- c. Apakah peraturan pelaksana untuk menerapkan undang-undang tersebut sudah memadai?

Untuk menilai kelayakan peraturan organik dari suatu undang-undang maka menggunakan teori Friedman dan Dublislav bahwa suatu peraturan mengandung pesan substansi dan yurisdiksi dan suatu



*imperative* harus ada *imperator*. Berdasar hierarkhi Hans Kelsen maka ketentuan yang ada dalam UUD 1945 Pasal 28 B ayat (2) dilaksanakan oleh ketentuan dalam UU Perkawinan, UU Kesejahteraan Anak, UU Perlindungan Anak sebagaimana telah diubah terakhir kali dengan UU Nomor 17 Tahun 2016, dan KHI. Dari berbagai peraturan perundangan tersebut nyatalah bahwa substansi peraturan organik belum lengkap dan yurisdiksi dari pesan yang terkandung dalam sub sistem substansi yang sudah ada ternyata belum ada implementasinya.

Bukti paling nyata dari hal ini adalah adanya fenomena putusan hakim tentang perceraian atau pembatalan perkawinan yang tidak memuat hak-hak anak.

Selain hal di atas ada beberapa hal yang sangat perlu untuk mendapat perhatian terkait putusnya perkawinan orangtua baik karena kematian maupun karena perceraian/pembatalan perkawinan, yaitu persyaratan pemegang kuasa asuh, indikator besaran hak nafkah anak, kesulitan dalam mengeksekusi hak asuh dan hak nafkah anak,

Selama ini terutama bagi anak yang belum *mumayiz* atau masih balita, kuasa asuh otomatis dipegang oleh ibu atau orangtua perempuan. Namun dalam kasus-kasus tertentu, hakim memberikan kuasa asuh pada ayah atau orangtua laki-laki. Sebenarnya belum tentu di antara orangtua, ada yang pantas untuk memegang kuasa asuh. Dalam kondisi tertentu yaitu tidak ada orangtua yang cakap untuk memegang kuasa asuh, sebenarnya dimungkinkan pemberian kuasa asuh kepada keluarga terdekat. Hal inilah yang sebenarnya menjadi suatu alasan utama, sebab mengapa pihak keluarga harus dihadirkan pada suatu sidang perceraian atau pembatalan perkawinan, selain alasan untuk persiapan pelaksanaan Pasal 26 ayat (2) UU Perlindungan Anak jo Pasal 156 KHI.

Pada Pasal 156 KHI, sudah ada urutan/tingkatan siapa yang berhak untuk menjadi pemegang kuasa asuh jika ibu meninggal. Urutan pemegang kuasa asuh menurut KHI adalah (1) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; (2) ayah; (3) wanita-wanita dalam garis lurus ke

atas dari ayah; (4) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; (5) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

Di Pengadilan Negeri, urutan sebagaimana di atas, tidak dikenal. Walaupun dalam KHI sudah ada urutan pemegang kuasa asuh namun tetap diperlukan pedoman bagi hakim yang berisi indikator/syarat-syarat pemegang kuasa asuh karena dalam urutan tersebut, juga belum tentu memenuhi syarat untuk memegang kuasa asuh.

Pembahasan terkait indikator besaran nafkah anak maka satu-satunya peraturan saat ini yang bisa menjadi pedoman dalam penentuan hak nafkah anak adalah Pasal 8 PP Nomor 10 Tahun 1983 yang menyatakan bahwa bagi PNS jika terjadi perceraian maka 1/3 (sepertiga) gaji untuk anak/anak-anak. Namun untuk orangtua laki-laki yang bukan PNS maka hakim belum mempunyai indikator pasti, biasanya hanya didasarkan pada indikator kemampuan si ayah untuk memberi nafkah.

Adanya pemahaman bahwa penetapan hak asuh merupakan putusan hakim yang bersifat *deklaratif* sehingga tidak dapat dieksekusi (*non eksekutabel*). Oleh karenanya masih diperlukan putusan yang berupa *condemnatoir* yaitu dalam bentuk putusan yang memerintahkan penyerahan anak ke penguasaan pemegang kuasa asuh. Sementara untuk eksekusi hak nafkah, terbentur pada kemampuan keuangan sang ayah atau berbenturan dengan kompetensi absolut PN atau PA jika ingin melaksanakan PP No 10 tahun 1983 jo PP No 45 Tahun 1991.

Benturan kompetensi absolut di atas terjadi karena hakim PN dan hakim PA tidak dapat memberikan putusan terkait pemotongan gaji atas penghasilan ayah untuk membayar hak nafkah anak. Hal pemotongan gaji termasuk kompetensi absolut PTUN. Ini sebagaimana terjadi pada putusan nomor 107/Pdt.G/2011/PN.Ska. Putusan PN Ska tersebut didasarkan pada Putusan MARI nomor 11 K/AG/2001 Tanggal 10 Juli 2003.

Dalam Putusan MARI yang menjadi yurisprudensi tersebut dapat ditarik abstrak hukum bahwa pemberian  $\frac{1}{2}$  (setengah) bagian dari gaji

Tergugat kepada Penggugat sebagaimana diatur dalam Pasal 8 Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun yang telah dirubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan Dan Perceraian Bagi Pegawai Negeri Sipil, bukan merupakan hukum acara Peradilan Agama, karena pemberian  $\frac{1}{2}$  (setengah) gaji Tergugat kepada Penggugat merupakan Keputusan Pejabat Tata Usaha Negara.

Terkait kendala benturan kompetensi absolut antara PN dan PA dengan PTUN, menjadikan jalan semakin panjang bagi istri dan anak untuk dapat menuntut hak nafkah pada ayahnya. Hal ini dapat diidentifikasi sebagai kendala dalam sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua.

- d. Apakah peraturan tersebut mengandung kata yang mengakibatkan kesimpangsiuran dalam penafsiran dan pelaksanaannya?

Peraturan-peraturan terkait kelangsungan hidup anak setelah kematian salah satu orangtua masih mengandung kata yang mengakibatkan kesimpangsiuran dalam penafsiran dan pelaksanaannya. Hal ini dapat dilihat dalam ketentuan tentang perwalian. Ketentuan yang ada seharusnya bahwa belum timbul perwalian jika masih ada orangtua yang masih hidup namun praktek di hukum yurisprudensi masih menerapkan ketentuan dalam KUH Perdata.

Hal yang sama juga ditemui dalam hal perwalian setelah kematian kedua orangtua. Pelaksanaan Pasal 26, Pasal 55, 57 dan Pasal 58 UU Perlindungan Anak, masih menyisakan banyak pertanyaan.

