



**HAK ASUH ANAK PASCA PERCERAIAN DARI IBU YANG TELAH
BERPINDAH AGAMA**
(Analisis Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg)

TESIS

**Untuk memenuhi sebagian persyaratan memperoleh Gelar
Magister Ilmu Hukum (M.H)**

Oleh

Haris Gus Dewanta (166010100111018)



KEMENTERIAN RISET TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI

PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS BRAWIJAYA

MALANG

2018

TESIS

Judul :

**HAK ASUH ANAK PASCA PERCERAIAN DARI IBU
YANG TELAH BERPINDAH AGAMA
(Analisis Putusan Pengadilan Agama Malang
Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg)**

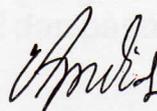
Oleh :
**Haris Gus Dewanta
NIM. 166010100111018**

telah dipertahankan di depan majelis penguji
pada tanggal 18 Juli 2018
dan dinyatakan memenuhi syarat

Komisi Pembimbing



Dr. Istislam, S.H., M.Hum.
Ketua



Dr. Nurini Aprilianda, S.H., M.Hum.
Anggota

Malang, 16 AUG 2018

**Universitas Brawijaya
Pascasarjana Ilmu Hukum
Dekan**

**Ketua Program Studi
Magister Ilmu Hukum**



Dr. Rachmad Safa'at, S.H., M.Si.
NIP. 19620805 198802 1 001



Dr. Istislam, S.H., M.Hum.
NIP. 19620823 198601 1 002



DAFTAR ISI

Halaman

HALAMAN JUDUL.....	i
LEMBAR PENGESAHAN.....	ii
PERNYATAAN ORISINILITAS.....	iii
RINGKASAN.....	iv
SUMMARY.....	v
KATA PENGANTAR.....	vi
DAFTAR ISI.....	ix
DAFTAR TABEL.....	xii
DAFTAR BAGAN.....	xiii
BAB I PENDAHULUAN.....	1
1.1. Latar Belakang.....	1
1.2. Rumusan Masalah.....	7
1.3. Tujuan Penelitian.....	8
1.4. Manfaat Penelitian.....	8
1.5. Orisinilitas Penelitian.....	9
1.6. Desain Penelitian.....	15
1.7. Kerangka Teoritik.....	16
1.7.1. Teori Keadilan.....	16
1.7.2. Teori Pengambilan Keputusan.....	18
1.7.3. Teori Hukum Progresif.....	21
1.8. Metode Penelitian.....	23
1.8.1. Jenis Penelitian.....	23
1.8.2. Metode Pendekatan.....	23
1.8.3. Jenis dan Sumber Hukum.....	24
1.8.4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum.....	25
1.8.5. Teknik Analisis Bahan Hukum.....	26
1.9. Definisi Konseptual.....	27



1.10. Sistematika Penulisan.....	28
BAB II KAJIAN PUSTAKA.....	30
2.1. Tinjauan Umum tentang Perkawinan.....	30
2.1.1. Pengertian Perkawinan.....	30
2.1.2. Tujuan Perkawinan.....	31
2.1.3. Syarat-Syarat Perkawinan.....	32
2.2. Tinjauan Umum tentang Perceraian.....	34
2.2.1. Pengertian perceraian.....	34
2.2.2. Alasan-Alasan Hukum Perceraian.....	35
2.2.3. Tata cara atau Prosedur melakukan Perceraian.....	37
2.2.4. Akibat Hukum Perceraian.....	41
2.3. Tinjauan Umum tentang Anak.....	43
2.3.1. Pengertian Anak.....	43
2.3.2. Hak-Hak Anak.....	45
2.4. Tinjauan Umum tentang Pemeliharaan Anak atau <i>Hadhanah</i>	47
2.4.1. Pengertian Pemeliharaan Anak atau <i>Hadhanah</i>	47
2.4.2. Syarat bagi pemegang <i>Hadhanah</i> Anak.....	48
2.5. Tinjauan Umum tentang Berpindah Agama atau Murtad.....	51
2.5.1. Pengertian Berpindah Agama atau Murtad.....	51
2.5.2. Akibat Hukum Berpindah Agama atau Murtad.....	52
BAB III HASIL DAN PEMBAHASAN.....	55
3.1. Hak Asuh Anak Pasca Perceraian Dari Ibu Yang Telah Berpindah Agama ditinjau dari Hukum Nasional.....	55
3.1.1. Hak Asuh Anak menurut Kompilasi Hukum Islam.....	55
3.1.2. Hak Asuh Anak menurut Undang-Undang Perkawinan.....	60
3.1.3. Hak Asuh Anak menurut Undang-Undang Perlindungan Anak.....	62
3.1.4. Hak Asuh Anak menurut KUHPerdata.....	64
3.2. Analisis Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg ditinjau dari Kompilasi Hukum Islam.....	73



DAFTAR TABEL

Halaman

1.1. Penelitian Terdahulu Terkait Hak Asuh Anak 12

3.1. Tabel Hak Asuh Anak dan Penyebab Hilangnya Hak Asuh Anak Pasca Perceraian Dalam Hukum Nasional 68



KATA PENGANTAR

Puji syukur kehadiran Allah SWT atas rahmat dan karunia-nya yang telah memberikan kemudahan dan kelancaran dan salam semoga tetap terlimpahkan kepada Nabi Muhammad SAW. Tiada daya dan upaya penulis tanpa kemurahannya sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini sebagai syarat untuk memperoleh gelar Magister Ilmu Hukum pada fakultas Hukum Universitas Brawijaya dengan judul: Hak Asuh Anak Pasca Perceraian dari Ibu yang Telah Berpindah Agama (Analisis Putusan Pengadilan Malang Nomor 137/Pdt.G/2012/PA.Mlg).

Banyak kendala dan permasalahan yang penulis hadapi, menyangkut penyelesaian penulisan tesis ini, baik langsung maupun yang tidak langsung. Namun berkat bimbingan, saran, dan bantuan dari berbagai pihak, serta kebersamaan orang-orang disekitar penulis sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis ini dengan tepat waktu. Oleh karena itu pada kesempatan ini dengan setulus-tuasnya dari hati yang paling dalam, penulis ucapkan banyak-banyak terima kasih yang sebesar besarnya kepada semua pihak yang telah memberikan bantuannya didalam penyusunan tesis ini. Untuk itu dengan segenap kerendahan hati yang paling dalam dan pada kesempatan ini penulis menyampaikan terima kasih kepada:

1. Bapak. Prof. Dr.Ir. Nuhfil Hanani.M.S Selaku rektor Universitas Brawijaya



2. Bapak Dr. Rachmad Safa,at, S.H., M.Si, Selaku dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

3. Bapak Dr. Istislam, S.H, M, Hum, Selaku ketua Program Studi Magister Ilmu Hukum sekaligus pembimbing utama penulis, yang sudah memberikan izin dan meluangkan waktu untuk membimbing dan mengarahkan penulis dalam menyelesaikan tesis ini.

4. Ibu Dr. Nurini Aprilianda, S.H, M, Hum. Selaku pembimbing kedua, atas segala bimbingan dan petunjuk yang diberikan selama proses penulisan tesis ini.

5. Ibu Prof. Suhariningsih S.H, M.S, selaku penguji yang sudah memberikan banyak masukan terkait dalam penyempurnaan tesis penulis.

6. Para Dosen Universitas Brawijaya yang telah memberikan motivasi dan pembelajaran kepada penulis, sehingga dapat menyelesaikan tugas akhir ini.

7. Kedua orang tua Bapak Suharno dan Ibu Suryati tercinta atas dukungan dan motivasi serta doanya yang telah diberikan kepada penulis sehingga dapat menyelesaikan tugas akhir ini.

8. Kepada kekasih tercinta Monica Yenike A yang telah memberikan waktu dan dukungannya dalam menyelesaikan tesis ini.

9. Teman teman Magister Ilmu Hukum angkatan 2016 Universitas brawijaya, dan yang tidak dapat disebutkan satu persatu atas dukungan dan motivasinya sehingga penulis dapat menyelesaikan tugas akhir ini.

Semoga tesis ini mampu memberikan sumbangan pada bidang hukum perdata. Apabila terdapat kesalahan, kekurangan dan ketidak sempurnaan dalam



penulisan tesis ini, maka hal tersebut bukan suatu kesengajaan, melainkan semata-mata karena kekhilafan penulis. Oleh karena itu kepada seluruh pembaca mohon memaklumi dan hendaknya memberikan kritik dan saran yang membangun.

Malang, Agustus 2018

Penulis

Ringkasan

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis hak ibu yang telah berpindah agama untuk mengasuh anak pasca perceraian, dan untuk menganalisis putusan pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg) sudahkah sesuai dengan ketentuan Pasal 105 huruf a dan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Dalam melakukan penelitian ini penulis menggunakan jenis penelitian Hukum Normatif, pendekatan perundang-undangan (*Statute approach*) dan pendekatan kasus (*Statute approach*), untuk bahan hukum yang digunakan yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier, metode pengumpulan bahan hukum dengan studi dokumen (*Library Research*) dan dengan menggunakan analisis preskriptif dan analisis interpretasi sistematis.

Hasil penelitian diperoleh bahwa terkait hal-hal yang dapat menghilangkan hak asuh anak jika dilihat dari Hukum Nasional yaitu: 1). Ia berkelakuan buruk sekali, 2). Melalaikan kewajibannya untuk mengasuh memelihara dan mendidik anak, 3). Dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena sengaja ikut serta dalam suatu kejahatan dengan seorang anak yang masih di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya, 4). Tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, selain itu karena pemegang *hadhanah* meninggal dunia. Jadi pada dasarnya berpindahnya agama seorang ibu dari Islam ke Kristen tetap bisa mendapatkan atau memperoleh hak asuh anak pasca perceraian.

Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg) dalam hal ini telah bertentangan dengan ketentuan yang terdapat dalam KHI yang termuat dalam Pasal 105 huruf a dan Pasal 156 huruf a yang mana seharusnya hak asuh anak yang masih dibawah umur dan belum *mummayiz* pasca perceraian diberikan kepada ibunya, tetapi hakim bertindak sebaliknya, dengan menjatuhkan dan memberikan hak asuh anak kepada ayah kandungnya. Pada dasarnya murtadnya seseorang jika merujuk pada ketentuan Pasal 116 huruf h KHI hanya dapat dijadikan sebagai alasan untuk bercerai, dan murtadnya seseorang hanya dapat kehilangan hak untuk waris dan mewarisi terhadap orang yang beragama Islam, hal tersebut telah tercantum dalam ketentuan Pasal 171 huruf b dan huruf c KHI.

Kata Kunci. Hak Asuh Anak, Anak, Perceraian, Berpindah Agama atau Murtad



AFTER-DIVORCE CHILD CUSTODY OF A MOTHER-CHANGING RELIGION (ANALYSIS OF A DECISION BY RELIGIOUS COURT OF MALANG NUMBER 1137/PDT.G/2012/PA.MLG)

SUMMARY

This research is aimed to analyse the right of a mother who has changed her religion to raise her children after a divorce and to analyse the Decision of Religious Court Number 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg) in terms of its relevance to the provision of Article 105 letter a and Article 156 letter a of Compilation of Islamic Law (KHI).

This research is categorised into a normative legal research which employed statute and case approaches, while the legal materials used involved primary, secondary, and tertiary data. The data needed was obtained by conducting a library research where the data was analysed prescriptively and interpreted systematically.

The research result reveals that there are several factors that could annul the rights in child custody according to the National Law: 1) having bad behaviour, 2) negligence to take care of, raise, and educate children, 3) imposed with sanction due to her involvement in a crime with an under-age child who is under her guardianship, 4) Failing to provide security of the child both mentally and physically, or the person responsible to raise the child has died (*hadannah*). In other words, a mother who changes her religion from Islam to Christian still holds the right to raise a child after a divorce.

The Decision of Religious Court of Malang Number 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg) is not in compliance with the provision of KHI enacted in Article 105 letter a and Article 156 letter a in which the mother has a right of the custody of her child who is not *mummayiz* (obligated to pray five times) yet.

This is contrary to the Decision made by the Judge in which the custody falls on the father. According to Article 116 letter h of KHI, *murtad* (leaving Islam) should be the reason behind a divorce, and it will surely abrogate the right of a Muslim to inherit as mentioned in Article 171 letter b and letter c of KHI.

Keywords: child custody, child, divorce, changing religion, leaving Islam



BAB I PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Pada dasarnya setiap orang menginginkan sebuah perkawinan, kondisi semacam ini tidak lepas dari hakikat manusia yang diciptakan untuk saling berpasang-pasangan. Dalam ketentuan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan bahwa “Perkawinan merupakan suatu ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan untuk membentuk sebuah keluarga (rumah tangga) yang kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”¹

Dalam sebuah perkawinan tentunya suatu pasangan selalu berharap bisa memperoleh keturunan atau anak yang nantinya bisa menjadi generasi penerus keluarga dan terbentuk sebuah keluarga yang harmonis. Namun pada kenyataannya, dalam masyarakat tidak jarang ditemui sebuah perkawinan yang sering di terpa beberapa permasalahan hingga mengakibatkan hubungan dari perkawinan tersebut berakhir atau berujung pada perpisahan atau perceraian. Salah satu permasalahan yang dapat menyebabkan hubungan perkawinan menjadi tidak harmonis yaitu masalah perbedaan keyakinan, tidak sedikit pasangan yang pada awalnya setuju untuk berpindah agama ketika menikah dan mau mengikuti keyakinan salah satu pasangannya saja, namun ketika sudah menikah ternyata kembali lagi ke keyakinan awal, sehingga hal tersebut yang

¹Pasal 1 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1



dapat memicu atau menimbulkan suatu konflik diantara pasangan suami isteri, dan bisa berakibat pada perpisahan atau perceraian.

Akibat hukum yang akan ditimbulkan dari perceraian tersebut apabila kedua pasangan sudah memiliki anak adalah terkait dengan hak asuh anak.

Sebagaimana telah diatur di dalam ketentuan Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyebutkan bahwa "akibat putusannya perkawinan akibat perceraian ialah baik ibu atau bapak berkewajiban untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan untuk kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusannya".² Jadi apabila terjadi persengketaan terhadap hak asuh anak pasca perceraian, maka dapat diselesaikan melalui pengadilan.

Terkait dengan kasus sengketa hak asuh anak yang melibatkan pasangan yang berbeda keyakinan akibat salah satu orang tua yang berpindah agama, salah satunya terdapat pada putusan Pengadilan Agama Malang Nomor : 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, bahwa dalam kasus tersebut melibatkan mantan pasangan suami istri yang pernah melakukan hubungan pernikahan pada tanggal 03 Oktober 2002, hal ini dibuktikan dengan Kutipan Akta Nikah yang dikeluarkan oleh Kantor Urusan Agama Kecamatan Gubeng Surabaya. Dari perkawinannya antara pemohon dan termohon telah memiliki seorang anak berumur 1,5 tahun, yang lahir pada tanggal 10 maret 2011. Namun pada tahun 2012 pasangan tersebut memutuskan untuk berpisah atau bercerai karena masalah perselisihan dan pertengkarannya akibat perbedaan keyakinan secara terus menerus.

²Pasal 41 Huruf a Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan Perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1



Karena yang pada awalnya termohon atau mantan isteri bersedia untuk masuk agama islam, tetapi setelah menikah ternyata pihak termohon atau mantan istri kembali pindah ke agama semula yaitu agama kristen. Hal tersebut yang menyebabkan keduanya memutuskan untuk berpisah, karena pemohon tidak mau kalau anaknya diasuh oleh termohon atau mantan istrinya karena orang non Islam, akhirnya pemohon juga meminta kepada Pengadilan Agama agar memberikan putusan terkait hak asuh anak diberikan kepada pemohon.

Dalam putusan yang dijatuhkan oleh Pengadilan Agama Malang bahwa hak asuh terhadap anak yang masih berumur 16 bulan tersebut diberikan kepada pemohon yaitu ayah kandungnya, dengan pertimbangan hakim yang menyatakan bahwa “Oleh karenanya dapat disimpulkan bahwa termohon sebagai ibu dari anaknya telah nyata telah murtad dan kembali ke agama kristen, maka termohon sangat diragukan untuk dapat membimbing, mengarahkan dan mendidik anaknya tersebut yang nantinya menjadi anak yang soleh yang taat kepada agama Islam.”³

Jika melihat pada putusan tersebut yang menyebabkan hakim memberikan hak asuh kepada ayah kandungnya pertama karena ibu telah berpindah agama. Namun dalam hal ini hakim tidak melihat dari segi usia anak yang menjadi objek sengketa, padahal usia anak yang masih berumur 16 bulan atau 1,5 tahun, tentunya anak tersebut masih membutuhkan kasih sayang yang lebih dari seorang ibu, dan terutama anak tersebut masih membutuhkan Air Susu Ibu (ASI) untuk tumbuh kembangnya.

Jika merujuk pada ketentuan Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa “dalam hal terjadinya perceraian maka pemeliharaan anak

³ Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor-1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg Hal.08



yang belum *mummayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya, sedangkan anak yang sudah *mummayyiz* maka akan diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharannya”.⁴

Sedangkan dalam Pasal 156 huruf a KHI memberikan penegasan “jika hak Asuh anak yang belum *mummayyiz* dan belum berumur 12 Tahun akibat perceraian diberikan kepada Ibu, kecuali ibunya meninggal dunia kedudukannya digantikan oleh: 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; 2. Ayah; 3. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah”.⁵

Melihat pada kasus diatas bahwa anak yang menjadi objek sengketa masih dibawah umur atau belum *mummayyiz* dan belum berumur 12 tahun sesuai dengan ketentuan Kompilasi Hukum Islam seharusnya hak pengasuhan jatuh kepada ibunya, namun ternyata keputusan hakim menjatuhkan hak asuh anak kepada ayahnya karena hakim beralasan jika ibunya telah berpindah agama, yang awalnya beragama islam kemudian setelah menikah kembali lagi berpindah ke agama kristen, sehingga hakim beranggapan jika ibu yang telah berpindah agama maka sangat diragukan untuk dapat mengarahkan, membimbing dan mendidik anaknya tersebut yang nantinya menjadi anak yang soleh yang taat kepada agama Islam.

Padahal apabila merujuk pada ketentuan Pasal 42 Ayat (2) Undang-Undang Nomor. 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas undang-undang Nomor.23

⁴ Lihat pada Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam berdasarkan Intruksi Presiden No.1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan KHI

⁵ Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam berdasarkan Intruksi Presiden No.1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan KHI



Tahun 2002 tentang perlindungan anak yang disebutkan bahwa “Sebelum anak dapat menentukan pilihannya sendiri, maka agama yang dipeluk oleh anak mengikuti agama orang tuanya”.⁶ Kemudian dalam penjelasan Pasal 42 Ayat (2) disebutkan bahwa “anak dapat menentukan agama pilihannya apabila anak tersebut telah berakal dan bertanggung jawab, serta memenuhi syarat dan tata cara sesuai dengan ketentuan agama yang dipilihnya, dan ketentuan peraturan perundang-undangan”.⁷ Jika melihat pada kasus tersebut anak yang masih berumur 1,6 bulan tentu masih belum berakal dan bertanggung jawab sehingga agama anak masih mengikuti agama orang tua, namun dalam hal ini agama orang tua berbeda lantas agama yang mana yang harus diikuti oleh anak, sedangkan dalam ketentuan Undang-Undang perlindungan anak juga tidak dijelaskan bagaimana jika kedua orang berbeda agama, maka agama siapa yang harus diikuti anak. Sedangkan jika melihat pada ketentuan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam maupun undang-undang perlindungan anak dan undang-undang perkawinan tidak ada ketentuan yang mengatur bahwa ibu yang berpindah agama atau murtad tidak bisa mendapatkan hak asuh anak ketika terjadi perceraian.

Berdasarkan ketentuan di dalam Undang-undang Perlindungan Anak istilah hak asuh anak menggunakan istilah “Kuasa Asuh” undang-undang tersebut menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan “Kuasa Asuh ialah kekuasaan Orang Tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuh kembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan sesuai

⁶ Lihat Pasal 42 Ayat (2) UU Nomor. 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas undang-undang Nomor 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak

⁷ Penjelasan Pasal 42 Ayat 2 UU No.35 tahun 2014 tentang perlindungan anak



dengan kemampuan, bakat, serta minatnya”⁸ Jika dilihat pada ketentuan tersebut yang dimaksud orang tua disini yaitu ayah dan ibu jadi pada dasarnya baik ayah maupun ibu memiliki hak yang sama terhadap pengasuhan anaknya yang masih dibawah umur pasca perceraian.

Berdasarkan pada ketentuan Pasal 49 ayat (1) Undang-Undang perkawinan yang menyatakan bahwa “Salah seorang atau kedua orang tua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu yang tertentu atas permintaan orang tua yang lain, keluarga anak, dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang, dengan keputusan pengadilan dalam hal-hal: Ia sangat melalaikan kewajiban terhadap anaknya dan ia berkelakuan buruk”⁹. Kemudian jika melihat pada ketentuan Pasal 30 Undang-undang No. 35 tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak hanya disebutkan bahwa “dalam hal orang tua melalaikan kewajiban untuk mengasuh, memelihara, mendidik dan melindungi anaknya dapat dilakukan tindakan pengawasan atau kuasa orang tua dapat dicabut, dan hal itu hanya dapat dilakukan melalui pengadilan”¹⁰.

Terkait dengan pemisahan anak dari salah satu orang tua akibat dari perceraian disebutkan dalam ketentuan Pasal 14 Ayat (1) Undang-Undang Perlindungan Anak yang menyebutkan bahwa “Setiap Anak berhak untuk diasuh oleh Orang Tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang

⁸ Lihat pada Pasal 1 Butir 11 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak

⁹ Lihat pada Pasal 49 ayat 1 UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1

¹⁰ Lihat pada Pasal 30 UU No.35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU No. 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak



sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi Anak dan merupakan pertimbangan terakhir¹¹. Jadi jika merujuk dari ketentuan tersebut dalam melakukan pemisahan terhadap anak dari salah satu orang tua pasca perceraian harus ada alasan dan aturan hukum yang sah, namun dalam Putusan Pengadilan Agama No.1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, bahwa alasan yang digunakan hakim terkait dengan berpindahnya agama atau murtadnya ibu dari Islam ke Kristen sehingga hak asuh anak dibawah umur jatuh kepada ayah ternyata tidak memiliki dasar hukum yang jelas atau belum ada ketentuan hukum yang mengatur hal tersebut.

