

BAB V
SISTEM PERLINDUNGAN HUKUM YANG LEBIH MENJAMIN
PEMENUHAN HAK-HAK ANAK SETELAH PUTUSNYA
PERKAWINAN ORANGTUA

Trubek menyatakan bahwa salah satu ciri hukum modern adalah penggunaannya secara aktif dan sadar untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu. Kesadaran tersebut menyebabkan bahwa hukum modern menjadi begitu instrumental sifatnya dengan asumsi bahwa kehidupan sosial bisa dibentuk oleh kemauan sosial tertentu¹. Di sini hukum tidak hanya dipakai untuk mengukuhkan pola-pola kebiasaan dan tingkah laku yang terdapat dalam masyarakat, melainkan juga untuk mengarahkannya kepada tujuan-tujuan yang dikehendaki, menghapuskan kebiasaan yang dipandang tidak sesuai lagi, dan menciptakan pola-pola kelakuan baru².

Dengan demikian hukum merupakan instrumental yang sangat signifikan untuk memberikan perlindungan kepada anak. Berdasarkan kemauan sosial untuk memberi perlindungan kepada anak pada kondisi apapun, dimanapun, dan kapanpun maka hukum harus didesain untuk memberikan perlindungan yang dapat memberikan rasa keadilan, kepastian, dan manfaat bagi anak berdasarkan prinsip kepentingan terbaik untuk anak (*the best interest of child*).

Adanya perubahan sosial dalam masyarakat sebagaimana diutarakan dalam bab-bab terdahulu membawa ke satu pertanyaan mendasar, yaitu bagaimana hukum harus mengambil peran. Apakah hukum meletakkan diri di belakang perubahan dan siap memfasilitasi perubahan tersebut atukah hukum harus berada di depan untuk mengawal perubahan supaya tidak lepas dari fondasi nilai-nilai luhur bangsa dan tujuan diadakannya negara republik Indonesia.

Penggunaan hukum sebagai alat atau instrument untuk rekayasa sosial sejalan dengan pandangan Roscoe Pound “.... *a summoning of jurist to take their proper place of leadership in their work of adapting old law and creating new law*

¹ Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2014. Hlm 89-90.

² Ibid. hlm 216.

to meet the ever changing needs of social justice”³, dan pendapat Brian Z Tamanaha “the idea that law is a mean to an end”⁴.

Di sisi lain, penggunaan hukum sebagai instrument menurut Pound mempunyai keterbatasan-keterbatasan tertentu yang tidak boleh dilanggar karena sikap tindak yang terlampau ambisius. Pound ingin mengingatkan bahayanya bagi pemerintah jika mengatur setiap aspek kehidupan sosial dengan hukum. Oleh sebab itu, maka setiap masyarakat harus dapat menentukan batas-batas penggunaan hukum⁵.

Antony Allot memperjelas batas-batas penggunaan hukum sebagai instrument rekayasa sosial. Tidak semua penyakit masyarakat, dapat disembuhkan oleh hukum. Allot menyatakan bahwa *The remedy for every social ill, the mechanism for achieving every social goal, is - it seems - to make a law. But the ills continue, and the goals are not attained. Why?*⁶

Soerjono Soekanto menyoroti hal ini dengan mengaitkan hukum dengan struktur sosial. Hukum adakalanya merupakan *dependent variable* dan adakalanya merupakan *independent variable*. Berdasar hal ini Soerjono menyatakan bahwa di samping hukum, terdapat pula alat-alat pengendalian sosial lainnya yang di dalam keadaan- keadaan tertentu lebih efektif daripada hukum⁷.

Keberanian hukum⁸ sangat diperlukan untuk menghapus kebiasaan di masyarakat yang tidak sesuai, penguksuhan terhadap kebiasaan yang baik, dan

³ Roscoe Pound. *Interpretation Of Legal History*. The Macmillan Company. New York. 1923. Hlm xiii. Terjemahan oleh peneliti: memanggil para yuris menempati tempat yang layak untuk memimpin adaptasi hukum lama dan membentuk hukum baru supaya lebih sesuai dengan perubahan kebutuhan atas keadilan sosial

⁴ Brian Z. Tamanaha. *Law as a Means to an End: Threat To The Rule Of Law*. Cambridge University Press. New York. 2006. Hlm.1 Terjemahan oleh peneliti: ide bahwa hukum merupakan suatu cara untuk mencapai suatu tujuan

⁵ Soerjono Soekanto. *Mengenal Sosiologi Hukum*. PT Citra Aditya Bakti. Bandung. 1993. Hlm 24.

⁶ Anthony Allot. The Effectiveness of Laws. Valparaiso University *Law Review*. Vol. 15. No. 2. 1981. Pp 229-242 Available at: <http://scholar.valpo.edu/vulr/vol15/iss2/1> diunduh tanggal 20 Januari 2017 pukul 16.00. Terjemahan oleh peneliti: Obat dari setiap penyakit sosial, mekanisme untuk mencapai setiap tujuan sosial, sepertinya, adalah dengan melalui hukum. Tetapi penyakit tetap ada dan tujuan tidak tercapai. Mengapa?

⁷ Soerjono Soekanto. *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum*. Cetakan kesebelas. RadjaGrafindo Persada. Jakarta. 2011. Hlm. 83-84

⁸ Keberanian hukum yang dimaksud di sini adalah substansi, dan struktur termasuk perilaku penegak hukum yang ditujukan untuk mempengaruhi budaya hukum di masyarakat.

penciptaan pola baru untuk mencapai tujuan yang dikehendaki. Kesadaran inilah yang seharusnya melandasi pembentukan hukum perlindungan anak.

Kesadaran bahwa hukum perlindungan anak sangat esensi dalam menentukan masa depan pembentukan keluarga, masyarakat, bangsa dan negara, harus dipunyai oleh semua elemen masyarakat. Apabila hukum perlindungan anak suatu negara disusun, disahkan dan diberlakukan secara konkrit, konsisten dan berkelanjutan baik struktural, substansi, maupun kultural, maka kedudukan anak, baik dalam keluarga, masyarakat maupun bangsa akan menjadi tiang dan fondasi yang sangat kuat dalam suatu negara dalam mewujudkan tujuan nasional yang mandiri⁹.

Perlindungan hukum bagi anak yang baik, harus mengandung dasar filosofis, etis, dan yuridis, sebagai pedoman kajian dan pelaksanaan. Adapun evaluasi tentang apakah ketentuan yang dituangkan dalam pelaksanaan yang terencana benar-benar rasional, dapat dipertanggungjawabkan, berpengaruh positif dan bermanfaat bagi yang bersangkutan, tolok ukurnya harus tetap mengacu pada Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945¹⁰.

Pembangunan hukum harus bertujuan untuk menyejahterakan masyarakat, dengan kata lain pembangunan harus memiliki konotasi positif terhadap perkembangan (budaya) masyarakat. Oleh karena itu pembangunan hukum harus merupakan kebijakan semesta yang disusun berdasarkan kebutuhan masyarakat itu sendiri. Kebutuhan itu bukan kebutuhan sesaat tetapi total, menyeluruh dan sistemik. Oleh karena itu kebijakan pembangunan hukum harus merupakan skema kebijakan yang di dalamnya melibatkan partisipasi publik, dari berbagai kelompok dan golongan serta menjadi pedoman bagi pemegang mandat untuk merealisasikannya. Supaya hukum dapat berfungsi dengan baik, Hoebel menjelaskan, paling tidak ada empat fungsi dasar hukum yaitu menetapkan hubungan antara anggota masyarakat dengan menunjukkan jenis-jenis tingkah

⁹ Abintoro Prakoso. *Hukum Perlindungan Anak*. Laksbang Pressindo. Yogyakarta. 2016. Hlm. vii

¹⁰ Abintoro Prakoso. *Pembaruan Sistem Peradilan Pidana Anak*. Laksbang Grafika. Yogyakarta. 2012. Hlm 2.

laku apa yang diperkenankan dan apa pula yang dilarang, menentukan pembagian kekuasaan dan memerinci siapa-siapa saja yang boleh secara sah menentukan paksaan serta siapa saja yang harus menaatinya dan sekaligus memilihkan sanksi-sanksinya yang efektif, menyelesaikan sengketa, dan memelihara kemampuan masyarakat untuk menyesuaikan diri dengan kondisi-kondisi kehidupan yang berubah, dengan cara merumuskan kembali hubungan antara para anggota masyarakat itu¹¹.

Melalui disertasi ini, diupayakan mengarahkan pola penyelesaian putusan perkawinan orangtua supaya sesuai dengan perspektif perlindungan anak dan menciptakan pola-pola kelakuan baru, antara lain berupa perilaku suami/istri yang ditinggal mati suami/istrinya, perilaku suami-istri yang menghadapi perceraian, menghapus fenomena putusan perceraian/pembatalan perkawinan tanpa adanya kepastian hukum untuk anak, memperkuat peran advokad dan hakim saat menangani kasus perceraian, serta partisipasi masyarakat untuk mengawasi hak-hak anak khususnya terkait hak asuh dan hak nafkah anak pasca kematian atau perceraian atau pembatalan perkawinan orangtua.

A. Hasil Penelitian dan Analisis

Romli menyatakan bahwa teori integratif merupakan rekonstruksi atas teori hukum pembangunan dari Mochtar Kusumaatmadja dan teori hukum progresif dari Satjipto Rahardjo. Dengan demikian penggunaan teori integratif Romli dalam disertasi ini berarti juga mengusung penalaran hukum dari Mochtar Kusumaatmadja dan semangat hukum progresif dari Satjipto Rahardjo. Sinergi dari kedua teori dalam teori yang ketiga digunakan untuk memakai hukum sebagai instrumen guna mengubah masyarakat ke arah yang lebih pro pada perlindungan anak. Dengan demikian, hukum bukan sekedar sebagai alat¹² (*tools*) tapi sebagai sarana.

¹¹ Otje Salman, Anton F Susanto. 2005. *Teori Hukum Mengingat, Mengumpulkan, dan membuka kembali*. PT Refika Aditama, Bandung. Hlm 152.

¹² Padmo Wahyono pernah menyatakan bahwa hukum ialah alat untuk menegakkan tata tertib dan untuk mendapatkan kesejahteraan sosial, yang bersifat demokratis, adil dan berperikemanusiaan. Lihat dalam A. Gunafwan Setiardja. *Dialektika Hukum Dan Moral Dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*. Cetakan keenam. Kanisius. Yogyakarta. 2001. Hlm. 168

Hukum progresif merupakan hukum manusia. Paradigmanya lebih mendahulukan kepentingan manusia (termasuk anak) dari pada kepentingan hukum maka hukum harus selalu dinamis sesuai perkembangan nilai-nilai kehidupan manusia. Binsar pernah menginisiasi pendapat ini dengan menyatakan bahwa hukum seharusnya bukan sebagai teknologi/instrument yang tidak berhati nurani, melainkan sebagai suatu institusi yang bermoral¹³.

Tujuan hukum progresif utamanya adalah menyejahterakan dan membahagiakan manusia lewat berbagai instrument hukum (peraturan, putusan hakim, kebiasaan, dan lain-lain) yang memenuhi rasa keadilan. Dengan demikian semua pihak khususnya aparat penegak hukum harus menerobos kebuntuan UU dan praktek penegakan hukum demi kebahagiaan dan keadilan bagi semua pihak yang tersangkut.

Kesejahteraan, kebahagiaan dan keadilan merupakan indikator yang subyektif. Untuk menyamakan persepsi dan membuatnya lebih obyektif sehingga dapat diterima dan dimengerti semua pihak maka dalam rangka menempatkan hukum sebagai sarana untuk menyejahterakan dan membahagiakan manusia tersebut maka teori integratif menyatakan harus berpedoman pada sistem nilai.

Hal ini senada dengan yang diutarakan Ahmad Zaenal Fanani. Ahmad menyatakan bahwa hukum haruslah didasarkan pada sesuatu yang harus tidak disebut hukum, tetapi lebih mendasar dari hukum, yaitu sebuah sistem nilai yang dengan sadar dianut sebagai keyakinan yang harus diperjuangkan¹⁴. Berdasar teori integratif maka sistem nilai tersebut harus bersumber pada Pancasila¹⁵ sebagai ideologi bangsa Indonesia¹⁶.

¹³ Binsar M Gultom. *Pandangan Kritis Seorang Hakim Dalam Penegakan Hukum Di Indonesia*. Gramedia Pustaka Utama. Jakarta. 2012. Hlm 64.

¹⁴ Ahmad Zaenal Fanani. 2014. *Berfilsafat Dalam Putusan Hakim (Teori Dan Praktik)*. Mandar Maju. Bandung. Hlm 22.

¹⁵ N. Driarkara S.J memberikan uraian bahwa Pancasila dapat ditinjau sebagai kategori tematis dan sebagai kategori operatif. Pancasila sebagai kategori tematis apabila melihat Pancasila sebagai rangkaian ide-ide pokok atau gagasan yang fundamental. Pancasila ditinjau sebagai kategori operatif apabila Pancasila dipandang sebagai suatu sistem nilai-nilai, sebagai ideal yang hendak diwujudkan dalam kenyataan hidup ini yang merupakan idealisasi. Lihat dalam A. Gunawan Setiardja. *Dialektika Hukum Dan Moral Dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*. Cetakan keenam. Kanisius. Yogyakarta. 2001. Hlm. 139.

Menurut Titon Slamet Kurnia, kedudukan Pancasila dalam sistem hukum Indonesia secara teoritis dapat dijustifikasi dengan teori hukum Kelsenian maupun Dworkinian. Dalam teori hukum Kelsenian, Pancasila berkedudukan sebagai *basic norm*¹⁷. Dalam teori hukum Dworkinian, Pancasila dapat dikualifikasi sebagai *political morality* atau *political value* yang fungsinya adalah sebagai justifikasi idiil bagi sistem hukum Indonesia keseluruhan¹⁸.

Pendapat Titon di atas sama dengan pendapat Ilhami Bisri dan Bachsan Mustafa. Ilhami menyatakan bahwa berdasarkan tesis Hans Kelsen tentang Teori Tangga atau *Stufen Theory*, maka kedudukan Pancasila berada pada tangga tertinggi. Hal ini berarti Pancasila harus diletakkan sebagai kaidah dasar, *grundnorms* atau sumber segala sumber hukum yang menjadi dasar berlakunya UUD Tahun 1945¹⁹.

Bachsan menyatakan bahwa Pancasila merupakan kaidah dasar atau *grundnorm*. Pancasila sebagai kaidah dasar, dan legalitas untuk pelbagai undang-undang lainnya. Jadi Pancasila berfungsi sebagai kaidah dasar dalam pembentukan tata hukum Indonesia atau hukum Indonesia²⁰.

Berbeda dengan Titon, Ilhami Bisri dan Bachsan Mustafa, Teguh Prasetyo menolak justifikasi atau landasan sistem yang hanya menyandarkan diri kepada filsafat hukum atau pemikiran barat dan memperkenalkan gagasan tentang keadilan bermartabat yaitu dengan membentuk kaidah atau norma tata urutan dalam hukum positif²¹. Teguh menyatakan bahwa untuk membenarkan

¹⁶ Romli Atmasasmita. 2012. *Teori Hukum Integratif: Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum progresif*. Cet. Ke 2. Genta Publishing. Yogyakarta. Hlm 96.

¹⁷ *Basic Norm* adalah “a norm the validity of which cannot be derived from a superior norm”. Nilai dari *basic norm* di dalam sistem hukum dinyatakan sebagai “all norms whose validity may be traced back to one and the same basic norm form a sistem of norms, or an order. This basic norm constitutes, as a common source, the bond between all the different norms of which an order consists. Lihat dalam Titon Slamet Kurnia. *Sistem Hukum Indonesia: Sebuah Pemahaman Awal*. Mandar Maju. Yogyakarta. 2016. Hlm 28-29

¹⁸ Ibid. Hlm 29

¹⁹ Ilhami Bisri. *Sistem Hukum Indonesia: Prinsip-Prinsip dan Implementasi Hukum Di Indonesia*. Cet. ke 3. RajaGrafindo Persada. Jakarta. 2005. Hlm 8.

²⁰ Bachsan Mustafa. Op cit. hlm 10.

²¹ Teguh Prasetyo. *Sistem Hukum Pancasila: Sistem, Sistem Hukum dan Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia (Perspektif Teori Keadilan Bermartabat)*. Nusa Media. Bandung. 2016. Hlm vi

Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum bagi Sistem Hukum di Indonesia yaitu dengan mencermati ide dasar pidato Muh Yamin dan Soekarno saat berbicara tentang dasar negara pada tanggal 29 Mei dan 1 Juni 1945 di depan BPUPKI, yang kemudian ditindaklanjuti dengan penempatannya dalam Pembukaan (*Preamble*) UUD Tahun 1945, dikukuhkan dengan TAP MPRS No XX/MPRS/1966, dan terakhir ditetapkan dalam UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan Pasal 2.

Terlepas dari cara pandang yang berbeda dari pakar-pakar hukum di atas, kesimpulan akhirnya tetap sama yaitu bahwa sistem hukum nasional di Indonesia haruslah berdasarkan dan bersumber dari Pancasila. Sistem hukum nasional merupakan Sistem Hukum Pancasila.

Pancasila merupakan kesepakatan pertama bangsa Indonesia. Sebagai kesepakatan pertama maka merupakan sebab lahirnya kesepakatan-kesepakatan selanjutnya yang tidak boleh tidak harus sejiwa dan tidak bertentangan dengan kesepakatan pertama²². Konsep kesepakatan pertama seringkali disamakan dengan Jiwa Bangsa (*Volksgeist*)²³.

Pancasila sebagai jiwa bangsa, merupakan sebuah ideologi terbuka. Artinya Pancasila merupakan sebuah sistem pengertian-pengertian asasi, yang digali dari refleksi atas kehidupan bangsa Indonesia dari kebudayaan nasional, yang sekarang dihayati dan dikembangkan oleh bangsa Indonesia secara bebas dalam dinamika kehidupan budayanya²⁴.

Satjipto Rahardjo menegaskan bahwa pemakaian sistem hukum Pancasila untuk mewadahi berbagai nilai karakteristik seperti kekeluargaan, kebapakan, keserasian, keseimbangan, dan musyawarah. Nilai-nilai tersebut merupakan akar-akar dari budaya hukum Indonesia²⁵. Kedudukan Pancasila niscaya merupakan dasar dan sumber yang mengalirkan nilai, ide, tentang bagaimana masyarakat Indonesia hendaknya diorganisasikan. Pancasila

²² Ibid. Hlm 13.

²³ Ibid. hlm 14

²⁴ A. Gunawan Setiardi. *Dialektika Hukum Dan Moral Dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*. Cetakan keenam. Kanisius. Yogyakarta. 2001. Hlm 125

²⁵ Satjipto Rahardjo dalam Hassan Suryono. *Kewarganegaraan*. Surakarta. Lembaga Pengembangan dan Penjaminan Mutu Pendidikan. 2016. Hlm. 105.

merupakan wawasan kemanusiaan dan kemasyarakatan yang terdalam mengenai keharusan-keharusan yang dikehendakannya dalam mengatur kehidupan bermasyarakat²⁶.

Sebagai ideologi terbuka maka Pancasila dapat dikembangkan oleh bangsa Indonesia untuk memenuhi kebutuhan rakyat Indonesia. Dalam hal ini khususnya adalah kebutuhan pemenuhan hak-hak anak yang orangtuanya mengalami putus perkawinan.

Mengingat bahwa Pancasila berada dalam tataran nilai, belum cukup konkret untuk dapat digunakan langsung sebagai sumber hukum. Cita hukum ini harus mengalami konkretisasi (penjabaran) ke dalam norma-norma positif. Seringkali tidak mudah bagi pembentuk hukum untuk menjabarkan langsung cita hukum yang berada dalam tataran nilai-nilai itu, sehingga diperlukan pedoman konkretisasinya. Dalam hal ini, peran kemudian dilanjutkan oleh asas-asas hukum.

Asas-asas hukum merupakan jantungnya peraturan hukum. Hal ini dikarenakan ia merupakan landasan yang paling luas bagi lahirnya suatu peraturan hukum. Konsekuensi logisnya adalah peraturan-peraturan hukum pada akhirnya bisa dikembalikan lagi pada asas hukum. Asas hukum tidak akan habis kekuatannya dengan melahirkan peraturan hukum. Dengan adanya asas hukum maka hukum bukan sekedar kumpulan dari peraturan-peraturan belaka. Hal ini disebabkan karena asas itu mengandung nilai-nilai dan tuntutan-tuntutan etis. Berdasar hal ini dapat dikatakan bahwa asas hukum merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum dengan cita-cita sosial dan pandangan etis masyarakatnya. Dengan singkat dapat dikatakan bahwa melalui asas hukum ini, peraturan-peraturan hukum berubah sifatnya menjadi bagian dari suatu tatanan etis²⁷.

Penjelasan Satjipto Rahardjo di atas, dalam hukum keluarga dapat dielaborasi misalnya sebagai berikut. Dalam sistem hukum keluarga dikenal

²⁶ Satjipto Rahardjo. *Pendidikan Hukum Sebagai Pendidikan Manusia*. Genta Publishing. Yogyakarta. 2009. Hlm 124.

²⁷ Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*. Cetakan ke-delapan. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2014. Hlm 45-46.

asas pengakuan jenis kelamin secara kodrati dan asas pengakuan jenis kelamin secara yuridis. Pengakuan jenis kelamin secara kodrati bermakna bahwa hukum menyatakan jenis kelamin seseorang ditentukan berdasar kodratnya saat dilahirkan. Konsekuensi dari asas ini ialah bahwa jika seseorang dilahirkan dalam keadaan berjenis kelamin laki-laki maka hukum selamanya akan menganggap sebagai laki-laki meskipun telah melakukan penggantian jenis kelamin melalui operasi. Implikasinya adalah seharusnya apabila ada permohonan penggantian jenis kelamin tanpa alasan yang dibolehkan oleh hukum maka seharusnya permohonan tersebut ditolak oleh hakim. Walaupun telah melakukan operasi kelamin maka hukum keluarga dan hukum waris tetap memperlakukan sesuai jenis kelaminnya saat subyek hukum itu dilahirkan. Di sisi lain, pengakuan jenis kelamin secara yuridis bermakna bahwa hukum menyatakan bahwa jenis kelamin seseorang ditentukan berdasar dokumen yuridisnya sehingga apabila dengan putusan pengadilan dinyatakan bahwa jenis kelamin seseorang telah berubah dari laki-laki menjadi perempuan maka ketentuan-ketentuan hukum lainnya seperti hukum keluarga dan hukum waris harus memperlakukan orang tersebut sebagai perempuan.

Dua asas di atas jelas mengandung nilai dan etika yang berbeda. Oleh karenanya hukum Indonesia harus memilih yang mana asas yang paling sesuai dengan cita-cita sosial dan pandangan etis dari masyarakat Indonesia yang akan diberlakukan dalam peraturan hukum.

Asas yang dipilih kemudian lebih dikonkritkan dalam bentuk norma hukum baik yang berbentuk tertulis maupun tidak tertulis. Norma-norma mengatur kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara secara umum. Supaya dapat mengejawantah dalam kehidupan sehari-hari maka masyarakat harus mengetahui norma-norma yang telah dipilih tersebut.

Saat peraturan hukum dalam sistem tersebut, ada yang tidak berjalan atau tidak dapat ditegakkan maka pasti ada suatu kendala atau hambatan yang terjadi. Oleh karenanya perlu dicari kendala yang menghambat beroperasinya sistem.

Sistem terdiri atas komponen-komponen yang saling berkaitan dan fungsional. Dengan adanya pemahaman ini maka tidak semua hal merupakan komponen sistem hukum. Komponen sistem hukum bisa berkurang maupun bisa bertambah. Oleh karenanya lingkup sistem hukum dapat melebar maupun menyempit. Hal ini tergantung dari visi dan misi yang diembannya.

Konsekuensi dari hal ini berarti sistem merupakan suatu *mileu* yang terbatas. Oleh karenanya hukum sebagai suatu sistem juga mempunyai keterbatasan. Digabungkan dengan pemahaman bahwa semua sub sistem berinteraksi dan bekerjasama maka untuk keterpaduannya membutuhkan proses yang teratur dan saling berhubungan.

Tujuan disertasi ini yaitu membangun sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua dengan fokus untuk lebih memberi jaminan kepada anak bahwa orangtua/keluarga tetap melaksanakan kewajiban-kewajibannya kepada anaknya dan negara hadir dalam proses ini. Sistem ini didesain sebagai standar hukum dan diproyeksikan dapat berlaku secara nasional untuk memberikan jaminan pemenuhan hak-hak anak supaya dapat tumbuh kembang dengan baik dan memberi kepastian hukum bagi seluruh anak Indonesia.

Sejajar dengan tujuan tersebut maka sistem yang dibangun di Indonesia dimulai dari penggalan terhadap nilai-nilai yang selama ini hidup di Indonesia yang dikristalisasi dalam sumber-sumber hukum di Indonesia dan perbandingan terhadap praktek-praktek baik yang berlaku di negara lain dalam hal ini yang dimaksudkan adalah di Australia dan Malaysia. Hasil penggalan dan peninjauan tersebut dapat dilihat di bawah ini.

1. Konsep perlindungan anak setelah putusnya perkawinan orangtua dari sumber-sumber hukum di Indonesia

Keanekaragaman (*plurality*) di bidang hukum perdata di Indonesia, sudah menjadi kenyataan hukum yang dimulai sejak dahulu sebelum negara dan bangsa Indonesia ada. Hal ini semakin diperkuat dengan kedatangan kolonialis Belanda di Indonesia. Akhirnya saat ini dikenal 3 (tiga) sistem

hukum perdata yang berdampingan hidup selain sistem hukum nasional/sistem hukum Pancasila yang merupakan sistem hukum negara.

Mengikuti teori Griffith yang membedakan antara *strong pluralism* dan *weak pluralism* maka dapat ditengarai bahwa di Indonesia berlaku *weak pluralism*. Simpulan ini didapat dari kenyataan hukum bahwa hukum-hukum selain hukum negara tidak mempunyai kekuatan mengikat warganegara dalam arti tidak dapat dipaksakan berlakunya (dieksekusi) kecuali hukum tersebut telah diambil/diadopsi/diakui oleh hukum negara dan ditetapkan dalam suatu undang-undangan.

Dengan demikian kedudukan sistem hukum adat, sistem hukum Islam dan sistem hukum barat, pada posisi sebagai sumber hukum bagi sistem hukum nasional. Oleh karenanya dalam upaya membangun sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusanya perkawinan orangtua, sangat diperlukan melakukan penelusuran terkait pengaturan di dalam sistem-sistem tersebut.

a. Sistem hukum Adat

Hukum adat di Indonesia sendiri sebenarnya bersifat pluralis karena masing-masing sistem hukum adat di berbagai daerah di Indonesia berbeda-beda dan mempunyai perbedaan yang signifikan khususnya di bidang hukum keluarga. Indonesia mengenal beberapa sistem kekerabatan (*kinship sistem*) yaitu sistem unilateral dan sistem bilateral (garis keturunan bapak-ibu). Berdasarkan sistem unilateral, ada daerah yang mengikuti garis keturunan bapak (*patrilineal descent*) dan ada yang mengikuti garis keturunan ibu (*matrilineal descent*)²⁸.

Hazairin membedakan patrilineal menjadi patrilineal murni dan patrilineal beralih-alih atau patrilineal *alternerend*. Pada patrilineal murni, menarik garis keturunannya ke atas hanya melalui penghubung yang laki-laki sebagai saluran darah. Sedangkan pada patrilineal beralih dimungkinkan menarik garis keturunan melalui saluran seorang

²⁸ C. Dewi Wulansari. *Hukum Adat Indonesia: Suatu Pengantar*. Cet. Ke-4. Refika Aditama. Bandung. 2016. Hlm 42-43.

perempuan tergantung kepada bentuk perkawinan penyalur atau penghubungnya. Masyarakat Batak merupakan contoh masyarakat yang bertipe patrilineal, masyarakat Minangkabau adalah contoh masyarakat bertipe matrilineal, sedangkan masyarakat Jawa adalah contoh masyarakat bertipe bilateral, atau parental, atau *bilineal descent* atau *double descent* atau di dalam bahasa Belanda disebut *dubbel-unilateraal* atau *dubbel-unilineaal*²⁹.

Secara umum, menurut hukum adat, bukan saja kedua orangtua yang wajib memelihara dan mendidik anak kementerian dengan sebaik-baiknya, tetapi juga terutama para saudara laki-laki ayah di masyarakat yang patrilineal, dan para saudara laki-laki ibu di masyarakat yang matrilineal, dan para saudara ayah dan ibu pada masyarakat bilateral walaupun sifatnya terbatas³⁰. Masing-masing sistem kekerabatan tersebut, dalam hal hak asuh dan hak nafkah anak mengatur sebagai berikut:

1) Sistem Patrilineal

Di lingkungan masyarakat yang patrilineal (*patriarchat*) yang berkuasa atas pemeliharaan anak dan pendidikan anak termasuk harta kekayaan, penguasaannya berada terutama di tangan bapak dan anggota keluarga/kerabat menurut garis laki-laki. Pengertian penguasaan di tangan dan anggota keluarga/kerabat laki-laki ialah segala sesuatunya yang terutama mengatur kepentingan si anak adalah pihak bapak yang pengaturannya berdasarkan musyawarah (kesepakatan) kerabat pria.

Hal ini tidak berarti bahwa pihak ibu atau pihak wanita tidak diikutsertakan tetapi yang lebih besar peranannya adalah menurut garis bapak, sedangkan pihak ibu sebagai pelengkap. Mungkin juga pihak

²⁹ Soerjono Soekanto. *Hukum Adat Indonesia*. Cet ke-15. RadjaGrafindo Persada. Jakarta. 2016. Hlm 50-54.

³⁰ J. Prins dalam Hilman Hadikusuma. Op.Cit. Hlm. 133.

ibu yang aktif menyelesaikan tetapi tetap apa yang dilakukannya atas nama pihak bapak si anak³¹.

2) Sistem Matrilineal

Dalam masyarakat yang susunannya matrilineal (*matriarchat*), yang terutama berperanan adalah kaum laki-laki dari pihak ibu si anak, sedangkan pihak bapak menjadi pelengkap. Hal mana tidak berarti dari pihak bapak tidak dapat mewakili si anak, namun kedudukannya sebagai wakil adalah atas nama dari pihak ibu³².

3) Sistem Parental

Dalam masyarakat yang bersifat parental/bilateral, yang berkuasa atas pemeliharaan dan pendidikan anak terutama adalah orangtua, yaitu bapak dan ibunya bersama-sama. Jika salah satu dari orangtua sudah tidak ada, maka ayah atau ibu yang masih hidup yang bertanggungjawab; apabila semua orangtua sudah tidak ada lagi maka terserah di antara saudara-saudara ayah, atau saudara-saudara ibu, yang mampu dan bersedia untuk mendidik dan memelihara anak itu. Kalau juga tidak ada di antara anggota keluarga atau kerabat dari orangtua yang dekat atau jauh yang bersedia melaksanakan kekuasaan orangtua dan menjadi wali si anak, dapat saja dilaksanakan oleh para tetangga atau sahabat kenalan orangtua yang bersedia³³.

b. Sistem Hukum Islam

Pada hakekatnya secara garis besar ada dua metode penemuan hukum Islam yang paling umum digunakan dalam mengkaji dan membahas Hukum Islam, yaitu metode *istimbath* dan metode *ijtihad*. Metode *istimbath* adalah cara-cara menetapkan (mengeluarkan) hukum Islam dari dalil *nash*, yaitu dari ayat-ayat Al-Qur'an maupun dari as-Sunnah, yang lafadz (perkataannya) sudah jelas/pasti (*qoth'i*)³⁴.

³¹ Ibid. hlm 143

³² Ibid. hlm 143.

³³ Ibid. hlm 143.

³⁴ M. Fauzan. *Kaidah Penemuan Hukum Yurisprudensi Bidang Hukum Perdata*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. 2014. Hlm. 85.

Apabila dalam Al-Qur'an atau hadits, tidak dapat ditemukan masalah yang dicari maka menggunakan metode *ijtihad*. Metode atau cara ber-*ijtihad* adalah (1) *ijma'*, merupakan persetujuan atau kesesuaian pendapat para ahli mengenai masalah tertentu, (2) *qiyas*, menyamakan hukum suatu hal tidak ada dalam Al-Qur'an dan Hadits dengan hal lain yang ada ketentuannya, (3) *istidal*, menarik kesimpulan dari 2 (dua) hal yang berlainan, (4) *al-masalih al- mursalah*, adalah menemukan hukum berdasarkan pertimbangan kemaslahatan masyarakat atau kepentingan umum, (5) *istihsan*, yaitu cara menentukan hukum dengan jalan menyimpang dari ketentuan yang sudah ada demi keadilan dan kepentingan sosial, (6) *istishab*, adalah menetapkan hukum sesuatu hal menurut keadaan yang terjadi sebelumnya, sampai ada dalil yang mengubahnya, dan (7) adat istiadat atau *urf* berkenaan dengan muamalah yang tidak bertentangan dengan hukum Islam dapat dikukuhkan tetap terus berlaku bagi masyarakat yang bersangkutan³⁵.

Mengenai hak-hak anak dari sumber hukum Islam, dapat dilihat pada beberapa ayat Al-Qur'an dan hadits sebagai berikut:

Al-Qur'an S. Al-Baqarah [2]: 233

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّمَ لِلرَّحْمَةِ وَالرَّحْمَةُ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ قَالَنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَأَلْتُمْ مَا اتَّيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

yang artinya :

”Dan ibu-ibu hendaklah menyusui anak-anaknya selama dua tahun penuh, bagi yang ingin menyusui secara sempurna. Dan kewajiban ayah menanggung nafkah dan pakaian mereka dengan cara yang patut. Seseorang tidak dibebani lebih dari kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita karena anaknya, dan jangan pula seorang ayah

³⁵ Ibid. hlm 86-88. Djuwityastuti dkk. *Pengantar Ilmu Hukum*. Pustaka Hanif. Surakarta. 2016. Hlm. 76-78.

(menderita) karena anaknya. Ahli warispun berkewajiban seperti itu pula...”.

Bahwa dalam memberikan tafsir terhadap penggalan ayat yang berbunyi :

....هَا بَوْلِدِ وَالِدَةٌ لِّتُضَارَّ

Artinya : “Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena (harus mencari nafkah untuk) anak yang dilahirkannya.....”, Abu Ja’far Muhammad At-Thobary dalam kitab tafsirnya memberikan *ta’wil* (pengertian secara kontekstual) terhadap penggalan ayat tersebut sebagai berikut: Pertama: Berdasarkan riwayat dari Ammar, dari Abi Ja’far, dari ayahnya, dari Yunus, dari Hasan, dia berkata, bahwa : Apabila si suami mentalak ibu anaknya (istrinya), maka anak tersebut tidak boleh menyengsarakan perempuan yang melahirkannya itu, sehingga perempuan tersebut merasa ingin mengasingkan anak itu darinya. Sebagian ulama menyatakan: “Kaum lelaki dilarang menyengsarakan ibu anaknya (istri yang melahirkan anaknya), kasihan anaknya “. Kedua: bahwa seorang ibu tidak boleh menanggung penderitaan atau merasa teraniaya akibat anak yang dilahirkannya. Oleh karena itu nafkah anak harus dibebankan di pundak ayahnya jika ayahnya masih hidup, dan dibebankan kepada orang yang menjadi *ashabah* (ahli waris ayahnya) jika ayahnya tersebut telah meninggal dunia.

Hadist Rasulullah SAW yang diriwayatkan oleh Ahmad, Abu Dawud, Bayhaqi, dan Al-Hakim yang diriwayatkan oleh Ahmad, Abu Dawud, Bayhaqi, dan Al-Hakim, artinya:

“dari Abdullah bin Amr: bahwa ada seorang perempuan berkata: Ya Rasulullah, sesungguhnya anakku laki-laki ini perutku yang menjadi bejananya. Lambungku yang jadi pelindungnya, dan tetekku yang menjadi minumannya. Tiba-tiba sekarang ayahnya mau mencabut dariku, Rasulullah SAW lalu bersabda: engkau lebih berhak terhadapnya, selama

engkau belum kawin lagi (HR. Ahmad dan Abu Daud. Hadits ini dianggap shahih oleh al-Hakim)³⁶.