Kemudian juga ada pasal yang sulit untuk dilaksanakan. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 104 KHI. Dalam pasal tersebut ditetapkan bahwa yang harus memberi nafkah anak setelah ayah meninggal adalah orang yang wajib memberikan nafkah kepada ayah atau walinya. Pasal ini ditafsirkan, bahwa yang wajib memberi nafkah pada ayah adalah ayahnya ayah berarti kakek si anak. Dalam kenyataan, banyak kakek yang telah meninggal saat ayah meninggal. Tentunya kewajiban

selanjutnya jatuh pada wali, tapi menurut UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak, wali merupakan orang yang bukan orangtua dan harus ditetapkan dengan putusan hakim atau dengan wasiat dengan kewajiban memenuhi hak-hak anak dan memberi laporan setiap tahun dan saat berakhirnya perwalian. Hal ini yang belum pernah dijumpai.

Apabila mencermati substansi yang sudah diatur maka sebenarnya hak-hak anak yang diatur dalam Pasal 28 dan Pasal 45 UU Perkawinan, UU Kesejahteraan Anak, UU Perlindungan Anak, KHI sampai dengan Permen PP dan PA, merupakan konsep *joint/sharing custody* atau pengasuhan bersama antara kedua orangtua dalam satu ikatan perkawinan. Hanya saja pengasuhan bersama dalam UU Perkawinan maupun KHI adalah pengasuhan bersama dengan pembagian beban kewajiban. Hal ini berbeda dengan konsep pengasuhan bersama dalam KUH Perdata yang merupakan konsep pengasuhan bersama tanpa pembagian beban kewajiban, sehingga hak asuh dan hak nafkah anak juga merupakan kewajiban bersama, sama rata.

Kenyataan yang terjadi, konsep dalam UU Perkawinan dan KHI di atas sulit diimplementasikan di masyarakat dalam kasus perceraian/pembatalan perkawinan. Realitas yang terjadi, anak lebih banyak bersama dengan ibunya sehingga otomatis semua kewajiban orangtua yang merupakan hak-hak anak menjadi kewajiban dari ibunya.

Demikian juga saat perkawinan kedua orangtua putus karena kematian, tugas memelihara dan mendidik, semua menjadi beban orangtua yang masih hidup, dalam arti tidak ada pembagian beban kewajiban lagi. Terkait dengan kenyataan bahwa kematian di usia produktif lebih banyak dialami oleh orangtua yang berjenis kelamin laki-laki maka semua beban akan jatuh pada pihak ibu sebagai orangtua yang masih hidup. Keadaan ini menurut lembaga Perempuan Kepala Keluarga (Pekka) menyebabkan kemiskinan pada keluarga yang dikepalai

perempuan<sup>55</sup>. Kemiskinan ini merupakan kendala terbesar untuk pemenuhan hak-hak anak. sebagaimana dilansir dalam laporan UNICEF bahwa di Indonesia, kemiskinan anak lebih banyak terjadi daripada kemiskinan orang dewasa<sup>56</sup>.

Putusnya perkawinan karena kematian, maka anak menjadi berkeluarga dengan orangtua yang masih hidup. Apabila kedua orangtua meninggal maka perlu diputuskan siapa walinya, sehingga anak masuk menjadi anggota keluarga tertentu di antara saudara-saudara orangtuanya. Selama ini, hal ini diserahkan pada keluarga tanpa kehadiran negara. Sementara dengan berubahnya model kehidupan keluarga di Indonesia dari berfokus pada keluarga besar menjadi berfokus pada keluarga inti, menyebabkan Pasal 26 ayat (2) UUPA-P, harus diawasi juga pelaksanaannya.

Untuk pasal-pasal dalam perlindungan anak setelah perceraian/pembatalan perkawinan, belum ditemukan yang bersifat multitafsir, namun ada ketentuan organik yang belum ada, yaitu tidak adanya lembaga yang mengawasi pelaksanaan hak-hak anak korban perceraian/pembatalan perkawinan secara periodik dan tidak adanya sistem administrasi yang mendukung pemenuhan hak-hak anak.

Orangtua merupakan penanggungjawab utama atas pelaksanaan hak-hak anaknya, namun saat ikatan antara orangtua sudah tidak ada/renggang maka ini akan berpengaruh besar pada pelaksanaan kewajibannya itu. Oleh karenanya diperlukan kehadiran Negara untuk menjamin keberlanjutan pelaksanaan hak-hak anak korban perceraian. Dalam UU Nomor 35 tahun 2014, telah ditunjuk KPAI untuk mengawasi pelaksanaan pemenuhan hak anak-anak, namun keberadaan KPAI yang ada di Jakarta dan Komisi Perlindungan Anak Indonesia Daerah (KPAID), berpotensi kurang dapat melaksanakan wewenang tersebut. Keberadaan KPAID sendiri juga sangat tergantung dari *political will*

---

<sup>55</sup> Pekka. 2015. Laporan Tahunan Pekka

<sup>56</sup> Unicef. 2012. Laporan tahunan Unicef



masing-masing daerah dan sifat hubungan koordinatif antara KPAI dan KPAID, turut menghambat tugas dan fungsi KPAI sebagaimana ditetapkan dalam UU tersebut.

Sementara wewenang pengawasan tersebut, juga perlu ditambahi kewenangan untuk melaksanakan penegakan hak-hak anak antara lain kewenangan menuntut tunjangan nafkah, kewenangan mengelola hak nafkah dalam kasus-kasus dimana pemberi nafkah tidak mempercayai si pemegang kuasa asuh. Dalam hal ini KPAI dan atau KPAID diberi kedudukan sebagai *legal standi* sehingga dapat berdiri sebagai pihak khususnya penggugat dalam kasus-kasus seperti itu.

Tidak ada database anak-anak yang orangtuanya meninggal atau anak-anak korban perceraian/pembatalan, atau database status perkawinan seseorang maka akibatnya tidak terdeteksi seseorang itu sudah menikah berapa kali dan cerai berapa kali dan berapa anak-anak yang ada dari perkawinan terdahulu. Hal ini membuat pengawasan pelaksanaan hak-hak anak semakin tidak optimal.

Dari paparan di atas maka tampak bahwa peraturan yang merupakan isi pesan (*message*) yang ada selama ini belum memberikan perlindungan yang cukup untuk anak-anak. Ketentuan-ketentuan bagi orangtua yang masih hidup dalam kaitannya dengan pemenuhan hak anak setelah salah satu orangtua meninggal, ketentuan-ketentuan bagi anggota keluarga besar/ masyarakat setelah ada anak yang kedua orangtuanya meninggal dunia, ketentuan selanjutnya dari kewajiban orangtua yang bercerai/membatalkan perkawinannya, dan bagaimana kehadiran negara setelah salah satu orangtua meninggal, belum jelas. Terlebih lagi ketentuan-ketentuan bagi anggota keluarga besar/masyarakat setelah ada anak yang kedua orangtuanya meninggal dunia, juga belum jelas.

