

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar belakang masalah

Anak merupakan amanah yang diberikan oleh Allah kepada orang tua yang harus dipelihara dan dilindungi semua hak-haknya. Namun faktanya sebagian orang tua dan masyarakat belum sepenuhnya mampu menjamin dan melindungi hak-hak anak sesuai dengan harkat dan martabatnya kemanusiaan, sebagaimana undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang perkawinan¹ Kompilasi Hukum Islam dan mengatur sedemikian rupa mengenai hak-hak anak, baik materil maupun immateril, ketika orang tua nya masih terikat dalam perkawinan maupun sudah bercerai.²

Perlindungan anak dalam Undang-Undang dengan pemeliharaan anak dalam Kompilasi Hukum Islam penting untuk dikaji lebih mendalam karena erat kaitannya dengan pemenuhan hak atas persamaan di depan hukum dan keadilan dan nampaknya belum terdapat sinkronisasi perlu di perdalam aspek pilosofis, yuridis dam sosiologisnya serta implementasikan pada Putusan Peradilan Agama

Keluarga adalah unit terkecil dari masyarakat yang terdiri atas kepala keluarga dan beberapa orang yang terkumpul dan tinggal di suatu tempat di bawah suatu atap dalam keadaan saling ketergantungan.³ Anita L. Vangelis⁴ mengatakan bahwa di dalam keluarga terdapat dua atau lebih dari dua pribadi yang tergabung karena hubungan darah, hubungan perkawinan atau pengangkatan, di hidupnya dalam satu rumah tangga, berinteraksi satu sama lain dan di dalam perannya masing-masing dan menciptakan serta mempertahankan suatu masyarakat.

Keluarga memiliki beberapa tipe, yakni keluarga inti yang terdiri atas suami, istri, dan anak atau anak-anak, keluarga konjugal yang terdiri atas pasangan dewasa (ibu dan ayah) dan anak-anak mereka, di mana terdapat interaksi dengan

¹ Diatur dalam bab X tentang hak dan kewajiban antara orang tua dan anak, mulai dari Pasal 45 sampai Pasal 49 undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

² Diatur diantaranya dalam Pasal 81, 83, 98, 104, 105, 106, dan 156 Instruksi Presiden RI Nomor 1 ahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

³ R. A Baron, dan Donn Byrne. *Psikologi Sosial*. (Jakarta: Erlangga, 2003), hlm. 3

⁴ Anita L. Vangelis, *Handbook of Family Communication*, (US A:Lawrence Elbraum Press. 2004), hlm. 349

kerabat dari salah satu atau dua pihak orang tua. Selain itu terdapat juga keluarga luas yang ditarik atas dasar garis keturunan di atas keluarga aslinya. Keluarga luas ini meliputi hubungan antara paman, bibi, keluarga kakek, dan keluarga nenek. Peranan keluarga menggambarkan seperangkat perilaku antar pribadi, sifat, kegiatan yang berhubungan dengan pribadi dalam posisi dan situasi tertentu. Peranan pribadi dalam keluarga didasari oleh harapan dan pola perilaku dari keluarga, kelompok dan masyarakat.

Keluarga sebagai elemen sistem sosial yang akan membentuk masyarakat. Adapun lembaga perkawinan, sebagai sarana pembentuk keluarga adalah lembaga yang paling bertahan dan digemari seumur kehadiran masyarakat manusia. Perbedaan pandangan hidup dan adat istiadat setempatlah yang biasanya membedakan definisi dan fungsi sebuah keluarga dalam sebuah masyarakat. Peradaban suatu bangsa bahkan dipercaya sangat tergantung oleh struktur dan interaksi antar keluarga di dalam masyarakat tersebut. Dalam diskursus teori ilmu sosial, otoritas keluarga terhadap anak terbagi ke dalam tiga bagian:⁵ pertama, *patriarkal* yakni otoritas di dalam keluarga dimiliki oleh laki-laki (laki-laki tertua, umumnya ayah); kedua, *matriarkal* yakni otoritas di dalam keluarga dimiliki oleh perempuan (perempuan tertua, umumnya ibu); dan ketiga, *equalitarian* yakni suami dan istri berbagi otoritas secara seimbang.

Kaitannya dengan otoritas keluarga terhadap anak, ia diposisikan sebagai keturunan yang kedua; orang yang lahir dari rahim seorang ibu, baik laki-laki maupun perempuan atau *khunsa*, sebagai hasil dari persetubuhan antara dua lawan jenis. Anak yang lahir dari hasil hubungan perkawinan yang sah adalah anak sah. Sedangkan anak yang lahir dari hubungan yang tidak sah atau perzinahan oleh masyarakat lazim disebut anak zina. Dalam Islam dibedakan antara anak yang masih kecil (belum baligh) dan anak yang sudah baligh. Anak yang masih kecil ada yang belum *mumayyiz* (belum bisa yang hak dan bathil) dan ada yang sudah *mumayyiz*)⁶

⁵ Fr Tderique Holdert dan Gerrit Antonides, "Family Type Effects on Household Members Decision Making", *Advances in Consumer Research Volume 24* (1997), eds. Merrie Bracks and Deborah J. MacInnis, Provo, UT: Association for Consumer Research, Pages: 48-54

⁶ *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 4, (Jakarta: Ichtiar Baroe Van Hoeve, 1996), hlm. 112.

Hak Asasi Manusia merupakan suatu hak dasar yang dibawa sejak lahir yang berlaku universal pada semua manusia. Menurut UU RI No 39 Tahun 1999, Hak Asasi Manusia⁷ adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia. Perlindungan anak adalah segala bentuk kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh dan berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Perlu diketahui yang disebut sebagai anak itu adalah seseorang yang belum berusia 18 tahun, termasuk anak yang masih dalam kandungan, hal ini sesuai yang telah dituangkan di dalam Undang-Undang Perlindungan Anak Nomor 35 Tahun 2014. Dapat diketahui adanya hak anak secara umum yakni : (1) hak hidup; (2) hak tumbuh-kembang; (3) hak perlindungan; dan (4) hak partisipasi. Keempat hak tersebut saling berkaitan.

Indonesia dalam melakukan perlindungan terhadap hak anak, Indonesia telah membentuk Komisi Perlindungan Anak (KPAI). Pemerintah Indonesia pun memiliki kewajiban yang cukup besar dalam melindungi anak dari kekerasan. Dapat kita lihat salah satunya di dalam Undang-Undang Dasar 1945 Pasal 28 ayat (1) menerangkan hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum dan hak untuk tidak dituduh atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun serta berbagai Undang-Undang turunannya. Tetapi pada saat ini kasus kekerasan pada anak di bidang pendidikan sangat mengkhawatirkan, padahal sekolah merupakan tempat pendidikan yang ditempuh oleh anak sekolah seperti SD/SMP/MTs/SMA/MA/SMK-sederajat dan sekolah juga merupakan tempat menuntut ilmu setinggi-tingginya untuk menggapai impian

⁷ UU RI No 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia

atau cita-cita yang cemerlang. Ada beberapa faktor mengapa kekerasan terhadap anak ini masih sering terjadi, disebabkan oleh pemahaman bahwa kekerasan merupakan cara yang normal untuk mendidik, mendisiplinkan anak dan membesarkan anak, bahkan kekerasan juga diwariskan dari pola pengasuhan secara turun-temurun, anak yang mendapatkan kurangnya perhatian ataupun dukungan dari orang tua lebih rentan mendapatkan kekerasan.

Pemerintah melalui Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak pun mendorong agar anak-anak di lingkungan sekolah tidak mendapatkan kasus kekerasan. Di sekolah ada norma yang tertulis maupun tidak tertulis bertujuan untuk mengingatkan semua warga sekolah termasuk siswa. Banyaknya kasus kekerasan di sekolah tidak jarang dipicu oleh norma yang ada, karena siswa tidak diikutsertakan dalam penyusunan sehingga perspektif norma berdasarkan tafsir tunggal kepala sekolah maupun guru, bukan tafsir secara bersama. Inilah yang mengakibatkan anak berada dalam posisi lemah dan dilemahkan dengan norma.