Satria Effendi menjelaskan bahwa hadist tersebut dikhususkan bagi anak yang belum *mumayyiz*. Hadist tersebut sejalan dengan keputusan Khalifah Abu Bakar dalam sengketa antara Umar bin Khattab dan bekas istrinya perihal anak mereka yang bernama ‘Ashima. Sementara untuk anak yang telah *mumayyiz*, anak boleh memilih dengan siapa dia akan ikut setelah perceraian orangtuanya. Hal ini berdasarkan hadits dari Abu Hurairah yang menceritakan sengketa hak asuh antara seorang perempuan dengan mantan suaminya tentang anak mereka dimana si anak telah mampu menolong ibunya mengambil air dari sumur. Dalam perkara ini diceritakan bahwa Rasulullah menghadirkan kedua pihak yang bersengketa kemudian menanyai si anak tersebut. Pilihan anak tersebut yang dipakai Rasulullah sebagai dasar keputusannya. Pada cerita lain yaitu Rafi bin Sinan berebut hak asuh dengan istrinya yang *musyrikah*, dimana Rasulullah menilai pilihan anak itu merugikan dirinya sendirinya maka Rasulullah menolak pilihan si anak dan memutuskan berlainan dengan pilihan anak itu³⁷. Kedua hadits tersebut dapat dilihat dibawah ini, yang artinya:

Dari Abu Hurairah bahwa seorang wanita berkata,” wahai Rasulullah, sesungguhnya suamiku ingin membawa pergi anakku, padahal ia berguna untukku dan mengambilkan air dari sumur Abu Inabah untukku.” Lalu datang (bekas) suaminya, kemudian Nabi bersabda kepada anak tersebut. “wahai anak, ini bapakmu dan ini ibumu, pilihlah di antara keduanya yang kamu mau.” Lalu ia meraih tangan ibunya, maka ibunyalah yang membawanya pergi.” (HR Ahmad dan al-arba’ah, hadits ini dianggap shahih oleh at-Tirmidzi)³⁸.

Dari Rafi’ bin Sinan bahwa ia masuk Islam, namun istrinya enggan masuk Islam, Nabi kemudian mendudukan sang ibu (istrinya) di satu sisi dan bapaknya (Rafi’ bin Sinan) di sisi yang lain, lalu beliau

³⁶ Al-Hafizh Ibnu Hajar al-‘Asqalani. 2017. *Bulugh al Maram min Adillati al-Ahkam*. Terjemahan. Surakarta. Ziyad. Hlm 371. Muhammad Syaifuddin dkk. *Hukum Perceraian*. Cet. Kedua. Sinar Grafika Jakarta. 2014. Hlm.

³⁷ Satria Effendi M. Zein. *Problematisa Hukum Keluarga Islam Kontemporer*. Prenada Media Group. Jakarta. 2010. Hlm. 195-198

³⁸ Al-Hafizh Ibnu Hajar al-‘Asqalani. *Bulugh al Maram min Adillati al-Ahkam*. Terjemahan. Ziyad. Surakarta, 2017.Hlm. 372.

mendudukan anak mereka di antara keduanya. Si anak cenderung kepada ibunya, lalu beliau berdoa, “Ya Allah, berilah petunjuk kepadanya.” Setelah itu, si anak cenderung kepada bapaknya, maka dialah yang membawanya. (HR. Ahmad, an-Nasa’i. dan al-Hakim)³⁹.

Hukum Islam melalui *fiqh* para *fuqaha*’ telah membuat urutan-urutan orang yang berhak memegang *hadhanah* anak di bawah umur. Wahbah Az-Zuhaili merangkum urutan tersebut sebagai berikut⁴⁰:

- 1) Hanafiyyah: ibu, ibunya ibu, ibunya ayah, saudara-saudara perempuan, bibi dari jalur ibu, putri-putri saudara perempuan, putri-putri saudara lelaki, bibi dari jalur ayah, kemudian *ashobah* sesuai urutan kewarisan.
- 2) Malikiyah: ibu, nenek dari jalur ibu, bibi dari jalur ibu, nenek dari jalur ayah ke atas, kemudian saudara perempuan, bibi dari ayah, dan putri dari saudara. Kemudian orang yang mendapat wasiat untuk memelihara, dan bagian *ashobah*.
- 3) Syafi’iyyah: ibu, ibunya ibu, ibunya ayah, kakek dari ibu, saudara perempuan, bibi dari ibu, kemudian putri-putri saudara lelaki, putri-putri saudara perempuan, kemudian bibi dari ayah, kemudian setiap orang yang termasuk *mahrom* dan berhak mendapat warisan sebagai *ashobah* sesuai urutan waris.
- 4) Hanabilah: ibu, nenek dari jalur ibu, nenek dari jalur ayah, kakek dan ibunya kakek, kemudian saudara perempuan dari kedua orangtua, saudara perempuan dari ibu, saudara perempuan dari ayah, bibi dari jalur kedua orangtua, bibi dari jalur ibu, bibi dari jalur ayah, bibinya ibu, bibinya ayah, kemudian putrinya saudara lelaki, putrinya paman ayah, kemudian sisa kerabat yang paling dekat.

Ulama empat madzhab sepakat jika ada banyak kerabat satu tingkat yang berhak mengurus *hadhanah*, maka yang didahulukan adalah

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Wahbah Az-Zuhaili. *Fiqh Islam: Wa Adillatuhu: Hak-Hak Anak, Wasiat, Wakaf, Warisan*. Jilid 10. Damaskus. Darul Fikr. Terjemahan Abdul Hayyie al-Kattani, dkk. Gema Insani. Jakarta. 2011. Hlm. 63-63

yang dinilai paling mampu mengurus *hadhonah*. Jika kemampuannya sama maka dipilih yang lebih tua di antara mereka⁴¹.

Pendapat lain menyatakan bahwa urutan pemegang kuasa asuh setelah ibu kandung kawin, meninggal dunia atau tidak berkualifikasi, sebagai berikut. Pertama, bila ibu menikah lagi atau meninggal dunia, maka *hadhonah* pindah kepada ibu dari ibu, yaitu nenek anak. Bila nenek meninggal dunia atau tidak berkualifikasi, maka *hadhonah* pindah kepada ibu dari ayah si anak, yaitu nenek dari pihak ayah. Jika nenek tersebut juga meninggal dunia atau tidak berkualifikasi, maka *hadhonah* pindah kepada saudara perempuan anak bila ia mempunyai saudara perempuan yang sudah dewasa. Jika saudara perempuan tidak ada, maka *hadhonah* kepada salah satu bibi si anak atau saudara perempuan dari ibunya. Jika tidak ada bibi dari pihak saudara perempuan ibu, maka pindah kepada bibi dari saudara perempuan ayah. Bila semuanya tidak ada, maka hakim dapat menyerahkan *hadhonah* sang anak kepada seorang perempuan lain yang dilihatnya tepat, walaupun tidak mempunyai hubungan keluarga dengan anak tersebut sampai usia tertentu (tujuh tahun menurut para *fugaha*, dua belas tahun menurut KHI). Sekiranya tidak ada lagi karib kerabat perempuan, *hadhonah* dapat diserahkan kepada karib kerabat laki-laki⁴².

HR Ahmad menyatakan, yang artinya, bahwa sultan menjadi wali bagi anak yang tidak mempunyai wali. Walaupun hadist ini konteksnya adalah perkawinan namun Tajuddin as-Subki dalam al-Asybah wa an-Nâdhair menyatakan yang diacu/dipegangi adalah keumuman pengertian, bukan kekhususan sebab/konteks. Dengan demikian ketika seorang anak manusia tidak lagi mempunyai pelindung dari kalangan keluarga atau komunitasnya sendiri, maka sultan (baca negara) yang harus berperan

⁴¹ Ibid.. Hlm. 65

⁴² Abdullah Gofar. Mengkaji Ulang Hukum Acara Perceraian Di Pengadilan Agama. *Jurnal Amanagappa* Fakultas Hukum Hasanuddin Makasar. November 2012. Hlm. 32

dan mengambil tanggungjawab sebagai wali/pelindung bagi anak tersebut⁴³.

Pemberian nafkah kepada anak merupakan kewajiban ayah menurut QS Al-Baqaroh: 233. Pemberian nafkah kepada keluarga merupakan nafkah wajib yang pahalanya lebih besar dari ibadah sunah. Hal ini dijelaskan dalam Hadits Riwayat Muslim, yang artinya:

Dari Abu Hurairah berkata “Rasulullah bersabda “satu dinar yang engkau infakkan untuk perjuangan di jalan Alloh, satu dinar yang engkau infakkan untuk memerdekakan seorang budak, satu dinar yang engkau sedekahkan kepada seorang miskin, dan satu dinar yang engkau nafkahkan kepada keluargamu, maka pahalanya yang terbesar ialah yang engkau nafkahkan kepada keluargamu itu.”⁴⁴

Pada hadits lain dijelaskan bahwa memberi nafkah kepada keluarga paling mulia, sementara bagi orang yang tidak mau memberi nafkah kepada istri, anaknya, atau orang lain yang wajib diberi nafkah maupun binatang kendaraannya maka dosa yang besar bagi orang tersebut. Sebagaimana disebutkan dalam hadits Abu Dawud dan HR. Muslim, yang artinya: Dari Abdullah bin ‘Amr bin Al-‘Ash berkata, “Rasululloh bersabda, ‘cukuplah seseorang dianggap berdosa, jika ia menyia-nyiakan orang yang wajib ditanggung makannya’”⁴⁵.

Pemberian nafkah ini sesuai dengan kemampuannya sebagaimana disebutkan dalam QS Ath-Thalaaq:7,

لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا
سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا

yang artinya:

“Hendaklah orang yang mempunyai keluasaan memberi nafkah menurut kemampuannya, dan orang yang terbatas rejekinya, hendaklah memberi nafkah dari harta yang diberikan Alloh kepadanya. Alloh tidak membebani seseorang melainkan (sesuai) dengan apa yang diberikan Alloh kepadanya.”

⁴³ Masdar Farid Mas’udi. *Syarah UUD 1945 Perspektif Islam*. Pustaka Alvabet, Jakarta 2013. Hlm. 205

⁴⁴ Faishal bin Abdul Aziz Alu Mubarak. *Tathriz Riyadhus Shalihin*. Penerjemah Arif Mahmudi.. Riyadhus Shalihin dan Penjelasannya. Cetakan ke-enam. Ummul Qura. Jakarta. 2017 M/ 1438 H Hlm. 240

⁴⁵ Ibid. hlm 241.

Adapun jika ayah sudah tidak ada, atau ada tetapi miskin atau lemah dan tidak mampu untuk bekerja, sakit, atau sudah lanjut usia atau sejenisnya maka tanggungjawab nafkahnya dilimpahkan kepada⁴⁶:

- 1) Hanafiyah: keluarga jalur ke atas yang masih ada baik lelaki maupun perempuan dan ibu, sesuai bagian warisan mereka. Jika kerabat si anak yang masih ada hanya kerabat yang tidak termasuk ahli waris, mereka tetap berkewajiban memberi nafkah sesuai urutan kedekatan.
- 2) Malikiyyah: tanggungjawab nafkah hanya menjadi tanggungan ayah sendiri.
- 3) Syafi'iyah: ibu, kemudian kakek dan/atau nenek. Jika sama kedudukan nasab dan keberhakan mendapat warisan maka nafkah wajib atas mereka, tetapi jika tingkat kekerabatannya berbeda, yang wajib memberi nafkah adalah kerabat terdekat, baik ahli waris atau bukan.
- 4) Hanabillah: setiap ahli waris sesuai dengan kadar bagiannya.

Indikator besaran nafkah anak yang harus diberikan dalam Al-Qur'an dan hadits hanya dinyatakan "secukupnya". Oleh karenanya para *fuqaha* sepakat nafkah kerabat, baik anak dan cucu ditentukan dengan ukuran kecukupan, baik dalam roti, lauk, minuman, pakaian, tempat tinggal, maupun air susu ibu (ASI) jika masih menetek sesuai dengan keadaan ekonomi penanggung dan keadaan ekonomi negara. Jika si anak misalnya membutuhkan pembantu maka orangtua atau ayah harus menyediakannya karena hal ini termasuk dalam kategori kebutuhan⁴⁷. Indikator besaran nafkah anak ini berbeda dengan indikator besaran nafkah istri yaitu kebutuhan istri, beban biaya hidup, dan harga sembako⁴⁸. Dari kedua hal tersebut maka pemaknaan frasa "secukupnya" menjadi lebih kuantitatif dan hakim dalam menentukan putusannya dapat mempunyai acuan.

⁴⁶ Wahbah Az-Zuhaili. Buku ke 10. Op. cit. hlm 140-141

⁴⁷ Wahbah Az-Zuhaili. Buku ke 10. Ibid. Hlm 142.

⁴⁸ Wahbah Az-Zuhaili. Buku ke 10. Ibid. Hlm 127.

Wahbah menyatakan bahwa jika seorang fakir tidak punya kerabat kaya yang berkewajiban memberinya nafkah maka nafkah orang tersebut ditanggung oleh *Baitul Mal* atau simpanan harta Negara. Imam al-Kasani menjelaskan salah satu sumber pemasukan *Baitul Mal* adalah harta yang diambil dari tinggalkan si mayit yang tidak mempunyai ahli waris, atau meninggalkan suami atau istri. Dari pemasukan jenis ini kemudian dikeluarkan salah satunya untuk memberi nafkah kepada anak pungut, nafkah untuk orang yang tidak mampu bekerja dan orang tersebut tidak memiliki kerabat yang memberinya nafkah atau sejenisnya⁴⁹.

Dari penukilan ayat Al-Qur'an dan hadits-hadits di atas maka dapat disimpulkan bahwa hak asuh ada pada ibu saat anak masih belum dapat menentukan pilihannya sendiri. Setelah anak dapat menentukan pilihan maka keputusan hakim tentang hak asuh anak seyogyanya berdasar pilihan anak tersebut selama pilihan tersebut tidak merugikan bagi anak.

Sementara kewajiban nafkah ada pada ayah sesuai kemampuannya. Jika ayah tidak mampu, maka nafkah menjadi kewajiban bersama antara ibu, kakek dan/atau nenek serta ahli waris ayah sesuai bagian warisannya. Bagi anak yang sudah tidak mempunyai orang yang dapat melaksanakan pemenuhan hak-haknya maka kewajiban tersebut jatuh pada negara (pemerintah).

Pintu *ijtihad* sebagai gerbang yang memperlihatkan agama Islam sebagai agama yang luwes tetap terbuka dengan berdasarkan moralitas dan fitrah kemanusiaan, sehingga di mana pun eksistensi ajaran Islam dapat berkembang dengan baik dan pesat. Oleh karena kelenturan itu pula Islam dapat bertahan hingga dewasa ini. Khusus berkaitan dengan kewenangan *ijtihad* itu, Nabi Muhammad SAW bersabda, yang terjemahannya berbunyi: "jika hakim ber-*ijtihad* lalu melakukan kesalahan maka ia

⁴⁹ Wahbah Az-Zuhaili. Buku ke 10. Op. Cit. Hlm 109.

mendapat satu pahala dan jika ia tepat *ijtihad*-nya maka ia mendapat dua pahala”⁵⁰.

Dari paparan di atas dapat diketahui bahwa ada perbedaan peran (tugas dan kewajiban) secara tegas yang diemban masing-masing ayah dan ibu. Menurut Kaharudin, adanya titik perbedaan aturan hukum dalam hukum keluarga Islam khususnya perkawinan, berkenaan dengan kewajiban dan hak-hak laki-laki serta kewajiban dan hak-hak perempuan, itu bukan perbedaan yang diproyeksikan untuk melakukan tindakan diskriminatif oleh dan terhadap siapapun, melainkan harus dipahami semata-mata sebagai pembagian tugas yang sangat sistemik dan teratur guna mencapai tujuan dari pelaksanaan akad nikah dan pembentukan rumah tangga yang dikehendaki⁵¹.

Apabila dalam pelaksanaan peran masing-masing ada perselisihan maka Imam Syafi’I berkata, yang artinya: Allah *Azza wa Jalla* berfirman, “jika kamu khawatirkan ada kerenggangan hubungan antara keduanya, maka kirimlah seorang juru damai dari keluarga suami dan seorang juru damai dari keluarga istri”⁵².

Hal ini juga terdapat dalam Qs. An-Nisaa’ (4): 35

وَأِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا

Yang artinya

Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, Maka kirimlah seorang *hakam* dari keluarga laki-laki dan seorang *hakam* dari keluarga perempuan. jika kedua orang *hakam* itu bermaksud Mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Mengenal.

⁵⁰ Syekh Muhammad Al Khudhori Biek. *Ushul Fiqih*. Terjemahan alih bahasa Zaid H Alhamid. Raja Murah. Pekalongan 1982. Hlm 16

⁵¹ Kaharudin. Kesesuaian Nilai-Nilai Filsafat Hukum Perkawinan Dalam Ajaran Islam Dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. *Disertasi*. Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Gadjah Mada Yogyakarta. 2014. Hlm. 217-218

⁵² Imam Syafi’I Abu Abdullah Muhammad bin Idris. 2009. *Mukhtasyar Kitab Al Umm fi Al Fiqh*. Buku 2 Jilid 3-6. Terjemahan Imron Rosadi. Amiruddin. Imam Awaluddin. Ringkasan Kitab Al Umm. Jakarta. Pustaka Azzam.Hlm 571.

c. Sumber hukum barat

Sumber hukum barat yang dimaksud adalah hukum yang berasal dari KUH Perdata dan lain-lain yang dahulu pada jaman kolonial Belanda pernah berlaku secara utuh namun dengan adanya sistem hukum nasional, hukum tersebut menjadi tidak berlaku atau tidak utuh lagi berlakunya. Khususnya dalam hal masalah keluarga maka ketentuan yang dicermati adalah ketentuan dalam KUH Perdata.

Dari penyidikan maka ketentuan tentang hukum keluarga diatur dalam KUH Perdata Buku 1 perihal Orang, Bab IV tentang Perkawinan sampai Bab XVII tentang Pengampunan, Pasal 26 sampai Pasal 462. Khusus ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang hak asuh dan hak nafkah anak dalam KUH Perdata adalah sebagai berikut: Pasal 206 ayat (2) jo Pasal 229 ayat (1) mengatur tentang hak asuh anak setelah pisah meja dan ranjang serta setelah perceraian. Dalam kedua pasal tersebut dinyatakan bahwa pengadilan akan memilih salah seorang dari ayah atau ibu untuk melaksanakan kuasa asuh/perwalian. Dalam hal hak nafkah sesuai ketentuan Pasal 298 KUH Perdata⁵³, maka orangtua tetap berkewajiban memberikan tunjangan biaya pemeliharaan atau hak nafkah kepada anak.

Apabila ada kekhawatiran bahwa pihak yang tidak diberi tugas perwalian, tidak memberikan tunjangan nafkah maka hakim (Pengadilan) pada saat menjatuhkan putusan tentang bubarnya perkawinan dapat menetapkan besarnya tunjangan yang harus diberikan dan berapa lama tenggang waktu pembayaran, apakah setiap minggu, setiap bulan atau setiap tiga bulan. Hal ini dapat dicermati dari Pasal 206a dan Pasal 230b. Pembayaran diberikan kepada Dewan Perwalian.

Apabila perintah pembayaran tunjangan nafkah anak itu belum ada dalam putusan hakim maka berdasar Pasal 206 b dan Pasal 230c, dewan

⁵³ Pasal 298 berbunyi sebagai berikut: Kehilangan kekuasaan orang tua atau kekuasaan wali tidak membebaskan mereka dari kewajiban untuk memberi tunjangan menurut besarnya pendapatan mereka guna membiayai pemeliharaan dan pendidikan anak-anak mereka itu.

perwalian berhak menuntut tunjangan tadi setelah putusan perceraian didaftarkan pada kantor catatan sipil.

Dari paparan di atas maka dapat disarikan bahwa setelah hakim memutuskan terjadi pembubaran perkawinan, dilanjutkan dengan penetapan hakim mengenai hak asuh dan hak nafkah anak dengan memanggil para pihak dan keluarga dari para pihak. Jika hakim belum melakukan penetapan tersebut maka menjadi tugas dewan perwalian untuk memastikan pemenuhan hak-hak anak yang perkawinan kedua orangtuanya bubar.

Besar tunjangan nafkah ditentukan atas tiga (3) indikator yaitu besarnya kebutuhan si anak, besarnya pendapatan orang yang harus memberi tunjangan dan jumlah serta keadaan orang yang menjadi tanggungan dari si penanggung. Hal ini dapat disimpulkan dari Pasal 329a⁵⁴. Perubahan atau pencabutan penetapan tunjangan nafkah tersebut dimungkinkan menurut Pasal 329b. Perubahan atau pencabutan harus melalui putusan hakim dan dapat dikabulkan apabila ada keadaan yang telah berubah secara signifikan.

Bagi orangtua yang merasa tidak puas dengan kelakuan anaknya dapat mengajukan permohonan kepada hakim untuk meletakkan anak dalam penampungan baik yang diselenggarakan oleh Negara atau swasta. Biaya penampungan dibiayai oleh anak (Pasal 302). Apabila orangtua atau anak tidak sanggup membayar biaya penampungan maka segala biaya dibebankan pada Negara (Pasal 303 ayat (3))

Paparan di atas juga menjelaskan bahwa sebenarnya ada perbedaan konsep yang mendasar antara UU Perkawinan dan KUH Perdata terkait kekuasaan orangtua dan perwalian. Sangat perlu diperhatikan adalah jika menurut KUH Perdata, perwalian mulai ada sejak perkawinan antara

⁵⁴ Nafkah yang diwajibkan menurut buku ini (buku 1 KUH Perdata), termasuk yang diwajibkan untuk pemeliharaan dan pendidikan seorang anak di bawah umur, harus ditentukan menurut perbandingan kebutuhan pihak yang berhak atas pemeliharaan itu, dengan pendapatan dan kemampuan pihak yang wajib membayar, dihubungkan dengan jumlah dan keadaan orang-orang yang menurut buku ini menjadi tanggungannya.

kedua orangtua putus walapun salah satu orangtua masih hidup. Dalam hal ini orangtua yang masih hidup, bertindak sebagai wali. Sementara UU Perkawinan mengatur bahwa perwalian hanya ada apabila kedua orangtua telah meninggal. Dengan demikian, wali dalam perwalian anak dilakukan oleh orang lain yang tidak mempunyai kedudukan sebagai orang tua. Menurut KUH Perdata, wali boleh menggandakan harta anak dan berhak mengambil prosentase tertentu dari keuntungan harta tersebut, sementara menurut UU Perkawinan, orangtua yang masih hidup ataupun wali tidak boleh menggandakan harta anaknya⁵⁵. Pengaturan berbeda dijumpai dalam Pasal 106 KHI. Dalam pasal tersebut orangtua berkewajiban merawat dan mengembangkan harta anaknya.

Walaupun sebelumnya telah dijelaskan bahwa KUH Perdata tetap berlaku namun hal ini hanya untuk hal-hal yang belum diatur dalam UU Perkawinan, PP Nomor 9 tahun 1975 dan khusus untuk orang Islam, adalah ketentuan-ketentuan dalam KHI. Dalam hal transformasi kekuasaan orangtua menjadi perwalian tersebut, secara jelas telah diatur dalam UU Perkawinan sehingga ketentuan sama yang diatur dalam KUH Perdata, menjadi tidak berlaku.

Di samping ada perbedaan, juga ditemukan persamaan pengaturan dalam UU Perkawinan dan KUH Perdata. Persamaannya adalah (1) putusnya perkawinan melalui cara apapun tidak berpengaruh pada kewajiban orangtua, (2) kewajiban orangtua terdiri atas kewajiban mendidik dan memelihara anak atau dengan kalimat lain, hak anak adalah mendapat pemeliharaan dan didikan dari orangtua, (3) dalam hal pelaksanaan perwalian terhadap anak di bawah umur maka dikenal ada wali sementara dan wali pengawas.

Perbedaan dimaksud secara rinci dapat dilihat pada paparan di bawah ini.

⁵⁵ Pengaturan dalam UU Perkawinan ini berbeda dengan pengaturan dalam KHI Pasal 106 yang menetapkan bahwa “orangtua berkewajiban merawat dan mengembangkan harta anak yang belum dewasa atau di bawah pengampuan dan tidak diperbolehkan memindahkan atau menggadaikannya kecuali ...”

Tabel 18. Perbedaan antara KUH Perdata dengan UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak dalam hal pengaturan kekuasaan orangtua setelah kematian orangtua dan perwalian

No	Indikator	KUH Perdata	UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak
1	2	3	4
1	Keberlanjutan pemenuhan hak anak	Kekuasaan orangtua berubah menjadi perwalian Kuasa asuh dipegang salah satu orang tua (bisa bapak atau ibu), biaya nafkah ditanggung bersama	Kekuasaan orangtua setelah kematian atau perceraian/ pembatalan perkawinan tidak berubah menjadi perwalian. Perwalian muncul jika kedua orangtua sudah meninggal. Kuasa asuh dipegang salah satu orangtua (prioritas pada ibu terutama untuk anak yang masih di bawah umur), biaya nafkah terutama dibebankan pada bapak. Jika bapak tidak mampu, ibu juga mendapat kewajiban yang sama.
2	Dewan perwalian	Ada dewan perwalian yang dapat menuntut hak nafkah bagi anak.	Pengaturan pemenuhan hak anak diserahkan sepenuhnya pada orangtua.
3	Lama kewajiban orangtua	Anak mempunyai hak-hak tersebut sampai anak tersebut dewasa yaitu berumur 21 tahun atau jika sudah menikah.	Kewajiban orangtua untuk mendidik dan memelihara anak berlangsung sampai anak menikah atau dapat berdiri sendiri.
4	Adanya perwalian	Setelah perkawinan orangtua putus/bubar.	Setelah kematian kedua orangtua.
5	Pertanggungjawaban wali	Wali membuat laporan setahun sekali kepada wali pengawas	Tidak ada ketentuannya
6	Wewenang wali sementara	Mengurus diri dan harta kekayaan anak	Mengurus harta kekayaan anak
7	Mulainya wali pengawas	Pelaporan dari kantor catatan sipil, wali yang bersangkutan atau pemberitahuan dari panitera pengadilan.	Penetapan hakim tentang penunjukan wali yang diberitahukan oleh panitera
8	Pelaksana sebagai wali pengawas	BHP	BHP, LKSA, Dinas Sosial
9	Keberadaan BHP	Di setiap tempat yang ada Pengadilan negeri.	Saat ini di Indonesia ada 5 BHP ⁵⁶

⁵⁶ Berdasarkan Pasal 40 Instruksi Balai-Balai Harta Peninggalan di Indonesia Stbl. 1872 No. 166 terdapat 5 BHP yang wilayah Kerjanya meliputi : Balai Harta Peninggalan Jakarta wilayah kerjanya meliputi 8 (delapan) propinsi yaitu : Wilayah DKI Jakarta, Jawa Barat, Banten, Lampung, Sumatera Selatan, Bangka Belitung, Jambi dan Kalimantan Barat; Balai Harta Peninggalan Surabaya wilayah kerjanya meliputi 4 (empat) wilayah yaitu : Jawa Timur, Kalimantan Timur, Kalimantan Selatan, Kalimantan Tengah; Balai Harta Peninggalan Semarang wilayah kerjanya meliputi 2 (dua) wilayah yaitu : Jawa Tengah dan Daerah Istimewa Yogyakarta; Balai Harta Peninggalan Medan wilayah kerjanya meliputi 8 (delapan) wilayah yaitu : Sumatera

10	Pertanggungjawaban wali pengawas	Tidak ada ketentuannya	Tidak ada ketentuannya
11	Pertanggungjawaban wali sementara	Tidak ada ketentuannya	Tidak ada ketentuannya

Dari sumber-sumber hukum di Indonesia di atas, dapat dirangkum berbagai alternatif solusi untuk masalah yang dihadapi, yang dapat dilihat pada tabel di bawah ini.

Tabel 19. Rangkuman alternatif solusi dari sumber hukum di Indonesia

No	Masalah	Hukum Adat	Hukum Islam	Hukum Barat
1	Pencantuman hak-hak anak dalam putusan perceraian/pembatalan perkawinan			Dicantumkan dalam putusan hakim sebagai hasil dari pertemuan dengan kedua pihak atau keluarga kedua belah pihak setelah hakim menetapkan putusan bubarnya perkawinan.
2	Urutan kuasa asuh dan Urutan pemberi hak nafkah	a. Pada sistem keluarga patrilineal, urutan kuasa asuh dan pemberi hak nafkah adalah keluarga terdekat laki-laki dari pihak ayah. b. Pada sistem keluarga matrilineal, urutan kuasa asuh dan pemberi hak	Urutan kuasa asuh dari keluarga terdekat didahulukan dari pihak ibu baru kemudian pihak ayah. Urutan pemberi nafkah anak berdasar urutan ahli waris (<i>ashobah</i>) ayah. Jika tidak ada keluarga yang dapat mendidik dan memelihara maka kewajiban	Tidak ada, karena anak kemudian diurus oleh dewan perwalian.

Utara, Jambi, Nangroe Aceh Darussalam, Riau, Kepulauan Riau, Sumatera Barat, Bengkulu dan Bangka Belitung; Balai Harta Peningggalan Makassar wilayah kerjanya meliputi 12 (dua belas) wilayah yaitu: Sulawesi Selatan, Sulawesi Tengah, Sulawesi Barat, Sulawesi Utara, Sulawesi Tenggara, Bali, Papua, Papua Barat, Nusa Tenggara Timur, Godekatrontalo, Maluku dan Maluku Utara.

		nafkah adalah keluarga terdekat laki-laki dari pihak ibu. c. Pada sistem keluarga bilateral, urutan kuasa asuh dan pemberi hak nafkah adalah keluarga terdekat dari pihak ayah dan ibu, dipilih yang lebih mampu.	jatuh pada Negara.	
3	Indikator kuasa asuh dan indikator besaran hak nafkah	-----	Indikator kuasa asuh adalah beragama Islam. Besaran nafkah adalah secukupnya sesuai kebutuhan anak.	Besar hak nafkah anak ditentukan atas tiga (3) indikator yaitu besarnya kebutuhan si anak, besarnya pendapatan orang yang harus memberi tunjangan dan jumlah serta keadaan orang yang menjadi tanggungan dari si penanggung. (Pasal 329a)
4	Eksekusi hak nafkah anak	-----	-----	Melalui permohonan eksekusi ke pengadilan
5	Pengawasan	Dilaksanakan oleh keluarga	Dilaksanakan oleh keluarga	Dilaksanakan oleh dewan perwalian
6	Tindaklanjut	Dilaksanakan oleh keluarga	Dilaksanakan oleh keluarga	Dilaksanakan oleh dewan perwalian sampai anak berumur 21 tahun.

2. Konsep perlindungan anak setelah putusnya perkawinan orangtua dari Praktek-Praktek Baik (*Best Practises*) di Negara lain

Pada kesempatan ini, diambil praktek-praktek baik (*best practices*) dari 2 (dua) negara yaitu Australia dan Malaysia.

a. Australia

Di Australia saat ini, pengajuan perceraian dilakukan secara *online* dan dapat diajukan secara bersama atau oleh salah satu pihak. Pengajuan dapat dilakukan setelah pihak yang mengajukan mempunyai sertifikat dari praktisi alternatif penyelesaian sengketa keluarga yang terdaftar (*a registered family dispute resolution practitioner*) sebagai bukti bahwa ia telah mencoba menyelesaikan perselisihan di dalam keluarganya secara *non litigasi* tapi gagal. Jika permohonan cerai (*application to divorce*) diajukan bersama maka disebut *joint application* dan kedua pihak disebut sebagai *joint applicants*, sedangkan jika hanya diajukan oleh salah satu pihak maka disebut *sole applicant* dan pihak yang mengajukan disebut *applicant* sementara pihak yang lain disebut *respondent*. Apabila *responden* tidak setuju untuk bercerai maka ia dapat mengisi *response to divorce*. Jika salah satu pihak dalam *joint applicants* keberatan atau suatu fakta maka ia juga dapat menjawab menggunakan *response to divorce*.

Apabila permohonan perceraian secara *joint application* maka para pihak tidak perlu hadir dalam persidangan. Apabila permohonan secara *sole application* dan ada anak berumur di bawah 18 tahun maka *applicant* harus menghadiri persidangan. Apabila *respondent* tidak mengirimkan *response to divorce* atau ia menjawab tapi tidak berkeberatan atas permohonan perceraian maka *respondent* tidak perlu hadir di persidangan, Apabila *respondent* menjawab dan ia memberi keterangan yang berlawanan dengan permohonan maka ia harus menghadiri persidangan⁵⁷.

Putusan perceraian di Australia hanya memuat tentang putusnya perkawinan dan tidak sekaligus memuat tentang harta perkawinan atau

⁵⁷

<http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/fcoaweb/family-law-matters/separation-and-divorce/divorce/divorce> diakses tanggal 27 September 2017 pukul 10.00

pemeliharaan anak-anak. Namun sebelum dapat mengajukan permohonan perceraian, pihak yang mengajukan harus mengisi beberapa informasi terlebih dahulu. Informasi yang diminta adalah tentang bantuan hukum (*legal advice*), anak (*children*), layanan (*service*), alamat (*can't locate your spouse*), kehadiran di pengadilan (*attendant at court*), dan lain-lain. Informasi tentang anak yang diminta adalah terkait rencana orangtua tentang anak (*parenting plan*). Isi *parenting plan* ini antara lain tentang rumah tempat anak kelak tinggal jika tidak di sekolah, pengasuhan (*care arrangements*), pendidikan: tingkat dan kemajuan (*schooling - grade and progress*), layanan kesehatan (*health of the child/ren*), komunikasi dengan ayah/ibu dan jika tidak ada kontak, mengapa? (*contact with father/mother and if no contact, why?*), siapa yang menanggung nafkah anak? (*financial support provided by the father/mother if not, why not?*). Informasi ini untuk diisikan pada permohonan perceraian bagian F. Hakim tidak akan mengabulkan permohonan perceraian jika belum ada *parenting plan* yang layak untuk anak/anak-anak⁵⁸.

Setelah permohonan perceraian disetujui maka jika para pihak ingin membuat pengaturan tentang masalah pemeliharaan anak/anak-anak maka dapat membuat kesepakatan bersama (*consent order*) dengan pasangan dan mengajukannya ke pengadilan atau meminta perintah pengadilan (*court order*) jika tidak tercapai kesepakatan⁵⁹. *Court order* ini bersifat sebagai perintah eksekusi apabila dipahami dalam sistem hukum Indonesia.

Dengan demikian walaupun dalam putusan hakim Australia tentang perceraian, hanya memuat putusannya perkawinan namun saat ada pihak yang tidak membayar hak nafkah anak, tidak perlu melalui persidangan lagi, dan hanya perlu memohonkan perintah eksekusi (*court*

⁵⁸

<http://www.federalcircuitcourt.gov.au//wps/wcm/connect/fccweb/how-do-i/divorce/apply-for-a-divorce/apply-for-divorce> diakses tanggal 6 februari 2018 pukul 21.00

⁵⁹ <http://guides.dss.gov.au/child-support-guide/3/1/3> diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 20.00

order) dari pengadilan keluarga. Besaran nafkah anak yang harus dibayarkan akan dihitung oleh sistem.

Pengaturan secara lebih detail mengenai hak asuh dan hak nafkah anak dalam sistem hukum Australia dapat ditemui pada Undang-Undang Nomor 53 Tahun 1975 tentang hukum keluarga (*Family Law Act 1975/FLA*). Undang-undang ini dirubah pada tahun 1995 sehingga menjadi *Family Law Reform Act 1995* dan kemudian diamandemen pada tahun 2006 sehingga menjadi *Family Law Amendment Act 2006*.