## 2. Struktur Hukum

Dari pemaparan di atas, yang dapat diidentifikasi sebagai struktur yang sudah ada dalam sistem perlindungan hukum untuk anak setelah kematian orangtua adalah Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil, notaris, Balai Harta Peninggalan, KPAI/KPAD, dan atau Pengadilan serta panti asuhan baik yang dikelola swasta maupun negara. Instansi-instansi tersebut merupakan *emitter* sekaligus *resipient* antara<sup>57</sup>.

Masing-masing kelembagaan sebenarnya sudah mempunyai tugas dan fungsi yang jelas, namun di antara kelembagaan tersebut, peran yang dijalankan masih bersifat internal/lokal dan belum terhubung antara satu dengan yang lain. Dapat dinyatakan bahwa belum ada metode komunikasi (*code*) di antara instansi, belum ada yang menjalankan peran sebagai *emitter* maupun *resipient* antara dalam satu kesatuan sistem perlindungan hukum untuk anak, sehingga belum dapat disimpulkan bagaimana *message* diterima atau bagaimana *receiving apparatus* dan *noise interference* yang terjadi.

Kelembagaan dalam sistem perlindungan hukum untuk anak setelah perceraian/pembatalan perkawinan, dapat diidentifikasi dimulai dari pengadilan agama/negeri, advokat, dan dinas kependudukan dan pencatatan sipil (disdukcapil), kemudian dinsos dan KPAI/KPAD. Temuan sama pada perlindungan hukum untuk anak setelah kematian orangtua terkait kelembagaan juga ditemukan di sini, yaitu belum adanya kesamaan misi dalam rangka perlindungan anak terlihat dengan jelas pada masing-masing institusi.

Advokat dan pengadilan, terdeteksi tidak mengawal Pasal 28 atau 41 UUP. Pengadilan tidak meneruskan putusan perceraian/pembatalan perkawinan ke disdukcapil, walau sudah diamanahi dalam peraturan perundang-undangan. Disdukcapil sendiri tidak mempunyai mekanisme yang jelas apabila mendapat pelaporan dari pengadilan.

---

<sup>57</sup> Peneliti menganalogkan dengan ilmu konsumen, dimana dikenal adanya konsumen antara dan antara akhir. Pada disertasi ini dengan menggunakan teori Allot maka instansi-instansi tersebut merupakan *resipient antara* sementara para pihak atau masyarakat merupakan *resipient akhir*.

Apabila dicermati maka dinas-dinas dalam pemerintah daerah adalah organ negara yang berfungsi untuk memberikan pelayanan publik<sup>58</sup> bagi masyarakat maka dapat ditengarai bahwa pelayanan publik yang diberikan kepada anak dalam hal ini adalah belum optimal. Menurut Husni Thamrin, kurang memadainya pelayanan publik, tidak hanya membatasi ruang gerak dan prakarsa pemerintah (daerah) dalam rangka mengoptimalkan penyelenggaraan otonomi daerah, akan tetapi sekaligus membatasi hak-hak warga masyarakat yang bersifat fundamental, yakni hak-hak untuk mendapatkan pelayanan yang baik dari pemerintah<sup>59</sup>.

Pelayanan publik yang belum optimal menimbulkan beberapa dampak. Dalam ranah hukum, menyebabkan terciptanya ketidakpastian hukum dan ketidakpercayaan masyarakat terhadap penegak hukum yang ada di daerah<sup>60</sup>.

Hal inilah yang terjadi pada anak-anak yang mengalami kematian orangtua, terutama untuk yang kedua orangtuanya meninggal. Apabila terjadi pelaporan kematian orangtua yang meninggalkan anak di bawah umur kedewasaan maka seharusnya disdukcapil mengeluarkan kartu keluarga yang baru untuk jaminan kepastian hukum dan meneruskan data ini ke dinas sosial untuk ditindaklanjuti yaitu pengawasan terhadap pemenuhan hak-haknya.

Apabila anak mendapat harta dari orangtua yang meninggal maka dinas sosial meneruskan ke BHP untuk mendapat pengawasan atau diawasi

---

<sup>58</sup> Pengertian pelayanan publik menurut Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2009 tentang Pelayanan Publik dirumuskan bahwa pelayanan publik adalah kegiatan atau rangkaian kegiatan dalam rangka pemenuhan kebutuhan dasar sesuai dengan hak-hak sipil setiap warga Negara dan penduduk atas suatu barang, jasa dan atau pelayanan administrasi yang disediakan oleh penyelenggaraan pelayanan publik. Jenis-jenis pelayanan publik menurut Pasal 7 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007, adalah pelayanan publik yang berkaitan dengan persoalan kependudukan, ketertiban dan keamanan, perijinan, kesejahteraan, pengawasan kegiatan masyarakat, pengembangan perekonomian, pembinaan politik, sosial budaya, pelayanan yang bersifat tugas pembantuan dan pelayanan administrasi surat menyurat bagi kepentingan warga masyarakat. Sementara menurut Pasal 10 ayat (3) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, yang menjadi urusan pusat ada 5 (lima) yaitu politik luar negeri, pertahanan keamanan, yustisi, moneter dan fiskal nasional, serta agama.

<sup>59</sup> Husni Thamrin. 2013. *Hukum Pelayanan Publik di Indonesia*. Cetakan kedua. Yogyakarta. Aswaja Pressindo. Hlm. 6

<sup>60</sup> Ibid. hlm 8

sendiri. Apabila anak tidak mendapat harta dan orangtua yang masih hidup tidak dapat memenuhi hak-hak anak maka perlu mediasi dengan pihak keluarga untuk menentukan siapa penanggungjawab hak asuh dan hak nafkah anak selanjutnya terutama jika yang meninggal adalah kedua orangtua.

Proses pada perlindungan hukum setelah perceraian/pembatalan perkawinan yaitu setelah disdukcapil mendapat data dari pengadilan, hendaknya diteruskan ke dinas sosial untuk diawasi pemenuhan hak-haknya. Apabila pemenuhan hak-hak anak dapat dilakukan oleh kedua orangtua maka kekuasaan orangtua tetap pada orangtua si anak, namun apabila hak-hak anak terabaikan maka kekuasaan orangtua dapat dicabut dengan pengajuan dari dinas sosial/KPAI/KPAD. Bagi anak yang orangtuanya dicabut kekuasaannya maka dapat dititipkan ke panti asuhan sampai orangtua mempunyai kemauan dan kemampuan untuk mendidik dan memelihara anaknya kembali.

Apabila anak ternyata terlantar dalam arti tidak ada keluarga yang dapat memenuhi hak-hak anak maka anak dapat diserahkan keluarga/masyarakat ke panti asuhan melalui dinas sosial untuk dididik dan dipelihara. Setelah anak mencapai umur kedewasaan maka dinas sosial dapat menyerahkan kembali kepada keluarga anak tersebut.

Apabila terjadi sengketa terkait hak asuh, hak nafkah anak, atau harta anak maka dinas sosial/KPAI/KPAD dapat mengajukan ke pengadilan agama atau pengadilan negeri.