Aturan hukum pidana mengenainya. Pasal 54 Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 menyatakan dalam ayat (1) bahwa Anak di dalam dan di lingkungan satuan pendidikan wajib mendapatkan perlindungan dari tindak kekerasan fisik, psikis, kejahatan seksual, dan kejahatan lainnya yang dilakukan oleh pendidik, tenaga kependidikan, sesama peserta didik, dan/atau pihak lain. Sedangkan pada ayat (2) diterangkan bahwa perlindungan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh pendidik, tenaga kependidikan, aparat pemerintah, dan/atau Masyarakat.⁸

Keluarga tidak satupun yang menginginkan perceraian, pada dasarnya semua rumah tangga setiap orang ingin utuh, rukun dan harmonis sebagaimana konsep Al-quran *sakinah mawaddah warahmah*. Namun ternyata terkadang ditengah perjalanan ombak dan badai tiba-tiba datang menghadang layaknya seperti nakhoda yang sedang mengarungi samudera, begitu pun dalam hal berumah tangga tidak sedikit yang terjadi permasalahan dalam rumah tangganya sehingga tidak

⁸ Undang-Undang k Nomor 35 Tahun 2014 T Perubahan Undang undang No 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

dapat mengendalikan emosinya yang pada akhirnya menimbulkan perselisihan dan pertengkaran yang sulit didamaikan, sehingga menjadikan rumah tangganya tidak terkendali, hal inilah yang harus difahami terlebih dahulu dan dimengerti sejak dini, bahkan dipelajari baik itu di lingkungan akademisi maupun dalam bidang keagamaan, tentang hak dan kewajiban suami terhadap istri dan sebaliknya sebelum berniat melakukan pernikahan.

Pernikahan tidak semudah seperti membalikan kedua belah tangan, maka disitu diperlukan pembelajaran atau pemahaman terlebih dahulu tentang ilmu nya, salah satu ilmu dalam pernikahan yang paling mendasar, pada umumnya yang dipelajari adalah *fiqih munakahat*.

Perkawinan dalam Pasal 1 undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan bahwa, perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan yang maha esa.⁹ Perkawinan dalam Kompilasi Hukum Islam adalah yaitu akad yang sangat kuat *mitsaqan ghalidzan* untuk mentaati perintah Allah SWT dan melaksanakannya merupakan ibadah,¹⁰ dari pengertian tersebut di atas sangatlah jelas bahwa tujuan perkawinan adalah untuk memperoleh keturunan dengan tujuan membentuk keluarga yang sakinah mawaddah dan rahmah serta kedepannya menjadikan rumah tangga yang kekal dan abadi bukan hanya di dunia saja tapi sampai kelak di akhirat.

Meskipun pada hakikat nya semua orang dalam membina rumah tangga menginginkan kebaikan dan kebahagiaan namun tidak sedikit di tengah-tengah perjalanannya terdapat permasalahan-permasalahan yang kerap terjadi dan tidak dapat diselesaikan dengan baik, yang akibatnya berakhir dengan perceraian.

Walaupun diperbolehkan, Agama Islam memandang bahwa perceraian adalah sesuatu yang tidak disukai. Hal tersebut dapat dilihat dari hadits Nabi yang artinya "perbuatan halal yang dibenci oleh Allah adalah perceraian."¹¹

⁹ Lihat undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Pasal 1 ayat (1) tentang Perkawinan.

¹⁰ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: CV Akademika Pressindo, 2010 cet ke-4, hlm. 114.

¹¹ H.R Abu Daud dan dinyatakan shaheh oleh Al-hakim

Perceraian merupakan solusi terakhir yang dapat ditempuh oleh pasangan suami isteri dalam mengakhiri ikatan perkawinan setelah melakukan upaya perdamaian secara maksimal. Pengajuan perceraian dapat dilakukan atas kehendak pasangan suami atau isteri.¹² Dalam PP Nomor 9 Tahun 1975 tentang pelaksanaan undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tepatnya pada Pasal 19 dijelaskan bahwa perceraian dapat dilakukan jika terdapat cukup alasan, jika tidak terdapat alasan demikian maka Pengadilan tidak akan mengambil langkah bercerai sebagai solusi atas gugatan perceraian yang diajukan oleh Penggugat.¹³

Alasan yang dapat digunakan sebagai dasar hukum untuk melakukan perceraian sebagaimana disebutkan dalam Pasal 19 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 adalah sebagai berikut :

1. Salah satu pihak beerbuat zina, pemabuk, pematik penjudi and lain sebagainya yang sukar disembuhkan (pemboros, pemakai obat-obatan terlarang).
2. Salah satu pihak meninggalkan yang lain selama 2 (dua) tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang lain dan tanpa alasan yang sah atau karena lain diluar kemauannya (pergi tanpa kabar berita).
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 terhadap pihak lain.
5. Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit yang mengakibatkan tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami atau isteri.
6. Antara suami dan isteri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan dan tidak ada harapan rukun lagi dalam membina rumah tangga.¹⁴

¹² Mahmudunnasir, *Islam Konsepsi dan sejarahnya*, (Bandung, Remaja Rosdakarya, 1991), hlm. 509.

¹³ Budi Susilo, *Prosedur Gugatan Perceraian*, PustakaYustisia, Yogyakarta,2008, hlm 20-21.

¹⁴ Abdul manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*,(Jakarta:kencana, 2006,cet ke 2, hlm ,17.

Setelah keluarnya undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 Perubahan Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan anak, pertanggung jawaban orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan negara, ditegaskan sebagai rangkaian kegiatan yang dilaksanakan secara terus menerus demi terlindunginya hak-hak anak. Rangkaian kegiatan tersebut harus berkelanjutan dan terarah guna menjamin pertumbuhan dan perkembangan anak, baik fisik, mental, spiritual maupun sosial. Tindakan ini dimaksudkan untuk mewujudkan kehidupan terbaik bagi anak yang diharapkan sebagai penerus bangsa yang potensial, tangguh memiliki nasionalisme yang dijiwai oleh akhlak mulia serta budi luhur. Serta berkemauan keras menjaga persatuan dan kesatuan bangsa dan negara.

Undang-undang perlindungan anak tersebut juga meletakkan kewajiban serta dapat memberikan perlindungan kepada anak berdasarkan asas-asas nondiskriminatif, kepentingan terbaik bagi anak, hak untuk hidup, kelangsungan hidup, perkembangan dan penghargaan terhadap pendapat anak.¹⁵ Diantara bentuk perlindungan anak yang diatur dalam undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak tersebut adalah pengasuhan anak.¹⁶ Dalam perspektif hukum keluarga Islam,¹⁷ pengasuhan anak dikenal dengan istilah (“penguasaan anak, pemeliharaan anak, atau hadhanah”)¹⁸ hukumnya wajib. Hal ini dikarenakan apabila anak yang masih kecil tidak dirawat dan dididik dengan baik maka akan berdampak buruk pada diri mereka, bahkan dapat menghilangkan nyawanya, oleh karenanya, anak wajib dididik, di pelihara dan dirawat dengan baik.¹⁹

¹⁵ Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*

¹⁶ Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, lembaran Negara RI Tahun 2002 Nomor 109, Pasal 37.

¹⁷ Hukum Keluarga adalah hukum awal yang paling dikenal dalam sejarah umat manusia, khususnya hukum perkawinan, hal ini ditandai dengan perkawinan Adam As dengan Hawa, setelah terbentuk masyarakat yang lebih banyak dan lebih luas, barulah berkembang hukum-hukum publik seperti hukum tata Negara, hukum administrasi negara, hukum pidana dan lain sebagainya. Lihat Muhammad Amin Summa, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT Raja Grafindo Jakarta, 2008 hlm 4-5.

¹⁸ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan di Ind*, antara fiqh munakahat dan Undang-undang Perkawinan, Prenedia Media, Jakarta 2006, hlm. 327.

¹⁹ Wahbah Al-zuhaili, *al fiqh al Islam wa Adillatuhu*, Dar al-Fikr, Beirut, Jil 9, hal 7295, dan Abdul Aziz Dahlan, et al, *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ichtisar Baru Van Hoeve, 1996, Cet. 1 Jil. 1, hlm 415.