Hukum keluarga Australia menetapkan pengaturan terkait anak berdasarkan konsep “*All matters pertaining to children are determined on the basis of who the child will ‘live with’ and ‘spend time with’*”⁶⁰. Pengadilan secara hukum berkewajiban (*legally obliged*) untuk memutuskan dengan siapa anak tinggal dan dengan siapa menghabiskan waktu berdasarkan prinsip kepentingan terbaik anak (*the best interest of children*)⁶¹.

Pengadilan memutuskan hak asuh anak, tempat tinggal anak, dan keberlanjutan hak nafkah anak (*child custody laws, residence of children and ongoing financial support of children*). Hal ini berlaku sama baik untuk anak yang dilahirkan dari perkawinan resmi orangtua, kumpul kebo, pasangan sesama jenis atau anak adopsi (*married, de facto, same sex couples or adoptive*)⁶².

Hak asuh di Australia dibedakan antara *physical custody* dan *legal custody*. *Physical custody* adalah hak untuk bertempat tinggal dan menghabiskan waktu bersama anak, sementara *legal custody* adalah hak untuk mengambil keputusan terkait kepentingan anak seperti keputusan tentang pendidikan, agama, sekolah yang akan diikuti, layanan kesehatan yang diperlukan/diambil, dan lain-lain. Dengan adanya pemaknaan

⁶⁰ Terjemahan oleh peneliti: Semua hal yang berkaitan dengan anak ditentukan berdasarkan dengan siapa anak itu 'tinggal' dan dengan siapa 'menghabiskan waktu'.

⁶¹ <https://www.cmlaw.com.au/blog/post/what-are-australias-child-custody-laws/> diunggah tanggal 9 Juli 2015, diakses tanggal 15 November 2017 pukul 08.00

⁶² <https://www.armstronglegal.com.au/family-law/child-custody/> diakses tanggal 15 November 2017 pukul 08.30

tersebut maka ada beberapa variasi pengasuhan yaitu hak asuh tunggal (*sole custody*) untuk *physical dan legal custody*, hak asuh tunggal untuk *physical* tapi *joint* untuk *legal custody*, hak asuh tunggal untuk *legal* tapi *joint* untuk *physical custody* dan hak asuh bersama (*joint/share custody*) baik untuk *physical* maupun *legal custody*⁶³.

Hak asuh tunggal adalah saat orang tua memiliki kontrol tunggal terhadap anak atau anak-anaknya. Hak asuh tunggal diberikan kepada salah satu orangtua saat pengadilan menganggap orang tua yang lain tidak layak, tidak mau, dan atau tidak ada.

Hak asuh bersama diberikan hakim apabila kedua orangtua ada dan mempunyai keinginan untuk mengasuh anak atau anak-anaknya. Pada prakteknya dapat dilaksanakan dengan memberikan hak kunjung atau anak menghabiskan beberapa hari dalam satu minggu di salah satu rumah orangtua dan sisa hari lain dalam minggu tersebut di rumah orangtua yang lain. Pada *joint physical and legal custody* maka terjadi *shared decision-making* dan *shared care time*.

Sementara mengenai hak nafkah anak, pengaturan di Australia mengatur bahwa pada prinsipnya hak nafkah anak merupakan tanggungjawab orangtua secara bersama. Sejak tahun 1988 telah dibangun suatu skema hak nafkah anak (*Child Support Scheme/CSS*). Tujuan CSS adalah untuk menjamin bahwa orangtua yang tidak tinggal bersama anak berkontribusi secara finansial terhadap anaknya setelah perpisahan⁶⁴.

CSS ditetapkan berdasar *Child Support (Registration and Collection) Act* dan the *Child Support (Assessment) Act*. The Child Support Agency (CSA) sebagai pelaksana dari kedua UU tersebut. CSA merupakan bagian dari Australian Government Department of Human Services⁶⁵.

⁶³ <http://www.australianchildcustody.com/> diakses tanggal 15 November 2017 pukul 09.00

⁶⁴ Rae Kaspew. *Evaluation Of The 2006 Family Law Reforms*. Australian Governments. Australian Institute of Family Studies. 2009. Hlm 191.

⁶⁵ <https://www.alrc.gov.au/publications/family-violence%E2%80%94child-support-and-family-assistance/child-support-laws> diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 20.30

Melalui *Child Support Amendment Act 2006*, CSS disempurnakan menjadi (*Child Support Formula/CSF*). Perubahan dimaksudkan untuk lebih akurat menggambarkan biaya kebutuhan anak-anak, penghasilan kedua orang tua, dan biaya yang dikeluarkan oleh orang tua saat anak-anak berada dalam perawatannya langsung serta peningkatan penekanan pada penegakan kewajiban nafkah anak.

Saat ini pengelolaan hak nafkah anak di Australia dapat dilaksanakan oleh kedua orangtua (*self management*) atau dengan melibatkan/melalui sistem pembayaran hak nafkah anak yang dikelola Badan Nafkah Anak (*Child Support Agencies/CSA*) di bawah *Department Of Human Services*.

Ketika orangtua bersepakat untuk mengelola sendiri hak nafkah anak setelah putusya perkawinan maka cukup dengan menentukan besaran hak nafkah anak, kapan waktu dan bagaimana cara pembayarannya. Saat ini terjadi maka kesepakatan tersebut (*a child support agreement*) tidak perlu didaftarkan di CSA.

Jika orangtua yang bercerai tidak menemui kesepakatan maka dapat memutuskan untuk tidak mengelola sendiri. Dalam hal ini maka berdasar sistem penilaian nafkah anak (*Child Support Assessment*) yang akan menentukan siapa yang harus membayar dan berapa yang harus dibayar dengan menggunakan rumus tertentu.

Penentuan besaran hak nafkah anak oleh sistem ditinjau dari indikator pendapatan masing-masing orangtua dan pendapatan bersama (*combine income*), berapa banyak waktu yang dihabiskan orangtua bersama anak, dan usia anak. Apabila waktu pengasuhan orangtua lebih sedikit dari bagian pendapatan bersama maka orangtua tersebut harus membayar hak nafkah anak kepada orangtua yang lain. Apabila waktu pengasuhannya lebih banyak dari bagian pendapatan bersama maka

orangtua tersebut akan menerima hak nafkah anak dari orangtua yang lain⁶⁶.

Untuk menentukan berapa besaran nafkah anak yang harus dibayar setiap orangtua, maka ada 8 langkah (*The 8 Steps of the Basic Formula*) yang dilaksanakan oleh panitera (*magistrar*), yaitu (1) menentukan besaran penghasilan setiap orangtua (*a parent's child support income*), (2) menentukan besaran penghasilan kedua orangtua (*combine child support income*), (3) menentukan prosentase penghasilan (*income presentage*) setiap orangtua yang didapat dari *combine child support income* dibagi *a parent's child support income*, (4) menentukan prosentase pengasuhan (*percentage of care*) yang didapat dari kemungkinan pengasuhan/perawatan orang tersebut kepada anak selama 12 bulan ke depan, (5) menentukan prosentase biaya (*cost percentage*) dari tabel yang telah ditentukan berdasarkan perimbangan dengan *percentage of care* yang didapat dari perhitungan pada langkah ke-4, (6) menentukan prosentase nafkah anak (*child support percentage*) yang didapat dari *income percentage* dikurangi *cost percentage*, (7) menentukan besaran nafkah anak (*costs of the child*), (8) menentukan besaran nafkah anak untuk anak setiap tahunnya yang didapat dengan rumus prosentase nafkah anak dikalikan besaran nafkah anak ($Child\ support\ percentage \times Costs\ of\ the\ child$)⁶⁷.

Penentuan besaran nafkah anak (*costs of the child*) yang disebutkan pada langkah 7, sudah ditetapkan dalam suatu tabel yang dibuat oleh Kementerian Sosial Australia. Tabel tersebut diperbarui setahun sekali dan mulai berlaku setiap awal tahun. Besaran nafkah anak dibedakan berdasar pendapatan orangtua, umur anak, dan jumlah anak yang ditanggung orangtua yang bersangkutan⁶⁸.

⁶⁶ <https://www.humanservices.gov.au/individuals/enablers/child-support-assessment-formula> diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 12.00

⁶⁷ <http://guides.dss.gov.au/child-support-guide/2/4/7> diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 13.30

⁶⁸ <http://guides.dss.gov.au/child-support-guide/2/4/2#coststable> diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 12.30

Tabel 20. Besaran nafkah anak di Australia (*costs of the child*) Tahun 2018

Parents' combined child support income (2.4.4)						
Fraction of MTAWE	0.5	1	1.5	2	2.5	Costs of children do not increase above this cap
No. of children	\$0 to \$36,803	\$36,804 to \$73,606	\$73,607 to \$110,409	\$110,410 to \$147,212	\$147,213 to \$184,015	Income over \$184,015
Costs of the children (to be apportioned between parents)						
Children aged 0-12 years						
1 child	17c for each \$1	\$6,257 plus 15c for each \$1 over \$36,803	\$11,777 plus 12c for each \$1 over \$73,606	\$16,193 plus 10c for each \$1 over \$110,409	\$19,873 plus 7c for each \$1 over \$147,212	\$22,449
2 children	24c for each \$1	\$8,833 plus 23c for each \$1 over \$36,803	\$17,298 plus 20c for each \$1 over \$73,606	\$24,659 plus 18c for each \$1 over \$110,409	\$31,284 plus 10c for each \$1 over \$147,212	\$34,964
3 + children	27c for each \$1	\$9,937 plus 26c for each \$1 over \$36,803	\$19,506 plus 25c for each \$1 over \$73,606	\$28,707 plus 24c for each \$1 over \$110,409	\$37,540 plus 18c for each \$1 over \$147,212	\$44,165
Children aged 13 + years						
1 child	23c for each \$1	\$8,465 plus 22c for each \$1 over \$36,803	\$16,562 plus 12c for each \$1 over \$73,606	\$20,978 plus 10c for each \$1 over \$110,409	\$24,658 plus 9c for each \$1 over \$147,212	\$27,970
2 children	29c for each \$1	\$10,673 plus 28c for each \$1 over \$36,803	\$20,978 plus 25c for each \$1 over \$73,606	\$30,179 plus 20c for each \$1 over \$110,409	\$37,540 plus 13c for each \$1 over \$147,212	\$42,324
3 + children	32c for each \$1	\$11,777 plus 31c for each \$1 over \$36,803	\$23,186 plus 30c for each \$1 over \$73,606	\$34,227 plus 29c for each \$1 over \$110,409	\$44,900 plus 20c for each \$1 over \$147,212	\$52,261
Children of mixed age						
2 children	26.5c for each \$1	\$9,753 plus 25.5c for each \$1 over \$36,803	\$19,138 plus 22.5c for each \$1 over \$73,606	\$27,419 plus 19c for each \$1 over \$110,409	\$34,412 plus 11.5c for each \$1 over \$147,212	\$38,644
3 + children	29.5c for each \$1	\$10,857 plus 28.5c for each \$1 over \$36,803	\$21,346 plus 27.5c for each \$1 over \$73,606	\$31,467 plus 26.5c for each \$1 over \$110,409	\$41,220 plus 19c for each \$1 over \$147,212	\$48,213

Sumber: <http://guides.dss.gov.au/child-support-guide/2/4/2#coststable>

Tabel 20 di atas menjelaskan bahwa di Australia ada standar nafkah anak yang berbeda berdasarkan penghasilan orangtua (dipilah dalam 6 kategori), jumlah anak dari perkawinan tersebut (dipilah dalam 5 kategori yaitu kategori 0 anak, 1 anak, 2 anak, 3 anak, atau lebih dari 3

anak), dan umur anak (dipilah dalam 3 kategori yaitu kategori 0-12 tahun, di atas 13 tahun, dan umur campuran). Dari tabel 15 di atas dapat diketahui bahwa kewajiban orangtua memberi nafkah pada anak misalnya untuk orangtua yang berpendapatan \$ 40,000 yang berarti berada di kategori 2 dengan jumlah anak sebanyak 3 dan berumur campuran maka kewajiban nafkahnya adalah \$10,857 ditambah 28,5 sen untuk setiap dolar dari penghasilan orangtua tersebut yang berarti adalah sebanyak $\$10,857 + (28,5 \times 1 \times 40000) = \$10,857 + \$11,400 = \$22,257$.

Jumlah di atas merupakan kewajiban kedua orangtua. Untuk pembagian beban setiap orangtua atau berapa yang harus dibayar ayah atau ibu dari jumlah itu, maka prosentasenya dapat dilihat pada tabel 16 di bawah ini.

Tabel 21. Hubungan prosentase pengasuhan (*percentage of care*) dengan prosentase biaya (*cost percentage*) di Australia

Percentage of Care	Cost percentage
0 to less than 14%	Nil
14% to less than 35%	24%
35% to less than 48%	25% plus 2% for each percentage point over 35%
48% to 52%	50%
More than 52% to 65%	51% plus 2% for each percentage point over 53%
More than 65% to 86%	76%
More than 86% to 100%	100%

Sumber: <http://guides.dss.gov.au/child-support-guide/2/4/2#coststable>

Keterangan : pembulatan dilakukan sebagai berikut, jika angka di belakang koma lebih besar dari 50 maka pembulatan ke bawah sedangkan jika angka di belakang koma lebih kecil dari angka 50 maka pembulatan dilakukan ke atas. Sebagai contoh antara lain:

- A percentage of care of 11% equates to a cost percentage of 0%.*
- A percentage of care of 19% equates to a cost percentage of 24%.*
- A percentage of care of 40% equates to a cost percentage of 35%.*
- A percentage of care of 50% equates to a cost percentage of 50%.*
- A percentage of care of 81% equates to a cost percentage of 76%.*
- A percentage of care of 88% equates to a cost percentage of 100%*

Dari tabel 21 di atas dapat dilihat bahwa waktu pengasuhan disetarakan kewajiban pemberian nafkah. Jika waktu bersama anak 0%-14% setara dengan pembayaran nafkah 0%. Jika waktu bersama anak 86%-100% setara dengan pembayaran hak nafkah 100%. Dengan demikian misalnya ibu mengasuh anak selama 21-24 jam per hari maka dia tidak lagi mempunyai kewajiban untuk membayar nafkah anak namun jika ibu bersama anak hanya selama 0-3,5 jam sehari maka dia berkewajiban membayar 100 % nafkah anak sebagaimana yang sudah ditentukan dalam tabel 15.

Pengertian anak menurut hukum Australia adalah anak di bawah umur 18 tahun, namun untuk keperluan hak nafkah anak, pengadilan dapat memutuskan pemberian hak nafkah untuk anak di atas 18 tahun yang menderita disabilitas atau untuk keperluan sekolah lanjut tetapi belum menikah/hidup bersama (*not be a member of a couple*)⁶⁹.

Pembayaran nafkah anak yang pengelolaannya secara *privat collect* atau *self management* dapat dilakukan *cash* atau melalui *bank transfer, employer, cek*, atau alat pembayaran lain, sedangkan apabila pengelolaannya melalui sistem maka pembayaran (*child support collect*) dapat dilaksanakan melalui *bank transfer, BPAY, employer, Billpay, credit or debit card, Express Plus Child Support mobile app., mail*, dan *income supports payments*.

CSA menggunakan berbagai metode untuk mengumpulkan pembayaran, termasuk potongan dari gaji dan upah, pengembalian pajak, jaminan sosial pensiun atau tunjangan, manfaat pajak keluarga, pembayaran di bawah Undang-Undang Hak Veteran 1986 dan pembayaran cuti orang tua. *Child support collect* dapat berjalan apabila sudah ada penghitungan besaran hak nafkah yang berdasar sistem, kesepakatan orangtua atau perintah pengadilan (*a child support assessment, agreement or court order*).

⁶⁹ <http://guides.dss.gov.au/child-support-guide/2/4/7> diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 13.30

Untuk memotivasi warganegaranya melaksanakan kewajiban sebagai orangtua terutama dalam hal pembayaran hak nafkah anak, pemerintah Australia memberi insentif berupa *Family Tax Benefit* (FTB). *Family Tax Benefit* (FTB) adalah pemberian biaya membesarkan anak-anak untuk membantu keluarga yang memenuhi syarat. Ini terdiri dari dua bagian: FTB Bagian A - dibayar per anak dan jumlah yang dibayarkan didasarkan pada keadaan keluarga. FTB Bagian B - dibayar per keluarga dan memberi bantuan ekstra kepada orang tua tunggal dan keluarga dengan hanya satu penghasilan utama⁷⁰.

Berdasarkan Undang-Undang Hukum Keluarga (Family Law Act/FLA), kewajiban memberi nafkah anak berakhir yaitu (1) jika anak meninggal, (2) jika pembayar (*payer*) mati, kecuali jika perintah tersebut secara tegas mengatur agar terus berlanjut setelah kematian pembayar, (3) jika penerima pembayaran (*payee*) meninggal, kecuali jika perintah tersebut secara tegas mengaturnya berlanjut setelah kematian penerima pembayaran dan menunjuk seseorang kepada siapa pembayaran tersebut dilakukan, (4) jika anak diadopsi, menikah atau memulai hubungan *de facto*, (5) ketika anak berusia 18 tahun kecuali perintah tersebut mengatakan bahwa hal itu akan berlanjut setelah itu, (6) ketika umur anak di atas 18 tahun semata-mata untuk memungkinkan anak menyelesaikan pendidikannya atau saat anak tersebut berhenti menempuh pendidikan, atau (7) untuk anak berusia di atas 18 tahun, yang dibuat karena anak tersebut memiliki cacat fisik atau mental.

Bagi orangtua yang tidak mampu (berpenghasilan rendah) maka dapat dikenakan pembayaran nafkah anak minimum yaitu sebesar \$320 dalam setahun. Jika orangtua masih keberatan dengan angka tersebut maka dia dapat mengajukan permohonan supaya kewajiban pemberian nafkah anak dikurangi sampai menjadi \$ 0.

⁷⁰ <https://www.dss.gov.au/families-and-children/benefits-payments/family-tax-benefit>
diakses tanggal 5 Februari 2018 pukul 13.30

Apabila pemegang hak asuh (*custodial parent*) meninggal, maka secara otomatis orangtua yang masih hidup yang menjadi pengganti pemegang hak asuh anak kecuali apabila ada permohonan keberatan yang diajukan atas hal tersebut. Jika orangtua yang masih hidup dinyatakan tidak layak maka anak berada di bawah perwalian⁷¹.

Apabila pemberi hak nafkah anak yang meninggal maka tidak berarti kewajiban memberi hak nafkahnya juga hapus. Kewajiban tersebut tetap diperhitungkan dari asuransi maupun aset yang dipunyai sebelum dibagi waris⁷².

b. Malaysia

Sistem hukum keluarga di Malaysia, dapat dibedakan atas hukum keluarga yang berlaku untuk golongan penduduk beragama Islam dengan pengadilannya adalah pengadilan agama (*sharia/religious courts*), sementara yang satu lagi adalah hukum keluarga yang berlaku untuk golongan penduduk non muslim dengan pengadilannya adalah pengadilan negeri (*civil courts*). Khusus di negara bagian Kuala Lumpur dan Shah Alam sudah dibentuk pengadilan khusus keluarga⁷³.

1) Hukum yang berlaku bagi warganegara Malaysia yang beragama Islam

Lynn Wechman menyimpulkan bahwa dalam hukum keluarga Islam, tanggungjawab orangtua dibedakan atas *custodian* dan *guardian*. *Custodian* merupakan kewajiban merawat secara fisik dan tumbuh kembang anak (*custodian has duties of physical care and upbringing of minor children*), dan merupakan kewajiban ibu serta kaum perempuan dari pihak ibu. Sementara *guardian* adalah kewajiban dan kewenangan dalam hubungannya dengan keuangan (termasuk pengelolaan harta benda anak), pendidikan, perjalanan dan

⁷¹ <https://www.linkedin.com/pulse/what-happens-child-support-after-parent-death-wayne-spindler> diakses tanggal 21 Desember 2018 pukul 09.00

⁷² <https://www.linkedin.com/pulse/what-happens-child-support-after-parent-death-wayne-spindler> diakses tanggal 21 Desember 2018 pukul 09.00

⁷³ [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-570-7827?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-570-7827?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) diakses tanggal 7 februari 2018 pukul 10.

hal lain yang merupakan urusan publik, dunia di luar rumah termasuk bertanggungjawab atas nafkah anak (*the guardian has duties and authorities in regard to their financial affairs (including management of any property), their education, their travel and other areas where the ward meets the 'public' world outside the home, as well as being financially responsible for them*) dan merupakan kewajiban ayah serta kaum laki-laki dari pihak ayah⁷⁴.

Pendapat Wechman di atas apabila dicari sinonimnya dengan praktek yang dilaksanakan di Australia maka dapat disimpulkan sebagai berikut. *Custodian* dalam hukum Islam dapat disejajarkan dengan *physical custody*. Sementara *guardian* dapat disamakan dengan *legal custody* dan *child support/maintenance*.

Pengaturan terkait *custodian* dan *guardian* bagi keluarga di Malaysia yang beragama Islam dapat ditemukan di Enactment No. 5 Of 1990 Islamic Family Law Enactment 1990 (IFLA). *Custodian* diatur pada Pasal 72 sampai Pasal 79 sedangkan mengenai *guardian* diatur dalam Pasal 82 sampai Pasal 106.

Pada Pasal 72 ayat (1) IFLA menetapkan bahwa ayah yang bertanggungjawab atas pemeliharaan anak, baik anak berada dalam asuhannya atau dalam asuhan orang lain, kecuali ada kesepakatan atau perintah pengadilan. Pemeliharaan tersebut meliputi akomodasi, pangan, pakaian, pendidikan, layanan kesehatan, dan lain-lain. Ayat (2) pasal yang sama menyatakan bahwa jika ayah meninggal maka pemeliharaan dilaksanakan sesuai ketentuan dalam hukum syariah dengan pengecualian seperti pada ayat (1)⁷⁵.

⁷⁴ Dari penjelasan di atas dapat diketahui bahwa pengertian *guardian* di sini berbeda dengan yang biasa di kenal di Indonesia yang menyatakan bahwa *guardian* disamakan dengan perwalian. Lihat dalam Lynn Wechman. *Women And Muslim Family Laws. A Comparative Over View Of Textual Development And Advocacy Women And Muslim Family Laws A Comparative Over View Of Textual Development And Advocacy*. I S I M / Amsterdam University Press, 2007. Pg 133.

⁷⁵ **Section 72. Duty to maintenance children.** (1) *Except were an agreement or order of Court otherwise provides, it shall be the duty of a man to maintain his children, whether they are in his custody or the custody of any other person, either by providing them with such*

Berdasar pasal di atas maka pada prinsipnya ayah yang memelihara anak dan jika ayah meninggal, tidak ada atau tidak mampu maka berdasar syariah, keluarga dari pihak ayah yang bertanggungjawab atas pemeliharaan atas anak tersebut yaitu oleh kakek atau paman dari pihak ayah. Ketentuan di atas dapat disimpangi jika ada perjanjian antar pihak atau ada perintah pengadilan.

Apabila perintah pada Pasal 72 di atas tidak dilaksanakan maka Pasal 73 IFLA menyatakan bahwa pengadilan dapat mengeluarkan surat perintah pembayaran pemeliharaan anak. Pembayaran diserahkan langsung pada orang yang mengasuh anak.

Untuk menjamin pelaksanaan ketentuan pada Pasal 73, Pasal 74 menentukan bahwa pengadilan juga dapat memerintahkan ayah untuk menyerahkan sebagian propertinya kepada *Trust*⁷⁶. Pasal 79 menetapkan bahwa kewajiban pemeliharaan anak sampai anak berumur 18 tahun atau ada perintah pengadilan untuk mempersingkat masa yang diwajibkan. Apabila anak menderita penyakit mental, disabilitas, atau ketidakmampuan untuk bertanggungjawab maka jangka waktu pemeliharaan dapat menjadi lebih panjang. Ketentuan sama juga berlaku untuk anak perempuan yang tidak menikah.

accommodation, clothing, food, medical attention and education as are reasonable having regard to his means and station in life or by paying the cost thereof. (2) Except as aforesaid, it shall be the duty of a person liable under Hukum Syarak, to maintain or contribute to the maintenance of children if their father is dead or his whereabouts are unknown or if and so far as he is unable to maintain them.

⁷⁶ *Trust* adalah semacam lembaga keuangan yang dikenal dalam hukum Anglo saxon yang cara kerjanya adalah *trustee* mengelola benda-benda yang dititipkan kepadanya oleh *settlor* atau *trustor* yang kemudian manfaat (*benefit*) dari pengelolaan tersebut diserahkan kepada pihak ketiga yang berkedudukan sebagai penerima manfaat (*beneficiary*). *Trust* sendiri bersifat nirlaba sehingga sering disamakan dengan bentuk yayasan dalam sistem hukum continental atau lembaga wakaf dalam sistem hukum Islam, namun ada perbedaan yang sangat signifikan di antara ketiga lembaga ini. Antara lain, pertama, pada *trust*, harta yang telah diserahkan pada *trustee* dapat diminta kembali oleh *settlor/trustor* atau diberikan ke *beneficiary* pada waktu yang ditentukan. Hal ini tidak dapat dilakukan pada yayasan atau wakaf. Kedua, pada *trust*, penerima manfaat (*beneficiary*) dapat ditentukan oleh *trustor*, berupa individu atau sekelompok orang atau institusi. Hal ini tidak dapat dilakukan pada yayasan namun untuk wakaf selain *wakaf chairy* (wakaf di jalan Allah), dimungkinkan *wakaf ahly* (wakaf kepada keluarga atau orang-orang tertentu). Lihat dalam Ali Rido. *Badan Hukum dan Kedudukan Badan Hukum Perseroan, Perkumpulan, Koperasi, Yayasan, Wakaf*. Alumni. Bandung. 1992. Hlm. 126-127.

Hak nafkah anak yang belum dibayar ayah dapat dituntut sepanjang telah ada putusan hakim (*court order*) untuk hal ini.

Sementara untuk hak asuh maka pengaturannya dapat ditemukan dalam Pasal 82 IFLA. Dalam pasal tersebut ditentukan bahwa ibu adalah pihak yang terbaik untuk mengasuh anak. Apabila ibu tidak memenuhi kualifikasi (*disqualified*) maka sesuai syari'ah, urutan kuasa asuh adalah sebagai berikut: (1) nenek dan seterusnya ke atas dari pihak ibu (*the maternal grandmother, how-high-soever*), (2) nenek dan seterusnya ke atas dari pihak ayah (*the paternal grandmother, how-high-soever*), (3) saudara perempuan kandung (*the full sister*), (4) saudara perempuan seibu (*the uterine sister*), (5) saudara perempuan seayah (*the sanguine sister*), (6) putri saudara perempuan kandung (*the full sister's daughter*), (7) putri saudara perempuan seibu (*the uterine sister's daughter*), (8) putri saudara perempuan seayah (*the sanguine sister's daughter*), (9) bibi dari pihak ibu (*the maternal aunt*), (10) bibi dari pihak ayah (*the paternal aunt*), (11) ayah, saudara laki-laki yang bisa menjadi ahli warisnya sebagai 'asabah atau residuaries (*the father, the male relatives who could be their heirs as 'asabah or residuaries*).

Pasal 85 IFLA menentukan jangka waktu pemberian hak asuh kepada ibu sampai anak laki-laki berumur 7 tahun dan anak perempuan sampai 9 tahun (jika diperlukan masing-masing dapat ditambah 2 tahun). Setelah umur tersebut, hak asuh anak merupakan hak ayah sampai anak *mumayyiz*.

Di negara Malaysia ketentuan yang mengatur tentang hak-hak anak, tanggung jawab serta kewajiban orang tua terhadap anak diatur dalam *Enakmen* Undang-Undang Keluarga Islam 1990 (*Enactment* No.5 of 1990) Pasal 89 ayat (1) menyatakan:

"Meskipun hak atas *hadanah* atau hak asuh anak dapat diberikan kepada orang lain, sang ayah akan menjadi wali alami pertama dan utama dari orang tersebut dan hak milik anaknya, dan di saat dia meninggal, perwalian hukum tersebut jatuh pada salah satu

dari orang berikut dengan urutan atau preferensi berikut, yaitu (1) ayah ayah (kakek si anak dari pihak ayah), (2) pelaksana yang ditunjuk oleh wasiat ayah (wali yang ditunjuk oleh surat wasiat ayah), (3) eksekutor pelaksana ayahnya, (4) eksekutor ayah ayahnya (eksekutor kakek si anak dari pihak ayah), (5) eksekutor pelaksana ayah ayahnya (eksekutor pelaksana kakek si anak dari pihak ayah) mengatakan bahwa dia seorang Muslim, dewasa, waras dan patut dipercaya".

Bagi anak yang sudah tidak mempunyai ayah dan kakek maka berlaku Pasal 103 IFLA. Pasal tersebut mengatur bahwa untuk anak-anak tersebut, seorang penghulu, polisi yang pangkatnya sama atau di atas sersan, setiap orang yang mempunyai hak asuh anak dan setiap petugas yang telah ditunjuk berdasar UU tahun 1947 tentang Remaja dan Anak, dapat mengajukan anak tersebut ke pengadilan untuk kemudian pengadilan dapat menunjuk seseorang sebagai wali atas diri pribadi atau harta anak tersebut atau wali atas diri pribadi dan harta anak tersebut⁷⁷.

- 2) Hukum yang berlaku bagi warganegara Malaysia yang beragama Non-Islam

Hukum Perkawinan Malaysia bagi warganegara beragama non Muslim mengenal pranata perceraian/pembatalan perkawinan (*divorce/annulment*), ketidaksahan (*nullity*) dan perpisahan yuridis (*judicial separation*). Perceraian dapat dimintakan jika (1) salah satu pihak beralih agama menjadi Islam, (2) ada persetujuan bersama (*mutual consent*), (3) permohonan perceraian oleh salah satu pihak (*unilateral divorce*) yang dapat dimintakan dengan alasan antara lain pihak yang lain melakukan kekerasan, atau berselingkuh atau mendapat hukuman lebih dari 5 tahun atau telah meninggalkan lebih dari 2 tahun.

⁷⁷ **Section 103. Guardian of orphan.** *Where the father and the grandfather of a minor have died without appointing a testamentary guardian, any penghulu, police officer not below the rank of Sergeant, any person having the custody of the minor, or any person with the powers of a Protector under the Children and Young Persons Act 1947, may cause the minor to be taken before the Court and the Court may appoint a guardian of the minor's person and property or either of them.*

Sebuah permohonan untuk sebuah keputusan ketidaksahan (*decree of nullity*) dapat diajukan jika perkawinan tidak berlaku atau dapat dibatalkan. Suatu perkawinan tidak sah apabila salah satu pihak sebelumnya telah menikah, atau pihak laki-laki berumur di bawah 18 tahun atau pihak perempuan berumur di bawah 16 tahun, para pihak mempunyai larangan untuk menikah atau jika para pihak mempunyai jenis kelamin yang sama (*The parties are not male and female respectively*)⁷⁸.

Dasar hukum pemeliharaan anak bagi warganegara Malaysia yang beragama non-Islam adalah Married Women & Children Maintenance Act 1950 (MWCMA 1950) and section 92-93 Law Reform (Marriage & Divorce) Act 1976 (LRA 1976). Dari kedua UU tersebut, tanggungjawab pemeliharaan anak ada pada kedua orangtua namun dari hukum yurisprudensi, dapat disimpulkan bahwa ayah yang lebih mempunyai kewajiban. Hanya jika ayah tidak mampu maka ibu dapat diminta untuk ikut memberi pemeliharaan kepada anak⁷⁹.

Pengertian anak menurut MWCMA 1950 dan LRA 1976 adalah anak yang berumur di bawah 18 tahun dan mempunyai status hukum sebagai anak biologis dengan tidak memperhatikan status perkawinan dari kedua orangtua. Dengan demikian baik anak sah maupun anak tidak sah dapat menuntut pemeliharaan dari ayah biologis. Jangka waktu pemeliharaan dapat diperpanjang jika untuk kepentingan pendidikan/pelatihan, anak disabilitas atau cacat mental.

Pengadilan dapat membuat perintah untuk hak asuh, perawatan dan kontrol dan akses, serta perawatan untuk anak tersebut. Perintah dibuat oleh pengadilan hanya jika diminta dalam proses persidangan.

⁷⁸ Foo Yet Ngo and Kiran Dhaliwal, Y N Foo & Partners. *Family law in Malaysia: overview*. [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-570-7827?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-570-7827?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) diakses tanggal 7 februari 2018

⁷⁹ Nora Abdul Hak, Roslina Che Soh, Noraini Hashim. *Right of a Child to Maintenance: Harmonising the Laws in Malaysia*. Ahmad Ibrahim Kulliyah of Laws. International Islamic University Malaysia. Pg 3-4

Setelah perceraian maka salah satu orangtua, atau orang yang mempunyai hubungan dengan si anak, atau lembaga kesejahteraan anak (*child welfare association*), atau orang yang layak, dapat mengajukan hak asuh atas diri si anak.

Dalam perceraian atas persetujuan bersama (*mutual consent*) maka pengadilan memiliki kewajiban untuk menjamin agar ketentuan yang layak dibuat untuk dukungan pemeliharaan, perawatan, dan hak asuh anak /anak saat membubarkan perkawinan. Pengadilan juga dapat memerintahkan pihak yang tidak/menolak membayar hak nafkah untuk istri atau anaknya baik sah atau tidak (*legitimate or illegitimate child*) untuk membayar secara bulanan sesuai jumlah yang wajar (*reasonable maintenance*). Malaysia memungkinkan untuk penegakan hukum (eksekusi) perintah membayar hak nafkah (*maintenance order*) dengan negara-negara yang telah membuat perjanjian bilateral, secara timbal balik⁸⁰.

Bagi anak yang kedua orangtuanya telah berpisah maka akan ditempatkan di bawah perwalian. Adapun yang menjadi tugas dan kewajiban seorang wali adalah memelihara anak tersebut dengan memberikan nafkah secukupnya, menjaga kesehatannya dan memberikan pendidikan yang sepatutnya (Pasal 3 *Guardianship of Infants Act 1961*). Kemudian wali juga berkewajiban untuk memelihara, mengusahakan dan mengadakan pengawasan terhadap harta milik si anak itu seolah-olah harta tersebut adalah miliknya dan dapat berbuat apapun yang menurut pertimbangannya perlu secara wajar dilakukan demi perlindungan kekayaan anak itu (Pasal 4 *Guardianship of Infants Act 1961*).

Dari paparan di atas maka dapat dirangkum praktek-praktek baik di Negara Australia dan Malaysia, sebagai berikut:

⁸⁰ Foo Yet Ngo. Kiran Dhaliwal. Family law in Malaysia: overview . global.practicallaw.com/1-570-7827 diakses tanggal 12-09-2016.