Seluruh proses di atas seharusnya terjadi secara otomatis dan berurutan. Proses membentuk siklus sehingga anak kelak akan tetap kembali kepada keluarga asalnya.

Dari penjabaran di atas maka pendataan status kependudukan adalah tetap tanggungjawab pemerintah namun pihak yang bertanggungjawab untuk melaksanakan dan mengawasi pemenuhan hak-hak anak adalah tanggungjawab semua pihak. Hal ini senada dengan yang dinyatakan oleh Eugene Verhellen. Verhellen menuliskan *While formally reporting is an*

*obligation on the authorities, implementation and monitoring are the responsibility of everyone*<sup>61</sup>.

### 3. Budaya hukum

Podgorecki menggunakan istilah subbudaya hukum untuk menunjukkan relevansi antara hukum dan kebudayaan. Istilah tersebut digunakan sejak tahun 1966 sebagai suatu variabel bebas pada berfungsinya hukum secara aktual bersama dengan variabel-variabel lainnya, yakni sistem sosial, ekonomi, dan kepribadian<sup>62</sup>. Dalam perkembangan lebih lanjut, dari studi hukum dan kebudayaan lahir konsep budaya hukum. Istilah budaya hukum (*legal culture*) untuk pertama kali diperkenalkan oleh Lawrence M Friedman pada tahun 1970-an untuk menjelaskan bekerjanya sistem hukum di masyarakat<sup>63</sup>.

Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa budaya hukum adalah keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya yang logis dalam kerangka budaya milik masyarakat umum, yang tidak sekedar himpunan fragmen-fragmen tingkah laku dan pemikiran saling terlepas akan tetapi diartikan sebagai keseluruhan nilai sosial yang berhubungan dengan hukum berikut sikap yang mempengaruhi hukum<sup>64</sup>.

Friedman melihat bahwa hukum tidak layak hanya dibicarakan dari segi struktur dan substansinya, tetapi juga dari segi unsur tuntutan-tuntutan (*demands*) yang berasal dari kepentingan-kepentingan (*interests*) individu dan kelompok masyarakat ketika berhadapan dengan institusi hukum. Ia membedakan budaya hukum menjadi 2 (dua) yaitu budaya hukum internal dan budaya hukum eksternal. Dalam masing-masing budaya maupun lintas budaya terjadi transformasi akibat adanya komunikasi antara *emitter* dan

---

<sup>61</sup> Eugene Verhellen. *Monitoring Children's Right*. Martinus Nijhoff Publishers. Netherland. 1996. Hlm. 9. Terjemahan peneliti: sementara pendataan resmi merupakan kewajiban penguasa maka pelaksanaan dan pengawasan merupakan tanggungjawab semua orang.

<sup>62</sup> Soerjono Soekanto. 1988. *Disiplin Hukum dan Disiplin Sosial*. Jakarta. Rajawali Pers. Hlm. 164

<sup>63</sup> M. Syamsudin. 2012. *Konstruksi Baru. Budaya Hukum Hakim: Berbasis Hukum Progresif*. Jakarta. Kencana Prenadamedia Group. Hlm 27-28

<sup>64</sup> Satjipto Rahardjo dalam Eman Suparman. *Pilihan Hukum Arbitrase Dalam Sengketa Komersial Untuk Penegakan Hukum*. Tatanusa. Jakarta. 2004. Hlm. 19



*resipien*. Sementara Allot menyatakan bahwa *resipien* dalam penerimaan pesan (*receiving apparatus*) yang disampaikan melalui beragam metode komunikasi (*code*) oleh *emitter* tergantung dari persepsi dan asumsinya sendiri-sendiri. Penerimaan pesan (*message*) oleh *resipien* inilah yang sering mendapat gangguan dalam sistem komunikasi (*noise enterference*) sehingga sistem juga menjadi berjalan kurang optimal.

a. Budaya hukum internal

Budaya hukum internal dapat dipahami dari bekerjanya sub sistem struktur. Apabila teridentifikasi bahwa hubungan atau kerjasama antara instansi belum kelihatan ada maka hal ini mencerminkan kinerja yang merupakan budaya hukum internal dari petugas/pejabatnya. Petugas di masing-masing kelembagaan belum saling terkoneksi dan berinteraksi yang berarti di sini juga belum ada metode komunikasi untuk pertukaran *message* di antara petugas. Masing-masing menjalankan tugas pokok dan fungsinya secara terfragmentasi, bukan bagian dari sistem perlindungan hukum untuk anak. Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil, Notaris dan Pengadilan masih bekerja parsial dan hanya berdasar permohonan masyarakat. Apabila masyarakat tidak mengajukan permohonan maka pejabat/petugas di institusi-institusi tersebut belum bergerak.

Dalam hal ini manajemen data antar instansi, sebenarnya merupakan kebutuhan yang sangat vital. Manajemen data merupakan dasar yang sangat diperlukan untuk perencanaan, pelaksanaan dan evaluasi pembangunan khususnya pembangunan hukum nasional di bidang perlindungan anak.

Khusus terkait budaya hukum hakim, M Syamsudin menyatakan bahwa budaya hukum hakim adalah seperangkat pengetahuan dan keyakinan hakim yang termanifestasikan dalam putusan yang dibuat sebagai hasil proses dan produk budaya hakim dalam mewujudkan nilai-nilai hukum<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> M. Syamsudin. 2012. *Konstruksi Baru. Budaya Hukum Hakim: Berbasis Hukum Progresif*. Jakarta. Kencana Prenadamedia Group.Hlm. 213

Mencermati pengertian di atas, maka sebenarnya manifestasi dari pengetahuan dan keyakinan hakim tersebut tidak hanya terwujud dalam bentuk putusan namun juga pada sikap (keberpihakan) dan perilaku hakim dalam menangani suatu kasus khususnya saat memimpin persidangan. Dengan demikian definisi di atas menjadi budaya hukum hakim adalah seperangkat pengetahuan dan keyakinan hakim yang termanifestasikan dalam sikap dan perilaku hakim saat menangani suatu kasus serta putusan yang dibuat sebagai hasil proses dan produk budaya hakim dalam mewujudkan nilai-nilai hukum.

Apabila definisi di atas dianalogkan untuk semua pelaksana hukum maka budaya hukum para pelaksana hukum adalah seperangkat pengetahuan dan keyakinan para pelaksana hukum yang termanifestasikan dalam sikap dan perilaku saat menangani suatu kasus serta dokumen hukum yang dibuat sebagai hasil proses dan produk budaya para pelaksana hukum dalam mewujudkan nilai-nilai hukum. Dengan pemikiran luas ini maka ketua RT juga pelaksana hukum, pejabat di disdukcabil, dinsos, dan lain-lain juga pelaksana hukum. Termasuk dalam pelaksana hukum adalah para penegak hukum. Para penegak hukum menurut Achmad Ali adalah hakim, advokad, jaksa, dan polisi.