Kedua orang tua anak ketika masih hidup dan masih terikat perkawinan sah, selama perwalian kedua orang tua terhadap anak belum dicabut oleh pengadilan,²⁰ maka pengasuhan anak jelas tidak menjadi persoalan. Bahkan apabila orang tua anak telah bercerai, namun pengasuhan anak tidak dipersengketakan oleh salah seorang dari kedua orang tua, maka pengasuhan anak juga tidak menimbulkan masalah.

Permasalahan muncul apabila orang tua anak yang telah bercerai mempersoalkan bahkan menggugat perihal hak pengasuhan anak tersebut. Pihak mana di antara ayah dan ibu anak yang berhak untuk diberikan hak pengasuhan oleh pengadilan.

Apabila kondisi demikian terjadi bagi pasangan yang menikah berdasarkan hukum Islam dan tercatat di depan pegawai pencatat nikah, meskipun kedua nya atau salah satunya murtad (keluar dari agama Islam), maka sengketanya diajukan dan di periksa, dan diselesaikan di Pengadilan Agama.²¹ Namun bagi pasangan yang menikah berdasarkan selain hukum Islam (non muslim) tercatat pada Dinas Kependudukan dan Pencatatan Sipil, meskipun keduanya atau salah satunya *muallaf* (masuk agama Islam), maka penyelesaian perkara atau sengketanya di selesaikan di Pengadilan Negeri.

Ketentuan Hukum dalam mengadili perkara sengketa pengasuhan anak bagi kedua orang tua pasca perceraian ditemukan beberapa ketentuan yang mengaturnya. Pada Pasal 41 huruf (a) undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, ditegaskan bahwa akibat putusanya perkawinan karena perceraian ialah baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, maka pengadilan memberi keputusannya. Akan tetapi tanggung

²⁰ Diantara Kompetensi Absolut Pengadilan Agama adalah pencabutan kekuasaan wali dan penunjukan orang lain sebagai wali oleh pengadilan dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut. Lihat: undang-undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, *Lembaran Negara RI* Tahun 2009 Nomor 159, Penjelasan Pasal 49 angka 16 dan 17.

²¹ undang-undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang perubahan kedua atas undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, *Lembaran Negara RI* Tahun 2009 Nomor 159, Penjelasan Pasal 49 angka 11.

jawab atas biaya yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan tersebut, menurut huruf (b), menjadi tanggung jawab bapak, jika bapak tidak mampu memenuhi tanggung jawab tersebut maka ibu dapat dibebani tanggungjawab untuk memikul biaya tersebut.²²

Instruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI) memberikan uraian yang lebih detail tentang hal itu. Dalam KHI setidaknya ada dua pasal yang menentukan pengasuhan anak, yaitu Pasal 105 dan Pasal 156, yang bunyi lengkap nya sebagai berikut:

Pasal 105:

- a. Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (dua belas) tahun adalah hak ibunya;
- b. Pemeliharaan yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;
- c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya;²³

Pasal 156: Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 1. Wanita-wanita dalam garis lurus dari ibu;
 2. Ayah;
 3. Wanita-wanita dalam garis lurus dari ayah;
 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
 5. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu;
 6. Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah;

²² Departemen Agama RI, *Himpunan Peraturan Perundang-undangan dalam Lingkungan Pengadilan Agama*, Dirjen Bimbaga Islam Depag RI, Jakarta, 2001, hlm.343

²³Departemen Agama RI, *Himpunan Peraturan Perundang-undangan dalam Lingkungan Pengadilan Agama*, Dirjen Bimbaga Islam Depag RI, Jakarta, 2001, hlm 1.140-141.

- 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 permintaan 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 tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);
- e. Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c) dan (d);
- f. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pembiayaan pendidikan anak yang tidak turut padanya.²⁴

Pasal 105 ditemukan tentang pemeliharaan anak pada dua keadaan, pertama ketika anak masih dalam keadaan belum *mumayyiz* (kurang dari 12 tahun), pemeliharaan anak ditetapkan kepada ibunya. Kedua ketika anak tersebut telah *mumayyiz* (usia 12 tahun keatas) dapat diberikan hak kepada anak untuk memilih diasuh ayah atau ibunya.

Adapun Pasal 156 mengatur tentang pengasuhan anak ketika ibunya meninggal dunia dengan memberikan urutan yang berhak mengasuh anak, yaitu wanita-wanita dalam garis keturunan lurus dari ibu, ayah, wanita-wanita dalam keturunan garis lurus dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu, dan wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

²⁴ Departemen Agama RI, *Himpunan Peraturan Perundang-undangan dalam Lingkungan Pengadilan Agama*, Dirjen Bimbaga Islam Depag RI, Jakarta, 2001, hlm. 355-356.

Persoalan hadhanah (pemeliharaan/hak asuh) anak merupakan masalah klasik dari dulu hingga sekarang yang kerap kali terjadi akibat perceraian orang tua. Dizaman Rasulullah SAW, banyak persoalan timbul dikalangan baik sahabat maupun umat ketika Islam mulai diikuti oleh banyak pengikutnya, mengenai siapa yang berhak sebagai pengasuh anak-anak mereka pasca perceraian. Hal ini terjadi karena keegoisan orang tua dalam memelihara ataupun mengurus anak-anak nya padahal belum tentu ketika anak sudah ada dalam penguasaan atau pemeliharaan dapat terawat atau terdidik dengan baik, bahkan anak hanya menjadi korban perceraian dari kedua orang tuanya, bisa saja ketika anak itu ada dalam pemeliharaan ibu selaku ibu kandung nya namun dalam praktek nya dirawat dan diasuh sehari-hari oleh nenek nya.

Seorang anak akan menjadi karunia atau nikmat manakala orang tua berhasil mendidiknya menjadi orang baik dan berbakti. Namun jika orang tua gagal mendidiknya anak bukan menjadi karunia atau nikmat melainkan menjadi malapetaka bagi orang tuanya. Oleh sebab itu di dalam Al-Qur'an Allah swt. pernah menyebutkan anak itu sebagai perhiasan hidup dunia, sebagai penyejuk mata atau permata hati orang tuanya. Bersamaan itu pula Allah mengingatkan, anak itu sebagai ujian bagi orang tuanya, bahkan terkadang anak itu bisa berbalik menjadi musuh orang tuanya.

Pemeliharaan anak dalam Al-Qur'an disebutkan ada empat tipologi anak:

a. Anak sebagai Perhiasan Hidup di Dunia Anak adalah perhiasan dalam kehidupan rumah tangga. Dalam Al-Quran disebutkan, "Harta dan anak-anak adalah perhiasan kehidupan dunia, namun amal yang kekal dan shalih adalah lebih baik pahalanya di sisi Tuhanmu serta lebih baik untuk menjadi harapan"²⁵. (QS: Al-Kahfi:46)". Ayat di atas menyatakan, bahwa anak itu berfungsi sebagai hiasan yang memperindah suatu keluarga. Tangisan bayi, renekan anak yang meminta sesuatu, celotehannya yang lucu, langkah anak yang tertatih-tatih adalah pemandangan indah dalam suatu keluarga. Pasangan suami istri selalu merasa kurang sempurna

²⁵ QS: Al-Kahfi:46

kehidupannya, apabila mereka belum mempunyai anak. Kesempurnaan dan keindahan rumah tangga baru terasa jika di dalamnya terdapat anak.