Tabel 22. Rangkuman praktek-praktek baik di Australia dan Malaysia

No	Masalah	Hukum Australia	Hukum Malaysia
1	Pencantuman hak-hak anak dalam putusan perceraian/ pembatalan perkawinan	Rencana orangtua (<i>Parenting plan</i>) diajukan saat pengajuan gugatan	UM: Dapat dimintakan dalam gugatan. NM: Untuk <i>mutual consent</i> harus ada <i>parenting plan</i> namun untuk <i>unilateral divorce</i> , dapat dimintakan dalam gugatan.
2	Urutan kuasa asuh dan Urutan pemberi hak nafkah	Jika orangtua tidak mampu, tidak mau atau tidak ada, maka anak akan diurus oleh negara	UM: Urutan kuasa asuh setelah ibu adalah perempuan dari garis keturunan ibu dan ayah sampai anak berumur 7 tahun jika laki-laki dan 9 tahun jika perempuan, setelah itu anak adalah hak ayah. Urutan pemberi nafkah adalah ayah dan ahli warisnya. NM: urutan kuasa asuh dan pemberi nafkah, tidak ada.
3	Indikator kuasa asuh dan indikator besaran hak nafkah	Indikator kuasa asuh, tidak ditemukan. Besaran nafkah anak ditentukan kedua orangtua atau berdasar sistem. Sistem menentukan besaran nafkah anak berdasar jumlah anak dan usia anak. Ada 5 (lima) tingkatan besaran nafkah anak. Pembagian hak nafkah anak yang harus dibayar orangtua berdasar sistem sesuai dengan pendapatan masing-masing orangtua, pendapatan bersama,	UM: indikator kuasa asuh adalah Islam, waras, mampu. Besaran hak nafkah, tidak ada ketentuan. NM: indikator kuasa asuh adalah pantas (<i>suitable</i>). Besaran hak nafkah disesuaikan dengan kebutuhan anak dan kemampuan ayah.

		waktu yang dihabiskan orangtua bersama anak dan usia anak.	
4	Eksekusi hak nafkah anak	Dengan memotong dari gaji dan upah, pengembalian pajak, jaminan sosial pensiun atau tunjangan, manfaat pajak keluarga, pembayaran di bawah Undang-Undang Hak Veteran 1986 dan pembayaran cuti orangtua.	Dengan mengajukan permohonan eksekusi berdasarkan putusan hakim sebelumnya yang telah membebaskan hak nafkah. NM: Dapat membayar setiap bulan
5	Pengawasan	Dilaksanakan oleh Child Support Agency (CSA).	Dilaksanakan oleh keluarga sendiri
6	Tindaklanjut	Dilaksanakan oleh Child Support Agency (CSA).	Dilaksanakan oleh keluarga sendiri

Setelah melakukan penggalian terhadap sumber-sumber hukum di Indonesia dan peninjauan terhadap praktek-praktek baik di negara lain maka dilanjutkan dengan pembahasan terhadap Pancasila sebagai dasar filsafat bangsa dan politik hukum perlindungan anak yang menjadi arah pembentukan hukum, pelaksanaan hukum, penegakan hukum, sosialisasi hukum dan pendidikan hukum di Indonesia.

3. Pancasila dan Politik Hukum Perlindungan Anak

Hukum integratif menempatkan 3 (tiga) sistem (sistem nilai, sistem perilaku dan sistem norma) menjadi segitiga yang saling berhubungan. Sistem nilai merupakan nilai-nilai masyarakat Indonesia yang sudah dikristalisasi dalam Pancasila. Sistem norma dapat ditemukan dalam norma agama, norma kesusilaan, norma kesopanan, dan norma hukum. Norma hukum dapat ditemukan dalam Konstitusi Negara Kesatuan Republik Indonesia, Ketetapan MPR, dan semua perundang-undangan di bawahnya. Sistem perilaku tampak nyata dalam perilaku dan interaksi antar anggota masyarakat dalam sistem sosial.

Apabila mencermati sistem norma dan sistem perilaku yang terjadi selama ini khususnya dalam kasus putusnya perkawinan, sebagaimana yang sudah dipaparkan dalam bab sebelumnya, para pelaksana/penegak hukum terlihat sangat terikat pada paham positivisme.

Padahal ajaran positivisme hukum menempatkan hakim misalnya, hanya sebagai corong undang-undang, tidak memberi ruang kepada hakim sebagai subyek yang kreatif. Pikiran positivisme hukum biasanya tepat dan mampu bertahan dalam keadaan masyarakat yang stabil⁸¹.

Para pelaksana/penegak hukum lupa bahwa sejak adanya reformasi di Indonesia pada tahun 1998 telah membawa perubahan sosial yang sangat besar pada masyarakat. Perubahan sosial di bidang hukum termasuk perubahan perilaku, kepatuhan, maupun harapan terhadap hukum.

Sampai saat ini perubahan masyarakat tersebut terus terjadi. Hal ini salah satunya dapat ditengarai dengan adanya Revolusi Industri 4.0 yang mengedepankan teknologi digitalisasi, yang merupakan kelanjutan dari revolusi-revolusi industri sebelumnya⁸².

Adanya teknologi digitalisasi di semua ruang menyebabkan struktur masyarakat berubah, hubungan antar manusia semakin *flat*, *alienasi*, dan konflik horisontal semakin berpotensi untuk terjadi (tidak terkecuali di dalam keluarga). Oleh karenanya diperlukan upaya kembali kepada hakikat adanya atau tujuan dari adanya hukum⁸³ yang menurut Gustav Radbruch yaitu keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum bagi semua pihak serta nilai-nilai yang hidup pada masyarakat Indonesia yaitu Pancasila.

⁸¹ Widodo Dwi Putro. *Kritik Terhadap Paradigma Positivisme Hukum*. Genta publishing. Yogyakarta. 2011. Hlm.

⁸² Revolusi Industri 1.0 ditandai dengan penemuan mesin uap oleh James Watt.. Revolusi Industri 2.0 ditandai dengan penemuan lampu tenaga listrik oleh Thomas Alva Edison. Revolusi Industri 3.0 ditandai dengan penemuan komputer. Revolusi Industri 4.0 ditandai dengan penggunaan internet secara luas.

⁸³ Muchsin merangkum dari beberapa sumber tentang tujuan adanya hukum yaitu tujuan hukum menurut Aristoteles adalah keadilan, menurut Van Apeldoorn adalah kedamaian, menurut Wirjono Prodjodikoro adalah keselamatan bahagia dan tertib dalam masyarakat, menurut Utrecht adalah kepastian hukum, dalam kepastian hukum terdapat keadilan dan kemanfaatan, menurut Mochtar Kusumaatmadja adalah ketertiban dan keadilan. Lihat Muchsin. Fadillah Putra. *Hukum dan Kebijaksanaan Publik*. Universitas Sunan Giri dan Averroee Press. Surabaya.2002.Hlm. 21-22.

Sebagai dasar filsafat negara maka Pancasila merupakan sistem nilai. Nilai-nilai yang terkandung dalam setiap sila adalah sebagai berikut: (1) Sila pertama yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa terkandung nilai bahwa Indonesia adalah negara yang didirikan sebagai pengejawantahan tugas manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa yang hal ini harus menjiwai semua aspek kehidupan bangsa dan bernegara, termasuk hukum, (2) sila kedua yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab mengandung nilai suatu kesadaran sikap, moral dan tingkah laku manusia yang didasarkan pada potensi budi nurani manusia dalam hubungan dengan norma-norma dan kebudayaan pada umumnya baik terhadap diri sendiri, terhadap sesama manusia maupun terhadap lingkungannya, (3) sila ketiga yaitu Persatuan Indonesia terkandung nilai bahwa negara merupakan suatu persekutuan hidup bersama di antara elemen-elemen yang membentuk negara dan dilukiskan dalam seloka *Bhinneka Tunggal Ika*, (4) sila keempat yaitu Kerakyatan yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam Permusyawaratan/Perwakilan terkandung nilai demokrasi bahwa rakyat merupakan subyek pendukung pokok negara, negara adalah dari, oleh dan untuk rakyat, oleh karena itu rakyat adalah asal mula kekuasaan negara, dan (5) sila kelima yaitu Keadilan Sosial bagi Seluruh Rakyat Indonesia terkandung nilai keadilan dalam hidup bersama (keadilan sosial) yang meliputi keadilan distributif dari negara ke warga negaranya, keadilan legal dari warganegara terhadap negaranya serta keadilan komutatif antara warga negara⁸⁴. Nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila, berdasarkan Ketetapan MPR Nomor I/MPR/2003 kemudian dijabarkan dalam 45 butir-butir pengamalan Pancasila⁸⁵.

Apabila disandingkan dengan sila-sila dalam Pancasila di atas, maka semua nilai dan butir berkait erat dengan sistem perlindungan anak, namun nilai-nilai dan butir-butir yang paling relevan adalah dengan sila kedua yaitu

⁸⁴ Kaelan. *Pendidikan Pancasila*. Paradigma. Yogyakarta. 2004. Hlm.

⁸⁵ Sebelumnya berdasarkan Keterapan MPR Nomor II/MPR/1978, Pancasila dijabarkan dalam 36 butir.

kemanusiaan yang adil dan beradab⁸⁶. Hal ini didasari dengan pemikiran bahwa dalam sila tersebut terdapat tiga kata kunci yaitu kemanusiaan, adil dan beradab.

Bismar Siregar mengatakan bahwa tentang tanggung jawab bersama atas hak-hak anak, patut merujuk kepada Pancasila, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab. Bismar menukil pernyataan Khalil Gibran “Anakmu itu bukan milikmu” dengan mengartikan bahwa anak bukan milik orangtua di rumah, tetapi milik bersama, baik sang guru di sekolah maupun anggota masyarakat yang menyangkut lingkungan⁸⁷.

Lebih lanjut lagi dapat dijabarkan bahwa sila kedua merupakan totalitas individu-individu yang bersatu yang bertujuan mewujudkan suatu keadilan dalam hidup bersama. Keadilan bersama adalah keadilan dalam hidup manusia bersama sebagai makhluk individu dan makhluk sosial. Manusia memiliki kebebasan dalam menjalankan negara untuk kepentingan dan tujuan bersama. Lalu adanya kebebasan manusia yang harus disertai dengan tanggungjawab baik terhadap masyarakat bangsa maupun secara moral terhadap Tuhan Yang Maha Esa⁸⁸. Sila kemanusiaan yang adil dan beradab, berisi paham persamaan kemanusiaan (*egalitarianism*) yang menjamin peri kehidupan yang adil, dan dengan keadilan itu kualitas peradaban bangsa dapat terus meningkat dengan sebaik-baiknya⁸⁹.

⁸⁶ Butir-butir Pancasila dalam sila kedua: (1) Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa. (2) Mengakui persamaan derajat, persamaan hak, dan kewajiban asasi setiap manusia, tanpa membeda-bedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya. (3) Mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia. (4) Mengembangkan sikap saling tenggang rasa dan tepa selira. (5) Mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain. (6) Menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan. (7) Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan. (8) Berani membela kebenaran dan keadilan. (9) Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia. (10) Mengembangkan sikap hormat menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

⁸⁷ Bismar Siregar. *Rasa Keadilan*. Nusa Media. Bandung. 1996. Hlm. 38

⁸⁸ Ahmad Kamil. *Filsafat Kebebasan Hakim*. Cet. Ke-2. Jakarta. Kencana Prenada Media Group. 2016. Hlm. 130

⁸⁹ Jimly Asshiddiqie . *Konstitusi dan Konstitualisme Indonesia*. Edisi Kedua. Cetakan pertama. Sinar Grafika. Jakarta. 2010.Hlm. 56.

Sesungguhnya setiap manusia itu dilahirkan mempunyai hak-hak yang sama⁹⁰. Hak anak juga merupakan bagian dari hak asasi manusia bahkan Smith menyatakan bahwa hak anak merupakan jantung hak asasi hak manusia⁹¹. Pemenuhan hak anak merupakan keadilan sosial dan salah satu tanda beradabnya proses perceraian yang sedang diputuskan.

Keadilan sosial di sini apabila diuraikan dalam 3 keadilan menurut sila kelima adalah sebagai berikut:

- a. Terpenuhinya keadilan distributif karena negara hadir untuk melindungi warganegaranya. Melindungi anak demi kelangsungan hidup dan tumbuh kembangnya. Melindungi orangtua (bapak dan ibu) atau keluarga dari meninggalkan kewajiban yang telah ditentukan oleh negara dan agama.
- b. Keadilan legal karena perbuatan orangtua/keluarga yang tidak difasilitasi untuk melaksanakan kewajibannya, pada akhirnya akibatnya juga akan berbalik kepada negara. Kewajiban orangtua/keluarga yang dilalaikan, yang menyebabkan penelantaran anak, akan merugikan/membebani negara karena negara yang harus memelihara anak telantar tersebut. Hal ini sebagaimana diamanatkan dalam UUD Tahun 1945 Pasal 34.
- c. Keadilan komutatif, karena kewajiban orangtua/keluarga dapat ditunaikan kepada anaknya. Dengan demikian diharapkan hubungan antar orangtua/keluarga maupun hubungan antara orangtua/keluarga dan anak tetap harmonis walaupun telah terjadi putusnya perkawinan di antara orangtua. Hal ini akan sangat meminimalisasi perilaku anak yang menyimpang.

Dengan memandang bahwa anak merupakan manusia maka cara pandang penegak hukum terhadap kasus putusnya perkawinan, harus diubah. Anak juga merupakan pihak dalam kasus-kasus tersebut. Anak mempunyai kebutuhan dan kepentingan sendiri yang berbeda dengan kebutuhan dan

⁹⁰ Hassan Suryono. *Pancasila Berbasis Riset. Tinjauan aspek Historis, Yuridis dan Filosofis*. Surakarta. Lembaga Pengembangan dan Penjaminan Mutu Pendidikan UNS .2016. Hlm. 103.

⁹¹ Majda El Muhtaj. *Dimensi-Dimensi HAM: Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*. Rajawali Pers. Jakarta. 2009. Hlm.

kepentingan ayahnya atau ibunya. Dengan menyadari hal ini maka ada beberapa implikasi dalam penanganan kasus putusnya perkawinan perkawinan, yaitu:

- a. Pihak dalam kasus kematian bukan hanya 1 (satu) tetapi 2 (dua) yaitu orangtua yang hidup terlama dan anak (jika ada) sementara pihak dalam kasus perceraian/pembatalan perkawinan, ada 3(tiga), bukan hanya 2 (dua). Bukan hanya suami dan istri saja tetapi juga ada anak sebagai pihak. Oleh karenanya dalam penanganan kasus kematian, pihak pemerintah daerah juga harus memastikan pemenuhan dan kepastian hak-hak anak setelah kematian ayah/ibu/ayah dan ibunya. Kewajiban pemerintah daerah tidak berhenti hanya dengan mengeluarkan akte kematian untuk orangtua yang meninggal. Sedangkan dalam hal putusan hakim yang menangani kasus perceraian/pembatalan perkawinan, kebutuhan dan kepentingan ketiga pihak tersebut harus diakomodasi. Hak anak untuk kelangsungan hidup dan tumbuh kembangnya yang terwujud dalam hak asuh dan hak nafkah anak, harus mendapat jaminan dan kepastian hukum. Jaminan berupa besaran hak nafkah anak untuk kelangsungan hidup dan tumbuh kembangnya serta kepastian hukum tentang bagaimana status hukumnya, dan siapa yang harus mengasuhnya.
- b. Sesuai dengan hak asasi anak untuk didengar pendapatnya maka dalam kasus kematian orangtua, anak ditanya ingin bersama siapa. Sementara dalam kasus perceraian/pembatalan perkawinan orangtua, kehadiran anak sangat diperlukan dalam persidangan, antara lain untuk didengar keinginannya oleh orangtuanya dan pendapatnya tentang kelangsungan hidupnya setelah perceraian orangtuanya⁹². Apabila ada pihak atau keluarga yang dapat dipercaya untuk mewakili keinginan/pendapat anak maka anak tidak perlu secara langsung hadir di persidangan. Adanya kesempatan untuk mengetahui pendapat anak dalam persidangan meminimalisasi kemungkinan eksekusi hak asuh anak.

⁹² Judy Cashmore. Children's participation in Family law Decision-Making: Theoretical Approaches To Understanding Childrens View. Article. *Children And Services Youth Review Journal*. 2011. Pg. 515-520.

c. Orangtua yang masih hidup dan keluarga dari orangtua yang telah meninggal bermusyawarah dengan dihadiri kepala desa/lurah untuk memastikan pemenuhan hak-hak anak, sementara dalam kasus perceraian/pembatalan perkawinan, diupayakan semaksimal mungkin kehadiran pihak suami/ayah dan istri/ibu dalam persidangan. Hal ini untuk meminimalisasi kemungkinan terjadinya eksekusi hak asuh dan/atau hak nafkah anak. Apabila mengingat kultur perkawinan di Indonesia bahwa perkawinan tidak hanya menyatukan dua orang tetapi juga dua keluarga maka dalam suatu kasus perceraian/pembatalan perkawinan, keluarga dari kedua belah pihak juga diseyogyakan kehadirannya, apalagi apabila ada pihak yang tidak hadir di persidangan. Dengan pemahaman ini maka khusus untuk kasus perceraian/pembatalan perkawinan, pengertian pihak diperluas (tidak hanya pihak yang langsung berkaitan namun keluarga juga seyogyanya diikutsertakan). Adanya perubahan ini berakibat, berkurangnya kebutuhan kehadiran lembaga independen untuk mengawasi pemenuhan hak anak setelah perceraian/pembatalan perkawinan orangtua karena keluargalah yang berfungsi mengawasi dan pada tataran yang lebih makro, masyarakatlah yang memegang posisi ini.

Melalui sila kemanusiaan yang adil dan beradab, bangsa Indonesia menegaskan merupakan bagian dari kemanusiaan yang universal yang menjunjung tinggi hak asasi manusia dan mengembangkan persaudaraan dunia berdasarkan nilai-nilai keadilan dan keadaban⁹³.

Penjabaran hakekat perlindungan anak dalam dimensi Pancasila harus dapat dijabarkan dalam politik hukum perlindungan anak. Politik hukum menurut Padmo Wahjono adalah kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk, maupun isi dari hukum yang akan dibentuk⁹⁴. Sedangkan Satjipto Rahardjo berpendapat politik hukum sebagai aktivitas memilih dan cara yang

⁹³ MPR RI. Bahan Tayang Materi Sosialisasi Empat Pilar MPR RI Pancasila, UUD N RI Tahun 1945, serta Ketetapan MPR RI, NKRI, dan Bhinneka Tunggal Ika. 2015. Jakarta.

⁹⁴ Padmo Wahjono. *Penjabaran Pancasila dalam Peraturan Perundang-Undangan*. Niagara. Jakarta. 1988. Hlm. 8.

hendak dipakai untuk mencapai suatu tujuan sosial dan hukum tertentu dalam masyarakat⁹⁵.

Setelah amandemen, UUD RI Tahun 1945 telah mengandung 27 materi mengenai hak asasi manusia. Salah satunya khusus menyebut tentang hak anak dalam Pasal 28B ayat (2). Dengan demikian hak anak telah mendapatkan jaminan konsitusional yang sangat kuat dalam UUD RI 1945⁹⁶.

Politik hukum perlindungan anak lebih lanjut dapat ditemukan dalam peraturan perundang-undangan, antara lain terwujud dalam UU Kesejahteraan Anak dan UU Perlindungan Anak termasuk perubahannya. Konsideran UU Kesejahteraan Anak menyebutkan bahwa anak adalah potensi serta penerus cita-cita bangsa dan supaya setiap anak mampu memikul tanggungjawab tersebut, maka ia perlu mendapat kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar baik secara rohani, jasmani maupun sosial, namun di masyarakat terdapat anak-anak yang mengalami hambatan kesejahteraan rohani, jasmani, sosial dan ekonomi. Mengingat bahwa pemeliharaan kesejahteraan anak belum dapat dilaksanakan oleh anak sendiri maka perlu diupayakan jaminan kesejahteraan anak.

Sementara konsideran UU Perlindungan Anak menyatakan (a) negara menjamin kesejahteraan tiap warganegaraanya termasuk perlindungan terhadap hak anak yang juga merupakan hak asasi manusia, (b) anak adalah amanah dari Tuhan Yang Maha Esa yang mempunyai harkat dan martabat manusia seutuhnya, (c) anak merupakan generasi penerus untuk menjamin eksistensi bangsa, (d) bahwa agar setiap anak kelak mampu memikul tanggung jawab tersebut, maka ia perlu mendapat kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang secara optimal, baik fisik, mental maupun sosial, dan berakhlak mulia, perlu dilakukan upaya perlindungan serta untuk mewujudkan kesejahteraan anak dengan memberikan jaminan terhadap pemenuhan hak-haknya serta adanya perlakuan tanpa diskriminasi (e) untuk mewujudkan

⁹⁵ Sudikno Mertokusumo. *Mengenal Hukum*. Liberty. Yogyakarta. 1999.Hlm 352-353

⁹⁶ Jimly Asshidqie. *Ibid*. hlm.

perlindungan dan kesejahteraan anak diperlukan dukungan kelembagaan dan peraturan perundang-undangan yang dapat menjamin pelaksanaannya.

Dari paparan di atas, nyata bahwa politik hukum perlindungan anak dalam sistem hukum Indonesia ditujukan untuk pemenuhan hak-hak anak dalam segala kondisi dengan tujuan supaya anak sebagai generasi penerus bangsa dapat melanjutkan eksistensi dan cita-cita bangsa. Oleh karenanya perlindungan anak untuk menjamin hak-hak anak setelah putusanya perkawinan orangtua, sungguh sangat diperlukan guna melengkapi sistem-sistem perlindungan anak yang lain, seperti misalnya perlindungan hukum untuk anak yang berhadapan dengan hukum, sistem perlindungan hukum untuk anak yang berkebutuhan khusus, sistem perlindungan hukum untuk anak telantar, sistem perlindungan hukum untuk anak dalam pengungsian, sistem perlindungan hukum untuk anak difabel, dan lain-lain.

B. Pembahasan

Berdasar yang telah dipaparkan dalam hasil penelitian dan analisis maka sistem yang dibangun dalam perlindungan anak setelah putusanya perkawinan orangtua adalah sistem yang berupa asas dan kaidah yang saling memperkuat, struktur/kelembagaan dan proses-proses yang diperlukan dalam perlindungan anak yang saling terjalin, dan budaya hukum yang ramah anak, sehingga membentuk kejelasan dan jaminan atas pemenuhan hak-hak anak. Penetapan asas dan kaidah dalam sistem dimaksudkan untuk menjelaskan fungsi dan tugas sistem untuk mencapai tujuan. Penetapan struktur dalam sistem dimaksudkan untuk memperjelas batas sistem. Tidak menutup kemungkinan sistem menjadi lebih sempit atau lebih luas dari yang sudah diprediksikan selama ini. Penetapan proses dimaksudkan untuk menjalin komunikasi dan interaksi antar struktur sehingga asas dan norma yang telah ditetapkan dapat ditegakkan.

1. Rekonstruksi Asas-Asas dan Kaidah-Kaidah Perlindungan Hukum untuk Pemenuhan Hak-Hak Anak Setelah Putusnya Perkawinan Orangtua
 - a. Kajian Filsafati dan Re-Interprestasi Asas-Asas Untuk Perlindungan Anak di Indonesia Setelah Putusnya Perkawinan Orangtua di Indonesia

Nieuwenhuis menjelaskan hubungan fungsional antara asas dan ketentuan hukum (*rechtsgels*) sebagai berikut:⁹⁷

- 1) Asas-asas hukum berfungsi sebagai pembangun sistem. Asas-asas itu tidak hanya mempengaruhi hukum positif, tetapi juga dalam banyak hak menciptakan suatu sistem. Suatu sistem tidak akan ada tanpa adanya asas-asas;
- 2) Asas-asas itu membentuk satu dengan lainnya suatu sistem *check and balance*. Asas-asas ini sering menunjuk ke arah yang berlawanan, apa yang kiranya menjadi merupakan rintangan-ketentuan-ketentuan hukum. Oleh karena menunjuk ke arah yang berlawanan, maka asas-asas itu saling kekang mengekang, sehingga ada keseimbangan.

Asas-asas hukum materil maupun formil (acara) dalam rangka pelaksanaan sistem perlindungan anak di Indonesia harus ditafsirkan dan dilaksanakan berdasarkan asas-asas perlindungan anak yaitu asas non diskriminasi, asas kepentingan terbaik untuk anak, asas tumbuh kembang anak dan asas menghormati pendapat anak.

Sistem perlindungan hukum untuk anak setelah kematian, dari sisi asas dan kaidah yang ada, sudah memenuhi sebagai materiel perlindungan hukum untuk anak yaitu ketentuan tentang hukum waris, pengasuhan, dan perwalian, namun untuk aturan organiknya perlu ditambah tentang urutan kuasa asuh dan indikatornya serta urutan pemberi nafkah anak dan indikator besarnya setelah kedua orangtua meninggal. Penekanan pada waktu pelaksanaan hukum-hukum tersebut juga harus diperhatikan dan dipatuhi supaya hukum yang telah ditetapkan tidak terlambat untuk mencegah sengketa yang mungkin timbul.

Sebagaimana diutarakan di Bab II maka secara kelembagaan di dunia berkembang 3 (tiga) variasi yaitu pertama, kelembagaan yang tanggungjawab utama berada di pengadilan, kedua, kelembagaan yang tanggungjawab utama berada di suatu badan, dan ketiga, kelembagaan yang

⁹⁷ Henry P. Panggabean, *Penyalahgunaan Keadaan, (Misbruik van Omstandigheden) sebagai Alasan (Baru) untuk Pembatalan Perjanjian (Berbagai Perkembangan Hukum di Belanda)*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hlm 7.

membagi peran secara berimbang antara pengadilan dan badan. Oleh karenanya peranan pengadilan sangat penting dalam sistem yang dibangun sehingga di sini pembahasan tidak hanya menyangkut asas-asas hukum materil namun juga asas-asas hukum formil.

Asas-asas hukum materil dalam sistem hukum perceraian/pembatalan perkawinan Indonesia terkait, sudah memenuhi perspektif perlindungan anak, namun ada asas perlindungan anak yang harus diresepsi dalam hukum formil dan beberapa asas dalam hukum formil yang harus dire-interpretasi untuk mewujudkan perlindungan hukum untuk anak, yaitu:

1) Asas kepentingan terbaik anak dan asas menghargai pendapat anak

Asas ini berarti bahwa semua keputusan yang menyangkut anak, harus mengutamakan kepentingan anak, termasuk keputusan hakim tentang perceraian yang di dalam keluarga yang bercerai tersebut ada nasib anak yang menjadi taruhan dan harus dipertimbangkan.

*The best interest of the child can be seen as the sum of child well-being and rights. The best interest of the child is equated to parenting plans*⁹⁸.

Saat suatu putusan perceraian/pembatalan perkawinan yang tidak memuat rencana orangtua atas diri anak-anaknya yaitu hak asuh dan hak nafkah anak, hal ini jelas bertentangan dengan asas terbaik anak. Oleh karenanya adanya jaminan hak-hak anak dalam putusan hakim merupakan hal yang mutlak harus ada.

Bagi anak-anak yang sudah dapat memutuskan keinginannya sendiri maka seyogyanya pendapatnya didengar oleh hakim dan termasuk dalam acara persidangan. Keinginan anak terkait kelangsungan hidupnya setelah putusnya perkawinan orangtua, harus dimasukkan dalam putusan

⁹⁸ Karmen Toros. Kati Valma. Anne Tiko. Interpretation of the Principle of “Best Interests of the Child” in the Context of Inter-Parental Child Custody Disputes: Case of Estonia. *Journal of Social Welfare and Human Rights*, Vol. 2(1), March 2014. Pg. 289-303. (terjemahan oleh peneliti: Asas kepentingan terbaik anak dapat terlihat pada kebahagiaan dan hak-hak anak. Asas kepentingan terbaik anak juga dapat dicari dari rencana orangtua mereka)

hakim selama anak-anak tersebut masih di bawah tanggungjawab orangtua atau selama undang-undang menyatakan bahwa orangtua harus bertanggungjawab terhadap anak-anaknya.

Apabila ditinjau dari perspektif perlindungan anak seharusnya jika orangtuanya bercerai, kepentingan-kepentingan anak mendapat prioritas. Kepastian pemenuhan hak-haknya tidak terganggu dan ditinjau dari perspektif kesejahteraan anak, jangan sampai dengan adanya perceraian orangtua, kesejahteraan anak-anak menjadi menurun karena tidak dipenuhi hak-haknya secara layak.

Pemberlakuan asas ini dalam kasus anak yang perkawinan orangtuanya putus karena kematian, juga sangat penting. Dalam hal ini Negara melalui Dinas Sosial dan Dinas Dukcapil harus memastikan apakah orangtua yang hidup terlama mempunyai kemauan dan kemampuan untuk mengasuh dan menafkahi anak.

Apabila yang meninggal lebih dahulu adalah ayah maka Dinas Sosial harus memastikan bahwa urutan pemberian nafkah untuk anak, dapat berlaku. Apabila urutan tersebut tidak dapat berjalan maka ibu tersebut sebagai *single parent* dapat diusulkan untuk menjadi penerima bantuan dari pemerintah.

Sementara apabila yang meninggal lebih dahulu adalah ibu maka Dinas Sosial memastikan apakah urutan pemegang kuasa asuh dapat diberlakukan. Walaupun sekiranya undang-undang sudah menetapkan urutan pemegang kuasa asuh namun hendaknya urutan tersebut tidak dijalankan secara membabi buta. Dalam pelaksanaannya tetap memperhatikan hak anak untuk didengar pendapatnya dan indikator pemegang kuasa asuh. Penetapan pemegang kuasa asuh akan berimbang pada penerbitan Kartu Identitas Anak (KIA) oleh Dinas Dukcapil.

Penerapan asas kepentingan terbaik untuk anak juga harus didasari kesadaran bahwa kewajiban orangtua terhadap anak merupakan perintah Tuhan. Kewajiban ini berlaku baik untuk kehidupan dunia maupun akhirat oleh karenanya harus dilaksanakan dengan sebaik-baiknya bukan

hanya secara seadanya. Pelaksanaan kewajiban orangtua ini harus dibantu oleh keluarga, masyarakat, maupun Negara.

2) Asas sederhana, cepat dan biaya ringan

Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat dan biaya ringan, demikian ditentukan dalam Pasal 4 UU Pokok Kekuasaan Kehakiman. Pengertian sederhana mengacu pada *complicated* atau tidaknya penyelesaian suatu perkara. Perkataan cepat atau dalam waktu yang pantas mengacu pada tempo, cepat atau lambatnya penyelesaian perkara, sedangkan perkataan biaya ringan mengacu pada banyak atau sedikitnya biaya yang harus dikeluarkan oleh para pencari keadilan dalam menyelesaikan sengketanya di depan peradilan⁹⁹.

Menurut Sudikno, sederhana adalah acara yang jelas, mudah dipahami dan tidak berbelit-belit. Makin sedikit dan sederhana formalitas-formalitas yang diwajibkan atau diperlukan dalam beracara di muka pengadilan, makin baik. Terlalu banyak formalitas yang sukar dipahami atau peraturan-peraturan yang berwayuh arti (*dubieus*), sehingga memungkinkan timbulnya berbagai penafsiran, kurang menjamin adanya kepastian hukum dan menyebabkan keengganan atau ketakutan untuk beracara di muka pengadilan.

Cepat menunjuk kepada jalannya proses di peradilan. Terlalu banyak formalitas merupakan hambatan bagi jalannya peradilan. Dalam hal ini bukan hanya jalannya peradilan dalam pemeriksaan di muka sidang saja, tetapi juga penyelesaian dari pada berita acara pemeriksaan di persidangan sampai pada penandatanganan putusan oleh hakim dan pelaksanaannya. Makin cepat jalannya peradilan akan meningkatkan kewibawaan pengadilan dan menambah kepercayaan masyarakat kepada pengadilan.

Ditentukan biaya ringan, agar terpikul oleh rakyat. Biaya perkara yang tinggi kebanyakan menyebabkan pihak yang berkepentingan

⁹⁹ Setiawan.. *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*. Alumni. Bandung. 1992. Hlm. 426

enggan untuk mengajukan tuntutan hak kepada pengadilan¹⁰⁰. Implementasi dari asas ini dapat dilihat misalnya dalam Pasal 182 HIR/192 RBg yang menetapkan biaya-biaya apa saja yang dapat dikenakan kepada pihak berperkara. Di luar dari biaya tersebut, sepanjang tidak diatur dalam peraturan lainnya, tidak dibenarkan dibebankan kepada para pihak¹⁰¹.

Pemisahan gugatan perceraian, hak asuh, dan hak nafkah anak sebagaimana dihimbau dalam SE Tuada Badilag No 17/TUADA-AG/IX/2009 sebenarnya sungguh sulit dipahami. Apabila alasannya adalah supaya kasus perceraian menjadi cepat diselesaikan dan pihak laki-laki tidak terdorong masuk ke lubang perzinahan, sungguh ini adalah analisis sempit berdasar pengalaman laki-laki yang hanya ingin menyelamatkan harkat dan martabatnya namun melupakan kewajiban yang lebih utama yaitu kepastian hukum dan keadilan untuk status anak-anaknya yang merupakan tanggungjawab terbesarnya lebih dari dirinya sendiri.

Oleh karenanya asas ini harus dimaknai bahwa untuk mencapai kecepatan, kesederhanaan, dan biaya ringan, maka dalam setiap putusan perceraian harus juga memberi kepastian status hukum bagi semua subyek yang ada dalam keluarga itu, terutama anak-anak sebagai pihak yang tidak bersalah dan merupakan korban terparah.

Pemberlakuan asas ini dalam hukum acara, jangan sampai mengorbankan hukum materil atau menyebabkan hukum materil menjadi tidak terpenuhi. Dalam kasus perceraian, mengorbankan kepentingan anak hanya untuk supaya pemeriksaan kasus dapat berakhir secara cepat, jelas merupakan suatu kekeliruan mutlak yang fatal. Apabila ingin mengejar kecepatan penanganan kasus maka seyogyanya para orangtua yang ingin bercerai, dikondisikan melepas ego dan mengutamakan

¹⁰⁰ Sudikno Mertokusumo. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Penerbit Liberty. Yogyakarta. Ed ke-enam cet pertama. 2002.Hlm. 36.

¹⁰¹ M. Natsir Asnawi. *Hukum Acara Perdata: Teori, Praktik, dan Permasalahannya Di Peradilan Umum Dan Peradilan Agama*. UII Press Yogyakarta. 2016. Hlm. 28-29.

kepentingan anak sehingga kasus dapat selesai dengan cepat tetapi tidak dengan cara mengorbankan/mengabaikan kepentingan anak.

3) Asas hakim pasif (*verhandlungs maxim/secundum allegat iudicare*), asas *Ultra petitem partium* dan asas *Ex officio* hakim

Asas hakim pasif dalam arti bahwa ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan kepada hakim untuk diperiksa pada dasarnya ditentukan para pihak yang berperkara dan bukan oleh hakim. Hakim hanya membantu para pencari keadilan dan berusaha mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk dapat tercapainya peradilan (Pasal 5 UU No 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman)¹⁰². Hakim tidak boleh memperluas ruang lingkup perkara.

Jika sesuatu sudah dituntut oleh para pihak maka apabila hakim memutus lebih dari yang dituntut dalam gugatan/gugatan baliknya (*rekonvensi*) maka hakim dianggap melanggar asas *ultra petita*. Pengertian asas *ultra petita* adalah asas yang melarang hakim untuk memutus melebihi apa yang dituntut para pihak. Hakim yang memutus melebihi apa yang dituntut penggugat dianggap telah melampaui kewenangannya (*ultra vires, beyond the power of his authority*). Apabila putusan mengandung *ultra petitem*, harus dinyatakan cacat (*invalid*) meskipun hal itu dilakukan hakim dengan itikad baik (*good faith*) maupun sesuai dengan kepentingan umum (*public interest*)¹⁰³. Mengenai hal ini telah ditegaskan dalam putusan Mahkamah Agung No 1001 K/Sip/1972 dan putusan MA No 77 K/Sip/1973¹⁰⁴.

Dalam konteks perkara tertentu, dimungkinkan adanya ruang bagi hakim untuk memutus melebihi apa yang diminta para pihak. Putusan

¹⁰² Sudikno Mertokusumo. Opcit hlm 12.

¹⁰³ Frances Russell. Christine Loche dalam M. Yahya Harahap. *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*. Cet. Ke-2. Sinar Grafika. Jakarta. 2005. Hlm 801.

¹⁰⁴ Ibid. hlm 802-803.

MA No. 137 K/AG/2007 tanggal 6 Februari 2008, dalam pertimbangannya dinyatakan bahwa istri yang menggugat cerai suaminya tidak selalu dihukumkan durhaka (*nusyuz*), karenanya secara *ex officio* berdasar Pasal 41 UU Perkawinan, suami dapat dihukum untuk memberikan nafkah iddah kepada bekas istri dengan alasan bekas istri harus menjalani *istibra* yang juga menyangkut kepentingan suami¹⁰⁵. Putusan MA No 280 K/AG/2004 tanggal 10 Nopember 2004 juga menetapkan bahwa bila istri yang digugat cerai suami tidak terbukti *nusyuz*, pengadilan secara *ex officio* dapat menghukum suami untuk membayar nafkah, maskan, dan kiswah selama masa iddah yang nilainya disesuaikan dengan kebutuhan hidup minimum, kepatutan, dan keadilan (majelis hakim kasasi menambah besaran nafkah untuk istri, lebih tinggi dari yang dijatuhkan PA walaupun bahkan istri tidak mengajukan gugat rekonsensi)¹⁰⁶. Bahkan dalam putusan tersebut, majelis juga menghukum Penggugat untuk memberikan hak nafkah kepada kedua anaknya walaupun hal ini tidak disinggung dalam konvensi dan istri tidak mengajukan gugatan rekonsensi.