Jadi dapat dikatakan bahwa Putusan pengadilan Agama Malang Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg yang menjatuhkan hak asuh anak pasca perceraian kepada ayah kandungnya karena ibu telah berpindah agama telah bertentangan dengan ketentuan Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam, 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam.

Dari permasalahan di atas maka dalam hal ini penulis tertarik untuk melakukan penulisan tesis yang berjudul **“HAK ASUH ANAK PASCA PERCERAIAN DARI IBU YANG TELAH BERPINDAH AGAMA”** (Analisis Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg)

1.2. Rumusan Masalah

1.2.1. Apakah ibu yang telah berpindah agama dapat kehilangan hak asuh anak pasca perceraian ditinjau dari Hukum Nasional?

¹¹ Pasal 14 Ayat 1 UU No 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas UU No 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak



1.2.2. Bagaimanakah Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg Jika ditinjau dari Kompilasi Hukum Islam?

1.3. Tujuan Penelitian

1.3.1. Untuk menganalisis mengenai hak ibu yang telah berpindah agama untuk mengasuh anak yang masih di bawah umur pasca perceraian.

1.3.2. Untuk menganalisis kesesuaian putusan pengadilan Agama Malang Nomor :1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg dengan ketentuan Pasal 105 huruf a dan 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam.

1.4. Manfaat Penelitian

1.4.1. Manfaat secara teoritis

Diharapkan dapat memberikan sumbangan pemikiran dalam bidang ilmu hukum khususnya dibidang hukum keluarga yang berkaitan dengan hak asuh anak dengan ibu yang telah berpindah agama pasca perceraian.

1.4.2. Manfaat secara praktis

1.4.2.1. Manfaat Bagi Akademisi

Hasil penelitian diharapkan dapat dijadikan sebagai bahan rujukan bagi upaya pengembangan ilmu hukum khususnya didalam bidang hukum perkawinan dan hukum keluarga di Indonesia yang terkait dengan hak asuh anak dari salah satu orang tua yang berpindah agama pasca perceraian.

1.4.2.2. Manfaat Bagi Praktisi Hukum

1.4.2.2.1. Bagi Hakim



Diharapkan dapat menjadi bahan rujukan dan sebagai acuan bagi hakim dalam memutus perkara yang sama yaitu terkait dengan hak asuh anak dari ibu yang telah berpindah agama pasca perceraian.

1.4.2.2.2. Bagi Penasihat Hukum

Diharapkan penelitian ini dapat digunakan sebagai salah satu bahan masukan atau rujukan oleh para penasihat hukum, dalam menangani perkara maupun kasus yang terkait dengan hak asuh anak dari salah satu orang tua yang berpindah agama pasca perceraian.

1.5. Orisinalitas Penelitian

Penelitian ini dilakukan sebagai lanjutan penelitian sebelumnya dari berbagai pihak, sebagai kelanjutan penelitian dalam tema yang masih ada kesamaan seputar dengan Hak Asuh Anak Pasca Perceraian. Diantara penelitian skripsi, tesis dan tulisan-tulisan lain berupa penelitian mandiri, makalah dan jurnal hukum, ada beberapa penelitian yang sama-sama membahas hak asuh anak pasca perceraian. berikut penulis paparkan dalam beberapa penelitian yang membahas terkait hak asuh anak pasca perceraian:

1. Tesis, Langgeng Putra, 2012. *“Penunjukakan Hak Asuh Atas Anak Oleh Hakim Setelah Perceraian di Pengadilan Agama Padang”* Universitas Gadjah Mada, Magister Kenotariatan, yogyakarta. Tujuan Penelitian ini yaitu “untuk mengetahui persoalan pengasuhan anak menurut hukum Islam, serta kendala-kendala yang dihadapi hakim di Pengadilan Agama Padang dalam memutus/ menetapkan hak asuh atas anak. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa 1). Telah terjadi kesamaan dan perbedaan antara hukum islam dan



hukum positif dalam hal pengasuhan anak. Bila Hukum Islam lebih memberi prioritas pada ibu ataupun kerabat ibu yang menjadi pengasuh anak, maka hukum positif memberi kesempatan yang sama kedua belah pihak untuk mengasuh anak setelah perceraian. 2). Di Pengadilan Agama Padang para majelis hakim umumnya memberikan penetapan hak asuh anak kepada pihak ibu atau kerabat perempuan dalam garis ibu, 3). Dalam pertimbangan hukum hakim telah mengacu pada ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam dan perjanjian lisan yang telah dibuat oleh para pihak. kendala-kendala yang dihadapi hakim berupa kesulitan dalam mengukur keterangan saksi kesiapan materil/immateril calon pengasuh”¹².

2. Tesis, Muzayyanah, 2007, *Hak Asuh dan Pemberian Nafkah terhadap Anak Sebagai Salah Satu Akibat perceraian: Studi Kasus Putusan PN dan PA*

Bantul, Magister Hukum, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Tujuan penelitian “untuk mengetahui orang tua yang berhak atas pengasuhan anak sebagai salah satu akibat perceraian dalam praktek di PN dan PA Bantul, dan untuk mengetahui pertimbangan hakim PN dan PA Bantul dalam memutuskan hak asuh atas anak dan pemberian nafkah anak sebagai salah satu akibat perceraian”¹³. Hasil penelitian yaitu 1. Dalam prakteknya di PN dan PA Bantul baik ayah maupun ibu tetap memiliki hak yang sama untuk mengasuh anak. 2. Alasan-alasan yang menjadi pertimbangan hakim PN Bantul yaitu perilaku orang tua yang mengasuh, seta kemampuan ekonomi orang tua yang

¹² Langgeng Putra, 2012. “*Penunjukkan Hak Asuh Atas Anak Oleh Hakim Setelah Perceraian di Pengadilan Agama Padang*” Tesis, Universitas Gadjah Mada, Magister Kenotariatan, Yogyakarta.

¹³ Muzayyanah, 2007, *Hak Asuh dan Pemberian Nafkah terhadap Anak Sebagai Salah Satu Akibat perceraian: Studi Kasus Putusan PN dan PA Bantul*, Tesis, Magister Hukum, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta.



mengasuh, adapun pertimbangan hakim di PA Bantul yaitu adalah “berdasarkan Pasal 105 huruf a dan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam” yang menyatakan bahwa “anak yang masih belum *mummyiz* atau belum berumur 12 tahun dibawah pengasuhan ibunya, sedangkan pada Pasal 105 huruf b bahwa “anak yang sudah *mummyiz* berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya”. 3. Pertimbangan hakim dalam memutuskan pemberian nafkah terhadap anak adalah berdasarkan tuntutan mantan istri dengan melihat kesanggupan ayah sesuai dengan kemampuan ekonomi/penghasilan ayah, selain itu juga mempertimbangkan status sosial dan lingkungan sosial ditempat anak tinggal.

3. Tesis, Sugiarto, Erwin, 2007, *Akibat Hukum Putusnya Perkawinan Terhadap Harta Perkawinan dan Hak mengasuh Anak Dalam Kasus Suami Berpindah Agama (Murtad) di Pengadilan Agama Pontianak*, Magister Kenotariatan, Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Tujuan penelitian yaitu 1. Untuk mengetahui faktor peralihan agama (murtad) yang menjadi pertimbangan utama hakim untuk memutuskan perkawinan serta akibat hukum putusnya perkawinan terhadap harta perkawinan dan hak mengasuh anak dalam kasus sumi berpindah agama (murtad) di Pengadilan Agama Pontianak. Hasil penelitian menunjukkan bahwa peralihan agama (murtad) menjadi pertimbangan utama hakim untuk memutus perkawinan, hal ini didasarkan pada Pasal 44 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan “seorang wanita islam dilarang melangsungkan perkawinan dengan seorang yang tidak beragama islam”, kemudian didasarkan pada Pasal 116 huruf h yang menyatakan peralihan agama yang menyebabkan ketidak rukunan dalam rumah

tangga merupakan alasan diajukan gugatan perceraian. Kemudian terkait dengan hak asuh anak yang masih dibawah umur diserahkan kepada ibunya, faktor-faktor lain yang menjadi dasar hakim dalam memberikan hak pengasuhan anak kepada ibu yaitu faktor agama, faktor lingkungan dan faktor kesanggupan dan kemampuan dalam mengasuh anak.

Supaya lebih terperinci dan lebih mudah untuk dipahami maka berikut penulis paparkan dalam bentuk tabel hasil penelitian terdahulu terkait dengan hak asuh anak pasca perceraian sebagai berikut:

Tabel. 1.1. Penelitian Terdahulu terkait Hak Asuh Anak Pasca perceraian

No	Keterangan	Judul	Tujuan Penelitian	Hasil
1.	Tesis, Langgeng Putra, 2012. Universitas Gadjah Mada. Magister Kenotariatan, Yogyakarta.	<i>“Penunjukkan Hak Asuh Atas Anak Oleh Hakim Setelah Perceraian di Pengadilan Agama Padang”</i>	1. Untuk mengetahui persoalan pengasuhan anak menurut hukum Islam. 2. Kendala-kendala yang dihadapi hakim di Pengadilan Agama Padang dalam memutuskan/menetapkan hak asuh atas anak.	1. Telah terjadi kesamaan dan perbedaan antara hukum islam dan hukum positif dalam hal pengasuhan anak. Bila Hukum Islam lebih memberi prioritas pada ibu ataupun kerabat ibu yang menjadi pengasuh anak, maka hukum positif memberi kesempatan yang sama kedua belah pihak untuk mengasuh anak setelah perceraian. 2). Di Pengadilan Agama Padang para majelis hakim umumnya memberikan penetapan hak asuh anak kepada pihak ibu atau kerabat perempuan dalam garis ibu. 3). Dalam pertimbangan hukum hakim telah mengacu pada ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam dan perjanjian lisan yang telah dibuat oleh para pihak. kendala-kendala yang dihadapi hakim berupa kesulitan dalam mengukur keterampilan saksikesiaph materil/immateril calon pengasuh.
2.	Tesis, Muzayyanah, 2007. Magister Hukum.	<i>“Hak Asuh dan Pemberian Nafkah terhadap Anak Sebagai</i>	1. Untuk mengetahui “orang tua yang berhak atas	1. Dalam prakteknya di PN dan PA Bantul baik ayah maupun ibu tetap memiliki hak yang sama untuk mengasuh anak. 2. Alasan-



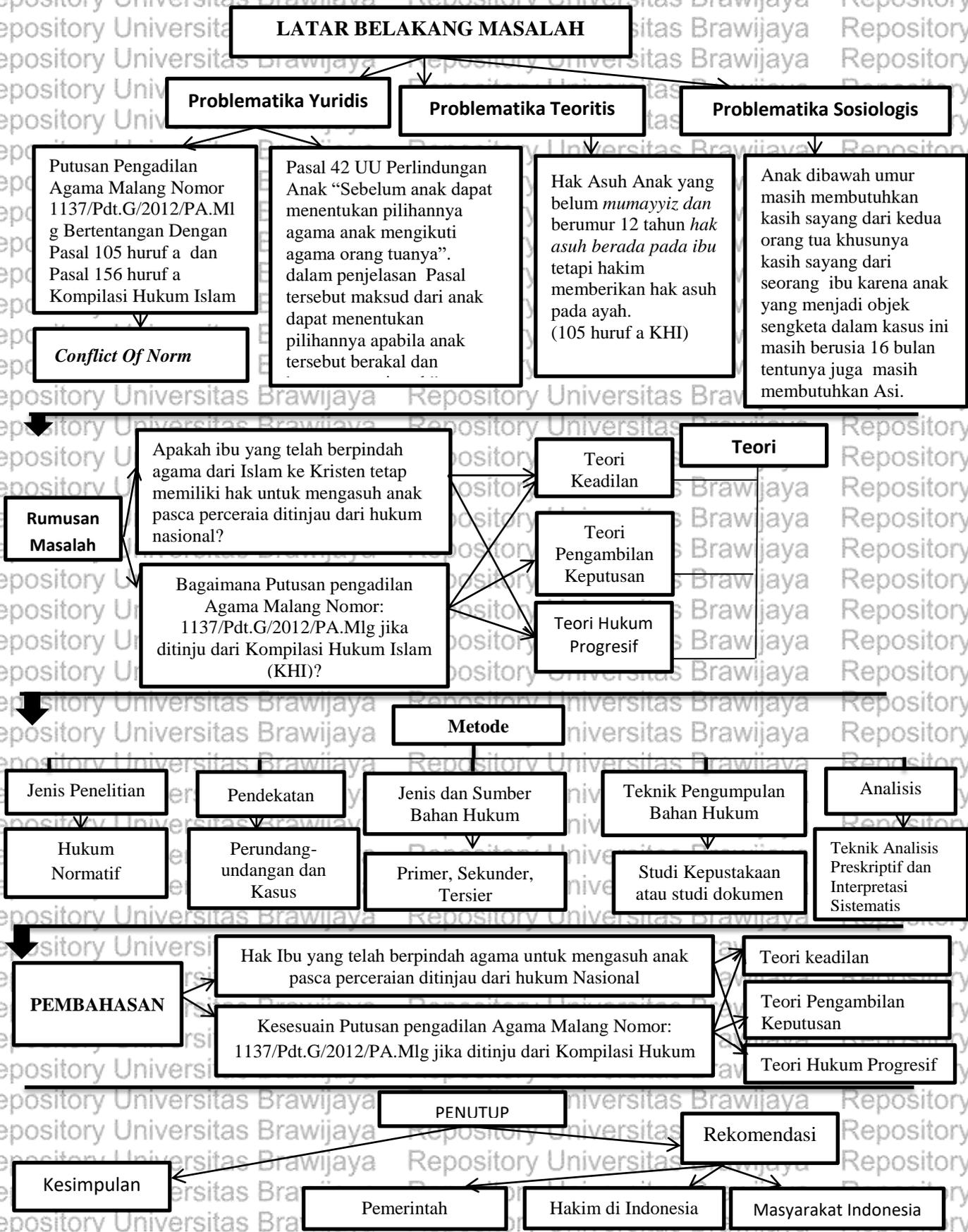
	Universitas Gajah Mada, Yogyakarta.	<i>Salah Satu Akibat perceraian: Studi Kasus Putusan PN dan PA Bantul.</i>	<p>pengasuhan anak sebagai salah satu akibat perceraian dalam praktek di PN dan PA Bantul, dan 2.</p> <p>Untuk mengetahui pertimbangan hakim PN dan PA Bantul dalam memutus hak asuh atas anak dan pemberian nafkah anak sebagai salah satu akibat perceraian</p>	<p>alasan yang menjadi pertimbangan hakim PN Bantul yaitu perilaku orang tua yang mengasuh, seta kemampuan ekonomi orang tua yang mengasuh, adapun pertimbangan hakim di PA Bantul yaitu adalah berdasarkan “Pasal 105 huruf a dan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam” yang menyatakan bahwa “anak yang masih belum <i>mummayiz</i> atau belum berumur 12 tahun dibawah pengasuhan ibunya, sedangkan pada Pasal 105 huruf b bahwa “anak yang sudah <i>mummayiz</i> berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya”. 3. Pertimbangan hakim dalam memutuskan pemberian nafkah terhadap anak adalah berdasarkan tuntutan mantan istri dengan melihat kesanggupan ayah sesuai dengan kemampuan ekonomi/penghasilan ayah, selain itu juga mempertimbangkan status sosial dan lingkungan sosial ditempat anak tinggal.</p>
3.	Tesis, Sugiarto, Erwin, 2007, Magister Kenotariatan, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta.	<i>“Akibat Hukum Putusnya Perkawinan Terhadap Harta Perkawinan dan Hak mengasuh Anak Dalam Kasus Suami Berpindah Agama (Murtad) di Pengadilan Agama Pontianak”</i>	<p>1. Untuk mengetahui faktor peralihan agama (murtad) yang menjadi pertimbangan utama hakim untuk memutuskan perkawinan serta akibat hukum putusnya perkawinan terhadap harta perkawinan dan hak mengasuh anak dalam kasus suami berpindah agama (murtad) di Pengadilan Agama Pontianak.</p>	<p>Hasil penelitian menunjukkan bahwa peralihan agama (murtad) menjadi pertimbangan utama hakim untuk memutus perkawinan, hal ini didasarkan pada Pasal 44 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan “seorang wanita islam tidak diperbolehkan untuk menikah dengan seorang yang tidak beragama islam”, kemudian didasarkan pada Pasal 116 huruf h yang menyatakan “peralihan agama yang menyebabkan ketidak rukunan dalam rumah tangga” merupakan alasan diajukan gugatan perceraian. “pemeliharaan anak yang belum <i>mummayiz</i> atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya, faktor-faktor lain yang menjadi dasar hakim dalam memberikan hak pengasuhan anak kepada ibu” yaitu faktor agama, faktor lingkungan dan faktor kesanggupan dan kemampuan dalam mengasuh anak.</p>

Sumber: Bahan Hukum Sekunder, diolah 2018



Dari ketiga penelitian diatas dapat disimpulkan bahwa jika para peneliti fokus kajiannya pada hak asuh anak pasca perceraian, hal ini juga memiliki kesamaan dengan apa yang ingin penulis kaji terkait dengan hak asuh anak, namun yang membedakan dengan penelitian-penelitian tersebut, jika ketiga penelitian tersebut tidak terkait dengan ibu yang telah berpindah agama atau murtad pasca perceraian, jika dilihat dari tesis erwin sugiarto, magister kenotariatan UGM yang menjadi permasalahan dalam tesisnya terkait dengan pihak ayah atau suami yang berpindah agama. Sedangkan dalam penulisan ini, peneliti ingin mengkaji hak asuh anak dengan ibu yang telah berpindah agama yang terdapat dalam putusan pengadilan agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg, dalam hal ini apakah seorang ibu yang murtad tetap bisa memilik hak untuk mengasuh anak pasca perceraian, dan bagaimana putusan 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg. Jika ditinjau dari ketentuan Pasal 105 huruf a dan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam,

1.6. Desain Penelitian





1.7. Kerangka Teoritik

Dalam penulisan tesis ini untuk menganalisis permasalahan yang terjadi penulis menggunakan tiga Teori, yaitu Teori Keadilan John Rawls, Teori Pengambilan Keputusan dan Teori Hukum Progresif Satjipto Rahardjo.

1.5.1. Teori Keadilan

Adil terutama mengandung arti bahwa suatu keputusan dan tindakan didasarkan atas norma-norma yang objektif; jadi tidak subjektif apalagi sewenang-wenang. Keadilan pada dasarnya adalah suatu konsep yang relatif, setiap orang tidak sama, adil menurut yang satu belum tentu adil bagi yang lainnya, kapan seorang menegaskan bahwa ia melakukan suatu keadilan, hal itu tentunya harus relevan dengan ketertiban umum dimana suatu skala keadilan diakui. Skala keadilan sangat bervariasi dari satu tempat ke tempat lain, setiap skala didefinisikan dan sepenuhnya ditentukan oleh masyarakat sesuai dengan ketertiban umum dari masyarakat tersebut¹⁴.

Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaannya yang dikenal dengan (*original position*) atau sering disebut dengan istilah "Posisi awal" dan (*veil of ignorance*) atau "selubung ketidaktahuan".

John Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam suatu masyarakat. Tidak adanya perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi yang lebih tinggi antara yang satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan suatu kesepakatan

¹⁴ Agus Santoso, 2012. Hukum, Moral, dan Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum. Jakarta. Kencana Prenada Media Group. Hlm.85



yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai “Posisi Awal” yang berlandaskan pada pengertian *ekulibrium reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*”).

Sementara konsep “Selubung Ketidaktahuan” yang di kembangkan oleh John Rawls bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang. Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “*Justice as fairness*”:¹⁵

Prinsip Pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal libert principle*). Prinsip ini antara lain meliputi : “a). Kebebasan untuk berbicara termasuk kebebasan pers (*Freedome of speech and expression*), b). Kebebasan untuk dapat berperan serta dalam kehidupan politik seperti halnya hak bersuara, hak mencalonkan diri dalam pemilihan (*political of Liberty*), c). Kebebasan berkeyakinan termasuk kebebasan untuk memeluk agama yang diyakini (*Freedom of religion*). Kebebasan untuk menjadi diri sendiri e). Hak untuk mempertahankan milik pribadi. Sedangkan yang kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*differeence principle*), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal oppotunity principle*)”¹⁶.

¹⁵ John Rawls, 2006. “*A Theory of Justice, London: Oxford University press*”, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar. Yogyakarta. Hal. 90

¹⁶ Ibid hal 91



John Rawls menegaskan terkait pandangannya terhadap keadilan bahwa “program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan harus memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu pertama, memberikan hak dan kesempatan yang sama bagi setiap orang, dan yang kedua yaitu mampu untuk mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberikan keuntungan yang bersifat timbal balik.”¹⁷

Dalam hal ini penulis menggunakan teori keadilan Jhon Rawls sebagai pisau analisa untuk memecahkan permasalahan yang sedang dihadapi yaitu yang terdapat pada rumusan masalah pertama dan rumusan masalah yang kedua, karena konsep keadilan yang dikemukakan oleh Jhon Rawls menurut pandangan penulis sangat relevan jika dikaitkan dengan isu hukum diatas, terkait dengan pemberian hak asuh anak yang masih dibawah umur terhadap ayah karena ibu yang telah berpindah agama atau murtad. Penulis akan menghubungkan konsep “*original position*” atau yang dikenal dengan istilah “posisi awal” dan konsep (*veil of ignorance*) atau “selubung ketidaktahuan”.

1.7.2. Teori Pengambilan Keputusan

G.R.Terry mengemukakan bahwa pengambilan keputusan adalah “sebagai pemilihan yang didasarkan kriteria tertentu atas dua atau lebih alternatif yang mungkin.”¹⁸

Dasar-dasar dalam pengambilan keputusan yang berlaku berdasarkan G.R. Terry antara lain :

¹⁷ John Rawls, 2006 , *A theory of Justice*, London:Oxford University press, 1973 yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

¹⁸ Syamsi, Ibnu. 2000. *Pengambilan keputusan dan Sistem Informasi*.(Jakarta : Bumi Aksara), hlm 5



a. Intuisi

Keputusan yang diambil berdasarkan intuisi atau perasaan lebih bersifat subjektif yaitu mudah terkena sugesti, pengaruh luar, dan faktor kejiwaan lain.