b. Anak sebagai Penyejuk Hati Dalam Al-Qur'an dinyatakan anak sebagai penyejuk mata atau hati (*qurrata a'yun*). Dikatakan demikian karena ketika mata memandang seorang anak akan timbul rasa bahagia. Oleh sebab itu anak merupakan harta yang tidak ternilai harganya bagi orang tua. Ada ungkapan yang mengatakan, "Anakku permataku." Allah pun menyebutkan anak manusia sebagai penyejuk hati dan mengajarkan kita sebuah doa agar anak yang dilahirkan menjadi penyejuk hati buat orang tuanya. "Ya Tuhan kami, anugerahi kepada kami pasangan kami dan keturunan kami sebagai penyejuk hati dan jadikanlah kami pemimpin bagi orang-orang yang bertakwa".²⁶ (QS: Al-Furqan: 74)

c. Anak sebagai Ujian Allah berfirman, "Ketahuilah, bahwa hartamu dan anak-anakmu itu hanyalah ujian."²⁷(QS: Al-Anfal:28). Dalam ayat lain Allah mengingatkan setiap orang tua yang beriman: "Janganlah sampai harta-hartamu dan anak-anakmu melalaikan kamu dari mengingat Allah."²⁸ (QS: Al-Munafiqun:9) Dalam perspektif Al Quran, anak yang berfungsi sebagai perhiasan hidup dan penyejuk hati, sesungguhnya ia sebagai ujian bagi orang tuanya. Dengan nikmat anak, orang tua di uji oleh Allah Swt, apakah akan membawa anaknya menuju jalan ke neraka atau jalan ke surga. Bila orangtua berhasil mendidik dan membina anaknya menjadi anak yang saleh dan berbakti berarti orang tuanya sudah lulus ujian. Sebaliknya, jika gara-gara terlalu mencintai anak orang tuanya sampai lalai dari mengingat Allah berarti ia gagal dalam ujian yang diberikan Allah. Kegagalan itu harus dipertanggungjawabkan di hadapan Allah kelak.

d. Anak sebagai Musuh Orang Tua Jika orang tua keliru dan salah dalam mendidik anak-anaknya, maka anak tersebut akan menjadi musuh bagi orang tuanya. Inilah yang diisyaratkan Al Quran: "Hai orang-orang yang beriman, sesungguhnya di antara istri-istrimu dan anak-anakmu adalah musuh bagimu, maka berhati-hatilah kamu terhadap mereka. "²⁹(QS: At-Taghabun:14) Menurut ayat di

²⁶ QS: Al-Furqan: 74

²⁷ QS: Al-Anfal:28

²⁸ QS: Al-Munafiqun:9

²⁹ (QS: At-Taghabun:14)

atas, anak dapat menjadi musuh orang tua manakala anak sudah tidak lagi mentaati orang tuanya atau aturan agamanya. Misalnya anak sudah terlibat jauh dengan kejahatan dan sulit dihentikan. Ketika orang tua menasihati, si anak tidak mendengarkan bahkan malah menentang. Seorang anak yang murtad karena kawin dengan orang yang berbeda agama, juga merupakan musuh bagi orang tuanya. Seorang anak yang telah terpengaruh kepada perbuatan maksiat, seperti minuman berakohol, narkoba, judi, zina, menjadi sahabat bagi setan dan musuh bagi orang tua yang beriman. Bila hal itu terjadi anak telah menjadi sumber malapetaka bagi sebuah keluarga dan masyarakat. Sehingga anak bukan lagi mendatangkan kebahagiaan, tetapi menimbulkan penderitaan bagi orang tuanya.

Pengadilan Agama sebagai salah satu lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman,³⁰ harus memutus dan menyelesaikan perkara dengan adil. Hukum Islam menjelaskan ketentuan tersebut diantaranya dalam Al-quran surat An-nisa (4) ayat 135, yang berbunyi :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوِّمِينَ بَآلْقِسْطِ شُهَدَاءِ لِلّٰهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللّٰهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا وَإِن تَلَوْا أَوْ نَعَرَضُوا فَلِإِنَّ اللّٰهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ۝ ۱۳۵

"Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya ataupun miskin, maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan".

Putusan Hakim harus sesuai dengan *maqashid syari'ah* yaitu bertujuan untuk mengetahui tujuan-tujuan yang hendak dicapai oleh perumusny dalam mensyariatkan hukum.³¹ Putusan itu harus berorientasi pada jaminan terpenuhinya

³⁰ Pelaksana kekuasaan kehakiman adalah Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi dan pengadilan Militer. Lihat Pasal 24 ayat (2) Undang-undang Dasar 1945.

³¹ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedia Hukum Islam* (Jakarta: Ikhtiar Baru Van Hope, 1999) Jil 4, hlm. 1108.

hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia dan sejahtera, berdasarkan ketuhanan yang maha esa.

Namun dasar pertimbangan hukum biasanya hanya sebagian putusan Peradilan Agama menggunakan kompilasi Hukum Islam seperti Putusan Hakim Nomor 0233/Pdt.G/2017/MS_MBO menyatakan bahwa Majelis Hakim mengurangi jumlah nafkah anak yang dituntut oleh termohon kepada pemohon. Nafkah anak yang semula dimintakan sejumlah Rp. 1.600.000,- ditetapkan oleh Majelis Hakim hanya sebesar Rp. 600.000,- dengan penambahan 20% pertahun, sehingga terdapat pengurangan jumlah nafkah anak dari tuntutan awal. Oleh karenanya penelitian ini akan memfokuskan tentang apa yang menjadi dasar pertimbangan hakim mengurangi jumlah nafkah anak dan bagaimana penetapan nafkah anak tersebut menurut hukum Islam Dasar Pertimbangan Hukum oleh Hakim Menetapkan Nafkah Anak³² Berdasarkan dasar pertimbangan hukum putusan dapat diketahui bahwa Majelis Hakim mempertimbangan kesanggupan pemohon terhadap tuntutan termohon. Dalam tuntutan awalnya, termohon menyatakan bahwa tuntutan pemenuhan nafkah anak sebesar Rp. 1.600.000,- setiap bulannya. Namun, pemohon tidak menyanggupi tuntutan nafkah anak tersebut, karena pemohon beranggapan bahwa untuk biaya seorang anak yang belum mumayyiz, nafkah sejumlah Rp. 1.600.000,- merupakan jumlah yang cukup besar apalagi pemohon hanya bekerja sebagai wiraswasta dengan penghasilan tidak tetap perbulannya. Hal ini karena mengingat perekonomian pemohon yang seadanya dengan pekerjaannya sebagai buruh kasar di Kantor PLN. Jadi pemohon tidak sanggup membayar dengan jumlah tersebut setiap bulannya untuk biaya kebutuhan anaknya. Maka, Majelis Hakim akhirnya menetapkan jumlah nafkah anak yang harus dibayarkan oleh pemohon sejumlah Rp. 600.000,- dengan penambahan 20% tiap tahunnya.

³² Soraya Devy Doni Mulia” Pertimbangan Hakim dalam Menetapkan Nafkah Anak Pasca Perceraian (Studi Putusan Hakim Nomor 0233/Pdt.G/2017/MS-MBO)” *EI-Ussrah: Jurnal Hukum Keluarga* Vol. 2 No.1 Januari-Juni 2019 ISSN: 2549 – 3132 || hlm. 134

Hal ini menjadi pertimbangan hakim karena dalam hukum Islam, kewajiban pemenuhan nafkah anak sesuai dengan kesanggupan orang tuanya dan tidak sampai memaksa kehendak salah satu pihak. Sebagaimana terdapat dalam Undnag-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 41 ayat 3 menyatakan bahwa Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan menentukan sesuatu kewajiban bagian bekas isteri.