Pada setiap akhir gugatan Penggugat, dalam petitum subsidairnya selalu mencantumkan *ex aequo et bono* yang berarti mohon putusan yang seadil-adilnya. Adagium *ex aequo et bono* merupakan jembatan bagi hakim untuk memutus berbeda dari yang dituntut atau bahkan melebihi apa yang dituntut penggugat. Dengan demikian asas *ultra petitum partium* tidak mutlak melarang hakim untuk memutus melebihi apa yang diminta¹⁰⁷.

Dalam praktek di Pengadilan Agama, asas *ultra petita* dapat disimpangi apabila ketentuan/pasal itu memberikan kewenangan *Ex officio* kepada hakim. Contohnya adalah Pasal 41 ayat (3) UU

¹⁰⁵ Yurisprudensi Mahkamah Agung RI Tahun 2008. Jakarta. Mahkamah Agung. 2008. Hlm. 223.

¹⁰⁶ Yurisprudensi Mahkamah Agung RI Tahun 2005. Jakarta. Mahkamah Agung. 2006. Hlm. 210

¹⁰⁷ M. Natsir Asnawi. 2016. Loc.Cit. hlm. 483

Perkawinan. Dari pasal tersebut, hakim-hakim PA menafsirkan bahwa ada kewenangan *ex officio* yang diberikan kepada hakim untuk memberikan nafkah kepada istri dalam perkara cerai talak walaupun si istri tidak mengajukan gugat balik (*rekonvensi*) tentang hak nafkah¹⁰⁸.

M. Yahya Harahap menjabarkan bahwa ada beberapa variasi terkait pelaksanaan asas *ultra petitem partium*, yaitu apabila (1) putusan yang dijatuhkan hakim masih dalam kerangka yang serasi dengan inti gugatan, maka masih dapat dibenarkan seperti putusan MA No. 140 K/Sip/1971, (2) putusan yang didasarkan pada petitum subsidair yang berbentuk *ex aequo et bono*, dapat dibenarkan asal masih dalam kerangka yang sesuai dengan inti petitum primair, (3) apabila pengabulan gugatan yang melebihi permintaan dengan syarat masih sesuai dengan kejadian materil seperti pada putusan MA No. 556 K/Sip/1971. Putusan tidak dapat dibenarkan apabila (1) dalam hal petitum primair dan petitum subsidair masing-masing dirinci satu per satu, tindakan hakim yang mengabulkan sebagian tuntutan primair dan sebagian tuntutan subsidair, tidak dibenarkan, seperti putusan MA No. 882 K/Sip/1974, (2) putusan yang mengabulkan sesuatu yang sama sekali tidak diajukan dalam petitum, seperti putusan MA No. 77 K/Sip/1973, (3) putusan pengadilan yang didasarkan atas pertimbangan yang menyimpang dari dasar gugatan seperti putusan MA No. 372 K/Sip/1970¹⁰⁹.

A. Mukti Arto berpendapat bahwa cara pemberian hak perdata kepada pihak yang berhak melalui putusan hakim dalam suatu perkara dapat dipilah menjadi 2 (dua) cara, yaitu melalui tuntutan penggugat dalam petitum dan melalui *ex officio* hakim pemeriksa perkara tanpa harus ada petitum. Hak yang hanya dapat diadili jika ada tuntutan adalah hak yang timbul karena adanya akad atau perjanjian antara 2 (dua) pihak atau lebih. Hak ini hanya dimiliki penggugat. Sementara hak yang dapat

¹⁰⁸ Penafsiran tentang adanya *ex officio* hakim ini, tidak dianut di PN. Wawancara dengan hakim Parulian Lumbantoran. pada tanggal 17 Mei 2017 pukul 09.00-12.00 di Pengadilan Negeri Surakarta.

¹⁰⁹ M. Yahya Harahap. Loc. Cit. Hlm. 802-803.

diberikan hakim meskipun tidak ada tuntutan adalah hak yang timbul atas kehendak konstitusi dan hak asasi yang bersifat kodrati. Hak ini dapat dimiliki penggugat, tergugat atau pihak ketiga¹¹⁰.

Belajar dari hal ini maka diusulkan untuk memberikan kewenangan kepada hakim (*ex officio*) untuk menambahkan putusan terkait hak asuh dan hak nafkah anak walaupun tidak diminta oleh para pihak baik di Pengadilan Negeri maupun di Pengadilan Agama. Hal ini semata-mata dengan mempertimbangkan kepentingan terbaik untuk anak guna memberi kepastian hukum bagi anak sesuai amanah UUD NRI Tahun 1945 dan UU Perkawinan.

4) Asas *Actori In Cumbit Probatio*

Asas ini dikenal juga sebagai *Probandi Necessitas Incumbit Illi Qui Agit* atau asas *he who asserts must prove* yang berarti siapa yang mengaku atau mendalilkan suatu hak atau peristiwa maka ia wajib membuktikannya¹¹¹.

Asas ini dikenal dalam hukum acara perdata dan secara eksplisit diatur dalam Pasal 163 HIR, Pasal 283 RB, dan Pasal 1865 KUH Perdata yang menyebutkan bahwa yang diembani kewajiban untuk membuktikan adalah pihak yang mendalilkan mempunyai sesuatu hak untuk mengukuhkan haknya sendiri ataupun membantah suatu hak orang lain yang menunjuk pada suatu peristiwa¹¹².

Asas ini harus dire-interpretasi karena selama ini kegagalan pihak ibu untuk membuktikan status kerja dan besaran pendapatan suami/ayah menyebabkan hak nafkah anak yang diminta dalam gugatan ibu, menjadi tidak dikabulkan oleh hakim. Dalam hal ini hakim kurang cermat membaca makna dari asas tersebut. Di pasal tersebut jelas dinyatakan bahwa siapa yang mendalilkan haknya (hak di penggugat), maka harus

¹¹⁰ A. Mukti Arto. *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan: Membangun Sistem Peradilan Berbasis Perlindungan Hukum Dan Keadilan*. Pustaka Pelajar. Yogyakarta. 2017. Hlm. 25-26

¹¹¹ M. Natsir Asnawi. *Ibid*. Hlm. 39

¹¹² Eddy O.S. Hiariej. 2016. *Teori Dan Hukum Pembuktian*. Cet ke 5. Jakarta. Erlangga. Hlm 42.

membuktikan. Dalam kasus gugatan hak nafkah anak, maka hak nafkah tersebut bukan haknya si penggugat atau ibu/istri tapi hak si anak. Anak merupakan pihak yang berdiri sendiri mengingat seperti yang sudah dipaparkan di atas bahwa dalam suatu kasus perceraian, hendaknya disadari bahwa ada 3 (tiga) pihak yang saling membentuk segitiga. Anak berada di bawah kekuasaan orangtua maka yang harus membuktikan adalah kedua orangtua, bukan semata-mata ibu. Dengan demikian jika bapak tidak membantah (atau bahkan tidak hadir) walau ibu belum bisa memberikan bukti yang cukup maka seharusnya hal ini bukanlah alasan bagi hakim untuk tidak mengabulkan permohonan tersebut. Apabila ada bantahan dari pihak ayah terkait status kerja dan besaran pendapatan ayah maka hakim seharusnya membebaskan beban pembuktian kepada ayah. Apabila tidak ada bantahan dari pihak ayah baik dalam kondisi ayah hadir atau tidak hadir di persidangan maka fakta hukum tersebut tidak perlu dibuktikan.

Hal ini sesuai dengan pendapat Supomo yang menyatakan bahwa dalam arti yang terbatas, pembuktian hanya diperlukan apabila hal yang dikemukakan oleh penggugat itu dibantah oleh tergugat. Sementara itu, hal yang tidak dibantah, tidak perlu dibuktikan¹¹³. Tidak semua peristiwa atau kejadian harus dibuktikan oleh para pihak kepada hakim, tetapi hanya hal-hal yang menjadi perselisihanlah yang harus dibuktikan¹¹⁴.

M. Natsir Asnawi memberikan penjelasan yang lebih moderat. Dia menyatakan bahwa pada dasarnya, dan memang demikian, setiap pihak yang menggugat pihak lain di pengadilan, baik itu mengklaim suatu hak, membantah hak pihak lain, atau mendalilkan hapusnya suatu hak wajib membuktikan dalil-dalilnya tersebut. Namun demikian, dalam penerapannya ternyata tidak sekaku yang diatur dalam Pasal 163 HIR

¹¹³ Supomo dalam Eddy O.S. Hiariej. *Teori Dan Hukum Pembuktian*. Cet ke 5. Erlangga. Jakarta. 2016. Hlm 6. Supomo dalam Ali Afandi. *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembuktian*. Cet. Ke-4. Rineka Cipta. Jakarta. 2000. Hlm. 192.

¹¹⁴ Teguh Samudra. *Hukum Pembuktian Dalam Acara Perdata*. Alumni. Bandung. 1992. Hlm. 9

karena siapa yang harus membuktikan kemudian diterapkan secara proporsional bergantung pada jawaban yang dikemukakan oleh tergugat. Jika tergugat membantah dalil-dalil penggugat, baik sebagian maupun seluruhnya, penerapan asas siapa membuktikan apa dilakukan berdasarkan prinsip kepatutan dan keadilan (*billijkheid beginsel*)¹¹⁵.

Adanya SEMA No 4 Tahun 2016 dari rumusan Hakim Agung Kamar Agama, yang menyatakan bahwa hak nafkah anak merupakan *ex officio* hakim, dan SEMA No 3 Tahun 2015 yang menghimbau penetapan kenaikan hak nafkah anak sebesar 10%-20% tiap tahun, mengakibatkan tidak diperlukan lagi gugatan atau pembuktian tentang status kerja ayah, namun masih menyisakan pekerjaan rumah di Pengadilan Agama yaitu pembuktian besaran pendapatan ayah untuk penentuan besaran hak nafkah yang layak untuk anak.

Adanya keputusan dari Hakim Agung Kamar Agama untuk memberikan hak *ex-officio* kepada hakim dalam hal hak nafkah anak merupakan suatu langkah maju yang sangat progresif dan merupakan pelaksanaan amanah dari UUD RI Pasal 28 B serta Pasal 41 jo Pasal 45 UU Perkawinan. Dalam hal ini hakim Agung Kamar Agama menyadari posisinya sebagai penjaga pintu gerbang keadilan, penerima pesan yurisdional norma hukum, dan imperator dari perundang-undangan yang bersifat imperatif.

Mengulang paparan di atas, maka seyogyanya hakim memberi putusan besaran hak nafkah anak dicukupkan dari keterangan ibu sebagai pihak yang hadir di persidangan apabila ayah tidak hadir. Apabila ayah hadir maka ayahlah yang diminta memberi keterangan untuk membuktikan besaran pendapatannya setiap bulan. Hal ini juga dengan mengingat asas dari hukum yurisprudensi, bahwa seyogyanya pihak yang

¹¹⁵ M. Natsir Asnawi. Op. Cit. Hlm. 39

dibebani pembuktian adalah pihak yang paling sedikit dirugikan jika harus membuktikan¹¹⁶.

Sayangnya ketentuan progresif dari kamar agama di atas tidak dapat dijadikan sandaran bagi praktek yang sama untuk persidangan kasus perceraian/pembatalan perkawinan di Pengadilan Negeri¹¹⁷. Dengan adanya ketentuan-ketentuan yang bersifat progresif dan pro-anak tersebut maka dapat disimpulkan bahwa secara substantif/normatif perlindungan terhadap anak di pengadilan agama lebih baik dari pada di pengadilan negeri. Hal ini menarik untuk disimak, bahwa hakim-hakim agung kamar agama yang menyandarkan logikanya sesuai dengan asas dan kaedah-kaedah hukum Islam, mendapat sumber hukum yang komprehensif dan integratif sehingga yang diperlukan hanyalah mengubah norma-norma tersebut menjadi hukum positif dengan mempertimbangkan kondisi, nilai, dan budaya masyarakat di Indonesia. Sementara hakim-hakim agung kamar perdata yang referensinya sebagian besar berasal dari filosofi dan aliran-aliran hukum barat, lebih terbelenggu pada aliran positivism yang mengutamakan aspek kepastian hukum dari pada aspek keadilan dan aspek kemanfaatan atau dapat dikatakan bahwa hakim-hakim PN lebih terikat pada keadilan prosedural daripada keadilan substantif.

Padahal kasus-kasus hukum keluarga sebagaimana amanat Pasal 1 UU Perkawinan mengandung dimensi religius atau transedental yang seharusnya juga dipertimbangkan. Bahwa hak dan kewajiban suami-istri dan atau orangtua terhadap anak merupakan hak keluarga absolut. Hal-hak itu oleh hukum tidak diberi kepada yang bersangkutan demi kepentingannya sendiri, tetapi demi kepentingan dari yang dikenai oleh

¹¹⁶ Achmad Ali. Wiwie Heryani. *Asas-Asas Hukum Pembuktian Perdata*. Cet. Ke-2. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. 2013 Hlm. 149.

¹¹⁷ Wawancara dengan Hakim Agung Dr. Abdurrachman, SH MH. Pada tanggal 28 September 2017 di Mahkamah Agung RI pukul 14.00-16.00. Pendapat sama dilontarkan hakim Pengadilan Negeri Wonogiri, Anita Zulfiani SH MH, tanggal 13 Oktober 2017 saat FGD di Hotel Dana Surakarta pukul 13.00-16.00.

hak-hak itu¹¹⁸. Hak-hak ini tidak hanya sekedar berimplikasi saat ini tetapi berimbas jauh ke masa depan, bahkan tidak hanya selama di dunia tetapi juga pada kehidupan akhirat. Dengan demikian hakim-hakim di Pengadilan Negeri harus mempunyai keberanian lebih untuk memberikan perlindungan kepada anak dalam suatu perkara perceraian/pembatalan perkawinan.

Dalam rangka mewujudkan perlindungan hukum yang optimal bagi anak maka sesuai dengan pendapat Eddy O.S. Hiariej bahwa tidak ada satu kesatuan hukum pembuktian yang dapat diterapkan untuk semua proses hukum. Dalam konteks hukum pembuktian di Indonesia, masing-masing lapangan hukum memiliki hukum pembuktian sendiri¹¹⁹, tidak terkecuali untuk hukum keluarga. Juga dengan mengingat bahwa secara filosofi dapat dikatakan tujuan pembuktian adalah *Quod Bonum Felix Faurtumque* (apa yang baik, bahagia, dan karunia (oleh Alloh))¹²⁰.

5) Asas *No Fault* dan asas *Marriage Break Down*

Perkembangan pemikiran hukum keluarga menganggap perceraian bukanlah merupakan penalti bagi salah satu pihak. Unsur kesalahan tidak dipersoalkan, setidak-tidaknya bukan menjadi orientasi hakim dalam menangani perkara perceraian. Perkara perceraian, apa pun akhir dari hakim, tidak mengandung kalah-menang. Pengadilan yang menangani kasus-kasus sengketa keluarga berusaha bukan hanya menjadi *court of law* yang tegas, tetapi menjadikan dirinya sebagai sosial institution (lembaga kemasyarakatan) yang menangani sengketa-sengketa unit terkecil dari susunan masyarakat, yaitu keluarga. Di banyak negara maju, *no fault-oriented* dalam pemeriksaan dan putusan-putusan pengadilan

¹¹⁸ E. Utrecht. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*. Cetakan ke-6. Jakarta. Penerbit Universitas. 1996. Hlm. 254.

¹¹⁹ Eddy. O.S. Hiariej. Opcit. Hlm 15. Di sini parameter hukum pembuktian meliputi teori pembuktian (*bewijstheorie*), alat-alat bukti (*bewijsmiddelen*), penguraian cara penyampaian alat-alat bukti (*bewijsvoering*), pembagian beban pembuktian (*bewijslast/burden of proof*), kekuatan pembuktian masing-masing alat bukti (*bewijskracht*), dan bukti minimum yang diperlukan untuk mengikat kebebasan hakim (*bewijs minimum*).

¹²⁰ Achmad Ali. Wiwie Heryani. *Asas-Asas Hukum Pembuktian Perdata*. Cet. Ke-2. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. 2013. Hlm 59.

dalam sengketa-sengketa perkawinan telah menjadi prinsip. *Marriage break-down*, menjadi satu-satunya alasan perceraian di negara-negara tersebut¹²¹.

Asas *no fault* menyatakan bahwa apabila dalam suatu gugatan sudah terbukti tidak adanya lagi keinginan/komitmen untuk hidup bersama, maka perkawinan tersebut dapat diputuskan tanpa melihat siapa yang bersalah dalam perceraian tersebut. Hal ini sebagaimana dinyatakan Herbert Jacob, “*no-fault law means that in divorce case, “fault” is not supposed to influence decisions about whether a divorce is to be granted, or to whom*”¹²².

Asas *no-fault* ini juga dianut di Indonesia. Hal ini dapat ditemukan pada yurisprudensi misalnya Putusan MARI nomor 534 K/Pdt/1996 Tanggal 18 Juni 1996, yang pada pertimbangannya antara lain menyatakan bahwa dalam hal perceraian tidak perlu dilihat dari siapa penyebab percekocokan atau salah satu pihak telah meninggalkan pihak lain, tetapi yang perlu dilihat adalah perkawinan itu sendiri apakah perkawinan itu masih dapat dipertahankan lagi atau tidak.

Dalam redaksi kalimat lain dinyatakan bahwa dalam kasus di atas di antara doktrin yang harus diterapkan dalam perkara perceraian bukanlah *Matrimonial Guilt* tetapi *broken marriage* (pecahnya rumah tangga). Oleh karenanya tidaklah penting menitikberatkan dan mengetahui siapa yang bersalah yang menyebabkan timbulnya perselisihan dan pertengkaran akan tetapi yang terpenting bagi Majelis Hakim adalah mengetahui keadaan senyatanya yang terjadi dalam rumah tangga Pemohon dan Termohon. Hal ini juga sesuai dengan

¹²¹ Busthanul Arifin. *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar, Sejarah, Hambatan, Dan Prospeknya*. Gema Insani Pers. Jakarta. 1996. Hlm. 126

¹²² Herbert Jacob. *Silent Revolution dalam Stewart Macaulay*. Lawrence M Friedman. Elizabeth Mertz. *Law in Action: A Socio- Legal Reder*. Foundation Press. New York. 2007. Hlm. 286. Terjemahan oleh peneliti: Asas *no fault* berarti bahwa dalam kasus perceraian, faktor kesalahan seharusnya tidak mempengaruhi keputusan hakim tentang apakah perceraian dikabulkan atau untuk siapa

Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor: 28 PK/AG/1995, tanggal 16 Oktober 1996

Ketika seorang hakim menemukan kesalahan (*fault or guilt*) atau semua keadaan buruk yang ingin dibuktikan oleh pengacara para pihak, maka hal ini dapat menghancurkan hubungan baik yang seharusnya tetap terjalin di antara para pihak¹²³. Hubungan baik ini sangat penting pada kasus perceraian dalam kaitannya dengan kompetensi para pihak sebagai orangtua dari anak atau anak-anak. Harus dihindari pepatah Cina: *A lawsuit breeds ten years of hatred*¹²⁴.

Walaupun Indonesia menganut asas *no fault-marriage break down* dalam kaitannya dengan alasan perceraian pada huruf f Pasal 19 PP Perkawinan, namun Indonesia juga mengenal alasan-alasan perceraian yang lain sebagaimana yang disebut secara limitatif dalam Pasal 19 PP Perkawinan huruf a sampai e. Dengan kata lain, Indonesia tidak secara mutlak menganut *marriage break-down principle*/pecahnya perkawinan/*duurzame huwelijksontwrichting*.

Untuk menentukan status perkawinan suami-istri, asas *No Fault* tidak ada salahnya untuk diterapkan, guna mempercepat jalannya persidangan dan untuk menghindari mengorek-orek masalah yang berpotensi menyebabkan semakin parahnya sakit hati di antara kedua belah, tetapi untuk menentukan siapa pemegang hak asuh anak, hakim tetap harus melihat siapa penyebab putusnya perkawinan. Jangan sampai pihak yang tidak bersalah, mengalami kehilangan hak yang lebih besar dalam kaitannya dengan anak, walaupun penggunaan hal ini, tidak boleh mengenyampingkan asas kepentingan terbaik anak¹²⁵.

6) Asas pelaksanaan persidangan terbuka untuk umum

¹²³ Acmad Ali. Wiwie Heryani. *Sosiologi Hukum: Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. Hlm 23. (terjemahan oleh peneliti: suatu gugatan ke pengadilan memelihara sepuluh tahun kebencian).

¹²⁴ Ibid. Hlm. 23

¹²⁵ <http://nasional.kompas.com/read/2018/01/31/17133531/menelisik-pelimpahan-hak-asuh-anak-ahok-dan-veronica-tan>, diakses tanggal 2 februari 2018. Pukul 09.00 . Lihat juga dalam <http://jambi.tribunnews.com/2018/02/01/dipenjara-istri-dicuri-orang-ahok-juga-terancam-kehilangan-dua-anaknya-kok-bisa-ya> diakses tanggal 2 februari 2018. Pukul 09.05

Pada prinsipnya pelaksanaan persidangan harus dilaksanakan dalam persidangan yang terbuka untuk umum namun dalam kasus-kasus yang melibatkan kesusilaan, maka persidangan dilaksanakan tertutup untuk umum. Perceraian atau pembatalan perkawinan dianggap kasus yang melibatkan kesusilaan oleh karenanya setelah persidangan dibuka oleh hakim kemudian persidangan ditutup untuk umum kecuali nanti pada saat pembacaan putusan persidangan yang kembali persidangan dibuka untuk umum. Pada prakteknya, asas ini dilaksanakan betul-betul secara ketat yaitu hanya para pihak, kuasa hukum dan saksi-saksi yang diperbolehkan untuk hadir di persidangan. Pihak keluarga dari para pihak tidak diperbolehkan untuk menghadiri atau sekedar melihat jalannya persidangan. Hal ini dimaksudkan untuk mencegah sedapat mungkin intervensi dari pihak-pihak lain yang dianggap dapat mempengaruhi suami istri yang sedang dalam proses persidangan.

Asas di atas memang sangat tepat apabila yang diputus hanyalah mengenai status hukum suami istri namun menjadi sangat tidak tepat saat luas lingkup perkara mencakup anak-anak dan kelanjutan hidupnya. Mengingat amanah undang-undang, maka seyogyanya dalam suatu kasus perceraian/pembatalan perkawinan maka pihak keluarga ikut dihadirkan karena juga mendapat imbas dari perceraian/pembatalan perkawinan yang sedang dilakukan. Hakim harus memastikan bahwa siapapun yang memegang kuasa asuh memang mempunyai waktu untuk memberi pendidikan bagi anak-anak tersebut.

Apabila kuasa asuh dipegang ibu sementara hakim mengetahui bahwa ibu adalah seorang pekerja maka patut dipastikan saat ibu sedang bekerja maka siapa yang akan mengawasi anak. Hal yang sama juga berlaku jika ayah yang menjadi pemegang kuasa asuh. Dalam suatu kasus dikarenakan alasan bahwa si ibu bekerja sebagai pramugari yang tuntutan tugasnya menyebabkan si ibu harus meninggalkan rumah/Indonesia selama sehari-hari bahkan bisa sampai berbulan-bulan maka hakim memutuskan pemegang kuasa asuh adalah ayah. Keputusan

ini diambil hakim karena ayah mencari nafkah sebagai penjual pulsa dengan membuka counter di rumah. Dalam hal seperti ini hakim juga harus memastikan dengan siapa anak saat si ayah bekerja. Kemudian mengenai hak nafkah anak, nyata bahwa pendapatan ibu lebih besar dari ayah maka sepatutnyalah bahwa ibu juga dibebani hak nafkah anak.

Pembahasan mengenai dilibatkannya keluarga dalam kasus perceraian/pembatalan perkawinan semakin urgen/penting mengingat Sema Nomor 1 Tahun 2017 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2017 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan, dari rumusan kamar perdata menetapkan bahwa hak ibu kandung untuk mengasuh anak di bawah umur setelah terjadinya perceraian dapat diberikan pada ayah kandung sepanjang pemberian hak tersebut memberikan dampak positif terhadap tumbuh kembang anak dengan mempertimbangkan juga kepentingan/keberadaan/keinginan si anak pada saat proses perceraian. Sayangnya lagi-lagi peraturan ini masih lebih banyak berada pada tataran konsep dari pada tataran teknis.

b. Pembentukan dan Pembaruan Kaidah Hukum Berperspektif Perlindungan Anak

Sistem norma yang disusun dalam perundang-undangan di Indonesia kurang memberikan penekanan pada hak-hak anak terutama dalam hal penegakannya sehingga walaupun hak-hak anak banyak sekali dituliskan namun sangat lemah dalam penegakan/implementasinya. Tuntutan hak anak hanya didasarkan/diserahkan pada kesadaran hukum para pihak (orangtua). Sementara banyak masyarakat Indonesia yang kesadaran hukumnya masih kurang dikarenakan pengetahuan hukumnya juga masih rendah. Oleh karenanya diperlukan keberanian para penegak hukum terutama advokad dan khususnya hakim, untuk menegakkan

keadilan substantif daripada keadilan formatif¹²⁶, utamanya dalam hal penanganan kasus yang melibatkan kepentingan anak.

Untuk mencapai keadilan substantif dan formatif secara bersamaan maka ada beberapa pembaruan dan pembentukan hukum yang harus dilakukan. Saat membangun sistem perlindungan hukum bagi anak terkait hak asuh dan hak nafkah anak maka di sini hukum mempunyai kegiatan pembuatan hukum (*law making*) dan memiliki fungsi untuk mendistribusikan dan menjaga alokasi nilai-nilai yang benar menurut masyarakat. Selain itu dalam kegiatan ini juga dapat menciptakan norma sebagai bahan mentah dari *kontrol sosial* dan oleh karenanya berfungsi sebagai instrument perubahan yang tertata, rekayasa sosial (*sosial engineering*). Sesuai dengan permasalahan yang diidentifikasi pada penelitian-penelitian sebelumnya maka pembaruan dan pembentukan sistem perlindungan hukum untuk anak sesuai dengan penyebab putusnya perkawinan orangtua, dapat dipetakan pada tabel di bawah ini:

Tabel 23. Permasalahan hak-hak anak setelah putusnya perkawinan orangtua

No	Putus perkawinan karena kematian	Putus perkawinan karena perceraian atau pembatalan perkawinan
1.	-	tidak adanya hak-hak anak pada putusan perceraian/pembatalan,
2.	Kejelasan urutan pihak yang berkewajiban sebagai pemegang kuasa asuh dan atau memberi hak nafkah anak	Indikator untuk menentukan pemegang kuasa asuh anak dan indikator besaran hak nafkah anak
3	-	kesulitan eksekusi putusan perceraian/pembatalan yang memuat hak-hak anak
4	pengawasan hak-hak anak setelah putusnya perkawinan orangtua.	
5	Tindak lanjut apabila pihak-pihak yang berkewajiban untuk memenuhi hak-hak anak, tidak ada (tidak dapat ditemukan) atau tidak mempunyai kemampuan	

Pembahasan masing-masing permasalahan di atas dan alternatif solusinya dapat dinarasikan sebagai berikut:

¹²⁶ Dedy Muchti Nugroho. Membangun model Penemuan Hukum Oleh hakim Peradilan Umum Dalam Penyelesaian Perkara Perdata Berdasar Asas peradilan Yang Baik. *Disertasi*. Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Sebelas Maret. Surakarta. 2017.

a. Pencantuman hak-hak anak dalam putusan perceraian/pembatalan perkawinan

Dari paparan sebelumnya maka saat ini di Indonesia, pencantuman hak-hak anak dalam putusan hakim tidak dapat dilakukan hakim apabila tidak diminta para pihak dalam petitumnya. Hal sama berlaku di Malaysia. Ketentuan di KUH Perdata mengatur bahwa *parenting plan* diputuskan dalam pertemuan hakim dengan keluarga setelah permohonan perceraian disetujui namun belum diucapkan dalam persidangan. Australia menetapkan bahwa *parenting plan* harus sudah ada saat para pihak mengajukan permohonan, baik itu merupakan *sole* atau *joint applications*. *Parenting plan* bisa merupakan *private agreement* di antara suami istri atau mengikuti standar umum yang sudah ditetapkan oleh CSA. Pada tahap ini apabila *parenting plan* merupakan *private agreement* maka dapat dinyatakan ada perlindungan hukum internal menurut Isnaeni, sedangkan apabila mengikuti standar umum dari CSA maka merupakan perlindungan hukum eksternal.

Sementara Skinner menyebutkan bahwa di semua Negara yang menjadi obyek penelitiannya kecuali Jerman dan Norwegia, *parenting plan* merupakan faktor yang dipertimbangkan oleh hakim saat memutuskan suatu kasus perceraian¹²⁷. Kelembagaan di Jerman dan Norwegia yang memutuskan kasus perceraian bukan pengadilan namun suatu dinas di pemerintah daerah (*county governor's office*).

Berdasar yang telah disajikan di atas, maka sesuai dengan sifat sistem peradilan di Indonesia, diusulkan untuk mengacu pada pengaturan di Australia bahwa perencanaan orangtua terkait hak-hak anak (*parenting plan*) setelah putusnya perkawinan orangtua, diajukan saat permohonan/gugatan talak/perceraian/pembatalan perkawinan didaftarkan di Pengadilan. Perencanaan orangtua tersebut dijelaskan

¹²⁷ Christine Skinner. Jonathan Bradshaw. Jacqueline Davidson. Child Support Policy: An International Perspective. *Report*. A report of research carried out by the Social Policy Research Unit, University of York on behalf of the Department for Work and Pensions. Norwich . UK.2007. Hlm 34

dalam posita dan dimintakan dalam petitum. Setelah ada tanya jawab saat mediasi, pembuktian, dan konklusi maka kemudian masuk dalam amar putusan hakim.

Peneliti tidak mengusulkan untuk mengacu pada sistem KUH Perdata mengingat banyaknya putusan perceraian yang disidangkan secara verstek. Dengan adanya *parenting plan* sejak awal maka apabila tergugat merasa kepentingannya diserang (baca: dibebani kewajiban kepada anak) maka diharap dapat memotivasi tergugat atau keluarganya untuk menghadiri persidangan. Dengan hadirnya kedua belah pihak/keluarga diharapkan hak-hak anak lebih terpenuhi dan lebih mendapat kepastian hukum.

Pelaksanaan selama ini di PN lebih bergantung pada inisiatif para pihak. Dari hasil penelitian diketahui bahwa putusan yang memuat hak-hak anak lebih banyak dari putusan di PA. Hal ini karena memang gugatan perceraian di PN lebih banyak yang petitumnya memuat permintaan hak asuh dan hak nafkah anak karena banyak pihak yang menggugat cerai didampingi oleh advokad. Dengan ada pendampingan dari advokad maka jarang sekali persidangan yang diputus secara verstek. Walaupun dapat dikatakan bahwa kesadaran hukum para pihak yang beracara di PN lebih tinggi dari pada di PA, namun untuk lebih menjamin kepastian hukum bagi semua anak supaya semua putusan hakim tentang perceraian dan pembatalan perkawinn memuat hak-hak anak maka seyogyanya Pasal 41 UU Perkawinan butir a, direvisi.

Pasal 41 UU Perkawinan, semula berbunyi sebagai berikut:

Pasal 41: Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

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

Direvisi menjadi

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian atau pembatalan perkawinan ialah:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, dan

kewajiban ini harus dicantumkan dalam putusan hakim yang mengadili perkara tersebut.

Kemudian dalam penjelasan pasal tersebut dapat disebutkan bahwa putusan harus berisi siapa yang memegang hak asuh dan siapa yang harus membayar hak nafkah anak serta jumlah yang harus dibayar dan waktu/periodisasi pembayaran.

Pelaksanaan di Pengadilan Agama lebih banyak mengalami kendala. Tidak adanya hak-hak anak pada putusan perceraian/pembatalan perkawinan selain karena Pasal 41 UU Perkawinan di atas kurang tegas juga dikarenakan Pasal 66 dan Pasal 86 Peradilan Agama yang mengatur tentang pengajuan gugatan, tidak bersifat memaksa. Oleh karenanya rumusan Pasal 66 dan 86 yang memakai kata “dapat”, seyogyanya diganti atau dibaca sebagai “harus”.

Secara konkrit, narasi di atas dapat dituliskan sebagai berikut. Pasal 66 ayat (5) yang semula berbunyi:

Permohonan soal penguasaan anak, nafkah anak, nafkah istri, dan harta bersama suami istri **dapat** diajukan bersama-sama dengan permohonan cerai talak ataupun sesudah ikrar talak diucapkan,
direvisi menjadi

Permohonan soal penguasaan anak, nafkah anak, dan nafkah istri, **harus** diajukan bersama-sama dengan permohonan cerai talak

Pasal 86 ayat (1) yang semula berbunyi

Gugatan soal penguasaan anak, nafkah anak, nafkah istri, dan harta bersama suami istri **dapat** diajukan bersama-sama dengan gugatan perceraian ataupun sesudah putusan perceraian memperoleh kekuatan hukum tetap.

Direvisi menjadi

Gugatan soal penguasaan anak, nafkah anak, dan nafkah istri, **harus** diajukan bersama-sama dengan gugatan perceraian.

Revisi dari pasal ini dapat dimasukkan dalam RUU Peradilan Agama. Dengan adanya pasal ini maka surat edaran tuada Badilag terkait dianggap sudah dicabut. Dengan pencabutan ini maka tidak ada lagi pertentangan secara vertikal.

Suatu ketentuan dalam peraturan perundang-undangan merupakan norma umum yang saat dijadikan norma individu harus melihat kondisi/konteks yang dihadapi/ oleh karenanya ada beberapa prediksi variasi dari ketentuan tersebut, yaitu:

- 1) Apabila ternyata dalam keluarga tidak ada anak maka hal ini harus disebutkan dengan jelas dalam posita dan pertimbangan hakim. Hal ini untuk menjelaskan mengapa dalam petitum dan amar, tidak ada permohonan atau putusan terkait hal ini.
- 2) Apabila ada anak tetapi hak asuh dan hak nafkah anak tidak disengketakan para pihak, maka *private agrèement* yang berisi *parenting plan* antara suami/istri tersebut, harus dimuat dalam putusan hakim. Dalam perjanjian tentang hak asuh dan hak nafkah, maka harus jelas siapa pemegang kuasa asuh dan berapa kewajiban bapak/orangtua laki-laki menafkahi perbulan. Apabila ibu berkomitmen untuk ikut menanggung nafkah anak maka besaran nafkah anak yang ditanggung ibu juga perlu disebutkan.
- 3) Apabila ada sengketa terkait hak asuh dan hak nafkah serta pembagian harta bersama maka dalam petitum atau dalam gugat balik (*rekonvensi*), harus disebutkan untuk mendapatkan putusan hakim terkait hal ini.

Hal ini menegaskan bahwa penegak hukum yaitu advokad dan hakim merupakan *imperator* atau penerima pesan yurisdiksional dari Pasal 28, Pasal 41 dan Pasal 45 UU Perkawinan.

Untuk lebih memudahkan hakim dan advokad (jika ada) maka sejak saat para pihak mencari pemenuhan persyaratan untuk mengajukan permohonan perceraian yang dimulai dari tingkat ketua RT, kelurahan/Kepala desa dan saat mediasi di persidangan maka upaya mediasi benar-benar harus dijalankan. Selama ini belum ada pedoman bagi ketua RT dan kepala desa untuk mengadakan mediasi. Dalam hal ini sebenarnya ketua RT dan kades/lurah dapat memakai Pasal 4 PP No 21 Tahun 1994 tentang Penyelenggaraan Pembangunan

Keluarga Sejahtera, yang menetapkan tentang fungsi keluarga sebagai filter atau indicator untuk memotret kondisi keluarga tersebut yang berujung pada simpulan apakah keluarga masih dapat dipertahankan atau tidak. Dalam PP tersebut ditetapkan 8 fungsi keluarga yaitu (1) fungsi agama, (2) fungsi sosial budaya, (3) fungsi cinta kasih, (4) fungsi melindungi, (5) fungsi reproduksi, (6) fungsi sosialisasi dan pendidikan, (7) fungsi ekonomi, dan (8) fungsi pembinaan lingkungan.