Apabila mencermati dokumen hukum yang dihasilkan tentunya sesuai dengan siapa pelaksana atau penegak hukum tersebut. Seorang polisi maka dokumen hukumnya adalah Berita Acara Pemeriksaan (BAP) dan lain-lain. Seorang advokad maka dokumen hukumnya adalah surat gugatan, pledoi, replik, duplik, konklusi dan lain-lain. Nilai-nilai hukum yang dimaksud di sini adalah nilai-nilai hukum sebagai pendapat Gustav Radbruch, yaitu nilai keadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan<sup>66</sup>.

Dari pengertian di atas maka penyebab suatu sikap, tindak dan dokumen yang sesuai atau belum sesuai dengan nilai-nilai hukum

---

<sup>66</sup> Gustav Radbruch. *The Legal Philosophies of Law*. Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press. 1950. Hlm. 107-108.

sebenarnya adalah pengetahuan atau keyakinan para penegak hukum. Dari hasil wawancara dan diskusi dengan beberapa pelaksana dan penegak hukum sebagaimana sudah dituliskan dalam hasil penelitian maka dapat disimpulkan bahwa pengetahuan para pelaksana hukum masih terbatas dan kurang kekinian/mutakhir. Hal ini dapat ditengarai dari kurangnya pengetahuan akan perundang-undangan yang terbaru, misalnya para pejabat di BHP belum mensinkronkan tupoksinya dengan UU Perlindungan Anak, atau para hakim yang mengadili kasus perwalian mendasarkan pertimbangan hukumnya pada KUH Perdata, dan bukannya berdasar UU Perkawinan yang menyatakan bahwa wali hanya ada jika kedua orangtua sudah tidak ada, tidak mampu, atau tidak diketahui keberadaannya.

Berdasarkan uraian di atas maka penyebab para pelaksana atau penegak hukum belum melaksanakan perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua adalah karena kurangnya pengetahuan pihak-pihak tersebut. Menurut Allot, orang tidak tahu hukum karena perundang-undangan terlalu banyak atau kegagalan mengkomunikasikan hukum ke subyek hukum. Kurangnya pengetahuan mempengaruhi keyakinan yang menjadi penentu keberanian bertindak. Walaupun pada hakekatnya semua orang sebenarnya menyadari posisi anak dan secara alamiah ingin memberikan perlindungan sehingga perlindungan hukum untuk anak sudah sesuai dengan nilai-nilai yang dianut masyarakat Indonesia, namun karena kurangnya pengetahuan menyebabkan pelayanan kurang optimal.

Dalam hal kasus perceraian atau pembatalan perkawinan, pengadilan menganggap bahwa jika itu tidak ada dalam gugatan maka berarti tidak dipersengketakan, oleh karenanya tidak perlu diputuskan. Hal ini sesuai dengan Pasal 41 ayat (1) UU Perkawinan. Para hakim tidak memastikan ke para pihak mengenai bagaimana pelaksanaan kewajiban-kewajiban sebagai orangtua setelah putusnya perkawinan.

Aliran Hukum Alam berpendapat bahwa keadilan atau ketidakadilan menurut hukum akan diukur oleh nilai moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia<sup>67</sup>. Sedangkan fungsi pengadilan adalah sebagai pengawal moralitas (*the courts as guardian of morality*)<sup>68</sup>.

Aliran Realisme Amerika Serikat yang diwakili oleh Oliver Wendell Holmes, menyatakan hukum adalah kelakuan aktual para hakim (*patterns behavior*), dimana *patterns of behavior* hakim itu ditentukan oleh tiga faktor, masing-masing: (1) kaidah-kaidah hukum yang dikonkritkan oleh hakim dengan metode interpretasi dan konstruksi, (2) moral hidup pribadi hakim, (3) kepentingan sosial. Karl Nickerson Llewellyn, menyatakan hal yang sama yaitu hukum itu tidak lain adalah putusan hakim. Sementara Jerome Frank mengajarkan bahwa hakim tidak mungkin dipisahkan dari putusan pengadilan. Putusan hakim tidak diturunkan secara otomatis dari aturan-aturan hukum yang bersifat tetap. Putusan pengadilan tergantung pada banyak faktor, antara lain: kaidah-kaidah hukum dan kaidah-kaidah non hukum seperti prasangka politik, ekonomi, dan moral<sup>69</sup>.

Di Lingkup Pengadilan Agama, dari hukum yurisprudensi, dapat diketahui bahwa surat edaran Tuada badilag hanya merupakan suatu anjuran/himbauan sebelum persidangan dimulai, untuk memudahkan jalannya persidangan. Dalam praktek, surat edaran ini berimplikasi lain. Dari beberapa wawancara dengan advokat, diketahui bahwa petitum hak asuh sering dihapuskan karena petunjuk hakim dengan alasan bahwa si anak sudah berada dalam kekuasaan si ibu maka mengapa harus dimintakan lagi hak asuhnya. Saat hal ini ditanyakan ke para hakim

---

<sup>67</sup> W, Poesprodjo. *Filsafat Moral Kesusilaan dan Teori dan Praktek*. Remaja Karya. Bandung. 1986. Hlm 134.

<sup>68</sup> Teguh Prasetyo. Abdul Halim Barkatullah. *Filsafat. Teori, dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*. Cet. Ke-4. RadjaGrafindo Persada. Jakarta. 2016.Hlm. 102

<sup>69</sup> Teguh Prasetyo. Abdul Halim Barkatullah. *Filsafat. Teori, dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju masyarakat Yang Berkeadilan dan Bermartabat*. Cet. Ke-4. RadjaGrafindo Persada. Jakarta. 2016.Hlm. 125-127.

dijawab bahwa berdasarkan Pasal 41 UU Perkawinan yang menyatakan jika ada perselisihan hak asuh maka diputuskan pengadilan dengan penetapan hakim. Dengan ketentuan seperti ini maka hakim beranggapan bahwa jika si anak sudah berada dalam asuhan ibu, dan tidak ada gugatan dari pihak suami maka berarti tidak ada perselisihan sehingga tidak perlu dimintakan lagi hak asuhnya.

Menganalisis paparan di atas, maka peneliti berbeda pendapat dengan para hakim, bahwa untuk kepentingan terbaik anak maka selain secara *de facto* maka sebaiknya kepastian hukum bagi anak terkait statusnya apakah secara yuridis berada di bawah asuhan ayah atau ibu, sepatutnya dijadikan norma individual dan dimasukkan ke amar hakim dalam putusan. Ada tidaknya perebutan hak asuh dari kedua orangtua, bukan merupakan penentu untuk memasukkan materi tersebut dalam amar putusan namun kepastian hukum bagi anak merupakan hak anak dan hal ini harus dijamin dengan memasukkannya dalam amar putusan hakim tentang perceraian atau pembatalan perkawinan.