Hakim hanya menggunakan pertimbangan pasal dari KHI pasal 156 (d) biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya. Padahal Ketentuan dalam Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 Perubahan Undang Undang No. 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak pasal Pasal 26 tentang Kewajiban dan Tanggung Jawab Keluarga dan Orang Tua dijelaskan bahwa orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk memelihara, mendidik dan melindungi anaknya. Sedangkan dalam Pasal 31 ayat 2 Bab VI tentang Kuasa Asuh dijelaskan bahwa apabila salah satu orang tua, saudara kandung atau keluarga sampai derajat ketiga tidak dapat melaksanakan fungsinya maka kuasa asuh dapat dialihkan kepada lembaga berwenang. Pengasuhan oleh lembaga dapat dilakukan di dalam atau di luar Panti Sosial. Selain itu masyarakat juga memperoleh kesempatan yang seluasluasnya untuk berperan dalam perlindungan anak baik dilakukan oleh perseorangan, lembaga sosial anak, lembaga swadaya masyarakat, lembaga pendidikan, lembaga keagamaan, badan usaha dan media massa.³³

Mengacu kepada latar belakang masalah di atas, peneliti dapat mengidentifikasi masalah sebagai berikut:

1. Perlindungan hak anak merupakan suatu hal yang sangat penting dipenuhi oleh pemerintah, masyarakat dan keluarga karena ia merupakan amanat konstitusi dan telah diatur pula dalam hukum keluarga Islam. Namun faktanya, perlindungan hak anak belum mendapatkan perhatian yang memadai oleh ketiganya;

³³ Fuadi, “pemenuhan Hak Anak Oleh Pengelola Panti Menurut Hukum Islam dan Perantara perundang-Undangan Studi Kasus Banda Aceh”, Jurnal Ilmu Hukum Universitas Pasca Sarjana Syiah Kuala, (Agustus, 2013), hlm. 2 lihat juga Soraya Devy Doni Mulia” Pertimbangan Hakim dalam Menetapkan Nafkah Anak Pasca Perceraian (Studi Putusan Hakim Nomor 0233/Pdt.G/2017/MS-MBO)” El-Ushrah: Jurnal Hukum Keluarga Vol. 2 No.1 Januari-Juni 2019 ISSN: 2549 – 3132 || hlm. 128

2. Anak merupakan amanah yang diberikan oleh Allah kepada orang tua yang harus dipelihara dan dilindungi semua hak-haknya. Namun faktanya sebagian orang tua dan masyarakat belum sepenuhnya mampu menjamin dan melindungi hak-hak anak sesuai dengan harkat dan martabatnya kemanusiaan.
3. Perlindungan dan pemeliharaan anak pasca perceraian merupakan persoalan yang sangat penting untuk dikaji lebih mendalam karena erat kaitannya dengan pemenuhan hak atas persamaan di depan hukum dan keadilan, serta belum memperoleh kajian yang memadai dan terekplorasi secara komprehensif.
4. Perlindungan anak dalam Undang-Undang dengan pemeliharaan anak pasca perceraian dalam Kompilasi Hukum Islam nampaknya belum terdapat sinkronisasi perlu di perdalam aspek filosofis, yuridis dan sosiologisnya.
5. Sinkronisasi KHI dan Undang Undang No.35 tahun 2014 tentang Pemeliharaan dan Perlindungan anak pasca Perceraian di implementasikan pada Putusan Peradilan Agama

Dengan demikian masalah penelitian ini dirumuskan dalam judul Sinkronisasi Hukum Perlindungan Anak Akibat Perceraian Dan Implementasinya Di Wilayah PA Banten

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI
SUNAN GUNUNG DJATI
BANDUNG

B. Rumusan Masalah

Perlindungan hak anak merupakan suatu hal yang sangat penting dipenuhi oleh pemerintah, masyarakat dan keluarga karena ia merupakan amanat konstitusi dan telah diatur pula dalam hukum keluarga Islam. Namun faktanya, perlindungan hak anak belum mendapatkan perhatian yang memadai oleh ketiganya. Perlindungan anak dalam Undang-Undang dengan pemeliharaan anak dalam Kompilasi Hukum Islam erat kaitannya dengan pemenuhan hak atas persamaan di depan hukum dan keadilan, namun belum memperoleh kajian yang memadai dan terekplorasi secara komprehensif. nampaknya belum terdapat harmonisasi .Harmonisasi KHI dan Undang Undang No.35 tahun 2014 tentang Perlindungan

anak menjadi bahan bagi para hakim se Indonesia untuk implementasikan pada Putusan Peradilan Agama.

Berdasarkan uraian dan latar belakang tersebut di atas, maka dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana tinjauan yuridis terhadap korelasi pasal 105 Kompilasi Hukum Islam dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak
2. Bagaimana dampak hukum bagi anak pasca perceraian perspektif KHI dan Undang-Undang No.35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak
3. Bagaimana metode serta pertimbangan hakim dalam memutus dan menyelesaikan perkara hadhanah pada putusan PA lingkup PTA Banten
4. Bagaimana implikasi Sinkronisasi KHI dan Undang-Undang No.35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak pada Putusan Peradilan Agama di PTA Banten

C. Tujuan Penelitian

Sesuai dengan pokok permasalahan di atas, Penelitian ini bertujuan untuk:

1. Mengetahui dan menganalisis tinjauan yuridis terhadap korelasi pasal 105 Kompilasi Hukum Islam dengan undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang perlindungan anak
2. Mengetahui dan menganalisis dampak hukum bagi anak pasca perceraian perspektif KHI dan Undang –Undang No.35 tahun 2014 tentang perlindungan anak
3. Mengetahui dan menganalisis metode serta pertimbangan hakim dalam memutus dan menyelesaikan perkara hadhanah pada putusan PA lingkup PTA Banten
4. Mengetahui dan menganalisis implikasi sinkronisasi KHI dan Undang Undang No.35 tahun 2014 tentang Perlindungan anak pada Putusan Peradilan Agama di PTA Banten

D. Kegunaan Penelitian

Adapun manfaat penelitian yang penulis lakukan adalah:

1. Secara Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum, terutama ilmu hukum perdata, lebih khusus lagi hukum perdata Keluarga mengenai *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz*. apakah hak *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz*, yang dalam sebagian aturan perundang-undangan yang berlaku disebutkan secara *eksplisit* merupakan hak ibunya, berlaku secara mutlak atau dapat disampangi. Apabila dapat disampangi, dalam kondisi bagaimana dapat dicerlakukan.

2. Secara Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan bermanfaat bagi praktisi hukum yang berhubungan langsung dengan penyelesaian perkara sengketa hak *hadhanah* terhadap anak yang belum *mumayyiz*. hasil penelitian ini juga diharapkan dapat memberikan suatu perspektif kepada para praktisi hukum, terutama para hakim dalam memberikan keadilan substantif kepada anak yang belum *mumayyiz* sebagai korban perceraian. Tidak terpaku dan terfokus pada norma-norma yang disebutkan secara eksplisit dalam aturan perundang-undangan yang berlaku.

E. Kerangka Berfikir

Substansi penelitian disertasi ini adalah mengenai Sinkronisasi aspek filosofis, yuridis dan sosiologis Kompilasi Hukum Islam dan UU RI No 35 tahun 2014 tentang Perubahan UU RI No 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak. serta implementasinya pada putusan Pengadilan Agama Oleh karena itu, kajian tentang masalah tersebut dapat dilakukan dengan menggunakan beberapa pendekatan teori.

Teori besar (*grand theory*) pada bagian kerangka teori ini digunakan teori *maqasid asy Syariah* yang dijadikan sebagai landasan teoritis, akan tetapi beberapa teori tersebut tidak dimaksudkan dan dijadikan sebagai teori baku, diantara teori tersebut adalah teori *maqasid asy-Syatibi*, yang menyatakan bahwa tujuan

penetapan hukum Islam tidak terlepas dari lima tujuan, yaitu: 1) memelihara agama (*hifz ad-din*); 2) memelihara jiwa (*hifdz an-nafs*); 3) memelihara keturunan (*hifdz an-nasl*); 4) memelihara akal (*hifdz al-'aql*); dan 5) memelihara harta (*hifdz al-mal*)³⁴. Teori *maqasid* ini digunakan untuk menjelaskan tujuan penetapan hukum Islam tentang munakahat. Dengan teori ini, diperoleh jawaban bahwa tujuan perlindungan anak (*hadanah*) dalam hukum Islam ialah memelihara keturunan (*hifdz an-nasl*). Ketentuan hukum Islam mengenai *hadanah* menetapkan kewajiban orang tua untuk memelihara dan melindungi anak, dengan memenuhi berbagai hak anak dan melindungi anak dari hal-hal yang membahayakan diri dan jiwanya. Dengan demikian, jelas bahwa tujuan penetapan hukum Islam (*maqasid asy-syari'ah*) dari konsep perlindungan anak (*hadanah*) adalah memelihara keturunan (*hifdz an-nasl*).