Masing-masing fungsi di atas dapat dijelaskan sebagai berikut: Fungsi agama. “Ini merupakan fungsi yang mendorong keluarga agar dapat menjadi wahana pembinaan kehidupan beragama yaitu beriman dan bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa. Fungsi sosial budaya, diharapkan para keluarga dapat menjadi wahana pembinaan dan persemaian nilai-nilai yang luhur dari budaya tersebut, sehingga nilai luhur yang selama ini sudah menjadi panutan dalam kehidupan berbangsa tetap dapat dipertahankan dan dipelihara.

Ketiga adalah fungsi cinta kasih. Cinta kasih memiliki makna untuk mendorong keluarga agar dapat menciptakan suasana cinta dan kasih sayang dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Fungsi keempat, adalah melindungi yang diartikan untuk mendorong keluarga agar dapat menciptakan suasana aman, nyaman, damai, dan adil bagi seluruh anggota keluarganya

Fungsi reproduksi berintikan, yakni setiap keluarga dapat menerapkan cara hidup sehat, mengerti tentang kesehatan reproduksinya, termasuk pemahaman tentang alat kontrasepsi, alat kontrasepsi rasional, maupun pengetahuan penyiapan kehidupan berkeluarga bagi para remaja. Fungsi sosialisasi dan pendidikan, yang bukan hanya berhubungan dengan kecerdasan, melainkan juga termasuk pendidikan emosional dan juga pendidikan spiritualnya

Fungsi ekonomi yang diharapkan juga dapat mendorong keluarga agar dapat membina kualitas kehidupan ekonomi keluarga, sekaligus dapat bersikap realistis serta bertanggung jawab terhadap

kesejahteraan keluarga. Fungsi pembinaan lingkungan, di mana diharapkan keluarga dapat menciptakan kehidupan yang harmonis dengan lingkungan masyarakat sekitar dan alam

Secara kuantitatif, para pihak yang mengajukan permohonan perceraian diminta merefleksi di antara fungsi-fungsi keluarga tersebut di atas, mana yang sudah tidak berjalan dan mengapa. Apakah fungsi yang sudah tidak berjalan lebih banyak daripada fungsi yang masih berjalan? Apa penyebab fungsi tidak berjalan dan bisakah diperbaiki/difungsikan lagi?

Apabila dari refleksi memang ditemukan lebih banyak fungsi yang tidak berjalan dan tidak bisa diperbaiki lagi maka dapatlah ketua RT, kades atau lurah memberikan surat pengantar perceraian/pembatalan perkawinan. Apabila dari hasil refleksi ternyata dapat diidentifikasi bahwa lebih banyak fungsi yang masih berjalan maka hendaklah ketua RT, Kades atau lurah memberikan nasihat dan tenggang waktu lebih lama bagi para pihak untuk berpikir ulang. Apabila para pihak tetap bersikeras walaupun fungsi yang masih berjalan sebenarnya lebih banyak dari pada fungsi yang tidak berjalan maka berarti ketua RT dan Lurah/kades sudah menunaikan tugasnya secara optimal.

Selain hal di atas sebagai orang yang lebih mengetahui keseharian para pihak maka hendaknya ketua RT dan Kades/lurah menanyakan rencana para pihak terkait tanggungjawab orangtua kepada anak-anak (*parenting plan*). Lembar *parenting plan* ini memuat keinginan para pihak dan rekomendasi ketua dan kades/lurah terkait pemegang kuasa asuh dan besaran hak nafkah anak. Lembaran ini menjadi satu kesatuan yang tak terpisahkan dengan surat pengantar perceraian tersebut.

Setelah proses masuk di pengadilan yaitu berupa pendaftaran surat gugatan maka hendaknya pengadilan sudah menyediakan *template* surat gugatan sesuai kondisi para pihak. Peneliti

menyarankan disediakan 2 (dua) *template* surat, yaitu (1) *template* surat gugat seandainya para pihak tidak mempunyai anak atau mempunyai anak tetapi anak-anaknya sudah berada di luar tanggungan orangtua, dan (2) *template* surat gugat seandainya para pihak memiliki anak yang masih dalam tanggungannya.

Saat proses persidangan, maka tahap paling awal ialah tahap mediasi yang dipimpin mediator yang ditetapkan oleh ketua majelis hakim. Saat tahap mediasi seharusnya diefektifkan untuk mengingatkan orangtua tentang akibat hukum setelah putusya perkawinan terutama menyangkut kewajiban-kewajiban terhadap anak. Pada tahap ini, hakim sebagai mediator mempunyai kebebasan seluas-luasnya untuk mendiskusikan apapun terkait kasus tanpa dihalangi oleh asas atau norma apapun sepanjang tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dan kode etik. Oleh karenanya tahap ini sangat strategis untuk dapat mengarahkan orangtua mencapai kesepakatan terkait hak-hak anak setelah perceraian/pembatalan perkawinan. Penentuan pemegang hak asuh anak, besaran jumlah nafkah anak, kesepakatan hak kunjung, dan lain-lain. Hasil mediasi dimasukkan putusan hakim sehingga mempunyai kekuatan mengikat bagi semua pihak¹²⁸.

Apabila para pihak tidak mempunyai perencanaan yang jelas maka hakim dapat menggunakan hak *ex-officio*nya. Dengan demikian pencantuman hak-hak anak dapat dipastikan adanya dalam setiap putusan pengadilan tentang perceraian/pembatalan perkawinan.

b. Urutan kuasa asuh dan indikator pemegang kuasa asuh

Mengingat kembali bahwa di Australia, dibedakan antara *physical custody*, *legal custody* dan *child support/maintenance*, yang menyebabkan terjadinya variasi pengasuhan yaitu *sole custody*, dan *joint/shared custody*, sementara dalam hukum Islam yang telah

¹²⁸ Hasil *Focus Group Discussion* dengan para hakim sekaresidenan Solo pada tanggal 13 Oktober 2017

diterapkan di Malaysia, dikenal adanya *custodian* dan *guardian*. Kemudian juga perkembangan *gender-neutral approach* di dunia barat sebagai lawan dari *traditional approach*, maka sistem yang dibangun dapat dipaparkan sebagaimana di bawah ini.

Di Indonesia pengaturan tentang hal ini baik dalam UU Perkawinan, UU Perlindungan Anak apalagi dalam KHI, lebih menampakkan ciri sebagai pemisahan antara *custodian* dan *guardian* walaupun ada perbedaannya.

Apabila *custodian* dapat disejajarkan dengan *physical custody* sementara *guardian* dapat disejajarkan dengan *legal custody* dan *child support* maka di Indonesia, secara normatif dan praktek yang terjadi agak berbeda. Hak asuh di Indonesia lebih sebagai *physical* dan *legal custody* sementara hak nafkah lebih condong ke *child support*. Walaupun hal ini tidak berlaku untuk semua orang namun pada sebagian besar masyarakat, inilah yang berlaku. Oleh karenanya tidak mengherankan, bahwa di Indonesia, sosok ayah sangat mudah mengingkari tanggungjawab karena di sisi lain, ayah merasa tidak mempunyai hak sama sekali atas anaknya yang diasuh oleh mantan istrinya setelah putusya perkawinan. Untuk lebih menyeimbangkan antara hak dan kewajiban maka sepatutnyalah di Indonesia pembedaan antara *custodian* dan *guardian*, lebih ditegakkan. Dengan demikian walaupun hak asuh cenderung ada pada ibu namun untuk mewakili kepentingan anak ke dalam maupun keluar serta untuk mengelola harta anak, tetap merupakan tanggungjawab ayah.

Sebenarnya fenomena timpang di atas tidak hanya di Indonesia. Di Amerika, dalam prakteknya pengambilan keputusan untuk anak juga lebih banyak dilakukan oleh ibu sebagai orang yang sehari-hari berada dekat dengan anak dan lebih mengetahui kondisi anak secara intelektual, emosional, sosial dan spiritual.

Untuk sistem yang dibangun ini maka diidentifikasi sebagai *joint/shared custody* dengan pembagian peran. Bukan dengan

persamaan kewajiban sebagaimana yang dipraktekkan di Negara barat dengan pendekatan netral gendernya.

Dalam UU Perkawinan, tidak ada kejelasan urutan pihak yang berkewajiban sebagai pemegang kuasa asuh dan atau memberi hak nafkah anak jika salah satu atau kedua orangtua meninggal. Hanya dalam pasal tentang perwalian disebutkan, bahwa orang lain dapat ditunjuk sebagai wali jika seorang anak tidak di bawah kekuasaan orangtua. Ketidakjelasan urutan juga berlaku di Australia dan dalam KUH Perdata. Pasal 26 UU Perlindungan Anak mengatur lebih lanjut bahwa keluarga yang melaksanakan kekuasaan orangtua jika orangtua tidak ada, namun tidak dijelaskan keluarga yang mana. Hal ini jelas menimbulkan ketidakpastian hukum bagi anak maupun bagi para pelaksana hukum.

Pengaturan dalam KHI lebih maju jika dibandingkan UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak. Dalam Pasal 156 KHI telah ada kejelasan urutan pemegang kuasa asuh anak, namun sayangnya ketentuan dalam KHI tidak dapat berlaku untuk semua penduduk di Indonesia.

Pemeliharaan dan pengasuhan anak oleh orangtuanya sendiri (*in home care*) merupakan hak setiap anak. Namun dalam kondisi tertentu seperti putusnya perkawinan orangtua, untuk terpenuhinya hak tumbuh kembang anak secara optimal maka diperlukan pengasuhan alternatif (*out home care*). Pada dasarnya pengasuhan alternatif merupakan bentuk pengalihan pengasuhan dari kekuasaan orang tua ke dalam lingkungan keluarga lain yang dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dengan mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi anak. Macam pengasuhan alternatif:

- 1) Pengasuhan oleh kerabat (*kinship care*), sesuai urutan kuasa asuh yang ditetapkan oleh undang-undang.
- 2) Pengasuhan oleh keluarga pengganti (*foster care*), sesuai dengan indikator kuasa asuh.

3) Pengasuhan oleh perwalian (*guardianship*)

4) Pengangkatan anak (*adoption*)

Mencermati paparan di atas maka sementara ini hendaknya aturan dalam KHI juga dapat dijadikan sumber hukum bagi semua warganegara Indonesia termasuk bagi yang tidak beragama Islam. Hal ini berlaku selama belum ada pengaturan jelas terkait hal ini bagi orang yang beragama bukan Islam.

Jadi konkritnya dalam disertasi ini diusulkan dua (2) pilihan urutan kuasa asuh. Pilihan pertama adalah sebagai berikut: (1) ibu, (2) ayah, (3) saudara sekandung anak, (4) nenek dari pihak ibu, (5) nenek dari pihak ayah, (6) saudara perempuan dari pihak ibu, (7) saudara perempuan dari pihak ayah, terus dilanjutkan berdasar kedekatan hubungan dan berganti-ganti dari keluarga kedua belah pihak. Pilihan kedua bagi muslim sesuai yang diatur dalam Pasal 156 KHI sedangkan bagi non muslim, sesuai dengan hukum adatnya. Jika antara ayah dan ibu ada perbedaan hukum adat, maka dipilih yang paling menguntungkan anak sesuai asas kepentingan terbaik bagi anak. Apabila pengasuhan oleh orangtua dan oleh kerabat, memang sudah tidak dimungkinkan maka Negara mulai hadir dengan memfasilitasi pengasuhan oleh keluarga pengganti, perwalian, sampai pada pengangkatan anak.

Adanya urutan pemegang kuasa asuh dan pemberi nafkah anak menambah kekuatan perlindungan bagi anak. Di samping itu, peran negara dapat diminimalisir mengingat hal ini sebenarnya masih di ranah hukum perdata. Keterlibatan negara tetap merupakan suatu keharusan namun harus sebagai upaya terakhir (*the last resort*).

Saat membahas mengenai indikator kuasa asuh, baik diingat pendapat dari John Bowlby, seorang psychoanalyst and ethologist yang memberikan tesis tentang *maternal deprivation*. Dalam tesisnya Bowlby berpendapat bahwa

.....identified children separated from their mothers as at risk of a range of personal and social problems, from “*affectionless psychopathy*” to “*juvenile delinquency*”: bad mothers, it seemed, produced bad children, and social problems for us all¹²⁹.

Ketentuan pemegang kuasa asuh di Pengadilan Agama bagi anak yang belum berumur 12 tahun (*mumayyiz*), atau anak yang belum dapat menentukan sendiri pilihannya, menurut Pasal 156 KHI telah ditetapkan yaitu jatuh pada ibu sepanjang ibu tidak mempunyai hambatan dalam menjalankan perannya tersebut. Apabila ibu dipandang tidak mampu misalnya karena menderita suatu penyakit tertentu atau karena kesibukannya dalam suatu aktifitas, maka bapak dapat ditetapkan sebagai pemegang kuasa asuh. Hal ini juga merupakan hukum kebiasaan di Pengadilan Negeri namun umur pasti anak yang dianggap sudah bisa menentukan pilihannya sendiri tidak ada ketentuannya sehingga masing-masing hakim menentukan sendiri dengan melihat kondisi si anak, biasanya umur yang dianggap sudah dapat menentukan sendiri pilihannya adalah berkisar umur 5-8 tahun. .

Belajar pada kasus perceraian dan perebutan kuasa asuh Abdulkadir Jaelani (Dul) anak ketiga Maia dan Ahmad Dhani, mencapai kulminasi saat tahap peninjauan kembali. Pada tahun itu umur Dul telah mencapai 12 tahun yang berarti telah *mumayyiz* sehingga gugatan Maia, ditolak majelis hakim. Putusan hakim peninjauan kembali ini cacat hukum karena bagi anak yang masih di bawah 18 tahun maka menurut perundang-undangan, ia berhak mempunyai kuasa asuh dan seharusnya ditetapkan dalam putusan hakim tersebut terlepas anak yang disengketakan sudah berumur 12 tahun. Ketentuan umur 12 adalah batas anak diberi hak untuk memilih sendiri siapa pemegang kuasa asuhnya dan hal ini seharusnya

¹²⁹ John Bolwby dalam Andrew Bainham, Shelley Day Sclater, And Martin Richards. *What Is A Parent? A Socio-Legal Analysis*. Hart Publishing. Oxford And Portland, Oregon. 1999. Hlm 3. Terjemahan oleh peneliti:telah menemukan bahwa anak yang dipisahkan dari ibunya berisiko mengalami masalah yaitu kesenjangan antara pribadi dan masyarakat, dari *affectionless psychopathy* menjadi perilaku menyimpang remaja. Ibu yang buruk (bermasalah) berpotensi menghasilkan anak yang buruk (bermasalah) dan hal ini menjadi masalah untuk kita semua.

kemudian dituangkan dalam putusan. Praktek serupa juga dijumpai pada putusan-putusan hakim yang lain bahwa apabila ada anak yang sudah berumur 12 tahun ke atas, maka tidak dimasukkan dalam putusan dan hanya perebutan hak asuh untuk anak yang di bawah 12 tahun yang diproses oleh hakim.

Variasi lain dari putusan hakim adalah bahwa gugatan hak asuh anak yang diminta oleh salah satu pihak, kemudian diputuskan hakim dengan menjatuhkan kuasa asuh pada kedua belah pihak yaitu ayah dan ibu. Pada kasus ini, hakim salah menyamakan kekuasaan orangtua dengan kuasa asuh. Bagi suami istri yang telah bercerai maka kekuasaan orangtuanya tidak putus atau berhenti terhadap anak, namun dengan sudah terpisahnya rumah tangga kedua orangtua tersebut, selayaknya hakim memutuskan siapa pemegang kuasa asuh bagi anak, yaitu tempat anak sehari-hari bertempat tinggal yang berimplikasi pada dokumen kependudukan si anak yaitu menyangkut kartu keluarga dan kartu identitas anak. Tidak dimasukkannya hak-hak anak, sekali lagi menyebabkan kaburnya jaminan pemenuhan hak-hak anak, yang dalam hal ini terkait dokumen kependudukan.

Penentuan urutan pemegang kuasa asuh mutlak diperlukan namun pelaksanaannya juga harus selektif yaitu harus juga memenuhi persyaratan pemegang kuasa asuh. Persyaratan pemegang kuasa asuh anak pernah dikemukakan oleh Satria Effendi M. Zein, yaitu:

- 1) Sudah baligh, berakal, tidak terganggu ingatannya sebab pemeliharaan anak merupakan pekerjaan yang penuh tanggungjawab. Oleh sebab itu, seorang ibu yang mendapat gangguan jiwa atau gangguan ingatan tidak layak melakukan tugas pemeliharaan. Ahmad bin Hanbal menambahkan agar yang melakukan pemeliharaan tidak mengidap penyakit menular.
- 2) Mempunyai kemampuan dan kemauan untuk memelihara dan mendidik anak yang diasuh dan tidak terikat dengan suatu

pekerjaan yang bisa mengakibatkan tugas tersebut menjadi terlantar.

- 3) Seseorang yang memegang kuasa asuh hendak dapat dipercaya memegang amanah, sehingga dengan itu dapat lebih menjamin pemeliharaan anak. Orang yang rusak akhlaknya tidak dapat memberikan contoh yang baik kepada anak yang diasuh, oleh karena itu ia tidak layak melakukan tugas ini.
- 4) Jika terjadi perceraian dan pemegang kuasa asuh adalah ibu kandung, disyaratkan tidak kawin dengan lelaki lain, kecuali lelaki tersebut tidak berkeberatan mengasuh anak tirinya.
- 5) Seseorang yang melakukan kuasa asuh hendaklah mempunyai agama yang sama dengan anak yang diasuh tersebut. Walaupun untuk syarat yang terakhir ini ada pendapat lain bahwa jika si anak belum dapat menentukan pilihan sendiri dan tidak ada usaha dari si pemegang kuasa asuh untuk mengajak si anak ke agamanya, maka perbedaan agama antara anak dan pemegang kuasa asuh, bukan hal yang dipersoalkan¹³⁰.

Apabila dianalisis maka syarat pertama lebih secara fisik, kemudian syarat kedua lebih ke ranah emosional, syarat ketiga ke kondisi spiritual, syarat keempat kondisi status yuridis pemegang kuasa asuh dan syarat kelima pada kesamaan agama. Melihat dimensi indikator di atas maka sangat kompleks, dan bukan sekedar bicara masalah urutan. Oleh karenanya kritik yang diajukan oleh Ahmad Zaenal Fanani dari perspektif gender, yaitu supaya regulasi penentuan kuasa asuh anak tidak otomatis diberikan ke ibu tetapi memperhatikan kemampuan calon pemegang kuasa asuh, juga dapat dipertimbangkan selama itu tetap fokus pada asas kepentingan terbaik untuk anak.

- c. Urutan pemberi nafkah anak dan besaran nafkah anak

¹³⁰ Satria Effendi M. Zein. *Problematisa Hukum Keluarga Islam Kontemporer: Analisis yurisprudensi Dengan Pendekatan Ushuliyah*. Prenada Media Group. Jakarta. 2010. Hlm 172-173.

Sesuai Pasal 45 dan Pasal 41 UU Perkawinan maka tanggungjawab memberi nafkah ada pada kedua orangtua dengan pengutamaan pada ayah. Jika ayah tidak mampu maka pengadilan dapat meminta ibu berkontribusi.

Kenyataannya jika ayah tidak mampu memberi hak nafkah maka kewajiban jatuh pada ibu, kemudian jika ibu tidak mampu maka siapa yang seharusnya bertanggungjawab? UU Perkawinan tidak membahas sejauh ini, namun dalam Pasal 26 UU Perlindungan Anak maka dengan penetapan bahwa kewajiban kemudian menjadi tanggungjawab keluarga, maka pertanyaan selanjutnya adalah keluarga mana. Pasal 105 KHI mengatur dengan agak berbeda dan lebih progresif dengan menetapkan bahwa jika ayah tidak ada maka kakek dan kemudian *asobah* yang harus mengambil kewajiban ini. Pada kenyataannya, ini juga tidak berlaku.

Oleh karenanya disarankan demi kepentingan terbaik anak, maka dapat belajar dari Malaysia dan ketentuan yang ada dalam KHI. Konkritnya adalah diusulkan urutan pemberi nafkah adalah sebagai berikut: (1) ayah. Jika ayah tidak ada/mampu, dibantu (2) ibu. Jika ibu tidak ada/mampu, dibantu (3) ayah dari pihak ayah (kakek si cucu). Jika kakak dari pihak ayah tidak ada/mampu, dibantu (4) saudara laki-laki dari pihak ayah secara bersama atau yang mau dan paling mampu, diurutkan dari keluarga terdekat. Apabila dari orangtua dan keluarga tidak mampu maka barulah Negara hadir dan memfasilitasi dalam bentuk sesuai peraturan perundang-undangan.

Penentuan besaran nafkah anak juga sering menjadi kendala tersendiri dalam pembuatan putusan hakim karena belum ditentukan secara limitatif dalam peraturan perundang-undangan. Praktik yang berjalan selama ini cenderung memperlihatkan suatu kenyataan adanya simplifikasi penghitungan beban nafkah anak kepada ayah. Pertimbangan yang di dalamnya memuat dasar penentuan jumlah nafkah anak hampir pasti menggunakan terminologi kelayakan dan

keadilan yang sangat subyektif karena hanya bersandar pada “perasaan keadilan dan kelayakan hakim semata”¹³¹. Oleh karenanya, M Natsir Asnawi menawarkan metode jurimetri dalam penghitungan nafkah anak.

Kees van Noortwijk dan Richard de Mulder mendefinisikan jurimetri sebagai berikut:

*Jurimetrics is concerned with the empirical study of the law in the widest sense, not only the meaning (the semantics) but also the form and the pragmatic aspects of law. Law is defined here as the demands and authorisations issuing from state organisations*¹³².

Implementasi jurimetri dalam penentuan nafkah anak yang layak dilakukan dengan mengumpulkan data empiris mengenai kebutuhan riil anak, kemampuan finansial ayah, dan angka kelayakan hidup (AKH) minimum. Data tersebut diolah dengan menggunakan pendekatan matematika atau statistik sederhana maupun kompleks. Hasil akhir dari analisis jurimetri menampilkan suatu nilai nafkah anak yang komprehensif dan mendekati kriteria layak dan adil¹³³.

Penetapan indikator-indikator tertentu untuk menentukan besaran nafkah anak juga dikenal dalam KUH Perdata. Indikator yang dipakai hampir sama yaitu kebutuhan riil anak dan kemampuan finansial ayah. Perbedaannya adalah Asnawi menggunakan indikator angka kelayakan hidup minimum, maka KUH Perdata menggunakan indikator jumlah tanggungan ayah. Praktek di Indonesia hampir sama dengan yang berlaku di Malaysia (Malaysia juga mempertimbangkan siapa pihak penyebab perceraian), sementara Australia memakai indikator yang lebih komprehensif, yaitu jumlah anak, umur anak, dan pendapatan orangtua. Kemudian beban nafkah anak dibagi di antara

¹³¹ M. Natsir Asnawi. 2017. Implementasi Jurimetri Dalam Penentuan Jumlah Nafkah Anak. Artikel. *Jurnal Varia Peradilan*. Tahun XXXII No 381 Agustus 2017. Hlm 98-118.

¹³² Loc. Cit. Hlm. 102. Terjemahan oleh peneliti: jurimetri berhubungan dengan penggunaan metode empiris untuk mengkaji hukum dalam perspektif yang lebih luas, tidak hanya dalam arti semantic tetapi juga bentuk dan aspek pragmatis hukum. Hukum diartikan sebagai penawaran dan kekuasaan dari negara

¹³³ Ibid. hlm 117.

orangtua dengan mempertimbangkan waktu yang dihabiskan orangtua bersama anaknya.

Penggunaan metode jurimetri mengingatkan pada teori Economic Analysis of Law dari Richard Posner. Pengertian teori ke-ekonomian tentang hukum (AKH) yang diberikan oleh William and Mary School of Law dalam ensiklopedia *online*-nya sebagai berikut:

*A study of many applications of economic reasoning to problems of law and public policy including economic regulation of business; antitrust enforcement; and more basic areas such as property rights, tort and contract law and remedies, and civil or criminal procedures. No particular background in economics is required; relevant economic concepts will developed through analysis of various legal applications*¹³⁴.

Menurut Fajar Sugianto, teori AKH sebagai analisis hukum yang mengaplikasikan dan/atau menggunakan konsep-konsep ekonomi (konsep pilihan rasional/*rational choice*, konsep nilai/*value*, konsep efisiensi/*efficiency*, dan konsep utilitas/*utility*) untuk menjelaskan akibat-akibat hukum, mengevaluasi atau mengestimasi sifat dasar, kemampuan atau kualitas suatu produk hukum yang efisien ekonomis, sehingga dapat diprediksi produk hukum seperti apa dan yang bagaimanakah patut diberlakukan¹³⁵.

Putusan hakim merupakan salah satu produk hukum. Apabila dikaji secara sederhana berdasar teori AKH maka putusan hakim tentang perceraian/pembatalan perkawinan khususnya bagian amar yang merupakan mahkota putusan, seharusnya merupakan pilihan rasional, bernilai, efisien, dan bermanfaat bagi semua pihak yang terkait dengan putusan tersebut yaitu suami, istri, dan anak sebagai

¹³⁴ <http://www.wm.edu/> diakses tanggal 24 September 2015. Terjemahan oleh peneliti: Studi penerapan argumentasi ekonomi untuk masalah hukum dan kebijakan publik termasuk peraturan ekonomi bisnis, pelaksanaan antimonopoli, dan bidang-bidang yang lebih mendasar seperti hukum harta kekayaan, perbuatan melanggar hukum dan hukum kontrak dan gantirugi dan prosedur pidana atau perdata. tidak diperlukan latarbelakang ekonomi tertentu; konsep ekonomi yang relevan akan dikembangkan melalui analisis berbagai penerapan hukum

¹³⁵ Fajar Sugianto. Opcit.. Hlm 46.

pihak langsung serta keluarga dari masing-masing pihak sebagai pihak tidak langsung.

Putusan hakim memenuhi konsep pilihan rasional (*rational choice*) apabila merupakan alternatif terbaik berikutnya (*the next best alternative*) dari pilihan yang ada dari kemungkinan atau alternatif terbaik dan terburuk bagi semua pihak. Dalam memilih tentu saja akan dikorbankan hal lainnya yang sebelumnya menjadi alternatif. Ilustrasi hal ini dapat disampaikan sebagai berikut: seorang istri yang mempunyai pria idaman lain dan kemudian memilih untuk mengajukan gugat cerai terhadap suaminya yang sekarang sebenarnya dihadapkan pada pilihan, mengutamakan pria lain tersebut atau suaminya, alternatif kehilangan hak asuh anak atau tidak, alternatif harus melepas sebagian harta kekayaan keluarga atau tidak.

Dalam kasus perceraian Basuki Cahaya Purnama (Ahok) yang menggugat cerai istrinya (Vanessa Tan) karena mencurigai istrinya telah berselingkuh dengan pria lain (J. Tio), akan sangat tragis jika Ahok juga kehilangan hak asuh atas anaknya sementara selama dipenjara, Ahok masih harus memberi nafkah bagi anaknya yang ada di bawah asuhan mantan istrinya. Sementara, apabila hak asuh anak diberikan pada Ahok, posisinya masih dalam penjara yang sangat diragukan dapat menjalankan peran sebagai ayah¹³⁶. Pada kasus perceraian Ahok ini, putusan hakim benar-benar akan diuji dalam melakukan pilihan rasional.

Putusan hakim dikatakan mempunyai nilai (*value*) apabila dari putusan tersebut ada peningkatan kemakmuran (*wealth maximization*) dibandingkan dengan kondisi sebelumnya, yaitu pada saat terjadi sengketa. Pada dasarnya, suatu nilai ekonomis dapat dilihat dari keinginan manusia terhadap sesuatu, dengan mengetahui sampai

136 <http://nasional.kompas.com/read/2018/01/31/17133531/menelisik-pelimpahan-hak-asuh-anak-ahok-dan-veronica-tan>, diunduh 2 februari 2018, pukul 10.00, <http://jambi.tribunnews.com/2018/02/01/dipenjara-istri-dicuri-orang-ahok-juga-terancam-kehilangan-dua-anaknya-kok-bisa-ya> diunduh 2 februari 2018, pukul 10.30.

sejauh mana individu itu bersedia untuk mendapatkannya, baik dengan uang, tindakan, maupun kontribusi lain yang dapat dilakukannya.

Putusan hakim tentang perceraian yang tidak menyertakan hak-hak anak di dalamnya, terindikasi lebih menurunkan kemakmuran/kesejahteraan anak. Oleh karenanya, putusan perceraian/ pembatalan perkawinan yang tidak memuat hak-hak anak, tidak bernilai untuk anak-anak.

Vilfredo Pareto mengemukakan konsep *allocative efficiency* yang hingga sekarang dikenal dengan *Pareto Efficiency* yang pada dasarnya menitikberatkan pada pencapaian kepuasan seseorang. Menurutnya, suatu peristiwa dapat menghasilkan nilai efisiensi (*allocatively efficiency*) apabila dapat membuat para pihak di dalamnya menjadi lebih baik, atau paling tidak, tidak ada satu pihak yang menjadi sengsara¹³⁷.

Suatu putusan perceraian/pembatalan perkawinan selalu menyengsarakan semua atau salah satu pihak. Dalam kaitannya dengan efisiensi ini, hakim minimal dapat meminimalisir kesengsaraan yang dialami para pihak dengan membagi beban akibat hukum yang timbul setelah perceraian/pembatalan perkawinan (*pareto optimality*). Dari perspektif perlindungan anak, hakim hendaknya dapat meminimalisir kerugian yang diderita anak sebagai korban terparah dari suatu putusannya perkawinan yaitu dengan mengedepankan hak-hak anak setelah putusannya perkawinan orangtuanya (*parenting plan*).

Putusan hakim bermanfaat (*utility*) apabila dapat mendatangkan kegunaan (*expected utility*) sebagaimana diartikan dalam ilmu ekonomi dan utilitas sebagaimana diartikan sebagai kebahagiaan oleh para pemikir utilitarian. Dalam kasus perceraian/pembatalan perkawinan, putusan hakim harus dapat memberikan kebahagiaan/kelegaian kepada semua pihak khususnya anak. Kebahagiaan itu dapat

¹³⁷ Fajar Sugianto. Opcit. Hlm 53-54.

diwujudkan dengan memberikan jaminan dan kepastian hukum bagi anak korban perceraian/pembatalan perkawinan orangtuanya.

Terkait indikator penetapan besaran nafkah untuk anak maka khusus bagi PNS berlaku PP No 10 tahun 1983 jo PP no 45 tahun 1991. Jika melihat pada kedua PP tersebut maka penentuan besarnya nafkah anak dari aparat sipil negara yang bercerai, sudah ditentukan. Pengaturan nafkah untuk anak atau anak-anak adalah $\frac{1}{3}$ (sepertiga) dari nafkah ayah. Sementara $\frac{2}{3}$ (dua pertiga) yang lain dibagi sama rata antara istri (atau istri-istri) dan suami atau lebih tepatnya $\frac{1}{3}$ (sepertiga) untuk suami dan $\frac{1}{3}$ (sepertiga) untuk istri (atau istri-istri) selama hidup si istri atau selama istri tidak menikah lagi.

PP ini belum sepenuhnya berbasis keadilan. Apabila hanya ada 1 ayah, 1 ibu dan 1 anak maka pembagian $\frac{1}{3}$ pendapatan ayah untuk ayah, $\frac{1}{3}$ untuk ibu dan, $\frac{1}{3}$ untuk anak atau anak-anaknya, masih dapat dikatakan adil. Pada kondisi lain, misalnya ada 3 sampai 8 anak, maka pertanyaan yang muncul adalah apakah untuk 3 sampai 8 anak tersebut jatah hak nafkahnya sama dengan jatah untuk 1 anak? Apabila sudah ada istri baru dari ayah maka berarti jatah istri lama menjadi berkurang. Apabila bercerai dan menikah lagi lebih dari 1 (satu) kali maka jumlah istri semakin banyak. Dalam hal inilah indikator-indikator kualitatif tersebut harus lebih dapat dikuantitatifkan.

Dalam hal pelaksanaan PP Nomor 10 Tahun 1983 jo PP No 45 Tahun 1990, didapat *best practice* dari praktek yang dilaksanakan di Pemerintahan Kota Surakarta (Pemkot Ska). Berdasarkan wawancara dengan Bapak Muslihin dari Badan Kepegawaian Daerah (BKD), pelaksanaan PP No 10 tahun 1983 jo PP No 45 Tahun 1990 tersebut selalu dikaitkan dengan PP Nomor 53 Tahun 2010 Tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil. Dalam PP Nomor 45 Tahun 1990 Pasal 16 ditetapkan bahwa PNS yang menolak pembagian gaji berdasarkan Pasal 8 tentang pembagian gaji maka dapat dikenakan salah satu disiplin berat berdasar PP Nomor 30 Tahun 1980 tentang Peraturan

Disiplin Pegawai Negeri Sipil. PP No 30 Tahun 1980 ini telah dihapus dengan adanya PP No 53 Tahun 2010 tentang Disiplin Pegawai Negeri Sipil. Berlandaskan payung hukum tersebut maka BKD Pemkot Ska mengeluarkan formulir yang berisi kesediaan pemotongan gaji untuk nafkah mantan istri dan anak yang harus ditandatangani PNS yang mengajukan permohonan ijin perceraian. Dengan adanya surat kesediaan pemotongan gaji tersebutlah yang menjadi dasar untuk memotong gaji PNS Pemkot untuk diberikan kepada mantan istri dan anak sebagai pelaksanaan Pasal 8 PP No 10 Tahun 1983 jo PP No 45 Tahun 1990.

Praktek dan keberanian dalam menafsirkan pasal yang terjadi di BKD Pemkot Ska tersebut, sangat sesuai dengan tujuan sistem perlindungan anak. Dengan adanya contoh baik ini, maka kendala berupa tidak adanya putusan hakim terkait hak-hak anak dalam putusan perceraian/pembatalan perkawinan serta benturan kompetensi absolut antara PN dan PA dengan PTUN, dapat diminimalisir.

Bagi ayah yang tidak berstatus sebagai PNS maka tidak dapat diberlakukan ketiga PP di atas, namun sebenarnya dapat dianalogkan yaitu dengan memasukkan pihak-pihak terkait yang menguasai atau merupakan asal gaji orangtua laki-laki sebagai pihak dalam kasus perceraian untuk kepentingan pelaksanaan putusan hakim tentang hak nafkah anak, yaitu jika bapak bekerja sebagai karyawan/buruh maka pihak yang terkait yang menguasai gaji bapak adalah majikan/pengusaha. Dengan dimasukkan sebagai pihak yang terikat pada putusan perceraian maka majikan/pengusaha tersebut mempunyai kewajiban untuk membayarkan sebagian gaji bapak sesuai putusan hakim kepada anak. Jika bapak bekerja sebagai wiraswasta maka tidak ada pihak yang menguasai gaji bapak. Di sini dapat dikondisikan ada salah satu anggota dari keluarga pihak bapak yang diminta untuk menjamin pelaksanaan dari hak nafkah anak tersebut.

Perkembangan terkini di lingkungan Peradilan Agama yang sangat menggembirakan namun tetap harus dikawal adalah keluarnya Sema Nomor 3 Tahun 2015 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2015 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan dan Sema Nomor 4 Tahun 2016 tentang Pemberlakuan Rumusan Hasil Rapat Pleno Kamar Mahkamah Agung Tahun 2015 Sebagai Pedoman Pelaksanaan Tugas Bagi Pengadilan khususnya rumusan pleno dari kamar agama. Pada Sema Nomor 3 Tahun 2015 ditetapkan bahwa Amar mengenai pembebanan nafkah anak hendaknya diikuti dengan penambahan 10% sampai dengan 20% per tahun dari jumlah yang ditetapkan, di luar biaya pendidikan dan kesehatan. Sementara Sema Nomor 4 Tahun 2016 menetapkan bahwa Pengadilan Agama secara *ex officio* dapat menetapkan nafkah anak kepada ayahnya apabila secara nyata anak tersebut berada dalam asuhan ibunya, sebagaimana hal tersebut diatur dalam Pasal 156 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam.