Sifat subjektif dari keputusan intuitif ini terdapat beberapa keuntungan, yaitu :

- (1) Pengambilan keputusan oleh satu pihak sehingga mudah untuk memutuskan.
- (2) Keputusan intuitif lebih tepat untuk masalah-masalah yang bersifat kemanusiaan.

Pengambilan keputusan yang berdasarkan intuisi membutuhkan waktu yang singkat untuk masalah-masalah yang dampaknya terbatas, pada umumnya pengambilan keputusan yang bersifat intuitif akan memberikan kepuasan. Akan tetapi, pengambilan keputusan ini sulit diukur kebenarannya karena kesulitan mencari pembandingnya dengan kata lain hal ini diakibatkan pengambilan keputusan intuitif hanya diambil oleh satu pihak saja sehingga hal-hal yang lain sering diabaikan.

b. Pengalaman

Dalam hal tersebut, pengalaman memang dapat dijadikan pedoman dalam menyelesaikan masalah. Keputusan yang berdasarkan pengalaman sangat bermanfaat bagi pengetahuan praktis. Pengalaman dan kemampuan untuk memperkirakan apa yang menjadi latar belakang masalah dan bagaimana arah penyelesaiannya sangat membantu dalam memudahkan pemecahan masalah.



c. Fakta

Keputusan yang berdasarkan sejumlah fakta, data atau informasi yang cukup itu memang merupakan keputusan yang baik dan solid, namun untuk mendapatkan informasi yang cukup itu sangat sulit.

d. Wewenang

Keputusan yang berdasarkan pada wewenang semata maka akan menimbulkan sifat rutin dan mengasosiasikan dengan praktik diktatorial.

Keputusan berdasarkan wewenang kadangkala oleh pembuat keputusan sering melewati permasalahan yang seharusnya dipecahkan justru menjadi kabur atau kurang jelas.

e. Rasional

Keputusan yang bersifat rasional berkaitan dengan daya guna. Masalah-masalah yang dihadapi merupakan masalah yang memerlukan pemecahan rasional. Keputusan yang dibuat berdasarkan pertimbangan rasional lebih bersifat objektif. Dalam masyarakat, keputusan yang rasional dapat diukur apabila kepuasan optimal masyarakat dapat terlaksana dalam batas-batas nilai masyarakat yang di akui saat itu¹⁹.

Berdasarkan hal diatas dapat disimpulkan bahwa dalam pengambilan keputusan harus didasarkan pada intuisi, pengalaman, fakta, wewenang dan rasional. Maka dalam hal ini penulis menggunakan teori pengambil keputusan yang dikemukakan oleh G.R.Terry yang akan digunakan sebagai pisau analisa pada rumusan masalah yang kedua, karena penulis akan melihat fakta-fakta, dan

¹⁹ Syamsi, Ibnu. 2000. *Pengambilan keputusan dan Sistem Informasi*. (Jakarta : Bumi Aksara), hlm 16



rasional yang digunakan oleh Hakim dalam memutus perkara sengketa hak asuh anak pada Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor:1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg.

1.7.3. Teori Hukum Progresif

Hukum Progresif merupakan suatu institusi yang bertujuan untuk mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.²⁰ Artinya hukum progresif mengatakan bahwa “hukum itu adalah untuk manusia, pegangan atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam ber hukum, melainkan manusialah yang berada dititik pusat perputaran hukum. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Apabila kita berpegangan pada keyakinan bahwa manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk kedalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum”.²¹

Kedua, Hukum Progresif memiliki tipe responsif. Dalam tipe *Responsive*, hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan diluar narasi tesktual hukum itu sendiri. Tipe *Responsive* menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tidak dapat digugat.²²

Ketiga, Hukum Progresif menolak *Status quo* manakala menimbulkan dekadensi suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan.²³ Mempertahankan status quo memberikan efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa

²⁰ Satjipto Rahardjo. 2009. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*. Yogyakarta. Genta Publishing. Hal. 2

²¹ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, 2007, hal.139

²² Shidarta, *Mochtar Kusumaatmadja dan Teori Hukum Pembangunan: Eksistensi dan Implikasi*, Jakarta: Epistima Institute dan Huma, 2012 hal.35

²³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah sintesa Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2009, hal.18



hukum adalah tolok ukur semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara berhukum yang demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normative dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan atau merumuskan seperti itu kita tidak bisa berbuat banyak, kecuali hukumnya dirubah lebih dahulu.²⁴

Teori Hukum Progresif merupakan bagian dari proses *searching for the truth* (pencari kebenaran) yang tidak pernah berhenti. Satdjipto rahardjo sebagai penggagas hukum progresif mengatakan *rule breaking* sangat penting dalam sistem penegakan hukum. Dalam penegakan hukum hakim dan juga penegakan hukum lainnya, harus berani membebaskan diri dari penggunaan pola baku, dan cara demikian sebenarnya sudah banyak terjadi. ada 3 (tiga cara) untuk melakukan *rule breaking* yang pertama dengan menggunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum dan tidak membiarkan diri terkekang cara lama; yang kedua melakukan pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum; dan ketiga, hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kelompok yang lemah.²⁵

Penulis menggunakan Teori Hukum Progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo sebagai pisau analisa pada rumusan masalah yang pertama dan rumusan masalah yang kedua, karena teori ini menurut penulis sangat relevan dengan isu hukum yang sedang dihadapi dalam putusan pengadilan agama Malang terkait hak asuh anak pasca perceraian dengan ibu yang telah berpindah agama, karena hukum progresif dapat memberikan pemahaman yang seharusnya dilakukan oleh penegak hukum dalam hal ini hakim, dalam menilai permasalahan

²⁴ Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, 2007, hal.143

²⁵ Suteki. 2015. *Masa Depan Hukum Progresif*. Yogyakarta. Thafa media, Hal.38



terkait hak untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur apabila ibu telah berpindah agama pasca perceraian. Karena selama ini ketentuan yang mengatur terkait dengan hak asuh anak apabila ibu berpindah agama belum ada, baik dalam undang-undang maupun dalam Kompilasi Hukum Islam.

1.8. Metode Penelitian

1.8.1. Jenis Penelitian

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif, dalam hal ini penelitian hukum normatif merupakan suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang sedang dihadapi sehingga diperoleh argumentasi, teori dan konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan permasalahan.²⁶ Penulis melakukan penelitian terkait Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor :1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg.

1.8.2. Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan dua pendekatan yaitu *statute approach* atau pendekatan perundang-undangan dan *case approach* atau pendekatan kasus. Pendekatan perundang-undangan yaitu penelitian terhadap produk-produk hukum yang ada hubungannya dengan isu hukum yang diteliti, yaitu penelitian terhadap norma-norma Undang-Undang No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan, Undang-Undang Nomor 35 tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, dan Pasal 105 dan 156 Kompilasi

²⁶Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm 35



Hukum Islam, dan Putusan Pengadilan Agama Malang
1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg”.

Pendekatan kasus dalam penelitian ini dilakukan untuk mengkaji dan menganalisis beberapa kasus yang ada kaitannya dengan isu hukum yang akan diteliti yang sudah memperoleh putusan hukum yang berkekuatan tetap, dan kasus yang digunakan yaitu kasus yang terdapat pada Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor: 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg.

1.8.3. Jenis dan Sumber Bahan Hukum

Dalam penelitian ini akan menggunakan 3 (tiga) bahan hukum yakni bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Bahan hukum primer merupakan “bahan hukum yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas.”²⁷ Adapun bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini antara lain:

1. Undang-Undang Nomor. 35 tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang tercantum pada Pasal 14;
2. Undang-Undang Nomor. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, yang terdapat dalam Pasal 45 dan Pasal 49;
3. Kompilasi Hukum Islam, (Pasal 105 huruf a, Pasal 156, Pasal 116 huruf h, Paal 171) berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991;
4. Kitab Undang-Undang Hukum perdata (KUHPer) Pasal 298 dan Pasal 319;

²⁷Peter Mahmud Marzuki, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, hlm 141



5. Putusan Pengadilan Agama Malang 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg

Bahan Hukum Sekunder merupakan berbagai literatur yang memuat doktrin-doktrin hukum, dan bahan hukum sekunder yang akan digunakan dalam penelitian ini terdiri dari kamus-kamus hukum, jurnal-jurnal hukum terkait dengan permasalahan, buku-buku teks, dan komentar-komentar hukum atas putusan putusan pengadilan.²⁸

Bahan hukum tersier adalah bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan dan pemahaman terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus hukum dan ensiklopedia, abstraksi perundang-undangan, naskah akademik, serta bahan lainnya yang ada kaitannya dengan isu hukum yang sedang dibahas.

1.8.4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum yang dikumpulkan melalui studi kepustakaan (*library study*) atau studi dokumen (*document study*) dengan cara menginventarisasi bahan-bahan hukum yang sesuai dengan isu hukum yang tengah diteliti. Bahan hukum tersebut dipahami dan dianalisis secara mendalam. Selanjutnya hal-hal penting dari proses pemahaman dan analisa tersebut dicatat sesuai dengan kebutuhan dan isu hukum yang dibahas, untuk kemudian disajikan dengan cara memaparkan, menelaah, mensistematisasi, dan menginterpretasi.

²⁸ Ibid



1.8.5. Teknik Analisis Bahan Hukum

Metode analisa bahan hukum yang digunakan adalah metode preskriptif dan metode interpretasi Sistematis. Preskriptif merupakan cara mengungkapkan atas apa yang seharusnya dilakukan terhadap permasalahan yang ada sehingga muncul suatu argumen yang pada akhirnya menjadi solusi atas permasalahan yang ada²⁹. Sedangkan metode interpretasi sistematis merupakan menafsirkan dengan memperhatikan naskah-naskah hukum lain. Jika ditafsirkan adalah Pasal-Pasal suatu Undang-undang, ketentuan yang sama apalagi satu asas dalam peraturan lainnya juga harus dijadikan acuan. Dalam penafsiran ini mencari ketentuan ketentuan yang ada didalamnya saling berhubungan sekaligus apakah hubungan tersebut menentukan makna selajutnya.³⁰

Dalam menganalisis bahan hukum yang telah dikumpulkan baik dari peraturan perundang-undangan, bahan-bahan kepustakaan, jurnal, artikel, dan lainnya, maka disini peneliti akan menguraikan dan menghubungkan sedemikian rupa, sehingga bisa disajikan dalam penulisan yang lebih sistematis dan terencana guna menjawab permasalahan yang telah dirumuskan.³¹ Adapun untuk cara penyajian yang akan digunakan dalam menganalisa bahan hukum yaitu dilakukan dengan cara deduktif, dalam hal ini dengan menarik suatu kesimpulan dari permasalahan yang bersifat umum terhadap permasalahan yang bersifat konkret.

²⁹ Jhony Ibrahim, 2007. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: bayu media

³⁰ Jimly Asshiddiqie. 1997. *Teori & Aliran Penafsiran Hukum Tatanegara*. Jakarta: Ind.Hill.Co; Hal.17-18

³¹ Jhony Ibrahim, 2007. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang: bayu media



1.9. Definisi Konseptual

1. Anak

Anak adalah Seseorang yang belum dewasa dan belum berumur 18 Tahun.

2. Perceraian

Perceraian adalah pengakhiran suatu hubungan perkawinan karena suatu sebab dengan keputusan hakim atas tuntutan dari salah satu pihak atau kedua belah pihak dalam perkawinan.

3. Hak Asuh Anak atau *hadhanah*

Pemeliharaan atau *hadhanah* adalah menjaga dan memelihara anak yang belum mampu untuk merawat dan mengatur dirinya sendiri, serta belum bisa untuk menjaga dirinya dari hal-hal yang dapat membahayakan keselamatan dirinya.

4. Berpindah agama atau Murtad

Murtada atau berpindah agama adalah orang yang telah keluar dari suatu agama yang sudah diikutinya untuk pindah keagama lain atau sama sekali tidak beragama.



1.10. Sistematika Penulisan

Adapun sistematika yang akan dipakai dalam penulisan tesis ini yaitu sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN

Dalam bab ini terdiri dari latar belakang permasalahan, kemudian rumusan masalah, tujuan dari penelitian, manfaat penelitian, kerangka teoritik, metode penelitian, definisi konseptual dan sistematika penulisan.

BAB II KAJIAN PUSTAKA

Pada bab ini terdiri dari konsep umum tentang Perkawinan, dengan sub bab pengertian perkawinan, tujuan perkawinan, Konsep tentang Anak dengan sub bab mengenai pengertian anak dan hak-hak anak, konsep tentang perceraian, alasan-alasan perceraian, Tata cara atau prosedur melakukan perceraian, dan akibat hukum perceraian, Pengertian pemeliharaan anak atau *hadhanah*, syarat pemegang hak *hadhanah*, konsep tentang berpindah agama atau Murtad, dan akibat hukum murtad.

BAB III HASIL DAN PEMBAHASAN

Pada bab ini berisi pembahasan terkait dengan hak Ibu yang telah berpindah agama untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur pasca perceraian jika ditinjau dari Hukum



Nasional yang dikaitkan dengan teori hukum progresif, dan Analisis Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg sudahkah sesuai dengan ketentuan Kompilasi Hukum Islam yang akan disandingkan dengan teori keadilan Jhon Rawls dan teori Hukum Progresif.

BAB IV PENUTUP

Pada bab ini terdiri dari kesimpulan terkait dengan hak ibu yang telah berpindah agama untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur pasca perceraian, kemudian kesesuaian Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg dengan ketentuan Kompilasi Hukum Islam. Pada bab ini juga akan memuat saran yang dalam hal ini saran akan ditujukan bagi hakim, advokad pemerintah dan masyarakat.



BAB II

KAJIAN PUSTAKA

2.1. Tinjauan Umum Tentang Perkawinan

2.1.1. Pengertian Perkawinan

Pengertian perkawinan telah dijelaskan dalam Undang-Undang Perkawinan, yang mana dalam Undang-undang tersebut memberikan pengertian dan ketentuan tentang perkawinan yang berlaku bagi semua warga negara Indonesia, pengertian perkawinan sendiri termuat dalam ketentuan Pasal 1 UU No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan yang menyebutkan bahwa “Perkawinan adalah suatu ikatan lahir batin antara seorang laki-laki dan seorang perempuan sebagai suami istri dengan tujuan untuk membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”¹.

Pengertian mengenai perkawinan sendiri juga telah disebutkan dalam ketentuan Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam buku I hukum perkawinan, yang menyatakan bahwa Perkawinan menurut hukum islam merupakan pernikahan yaitu “akad yang sangat kuat atau *mitssaqan ghalidzan* untuk mentaati perintah allah dan melaksanakannya merupakan ibadah”².

Istilah perkawinan menurut Sajuti Thalib yaitu suatu perjanjian suci untuk membentuk dan membangun sebuah keluarga antara seorang laki-laki dan seorang perempuan. Unsur perjanjian disini yaitu untuk memperlihatkan segi kesenjangan

¹ Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1

² Pasal 2 Kompilasi Hukum Islam



dari perkawinan serta menampakkannya pada masyarakat ramai. Sedangkan sebutan suci untuk pernyataan segi keagamaannya dari suatu perkawinan.³

2.1.2. Tujuan Perkawinan

Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam disebutkan bahwa pernikahan pada hakikatnya bertujuan untuk membangun dan membentuk kehidupan rumah tangga yang *sakinah, mawadah, rahmah*. Sedangkan dalam Undang-Undang perkawinan tujuan dari sebuah perkawinan yaitu “untuk membentuk sebuah keluarga (rumah tangga) yang kekal dan bahagia berdasarkan pada Ketuhanan Yang Maha Esa”⁴.

Pada dasarnya tujuan perkawinan, yaitu untuk memenuhi hajat dan tabiat kemanusiaan, berhubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan guna membangun keluarga yang bahagia dengan dasar cinta dan kasih sayang, untuk mendapatkan keturunan yang sah dalam masyarakat dengan mengikuti ketentuan-ketentuan dalam agama yang dianut.⁵

Ahmad Azhar Basyir menyatakan bahwa tujuan perkawinan dalam Islam adalah “untuk memenuhi tuntutan naluri hidup manusia, berhubungan dengan laki-laki dan perempuan, dalam rangka mewujudkan kebahagiaan keluarga sesuai ajaran Allah dan Rasul-Nya”.⁶

Jadi dapat disimpulkan bahwa tujuan melaksanakan perkawinan yaitu untuk membangun sebuah keluarga yang harmonis, bahagia, dan untuk

³ Sajuti Thalib dalam muhammad Syaifudi, Sri Turatmiyah, dan Annalisa Yahanan. *Hukum Perceraian*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013 hal 2

⁴ Lihat dalam Pasal 1 UU No 1 Tahun 1974 tentang perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1

⁵ Soemiyati dalam muhammad Syaifudi, Sri Turatmiyah, dan Annalisa Yahanan. *Hukum Perceraian*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013 hal 37

⁶ Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Hukum Perkawinan Islam* Yogyakarta: UI Pres hlm. 86



memperoleh seorang keturunan yang kedepannya dapat diharapkan untuk menjadi generasi penerus atau pewaris keluarga.

2.1.3. Syarat-Syarat Perkawinan

Berdasarkan undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan telah disebutkan bahwa syarat-syarat perkawinan meliputi:

1. Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan kedua belah pihak.⁷
2. Harus memperoleh izin dari kedua orang tua, bila mana masing-masing calon mempelai belum mencapai umur 21 Tahun.⁸
3. Dalam Hal kedua orang tua telah meninggal dunia atau tidak mampu untuk menyatakan kehendaknya, maka izin diperoleh dari wali, orang yang memelihara atau keluarga yang mempunyai hubungan darah dalam garis keturunan lurus ke atas selama mereka masih hidup dan dalam keadaan dapat menyatakan kehendaknya.⁹
4. Bagi Pria harus sudah mencapai usia 19 tahun dan wanita berusia 16 tahun, kecuali ada dispensasi oleh pengadilan atau pejabat lain yang ditunjuk oleh orang tua kedua belah pihak.¹⁰

Kemudian jika merujuk dari ketentuan Kompilasi Hukum Islam telah disebutkan bahwa syarat-syarat perkawinan sebagai berikut:

1. Untuk kemaslahatan keluarga dan rumah tangga, perkawinan hanya boleh dilakukan calon mempelai yang telah mencapai umur yang ditetapkan

⁷ Lihat Pasal 6 ayat 1 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

⁸ Lihat Pasal 6 ayat 2 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

⁹ Lihat pasal 6 Ayat 4 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

¹⁰ Lihat Pasal 7 ayat 1 dan 2 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan



dalam Pasal 7 Undang-Undang No.1 tahun 1974 tentang perkawinan yakni untuk calon suami berumur 19 tahun dan calon istri sekurang-kurangnya berumur 16 tahun.¹¹

2. Bagi calon mempelai yang belum mencapai umur 21 tahun harus mendapat izin sebagaimana telah diatur dalam Pasal 6 ayat (2),(3), (4) dan (5) Undang-Undang Nomor.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.¹²
3. Perkawinan harus didasarkan atas persetujuan calon mempelai.¹³
4. Setiap perkawinan harus disaksikan oleh dua orang saksi.¹⁴
5. Calon mempelai pria wajib membayar mahar kepada calon mempelai wanita yang jumlah dan bentuk dan jenisnya disepakati kedua belah pihak.¹⁵

Terkait dengan syarat-syarat perkawinan juga telah disebutkan di dalam Kitab Hukum Perdata (KUHPer) berikut penulis paparkan beberapa syarat-syarat yang harus dipenuhi didalam perkawinan:

1. Seseorang jejak yang belum mencapai umur delapan belas tahun, sepertipun seorang gadis yang belum mencapai umur 15 tahun, tak diperbolehkan mengikat dirinya dalam perkawinan.¹⁶
2. Untuk mengikat diri dalam perkawinan, anak-anak kawin yang belum dewasa harus memperoleh izin dari kedua orang tua mereka.¹⁷

¹¹ Lihat Pasal 15 Ayat 1 Kompilasi Hukum Islam

¹² Lihat Pasal 15 Ayat 2 kompilasi Hukum Islam

¹³ Lihat Pasal 16 Ayat 1 Kompilasi Hukum Islam

¹⁴ Lihat Pasal 24 Ayat 2 kompilasi Hukum Islam

¹⁵ Lihat Pasal 30 Kompilasi Hukum Islam

¹⁶ Lihat Pasal 29 KUHPerdata

¹⁷ Lihat Pasal 35 KUHPerdata

3. Perkawinan dilarang antara mereka, yang mana yang satu dengan yang lain bertalian keluarga dalam garis lurus keatas dan ke bawah, baik karena kelahiran yang sah, maupun tak sah, atau karena perkawinan; dan dalam garis menyimpang antara saudara laki-laki dan saudara perempuan, sah atau tak sah.¹⁸

Dari ketentuan diatas baik dalam Kompilasi Hukum Islam, Undang-Undang Perkawinan maupun KUHperdata tidak banyak perbedaan terkait dengan syarat melakukan perkawinan. Dalam hal ini yang membedakan terkait dengan batasan umur untuk melaksanakan perkawinan yang mana jika dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam batasan umur untuk menikah untuk laki-laki 19 tahun dan untuk perempuan berumur 16 tahun, berbeda dengan ketentuan yang disebutkan didalam KUHperdata, bahwa batasan umur untuk laki-laki untuk menikah minimal berumur 18 tahun sedangkan wanita berumur 15 tahun.

4.2. Tinjauan Umum tentang Perceraian

4.2.1. Pengertian Perceraian

Kata “cerai” menurut kamus besar Bahasa Indonesia yang berarti: pisah, putus hubungan sebagai suami istri, talak. Kemudian, kata “perceraian” mengandung arti: perpisahan, perihal bercerai (antara suami istri), perpecahan. Adapun kata “bercerai” berarti: tidak bercampur (berhubungan, bersatu) lagi, berhenti berlaki-bini (suami istri).¹⁹

¹⁸ Lihat Pasal 30 KUHPerdata
¹⁹ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Kedua*, (Jakarta: Balai Pustaka, 1997), hlm. 185.