Tawaran kaidah yang lebih menekankan pada substansi, yaitu masalah, bukan berarti segi formal dan tekstual dari ketentuan hukum harus diabaikan. Ketentuan legal –formal-tekstual yang sah, bagaimanapun harus menjadi acuan tingkah laku manusia dalam kehidupan bersama, kalau tidak ingin jadi anarki. Akan tetapi pada saat yang sama harus disadari sedalam-dalamnya bahwa patokan legal-formal dan tekstual hanyalah merupakan cara bagaimana *cita maslahat* itu diaktualisasikan dalam kehidupan nyata. Ini berarti bahwa ketentuan formal-tekstual, yang bagaimana pun dan datang dari sumber apapun, harus selalu terbuka dan atau diyakini terbuka untuk, kalau perlu, diubah atau di perbarui sesuai dengan tuntutan *maslahat*, cita keadilan.³⁵

Middle Theory dalam penelitian ini adalah, teori system hukum dan teori keadilan;

³⁴ Al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul al-Syari 'ah*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th.), Juz 2, hlm 7; Juhaya, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, (Bandung, Pustaka Setia, 2011), hlm.78

³⁵ Ahmad Zaenal Fanani, *Pembaharuan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia (Perspektif Keadilan Jender)*, UII Press, Yogyakarta, 2015, hml 29

a. Teori Sistem Hukum

Lawrence M. Friedman menjelaskan ada tiga unsur atau komponen dalam sistem hukum, atau biasa disebut *Three Elements of Legal System*, merupakan faktor yang mempengaruhi penegakan hukum, yaitu komponen struktur, komponen substansi, dan komponen kultur atau budaya hukum. Ketiga komponen tersebut membentuk satu kesatuan yang bulat dan utuh, serta saling berhubungan, atau biasa disebut dengan sistem.

Hubungan di antara ketiga komponen tersebut secara singkat dapat digambarkan oleh Ahmad Ali dengan cara menjelaskan ketiga unsur dalam sistem hukum tersebut, sebagai berikut: a) struktur diibaratkan sebagai mesin; b) substansi adalah apa yang dikerjakan dan dihasilkan oleh mesin itu; dan c) kultur hukum adalah apa saja atau siapa saja yang memutuskan untuk menghidupkan dan mematikan mesin itu, serta memutuskan bagaimana mesin itu digunakan.

Struktur adalah bagian dari sistem hukum yang bergerak di dalam suatu mekanisme, berkaitan dengan lembaga pembuat undang-undang, pengadilan, penyidikan, dan berbagai badan yang diberi wewenang untuk menerapkan dan menegakkan hukum. Struktur adalah kerangka atau rangkanya sistem hukum, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberikan semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan bangunan hukum. Komponen struktural adalah bagian dari sistem hukum yang bergerak dalam suatu mekanisme. Contohnya, lembaga pembuat undang-undang, pengadilan dan berbagai badan yang diberi wewenang untuk menerapkan dan menegakkan hukum.

Komponen kedua adalah substansi, adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem tersebut. Atau dapat dikatakan sebagai suatu hasil nyata, produk yang dihasilkan, yang diterbitkan oleh sistem hukum tersebut. Elemen substansi meliputi peraturan-peraturan sesungguhnya, norma dan pola perilaku dari orang-orang di dalam sistem tersebut. Hasil nyata ini dapat berbentuk *in concreto*, atau norma hukum individu yang berkembang dalam masyarakat, hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), maupun hukum

inabstracto, atau norma hukum umum yang tertuang dalam kitab undang-undang (law in books).

Komponen ketiga Budaya hukum adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur atau budaya hukum berupa sikap tindak masyarakat beserta nilai-nilai yang dianutnya. Atau dapat juga dikatakan, bahwa budaya hukum adalah keseluruhan jalinan nilai sosial yang berkaitan dengan hukum beserta sikap tindak yang mempengaruhi hukum, seperti adanya rasa malu, rasa bersalah apabila melanggar hukum dan sebagainya.

Budaya hukum juga merupakan unsur yang penting dalam sistem hukum, karena budaya hukum memperlihatkan pemikiran dan kekuatan masyarakat yang menentukan bagaimana hukum tersebut ditaati, dihindari, atau disalahgunakan.

Permasalahan budaya hukum tidak hanya dapat ditangani dalam satu lembaga saja, tetapi perlu penanganan secara simultan dan antardepartemen, serta diupayakan secara bersama-sama dengan seluruh aparat penegak hukum, masyarakat, asosiasi profesi, lembaga pendidikan hukum, dan warga masyarakat secara keseluruhan. Peranan tokoh masyarakat, para ulama, pendidik, tokoh agama, sangat penting dalam memantapkan budaya hukum

b. Teori Keadilan

Ada banyak macam teori tentang keadilan dan masyarakat yang adil. teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran. Dalam penelitian ini teori tentang keadilan yang di pakai adalah teori keadilan Aristoteles dan Teori keadilan sosial John Rawls.

Inti pandangan Aristoteles ialah keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun Aristoteles membuat perbedan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersoalkan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang biasa kita pahami tentang kesamaan yang kita maksudkan ketika kita mengatakan bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya

sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya. Dari perbedaan ini Aristoteles menghadirkan banyak kontroversi dan perdebatan seputar keadilan.³⁶

John Rawls dalam bukunya *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan social sebagai *the difference principle*, dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle* adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung.

Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan dan otoritas. Sementara itu *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapatan dan otoritas mereka inilah yang harus di beri perlindungan khusus.

Menurut Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi jika syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin dan menguntungkan bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya, situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan semua pedoman ini, semua perbedaan baik itu ras, kulit, suku, bahasa, agama dan lain-lain yang bersifat primordial harus ditolak.

John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi

³⁶ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nuansa dan Nusa Media, Bandung 2004, hal 24. Lihat juga Ahmad Zaenal Fanani, *Pembaharuan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia (Perspektif Keadilan Jender)*, UII Press, Yogyakarta, 2015, hlm 30.

keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.³⁷

Selanjutnya *applicative theory* yang digunakan dalam penelitian ini ialah teori penemuan hukum, hadanah, perwalian dan pengampuan (*curratele*).

a. Teori Penemuan Hukum

Penemuan hukum, menurut Sudikno Mertokusumo, adalah proses Konkretisasi dan individualisasi peraturan hukum (*das sollen*) yang bersifat umum dengan mengingat akan peristiwa konkret (*das sein*) tertentu.³⁸ Definisi ini mengamanatkan kepada Hakim dan Petugas-Petugas hukum lainnya yang dihadapkan pada peristiwa konkret atau kasus hukum yang harus diselesaikan untuk melakukan penerapan hukum yang umum dan abstrak pada peristiwa konkret.

Utrecht berpendapat apabila terjadi suatu peraturan perundang-undangan belum jelas atau belum mengaturnya, Hakim harus bertindak berdasar inisiatifnya sendiri atau dalam istilah ilmu fiqh dikatakan "ijtihad" untuk menyelesaikan perkara tersebut dengan menentukan apa yang merupakan hukum, sekalipun perundang-undangan tidak dapat membantunya. Tindakan Hakim tersebut yang dinamakan penemuan hukum.³⁹

Penemuan hukum oleh Hakim adalah keniscayaan karena ketika suatu ketentuan hukum telah bertransformasi menjadi undang-undang atau hukum positif maka tersebut akan menjadi tidak fleksibel, kaku dan statis. Undang-undang memiliki kelebihan dalam memenuhi tujuan kepastian, namun ia juga memiliki kelemahan karena sifatnya tidak fleksibel dan statis maka undang-undang akan tidak bisa mengikuti perkembangan hukum yang hidup di masyarakat yang selalu bergerak secara dinamis. Penulisan adalah pembatasan, dan pembatasan atas suatu hal yang sifatnya abstrak (pembatasan dalam konteks materi) dan dinamis (pembatasan dalam konteks waktu) seperti hanya *value consciousness* masyarakat ke dalam suatu undang-undang secara logis akan membawa konsekuensi

³⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London 1973, yang sudah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006. Lihat juga: Ahmad Zaenal Fanani, *Ibid*, hlm. 31-32.

³⁸ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty Yogyakarta, 2007, hlm. 37.