Mengenai hak asuh anak yang umurnya di atas 12 tahun untuk lingkup pengadilan agama, advokat dan hakim berpendapat, juga tidak perlu dimasukkan ke petitum karena KHI secara eksplisit jelas menyatakan bahwa hak pilih ada pada anak. Dengan tidak adanya petitum tentang penentuan hak asuh anak yang umurnya lebih dari 12 tahun maka tidak ada alasan bagi hakim untuk menghadirkan anak dalam persidangan guna didengar pendapat/pilihannya sehingga dalam amar hakim juga tidak ada putusannya.

Dalam hal ini peneliti juga berbeda pendapat. Hak anak yang sudah berumur lebih dari 12 tahun untuk memilih ikut siapa setelah perceraian orangtua merupakan perwujudan dari hak anak yang dijamin dalam KHA maupun UU Perlindungan Anak yaitu hak untuk didengar pendapatnya, peneliti sangat setuju. Seharusnya pendapat anak tersebut sangat perlu didengar oleh pihak-pihak terkait, khususnya hakim. Urgensi dari hakim harus mendengar pendapat anak ini adalah untuk dimasukkan dalam



amar putusan sehingga anak mempunyai kepastian hukum tentang status hukumnya setelah perceraian orangtuanya. Kepastian hukum tersebut akan menambah rasa aman dan nyaman dalam diri si anak. Dengan demikian beban psikisnya akan sedikit dapat dihilangkan dan tumbuh kembangnya juga akan lebih baik.

Hal keharusan dimasukkannya kuasa asuh dalam amar putusan juga dengan tujuan apabila kelak terjadi perubahan kondisi misalnya si ibu menikah lagi maka tidak terjadi si ibu kemudian dengan semena-mena melemparkan tanggungjawab atas kuasa asuh anak tersebut ke suaminya<sup>70</sup> atau ke anggota keluarga yang lain, misalnya neneknya. Demikian juga dengan si ayah, bahwa apabila hak asuh jatuh pada dirinya maka dia tidak bisa semena-mena kemudian meninggalkan si anak dalam asuhan orang lain. Apabila ayah atau ibu melakukan hal seperti itu maka ayah dan/atau ibu dapat dicabut kuasa asuhnya sesuai UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak serta apabila sampai si anak terlantar maka ayah dan/atau ibu dapat diancam sanksi pidana sesuai UU Perlindungan Anak dan UU PKDRT.

Dalam hal ada gugatan hak nafkah anak, hakim menuntut pembuktian dari pihak ibu bahwa ayah sanggup membayar biaya nafkah sebesar yang dimintakan. Diusulkan apabila tidak ada sanggahan dari ayah karena ayah tidak hadir di persidangan maka tuntutan ibu tersebut tidak perlu dibuktikan. Hal ini berdasar alasan bahwa hak anak mendapat nafkah dari ayahnya sudah merupakan ketentuan UU oleh karena itu dalam hal ini bukan ibu yang mendalilkan bahwa ayah harus memberi nafkah bagi anaknya. Sementara besaran nafkah yang diminta ibu cukup dibuktikan bahwa memang sebesar itu kebutuhan si anak.

---

<sup>70</sup> Kasus Rian. Dikarenakan si ibu yang semula saat perceraian dengan si ayah, menguasai Rian dan kemudian setelah menikah lagi si suami baru tidak mau menerima Rian maka oleh si ibu, Rian yang saat itu masih berumur 6 tahun diserahkan ke suaminya yang saat itu juga sudah menikah lagi. Akibatnya ibu tiri yang sebenarnya juga menolak kehadiran Rian kemudian menelantarkan bahkan menganiayanya dengan tidak menyekolahkan walau si Rian sudah berumur 8 tahun dan terakhir dengan meninggalkannya di kebun kelapa sawit dalam keadaan luka-luka.

Apabila ayah hadir dan mengajukan keberatan atas besaran nafkah yang diminta ibu maka ayahlah yang harus membuktikan seberapa besar kemampuannya untuk memberikan nafkah bagi anak. Berdasar indikator kebutuhan anak yang alat buktinya dibebankan pada si ibu dan indikator kemampuan ayah untuk memberi nafkah anak yang alat buktinya dibebankan pada si ayah maka hakim dapat menjatuhkan besaran nafkah anak yang layak. Apabila ayah juga mengajukan pengurangan besaran nafkah anak terkait tanggungan keluarga maka hendaknya alat buktinya juga dibebankan pada ayah. Apabila hakim juga menggunakan indikator upah minimum regional dan laju inflasi untuk menghitung besaran nafkah anak maka hal ini merupakan pengetahuan umum (*notoir feiten*) dan tidak perlu dibuktikan oleh para pihak.

Sebenarnya surat edaran tuada badilag merupakan upaya penghindaran adanya kumulasi gugatan yang dianggap berlawanan dengan asas sederhana, cepat, dan biaya ringan. Pembahasan penggabungan gugatan juga dilakukan dalam Rapat Kerja Nasional (Rakernas) Mahkamah Agung pada tahun 2007 yang pada intinya menyatakan: Penggabungan tuntutan perkara perceraian seringkali mengakibatkan penyelesaian perkara berlarut-larut sehingga dapat menimbulkan dampak sosial negatif yang memprihatinkan bahkan telah melanggar norma agama, dan norma susila<sup>71</sup>. Untuk mengatasi berlarut-larutnya penyelesaian perkara perceraian yang digabungkan dengan gugatan lain, hakim dapat menempuh cara dengan memutus secara terpisah. Tidak ada ketentuan yang secara tegas mengatur tentang tata cara memutus penggabungan tuntutan, baik yang mengharuskan diputus secara bersamaan maupun yang melarang diputus secara terpisah<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Pelanggaran norma agama dan norma susila yang dimaksud di sini adalah dikhawatirkan pihak ayah apabila persidangannya berlarut-larut akan terjatuh pada perbuatan zina. Dengan dipercepatnya persidangan dan tidak ada masa idah bagi laki-laki maka perbuatan zina tersebut diharap dapat diminimalisir.

<sup>72</sup> <https://tahkimjurnalsyariah.wordpress.com/2014/04/09/h-sulaeman/> diunduh tanggal 23 januari 2017

Mengenai hal ini, dalam teori hukum yang dikenal di Pengadilan Agama, ada tiga metode penemuan hukum yang dapat dijadikan sandaran dalam menyelesaikan penggabungan tuntutan secara terpisah, yaitu: (1) Mengembalikan kepada prinsip *bara'ah ashliyah* yakni kebolehan untuk memilih mana yang akan digunakan. Apakah memutus secara bersamaan atau memutus secara terpisah, (2) Penggunaan metode penemuan hukum “analogi” (*qiyas*) yaitu dianalogikan kepada penyelesaian perkara rekonvensi, dan (3) Penggunaan metode penemuan hukum “*mashlahah mursalah*” karena adanya kemaslahatan yang nyata. Dari tiga metode penemuan hukum itu dapat dipilih mana yang dipandang lebih tepat, apakah mengikuti mazhab Zahriy dengan mengembalikan kepada *bara'ah ashliyah* atau mengikuti pendapat Juhur Ahli Ushul dengan menggunakan *giyas* atau mengikuti Imam Malik melalui *mashlahah mursalah*.