Pengertian perceraian dapat ditemukan dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata yang mana dalam KUHPer disebutkan bahwa "Perceraian merupakan penghapusan perkawinan dengan putusan hakim, atas tuntutan dari salah satu pihak dalam perkawinan itu berdasarkan atas alasan-alasan yang tersebut dalam undang-undang".²⁰

P.N.H. Simanjuntak mengartikan perceraian merupakan pengakhiran suatu perkawinan karena suatu sebab dengan keputusan hakim atas tuntutan dari salah satu pihak dan kedua belah pihak dalam perkawinan.²¹ Menurut Subekti, perceraian ialah penghapusan perkawinan dengan putusan hakim, atau tuntutan salah satu pihak dalam perkawinan itu.²²

Pengertian perceraian dalam Kompilasi Hukum Islam ditegaskan dalam Pasal 117 yang menyatakan bahwa "perceraian adalah ikrar suami dihadapkan disidang pengadilan agama yang menjadi salah satu sebab putusnya perkawinan".²³

2.2.2. Alasan-Alasan Hukum Perceraian

Hakikatnya perceraian merupakan perbuatan yang tercela dan dibenci oleh Tuhan, namun hukum membolehkan suami atau istri melakukan perceraian jika perkawinan mereka sudah tidak bisa untuk dipertahankan lagi.

Perceraian harus disertai dengan alasan-alasan hukum sebagai mana disebutkan dalam ketentuan Pasal 19 Peraturan Pemerintah Nomor 1975 tentang

²⁰ Pasal 207 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer)

²¹ P.N.H. Simanjuntak, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Pustaka Djambatan 2007, hal 53

²² Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: Intermasa, 1985), hlm. 23.

²³ Pasal 117 Kompilasi Hukum Islam



Peraturan Pelaksana UU Nomor. 1 Tahun 1974 bahwa “Perceraian dapat terjadi dengan alasan: 1). Salah satu pihak melakukan zina atau menjadi seorang pemabuk, pemadat, penjudi, dan lain sebagainya yang sukar untuk disembuhkan; 2). Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin dari pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain diluar kemampuannya; 3). Salah satu pihak mendapatkan hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung; 4). Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak yang lain; 5). Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami/isteri; 6). Antara suami dan isteri terus-menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga”²⁴.

Sedangkan ketentuan Pasal 116 Kompilasi Hukum Islam menyebutkan bahwa “Perceraian dapat terjadi karena alasan-alasan: 1). Salah satu pihak berbuat zina atau menjadi pemabuk, pemadat, penjudi dan lain sebagainya yang sukar untuk disembuhkan; 2). Salah satu pihak meninggalkan pihak lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain diluar kemampuannya; 3). Salah satu pihak mendapat hukuman penjara 5 (lima) tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung; 4). Salah satu pihak melakukan kekejaman atau penganiayaan berat yang membahayakan pihak lain; 5). Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami atau isteri; 6). Antara suami dan isteri terus menerus terjadi perselisihan dan

²⁴ Pasal 19 Peraturan Pemerintah Nomor 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan



pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangga; 7). Suami melanggar taklik talak; 8). Peralihan agama atau murtad yang menyebabkan terjadinya ketidak rukunan dalam rumah tangga²⁵.

Pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata disebutkan dalam ketentuan Pasal 209 KUHPer alasan-alasan yang dapat mengakibatkan perceraian adalah sebagai berikut: 1. Zinah, 2. meninggalkan tempat tinggal bersama dengan itikad jahad, 3. penghukuman dengan hukuman penjara lima tahun lamanya atau dengan hukuman yang lebih berat, yang diucapkan setelah perkawinan, 4. melukai berat atau menganiaya, dilakukan oleh sisuami atau si istri terhadap istri atau suaminya, yang demikian, sehingga membahayakan jiwa pihak yang dilukai atau dianiaya, atau sehingga mengakibatkan luka-luka yang membahayakan.²⁶

Jadi dapat disimpulkan bahwa alasan hukum yang digunakan untuk melakukan perceraian yang disebutkan pada ketentuan undang-undang perkawinan sama dengan yang disebutkan pada ketentuan yang ada pada Kompilasi Hukum Islam, Namun di dalam Kompilasi hukum Islam sendiri terdapat 2 alasan Hukum perceraian yang tidak terdapat pada undang-undang perkawinan yaitu suami melanggar taklik talak dan karena salah satu sudah berpindah agama atau murtad yang menyebabkan ketidak rukunan dalam rumah tangga.

2.2.3. Prosedur atau Tata Cara Melakukan Perceraian

Baik dalam Undang-undang maupun dalam hukum agama pada dasarnya perceraian tidak dianjurkan untuk dilakukan. Tetapi karena suatu hal

²⁵ Pasal 116 Kompilasi Hukum Islam

²⁶ Lihat Pasal 209 KUHPerdata



permasalahan yang menerpa hubungan pernikahannya tidak sedikit pasangan suami istri dalam menyelesaikan masalahnya dengan memilih jalan berpisah atau bercerai. Adapun tata cara dan prosedur perceraian sebagai berikut:

a. Tahap Mengajukan Gugatan Perceraian Kepengadilan

Berdasarkan ketentuan Pasal 66 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang menyebutkan bahwa “ seorang suami yang beragama islam yang akan menceraikan istrinya mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk mengadakan sidang guna ikrar talak”²⁷. Sedangkan dalam ketentuan Pasal 14 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang menyatakan bahwa “Seorang suami yang telah melangsungkan perkawinan menurut agama Islam yang akan menceraikan istrinya , mengajukan surat kepada Pengadilan tempat tinggalnya, yang berisi pemberitahuan bahwa ia bermaksud menceraikan isterinya disertai dengan alasan-alasannya serta meminta kepada Pengadilan agar diadakan sidang untuk keperluan itu”²⁸.

Jika melihat dari ketentuan diatas sudah jelas bahwa untuk melakukan perceraian harus dilakukan di Pengadilan dalam hal ini Pengadilan bagi orang yang beragam Islam dilakukan di Pengadilan Agama sedangkan bagi orang yang Non Muslim ketika akan mengajukan perceraian harus diajukan ke Pengadilan Negeri dimana yang bersengkutan Tinggal.

Berdasarkan pada ketentuan Pasal 20 Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang

²⁷ Pasal 66 Undang-Undang Nomor. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama

²⁸ Pasal 14 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Perkawinan disebutkan bahwa “gugatan perceraian diajukan oleh suami atau isteri atau kuasanya kepada Pengadilan yang daerah hukumnya meliputi tempat kediaman tergugat. dalam hal tempat kediaman tergugat tidak jelas atau tidak diketahui atau tidak mempunyai tempat kediaman yang tetap, gugatan perceraian diajukan kepada Pengadilan ditempat kediaman penggugat. sedangkan apabila tergugat bertempat tinggal kediaman di Luar Negeri, gugatan perceraian diajukan kepada Pengadilan ditempat kediaman Penggugat. Ketua Pengadilan menyampaikan permohonan tersebut melalui perwakilan Republik Indonesia setempat”²⁹. Kemudian hal yang dapat mengakibatkan penggugat bisa mengajukan gugatan perceraianya di Pengadilan dimana penggugat tinggal, yaitu karena tergugat telah meninggalkan pihak penggugat selama dua tahun berturut-turut tanpa izin dari penggugat dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain diluar kemampuannya³⁰.

b. Tahap Pemeriksaan Gugatan Percerian Oleh Hakim

Terkait dengan pemeriksaan yang dilakukan oleh hakim setelah penggugat mengajukan gugatannya di Pengadilan berdasarkan ketentuan Pasal 29 Ayat 1 disebutkan bahwa “pemeriksaan gugatan perceraian dilakukan oleh hakim selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari setelah diterimanya berkas/surat gugatan perceraian”³¹. Selain itu dalam peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan juga mengatur terkait keadaan dimana apabila salah satu pihak jika

²⁹ Pasal 20 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
³⁰ lihat Pasal 21 ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
³¹ Pasal 29 ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan





berkediaman di Luar Negeri, yang mana hal tersebut termuat dalam ketentuan Pasal 29 ayat 3 yang menyatakan bahwa “apabila pihak tergugat berada ditempat kediamannya di Luar Negeri sidang pemeriksaan gugatan perceraian ditetapkan sekurang-kurangnya 6 (enam) bulan terhitung sejak dimasukkannya gugatan perceraian pada Kepaniteraan”³².

c. Tahap Persidangan

1). Melakukan Upaya Perdamaian

Berdasarkan ketentuan Pasal 31 Peraturan Pemerintah No 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan bahwa “Pada pemeriksaan sidang pertama hakim harus berusaha mendamaikan kedua belah pihak”³³, dan apabila tercapai perdamaian, maka tidak dapat diajukan gugatan perceraian baru erdasarkan alasan-alasan yang ada sebelum perdamaian dan telah diketahui oleh penggugat pada waktu dicapainya perdamaian, sedangkan apabila tidak dapat dicapai perdamaian pemeriksaan gugatan perceraian dilakukan dalam sidang tertutup.

2). Putusan Perceraian

Merujuk pada ketentuan Pasal 34 Peraturan Pemerintah No 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan bahwa “Putusan mengenai gugatan perceraian diucapkan dalam sidang terbuka”³⁴. Kemudian dalam Pasal 35 ayat 1 menyatakan bahwa “Panitera pengadilan atau pejabat pengadilan yang ditunjuk berkewajiban

³² Pasal 29 ayat 3 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

³³ Pasal 31 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

³⁴ Pasal 34 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan



41

mengirimkan satu helai salinan putusan Pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap yang telah dikukuhkan, tanpa bermaterai kepada Pegawai pencatat di Tempat perceraian itu terjadi, dan pegawai pencatat mendaftarkan putusan perceraian dalam sebuah daftar yang diperuntukkan”³⁵. Panitera Pengadilan Agama selambat-lambatnya 7 (tujuh) hari setelah perceraian diputuskan menyampaikan putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap itu kepada Pengadilan Negeri untuk dikukuhkan, dan pengukuhan dilakukan dengan membubuhkan kata-kata “dikukuhkan” dan ditandatangani oleh hakim Pengadilan Negeri dan dibubuhi cap dinas pada putusan tersebut, setelah dikukuhkan maka Panitera Pengadilan Negeri harus menyampaikan kembali putusan kepada Pengadilan Agama, dan batas waktu penyampaian selambat-lambatnya tujuh hari setelah putusan diterima dari Pengadilan Agama³⁶.

2.2.4. Akibat Hukum Perceraian

Putusnya perkawinan tentu akan membawa banyak dampak baik dampak bagi pihak-pihak yang bercerai maupun bagi anak-anaknya. beberapa akibat perceraian menurut Kompilasi Hukum Islam; berdasarkan ketentuan Pasal 105 KHI menyebutkan bahwa “dalam hal terjadinya perceraian : 1). Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya; 2). Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih

³⁵ Pasal 35 Ayat 1 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

³⁶ Pasal 36 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan



diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya; 3). biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya”³⁷.

Sedangkan pada ketentuan 156 Kompilasi Hukum Islam, menyebutkan bahwa “Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah: a). Anak yang belum mumayyiz berhak mendapatkan *hadhanah* dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: pertama, wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; Kedua, Ayah; Ketiga, Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; Keempat, Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; Kelima, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. b). Anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya; c). Apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula; d). Semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun) e). Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), dan (d); dan f). Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya”³⁸.

³⁷ Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam

³⁸ Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam



Akibat hukum terhadap anak dari perceraian dapat dilihat pada ketentuan yang termuat dalam Undang-undang perkawinan yaitu didalam Pasal 49 yang disebutkan bahwa “Perkawinan dapat putus karena: a. Kematian, b. Perceraian dan c. atas keputusan Pengadilan. Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah: 1). 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. 2). Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilaman bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa ikut memikul biaya tersebut. 3). Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isteri”.³⁹

2.3. Tinjauan Umum tentang Anak

2.3.1. Pengertian anak

Definisi tentang anak dapat ditemukan didalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang perlindungan Anak yang tercantum dalam ketentuan Pasal 1 butir (1) bahwa yang dimaksud “anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan”⁴⁰.

Sedangkan dalam Undang-undang Hak Asasi Manusia bahwa yang dimaksud “anak adalah setiap manusia yang berusia dibawah 18 (delapan belas)

³⁹ Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1

⁴⁰ Pasal 1 butir 1 UU No. 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas UU No.23 Tahun 2002 Tentang perlindungan Anak Lembaran-Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297



tahun dan belum menikah, termasuk anak yang masih dalam kandungan apabila hal tersebut adalah demi kepentingannya”⁴¹.

Menurut R.A Koesno, yang dimaksud anak adalah manusia yang masih muda dalam umur, muda jiwa dan pengalaman hidupnya karena lingkungan sekitar. Shanty Dellyana berpendapat bahwa anak adalah seseorang yang belum mencapai dewasa dan yang menjadi dewasa karena peraturan tertentu.⁴²

Menurut Subhan Husain Albari anak adalah penerus cita-cita perjuangan bangsa, selain sebagai amanah dari Allah Swt anak juga merupakan cikal bakal yang akan memelihara, mempertahankan dan membangkitkan hasil pembangunan demi kebahagiaan dunia dan akhirat.⁴³

Definisi mengenai anak yang sudah ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan berbeda dengan definisi anak berdasarkan hukum islam. Bahwa hukum islam sendiri dalam penentuan seseorang dikatakan masih anak atau sudah dewasa bukan dari usia anak tersebut. Hal ini karena masing-masing dari anak memiliki perbedaan usia dalam mencapai tingkat kedewasaan.⁴⁴ Namun jika merujuk pada ketentuan Kompilasi Hukum Islam bahwa “batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 (dua puluh satu tahun)”⁴⁵.

Berkaitan dengan batasan anak yang disebutkan dalam berbagai perundang-undangan di Indonesia berbeda-beda maka penulis disini menggunakan batasan anak yang disebutkan dalam Undang-Undang perlindungan Anak, bahwa “anak

⁴¹ lihat Pasal 1 Butir (5) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165

⁴² Shanty dellyana, *Wanita dan Anak di Mata Hukum*, (Yogyakarta, Liberty, 1990), Hal.50

⁴³ Subhan Husain Allbari, *Agar Anak Rajin Shalat* (Yogyakarta: Diva Press. 2011), hlm 1

⁴⁴ Marliana, *Peradilan Pidanan Anak Indonesia: Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*, (Bandung: Reika Aditama, 2012), hlm:32.

⁴⁵ lihat Pasal 98 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam



yang dimaksudkan adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan”⁴⁶

2.3.2. Hak-Hak Anak

Jika merujuk pada ketentuan Pasal 1 butir 12 Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak yang dimaksud dengan “Hak Anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh Orang Tua, Keluarga, masyarakat, negara, pemerintah, dan pemerintah daerah”⁴⁷

Berikut ini adalah hak-hak anak yang diatur Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas undang-undang No 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, hak-hak tersebut antara lain:

- 1). Hak Untuk Hidup bahwa “Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi”⁴⁸
- 2). Hak Untuk memiliki identitas bahwa “Setiap anak juga berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewarganegaraan”⁴⁹.
- 3). Hak untuk Beribadah bahwa “Setiap Anak juga berhak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir, dan berekspresi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya dalam bimbingan Orang Tua atau Wali”⁵⁰.
- 4). Hak untuk dirawat bahwa “Setiap

⁴⁶ Lihat Pasal 1 angka 1 UU NO. 35 Tahun 2014 perubahan atas UU No. 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁴⁷ Pasal 1 angka 12 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas undang-undang nomor 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁴⁸ Pasal 4 UU No 35 Tahun 2014 perubahan atas undang-undang nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁴⁹ Pasal 5 UU No 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁵⁰ Pasal 6 UU No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297



anak berhak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan, dan diasuh oleh orang tuanya sendiri”⁵¹ 5). Hak mendapatkan Kesehatan bahwa ”Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual, dan sosial”⁵². 6). Hak memperoleh pendidikan bahwa” Setiap Anak berhak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakat”⁵³. dan 7). Hak untuk memperoleh pengasuhan dari orang tuanya bahwa “setiap Anak berhak untuk diasuh oleh Orang Tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi Anak dan merupakan pertimbangan terakhir”⁵⁴.

Sedangkan berdasarkan Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia yang tercantum dalam ketentuan dalam Pasal 52 sampai dengan Pasal 66 pada Bab III disebutkan bahwa “hak-hak anak, meliputi:1). Hak atas perlindungan; 2). Hak untuk hidup, mempertahankan hidup, dan meningkatkan taraf kehidupannya. 3). Hak atas suatu nama dan status kewarganegaraan. 4). Bagi anak yang cacat fisik dan atau mental hak: (a) memperoleh perawatan, pendidikan, pelatihan, dan bantuan khusus. (b) untuk menjamin kehidupannya sesuai dengan martabat kemanusiaan, (c) berpartisipasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, 5). Hak untuk beribadah menurut

⁵¹ Pasal 7 UU No.35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁵² Pasal 8 UU No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁵³ Pasal 9 UU 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁵⁴ Pasal 14 UU 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297



47
 agamanya. 6) Hak untuk dibesarkan, dipelihara, dirawat, dididik, diarahkan, dan dibimbing. 7) Hak untuk mendapatkan perlindungan hukum. 8) Hak memperoleh pendidikan dan pengajaran. 9) Hak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial. 10) Hak untuk tidak dirampas kebebasannya secara melawan hukum”

2.4. Tinjauan Umum tentang Pemeliharaan Anak atau *Hadhanah*

2.4.1. Pengertian Pemeliharaan anak atau *Hadhanah*

Pemeliharaan anak atau *hadhanah* secara etimologi kata *hadhanah* (*al-hadanah*) yang berarti “*al-janb*” yang memiliki arti disamping atau berada dibawah ketiak”, atau dapat bermakna meletakkan sesuatu dekat dalam pangkuan. bahwa maksudnya ialah mendidik dan merawat seseorang yang belum *mumayyiz* atau belum bisa untuk membedakan hal yang baik dan buruk karena mereka tidak bisa mengerjakan keperluannya sendiri.

Secara terminologi *hadhanah* menurut Zahabi adalah melayani anak kecil untuk merawat, mendidik dan memperbaiki kepribadiannya oleh orang-orang yang berhak untuk mendidiknya pada usia tertentu yang ia tidak sanggup untuk melakukannya sendiri.⁵⁵

Hadhanah merupakan pemeliharaan anak laki-laki atau perempuan yang mmasih kecil atau anak yang dungu yang tidak dapat membedakan sesuatu dan belum dapat berdiri sendiri, menjaga kepentingan anak, melindunginya dari segala yang membahayakan dirinya, mendidik jasmani dan rohani serta akal nya agar anak bisa berkembang dan dapat mengatasi persoalan hidup yang akan dihadapinya.⁵⁶

⁵⁵ Andi Syamsyu Alam dan M. Fauzan. *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*. Kencana, Jakarta, 2008. hal 114

⁵⁶ Hamdani, *Risalah Nikah Perkawinan Islam*. Jakarta: Pustaka Amani, 1989 hal.260.



Terkait dengan pengertian pemeliharaan anak atau *hadhanah* dalam Undang-undang perlindungan anak disebut dengan istilah Kuasa Asuh yang mana dalam hal ini termuat dalam ketentuan Pasal 1 butir 11 Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak yang menyatakan bahwa “kuasa asuh merupakan kekuasaan Orang Tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuh kembangkan Anak sesuai dengan agama yang diamutnya dan sesuai dengan kemampuan, bakat, serta minatnya”⁵⁷. Jadi pada intinya pemeliharaan terhadap anak dapat dilakukan oleh kedua orang tuanya yaitu bapak maupun ibu.

2.4.2. Syarat bagi pemegang hak *hadhanah*

Hadhanah berlaku antara dua unsur yang menjadi rukun dalam hukumnya, yaitu orang tua yang mengasuh yang biasa disebut *hadhin* dan anak yang diasuh disebut *mahdhun*. Keduanya harus memenuhi syarat yang telah ditentukan untuk wajib dan sahnya tugas pengasuhan tersebut⁵⁸.

Secara teoritis Hukum Islam mengemukakan terdapat beberapa syarat yang terkait dengan pengasuhan anak yang harus dimiliki pengasuhannya, baik wanita maupun pria. Syarat-syarat itu dibagi ulama fikih menjadi kedalam tiga kelompok, yaitu pertama syarat umum untuk pengasuh wanita, syarat khusus untuk wanita, dan syarat khusus untuk pria.

1). Syarat Umum bagi pengasuh wanita dan pria

a). Baligh (dewasa)

⁵⁷ lihat Pasal 1 angka 11 Undang-Undang Nomor 35 tahun 2014 tentang perubahan atas undang-undang nomor 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

⁵⁸ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang*, (Jakarta: Kencana, 2007), hlm. 328



b). Berakal, ulama Mahzab Maliki menambahkannya dengan cerdas, dan ulama Mahzab Hambali menambahkan bahwa pengasuh tidak menderita penyakit yang berbahaya/ menular.

c). Memiliki kemampuan dalam mengasuh, merawat dan mendidik anak.

d). Dapat dipercaya dalam memegang amanah dan berakhlak baik.

e). Beragama Islam.⁵⁹

2). Syarat Khusus bagi Pengasuh Wanita

Menurut para ahli fikih syarat khusus bagi pengasuh wanita antara lain:

a). Wanita pengasuh tidak mempunyai seorang suami atau wanita tersebut belum kawin setelah dicerai suaminya.

b). Wanita pengasuh merupakan mahram (haram dinikahi *Mahram dan Muhrim*) anak, seperti ibu, saudara perempuan ibu dan nenek.

c). Menurut ulama Mahzab Maliki, pengasuh tidak boleh mengasuh anak tersebut dengan sikap yang tidak baik, seperti marah dan membenci anak itu.

d). Ulama Mahzab Syafi'i dan Mazhab Hambali menambahkan syarat, apabila anak asuh masih dalam usia menyusui pada pengasuhannya, tetapi ternyata air susunya tidak ada atau dia tidak mau untuk menyusukan anak itu, maka dia tidak berhak untuk menjadi pengasuh.