³⁹ Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Ichtiar, Jakarta, 1983, hlm. 248

ketertinggalan substansi undang-undang tersebut atas bahan pembentuknya (nilai-nilai masyarakat).

Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang kekuasaan kehakiman menegaskan bahwa pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya, Pasal 10 ayat (1) tersebut hendaknya dihubungkan dengan pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 yang mewajibkan hakim untuk menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Ketentuan dua pasal ini merupakan dasar akan adanya kewajiban bagi Hakim untuk melakukan penemuan hukum ketika suatu peraturan perundang-undangan tidak jelas atau belum mengaturnya dengan menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Bagir Manan mengatakan Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menunjukkan beberapa hal yang harus di pegangi dalam proses peradilan, yaitu: (1) untuk menjamin kepastian hukum bahwa setiap perkara yang diajukan ke pengadilan akan diputus; (2) untuk mendorong Hakim melakukan penemuan hukum; (3) sebagai perlambang kebebasan Hakim dalam memutus perkara; (4) sebagai perlambang hakim tidak selalu harus selalu terikat secara harfiah pada peraturan perundang-undangan yang ada. Hakim dapat menggunakan berbagai cara untuk mewujudkan peradilan yang benar dan adil.⁴⁰

Achmad Ali berpendapat bahwa ada 2 (dua) teori penemuan hukum yang dapat dilakukan Hakim dalam praktek peradilan, yaitu melaluai metode interpretasi atau penafsiran hukum dan melaluai metode konstruksi hukum.⁴¹ Interpretasi hukum terjadi, apabila terdapat ketentuan Undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada kasus konkret yang dihadapi, atau metode ini dilakukan dalam hal peraturannya sudah ada, tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada

⁴⁰ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 126-27

⁴¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1993, hlm. 167.

peristiwa konkret atau mengandung arti pemecahan atau penguraian akan suatu makna ganda, norma yang kabur (*vage normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*) dan ketidakpastian dari suatu perundang-undangan. Adapun konstruksi hukum terjadi, apabila tidak diketemukan ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada kasus hukum yang dihadapi atau peraturannya tidak ada, jadi terdapat kekosongan hukum, (*recht vacuum*) atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*).⁴²

b. Teori Hadlanah

Pengasuhan anak atau hadlanah dalam prespektif Islam menempati satu dari beberapa konsep perwalian yang pengaturannya sangat jelas. Sejak anak masih dalam rahim ibunya, ia sudah mempunyai hak-hak sebagai seorang manusia sempurna seperti hak waris, hak wakaf dan yang paling asasi adalah hak nasab dari orang tuanya. Semua hak-hak tersebut akan berlaku efektif apabila ia telah lahir.⁴³

Para ulama sepakat bahwasanya hukum hadlanah, mendidik, merawat anak adalah wajib. Tetapi mereka berbeda dalam hal apakah hadlanah ini menjadi hak orang tua (terutama ibu) atau hak anak. Ulama madzhab Hanafi dan Maliki berbeda pendapat bahwa hak hadlanah itu menjadi hak ibu, sehingga ia dapat saja menggugurkan haknya. Sedangkan menurut jumhur ulama hadlanah itu menjadi hak bersama antara orang tua anak (bapak dan ibu). Sedangkan menurut Wahbah al-Zuhailly, hak hadlanah adalah hak bersyarikat (bersama) antara ayah, ibu dan anak dan jika terjadi pertengakaran mengenai itu maka hak atau kepentingan anaklah yang didahulukan.⁴⁴ Di Indonesia, masalah hadlanah (pengasuhan anak) diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Secara etimologi kata *hadlanah* berasal dari kata *al-hidlnu* yang berarti rusuk. Kata hadlanah atau yang juga bisa dibaca hidlanah menjadi berarti

⁴² Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru Dengan Interpretasi Teks*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm 52.

⁴³ Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Prespektif Islam* (Jakarta: Prenada Media Group, 2008) hlm. 113.

⁴⁴ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedia Hukum Islam* (Jakarta: Ikhtiar Baru Van Hope, 1999) hlm. 415.

pengasuhan anak karena seorang ibu yang mengasuh atau menggendong anaknya sering meletakkanya pada sebuah rusuknya atau dalam pangkuan sebelah rusuknya.⁴⁵

Sedangkan secara terminologi, para ulama fiqih menerangkan bahwa *hadlanah* adalah memelihara anak dari segala macam bahaya yang mungkin menyimpannya, menjaga kesehatan jasmani dan rohaninya, menjaga makanan dan kebersihannya, mengusahakan pendidikannya hingga ia sanggup berdiri sendiri dalam menghadapi kehidupan sebagai seorang Muslim.⁴⁶ Sedangkan menurut Abdul Aziz Dahlan dalam Ensiklopedia Hukum Islam, *hadlanah* secara terminologis adalah merawat dan mendidik seseorang yang belum mumayyiz atau yang kehilangan kecerdasannya, karena tidak bisa memenuhi kebutuhannya sendiri.⁴⁷

Sayyid Sabiq dalam Fiqih Sunnah menjelaskan bahwa definisi *hadlanah* yaitu melakukan pemeliharaan anak-anak yang masih kecil, laki-laki maupun perempuan atau yang sudah besar tetapi belum tamyiz tanpa perintah darinya, menyediakan segala sesuatu yang menjadikan kebaikannya, menjaganya dari segala sesuatu yang menyakiti dan merusaknya, mendidik jasmani, rohani dan akalunya agar mampu berdiri sendiri menghadapi hidup dan memikul tanggung jawabnya.⁴⁸

Prespektif hukum positif Islam di Indonesia (KHI), definisi *hadlanah* di jelaskan dalam ketentuan umum hukum perkawinan buku I, bab I pasal 1 huruf (g) yang berbunyi “pemeliharaan anak atau *hadlanah* adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri”. Ahmad Rofiq menjelaskan bahwa *hadlanah* dalam diskursus ini adalah kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak mereka dengan sebaik-baiknya. Pemeliharaan ini mencakup masalah ekonomi, pendidikan dan segala sesuatu yang menjadi kebutuhan pokok si anak.⁴⁹

⁴⁵ Kamal Muchtar, *Asas-Asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, (Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1974) hlm. 137.

⁴⁶ Kamal Muchtar, *Asas-Asas Hukum Islam*, hlm. 138.

⁴⁷ Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedia Hukum Islam* (Jakarta: Ikhtiar Baru Van Hope, 1999) hlm. 415.

⁴⁸ Nor Hasanudin, *Fiqh Sunnah* Jilid 3 (Jakarta: Pena Pundi Akasar, 2006) hlm. 237.

⁴⁹ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 1998, hlm. 235.

Pengasuhan anak juga mengandung arti sebuah tanggung jawab orang tua untuk mengawasi, memberi pelayanan yang semestinya serta mencukupi kebutuhan hidup seorang anak oleh orang tua. Selanjutnya, tanggung jawab pengasuhan berupa pengawasan dan pelayanan serta pencukupan nafkah anak tersebut bersifat kontinu sampai anak tersebut mencapai batas umur yang legal sebagai orang dewasa yang telah mampu berdiri sendiri.⁵⁰

Sedangkan yang disebut pendidikan adalah kewajiban orang tua untuk memberikan pengajaran yang memungkinkan anak tersebut menjadi manusia yang mempunyai kemampuan dan dedikasi hidup yang dibekali dengan kemampuan dan kecakapan sesuai dengan pembawaan bakat anak tersebut yang akan dikembangkannya di tengah-tengah masyarakat Indonesia sebagai landasan hidup dan penghidupannya setelah ia lepas dari tanggung jawab orang tua.⁵¹

Dasar Hukum Hadlanah, ulama fiqih sepakat menyatakan bahwa pada prinsipnya hukum merawat dan mendidik anak adalah kewajiban bagi orang tua, karena apabila anak yang masih kecil dan belum mumayyiz tidak dirawat dan didik dengan baik, maka akan berakibat buruk pada diri dan masa depan mereka, bahkan bisa mengancam eksistensi jiwa mereka. Oleh karena itu anak-anak wajib di pelihara, diasuh, dirawat dan dididik dengan baik.⁵²

Firman Allah dalam QS. Al Baqarah ayat 233 menyebutkan:

﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا اتَّيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَنْتُمْ وَاللَّهُ وَاعِلْمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

⁵⁰ M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, Medan: Zahir Tranding, 1975, hlm. 204

⁵¹M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, hlm. 205-206.