Simpulan dari kedua Sema tersebut adalah seharusnya majelis hakim PA berani menetapkan hak nafkah anak apabila anak nyata berada di bawah asuhan ibunya walau hal ini tidak dimintakan dalam petitum. Hal ini karena Sema Nomor 4 Tahun 2016 telah secara nyata memberikan kewenangan *ex-officio* kepada hakim PA. Kemudian mengenai besaran nafkah anak, harus diberi perintah penambahan 10%-20% dari jumlah yang ditetapkan pada tahun tersebut mengingat inflasi dan semakin besarnya kebutuhan anak seiring pertambahan usianya.

Mengingat bahwa rumusan yang dikemukakan di atas berasal dari Kamar Agama maka hanya berlaku di Pengadilan Agama. Sementara pelaksanaan di Pengadilan Negeri harus sesuai dengan rumusan pleno dari kamar perdata, yang berarti belum seprogresif kamar agama dalam hal memperjuangkan hak-hak anak.

Perkembangan di kalangan akademik tentang besaran hak nafkah anak sebagaimana diungkapkan oleh Ellman yaitu berdasarkan *the child well-being component, the dual-obligation component, the gross-disparity component, dan the earner's priority principle*, peneliti setuju, namun untuk prinsip kedua maka harus dimaknai bahwa kewajiban kepada anak memang merupakan kewajiban bersama antara ayah dan ibu tetapi ada pembagian peran di antara keduanya yaitu ayah sebagai pemberi nafkah utama dan ibu sebagai pengasuh sampai anak dapat menentukan pilihannya sendiri.

Berdasar paparan di atas maka diusulkan indikator untuk menentukan besaran nafkah anak atau indikator dari frasa “secukupnya” dari hukum Islam ialah berdasar standar hidup anak sesuai dengan umurnya, jumlah penghasilan ayah dan ibu, standar hidup layak berdasar daerah tersebut, serta jumlah tanggungan ayah dan ibu. Dalam hal ini berarti diperlukan penelitian lebih lanjut untuk menetapkan standar hidup anak secara nasional dan standar hidup layak di suatu daerah tertentu. Standar hidup tiap anak dilihat dari indikator standar hidup anak secara nasional, pendidikan, kesehatan, kebutuhan sehari-hari dan kebutuhan khusus. Kebutuhan khusus di sini maksudnya adalah jika anak mempunyai kebutuhan khusus atau termasuk anak penyandang disabilitas. Kebutuhan anak ditetapkan minimalnya secara nasional sehingga walaupun jumlah tanggungan ayah dan ibu banyak, tetap harus paling sedikit atau minimal sama dengan minimal kebutuhan anak.

Umur sampai kapan hak nafkah anak harus diberikan, juga bervariasi antara putusan di PA yaitu sampai umur 21 tahun dan PN, yaitu sampai umur 18 tahun. Pada jaman sekarang, umur 18 tahun biasanya anak masih bersekolah. Jika sesuai dengan peraturan pemerintah yaitu umur 7 tahun masuk kelas 1 sekolah dasar maka pada umur 18 tahun anak masih kelas 2 SMA/SMK, berarti belum lulus. Maka disarankan supaya umur anak yang berhak mendapat hak

nafkah, disamakan dengan hak anak PNS yaitu umur 21 tahun dan jika masih dapat memberikan bukti bahwa dia masih bersekolah maka hak nafkah tersebut sampai umur 25 tahun. Khusus bagi anak difabel dan anak perempuan yang belum menikah dan tidak bekerja, harus dipertimbangkan juga perpanjangan nafkah anak dari orangtua.

d. Eksekusi hak asuh dan hak nafkah anak

Eksekusi hak asuh anak sedapat mungkin dihindari yaitu dengan melakukan pendekatan dan musyawarah dengan para pihak yang mempunyai kontak langsung dengan anak seperti ayah, ibu, kakek, nenek, paman, bibi, dan pejabat daerah terdekat. Apabila memang betul-betul menemui jalan buntu maka prosedur yang tersedia adalah eksekusi riil. Dalam pelaksanaan eksekusi riil ini, tetap diutamakan kepentingan terbaik anak.

Pada prinsipnya sebenarnya untuk satu nomor kasus, maka eksekusi dilaksanakan hanya sekali namun untuk eksekusi hak nafkah anak sebagian besar tidak dapat dilaksanakan hanya sekali. Hal ini karena putusan hakim tersebut mengandung waktu atau durasi yang panjang sesuai umur anak yang dinafkahi sementara sebagian besar ayah tidak mungkin dapat melakukan pembayaran sejumlah uang untuk nafkah anak dalam sekali waktu. Oleh karenanya Hakim Agung Abdurrahman menyetujui usulan tentang menginisiasi adanya eksekusi berkelanjutan. Dengan adanya eksekusi berkelanjutan ini maka eksekusi terhadap nafkah anak dapat dilakukan berulang kali sampai durasi pemberian hak nafkah tersebut yaitu sampai anak berumur 18 tahun atau 21 tahun atau sampai selesai sekolah. Hal ini sangat meringankan bagi semua pihak baik bagi ayah, ibu, dan terutama anak karena memungkinkan ayah membayar secara mencicil, ada penghasilan yang dapat diharapkan oleh ibu untuk menopang kehidupan dan bagi anak sendiri, nafkah dari ayah yang merupakan sumber penghidupan dapat diperoleh.

Apabila ayah mempunyai kemampuan untuk membayar hak nafkah anak sampai berumur 18 tahun dalam satu kali eksekusi maka tentunya diperlukan pengelolaan yang baik supaya harta tersebut dapat dipakai untuk memenuhi kebutuhan anak dalam jangka waktu yang telah ditentukan. Dalam hal ini diusulkan untuk mengadopsi/mentranplantasi keberadaan lembaga *trusts* dari sistem hukum Common Law.

Meski sarat dengan ketentuan yang bersifat memaksa (*dwingend recht*), dalam UU Perkawinan, tetapi untuk ketentuan yang mengatur soal harta dalam perkawinan, merupakan peraturan yang sifatnya mengatur (*regelend recht*). Hal ini dibuktikan dengan hadirnya aturan tentang perjanjian perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 29 UU Perkawinan¹³⁸. Hal inilah yang membuka kesempatan bahwa untuk pengelolaan harta anak juga dimungkinkan adanya perjanjian dalam arti para pihak membuat norma sendiri di antara mereka.

Transplantasi *trust* ke dalam sistem hukum Indonesia ini dimungkinkan melalui asas kebebasan berkontrak dalam sistem hukum perikatan¹³⁹. Sebagai pihak yang bertindak sebagai *trustee* dalam hal ini adalah BHP atau lembaga lain yang bergerak dalam bidang yang sama.

Pengelolaan oleh *trustee* untuk harta anak yang berasal dari hak nafkah tersebut dipisah antara bagian yang harus dibayarkan dalam waktu dekat (1-2 tahun) dengan bagian yang dapat diinvestasikan. Setelah pemisahan maka bagian yang dapat diinvestasikan dapat dikembangkan oleh *trustee* sebagai unit *trusts*

¹³⁸ Moch. Isnaeni.. *Hukum Perkawinan Indonesia*. Cet. Ke 2. PT Revka Petra Media. Surabaya. 2016. Hlm 148.

¹³⁹ Sampai saat ini penetrasi *trusts* dalam sistem hukum Indonesia hanyalah di hukum pasar modal yaitu dalam Reksa Dana Kontrak Investasi Kolektif (RD KIK) dan Kontrak Investasi Kolektif Efek Beragun Aset (KIK EBA). Lihat dalam Gunawan Widjaya. *Transplantasi Trusts dalam KUH Perdata, KUHD, dan Undang-Undang Pasar Modal*. RajaGrafindo Persada. Jakarta. 2008. Hlm. 12-13.

dalam investasi yang mempunyai potensi menguntungkan. Hasil pengembangan kemudian dibagi antara *trustee* dengan *beneficiary* sesuai prosentase yang disepakati. Perjanjian ini dapat diperpanjang sampai atau diakhiri saat anak sudah dewasa dan berhak mengurus harta kekayaannya sendiri.

Dalam sistem perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua ini, penempatan harta anak dalam unit *trust* tidak berarti memindah fungsi asuh/perwalian ke unit *trust* tersebut. Penempatan harta anak ke unit *trust* tersebut harus dimaknai merupakan salah satu alternatif pengelolaan harta anak oleh kuasa asuh/wali.

e. Pengawasan

Pengawasan terhadap anak yang salah satu atau kedua orangtua meninggal, harus dilakukan negara untuk memastikan bahwa anak tidak berkurang kesejahteraannya. Negara juga harus memastikan bahwa anak berada dalam kekuasaan orangtua/pengasuhan/perwalian yang sadar dan bertanggungjawab. Hal ini sama seperti praktek yang berlaku di Australia dan ketentuan dalam KUH Perdata. Malaysia juga mempunyai ketentuan yang hampir serupa namun pelaksanaannya lebih diserahkan pada keluarga si anak tersebut.

Apabila orangtua yang hidup terlama mampu dan mau melaksanakan kewajibannya maka anak direkomendasikan tetap dalam asuhan orangtuanya. Apabila orangtua yang hidup terlama tidak mampu melaksanakan kewajibannya maka anak direkomendasikan dalam pengasuhan keluarga (*kinship care*), keluarga pengganti (*foster care*) atau lembaga (*guardian care*).

Selain itu, pemenuhan hak-hak anak terkait pemisahan harta benda anak dengan harta orangtua yang masih hidup, harus ditegakkan. Dalam hal ini anak mendapat harta dari warisan orangtua yang telah meninggal. Sebagaimana kasus yang diuraikan pada bab sebelumnya maka percampuran harta anak dengan harta orangtua yang

masih hidup berpotensi merugikan anak dan masa depannya. Apabila tidak berhati-hati maka hidup anak dapat terlantar apalagi jika harta anak dibawa orangtua yang masih hidup ke perkawinan barunya.

Apabila tidak ada orangtua yang masih hidup maka urutan pemegang kuasa asuh dan pihak yang mempunyai kewajiban untuk memberi nafkah anak, harus dipastikan berlakunya. Apabila urutan pemegang kuasa asuh dan pihak yang dibebani kewajiban, tidak dapat diberlakukan maka lembaga perwalian, menjadi alternatif selanjutnya.

Wali yang dipilih dalam hal kedua orangtua meninggal ditentukan berdasar persyaratan yang ditentukan dalam Pasal 33 dan 36 UU Perlindungan Anak. Persyaratan tersebut yaitu harus cakap dan memiliki kesamaan agama dengan anak yang bersangkutan.

Apabila tidak ada perwalian terhadap anak maka anak dapat direkomendasikan untuk diserahkan kepada negara. Dengan status anak sebagai anak negara maka anak tersebut dapat diadopsi oleh orangtua lain yang menginginkan anak.

Pengawasan dalam hal putusnya perkawinan karena perceraian atau pembatalan perkawinan maka fokus pada pelaksanaan putusan hakim tentang hak asuh dan hak nafkah anak.

Dari penelitian Sariyatun, Trisni Utami dan Al Sentot S dari Pusat Penelitian dan Pengembangan Gender (P3G) LPPM UNS menyatakan bahwa akses kontrol wanita bekerja terhadap pengaturan nafkah pasca perceraian sangat rendah atau tidak begitu mempedulikan. Sebab-sebab dari hal ini adalah karena perempuan tersebut (1) merasa mampu mencari nafkah sendiri, dan/atau (2) malu kalau harus meminta-minta pada mantan suami, dan/atau (3) menghindari terjadinya konflik dengan isteri atau keluarga mantan suami dan/atau, (4) enggan mengurus melalui pengadilan karena prosedur yang panjang dan biaya yang besar¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Sariyatun, Trisni Utami dan Al. Sentot Sudarwanto. 2005. Pemahaman Terhadap KDRT Dan Daya Kontrol Akses Perempuan Bekerja Terhadap Pengaturan Nafkah Pasca

Adanya temuan ini memunculkan kekhawatiran terkait pelaksanaan dari putusan nafkah anak. Saat diklarifikasi ke Pengadilan Agama dan Pengadilan Negeri Surakarta, ternyata belum pernah ada sekalipun permohonan eksekusi hak nafkah anak, walaupun sudah ada beberapa putusan hakim tentang hak nafkah anak. Menyimak kondisi ini timbul pertanyaan apakah orangtua yang dibebani kewajiban nafkah anak telah menjalankan keputusan pengadilan dengan sukarela atau banyak orangtua tunggal yang tidak mengurus hak nafkah untuk anaknya. Kekhawatiran seperti ini sangat beralasan mengingat tingginya kasus perceraian yang diputus secara *verstek* atau tanpa hadirnya tergugat yang dalam hal ini biasanya adalah sang ayah.

Oleh karenanya kehadiran negara untuk memastikan bahwa anak-anak yang menjadi korban putusnya perkawinan orangtua tetap mendapat hak-haknya, sejahtera hidupnya dan optimal tumbuh kembangnya. Untuk itu pengawasan terhadap pelaksanaan putusan hakim dan kehidupan anak-anak setelah putusnya perkawinan orangtua harus dipantau.

Dari pemantauan tersebut maka diidentifikasi keluarga dengan orangtua tunggal yang membutuhkan bantuan baik bantuan sosial, psikologis, ekonomi, maupun hukum. Orangtua membutuhkan bantuan sosial untuk menata kembali kehidupannya dengan status sosial yang baru dalam masyarakat. Stigma negatif terhadap suatu keluarga yang gagal mempertahankan keutuhannya harus dihapuskan.

Bantuan psikologis diperlukan untuk membantu pemulihan harkat dan martabat keluarga serta menata ketahanan keluarga dengan struktur anggota keluarga yang baru. Bantuan ekonomi diperlukan untuk orangtua tunggal yang sering kesulitan mendapat pekerjaan dengan gaji yang layak atau pekerjaan yang fleksibel sehingga dia

dapat mengerjakan tugasnya yang lain selaku pemegang kuasa asuh anak.

Bantuan hukum sangat diperlukan untuk menuntut pertanggungjawaban orangtua yang tidak tinggal bersama anak yang biasanya untuk masyarakat Indonesia adalah pihak ayah. Di sinilah sebenarnya yang menentukan garis batas pertanggungjawaban orangtua terhadap anak dan negara kepada warganegarannya. Apabila negara tidak dapat mengejar tanggungjawab orangtua memberi nafkah untuk anak maka negara harus bersiap berperan sebagai pengganti pemberi nafkah untuk anak yang merupakan warganegarannya sebagai konsekuensi dari hak-hak anak yang telah dijamin dalam konstitusi.

f. Tindaklanjut

Apabila dalam pemantauan atau pengawasan di atas memang negara menemukan bahwa orangtua baik ayah dan ibu si anak maupun merupakan orangtua yang tidak mempunyai kemampuan menafkahi anak, maka di sini diperlukan kebijakan yang jelas demi kepentingan terbaik anak. Kebijakan dimaksud menyangkut kebijakan untuk ayah, kebijakan untuk ibu dan terutama kebijakan untuk anak.

Kebijakan untuk ayah terutama dikaitkan dengan kewajiban dan hak-haknya. Kewajiban terhadap keluarga dan anak merupakan kewajiban asasi. Apakah dengan tidak dipenuhinya kewajiban asasi maka hak asasinya boleh dibatasi? Hal yang sama dipertanyakan untuk ibu.

Satjipto Rahardjo menegaskan bahwa dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan-kepentingan tertentu hanya dapat dilakukan dengan cara membatasi kepentingan di lain pihak.¹⁴¹ Apabila dipertanyakan siapa, dan bagaimana, maka jelas bahwa Negaralah yang mempunyai hak pembatasan atas hak asasi warganegarannya. Dalam hal ini negara memiliki peran sebagai penyeimbang antara hak asasi dan kewajiban dasar untuk mewujudkan

¹⁴¹ Satjipto Rahardjo. 2014. *Ilmu Hukum*. Bandung. PT. Citra Aditya Bakti. hlm. 53.

HAM yang berkeadilan. Perwujudan dari pembatasan tersebut, dapat disebutkan antara lain yaitu adanya Kewajiban dasar manusia sebagaimana diatur dalam UU HAM¹⁴².

Pasal 70 UU HAM¹⁴³ mensyaratkan bahwa hanya negara melalui undang-undang yang dapat membatasi hak asasi warganegara. Berdasar pasal ini, jelaslah bahwa hak asasi seorang manusia dapat dibatasi terutama sebagai upaya perlindungan bagi hak asasi orang lain.

Menelusuri pembahasan di atas diinisiasi adanya penambahan persyaratan bagi warganegara yang akan melangsungkan perkawinan untuk kedua, ketiga dan seterusnya. Penambahan persyaratan itu adalah berupa surat keterangan telah melaksanakan kewajiban terhadap istri dan anak atau anak-anak yang lahir dari perkawinan terdahulu/sebelumnya.

Siapa, apa dan bagaimana surat keterangan tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut: pihak yang mengeluarkan surat keterangan adalah kepala desa atau kelurahan tempat pihak yang bersangkutan bertempat tinggal berdasar rekomendasi dari ketua RT setempat. Surat keterangan ini sifatnya seperti surat keterangan kelakuan baik dari kepolisian yang merupakan persyaratan untuk mencari kerja. Dalam hal ini kepala desa atau lurah akan mengeluarkan surat keterangan telah melaksanakan kewajiban dengan baik sebagai pemegang kuasa asuh atau pemberi nafkah anak. Dengan adanya surat keterangan ini maka KUA atau gereja atau tempat ibadah lain dan disdukcapil dapat memproses perkawinan yang kedua dan seterusnya bagi pihak yang bersangkutan. Apabila orang tersebut tidak berhasil mendapatkan surat

¹⁴² Kewajiban dasar manusia adalah seperangkat kewajiban yang apabila tidak dilaksanakan, tidak memungkinkan terlaksana dan tegaknya hak asasi manusia. (Pasal 1 butir 2 UU Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia)

¹⁴³ Pasal 70. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh Undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis

keterangan ini maka perkawinannya tidak akan diproses. Sementara bagi kepala desa atau lurah yang mengeluarkan surat keterangan harus bertanggungjawab dan dapat sewaktu-waktu dituntut apabila ada kelalaian dalam prosedur pengeluaran surat keterangan ini.

Surat keterangan baik terkait pemenuhan kewajiban asuh dan nafkah anak ini sebenarnya dapat dicari filosofinya sama dengan persyaratan yang harus dipenuhi PNS laki-laki yang ingin mengajukan poligami. Dalam Pasal 10 PP Nomor 10 Tahun 1983 ditetapkan bahwa PNS laki-laki harus memenuhi salah satu syarat alternatif dan 3 (tiga) syarat kumulatif. Persyaratan kumulatif tersebut adalah ijin dari istri pertama atau istri-istri sebelumnya, PNS tersebut harus mempunyai penghasilan yang cukup untuk membiayai lebih dari satu istri dan anak-anak serta surat jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap semua istri dan anaknya. Surat keterangan baik tersebut merupakan kelanjutan atau bukti fisik dari syarat kumulatif nomor 2 karena bisa saja seseorang sebenarnya mempunyai penghasilan yang cukup tetapi tidak dia pakai untuk untuk menafkahi istri/istri-istri dan anak/anak-anaknya. Sebaliknya dapat terjadi, seorang suami yang berpenghasilan pas-pasan namun istri/istri-istri dan anak/anak-anaknya ridho terkait keinginan ayah untuk menikah lagi.

Surat keterangan baik dari lurah/kepala desa tersebut dijadikan rekomendasi/pertimbangan bagi dinas sosial pemkot/pemda untuk mengeluarkan surat keterangan telah melaksanakan kewajiban sebagai orangtua untuk dilampirkan sebagai persyaratan tambahan bagi pihak yang ingin melangsungkan perkawinan kedua dan seterusnya baik dalam kerangka poligami atau perkawinan kedua/seterusnya karena perkawinan sebelumnya telah putus.

Sebagai ringkasan dari paparan yang telah dikemukakan di atas maka apabila dibuat dalam bentuk tabel, sistem yang dibangun sebagai perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua dan jawaban dari

masalah-masalah yang berhasil diidentifikasi, dapat dilihat seperti tabel di bawah ini.

Tabel 24. Permasalahan dan solusi dalam sistem yang dibangun untuk memberi perlindungan hukum untuk anak setelah putusnya perkawinan orangtua

No	Permasalahan dalam putusnya perkawinan	Pembangunan sistem perlindungan hukum untuk anak
1	2	3
1	Tidak adanya hak-hak anak pada putusan perceraian/pembatalan perkawinan	<ol style="list-style-type: none"> 1. Optimalisasi saat mediasi baik pada tingkat RT, Kelurahan/desa, dan pengadilan. Pada tahap ini, selain memakai Perma no 1 tahun 2016 maka untuk indikator kelayakan bercerai dapat menggunakan PP No 21 Tahun 1994 yang berisi ketentuan tentang 8 fungsi keluarga. 2. Penyediaan <i>template</i> surat gugat yang memuat petitum tentang hak asuh dan hak nafkah anak sebagai antisipasi gagalnya mediasi atau salah satu pihak tidak pernah hadir. 3. Pelaksanaan Sema pro-anak, secara konsekuen. 4. Pembuktian terkait hak nafkah anak maka ibu dibebani pembuktian awal sedangkan pembuktian selanjutnya terkait besaran gaji ayah dibebankan pada ayah.
2	Kejelasan urutan pihak yang berkewajiban sebagai pemegang kuasa asuh dan atau memberi hak nafkah anak	<ol style="list-style-type: none"> 1. Urutan kuasa asuh (1) ibu, (2) ayah, (3) saudara sekandung anak, (4) nenek dari pihak ibu, (5) nenek dari pihak ayah, (6) saudara perempuan dari pihak ibu, (7) saudara perempuan dari pihak ayah, terus dilanjutkan berdasar kedekatan hubungan dan berganti-ganti dari keluarga kedua belah pihak atau urutan pemegang kuasa asuh di PA sesuai Pasal 156 KHI. Urutan tersebut tidak serta merta diberlakukan namun disaring dahulu berdasarkan indikator kuasa asuh.. Urutan pemberi hak nafkah anak di PA dibuat sesuai hukum syariah yaitu jika ayah dan/atau ibu tidak mampu maka yang memberi nafkah adalah kakek dari pihak ayah, jika kakek tidak ada maka ahli waris ayah dan jika ahli waris ayah tidak ada maka Negara menjadi wali si anak atau memfasilitasi tentang pemenuhan hak-hak anak. 2. Urutan kuasa asuh (1) ibu, (2) ayah, (3) saudara sekandung anak, (4) nenek dari pihak ibu, (5) nenek dari pihak ayah, (6) saudara perempuan dari pihak ibu, (7) saudara perempuan dari pihak ayah, terus dilanjutkan berdasar kedekatan hubungan

		<p>dan berganti-ganti dari keluarga kedua belah pihak atau urutan pemegang kuasa asuh dan pemberi nafkah anak di PN sesuai hukum adat atau hukum agama masing-masing pihak jika ada. Apabila hukumnya tidak ada maka Negara menjadi wali si anak atau Negara memfasilitasi pemenuhan hak-hak anak.</p> <p>3. Hak nafkah anak diberikan sampai anak berumur 18 tahun. Jika anak masih sekolah maka sampai anak menyelesaikan sekolah. Jika anak berada di bawah pengampuan maka sampai alasan pengampuannya hilang. Jika anak menderita difabel maka ada pertimbangan khusus.</p>
1.	Indikator untuk menentukan pemegang kuasa asuh dan indikator besaran hak nafkah anak	<p>1. Indikator pemegang kuasa asuh (1) kemampuan fisik, (2) kemampuan emosional, (3) kemampuan spiritual, (4) status yuridis dan (5) kesamaan agama. Kemudian dalam penentuan kuasa asuh ini hakim juga perlu mempertimbangkan pihak yang menjadi penyebab dari perceraian/pembatalan perkawinan. Indikator besaran hak nafkah anak: (1) penghasilan ayah, (2) kebutuhan anak yang dihitung berdasar umur anak dan UMK, (3) jumlah anggota keluarga yang menjadi tanggungan ayah</p>
4	kesulitan eksekusi putusan perceraian/pembatalan yang memuat hak-hak anak	<p>1. Eksekusi hak asuh, utamakan jalan mediasi 2. Eksekusi nafkah anak melalui eksekusi putus atau eksekusi berkelanjutan. Apabila hanya melalui satu kali eksekusi(eksekusi putus) maka hak nafkah anak kemudian ditempatkan sebagai unit <i>trusts</i>.</p>
5	pengawasan hak-hak anak setelah putusnya perkawinan orangtua.	<p>1. Bagi anak yang putusnya perkawinan karena kematian maka perlu pengawasan terkait pemisahan harta anak dengan orangtua yang masih hidup. Pemisahan ini perlu dicatat dan disimpan di badan yang berwenang mengawasi pemenuhan hak-hak anak serta dapat ditempatkan dalam unit <i>trust</i>. 2. Untuk saat ini, pelaksana adalah dinas sosial dengan diberi status <i>legal standi</i> dengan kewenangan mengajukan pemisahan harta anak dan menentukan jenis pengasuhan untuk anak. 3. Untuk kelak, dipertimbangkan setelah terbentuknya KPAID di seluruh daerah maka kewenangan dapat diserahkan pada mereka.</p>
6	Tindak lanjut apabila pihak-pihak yang berkewajiban untuk memenuhi hak-hak anak, tidak ada (tidak dapat	<p>1. Apabila tidak ada pengasuhan keluarga dan pengasuhan alternatif untuk anak maka negara harus hadir untuk menjamin</p>

<p>ditemukan) atau tidak mempunyai kemampuan</p>	<p>kesejahteraan anak melalui penyelenggaraan pengasuhan residensial (panti asuhan) yang layak. 2. Pelaksanaan sistem di atas harus didukung ketersediaan <i>database</i> yang akurat dan terkini (<i>update</i>).</p>
--	--

2. Pemberdayaan Kelembagaan dan Pembentukan Peradilan Keluarga Untuk Lebih Pemenuhan Hak-Hak Anak Setelah Putusnya Perkawinan Orangtua

Dari 3 (tiga) variasi dalam kelembagaan untuk mengurus dan mengawal hak-hak anak setelah putusnya perkawinan orangtua yaitu (1) pengadilan, (2) badan, atau (3) *hybrid* dari pengadilan dan badan, maka untuk Indonesia maka pemberdayaan ini dengan mengambil model pertama yaitu peran dominan dilakukan pengadilan. Alasan mengapa saat ini di Indonesia lebih cocok dikembangkan model yang pertama adalah karena sebelumnya telah pernah ada pengadilan keluarga di Indonesia yaitu pengadilan agama¹⁴⁴ dan saat ini juga telah ada pengadilan pidana anak. Secara sumber daya manusia maka pengadilan merupakan instansi yang paling siap untuk saat ini dalam rangka memberikan perlindungan hukum untuk anak.

Mengingat begitu pentingnya peran pengadilan ini maka diakhir pembahasan, diinisiasi pembentukan peradilan keluarga namun tidak semata-mata untuk menyelesaikan kasus perceraian tetapi semua kasus yang mungkin terjadi dalam keluarga termasuk kejahatan atau pelanggaran yang dilakukan oleh anak sebagai subyek hukum yang masih belum penuh dan masih membutuhkan keterlibatan keluarga dalam semua urusannya.

Berdasar penjelasan di atas maka dalam rangka memberi perlindungan hukum yang lebih optimal bagi pemenuhan hak-hak anak setelah putusnya perkawinan orangtua maka diusulkan membangun sistem kelembagaan dan proses perlindungan hukum untuk anak berdasar Pancasila khususnya sila

¹⁴⁴ Setelah kompetensi absolut PA ditambah untuk menangani ekonomi syariah maka kiprah PA semakin kabur dari klasifikasi pengadilan keluarga.

kedua, yang dapat dipilah menjadi 2 (dua) yaitu pemberdayaan kelembagaan yang sudah ada dan inisiasi pembentukan peradilan keluarga. Uraianya dapat dikemukakan di bawah ini sebagai berikut:

a. Pemberdayaan Kelembagaan Yang Sudah Ada

1) Kelembagaan dan Prosedur perlindungan hukum untuk anak setelah kematian orangtua

Sistem perlindungan hukum untuk anak setelah kematian orangtua dimulai dari pengadministrasian oleh disdukcapil pemerintah daerah/kota setempat yang berawal dari laporan ketua RT sampai keluarnya akte kematian. Akte kematian ini sekaligus memperbarui KK dari keluarga yang bersangkutan.

Akte kematian tersebut selain diberikan kepada ahliwarisnya juga tembusannya diserahkan kepada dinas sosial untuk mulai dilakukan pengawasan. Apabila hasil pengawasan menunjukkan telah dipenuhinya kewajiban sebagai orangtua maka kekuasaan orangtua dapat dilanjutkan dan apabila orangtua yang masih hidup ingin melangsungkan perkawinan lagi maka berdasarkan rekomendasi dari ketua RT maka dinas sosial dapat mengeluarkan surat keterangan telah melaksanakan kewajiban sebagai orangtua dengan baik.

Apabila dari hasil pengawasan ada indikasi bahwa orangtua tidak melaksanakan kewajiban secara baik maka perlu dilakukan pendampingan dari dinas sosial dan pelaporan berkala dari pekerja sosial. Pendampingan ini dilaksanakan dalam waktu tertentu (6 sampai 12 bulan) untuk dapat diambil simpulan apakah kekuasaan orangtua dapat dilanjutkan atau dicabut.

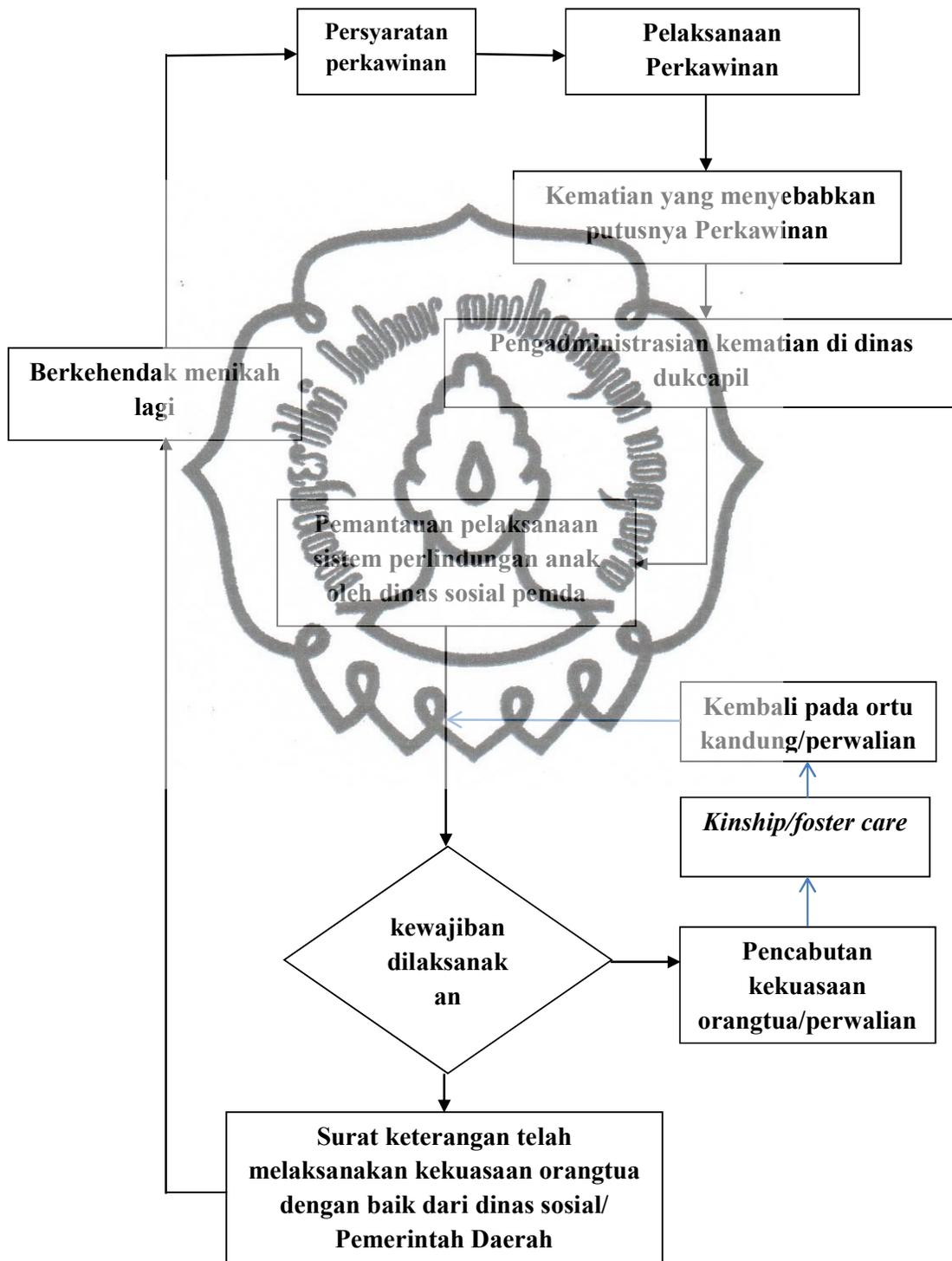
Apabila terjadi pencabutan kekuasaan orangtua maka selama masa pencabutan, anak dapat diasuh di luar rumah (*out home care*) di rumah salah seorang kerabat (*kinship care*). Setelah masa pencabutan kekuasaan orangtua berakhir maka anak dapat kembali diasuh oleh orangtua yang bersangkutan.

Apabila terbukti kemudian bahwa orangtua memang tidak mampu atau akhirnya orangtua yang masih hidup kemudian juga meninggal maka anak dicarikan kerabat yang bersedia mengasuh. Pengasuhan keluarga ini dimungkinkan sampai keluarga derajat ketiga. Apabila tidak ada keluarga yang bersedia atau memenuhi syarat maka anak harus mendapat pengasuhan alternatif sesuai Peraturan Menteri Sosial Republik Indonesia Nomor 21 Tahun 2013 Tentang Pengasuhan Anak yaitu penunjukan wali dan dimintakan penetapan pengadilan. Perlakuan pengawasan terhadap wali sesuai dengan yang ditetapkan dalam UU Perkawinan dan UU Perlindungan Anak. Dalam sistem yang dibangun ini, pelaporan dari wali diberikan kepada dinas sosial, bukan kepada BHP, mengingat bahwa kemenkuham menetapkan tarif untuk layanan yang diberikan oleh BHP, namun khusus jika ada masyarakat yang ingin mendapat pelayanan dari BHP, ini juga diperbolehkan selama masyarakat tersebut memahami konsekuensinya. Dalam hal ini BHP hendaknya membagi (*sharing*) informasi yang dia dapat kepada dinas sosial untuk apabila sewaktu-waktu tugas pengawasan dialihkan kepada dinas sosial maka tidak terjadi terputusnya masa.

Bagi orangtua yang keduanya sudah meninggal atau tidak mampu maka dimungkinkan alternatif lain selain perwalian yaitu pengadopsian. Anak yang kedua orangtuanya meninggal atau tidak mampu, dapat diadopsi oleh orang lain sesuai persyaratan yang sudah ditetapkan dalam Peraturan Menteri Sosial Republik Indonesia Nomor 110/Huk/2009 tentang Persyaratan Pengangkatan Anak.