3). Syarat Khusus bagi Seorang Laki-Laki

Apabila anak kecil tersebut tidak memiliki pengasuh seorang wanita, maka pengasuhannya dapat dilakukan oleh kaum pria, selagi ia memiliki syarat-syarat antara lain:

⁵⁹ Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*, Jakarta: Kencana, 2008, hal. 122



a). Jika pengasuhnya muhrim

Para fukaha membolehkan untuk melakukan *hadhanah* bagi wanita oleh pria yang muhrim baginya, baik anak tersebut masih kecil, disenangi atau tidak disenangi laki-laki pengasuh dibolehkan, ketika sudah tidak ada perempuan yang memiliki hak untuk melakukan *hadhanah* baginya, atau mungkin ada tetapi tidak memenuhi kualifikasi *hadhanah*.

b). Pengasuh non muhrim

Jika ada orang yang bukan muhrim bagi anak, maka itu diperbolehkan dengan syarat pengasuh tersebut memenuhi kualifikasi *hadhanah*, yakni ada wanita bersama laki-laki tersebut yang ikut membantu memelihara anak tersebut.⁶⁰

Untuk kepentingan anak dan pemeliharaannya diperlukan syarat-syarat bagi orang yang memiliki hak asuh anak adalah sebagai berikut:

1. Tidak terikat dengan suatu pekerjaan yang menyebabkan ia tidak melakukan *hadhanah* dengan baik, seperti *hadhanah* terikat dengan pekerjaan yang berjauhan tempatnya dengan tempat si anak, atau hampir seluruh waktunya dihabiskan untuk bekerja;
2. Hendaklah ia orang yang mukallaf, yaitu telah balig, berakal dan tidak terganggu ingatannya. *Hadhanah* adalah suatu pekerjaan yang penuh dengan tanggung jawab, sedangkan orang yang bukan mukallaf adalah orang yang tidak dapat mempertanggung jawabkan perbuatannya.
3. Hendaklah mempunyai kemampuan melakukan *hadhanah*

⁶⁰ Andi Syamsyu Alam dan M. Fauzan. 2008. *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*. Kencana, Jakarta hal. 124



4. Hendaklah dapat menjamin pemeliharaan dan pendidikan anak, terutama yang berhubungan dengan budi pekerti. Orang yang dapat merusak budi pekerti anak, seperti pezina, pencuri, tidaklah pantas melakukan *hadhanah*.
5. Hendaklah *hadinah* tidak bersuamikan laki-laki yang tidak ada hubungan mahram dengan si anak. Jika ia kawin dengan laki-laki yang ada hubungan mahram dengan si anak, maka wanita tersebut berhak melaksanakan *hadhanah* seperti ia kawin dengan paman si anak dan sebagainya;
6. *Hadinah* hendaklah orang yang tidak membenci si anak. Jika ia membenci si anak dikhawatirkan anak berada dalam kesengsaraan.⁶¹

Persamaan agama tidaklah menjadi syarat bagi *hadinah* kecuali jika dikhawatirkan ia akan memalingkan si anak dari agama Islam. Sebab yang penting dalam *hadhanah* adalah *hadinah* mempunyai rasa cinta dan kasih sayang kepada anak serta bersedia memelihara anak sebaik-baiknya.⁶²

2.5. Tinjauan Umum tentang Berpindah Agama atau Murtad

2.5.1. Pengertian Berpindah Agama atau Murtad

Murtad dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia adalah berbalik ke belakang, berbalik kafir, membuang iman, berganti menjadi ingkar.⁶³ Murtad atau *riddah* berarti berbalik atau kembali, yakni keluar dari agama Islam dan kembali kepada kekafiran dengan niat, perkataan, atau perbuatan, yang menjadikan seseorang kafir atau tidak beragama lagi. Pengertian ini mencakup keluar dari iman dan kembali ke kafir, baik iman itu didahului kekafiran (seperti orang kafir

⁶¹ Abd. Rahman Ghazali, *Fiqh Munakahat*, Kencana, Jakarta, 2006. hlm. 181.

⁶² Ibid 182

⁶³ Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 2005, hal. 257.



beriman dan kembali kafir lagi) maupun tidak didahului kekafiran. Kedua bentuk ini disebut murtad *millah* (agama) atau murtad fitri (alami).⁶⁴

Murtad adalah orang yang melakukan *riddah*, yaitu orang yang keluar dari agama (Islam) yang dianutnya kemudian pindah (memeluk) agama lain atau sama sekali tidak beragama.⁶⁵ Murtad adalah orang yang keluar dari agama Islam kembali kepada ke kufuran, atau mengikari semua ajaran Islam baik dalam keyakinan, ucapan atau perbuatan.⁶⁶

2.5.2. Akibat Hukum Berpindah Agama atau Murtad

Terdapat beberapa akibat hukum jika seseorang Murtad:

a. Terhalangnya Hak untuk Mewarisi dan di Warisi

Seseorang yang murtad tidak bisa menjadi ahli warisnya orang muslim begitu sebaliknya. Hal ini didasarkan padarujukan Hadist Nabi Muhammad SAW yang hadistnya diriwayatkan oleh usamah bin Zaid yaitu:

لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ

Artinya: “Tidak boleh orang Muslim mewarisi harta orang kafir, dan tidak boleh orang kafir mewarisi harta orang Muslim” [Hadits Riwayat Bukhari 6/2484]⁶⁷

Rabia’ah ibnu Abdul Azia mengatakan bahwa “jika seorang muslim telah murtad maka hartanya tidak bisa diwariskan kepada ahli warisnya yang muslim.

Oleh karena itu hartanya menjadi hak umat Islam di tempatkan di baitul mal”.⁶⁸

⁶⁴ Nina Armando, dkk., *Ensiklopedi Islam*, Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 2005, hal. 116.

⁶⁵ Tim Penulis IAIN Syarif Hidayatullah (ed.), *Ensiklopedi Islam Indonesia*, Jakarta: Djambatan, 2002, hal. 794

⁶⁶ Abu Bakar Jabir Al-Jazairi, *Ensiklopedi Muslim (Minhajul Muslim)*, diterjemahkan Oleh Fadhli Bahri, cet. 2, Jakarta, 2001, hlm. 703.

⁶⁷ <https://almanhaj.or.id/2020-orang-yang-tidak-berhak-mendapat-harta-waris.html>, dikases 23 April 2018

⁶⁸ Rahman I. Doi, Abdur. *Hudud dan kewarisan*, Cet.1, (Jakarta:PT, Raja Grafindo Persada, 1996, Hlm.204

Terkait dengan kewarisan juga telah diatur dalam ketentuan Pasal 171 Kompilasi Hukum Islam jika melihat pada ketentuan umum huruf b disebutkan bahwa pewaris merupakan “orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan”. Kemudian pada ketentuan huruf c Pasal 171 KHI disebutkan bahwa Ahli waris merupakan orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris. Dalam hal ini maka jika orang murtad atau berpindah agama tentu sudah tidak lagi beragama islam sehingga dia tidak bisa menjadi pewaris maupun ahli waris bagi orang yang beragama islam.

b. Status Perkawinannya Menjadi Batal (*Fasakh*)

Berdasarkan Pandangan para ahli hukum fikih Islam, bahwa apabila dalam suatu perkawinan, salah satu pihak dari suami atau istri berpindah agama/murtad, yaitu keluar dari agama islam kepada agama selain agama islam, maka perkawinannya menjadi fasakh (batal) dan keduanya harus segera dipisahkan. hal ini Seperti yang diungkapkan oleh sayid sabiq dalam bukunya tentang “*fikih sunnah*”, yang menyebutkan bahwa perkawinan dapat menjadi *fasakh* karena disebabkan oleh dua hal yaitu:

1. Apabila salah seorang dari suami atau istri murtad dari islam dan tidak mau kembali sama sekali, maka akadnya *fasakh*/batal.
2. Apabila suami yang tadinya kafir masuk islam, tetapi isteri tetap dalam kekafirannya maka akadnya *fasakh*/batal.⁶⁹

⁶⁹ Sayid sabiq, *Fikih Sunnah* (Bandung, PT, al-Ma'arif, jilid VIII, 1980 cet.1 hlm.133



Terkait hal tersebut disebutkan Al-Imam Muhammad ibn Idris asy-Syafi'i dalam Kitab al-Umm, J.6, h.160, yang menjelaskan terkait dengan keadaan/hukum seorang yang murtad dan istri seorang yang murtad.

Hal tersebut menyatakan bahwa “Jika seseorang menjadi murtad/keluar dari Islam dan ia memiliki istri, atau jika seorang perempuan keluar dari Islam dan ia memiliki seorang suami; maka pasangan ini menjadi terpisahkan (artinya secara otomatis menjadi rusak tali pernikahannya). Dan bila yang murtad ini kembali masuk Islam sebelum habis masa iddah istrinya (yaitu 3 kali suci) maka keduanya kembali menjadi pasangan suami istri (tanpa harus membuat akad nikah yang baru). Namun bila salah satunya belum masuk Islam kembali hingga habis masa iddah si istri (yaitu 3 kali suci); maka terpisahlah antara pasangan suami istri ini, dan pisah di sini karena rusak (tali pernikahannya) bukan karena talaq/cera’i”.

(Penjelasan; Bila salah satunya masuk Islam kembali setelah habis masa iddah lalu hendak membangun rumah tangga kembali maka harus membuat akad nikah yang baru).⁷⁰ Sedangkan pada ketentuan Pasal 116 huruf h Kompilasi Hukum Islam disebutkan jika murtadnya seseorang dapat dijadikan alasan hukum untuk seseorang melakukan perceraian.

⁷⁰<http://aliyfaizal.blogspot.co.id/2013/05/penjelasan-tentang-riddah-keluar-dari-islam-dari-berbagai-kitab-para-ulama-4-madzhab.html?m=1> diakses tanggal 23 April 2018





BAB III

HASIL DAN PEMBAHASAN

3.1. Hak Asuh Anak Pasca Perceraian dari Ibu yang Telah Berpindah Agama ditinjau dari Hukum Nasional

Hak asuh anak merupakan permasalahan yang sering dihadapi oleh mantan pasangan suami-istri yang sudah berpisah atau bercerai, karena pada dasarnya sudah pasti setiap orang tua menginginkan anaknya untuk diasuh dan dirawat sendiri pasca perceraian. Selain itu setiap orang tua pada dasarnya ingin terus bersama dengan anak-anaknya. Dalam hal ini penulis akan memaparkan hak asuh anak pasca perceraian berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI), Undang-Undang Perkawinan, Undang-undang Perlindungan Anak dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHper).

3.1.1. Hak Asuh Anak Pasca Perceraian Menurut Kompilasi Hukum Islam

Berdasarkan Ketentuan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam “ Dalam hal terjadinya perceraian : a. Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya; b. Pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaanya; c. biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya”¹.

Dari ketentuan Kompilasi Hukum Islam tersebut bahwa pemeliharaan anak akibat perceraian yang masih belum *mumayyiz* atau yang masih di bawah umur maka hak asuhnya jatuh kepada ibunya. Namun apabila anak sudah *mummayyiz*

¹ Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam



hak asuh anak dikembalikan kepada anak itu sendiri untuk memilih antara ayah atau memilih ibunya, Kompilasi Hukum Islam memberikan penegasan bahwa pihak ayah yang berkewajiban untuk menanggung biaya pemeliharannya sampai dewasa.

Kompilasi Hukum Islam pada dasarnya juga telah memberikan ruang yang lebih bagi seorang ibu untuk memperoleh atau mendapatkan hak asuh anak yang masih dibawah pasca perceraian hal ini juga telah tercantum pada ketentuan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam yang menyebutkan bahwa “akibat putusannya perkawinan karena perceraian ialah anak yang belum *mummayiz*, berhak mendapatkan *hadhanah* dan ibunya, kecuali bila ibunya meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: 1. Wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ibu; 2. Ayah; 3. wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ayah; 4. saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; 5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. Dari ketentuan tersebut dapat pahami apabila ibu kandung dari anak meninggal dunia, jika kedudukan ayah dalam mengasuh anak tetap setelah keluarga dari Ibu, jadi tetap keluarga ibulah yang menjadi prioritas utama untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur pasca perceraian”².

Dari ketentuan diatas dapat dilihat bahwa dalam Kompilasi Hukum Islam terkait dengan pengasuhan atau pemeliharaan terhadap anak di bagi kedalam dua fase perkembangan anak. Pertama yaitu fase dimana anak yang belum *mummayiz* dan belum berumur 12 tahun maka hak asuh anak jatuh kepada seorang ibu. sedangkan *mummayiz* disini diartikan dimana kondisi anak yang belum berakal

² Pasal 156 Huruf a Kompilasi Hukum Islam



dan dapat bertanggung jawab, yang mana belum bisa membedakan mana yang baik dan mana yang buruk.

Kemudian yang kedua, dalam fase apabila anak sudah *mummyiz* maka diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ikut ibu atau ikut ayah sebagai pemegang *hadhanah*. Menurut penulis disini bahwa Kompilasi Hukum Islam telah memposisikan ibu sebagai prioritas utama untuk memperoleh hak asuh anak pasca perceraian. Sedangkan seorang laki-laki atau seorang ayah yang bertanggung jawab penuh untuk membiayai pemeliharaan anak hingga dewasa.

Jika merujuk pada kedua Pasal tersebut yaitu pada Pasal 105 Huruf a dan Pasal 156 huruf a KHI jika disandingkan dengan salah satu teori Hukum Progresif yang dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo yang menyebutkan bahwa Hukum merupakan suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia.³ Keberadaan Pasal 105 huruf a KHI dan Pasal 156 huruf a salah satu bentuk upaya hukum untuk memberikan kehidupan yang adil dan sejahtera bagi anak-anak yang menjadi korban sengketa hak asuh anak pasca perceraian, yang mana dalam ketentuan Pasal 105 KHI tersebut yang menyebutkan bahwa “pemeliharaan anak yang belum *mummyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya”. Makna belum *mummyiz* disini adalah anak yang belum berakal dan dapat bertanggung jawab.

Karena sudah jelas bahwa anak yang belum berakal dan dapat bertanggung jawab tidak dapat membedakan mana yang baik dan mana yang buruk sehingga masih perlu membutuhkan bimbingan dan pengarahan dari orang tuanya terutama

³ Satjipto Rahardjo, 2009. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*. Genta Publishing, Yogyakarta. Hal.2



bimbingan dari seorang ibu. Dengan begitu diharapkan anak bisa tumbuh dan berkembang dengan baik kedepannya.

Karena pada dasarnya anak yang belum *mummyiz* atau belum berumur 12 tahun perlu memperoleh kasih sayang yang lebih dari seorang ibu. Dalam hal ini penulis melihat bahwa seorang ibulah yang melahirkan dan menyusui anaknya sudah pasti dari segi emosional dan perasaan anak lebih cenderung memiliki kedekatan terhadap seorang ibu dibandingkan seorang ayah.

Dalam Kompilasi Hukum Islam juga mengatur terkait dengan pencabutan hak asuh anak yang dimiliki oleh pemegang *hadhanah*, hal tersebut tercantum dalam ketentuan Pasal 156 huruf c Kompilasi Hukum Islam disebutkan “apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula.” Jadi jika merujuk pada ketentuan Kompilasi Hukum Islam maka hak asuh anak yang dimiliki seseorang dapat dipindahkan apabila seseorang tersebut tidak bisa dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani dari anak.

Didalam Hukum progresif bahwa “hukum adalah untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Maka hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar, maka setiap kali ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau dan diperbaiki serta bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum”⁴. Ketentuan dan

⁴ Sa'jipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, 2007, hal.139



156 Kompilasi Hukum Islam, Salah satu bentuk peraturan yang diberikan untuk menjamin kepastian hukum terhadap anak yang menjadi korban sengketa hak asuh orang tua pasca perceraian. Yang mana jika kita cermati secara mendalam bahwa ketentuan yang tercantum Pada Pasal 156 huruf c tersebut yang menyebutkan bahwa “apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula.”⁵ Penulis melihat bahwa makna frasa “menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak” dapat dimaknai salah satu upaya untuk memberikan perlindungan terhadap anak dari segala bentuk ancaman maupun kekerasan terhadap anak, yang dalam teori hukum progresif tersebut disebutkan bahwa “hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar” artinya ketentuan tersebut ditujukan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar dalam hal ini untuk memberikan perlindungan terhadap anak-anak diseluruh Indonesia. Ketentuan diatas juga bertujuan sebagai payung hukum yang nantinya dapat digunakan para penegak hukum di Indonesia dalam menyelesaikan perkara-perkara sengketa hak asuh anak yang masih dibawah umur akibat perceraian di dalam masyarakat.

⁵ Pasal 156 huruf c Kompilasi Hukum Islam



3.1.2. Hak Asuh Anak Menurut Undang-Undang Perkawinan

60

Terkait dengan Hak asuh anak pasca perceraian juga diatur dalam ketentuan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa “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. b). Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa ikut memikul biaya tersebut”⁶

Berdasarkan ketentuan Pasal 45 UU Perkawinan juga disebutkan bahwa “Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik ana-anak mereka sebaik-baiknya, dan kewajiban orang tua yang dimaksud sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mena berlaku terus meskipun perkawinan antara dua orang tua putus.”⁷ Jadi dapat dikatakan bahwa hak asuh terhadap anak yang masih dibawah umur merupakan kewajiban yang harus dilakukan oleh kedua orang tuanya, tetapi apabila hak asuh anak jatuh kepada ibu maka ayah tetap memiliki kewajiban untuk menanggung biaya pemeliharaan dan pendidikan anak, dan apabila ayahnya tidak mampu untuk membiayai pemeliharaan sendirian maka dalam hal ini biaya pemeliharaan anak dapat ditanggung secara bersama sebagaimana yang telah ditetapkan didalam Pengadilan. Namun pada dasarnya kewajiban utama untuk melakukan pembiayaan terkait dengan pemeliharaan anak.

⁶ Pasal 41 Ayat 2 Undang-Undang No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

⁷ Pasal 45 Undang-Undang Nomor.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan



Jika merujuk pada undang-undang perkawinan juga telah memberikan pengaturan terkait dengan hal-hal yang dapat menghilangkan hak asuh terhadap anak pasca perceraian, yang mana hal tersebut telah termuat dalam ketentuan Pasal 49 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan sebagai berikut: “Salah seorang atau kedua orang tua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu yang tertentu atas permintaan orang tua yang lain, keluarga anak dalam garis lurus keatas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang dengan keputusan Pengadilan dalam hal-hal : a. Ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya; b. Ia berkelakuan buruk sekali”⁸. Undang-undang ini memberikan gambaran yang jelas terkait alasan pencabutan hak asuh anak dari salah satu orang tua seperti halnya karena orang tua yang melalaikan kewajiban terhadap anaknya dan orang tua tersebut berkelakuan buruk.

Berdasarkan pemaparan diatas jika dikaitkan dengan teori keadilan yang dikemukakan oleh Jhon Rawls bahwa memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam suatu masyarakat. Tidak adanya perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi yang lebih tinggi antara yang satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan suatu kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai “posisi awal” yang berlandaskan pada pengertian *ekuilibrum reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*). Keberadaan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan yang

⁸ Pasal 49 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan



menyebutkan “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”⁹, dalam ketentuan tersebut telah memberikan posisi dan kedudukan yang sama antara pihak ayah dan pihak ibu karena keduanya sama-sama memiliki kewajiban untuk memelihara anak pasca perceraian sampai anak tersebut dewasa, dan dalam undang-undang perkawinan juga tidak memberikan perbedaan status antara wanita dan laki-laki, semua memiliki hak yang sama juga untuk memperoleh hak asuh anak pasca perceraian.

3.1.3. Hak Asuh Anak Menurut Undang-Undang Perlindungan Anak

Selain itu Hak Asuh Anak akibat perceraian dapat ditemukan dalam Undang-Undang Perlindungan Anak yaitu tercantum dalam ketentuan Pasal 1 angka 11 Undang-undang Nomor. 23 Tahun 2002 Jo Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan anak yang menyebutkan bahwa “Kuasa asuh adalah kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuh kembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan kemampuan, bakat, serta minatnya”. jadi pada dasarnya setiap orang tua baik ibu maupun bapak memiliki hak untuk mengasuh anak pasca perceraian.

Terkait dengan Hak Asuh Anak tercantum dalam ketentuan Pasal 26 Ayat 1 Huruf a yang menyebutkan bahwa “Orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk. mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi Anak”. dalam hal

⁹ Pasal 41 Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan



ini dapat dimaknai jika kedua orang tua tetap memiliki kewajiban untuk mengasuh dan memelihara anak walaupun sudah berpisah atau bercerai¹⁰.

Kemudian hak asuh yang dimiliki oleh salah satu atau kedua orang tua dapat dicabut dengan alasan pemegang hak asuh terhadap anak telah melakukan kelainan terhadap kewajiban untuk mengasuh, mendidik, dan memelihara anak yang mana hal tersebut termuat dalam ketentuan Pasal 30 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Jo UU Nomor. 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak bahwa “1).

Dalam hal orang tua sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26, melalaikan kewajibannya, terhadapnya dapat dilakukan tindakan pengawasan atau kuasa asuh orang tua dapat dicabut, 2). Tindakan pengawasan terhadap orang tua atau pencabutan kuasa asuh sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dilakukan melalui penetapan pengadilan. Ketentuan yang dimaksudkan dalam Pasal 30 pada dasarnya salah satu wujud untuk memberikan perlindungan dan jaminan kepastian hukum terhadap anak.

Jika melihat dari ketentuan yang tercantum dalam undang-undang perlindungan Anak jika disandingkan dengan teori keadilan dari Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam suatu masyarakat. Tidak adanya perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi yang lebih tinggi antara yang satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan suatu kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai “Posisi awal”. Keberadaan ketentuan Pasal 26 Ayat 1 Huruf a yang menyebutkan bahwa “Orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi

¹⁰Pasal 26 Ayat 1 Huruf a UU No.35 tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak

Anak”. Makna frasa orang tua dalam hal ini ayah maupun ibu, yang pada dasarnya keduanya memiliki hak yang sama untuk memperoleh hak untuk mengasuh anak maupun memelihara anak pasca perceraian tanpa membedakan status agama dari keduanya.

3.1.4. Hak Asuh Anak Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHper)

Terkait dengan hak asuh anak pasca perceraian telah tercantum dalam ketentuan Pasal 298 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHper) yang menyebutkan bahwa “bapak dan ibu, keduanya wajib memelihara anak mereka yang belum dewasa. kehilangan hak untuk memangku kekuasaan orang tua atau untuk menjadi wali tak membebaskan mereka dari kewajiban, memberi tunjangan-tunjangan dalam keseimbangan dengan pendapatan mereka, guna membiayai pemeliharaan dan pendidikan itu. terhadap anak-anak yang telah dewasa, berlakulah ketentuan-ketentuan tercantum dalam bagian ketiga bab ini”.¹¹

Ketentuan tersebut memberikan penegasan bahwa setiap orang tua memiliki kewajiban untuk memelihara dan mendidik anak hingga dewasa, sedangkan jika salah satu orang tua dicabut kekuasaan dalam pengasuhan terhadap anak juga masih memiliki kewajiban untuk memberikan biaya pemeliharaan dan pendidikan.