Khusus mengenai advokat maka dibedakan menjadi 2 (dua) golongan yaitu *reasonable lawyers* dan *unreasonable lawyers*. Lynn menjelaskan lebih lanjut bahwa

*The portrait of the reasonable divorce lawyer shows a tough-minded advocate committed to settlement as the best resolution in divorce (but willing to go to trial if necessary), knowledgeable about the law and likely legal outcomes, objective and independent in judgement, and willing to guide the client to a fair outcome. In contrast, unreasonable lawyers exacerbate than reduce conflict, rely heavily and inappropriately on the tools of litigation, and see negotiation as another battleground rather than a place for reasonable accommodation*<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> Lynn Mather. Craig A. McEwen. Richard J Maiman. Divorce Lawyers at Work: Varieties of Professionalism in Practice dalam Stewart Macaulay. Lawrence M Friedman. Elizabeth Mertz. 2007. *Law In Action. A Socio- Legal Reder*. New York. Foundation Press. Hlm 103. Terjemahan peneliti: Gambaran advokat perceraian yang layak adalah advokasi yang berkomitmen keras untuk penyelesaian (negosiasi) sebagai resolusi terbaik dalam perceraian (tetapi bersedia untuk pergi ke pengadilan jika perlu), memiliki pengetahuan tentang hukum dan kemungkinan hasil hukum, obyektif dan independen dalam penilaian, dan bersedia untuk membimbing klien ke hasil yang adil. Sebaliknya, pengacara yang tidak layak memperburuk konflik daripada mengurangi, sangat bergantung dan tidak tepat sebagai instrumen litigasi, dan melihat negosiasi sebagai medan perang lain daripada tempat penyelesaian yang layak.

Guna memberi perlindungan hukum yang lebih baik bagi anak-anak maka selayaknya dikondisikan seorang advokat dapat menjadi *reasonable lawyer*. Harus ada dukungan dan motivasi dari semua pihak, supaya advokat Indonesia tidak semata-mata terjebak pada kepentingan praktis.

b. Budaya hukum eksternal

Jika dianalogkan dari pengertian budaya hukum pelaksana hukum maka budaya hukum masyarakat adalah seperangkat pengetahuan dan keyakinan masyarakat yang termanifestasikan dalam sikap dan perilaku dalam mewujudkan nilai-nilai hukum. Sikap dan perilaku tersebut kemudian diturunkan secara turun temurun dan membentuk pola perilaku.

Budaya hukum eksternal yang merupakan pola perilaku masyarakat dalam menghadapi putusnya perkawinan karena kematian teridentifikasi sebagai berikut. Secara budaya hukum maka sikap, nilai dan pola perilaku masyarakat yang ada mengenai kematian, kekuasaan orangtua/perwalian dan pewarisan di mana dalam masyarakat Indonesia, kebiasaan yang terjadi bahwa warisan dibagi setelah anak-anak si yang meninggal telah dewasa. Selama menunggu proses kedewasaan si anak, maka tidak jelas pembagian dan status dari harta benda tersebut sehingga rawan terjadi penyalahgunaan dari pihak yang menjalankan kekuasaan orangtua atau perwalian.

Masyarakat mengajukan permohonan perwalian atau perubahan dokumen kependudukan hanya jika dipaksa/diminta oleh instansi yang lain. Contohnya adalah, orangtua tidak akan mengajukan permohonan perwalian jika Badan Pertanahan Nasional (BPN) yang berwenang memproses penjualan tanah, tidak meminta surat perwalian tersebut. Masyarakat (orangtua) terpaksa menjual/memindahkan tanah/benda tetapnya karena mempunyai kebutuhan ekonomis atas benda tersebut. Jika kebutuhan ini tidak ada maka tidak akan ada kebutuhan yang menjadi tuntutan untuk memproses surat perwalian. Demikian juga

halnya dengan pembaruan dokumen kependudukan seperti KTP atau KK. Jika tidak ada keperluan/kebutuhan, masyarakat tidak akan melaporkan peristiwa penting yang dijalaninya. Misalnya sepasang remaja yang melangsungkan perkawinan tidak akan serta merta melaporkan perubahan status ke disdukcapil untuk memproses perubahan identitas di KTP atau KKnya. Pasangan suami istri baru tersebut akan melaporkan perubahan identitas jika ada kebutuhan misalnya bagi PNS adalah untuk mengurus tunjangan keluarga.

Dalam budaya hukum yang mendukung sistem perlindungan hukum untuk anak setelah perceraian/pembatalan perkawinan maka secara filosofis, seorang ibu dianggap dapat lebih memberikan kasih sayang dan perhatian yang sangat dibutuhkan seorang anak dalam masa awal pertumbuhannya. Secara naluriah seorang ibu akan berusaha untuk selalu dekat dengan anaknya. Secara psikis, kebutuhan anak lebih kepada ibunya daripada ayahnya. Secara hukum agama Islam yang merupakan agama yang paling banyak pemeluknya di Indonesia, hak pengasuhan anak pertama kali diberikan kepada ibu sepanjang anak belum dapat menentukan pilihan terbaik untuk dirinya dan sepanjang ibu belum menikah lagi.

Atas dasar hal-hal di atas kemudian diangkat menjadi hukum negara dan dapat ditemukan secara eksplisit dalam UU Perkawinan dan KHI. Hak pengasuhan anak diberikan kepada ibu sementara hak nafkah anak dibebankan pada ayah yang mempunyai posisi sebagai kepala keluarga dan berperan sebagai pencari nafkah utama. Dalam hal ibu tidak dapat menjalankan perannya terkait hak asuh anak (ibu tidak ada atau meninggal) maka kewajiban asuh jatuh kepada ayah, dan jika ayah tidak ada/meninggal maka kewajiban asuh jatuh pada nenek dari pihak ibu dan seterusnya. Dalam hal kewajiban hak nafkah maka apabila ayah tidak ada/meninggal maka kewajiban nafkah jatuh pada kakek dari pihak ayah. Sungguh suatu pembagian peran dalam keluarga inti dan keluarga besar yang sangat ideal.



Kenyataan yang terjadi di masyarakat Indonesia, sayangnya tidak seperti di atas. Pembagian peran di atas tidak dapat berjalan dengan baik. Sebagian besar anak lebih dekat pada ibu dan keluarga pihak ibu. Akibatnya apabila ada putus perkawinan maka semua kewajiban seakan-akan jatuh pada ibu dan keluarga dari pihak ibu sementara pihak ayah dan keluarga pihak ayah hanya memberi bantuan sekedarnya.