Untuk mempermudah memahami cara bekerjanya sistem perlindungan hukum yang dibangun, deskripsi dalam bentuk bagan seperti di bawah ini:

Bagan 5. Sistem Perlindungan Hukum Hak-Hak Anak Setelah Kematian Orangtua



2) Kelembagaan dan Prosedur perlindungan anak setelah perceraian dan pembatalan perkawinan orangtua

Sistem perlindungan hukum untuk anak setelah perceraian/ pembatalan perkawinan dimulai saat para pihak yang melangsungkan perkawinan diwajibkan memenuhi persyaratan perkawinan yang telah ditetapkan pemerintah. Persyaratan perkawinan dimasukkan ke Kantor Urusan Agama (KUA) untuk orang yang beragama Islam sementara yang beragama selain Islam dimasukkan ke tempat ibadah dan dinas kependudukan dan catatan sipil. Dengan pencatatan perkawinan tersebut, perkawinan yang dilakukan sah secara agama dan negara kemudian masing-masing pihak menerima akta perkawinan yang berbentuk buku nikah. Satu buku yang berwarna coklat untuk suami dan satu buku yang berwarna hijau untuk istri.

Apabila karena alasan-alasan yang telah ditetapkan dalam PP No 9 tahun 1975, ada/para pihak menyatakan ingin memutuskan perkawinan maka harus melalui sidang pengadilan. Untuk dapat mendaftarkan kasusnya di pengadilan, pihak yang mengajukan harus memenuhi sejumlah persyaratan di antaranya adalah surat keterangan dari kelurahan yang berdasarkan surat keterangan dari RT. Mengikuti prosedur ini maka sejak pertemuan para pihak atau salah satu pihak dengan Ketua RT, seyogyanya sudah diarusutamakan rencana orangtua (*parenting plan*) terkait pemenuhan hak-hak anak setelah putus perkawinan. Pada tingkat ini ketua RT diharap proaktif dengan memanggil atau menemui keluarga dari pihak-pihak yang ingin bercerai untuk menegaskan kesungguhan niat dan rencana pengasuhan dan penafkahan anak setelah putus perkawinan. Hasil kunjungan/pertemuan dibuat dalam surat tertulis yang merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan dari surat keterangan RT.

Urgensi menemui keluarga dari masing-masing pihak terutama adalah saat ada pihak yang tidak memenuhi panggilan dari ketua RT, atau pihak yang tidak berada di rumah atau pihak yang tidak hadir

serta apabila ada pihak yang dianggap tidak mempunyai kemampuan untuk melakukan pemenuhan hak-hak anak. Unsur keluarga di sini adalah sesuai dengan urutan pemegang kuasa asuh dan urutan pemberi nafkah anak. Kontribusi dari keluarga besar sangat penting untuk menjaga hubungan harmonis anak dengan keluarga dari kedua orangtuanya.

Rekomendasi dari ketua RT diverifikasi di tingkat kelurahan untuk mendapat surat keterangan yang sebenarnya. Pada proses ini seyogyanya kepala desa/lurah, juga menanyakan jaminan dan kepastian pemenuhan hak-hak anak kepada orangtua atau keluarga yang akan bercerai. Setelah jelas kedudukan semua pihak maka kepala kelurahan dapat mengeluarkan dan menandatangani surat keterangan dari kelurahan sebagai perabot/syarat untuk mengurus perceraian/pembatalan perkawinan di pengadilan.

Sidang pengadilan diawali dengan pelaksanaan mediasi apabila kedua belah pihak hadir. Dalam mediasi tersebut merupakan saat yang paling efektif untuk mengadakan perundingan dengan para pihak terkait kelanjutan proses dan perencanaan atas pemenuhan hak-hak anak dari perkawinan tersebut. Walaupun mediasi untuk keberlanjutan kehidupan suami istri gagal namun mediasi untuk keberlanjutan pemenuhan hak-hak anak, tidak boleh gagal. Kesepakatan terkait hal ini harus ditulis dan kelak dimasukkan dalam putusan hakim sehingga mempunyai kekuatan mengikat, kekuatan pembuktian dan kekuatan eksekutorial.

Jika mediasi gagal maka sidang dilanjutkan dengan pembacaan surat permohonan atau surat gugatan yang kemudian dijawab oleh pihak lawan. Saat mengajukan jawaban bisa sekaligus mengajukan gugat balik (rekonvensi). Pada kesempatan jawab jinawab yang pertama (surat gugat dan jawaban gugatan) inilah terdapat kesempatan kedua untuk mengajukan gugatan terkait hak-hak anak selepas perceraian/pembatalan perkawinan apabila saat mediasi di tingkat RT,

kelurahan/desa, dan di pengadilan, gagal mencapai kesepakatan. Kesempatan ini harus dipergunakan para pihak sebaik mungkin karena pada jawab-jawab yang kedua (replik dan duplik) majelis hakim tidak diperbolehkan merubah atau menambah tuntutan hak dengan alasan perubahan atau penambahan gugatan yang merubah substansi, tidak diperkenankan.

Apabila para pihak atau salah satu pihak tetap pada keinginannya untuk mengajukan perceraian/pembatalan perkawinan maka lanjut dengan proses pembuktian. Pihak yang dapat mengajukan alat bukti yang dapat meyakinkan majelis hakim, maka dalilnya yang akan disetujui hakim. Selanjutnya hasil musyawarah majelis hakim dituangkan dalam bentuk putusan hakim.

Supaya putusan hakim tersebut tidak *illusoir* maka harus dikawal dalam pelaksanaannya. Untuk ini harus ada badan pemantau yang melaksanakan tugas pengawasan yaitu oleh Komisi Perlindungan Anak Indonesia Daerah (KPAID). Selama KPAID belum terbentuk di daerah tersebut, maka fungsi ini dapat dilaksanakan oleh pemerintah daerah melalui Dinas Sosial.

Dari hasil pantauan pelaksanaan putusan oleh KPAID/Dinas Sosial tersebut maka jika putusan tidak dilaksanakan, dapat diajukan permohonan eksekusi. Untuk keperluan ini maka badan pemantau tadi harus diberi kewenangan *legal standi*. Juga dalam hal ada kesepakatan tentang hak asuh dan hak nafkah anak di antara para pihak yang bercerai dan kesepakatan ini tidak masuk dalam putusan hakim, badan tersebut (KPAI/pemda) tetap berhak untuk memantau dan sekiranya ada pihak yang tidak melaksanakan isi putusan maka dapat digugat ke pengadilan.

Berdasar hasil pantauan tersebut maka pihak pemantau (KPAID/Dinsos) dapat mengeluarkan surat keterangan telah melakukan putusan perceraian dengan baik. Surat keterangan ini diperlukan bagi pihak yang pernah bercerai (janda/duda) sebagai salah

satu persyaratan yang wajib dilampirkan ke KUA atau Disdukcapil jika ingin menikah lagi.

Lembaga yang mengawasi/memantau pelaksanaan hak-hak anak korban perceraian secara periodik sekaligus membuat *database* dan pencapaian pemenuhan hak-hak anak. Dalam melaksanakan tugas pantauannya, apabila ada pihak yang tidak melaksanakan kewajibannya baik kuasa asuh dan atau pemberian hak nafkah, maka lembaga tersebut harus menyelidiki penyebabnya. Apabila kegagalan pelaksanaan pemenuhan kewajiban orangtua karena kesengajaan (keteledoran, atau ketidakmauan, dan lain-lain) maka upaya pencabutan kekuasaan orangtua dapat diajukan ke pengadilan. Apabila kegagalan pemberian hak nafkah karena kesengajaan maka upaya eksekusi berkelanjutan dapat diajukan, selain upaya pidana yang sekarang dimungkinkan dengan adanya UU PKDRT. Apabila setelah dipelajari dengan seksama memang orangtua tidak mempunyai kemampuan untuk melaksanakan kewajiban orangtuanya maka anak dapat dipindahkan ke pengasuhan alternatif (perwalian/adopsi) atau pengasuhan residensial (panti asuhan).

Permohonan eksekusi yang dikabulkan akan dilanjutkan dengan pelaksanaan eksekusi untuk menyita barang-barang milik pihak yang diwajibkan untuk memberikan hak nafkah sebesar jumlah terhutang. Hasil eksekusi diserahkan pada kuasa asuh atau apabila ada suatu kendala/hambatan untuk menyerahkan pengelolaannya pada kuasa asuh maka diserahkan pada lembaga *trusts*/perusahaan pengelola asset untuk dikelola, dapat dilakukan oleh BHP atau lembaga lain yang bergerak dalam bidang yang sama, dan hasilnya diserahkan pada kuasa asuh untuk perawatan dan pendidikan anak-anak tersebut sebagai *beneficiary*-nya.

Pemilihan *trusts* sebagai *special purpose vehicle* (SPV) untuk mengelola harta anak dan bukannya kelembagaan pemberian kuasa atau peragenan, berdasarkan pertimbangan bahwa dalam *trusts*, *trustee*

sebagai *legal owner* merupakan pemegang hak dalam hukum yang mempunyai kewenangan untuk mengalihkan, menjual, membebani, menjaminkan, dan melakukan tindakan apa pun atas benda yang diberikan dalam *trusts* tersebut¹⁴⁵. Keadaan ini berlangsung sampai berakhirnya *trusts* tersebut yaitu sampai anak menginginkan untuk mengelola sendiri harta kekayaannya yaitu minimal saat anak berumur 18 tahun. Dengan dilakukannya penyerahan hak milik atas *trusts corpus* oleh *trustee* kepada *beneficiary*, kepemilikan sejati (*dominium*) atas benda tersebut kembali berada di satu tangan. Dengan demikian *beneficiary* selain menjadi *equitable owner* juga menjadi *legal owner*. Adanya mekanisme ini mengingatkan pada asas percampuran (*vermenging*) dalam tradisi hukum kontinental¹⁴⁶.

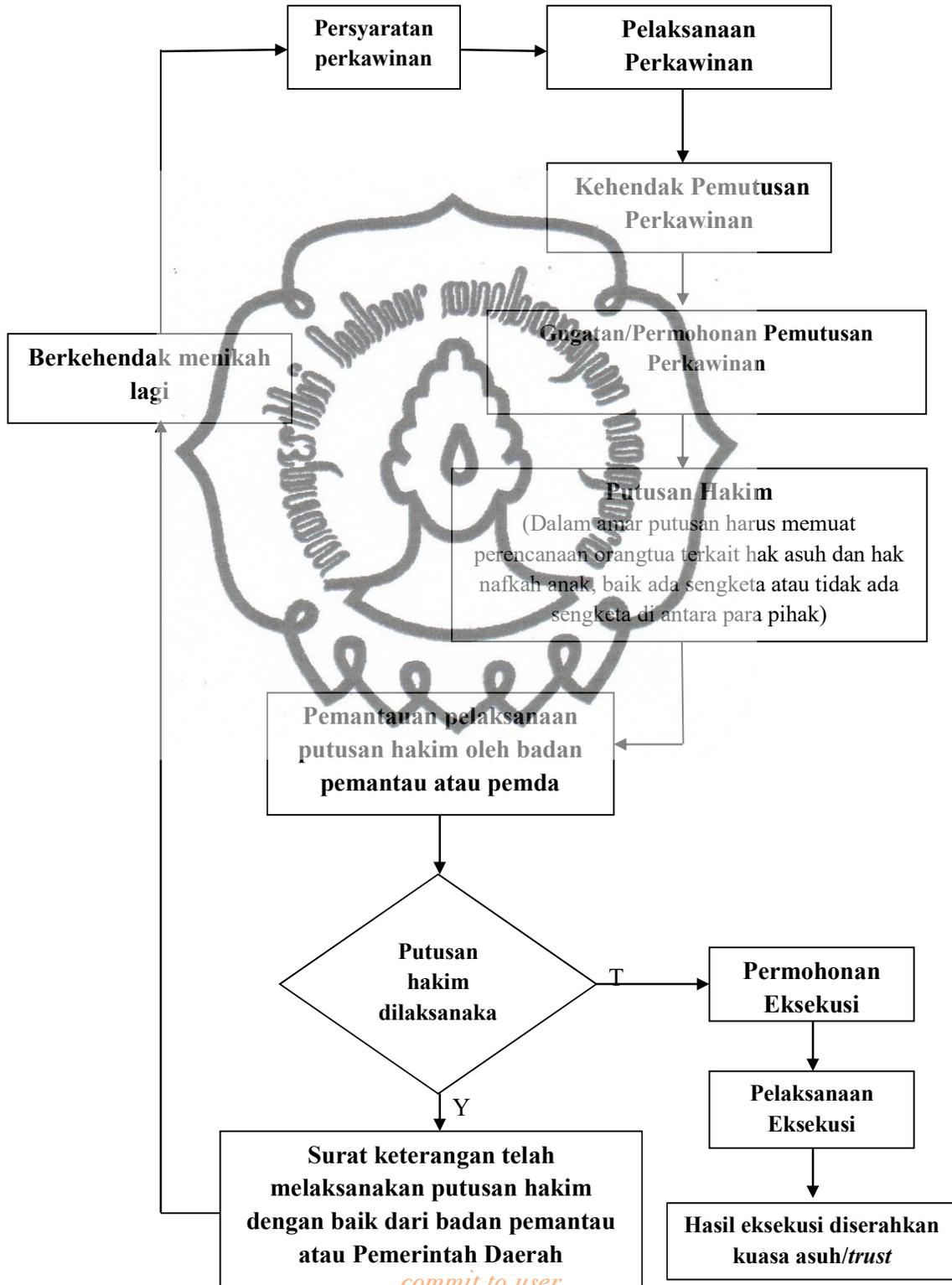
Bagi orangtua yang lalai melaksanakan kewajiban orangtuanya, dalam posisi kekuasaan orangtua dicabut, atau memang tidak mempunyai kemampuan maka direkomendasikan untuk membatasi haknya untuk membentuk keluarga yang baru atau membatasi hak reproduksinya.

Uraian proses di atas dapat ditampilkan dalam bentuk bagan sebagai berikut:

¹⁴⁵ Angela Sydenham. *Nutshells: Equity and Trusts*. Sweet and Maxwell. London. 2000. Hlm. 8-9

¹⁴⁶ Gunawan Widjaya. 2008. *Transplantasi Trusts dalam KUH Perdata, KUHD, dan Undang-Undang Pasar Modal*. Jakarta. RajaGrafindo Persada. Hlm. 93. Asas *vermenging* menyatakan bahwa atas suatu hak milik dapat diletakkan hak kebendaan lainnya dalam bentuk *jura in re aliena* (hak kebendaan yang terbatas), yang mengikuti bendanya, yang akan hilang jika pemegang hak kebendaan terbatas ini menjadi juga pemegang hak milik atas benda yang diletakkan hak kebendaan secara terbatas ini.

Bagan 6. Sistem Perlindungan Hukum Hak-Hak Anak Setelah Perceraian Atau Pembatalan Perkawinan Orangtua



b. Inisiasi Pembentukan Pengadilan Keluarga Di Indonesia: Kesatuan hukum (*Uniformity Law*) dalam penyelesaian masalah keluarga

Sebagai Negara hukum, Indonesia menjamin warganegaranya untuk mendapatkan keadilan sesuai dengan hukum yang berlaku melalui kekuasaan kehakiman dengan perantara peradilan. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 24 ayat (1) UUD RI Tahun 1945¹⁴⁷.

Salah satu hukum materil yang coba ditegakkan melalui peradilan maka efektifitas UU Perkawinan masih menjadi pro dan kontra. Ada yang berpendapat bahwa UU Perkawinan sudah efektif. Bukti yang dikemukakan adalah semakin banyaknya kasus hukum keluarga yang diselesaikan oleh PA dan PN. Sementara pendapat lain menyatakan bahwa UU Perkawinan belum sepenuhnya mampu menjadi alat rekayasa sosial. Hal ini dapat dilihat masih maraknya pelanggaran terhadap UU Perkawinan yang dilakukan oleh masyarakat dari berbagai kalangan, baik yang mengerti hukum maupun yang awam. Masalahnya, di Indonesia bagi pelanggar hukum keluarga tidak diberikan sanksi tegas berupa denda atau kurungan badan sehingga poligami liar, nikah di bawah tangan dan sebagainya terjadi di mana-mana tanpa pemenuhan prosedur yang diatur oleh undang-undang¹⁴⁸.

Di sisi lain, Romli Atmasasmita meragukan efektivitas dari sanksi pidana. Dalam pembuatan undang-undang di Indonesia, Romli meragukan pembentuk undang-undang memperhatikan pentingnya analisis non hukum sebagaimana diuraikan oleh Posner, Cutter dan Ullen, karena hampir sebagian terbesar produk undang-undang memuat ketentuan sanksi pidana di dalamnya yang sering kontra produktif dan tidak berhasil mencapai tujuan awal dari pembentukan undang-undang tersebut. Kekeliruan pemahaman di kalangan ahli

¹⁴⁷ Adi Sulistiyono, Isharyanto. *Sistem Peradilan Di Indonesia: Dalam Teori Dan Praktek*. Prenadamedia Group. Depok. 2018. Hlm 1.

¹⁴⁸ M. Isna Wahyudi, Edi Hudiata, M. Noor, Achmad Fauzi. *Pembaruan Hukum Keluarga Melalui Legislasi*. dalam *Majalah Peradilan Agama* Edisi 7 | Oktober 2015. Hlm 21

hukum termasuk praktisi hukum dan anggota legislatif di Indonesia bahwa ancaman sanksi pidana yang berat merupakan solusi satu-satunya untuk mencapai ketertiban masyarakat telah mengabaikan pentingnya faktor kemanfaatan, dan nilai ekonomis dari tujuan yang hendak dicapai oleh undang-undang yang bersangkutan¹⁴⁹.

Dalam kasus-kasus yang melibatkan keluarga atau kasus di mana pihak-pihaknya berperilaku demikian karena pengaruh keluarga yang sangat besar (misalnya tindak pidana atau pelanggaran yang dilakukan oleh anak) maka sebenarnya tujuan Bergeraknya hukum adalah lebih untuk perlindungan bukan untuk penindakan.

Tujuan yang ingin dicapai dalam hal putusya perkawinan dari perspektif perlindungan anak juga adalah tetap terjaganya keharmonisan hubungan keluarga inti dan keluarga besar setelah putusya perkawinan orangtua karena kematian atau keharmonisan hubungan orangtua setelah perceraian atau pembatalan perkawinan. Hal ini akan sangat mempengaruhi kuantitas dan kualitas dari pemenuhan hak-hak untuk menjamin tumbuh kembang anak.

Apabila tujuan tentang hubungan yang harmonis tersebut tidak dapat diwujudkan maka hukum harus tampil dalam wajah yang lebih tegas untuk memastikan bahwa tujuan akhir dari perlindungan hukum untuk anak ini tercapai yaitu pemenuhan hak-hak asasi anak sebagaimana yang telah diamanatkan dalam konstitusi Negara Republic Indonesia.

Dalam hal ini akses keadilan (*access to justice*) perempuan dan anak harus seimbang dengan kebutuhan/kepentingannya. United Nation Development Program (UNDP) memberikan pengertian akses keadilan adalah “*the ability of people to seek and obtain a remedy*

¹⁴⁹ Romli Atmasasmita. Opcit. Hlm 42.

through formal or informal institutions of justice, and in conformity with human rights standards"¹⁵⁰.

Adriaan menggarisbawahi bahwa akses terhadap keadilan ada atau menjadi nyata jika (1) Perorangan atau kelompok, terutama yang miskin dan terpinggirkan, (2) mengalami ketidakadilan, (3) memiliki kemampuan, (4) untuk membuat keluhan mereka didengarkan, (5) dan memperoleh penanganan yang layak terhadap keluhan tersebut, (6) oleh lembaga negara atau non-negara, (7) yang menghasilkan pemulihan dari ketidakadilan yang dialami, (8) berdasarkan prinsip atau aturan hukum negara, hukum agama atau hukum adat, (9) sesuai dengan konsep negara hukum¹⁵¹.

Cappelletti dan Garth berpendapat bahwa akses terhadap keadilan memiliki fungsi untuk menggarisbawahi dua tujuan dasar dari sistem hukum yang diakses oleh masyarakat untuk mempertahankan haknya dan/atau menyelesaikan sengketa di bawah supervisi umum negara. Pertama, sistem hukum harus dapat diakses secara seimbang oleh setiap orang. Kedua, sistem hukum tersebut harus mengarah kepada hasil yang adil, baik untuk individu maupun masyarakat¹⁵².

Dari kesadaran ini maka inisiasi pengadilan keluarga (*family court*) menjadi alternatif upaya hukum demi tercapainya tujuan tersebut selain alternatif pemberdayaan penyelesaian sengketa di bidang hukum keluarga.

Selain alasan di atas, maka ada beberapa alasan lain yang mendasari inisiasi pengadilan keluarga dalam sistem peradilan di Indonesia. Alasan tersebut adalah bahwa misalnya dalam kasus KDRT

¹⁵⁰ Ineke van de Meene and Benjamin van Rooij. *Access to Justice and Legal Empowerment: Making the Poor Central in Legal Development Co-operation..* Leiden. Leiden university Press. 2008. Hlm. 7 Terjemahan peneliti: kemampuan seseorang (atau masyarakat) untuk mencari dan mendapatkan pemulihan melalui institusi formal atau nonformal dan selaras dengan nilai-nilai hak asasi hak manusia.

¹⁵¹ Adriaan W Bedner. Jacqueline Vel. Sebuah Kerangka Analisis Untuk Penelitian Empiris Dalam Bidang Akses Terhadap Keadilan dalam sistem peradilan di Indonesia. *Kajian Sosio-Legal*. Edisi 1. Pustaka Larasan. Denpasar. 2012.Hlm. 87-88

¹⁵² Loc.Cit.Hlm. 84

maka sebenarnya juga bukan sanksi pidana yang seharusnya dikejar tetapi mengembalikan keutuhan keluarga yang seharusnya menjadi tujuan utama. Banyak istri yang melaporkan KDRT dari suaminya kepada polisi, tujuannya bukan supaya si suami dihukum atau perceraian tetapi bagaimana supaya suami jera dan tidak melakukan KDRT lagi. Demikian juga apabila terjadi KDRT terhadap anak, baik dalam bentuk kekerasan, atau penelantaran, atau pengabaian maka bukan untuk mempidanakan orangtua namun bagaimana mengingatkan dan memberdayakan lagi orangtua untuk dapat kembali melaksanakan tugas dan peran sebagai orangtua. Upaya utama yang harus diprioritaskan adalah merekatkan kembali keluarga dan menjembatani kesenjangan atau gap yang terjadi selama ini dalam keluarga.

Pengertian pengadilan keluarga (*family court*) menurut Black Law Dictionary adalah *a court having jurisdiction over matters involving divorce, child custody, support paternity, domestic violence and other family law issues*¹⁵³. Pengertian pengadilan keluarga menurut Wikipedia adalah *is a court convened to decide matters and make orders in relation to family law, such as custody of children*¹⁵⁴.

Jika meninjau dari ruang lingkup hukum keluarga di sistem hukum Anglo Saxon: *Family law* (juga disebut *matrimonial law*) adalah:

*an area of the law that deals with family matters and domestic relations, including: marriage, civil unions, and domestic partnerships; adoption and surrogacy child abuse and child abduction, the termination of relationships and ancillary matters, including divorce, annulment, property settlements, alimony, child custody and visitation, child support and alimony awards, juvenile adjudication, paternity testing and paternity fraud*¹⁵⁵

¹⁵³ Black Law Dictionary. Ed 8. Thomson West. Pg. 381. Terjemahan oleh peneliti: pengadilan yang mempunyai kompetensi meliputi perceraian, hak asuh anak, pemberian nafkah orangtua, kekerasan dalam rumah tangga dan masalah hukum keluarga lain.

¹⁵⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Family_court. Terjemahan oleh peneliti: pengadilan yang memutuskan masalah-masalah dan membuat perintah dalam hubungannya dengan hukum keluarga seperti pengasuhan anak.

¹⁵⁵ http://en.wikipedia.org/wiki/Family_court. Terjemahan oleh peneliti: bagian dari hukum yang berhubungan dengan kekeluargaan dan hubungan domestic, termasuk perkawinan,

Apabila dibandingkan dengan ruang lingkup hukum keluarga di Indonesia yaitu perkawinan, perceraian, harta benda dalam perkawinan, kekuasaan orangtua, pengampunan dan perwalian¹⁵⁶, maka ruang lingkup hukum keluarga menurut sistem hukum Common Law, lebih luas.

Amerika memperkenalkan sistem pengadilan keluarga sejak tahun 1910. Dalam penyelesaian sengketa keluarga menggunakan sistem hakim tunggal, bukan sistem juri. Dalam perkembangannya sekarang, para keluarga di Amerika lebih banyak menggunakan mediasi sebagai penyelesaian masalah keluarga mereka dibanding menggunakan pengadilan keluarga. Mediasi keluarga diatur dalam Mediation Achieving Results for Children (MARCH), dipakai pertama kali di Missouri pada tahun 1997. Sampai sekarang telah 45 negara bagian yang menggunakan MARCH.

Selain di Amerika, pengadilan keluarga saat ini dikenal juga di Inggris, negara-negara persemakmuran seperti Australia, India, Hongkong dan Jepang. Sebagian besar dari Negara-negara tersebut menganut sistem hukum Anglo-Saxon atau Common Law.

Kompetensi absolut pengadilan keluarga di Amerika meliputi permasalahan anak dan keluarga mereka. Kasus-kasus yang ditangani adalah pengasuhan dan kunjungan (*custody and visitation*), (*family offense*), perilaku menyimpang remaja (*juvenile delinquency /JD*), pengampunan (*person in need of supervision /PINS*), hak nafkah anak dan pasangan (*support of children and spouses*), kekuasaan orangtua (*paternity*), kekerasan dan penelantaran anak (*abuse and neglect of children*), penelantaran dan pencabutan kekuasaan orangtua (*permanent neglect and termination of parental rights*), and

hidup bersama, pengangkatan anak dan perwalian anak terlantar dan anak korban penculikan, pemutusan hubungan dan hal-hal lain termasuk perceraian, pembatalan perkawinan, penyelesaian harta bersama, hak nafkah istri, hak asuh anak dan kunjungan, tunjangan dan hak nafkah anak, putusan untuk remaja, tes kenasaban dan penipuan kenasaban.

¹⁵⁶ Mustofa Hasan. *Pengantar Hukum Keluarga*. CV Pustaka Setia. Bandung. 2011 Hlm. 8

perencanaan anak yang diadopsi (*permanency planning for children in foster care*)¹⁵⁷.

Sementara ruang lingkup peradilan keluarga di India adalah sebagai berikut:

*The matters which are dealt in the Family Court in India are matrimonial relief which includes nullity of marriage, judicial separation, divorce, restitution of conjugal rights, declaration as to the validity of marriage and matrimonial status of the person, property of the spouses or any of them and declaration as to the legitimacy of any person, guardianship of a person or custody of any minor, maintenance including the proceeding under the Cr. P.C.*¹⁵⁸

Sebagai perbandingan, dapat dikemukakan di sini, kompetensi pengadilan keluarga di Australia meliputi permohonan pernyataan keabsahan atau kebatalan perkawinan, perceraian, tempat tinggal, kontak, perawatan, hak asuh anak dan masalah harta bersama keluarga (*applications for declarations of the validity or nullity of marriages, divorces, residence, contact, maintenance, child support and property issues*).

Dari paparan di atas, wacana pengadilan keluarga dalam sistem peradilan di Indonesia patut dipertimbangkan untuk meningkatkan akses perempuan dan anak. Selain itu penyelesaian perkara keluarga di bawah satu atap, bukan dengan tujuan pemidanaan atau ganti rugi, namun lebih memprioritaskan untuk menjaga keutuhan, ketahanan, dan keharmonisan keluarga sebagai tiang Negara, menjadi hal yang sangat vital dan mendesak.

¹⁵⁷ Family Court And You.

¹⁵⁸ family court/Family court - Wikipedia, the free encyclopedia.html diakses tanggal 24 Maret 2018 pukul 20.00. (terjemahan peneliti: Hal-hal yang merupakan urusan pengadilan keluarga India adalah hal-hal yang berhubungan dengan perkawinan termasuk kebatalan perkawinan, perpisahan secara hukum perceraian, pengembalian hak-hak suami-istri, pernyataan keabsahan perkawinan dan status menikah seseorang, harta bersama pasangan atau seperti mereka dan deklarasi sebagai legitimasi seseorang, perwalian orang atau hak asuh anak di bawah umur, perawatan termasuk prosedur dibawah Cr. P.C.)

3. Penguatan Budaya Perlindungan Hukum Untuk Pemenuhan Hak-Hak Anak Setelah Putusnya Perkawinan Orangtua

Budaya hukum digunakan untuk memahami bekerjanya sistem hukum sebagai suatu proses dimana budaya hukum berfungsi sebagai jembatan yang menghubungkan antara peraturan hukum dengan tingkah laku hukum seluruh warga masyarakat. Dengan demikian tanpa didukung oleh budaya hukum yang kondusif niscaya suatu peraturan atau hukum bisa direalisasikan sebagaimana diharapkan baik oleh pembuat hukum maupun masyarakat sebagai sasaran dari hukum¹⁵⁹.

a. Pengembangan Budaya Hukum Internal

Mengulang kembali pengertian dari budaya hukum pelaksana hukum yaitu seperangkat pengetahuan dan keyakinan para pelaksana hukum yang termanifestasikan dalam sikap dan perilaku saat menanggapi suatu kasus serta dokumen hukum yang dibuat sebagai hasil proses dan produk budaya para pelaksana hukum dalam mewujudkan nilai-nilai hukum maka fokus pada pengetahuan dan keyakinan yang berperspektif perlindungan anak yang harus diarusutamakan. Pengarusutamaan ini karena pengetahuan dan keyakinan adalah landasan dari sikap, perilaku, dan produk dari pelaksana hukum walaupun tidak jarang terjadi adanya gap/kesenjangan antara pengetahuan dan keyakinan di satu pihak dengan sikap dan perilaku di lain pihak. Dalam arti tidak selalu orang yang tahu akan bersikap dan berperilaku sesuai dengan pengetahuan dan keyakinannya tersebut.

Pengetahuan tentang hukum materiel khususnya hukum keluarga dan implikasinya pada bidang-bidang hukum terkait seperti hukum waris, hukum administrasi dan kependudukan dan lain-lain, harus dimiliki pelaksana hukum saat memproses suatu perkara/peristiwa.

¹⁵⁹ Esmi Warassih. *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*. Suryandaru Utama. Semarang, 2005. Hlm. 30

Keyakinan berkaitan dengan nilai-nilai yang diyakini oleh pelaksana hukum yang bersangkutan, dapat berupa nilai agama, nilai kesusilaan, nilai sopan santun dan nilai hukum yang semuanya terkristalisasi dalam Pancasila. Adanya nilai-nilai tersebut mencirikan moralitas hukum.

Moralitas hukum merupakan kewajiban-kewajiban publik tentang bagaimana seharusnya hukum dikelola sebagai tatanan publik (isi maupun pelaksanaannya). Jadi moralitas hukum, tidak individual dan menjadi urusan batin orang per orang. Sebagai kewajiban publik maka moralitas hukum berasal dari konsensus umum (formal maupun informal) tentang nilai-nilai atau kewajiban-kewajiban mengelola hukum pada semua faset¹⁶⁰.

Pelaksana hukum dalam berpengetahuan dan berkeyakinan harus berperspektif perlindungan anak. Dalam kasus ini khususnya dikaitkan dengan sila kedua Pancasila yaitu kemanusiaan yang adil dan beradab.

Pada sila kedua tersebut mengandung 3 (tiga) kata kunci yaitu manusia, adil, dan beradab. Pengejawantahan dalam hal ini adalah pelaksana hukum harus memandang semua pihak termasuk anak sebagai manusia yang memiliki kebutuhan dan keinginan sendiri. Dengan semua kebutuhan dan keinginan dari para pihak maka diperlukan keadilan. Keadilan ini menurut John Rawls mengandung 2 (dua) prinsip. Pertama, bahwa setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas. Seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Kedua, bahwa ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa dengan memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung¹⁶¹. Keadilan harus lebih

¹⁶⁰ Yovita A Mangesti. Bernard L. Tanya. *Moralitas Hukum*. Genta Publishing Yogyakarta. 2014. Hlm. 45.

¹⁶¹ John Rawls dalam Agus Yudho Hernoko. *Hukum Perjanjian: Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*. Cetakan kedua. Kencana Prenada Media Group. Jakarta. 2011. Hlm 56-57.

mengakomodasi pihak yang lemah dan membutuhkan, yang dalam suatu kasus putusnya perkawinan, pihak tersebut adalah anak. Keadilan di sini harus layak sesuai dengan kebutuhan anak, tidak semata-mata berdasar kemampuan orangtua.

b. Pengembangan Budaya Hukum Eksternal

Mengembangkan budaya hukum masyarakat supaya lebih memberikan perlindungan hukum kepada anak sebenarnya berada pada tataran pengetahuan, dan bukan berada pada tataran keyakinan. Secara umum, masyarakat tahu bahwa anak adalah generasi penerus yang merupakan asset masa depan mereka oleh karenanya harus dipersiapkan secara baik, namun pada tataran pengetahuan yaitu bagaimana mewujudkan hal itu yang sering menjadi kendala, baik bagi orangtua yang berkemampuan maupun bagi orangtua yang tidak berkemampuan. Ketidakmampuan ini terutama karena pengetahuan hukum yang rendah. Pengetahuan hukum yang rendah linier dengan kesadaran hukum yang rendah. Akibatnya melahirkan sikap permisif dari masyarakat bagi seorang ayah yang tidak melaksanakan kewajibannya terhadap anaknya.

Seharusnya masyarakat dan juga pemerintah menegakkan kewajiban tersebut dengan memberi fasilitasi untuk ayah (dan ibu) guna dapat melaksanakan kewajibannya dan memberi hukuman jika tidak terlaksana. Fasilitas dapat diberikan dalam bentuk kemudahan mendapat pekerjaan atau pemberian tunjangan, sementara hukuman dalam bentuk penundaaan hak reproduksi atau berkeluarga.

Untuk memperkuat budaya perlindungan hukum untuk anak maka harus dimulai dari keluarga, lingkungan dan akhirnya seluruh masyarakat akan terlibat. Roberto Vargas menyatakan bahwa *People remarked that we could become a powerful social change movement if we incorporated the principles of family activism within our community service and political action organizations. We need to develop more family and community values within our service*

*organizations to attract others, to sustain those who are involved, and to actually be the change we desire in the world*¹⁶².

Menggarisbawahi hal-hal yang telah dipaparkan di atas maka harus diingat kembali bahwa hak anak merupakan kewajiban orangtua. Kewajiban ibu kepada anaknya hanya dapat dikalahkan oleh kewajiban istri kepada suami sementara kewajiban ayah kepada anak hanya dapat dikesampingkan dengan kewajiban ayah kepada orangtuanya.

Indonesia merupakan Negara yang masyarakatnya bersifat komunal. Apabila dikaitkan dengan kewajiban terhadap anak maka kewajiban ini menjadi kewajiban bersama saat orangtuanya tidak mampu. Oleh karena itu orangtua, keluarga, masyarakat, dan Negara mempunyai kewajiban untuk menjamin pemenuhan hak-hak anak secara bertingkat.

Selain bersifat komunal, masyarakat Indonesia juga bersifat religius. Ada kesadaran bahwa perkawinan merupakan perintah Tuhan oleh karena itu ketentuan-ketentuan dalam hukum keluarga sebagian besar bersifat memaksa (*dwingend recht*) dan para pelaksana hukum harus mempunyai kepedulian dan keberanian untuk membantu menegakkannya karena pertanggungjawaban kewajiban orangtua tidak hanya dituntut di dunia namun juga di akhirat.

¹⁶² Roberto Vargas. *Family Activism: Empowering Your Community Beginning With Family And Friends*. Berrett-Koehler Publishers, Inc. California. 2008. Hlm. 233. Terjemahan oleh peneliti: orang-orang mengatakan bahwa kita dapat menjadi penggerak perubahan sosial yang kuat jika kita memasukkan prinsip-prinsip aktivitas keluarga dalam organisasi layanan komunitas dan aksi politik kita. Kita perlu mengembangkan lebih banyak nilai keluarga dan komunitas dalam organisasi layanan untuk menarik orang lain, untuk mendukung mereka yang terlibat, dan untuk benar-benar menjadi perubahan yang kita inginkan di dunia.