Kemudian terkait dengan hal-hal yang mengakibatkan salah satu atau kedua orang tua dicabut kekuasaannya terhadap anak pasca perceraian didalam KUHperdata Bagian Kedua A tentang pembebasan dan pemecatan kekuasaan orang tua dalam hal ini telah tercantum dalam Pasal 319 dalam ketentuan Pasal

¹¹ Pasal 298 KUHPerdata





tersebut dijelaskan bahwa: “Bapak atau ibu yang melakukan kekuasaan orang tua dapat dibebaskan dan kekuasaan orang tua, baik terhadap semua anak-anak maupun terhadap seorang anak atau lebih, atas permohonan dewan perwalian atau atas tuntutan kejaksaan, bila ternyata bahwa dia tidak cakap atau tidak mampu memenuhi kewajibannya untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya dan kepentingan anak-anak itu tidak berlawanan dengan pembebasan ini berdasarkan hal lain.

Bila Hakim menganggap perlu untuk kepentingan anak-anak, masing-masing dan orang tua, sejauh belum kehilangan kekuasaan orang tua, boleh dipecat dan kekuasaan orang tua, baik terhadap semua anak maupun terhadap seorang anak atau lebih, atas permohonan orang tua yang lainnya atau salah seorang keluarga sedarah atau semenda dan anak-anak itu, sampai dengan derajat keturunan keempat, atau dewan perwalian, atau Kejaksaan atas dasar:

1. Menyalahgunakan kekuasaan orang tua atau terlalu mengabaikan kewajiban memelihara dan mendidik seorang anak atau lebih;
2. Berkelakuan buruk;
3. Dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena sengaja ikut serta dalam suatu kejahatan dengan seorang anak yang masih di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya;
4. Dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena melakukan kejahatan yang tercantum dalam Bab 13, 14, 15, 18, 19, dan 20. Buku

Kedua Kitab Undang-undang Hukum Pidana, terhadap seorang di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya;



5. Dijatuhi hukuman badan yang tidak dapat ditarik kembali untuk dua tahun atau lebih, dengan memperoleh kekuatan mutlak. Dalam paham kejahatan meliputi juga keikutsertaan membantu dan percobaan melakukan kejahatan.¹²

Jika merujuk pada ketentuan diatas jika orang tua yang tidak cakap atau tidak mampu menunaikan kewajibannya untuk memelihara dan mendidik anak maka pengadilan dapat mencabut hak untuk mengasuh anak baik sebelum maupun sesudah perceraian, selain itu hak orang tua dapat dicabut karena beberapa alasan antara lain: mengabaikan kewajiban memelihara dan mendidik seorang anak atau lebih, kemudian berkelakuan buruk, selain itu dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena sengaja ikut serta dalam suatu kejahatan dengan seorang anak yang masih di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya dan yang terakhir karena dijatuhi hukuman badan yang tidak dapat ditarik kembali untuk dua tahun atau lebih.

Dari pemaparan diatas jika dikaitkan dengan teori keadilan Jhon Rawls yang memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam suatu masyarakat. Tidak adanya perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi yang lebih tinggi antara yang satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan suatu kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai "Posisi Awal".¹³ artinya ketentuan Pasal 298 KUHPerdara telah memberikan gambaran jika kedua orang tua dalam hal ini baik ayah maupun ibu memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk mengasuh dan

¹²Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Burgerlijk Wetboek dengan tambahan Undang-Undang Pokok Agraria, Undang-Undang Perkawinan.Pt.Pradnya Paramita, Jakarta, 2009, hal.79

¹³ John Rawls, 2006. "*A Theory of Justice, London: Oxford University press*", yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar. Yogyakarta. Hal. 90



memelihara anak pasca perceraian sampai anak tersebut dewasa. Selain itu ketentuan Pasal 319 KUHperdata yang menyebutkan bahwa “Bapak atau ibu yang melakukan kekuasaan orang tua dapat dibebaskan dan kekuasaan orang tua, baik terhadap semua anak-anak maupun terhadap seorang anak atau lebih, atas permohonan dewan perwalian atau atas tuntutan kejaksaan, bila ternyata bahwa dia tidak cakap atau tidak mampu memenuhi kewajibannya untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya dan kepentingan anak-anak itu tidak berlawanan dengan pembebasan ini berdasarkan hal lain”¹⁴, jika disandingkan dengan Pemikiran hukum progresif yang menyatakan bahwa hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia, artinya pencabutan hak asuh anak dari salah satu orang tua yang tidak cakap, berkelakuan buruk, mengabaikan dan melalaikan tanggungjawab untuk memelihara anak dan mendapatkan hukum karena melakukan kejahatan, salah satu tujuan hukum guna melindungi hak-hak anak, sehingga anak dapat memperoleh kesejahteraan dan kebahagiaan dalam kehidupannya.

Jadi jika melihat pada ketentuan diatas bahwa undang-undang yang mengatur secara jelas terkait dengan hak asuh anak pasca perceraian yaitu Kompilasi Hukum Islam dan Undang-undang perkawinan, namun dalam Kompilasi Hukum Islam hak asuh anak yang masih dibawah umur jatuh kepada ibu sedangkan ayah hanya bertanggung jawab untuk membiayai pemeliharaan anak, kemudian dalam Undang-Undang Perkawinan, Undang-Undang Perlindungan Anak hak asuh anak yang masih dibawah umur bisa jatuh kepada

¹⁴Lihat Pasal 319 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

ayah maupun kepada ibu. Sedangkan pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) jika hak pengasuhan terhadap anak pasca perceraian bisa jatuh pada ayah ataupun jatuh pada ibu.

Berikut penulis paparkan tabel terkait kedudukan hak asuh anak dan alasan alasan hukum yang dapat menghilangkan hak asuh terhadap anak dari salah satu orang tua pasca perceraian berdasarkan Kompilasi Hukum Islam, Undang-undang perlindungan anak, undang-undang perkawinan dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer).

3.1. Tabel Hak Asuh Anak Dan Alasan Yang Dapat Menghilangkan Hak Asuh Anak Pasca Perceraian Dalam Hukum Nasional

Keterangan	Kompilasi Hukum Islam	Undang-Undang Perkawinan	Undang-Undang Pelindungan Anak	Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer)
Kedudukan Hak Asuh Anak	Anak yang belum <i>mummayiz</i> atau masih belum berumur 12 Tahun hak asuh diberikan kepada Ibu (Ketentuan Pasal 105 Ayat1. dan ketentuan Pasal 156 huruf a)	Hak Asuh Anak ada Kepada Ayah maupun Ibu (Ketentuan Pasal 41 huruf a) dan (Pasal 45 Ayat 1 dan 2) “Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya, dan kewajiban orang tua yang dimaksud berlaku sampai anak itu kawin kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus”	Hak asuh anak ada pada ayah maupun ibu (ketentuan Pasal 26) “ orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk:a. mengasuh, memelihara, dan melindungi anak; b. menumbuhkembangkan anak; c. mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak; d. memberikan pendidikan karakter dan penanaman nilai budi pekerti”.	Hak asuh anak ada pada ayah maupun ibu (ketentuan Pasal 298) “si bapak dan si ibu, keduanya berwajib memelihara dan mendidik sekalian anak mereka yang belum dewasa. Kehilangan hak untuk memengku kekuasaan orang tua atau untuk menjadi wali tak membebaskan mereka dari kewajiban, memberi tunjangan-tunjangan dalam keseimbangan dengan pendapatan mereka, guna membiayai pemeliharaan dan pendidikan itu.”



<p>Penyebab Hilangnya Hak Asuh Anak</p>	<p>Seorang pemegang <i>Hadhanah</i> tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak. (Pasal 156 huruf c)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ia sangat melalaikan kewajiban terhadap anaknya. 2. Ia berkelakuan buruk sekali. (Ketentuan Pasal 49 Ayat 1) 	<p>Melalaikan kewajibannya untuk mengasuh memelihara dan mendidik anak. (Ketentuan Pasal 30 ayat 1)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Tidak Cakap dan tidak mampu menunaikan kewajiban memelihara dan mendidik anak (Pasal 319a) 2. Mengabaikan kewajiban memelihara dan mendidik seorang anak (Pasal 319 angka 1) 3. Berkelakuan Buruk (Pasal 319 angka 2) 4. dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena sengaja ikut serta dalam suatu kejahatan dengan seorang anak yang masih di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya. (Pasal 319 angka 3) 5. dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena melakukan kejahatan (Pasal 319 angka 4) 6. dijatuhi hukuman badan yang tidak dapat ditarik kembali untuk dua tahun atau lebih (Pasal 319 angka 5)
--	---	--	---	--

Sumber: Bahan hukum primer, diolah 2018



Dari pemaparan tabel diatas jika hak asuh anak pasca perceraian baik dalam undang-undang perkawinan, undang-undang perlindungan anak dan KUHPerduta bisa jatuh pada ayah maupun Ibu, namun dalam Kompilasi Hukum Islam Hak Asuh Anak yang belum cukup umur dan belum berusia 12 Tahun jatuh pada Ibu sedangkan ayah hanya memiliki tanggungjawab untuk membiayai pemeliharaan anak sampai dewasa. Sedangkan hal-hal yang bisa menghilangkan hak untuk mengasuh anak antara lain tidak cakap dan tidak mampu menunaikan kewajiban memelihara dan mendidik anak (Pasal 319a KUHPer); Mengabaikan kewajiban memelihara dan mendidik seorang anak (Pasal 319 angka 1 KUHPer) dan (Ketentuan Pasal 30 ayat 1 Undng-Undang Perlindungan Anak); Berkelakuan Buruk (Pasal 49 Ayat 1 Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 319 angka 2 KUHPer); dijatuhi hukuman yang tidak dapat ditarik kembali karena sengaja ikut serta dalam suatu kejahatan dengan seorang anak yang masih di bawah umur yang ada dalam kekuasaannya (Pasal 319 angka 3 KUHPer) dan Seorang pemegang *Hadhanah* tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak. (Pasal 156 huruf e KHI). M yahya harahap menjelaskan bahwa “orang yang melalaikan kewajibannya yaitu meliputi ketidak becusan si orang tua itu atau sama sekali tidak mungkin melaksanakannya, boleh jadi disebabkan karena dijatuhi hukuman penjara yang memerlukan waktu lama, sakit uzur atau gila dan bepergian dalam suatu jangka yang tidak diketahui kembalinya. Sedangkan berkelakuan buruk meliputi segala tingkah laku yang tidak senonoh sebagai pengasuh dan pendidik yang seharusnya memberikan contoh yang baik”¹⁵.

¹⁵M. Yahyah Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*: pembebasan berdasarkan undang-



Dari pemaparan diatas jika dikaitkan dengan Teori Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo bahwa hukum pada dasarnya untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Hukum tidak ada untuk dirinya sendiri melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan lebih besar maka setiap ada masalah dalam dan dengan hukum, hukumlah yang ditinjau serta diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum. Pada dasarnya ketentuan Pasal 41 Huruf a Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, Ketentuan Pasal 105 dan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam dan Ketentuan Pasal 45 Ayat 2 Undang-Undang Perlindungan Anak Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak salah satu upaya untuk memberikan jaminan perlindungan hukum terhadap hak anak untuk diasuh oleh orang tuanya pasca perceraian. Namun jika melihat dari kasus yang terdapat pada putusan pengadilan agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg bahwa jika ibu yang berpindah agama tidak bisa mendapatkan hak asuh anak karena dinilai tidak mampu untuk membimbing dan mengarahkan anak menjadi anak yang soleh dan hak untuk mengasuh anak harus diberikan kepada ayah, sebenarnya terkait hal tersebut tidak ada ketentuan yang mengatur secara jelas sehingga hakim dalam hal ini telah melakukan penemuan hukum guna memberikan kepastian hukum terhadap anak.

Menurut hemat penulis terkait dengan berpindahnya agama ibu sebenarnya tidak dapat dijadikan sebagai alasan untuk tidak bisa mendapatkan hak untuk mengasuh anak yang masih di bawah umur pasca perceraian, karena selain tidak ada ketentuan yang mengatur baik dalam Kompilasi Hukum Islam, Undang-

undang no 1 Tahun 1974, peraturan pemerintah no 9 tahun 1975, Medan;Zahir, 1975, hal.214



undang Perkawinan Undang-undang perlindungan Anak dan KUHPerdara, pada dasarnya Ibu memiliki peranan yang sangat penting terhadap tumbuh kembangnya anak, karena ibulah yang mengandung hingga sembilan bulan lamanya dan sampai melahirkan anaknya tentu kedekatan seorang ibu akan jauh berbeda dengan kedekatan seorang ayah pada anak. Terlebih lagi anak yang menjadi sengketa masih berumur kurang dari 2 tahun tentunya anak tersebut masih membutuhkan kasih sayang yang lebih dari seorang ibu dan masih membutuhkan air susu ibu (ASI) untuk tumbuh kembangnya anak kedepannya dan hal itulah yang tidak bisa diberikan oleh seorang ayah. Sehingga dapat disimpulkan bahwa Ibu yang telah berpindah agama seharusnya tetap memiliki hak untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur pasca perceraian.

3.2. Analisis Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor: 1137/ Pdt.G /2012 /PA.Mlg Ditinjau dari Kompilasi Hukum Islam

Salah satu dasar pertimbangan yang digunakan oleh hakim dalam memutus perkara Nomor :1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg yang menjadi pokok permasalahan dalam penulisan ini yaitu “Karena termohon sebagai ibu kandung telah nyata murtad dengan kembali keagama kristen maka termohon sangat diragukan untuk dapat membimbing, mengarahkan dan mendidik anaknya tersebut yang nantinya menjadi anak yang soleh yang taat kepada agama Islam”. Untuk mengetahui lebih rinci dan lebih mendalam berikut penulis paparkan isi dari putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg tersebut yakni:

1. Menyatakan bahwa Termohon yang telah dipanggil secara patut untuk menghadap di persidangan, tidak hadir;
2. Mengabulkan permohonan Pemohon dengan verstek;
3. Memberikan ijin kepada Pemohon (PEMOHON) untuk menjatuhkan talak satu kepada Termohon (DITA AKTAVIANI binti MITRA DASMAN);
4. Menetapkan, bahwa Pemohon (PEMOHON) sebagai pemegang hak hadlanah (pemeliharaan) terhadap anaknya bernama ANAK PENGGUGAT DAN TERGUGAT, umur 16 bulan;
5. Membebaskan Pemohon untuk membayar biaya perkara sebesar Rp. 291.000,- (dua ratus sembilan puluh satu ribu rupiah).¹⁶

Melihat dari kasus diatas terkait dengan perceraian dan Sengketa Hak asuh anak yang melibatkan mantan pasangan suami-istri yang awalnya menikah secara islam kemudian setelah menikah pihak istri kembali keagama semula yaitu agama kristen, sehingga pihak pemohon atau suami melakukan gugatan perceraian terhadap istrinya, karena sering terjadi percekcoakan lantaran perbedaan keyakinan tersebut, pihak pemohon juga melakukan gugatan hak asuh anak yang masih berumur 16 bulan, hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 86 ayat 1

¹⁶Putusan Pegadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg





undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang menyebutkan bahwa “gugatan soal penguasaan anak, nafkah anak, nafkah isteri, dan harta bersama sumi isteri dapat diajukan bersama-sama dengan gugatan perceraian ataupun sesudah putusan perceraian memperoleh kekuatan hukum tetap¹⁷”. Yang mana dalam hal ini hakim menjatuhkan putusannya dengan mengabulkan perceraian dan hak asuh anaknya yang masih 16 bulan jatuh pada pemohon atau ayah kandungnya. Dengan salah satu dasar pertimbangan yang dipakai yaitu “Oleh karenanya ibu telah berpindah agama atau telah nyata murtad sehingga termohon sangat diragukan untuk dapat membimbing, mengarahkan dan mendidik anaknya tersebut yang nantinya menjadi anak yang soleh yang taat kepada agama Islam”¹⁸.

Berangkat dari pendapat yang dikemukakan oleh Sudikno mertokusumo yang menyebutkan bahwa dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara dan kemudian menjatuhkan suatu putusan, seorang hakim harus melakukan 3 (tiga) tahap tindakan dipersidangan, yaitu antara lain: 1. Tahap mengkonstatir; 2. tahap mengkualifikasi; 3. Tahap mengkonstituir.¹⁹

Tahap mengkonstatir dalam tahap ini, hakim mengkonstatir atau melihat untuk membenarkan ada tidaknya suatu peristiwa yang diajukan kepadanya.

Untuk memastikan hal tersebut, maka diperlukan pembuktian dan karena itu hakim harus berdasarkan pada alat bukti yang sah menurut hukum. Adapun dalam perkara perdata sebagaimana dalam Pasal 164 HIR/Pasal 284 RBg/Pasal 1866

KUHPer, yaitu alat bukti tertulis, pembuktian dengan saksi, persangkaan,

¹⁷ Pasal 86 ayat 1 undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama

¹⁸ Lihat pada putusan pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg. hal 8

¹⁹ Sudikno, Merto Kusumo. 1998. *Hukum Acara perdata Indonesia*. Yogyakarta.

Liberty. Hal 45



pengakuan, dan sumpah.²⁰ Jika melihat pada perkara Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg yang bisa dijadikan sebagai alat bukti tertulis antara lain Foto Kopi Kutipan Akta Nikah, Foto Kopi KTP dari termohon yang telah berubah status menjadi agama kristen dan Foto Kopi keterangan lahir dari rumah sakit. Sedangkan pembuktian dengan saksi dalam putusan tersebut telah menghadirkan 2 (dua) saksi, saksi 1 berumur 50 tahun dan saksi 2 berumur 38 tahun, yang mana masing-masing saksi juga diambil sumpahnya dalam memberikan keterangannya, dan yang terakhir pengakuan bahwa pengakuan didalam putusan ini bisa di dapatkan dari pemohon sendiri dan didapatkan dari keterangan saksi-saksi yang hadir didalam persidangan.

Tahap yang kedua dalam mengadili suatu perkara yaitu tahap mengkualifikasi, pada tahap ini hakim mengkualifisir dengan menilai peristiwa yang telah dianggap benar-benar terjadi, termasuk hubungan hukum apa atau menemukan hukum untuk peristiwa-peristiwa tersebut, dengan kata lain, mengkualifisir berarti mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkret tersebut termasuk kedalam golongan peristiwa hukum.²¹ Dalam hal ini jika melihat dari kasus pada putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg hakim mengkualifisir hubungan hukum dari tindakan pemohon dan termohon sebagi perbuatan perdata terkait dengan perkawinan dan sengketa hak asuh anak (Pasal 41 huruf a UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan).

Tahap Mengkonstituir pada tahap ini hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa tersebut dan memberi keadilan bagi para pihak yang

²⁰ Ahmad Rifai. 2011. *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif hukum Progresif*. Jakarta. Sinar Grafika. hal 55

²¹ Ibid hal 56

bersangkutan. Proses selanjutnya hakim menetapkan hukumnya terhadap peristiwa konkret tersebut, dimana jika peraturannya jelas hakim hanya akan menerapkan ketentuan peraturan tersebut sesuai dengan peristiwa konkret yang terjadi. Akan tetapi dalam hal peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur, konflik antara norma hukum dan ketidak pastian dari suatu peraturan perundang-undangan, atau dalam hal peraturannya tidak mengatur sehingga terdapat kekosongan hukum, maka hakim akan memutuskan perkara tersebut berdasarkan metode-metode penemuan hukum.²² jika melihat dari putusan pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg hakim telah melakukan penemuan hukum karena hakim beranggapan jika orang yang murtad atau berpindah agama tidak dapat diterapkan ketentuan Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam dan ketentuan tersebut tidak mengikat lagi, dan hakim melihat jika ketentuan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam hanya dikhususkan bagi golongan orang-orang yang beragama islam. Sehingga dalam hal ini hakim mempertimbangkan kepentingan agama anak kedepannya, hakim juga berpandangan jika ibu berpindah agama tentu sangat diragukan untuk dapat membimbing dan mengarahkan anaknya menjadi anak yang sholeh sehingga hak asuhnya harus diberikan kepada ayah kandung.

Dalam hal ini menurut hemat penulis jika hakim dalam memutus perkara tersebut telah mengkesampingkan ketentuan yang tercantum didalam Kompilasi Hukum Islam, karena jika merujuk pada ketentuan Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam ibulah yang memiliki hak untuk mengasuh anak pasca perceraian

²² Ahmad Rifai. 2011. *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif hukum*. Progresif.Jakarta. Sinar Grafika. hal 56





jika anak tersebut belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun. Terkait hak asuh anak atau *hadhanah* yang jatuh pada ibunya pasca perceraian juga telah ditegaskan didalam ketentuan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan bahwa "akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah anak yang belum *mummayiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dan ibunya, kecuali bila ibunya meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: 1. Wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ibu; 2. Ayah; 3. wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ayah; 4. saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; 5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah."²³ Dengan demikian sudah jelas bahwa sebenarnya hak asuh anak pasca perceraian berdasarkan Kompilasi Hukum Islam seharusnya jatuh kepada Ibu.

Selain itu dalam ketentuan Kompilasi Hukum Islam maupun didalam Hukum Nasional juga tidak mengatur terkait berpindah agama atau murtadnya seorang Ibu dapat kehilangan hak untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur pasca perceraian. Tetapi terkait dengan berpindahnya agama atau murtadnya seorang istri didalam ketentuan Kompilasi Hukum Islam hanya dapat dijadikan sebagai alasan untuk bercerai atau berpisah, yang mana hal tersebut telah disebutkan dalam ketentuan Pasal 116 huruf h bahwa "perceraian dapat terjadi karena alasan peralihan agama atau murtad yang menyebabkan ketidak rukunan dalam rumah tangga". Disini sudah jelas bahwa murtadnya seseorang jika melihat pada ketentuan yang tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam hanya dapat dijadikan sebagai alasan seseorang untuk menjatuhkan talak atau menceraikannya mantan pasangannya.