Ibu dan/atau keluarganya merasa malu jika anak sampai jatuh ke tangan ayah atau keluarga. Di sisi lain, ibu dan/atau keluarga ibu merasa malu jika harus menuntut hak nafkah anak dari ayah atau keluarga ayah apalagi jika gugatan perceraian berasal dari pihak ibu.

Saat ibu dan keluarga pihak ibu menjalankan kewajibannya sekaligus sebagai pengasuh dan pemberi nafkah anak. Di sinilah terjadi perbenturan kepentingan di masyarakat. Sebagai pengasuh maka seharusnya waktu lebih banyak dihabiskan bersama anak, namun sebagai pemberi nafkah maka ibu harus bekerja minimal 8 jam di tempat kerja, belum dihitung waktu yang habis di perjalanan. Akibatnya fungsi pengasuhan menjadi tidak optimal dan fungsi pemberian nafkah anak juga tidak optimal. Dengan terjadinya hal ini maka anak-anak tidak mendapat kebutuhan/ hak-haknya yang sangat diperlukan guna tumbuh kembangnya.

Adanya perbenturan kepentingan di masyarakat sebagaimana diungkap di atas merupakan satu hal juga yang harus dibenahi dalam rangka memberikan perlindungan hukum kepada anak setelah putusnya perkawinan orangtua.

Sebab adanya perbenturan kepentingan di atas karena belum ada kesadaran hukum dari pihak yang bersangkutan, keluarga, maupun masyarakat untuk melaksanakan ketentuan hukum. Sementara di sisi lain, masyarakat sangat permisif dengan keadaan di atas karena sering menganggap bahwa masalah-masalah di atas merupakan atau berada dalam ranah privat sehingga tidak boleh orang luar mencampuri.

Pada temuan kasus dimana ayah masih memberikan nafkah pada anak setelah terjadi perceraian karena masih ada komunikasi di antara anggota keluarga yang berpisah tersebut. Ayah masih merasa bahwa anak merupakan anaknya sehingga masih mau memberi nafkah pada anak tersebut. Pada kondisi lain yaitu saat anak yang hak asuhnya berada di tangan ayah maka hak nafkah anak juga akan terpenuhi.

Apabila mencermati hukum negara maupun hukum agama, maka kewajiban ayah memberi nafkah tidaklah digantungkan pada kondisi masih ada atau tidaknya komunikasi di antara mereka atau pada siapa posisi hak asuh anak. Kewajiban tersebut tetap melekat.

Oleh karenanya melalui sarana hukum, Negara harus hadir dan mengingatkan orangtua yang perkawinannya putus untuk menjamin hak-hak anak. Untuk maksud inilah sistem perlindungan hukum ini dibuat.

Mencermati dan menghubungkan antara ketiga sub sistem tersebut, ada ketidaksinkronan yang nyata. Apabila pemaparan di atas, diringkas dalam bentuk tabel maka dapat dilihat sebagaimana di bawah ini:

Tabel 17. Sebab-Sebab Belum Optimalnya Sistem Perlindungan Hukum Untuk Anak Setelah Putusnya Perkawinan Orangtua

No	Sub Sistem	Unsur-unsur	Uraian
1	Struktur Hukum	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Emitter</i></li> <li>2. <i>The Code</i></li> <li>3. <i>The Function</i></li> <li>4. <i>The noise enterference</i></li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Belum ada hubungan/komunikasi antar lembaga.</li> <li>2. Masing-masing lembaga belum menyadari perannya dalam sistem perlindungan, Mekanisme kontrol yang mengikat sistem juga belum ada yang melaksanakan sehingga belum ada keterpaduan langkah menuju tujuan (<i>function</i>).</li> </ol>
2	Substansi Hukum	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>The message</i></li> <li>2. <i>The noise enterference</i></li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>3. Antar peraturan belum saling terhubung/sinkron</li> <li>4. Peraturan pelaksana belum layak yaitu belum ada indikator pemegang kuasa asuh dan urutan pemberi hak nafkah serta indikator besaran hak nafkah terutama setelah kedua orangtua meninggal. Dalam lingkup perlindungan setelah perceraian/pembatalan perkawinan, belum ada indikator pemegang kuasa asuh dan urutan pemberi hak nafkah serta besaran hak</li> </ol>

			nafkah untuk anak.
3	Budaya Hukum	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>The recipient</i></li> <li>2. <i>Receiving apparatus/detector</i></li> <li>3. <i>The noise interference</i></li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>5. Dalam perlindungan setelah kematian orangtua, masyarakat tidak tahu hukumnya, sementara yang tahu tidak merasa perlu untuk melaksanakannya.</li> <li>6. Dalam perlindungan setelah perceraian/pembatalan perkawinan orangtua: <ol style="list-style-type: none"> <li>a. masyarakat juga tidak tahu hukumnya. Setahu responden, anak yang belum dapat menentukan pilihannya sendiri (<i>mumayyiz</i>) otomatis ikut ibu, sehingga tidak merasa perlu memasukkan dalam gugatannya. Sementara tentang nafkah anak, responden juga tidak tahu kalau bisa dituntut dalam gugatan.</li> <li>b. Hakim merasa terbelenggu dengan asas hakim pasif.</li> <li>c. Advokat terjebak dalam pikiran praktis.</li> </ol> </li> </ol>

Apabila mengingat kembali teori Schrodde dan Voich, maka pengertian-pengertian dasar yang terkandung dalam sistem adalah: (1) sistem itu berorientasi kepada tujuan, (2) keseluruhan adalah lebih dari sekedar jumlah dan bagian-bagiannya (*wholism*), (3) suatu sistem berinteraksi dengan sistem yang lebih besar yaitu lingkungannya (keterbukaan sistem), (4) bekerjanya bagian-bagian dari sistem itu menciptakan sesuatu yang berharga (transformasi), (5) masing-masing bagian harus cocok satu sama lain (keterhubungan), dan (6) ada kekuatan pemersatu yang mengikat sistem itu (mekanisme kontrol), maka tampak bahwa sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua belum menampakkan ciri-ciri dari butir 1 sampai butir 6, yaitu belum berorientasi pada tujuan, masing-masing bagian belum berinteraksi, masing-masing-masing bagian juga pasif dengan hanya menunggu masyarakat yang datang, belum adanya interaksi menyebabkan belum ada transformasi, masing-masing bagian belum ada keterhubungan, dan juga belum ada kekuatan pemersatu mengikat sistem (mekanisme kontrol). Dengan kata lain, dapat dikatakan bahwa belum ada sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua yang integratif. Hal ini menyebabkan pemenuhan hak-hak anak menjadi tidak terjamin.