²³ Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam Berdasarkan Instruksi presiden Nomor 1 Tahun

Hilangnya atau dapat dicabutnya hak asuh anak dari seorang ibu jika melihat pada ketentuan Pasal 156 Huruf c Kompilasi Hukum Islam disebutkan bahwa “apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula.” Jika melihat Frasa “menjaga keselamatan jasmani dan rohani”, dapat dimaknai menjaga kesehatan anak baik kesehatan fisik, psikis, maupun spiritual.

Penulis melihat jika orang telah berpindah agama dari islam ke Kristen tentu masih bisa menjaga spiritual anak yang masih dibawah umur karena pada dasarnya seorang yang telah berpindah agama masih memiliki keyakinan atau kepercayaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa, lain halnya dengan orang yang telah meninggalkan agama dan memilih untuk tidak beragama (*Ateis*), sudah pasti orang tersebut tidak mempercayai sebuah agama dan hakikat keberadaan Tuhan Yang Maha Esa. Hal semacam itu mungkin dapat dijadikan sebagai bahan pertimbangan hakim untuk menghilangkan hak untuk mengasuh anak pasca perceraian.

Sebenarnya terkait dengan kebebasan seseorang untuk memeluk agama yang diyakini di Indonesia sendiri juga sudah diatur dalam ketentuan Pasal 29 Ayat 2 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 bahwa “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu”²⁴. Jadi setiap orang berhak untuk beribadah dan memeluk agama menurut

²⁴ Pasal 29 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

REPOSITORY.UB.AC.ID
 UNIVERSITAS BRAWIJAYA

 REPOSITORY.UB.AC.ID
 UNIVERSITAS BRAWIJAYA

 REPOSITORY.UB.AC.ID
 UNIVERSITAS BRAWIJAYA


keyakinan masing masing tanpa ada paksaan dari orang lain, oleh sebab itu anak juga memiliki kebebasan untuk memeluk agama yang dianutnya, sehubungan dengan anak yang menjadi objek sengketa tersebut masih dibawah umur atau masih berumur 1,5 tahun tentu anak tersebut belum bisa memilih agama yang dikehendaki, sehingga agamanya harus mengikuti orang tuanya.

Seperti yang telah disebutkan dalam Pasal 42 Ayat (2) Undang-Undang Nomor. 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 Tentang perlindungan anak yang disebutkan bahwa “sebelum anak dapat menentukan pilihannya, agama yang dipeluk anak mengikuti agama orang tuanya”²⁵. Dalam hal ini seharusnya hakim tidak hanya melihat dari proses pernikahan orang tuanya yang secara Islam kemudian anak yang masih dibawah umur harus mengikuti ajaran Islam pasca perceraian. Karena pada dasarnya setiap agama apapun mengajarkan kepada kebaikan dan meyakini adanya sang pencipta atau Tuhan yang Maha Esa, tentu hal ini tidak akan menjadi suatu masalah apabila anak tersebut mengikuti ajaran dari ibunya, tetapi ketika sudah dewasa dan sudah baligh seharusnya salah satu orang tua juga harus memberikan pemahaman terhadap anak tersebut jika kedua orang tuanya dahulu berbeda keyakinan. Tentu saja ketika anak sudah dewasa pasti bisa mempertimbangkan dan memilih keyakinan yang akan dianutnya yang terbaik bagi dirinya sendiri.

Jika melihat dalam isi Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor :1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg yang telah memberikan hak asuh kepada ayah kandung menurut pandangan penulis putusan tersebut belum mencerminkan rasa keadilan di dalam masyarakat terutama keadilan bagi anak, karena pada dasarnya anak

²⁵ Pasal 14 Undang-Undang Nomor. 35 tahun 2014 tetang perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak





yang masih dibawah umur terlebih lagi anak tersebut masih berusia 1,5 tahun tentu masih membutuhkan kasih sayang dari seorang ibu, terlebih lagi anak tersebut masih belum genap berusia 2 tahun sehingga masih membutuhkan Air Susu Ibu (ASI) guna tumbuh kembangnya anak. Hal ini senada dengan yang diungkapkan oleh Mufidah Ch dalam bukunya “Psikologi Keluarga Islam” yang menyebutkan “Pada dasarnya didalam Islam juga memberikan hak bagi seorang bayi untuk memperoleh ASI selama dua tahun. Hak ini merupakan hak dasar anak dan merupakan kewajiban ibu yang melahirkan. Ibu menyusui merupakan tanggung jawab moral yang bersifat sunnah karena kebaikan Air Susu Ibu untuk bayi jelas manfaatnya terutama ibu kandungnya sendiri. Hubungan terjalin pada proses penyusuan selama kurang lebih dua tahun merupakan proses pembentukan anak dalam tahap awal, dimana kasih sayang ibu akan terukir dalam kepribadian anak, sehingga diharapkan akan berlanjut pada hubungan harmonis anak ibu sepanjang masa.”²⁶

Terkait dengan kewajiban ibu untuk memberikan ASI juga sudah dituliskan dalam QS. AL-Baqarah ayat 233 yang artinya “Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan”.

Sudah jelas bahwa ada keharusan bagi setiap Ibu untuk memberikan ASI kepada anak-anaknya selama dua tahun. Pakikatnya seorang anak yang berada dalam kandungan seorang ibu selama 9 bulan lebih, maka seorang anak juga akan memiliki ikatan batin yang lebih kuat terhadap seorang ibu jika dibandingkan dengan seorang ayah. Selain itu pola pengasuhan anak yang dilakukan oleh ibu di dalam lingkungan keluarga jauh lebih efektif jika diandingkan dengan pola

²⁶ Mufidah Ch, *Psikologi Keluarga Islam Berwawasan gender*. Malang: UIN Maliki Press, 2013.



pengasuhan anak yang dilakukan oleh seorang ayah, karena ayah yang memiliki kodrat untuk memberikan nafkah kepada keluarga, sudah pasti seorang ayah akan lebih banyak menghabiskan waktu di luar rumah untuk bekerja mencari uang, sehingga anak harus ditinggal sendiri tanpa pengawasan dari seorang ayah dan terkadang seorang anak yang diasuh oleh ayahnya maka anak tersebut banyak diasuh oleh neneknya. Seorang ayah juga kurang sabar/tidak telaten dalam mengasuh anak dibandingkan seorang ibu hal ini seperti yang telah diungkapkan dalam jurnal penelitian Vol.1. No.1. Desember 2010, oleh Sri Muliati Abdullah terkait dengan “Peran Ayah dalam Pengasuhan Anak Usia Dini” yang mana dalam penelitian tersebut menyebutkan bahwa “ Ayah dalam mengasuh anak kurang sabar, mudah marah, cepat bosan, lelah mengawasi anak, tidak mengerti mengajari/menstimulasi anak, tidak mahir memenuhi kebutuhan anak (seperti membuat susu, menyuapi makan, memandikan), tidak mengerti apa yang harus dilakukan ketika anak rewel, keras kepala, sulit diatur, dan malas”.²⁷

Dari permasalahan yang muncul diatas jika dikaitkan dengan teori keadilan yang diungkapkan oleh John Rawls terkait dengan Konsep “Selubung Ketidaktahuan” bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang.²⁸ Maka dalam hal ini posisi seorang anak yang masih

²⁷ Jurnal Spirit , Sri Muliati Abdullah, *Studi Eksplorasi Tentang Peran ayah Dalam Pengasuhan Anak Usia Dini*, Vol 1.No.1 Desember 2010.

²⁸ John Rawls, 2006. “*A Theory of Justice*, London: Oxford University press”, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta. Hal. 90.



dibawah umur yang menjadi objek sengketa tidak mengetahui fakta-fakta yang telah terjadi pada dirinya, karena seorang anak yang masih belum mengerti apa-apa, dan masih bergantung pada orang lain. Sudah pasti anak tersebut belum mengerti hakikat dari keadilan yang tengah berkembang didalam masyarakat.

Kemudian jika dikaitkan dengan Konsep "Posisi Awal" yang dikemukakan oleh Jhon Rawls bahwa adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu di dalam suatu masyarakat. Seharusnya hakim dalam hal ini tidak membedakan terkait agama dari termohon yang sudah pindah ke agama

Kristen. Karena seseorang yang beragama selain Non-Islam juga belum tentu buruk dalam membimbing dan mengarahkan anak dalam hal spiritual, karena di Indonesia Agama apapun baik. Karena semua agama selalu mengajarkan kepada kebaikan dan tidak mungkin untuk mengajarkan kepada keburukan, dan seseorang bebas untuk memeluk agama yang diyakini dan sudah dijamin oleh Konstitusi.

Jhon Rawls menegaskan terkait pandangannya terhadap keadilan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan harus memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu pertama, memberikan hak dan kesempatan yang sama bagi setiap orang, dan yang kedua yaitu mampu untuk mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberikan keuntungan

yang bersifat timbal balik.²⁹ Dalam hal ini putusan pengadilan Malang yang menjatuhkan hak asuh anak pasca perceraian kepada ayah dengan dasar pertimbangan ibu telah berpindah agama pada dasarnya telah menyimpang dari prinsip keadilan yang telah dikemukakan oleh Jhon Rawls yang mana harusnya

²⁹ John Rawls, 2006, *A theory of Justice*, London:Oxford University press, 1973 yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.



hakim memberikan hak dan kesempatan yang sama dari setiap orang, artinya tidak membeda bedakan dari segi status agama karena telah berpindah agama dalam memberikan hak asuh anak, pada dasarnya setiap orang tua memiliki hak dan kewajiban yang sama untuk mengasuh anak, dan karena hakikatnya Konstitusi sudah menjamin bahwa hak seseorang untuk beragama dan memilih agama yang dikehendaki merupakan hak dasar dari setiap orang sebagaimana telah tertuang dalam ketentuan Pasal 29 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan Pasal 22 UU No.39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Padahal jika melihat dari sebuah hadist shahih yang diriwayatkan oleh Ahmad dan Abu Dawud yang menyebutkan: “Dari Abdullah Ibnu Amar bahwa ada seseorang perempuan berkata: Wahai Rasulullah, sesungguhnya anakku ini perutku yang mengandungnya, susuku yang memberinya minum, dan pangkuanku yang melindunginya. Namun ayahnya yang menceraikanku ingin merebutnya dari diriku. Maka Rasulullah Shallallahu’alaihi wa sallam bersabda kepadanya: “Engkau lebih berhak terhadapnya selama engkau belum menikah.”³⁰

Artinya jika melihat dari sebuah hadist tersebut bahwa Ibulah yang berhak untuk mengasuh anak pasca perceraian, karena ibulah yang sudah mengandung anak tersebut selama sembilan bulan dan seorang ibulah yang telah memberikan Air Susunya untuk tumbuh kembangnya anak, kecuali apabila ibu mengalami gangguan jiwa atau memiliki kelakuan yang buruk sekali maka hak asuhnya bisa jatuh kepada ayah. Penulis melihat pengorbanan seorang ibu jauh lebih besar dibandingkan seorang ayah karena ibu juga harus berjuang mempertaruhkan

³⁰ Al Asqalani, Ibnu Hajar, 2011. *Balughul Maram (Kitab Hadits Praktis dan Lengkap Fikih, Akhlak, dan keutamaan Amal)*, Bandung: sygma Publishing. Hal 253

nyawanya untuk melahirkan anaknya kedua, sedangkan ayahnya tidak mengalami hal tersebut.

Sedangkan jika melihat dari dasar pertimbangan yang digunakan oleh hakim dalam pengambilan keputusan untuk menjatuhkan putusan sengketa hak asuh anak dengan ibu yang telah berpindah agama jika kita kaitkan dengan teori pengambilan keputusan yang dikemukakan oleh G.R.Terry, bahwa dalam pengambilan keputusan harus didasarkan pada intuisi, pengalaman, fakta, wewenang dan rasional. Dalam putusan pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg bahwa hakim dalam mengambil keputusan dalam memutus perkara terkait sengketa hak asuh anak dengan ibu yang telah berpindah agama terlebih dahulu melihat Fakta yang ditemukan didalam persidangan bahwa fakta-fakta tersebut antara lain: 1). Pihak pemohon dan termohon telah melakukan pernikahan yang dibuktikan dengan Foto Kopi Kutipan Akta nikah yang dibuat pegawai pencatat Nikah pada Kantor Urusan Agama Kecamatan Gubeng Kota Surabaya Nomor...tanggal 03 Oktober 2002, dan bermaterai; 2). Foto Kopi Lahir dari Rumah Sakit Ibu dan Anak Melati Husada dan Bermaterai; 3). Foto Kopi atau Istri dengan Nomor Induk Kependudukan: 3578084910760001 yang status agamanya yaitu Kristen, 3). Keterangan dari dua orang saksi yang sudah disumpah dan pada pokoknya kedua saksi mengetahui termohon dan pemohon sering bertengkar yang disebabkan karena perbedaan keyakinan.

Kemudian terkait dengan wewenang hakim telah disebutkan dalam Undang-Undang Nomor. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, bahwa hakim berwenang untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang masuk didalam pengadilan. Dan didasarkan pada ketentuan Pasal 49 Undang-





Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama Bahwa

“Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan

menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama

Islam di bidang: a.perkawinan; b.warta; c.wasiat; d.hibah; e.wakaf; f. zakat;

g.infaq; h.shadaqah; dan i.ekonomi syaria’.” Sehubungan dengan kasus yang

ditangani berkaitan dengan hak asuh anak akibat dari perceraian yang pada

awalnya pernikahannya dilakukan secara Islam tentunya yang memiliki

wewenang untuk menyelesaikan masalah tersebut adalah hakim dalam

lingkungan peradilan agama, Yang terakhir terkait dengan Rasional dari hakim

yaitu karena ibu telah berpindah agama atau murtad maka dalam hal ini hakim

berpendangan jika ibu yang berpindah dari agama Islam ke agama Kristen sangat

diragukan untuk dapat membimbing, dan mengarahkan anak untuk menjadi anak

yang soleh yang taat kepada agama Islam, sehingga hak asuh anak diberikan

kepada ayah karena untuk menjaga akidah dari anak tersebut.

Jika melihat dari pemikiran Satdjipto Raharjo yang terkenal dengan Teori

Hukum Progresif merupakan suatu institusi yang bertujuan untuk mengantarkan

manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia

bahwa hukum untuk manusia bukan sebaliknya, artinya manusia untuk hukum.³¹

Sebetulnya putusan pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg

salah satu bentuk aturan untuk memberikan jaminan perlindungan hukum

terhadap anak, karena dengan adanya putusan pengadilan agama maka diharapkan

³¹ Satjipto Rahardjo 2009. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*. Genta Publishing, Yogyakarta. hal 2



dapat terwujud suatu kepastian hukum terhadap hak asuh anak, sehingga anak dapat terlindungi secara baik.

Bagi hukum progresif proses Perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tapi pada kreatifitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan

Perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu Perubahan peraturan (*Changing of law*). peraturan yang buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif

untuk menghadirkan keadilan untuk rakyat, karena mereka dapat melakukan interpretasi terhadap suatu peraturan.³² Dalam Putusan pengadilan Agama Malang

Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg bahwa hakim telah melakukan penafsiran hukum yang berbeda terkait dengan ketentuan Pasal 105 huruf a Kompilasi

Hukum Islam, yang mana hakim beranggapan Pasal tersebut sudah tidak bisa mengikat lagi jika seseorang telah keluar dari ajaran Islam atau murtad hal tersebut didasarkan pada hukum fiqih. Jadi ketentuan yang terdapat dalam Pasal

105 kompilasi Hukum Islam tidak dapat diterapkan dalam kasus tersebut.

Sehingga hakim dalam hal ini menggunakan penemuan hukum baru dalam memutus hal tersebut. Karena terkait dengan hak asuh anak dengan ibu yang

berpindah agama atau murtad belum ada dasar hukum yang jelas. Hal tersebut

sejalan dengan ketentuan Pasal 5 Ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan bahwa "hakim wajib menggali,

mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam

³² Bernard L.Tanya dkk., *Teori Hukum. Strategi Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta:Genta Publishing, 2010:212-213



masyarakat”³³. Hal ini yang menjadi dasar pijakan hakim dalam melakukan penemuan hukum dan pembaharuan hukum terkait dengan hak asuh anak pasca perceraian dari ibu yang telah berpindah agama.

Sebetulnya berdasarkan pada ketentuan Pasal 116 huruf h Kompilasi Hukum Islam bahwa murtadnya seseorang hanya dapat dijadikan sebagai alasan untuk bercerai. Selain itu bahwa murtadnya seseorang juga hanya akan berakibat hilangnya hak untuk waris dan mewarisi terhadap orang Islam, yang mana hal tersebut telah dijelaskan pada ketentuan Pasal 171 huruf b dan huruf c, dalam Pasal tersebut dijelaskan bahwa “pewaris merupakan orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama islam”³⁴. Sedangkan dalam hal ahli waris juga disebutkan bahwa yang di dimaksud dengan “ahli waris dalam ketentuan tersebut yaitu orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris dan beragama Islam”³⁵, artinya orang yang sudah keluar dari agama Islam atau murtad tidak bisa dijadikan pewaris dan ahli waris terhadap orang muslim karena mereka sudah tidak beragama islam.

Berdasarkan Pemikiran Satjipto Rahardjo menegaskan bahwa Hukum progresif mempunyai tipe yang responsif. Dalam tipe *Responsive*, hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan diluar narasi tekstual hukum itu sendiri. Tipe *Responsive* menolak otonomi hukum yang bersifat final dan tidak dapat diganggu gugat.³⁶ Penulis berpandangan pada putusan diatas bahwa hakim telah menolak ketentuan yang tercantum dalam Pasal 105 huruf a dan ketentuan yang tercantum

³³ Pasal 5 Ayat 1 UU NO. 48 Tahun 2009 tentang Kekusaan Kehakiman

³⁴ Pasal 171 huruf b Kompilasi Hukum Islam

³⁵ Pasal 171 huruf c Kompilasi Hukum Islam

³⁶ Satjipto Rahardjo 2009. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*. Genta Publishing. Yogyakarta. hal. 7



dalam Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam yang harusnya dalam ketentuan KHI anak yang masih dibawah umur 12 tahun atau belum *Mummayiz* hak asuh anak jatuh pada ibu, namun dalam hal ini putusan tersebut telah memberikan hak asuhnya kepada ayah kandungnya, karena hakim berpandangan berdasarkan hukum fiqih dan kemslihatan anak artinya: Artinya bahwa “Hukum dapat berubah sesuai dengan illat hukumnya”. Sehingga ketentuan yang terdapat dalam Pasal 105 huruf a dan 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam tidak mengikat terhadap ibu yang telah berpindah agama. Jadi menurut hemat penulis itulah salah satu bentuk responsif yang dilakukan hakim.

Teori Hukum Progresif merupakan bagian dari proses *searching for the truth* (pencari kebenaran) yang tidak pernah berhenti. Satdjipto rahardjo sebagai penggagas hukum progresif mengatakan *rule breaking* sangat penting dalam sistem penegakan hukum. Dalam penegakan hukum hakim dan juga penegakan hukum lainnya, harus berani membebaskan diri dari penggunaan pola baku, dan cara demikian sebenarnya sudah banyak terjadi, ada 3 (tiga cara) untuk melakukan *rule breaking* yang pertama dengan menggunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum dan tidak membiarkan diri terkekang cara lama; yang kedua melakukan pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum; dan ketiga, hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kelompok yang lemah.³⁷

Jika melihat dari putusan pengadilan agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg bahwa penulis melihat jika hakim dalam hal ini telah

³⁷ Suteki. 2015. *Masa Depan Hukum Progresif*. Yogyakarta. Thafa media, Hal.38



menerapkan prinsip *rule breaking* yang mana hakim dalam memutus perkara terkait dengan sengketa hak asuh anak pertama telah menerapkan kecerdasan spiritual yang dimiliki hakim karena hakim berusaha untuk melindungi kepentingan agama anak kedepannya. Kemudian yang kedua hakim juga telah melakukan pemaknaan hukum terkait dengan ketentuan yang tercantum pada Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam, bahwa “anak yang belum *mummayiz* dan belum berumur 12 tahun hak asuh jatuh pada ibu” namun terkait dengan hal tersebut hakim melihat bahwa ketentuan yang dimaksudkan dalam Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam hanya berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam, dan Pasal tersebut tidak bisa lagi mengikat jika didasarkan pada hukum fiqh sehingga Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam tidak berlaku lagi terhadap ibu yang telah berpindah agama. Dan yang terakhir terkait dengan hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan kepedulian dan keterlibatan (*compassion*) kelompok yang lemah, pada dasarnya hakim melihat pada kondisi anak sebagai kelompok yang lemah dan belum mengerti apa-apa tentu harus dilindungi hak-haknya dalam hal ini terutama hak anak untuk beragama.

Sebenarnya jika melihat dalam tata urutan peraturan perundang-undangan kedudukan dari Kompilasi Hukum Islam Pada dasarnya masih menjadi perdebatan dan problematika tersendiri bagi para kalangan ahli hukum tata negara, karena jika melihat dari dasar hukum yang digunakan keberlakuan Kompilasi Hukum Islam hanya didasarkan pada Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991, sedangkan dalam tata urutan peraturan perundang-undangan yang terdapat dalam Pasal 7 Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan



Perundang-undangan Instruksi presiden tidak disebutkan didalamnya, yang mana dalam ketentuan tersebut hanya menyebutkan bahwa “jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan terdiri atas: a. Undang-Undang Dasar Negara republik Indonesia tahun 1945; b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; c. Undang-Undang; d. Peraturan Pemerintah; e. Peraturan Presiden; f. Peraturan daerah Provinsi; dan g. Peraturan Daerah Kabupaten Kota.

Sedangkan jika melihat dalam Instruksi presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam, yang mana isi dari intruksi tersebut yaitu “Menginstruksikan kepada menteri agama untuk pertama menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam yang terdiri dari: a. Buku I tentang Hukum Perkawinan; b. Buku II tentang Hukum Kewarisan; c. Buku III tentang Hukum Perwakafan, sebagaimana telah diterima baik oleh Alim Ulama Indonesia dala Loka Karya di Jakarta pada tanggal 2 sampai 5 februari 1988, untuk digunakan oleh Instansi Pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya. kemudian yang kedua melaksanakan instruksi ini dengan sebaik-baiknya dan penuh tanggung jawab, sedangkan konsideran intruksi tersebut menyatakan: a. bahwa ulama indonesia dalam lokakarya yang diadakan dijakarta pada tanggal 2 sampai dengan 5 februari 1988 telah menerima baik rancangan buku kompilasi hukum islam yaitu buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan, Buku III tentang Perwkafan; b. bahwa kompilasi hukum islam tersebut dalam huruf a oleh instansi pemerintah dapat digunakan sebagai pedoman



dalam menyelesaikan masalah-masalah dibidang tersebut; c. bahwa oleh karena itu Kompilasi Hukum Islam tersebut huruf a perlu disebarluaskan”³⁸

Berdasarkan pada konsideran huruf b Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991 keberadaan Kompilasi Hukum Islam dapat digunakan sebagai pedoman dalam menyelesaikan masalah-masalah dibidang perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Akan tetapi disini tidak ditemukan penjelasan apa yang dimaksud dengan pedoman. Namun jika melihat dari susunan kalimat “dapat digunakan sebagai pedoman” akan dapat menumbuhkan penafsiran bahwa dalam masalah ini kompilasi hukum islam tidak bersifat mengikat secara penuh artinya para pihak atau instansi pemerintahan dapat memakainya dan dapat pula tidak memakainya.

Selain itu juga dalam instruksi tersebut tidak dicantumkan sanksi maupun akibat hukum yang akan diperoleh jika tidak menggunakan Kompilasi Hukum Islam, Sehingga penulis berpandangan bahwa tidak menjadi sebuah kewajiban bagi instansi pemerintah maupun masyarakat untuk menggunakan atau menerapkan Kompilasi Hukum Islam.

Instruksi Presiden No.1 Tahun 1991 sendiri dikeluarkan berdasarkan ketentuan Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu “Kekuasaan presiden untuk memegang kekuasaan pemerintahan negara”.³⁹ Jika merujuk pada disertasi yang ditulis oleh Akhmad Muslih yang berjudul “Kedudukan Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum di Indonesia”.

dalam penelitian tersebut menyebutkan bahwa jika instruksi presiden sebenarnya

³⁸ Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam

³⁹ Pasal 4 Ayat 1 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945



termasuk kedalam kelompok “peraturan presiden”. Sebab instruksi presiden dikeluarkan berdasarkan teori atribusi, bahwa presiden berwenang mengeluarkan peraturan presiden. Selain berdasarkan pada teori tersebut, masih terdapat argumen lain bahwa dalam praktek kettanegaraan manapun masih memerlukan adanya quasi peraturan (*beleidsraged*), quasi peraturan sangat erat dengan kelompok Peraturan Presiden, dengan demikian maka Instruksi Presiden Integra dalam Peraturan Presiden⁴⁰.

Dalam disertasinya Akhmad Muslih juga menyebutkan bahwa Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 yang berisi peraturan (*regeling*) mempunyai kedudukan hierarki dalam sistem hukum di Indonesia, lebih tepatnya dibawah peraturan pemerintah dan diatas peraturan menteri. Selain itu Akhmad Muslih juga menambahkan bahwa setiap produk hukum berupa *regeling*, *besschiking*, dan *vonnis* yang dibuat dalam sistem hukum Nasional dapat dimintakan *judicial review*, selama belum dilakukan *judicial review* dan belum ada keputusan yang menyatakan pembatalan maka bentuk produk hukum yang berupa *regeling*, *besschiking*, dan *vonnis* tetap sah⁴¹.

Dalam hierarki peraturan perundang-undangan tidak disebutkan bahwa instruksi presiden masuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia. Menurut Ismail Sunny, ahli hukum tata negara dalam Disertasinya Akhmad Muslih menyebutkan bahwa “meskipun Inpres tidak disebutkan didalam Tap No.XX/MPRS/1996, namun berdasarkan kenyataannya

⁴⁰ Akhmad Muslih, *Kedudukan Instruksi Presiden Nmor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum di Indonesi*. Disertasi. Malang, 2011. Universitas Brawijaya. hlm.74

⁴¹ *ibid* hlm. 73



bahwa dalam praktik penyelenggaraan pemerintah presiden lebih sering mengeluarkan Inpres yang dianggap lebih efektif, maka inpres memiliki kedudukan yang sama dengan Keppres sehingga daya mengikatnya pun sama⁴².

Berdasarkan dari kedua pendapat diatas penulis dapat menarik kesimpulan bahwa Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 merupakan salah satu bentuk peraturan presiden, yang dalam hal ini berlandaskan pada ketentuan Pasal 4 ayat 1 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan kedudukannya dalam hierarki peraturan perundang-undangan yaitu dibawah peraturan pemerintah dan diatas peraturan menteri.

Setelah Instruksi presiden Nomor 1 Tahun 1991 dikeluarkan kemudian menteri agama menindaklanjuti hal tersebut dengan mengeluarkan Keputusan Menteri Agama Nomor 154 Tahun 1991 tentang pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 Tanggal 10 Juni 1991, yang dalam hal ini isi dari keputusan tersebut yaitu "Pertama bahwa seluruh instansi Departemen agama dan Instansi pemerintah lainnya yang terkait agar menyebarluaskan Kopilasi Hukum Islam dibidang Hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan sebagaimana dimaksud diktum pertama Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 untuk digunakan oleh instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya dalam menyelesaikan masalah-masalah dibidang tersebut; kedua, seluruh lingkungan instansi tersebut dalam diktum pertama, dalam menyelesaikan masalah-masalah bidang hukum perkawinan kewarisan dan

⁴² Akhmad Muslih, *Kedudukan Instruksi Presiden Nmor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum di Indonesi*. Disertasi. Malang, 2011. Universitas Brawijaya. hlm.71

perwakafan sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam tersebut disamping peraturan-peraturan perundang-undangan lainnya; ketiga Direktur jenderal pembinaan kelembagaan Agama Islam dan Direktur Bimbingan Masyarakat Islam dan Urusan Haji mengkoordinasikan pelaksanaan Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia ini dalam bidang tugasnya masing-masing; Keempat, keputusan ini mulai berlaku sejak ditetapkan⁴³.

Jika merujuk pada ketentuan yang disebutkan didalam Keputusan Menteri Agama Nomor 154 Tahun 1991 tentang pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 pada diktum yang kedua yang berbunyi “seluruh lingkungan instansi tersebut dalam diktum pertama, dalam menyelesaikan masalah-masalah bidang hukum perkawinan kewarisan dan perwakafan sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam tersebut disamping peraturan-peraturan perundang-undangan”. Pada frasa “sedapat mungkin menerapkan” masih bisa dimaknai bahwa Kompilasi Hukum Islam masih dapat digunakan ataupun tidak digunakan. Karena jika melihat pada kalimat sedapat mungkin artinya kompilasi hukum islam hanya dipakai dalam keadaan yang memungkinkan. Jadi dapat dikatakan bahwa dalam hal ini hakim bisa menggunakan Kompilasi Hukum Islam atau tidak menggunakan Kompilasi Hukum Islam dalam memutus perkara-perkara yang berkaitan dengan perkawinan, kewarisan dan perwakafan.

Berdasarkan Putusan Pengadilan Agama Malang 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg penulis berpandangan bahwa putusan ini sudah memiliki kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) walaupun putusan

⁴³ Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 154 Tahun 1991 tentang pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Tahun 1991





tersebut telah mengesampingkan ketentuan yang tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam karena dalam hal ini pihak tergugat juga tidak melakukan upaya banding, selain itu hal tersebut didasarkan pada ketentuan Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan bahwa “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat” artinya jika melihat pada ketentuan tersebut hakim tidak harus terbelenggu dengan Suatu peraturan yang ada dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam, sehingga hakim disini dapat menggali dan memahami nilai-nilai hukum yang berkembang didalam masyarakat guna mendapatkan keadilan.

Selain itu jika merujuk pada penjelasan Pasal 196 Reglemen Indonesia yang sudah diperbarui (*Herziene Indlandsch Regement*) pada Bab kesembilan Bagian kelima tentang Menjalankan Keputusan yang menyebutkan bahwa “ jika pihak yang dikalahkan tidak mau atau lalai memenuhi keputusan itu dengan baik, maka pihak yang dimenangkan mengajukan permintaan kepada ketua Pengadilan negeri tersebut, yang dilakukan baik dengan lisan maupun dengan surat, supaya keputsan itu dilaksanakan, Kemudian ketua itu akan memanggil pihak yang kalah itu serta menegurnya, supaya ia memenuhi keputusan itu dalam waktu yang ditentukan oleh ketua, selama-lamanya delapan hari ”⁴⁴.

Pada prinsipnya penjelasan Pasal 196 HIR tersebut dapat dikatakan bahwa putusan perdata yang telah berkekuatan hukum tetap adalah serupa dengan pengertian putusan pidana yang telah berkekuatan hukum tetap sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 2 ayat 1 Undang-undang Nomor 22 Tahun 2002

⁴⁴ Pasal 196 Reglemen Indonesia yang sudah diperbarui (*Herziene Indlandsch Regement*)



tentang Grasi yang menyebutkan” yang dimaksud dengan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap adalah 1. Putusan pengadilan tingkat pertama yang tidak diajukan banding atau kasasi dalam waktu yang ditentukan oleh Undang-Undang tentang Hukum Acara Pidana, waktu yang sudah ditentukan yaitu tujuh hari sesudah putusan dijatuhkan atau setelah putusan diberitahukan kepada terdakwa⁴⁵; 2. Putusan pengadilan tingkat banding yang tidak diajukan kasasi dalam waktu yang ditentukan oleh Undang-undang Hukum Acara Pidana, dalam hal ini waktu yang ditentukan untuk pengajuan kasasi jika melihat dalam Pasal 46 yaitu dalam waktu empat belas hari⁴⁶; atau 3. Putusan Kasasi.

Muhammad Abdul kadir berpendapat bahwa “putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap adalah putusan yang menurut ketentuan undang-undang tidak ada kesempatan lagi untuk menggunakan upaya hukum biasa untuk melawan putusan tersebut”⁴⁷ Jadi dapat dikatakan bahwa putusan perdata yang memiliki kekuatan hukum tetap disini merupakan suatu putusan pengadilan tingkat pertama yang tidak diajukan banding, putusan banding yang tidak diajukan kasasi dan putusan kasasi.

Berdasarkan ketentuan Pasal 67 Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung bahwa putusan perkara perdata yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dapat diajukan peninjauan kembali dengan hanya berdasarkan alasan-alasan sebagai berikut:

⁴⁵ Lihat Pasal 233 ayat 2 jo Pasal 234 ayat 1 UU no 8 tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana

⁴⁶ Lihat Pasal 245 ayat 1 Jo Pasal 246 KUHAP

⁴⁷ Muhammad Abdul Kadir, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Bandung, Citra Aditya Bhakti, 1990, Hal 173



- a. Apabila putusan didasarkan pada suatu kebohongan atau tipu muslihat pihak lawan yang diketahui setelah perkaranya diputus atau didasarkan pada bukti-bukti yang kemudian oleh hakim pidana dinyatakan palsu;
- b. Apabila setelah perkara diputus ditemukan surat-surat bukti yang bersifat menentukan yang pada waktu perkara diperiksa tidak dapat ditemukan;
- c. Apabila telah dikabulkan suatu hal yang dituntut atau lebih dari pada yang dituntut;
- d. apabila mengenai suatu bagian dari tuntutan belum diputus tanpa dipertimbangkan sebab-sebabnya;
- e. Apabila antara pihak-pihak yang sama mengenai suatu soal yang sama, atas dasar yang sama oleh Pengadilan yang sama atau sama tingkatnya telah diberikan putusan yang bertentangan dengan yang satu dengan yang lain;
- f. Apabila dalam suatu putusan terdapat kekhilafan hakim atau suatu kekeliruan yang nyata⁴⁸.

Terkait dengan permohonan peninjauan kembali yang dilakukan oleh pihak tergugat berdasarkan Pasal 68 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung disebutkan bahwa “Peninjauan kembali harus dilakukan oleh pihak yang berperkara, atau ahli warisnya atau seorang wakilnya yang secara khusus dikuasakan untuk itu”⁴⁹, sedangkan tenggang waktu pengajuan permohonan peninjauan kembali yang didasarkan atas alasan-alasan diatas adalah 180 hari atau kurang lebih 6 bulan.

⁴⁸ Pasal 67 Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung

⁴⁹ Pasal 68 ayat 1 undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung



Berdasarkan pada Ketentuan Pasal 70 Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung baik putusan perkara pidana maupun putusan perkara perdata, pengajuan peninjauan kembali keduanya diajukan kepada Mahkamah Agung melalui ketua pengadilan yang memutus pada tingkat pertama⁵⁰.

Dengan demikian bahwa putusan Pengadilan Agama Malang 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg menurut pandangan penulis telah menyimpang dari ketentuan Pasal 105 huruf a dan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam, yang seharusnya hak asuh anak yang belum *mummayiz* atau belum berumur 12 tahun jatuh pada Ibu kandungnya namun hakim menjatuhkan hak asuh anak pasca perceraian kepada ayah kandungnya. Tetapi dalam hal ini putusan tersebut juga telah memiliki kekuatan hukum tetap, karena pihak tergugat disini tidak melakukan upaya banding maupun upaya kasasi setelah putusan tersebut dikeluarkan, sebagaimana telah tercantum dalam ketentuan Pasal 195 *Herziene Indlandsch Regement*) HIR jo Pasal 2 ayat 1 Undang-undang Nomor 22 Tahun 2002 tentang Grasi, sehingga upaya hukum terakhir yang bisa dilakukan oleh pihak tergugat yaitu dengan melakukan peninjauan kembali terhadap putusan tersebut hal ini didasarkan pada ketentuan Pasal 67 Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

⁵⁰ Lihat Pasal 264 KUHAP jo Pasal 70 Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung



BAB IV

PENUTUP

4.1. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan terkait dengan hak asuh anak dengan ibu yang berpindah agama dalam putusan pengadilan agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg penulis menyimpulkan sebagai berikut:

1. Ibu yang telah berpindah agama pada hakikatnya tetap memiliki hak untuk mengasuh anak yang masih dibawah umur pasca perceraian, karena dalam hukum nasional tidak terdapat ketentuan yang mengatur terkait dengan murtadnya seseorang dapat kehilangan hak untuk mengasuh anak pasca perceraian. Dalam hal ini yang dapat menghilangkan hak asuh anak antara lain apabila ibu melalaikan kewajibannya dalam pemeliharaan anak, tidak cakap, tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, berkelakuan buruk dan dijatuhi hukuman pidana. Dalam hal ini terkait murtadnya seseorang hanya dapat dijadikan sebagai alasan untuk melakukan perceraian, yang telah termuat pada ketentuan Pasal 116 huruf h Kompilasi Hukum Islam dan berpindahnya agama atau murtadnya seseorang hanya menjadikan seseorang tidak dapat diwarisi dan mewarisi terhadap orang Islam hal tersebut dapat dilihat pada ketentuan Pasal 171 huruf b dan huruf c Kompilasi Hukum Islam.
2. Putusan Pengadilan Agama Malang Nomor 1137/Pdt.G/2012/PA.Mlg bertentangan dengan ketentuan Pasal 105 huruf a dan 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam, karena jika merujuk ketentuan tersebut

seharusnya hak asuh terhadap anak yang masih dibawah umur atau belum berumur 12 tahun dan belum *mummayiz* pasca perceraian harus jatuh pada ibunya.

4.2. Saran

Saran yang dapat penyusun kemukakan disini sehubungan dengan tesis ini sebagai berikut:

1. Hendaknya hakim harus lebih cermat dan lebih teliti lagi dalam menafsirkan ketentuan yang tercantum dalam Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam dan Pasal 156 huruf a Kompilasi Hukum Islam. Sehingga dengan begitu diharapkan dalam pengambilan keputusan terkait hak asuh anak pasca perceraian dengan ibu yang telah berpindah agama dapat mencapai keadilan didalam masyarakat. Selain itu dalam memutus perkara terkait dengan hak asuh anak yang masih dibawah umur seharusnya hakim juga harus melihat dari segi kondisi fisik, umur maupun kondisi psikis anak yang menjadi objek sengketa.
2. Pemerintah harus secepatnya memberikan pengaturan yang jelas terkait dengan hak asuh anak jika kedua orang tua berbeda keyakinan pasca perceraian. salah satunya dengan memasukkan suatu aturan yang lebih terperinci terkait hak asuh anak dengan orang tua yang berbeda keyakinan kedalam Undang-undang perlindungan anak. sehingga anak dalam hal ini bisa mendapatkan kepastian hukum yang jelas terkait hak asuh anak apabila salah satu orang tuanya berpindah agama atau murtad pasca perceraian.





3. Masyarakat sebaiknya dalam menyelesaikan masalah perkara sengketa hak asuh anak pasca perceraian tidak harus diselesaikan melalui pengadilan karena selain prosesnya yang lama tentu juga akan berdampak pada kondisi psikis anak terlebih lagi anak yang menjadi objek sengketa masih di bawah umur, dan sebaiknya masyarakat bisa menyelesaikan masalah hak asuh anak pasca perceraian dengan cara bermusyawarah antara kedua belah pihak dengan di hadirin dan disaksikan oleh kedua keluarga dari pasangan.

DAFTAR PUSTAKA

- Agus Santoso. 2012. *Hukum, Moral, dan Keadilan Sebuah Kajian Filsafat Hukum*. Kencana Prenada Media Group. Jakarta.
- Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Hukum Perkawinan Islam*, UI Press, Yogyakarta.
- Akhmad Muslih. 2011. *Kedudukan Instruksi Presiden Nmor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Sebagai Sumber Hukum dalam Sistem Hukum di Indonesi*. Disertasi. Malang. Universitas Brawijaya.
- Abu Bakar Jabir Al-Jazairi, 2001, *Ensiklopedi Muslim (Minhajul Muslim)*, diterjemahkan Oleh Fadhli Bahri, cet. 2, Jakarta.
- Abd. Rahman Ghazali, 2006, *Fiqh Munakahat*, Kencana: Jakarta.
- Amir Syarifuddin, 2007. *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang*, Kencana, Jakarta.
- Bernard L. Tanya dkk., 2010. *Teori Hukum. Strategi Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Genta Publishing, Yogyakarta.
- Dellyana, Shanty, 1990. *Wanita dan Anak di Mata Hukum*, Liberty, Yogyakarta
- Ibrahim, Jhony, 2007. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, bayu media, Malang.
- Hamdani, 1989. *Risalah Nikah Perkawinan Islam*, Pustaka Amani, Jakarta.
- Langgeng Putra, 2012. *Penunjukan Hak Asuh Atas Anak Oleh Hakim Setelah Perceraian di Pengadilan Agama Padang, Tesis Magister Kenotariatan UGM, Yogyakarta*.
- Marliana, 2012, *Peradilan Pidanan Anak Indonesia: Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*, Reika Aditama, Bandung.
- Marzuki, Peter Mahmud, 2005, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta.
- _____, 2008, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Muhammad Abdul Kadir, 1990, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung.
- Mufidah Ch, 2013, *Psikologi Keluarga Islam Berwawasan gender*, UIN Maliki Press, Malang.

Muhammad, Rusli, 2007, *Hukum Acara Pidana Kontemporer*. PT Citra Aditya Bakti, Bandung.

Muzayyanah, 2007. *Hak Asuh dan Pemberian Nafkah Terhadap Anak Sebagai Salah Satu Akibat Perceraian: Studi Kasus Putusan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama Bantul*, Tesis Magister Ilmu Hukum UGM, Yogyakarta.

M. Yahyah Harahap, 1975, *Hukum Perkawinan Nasional: pembebasan berdasarkan undang-undang no 1 Tahun 1974, peraturan pemerintah no 9 tahun 1975*, Zahir, Medan.

P.N.H. Simanjuntak, 2007, *Pokok-Pokok Hukum Perdata Indonesia*, Pustaka Djambatan, Jakarta.

Rahman I. Doi, Abdur, 1996, *Hudud dan kewarisan*, Cet.1, PT, Raja Grafindo Persada, Jakarta.

Rawls, John, 2006, *A theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973 yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.

Satjipto Rahardjo, 2007, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta.

_____. 2009. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*. Genta Publishing, Yogyakarta.

Shidarta, 2012. *Mochtar Kusumaatmadja dan Teori Hukum Pembangunan: Eksistensi dan Implikasi*, Epistima Institute dan Huma, Jakarta.

Sudikno, Merto Kusumo. 1998. *Hukum Acara perdata Indonesia*. Liberty. Yogyakarta

Subekti, 1985, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta.

Subhan Husain Allbari, 2011, *Agar Anak Rajin Shalat* Diva Press. Yogyakarta.

Suteki, 2015. *Masa Depan Hukum Progresif*. Thafa media. Yogyakarta.

Syaifudi, Muhammad, dkk, 2013, *Hukum Perceraian*, Sinar Grafika, Jakarta.

Syahrini, Riduan, 1999, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.

Syamsi, Ibnu. 2000. *Pengambilan keputusan dan Sistem Informasi*. Bumi Aksara, Jakarta.



Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, 1997, *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Kedua*, Balai Pustaka, Jakarta.

Tim Penulis IAIN Syarif Hidayatullah (ed.), 2002, *Ensiklopedi Islam Indonesia*, Djambatan, Jakarta.

Van Apeldoorn, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

KUHPer (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata)

KHI (Kompilasi Hukum Islam) Intruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2006 Nomor 22

Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1

Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2014 Nomor 297

Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1999 Nomor 165

Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1985 Nomor 3316

Undang-undang Nomor 3 tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

Peraturan Pemerintah Nomor 1975 tentang Peraturan Pelaksana Undang-Undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 154 Tahun 1991 tentang pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia Tahun 1991





JURNAL

Jurnal Spirit , Sri Muliati Abdullah, *Studi Eksplorasi Tentang Peran ayah Dalam Pengasuhan Anak Usia Dini*. Vol 1.No.1 Desember 2010.

INTERNET

<https://almanhaj.or.id/2020-orang-yang-tidak-berhak-mendapat-harta-waris.html>, diakses 23 April 2018.

<http://aliyfaizal.blogspot.co.id/2013/05/penjelasan-tentang-riddah-keluar-dari-islam-dari-berbagai-kitab-para-ulama-4-madzhab.html?m=1> diakses tanggal 23 April 2018.