⁵² Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Prespektif Islam* (Jakarta: Prenada Media Group, 2008) hlm. 115.

“Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya dan seorang ayah karena anaknya, dan warispun berkewajiban demikian. apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) dengan kerelaan keduanya dan permusyawaratan, maka tidak ada dosa atas keduanya. dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, maka tidak ada dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertakwalah kamu kepada Allah dan ketahuilah bahwa Allah Maha melihat apa yang kamu kerjakan.”⁵³

Meskipun ayat tersebut secara eksplisit menegaskan bahwa tanggung jawab pemeliharaan anak menjadi beban yang harus dipenuhi suami sebagai ayah, namun pembebanan ayah untuk memberi makan dan pakaian kepada para ibu melekat di dalamnya.⁵⁴ Hal ini diperkuat lagi dengan ilustrasi apabila anak tersebut disusukan oleh wanita lain yang bukan ibunya sendiri, maka ayahnya bertanggung jawab untuk membayar perempuan yang menyusui anak tersebut.

Hal ini dikuatkan dengan tindakan Rasulullah SAW ketika suatu hari beliau menerima aduan dari Hindun binti Utbah:

عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاء هند بنت عتبة , فقالت : يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح فهل علي حرج ان اطعم من الذي له عيالنا , قال : لا , الا بالمعروف

Dari Aisyah ra. Ia berkata: Hindun putri Utbah pernah datang dan berkata: wahai Rasulullah, sesungguhnya Abu Syufyan adalah lelaki yang sangat kikir, berdosakah aku jika aku memberi makan dari (hasil) suamiku?, beliau bersabda: tidak, jika dalam kebaikan.⁵⁵ Sedangkan dalam Kompilasi Hukum Islam, kewajiban mengasuh dan memelihara anak merupakan kewajiban bersama antara suami dan istri. Hal ini tercantum dalam pasal 77 ayat (3) yang berbunyi: “Suami istri memikul kewajiban untuk mengasuh dan memelihara anak- anak mereka, baik mengenai pertumbuhan jasmani, rohani maupun kecerdasannya dan pendidikan agamanya.”⁵⁶

⁵³ QS. Al Baqarah : 233

⁵⁴ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 1998, hlm. 235.

⁵⁵ Ibnu Hajar al Asqalani, *Bulugh al Maram*, (Semarang: Taha Putera, t.th) hlm.240

⁵⁶ Tim Redaksi Nuansa Aulia, *Kompilasi Hukum Islam* (Bandung: Nuansa Aulia, 2012)

Pengasuhan dan pemeliharaan yang termasuk di dalamnya adalah nafkah untuk anak supaya anak terpenuhi kebutuhan-kebutuhannya ini bukan hanya berlaku selama ayah dan ibunya masih terikat dalam tali perkawinan saja, namun juga berlanjut setelah terjadi perceraian.⁵⁷ Adapun dasar hukum :

“dan kewajiban ayah memberi makan dan Pakaian kepada para ibu dengan cara ma'ruf.”

Teori hadlanah ini digunakan untuk menganalisis hukum perlindungan anak di Indonesia yang tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan, khususnya Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Teori ini berhasil menjelaskan substansi materi Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang mempunyai sisi kemiripan dan sisi perbedaan dengan substansi materi hukum perlindungan anak dalam Islam.

c. Teori Perwalian

Masalah perwalian anak tidak lepas dari suatu perkawinan, karena dari hubungan perkawinanlah lahirnya anak atau anak-anak dan bila pada suatu ketika terjadi perceraian, salah satu orang tua atau kedua orang tua meninggal dunia maka dalam hal ini akan timbul masalah perwalian, dan anak-anak akan berada dibawah lembaga perwalian.

Secara etimologi (bahasa), kata perwalian berasal dari kata wali, dan jamak *awliya*. Kata ini berasal dari kata Arab yang berarti teman, klien, sanak atau pelindung. Dalam literatur fiqh Islam perwalian disebut dengan *Al-walayah* (orang yang mengurus atau yang mengusai sesuatu), sedangkan al-wali yakni orang yang mempunyai kekuasaan.⁵⁸

Adapun yang dimaksudkan dengan perwalian dalam terminologi para Fuqaha (Pakar Hukum Islam) yang di formulasikan dalam istilah Wahbah Al-Zuhayli ialah “kekuasaan otoritas yang dimiliki seseorang untuk secara langsung

⁵⁷ Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan di Indonesia, antara Fiqh Munakahat dan Undang-undang Perkawinan*, (Jakarta; kencana Prenada Media Group, 2006) hlm. 328.

⁵⁸ Muhammad Amin Summa, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam* (Jakarta: PT Raja Grafindo, 2001) hlm. 134

melakukan suatu tindakan sendiri tanpa harus bergantung (terikat) atau seizin orang lain.”⁵⁹

Wali adalah seseorang yang melakukan pengurusan atas diri maupun harta kekayaan anak yang masih dibawah umur yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua. “Dalam hal pengurusan dimaksud juga dapat diartikan sebagai pemeliharaan, baik itu dalam pemberian pendidikan, nafkah terhadap anak yang masih dibawah umur, sehingga dengan demikian perwalian itu sendiri dapat juga diartikan sebagai suatu lembaga yang mengatur tentang hak dan kewajiban wali”.⁶⁰

Wali merupakan orang selaku pengganti orang tua yang menurut hukum diwajibkan mewakili anak yang belum dewasa atau yang belum akil baligh dalam melakukan perbuatan hukum atau “orang yang menjalankan kekuasaan asuh sebagai orang tua terhadap sianak.”⁶¹

Perwalian didefinisikan sebagai kewenangan untuk melaksanakan perbuatan hukum demi kepentingan, atau atas nama anak yang orang tuanya telah meninggal, atau tidak mampu melakukan perbuatan hukum atau suatu perlindungan hukum yang diberikan pada seseorang anak yang belum mencapai umur dewasa atau tidak pernah kawin yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua.⁶²

Menurut R. Sarjono, Perwalian adalah suatu perlindungan hukum yang diberikan kepada seseorang anak yang belum mencapai usia dewasa atau belum pernah kawin yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua.⁶³

Ketentuan ini serupa sebagaimana disebutkan dalam Pasal 330 ayat (3) KUH Perdata bahwa Perwalian (*Voogdij*) adalah pengawasan terhadap anak di bawah umur, yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua. KUH Perdata menyebutkan, bahwa anak yang belum dewasa atau dibawah umur adalah yang

⁵⁹ Muhammad Amin Summa, *Hukum Keluarga Islam*, hlm. 137

⁶⁰ Siti Hafshah Ramadhanay, *Tanggung Jawab Balai Harta Peninggalan Selaku Wali Pengawas Terhadap Harta Anak Dibawah Umur (Study Mengenal Eksistensi Balai Harta Peninggalan Medan Sebagai Wali Pengawas)*, Tesis, Sps-Usu, Medan 2004, hlm. 30

⁶¹ UU RI No 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, pasal 1 angka 5

⁶² Wahyono Darmabrata dan Surini Dahlan Syarif, *Hukum Perkawinan Dan Keluarga di Indonesia* cet.2, (Jakarta: Fakultas Hukum Indonesia, 2004) hlm. 147

⁶³ R. Sarjono, *Masalah Perceraian*. Cet 1, Academika, Jakarta, 1979, hlm. 36; Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*. Pustakasetia, Bandung, 2011, hlm. 124

belum berusia 21 tahun atau belum menikah, dan untuk dapat melakukan perbuatan hukum dibutuhkan bantuan dari orang lain (wali), maka sebab itu terbentuklah suatu perwalian terhadap anak yang masih dibawah umur dengan tujuan untuk dapat melakukan perbuatan hukum.

Selain itu dalam Pasal 50 Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan menyebutkan bahwa : anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua, berada dibawah kekuasaan wali. Dalam Pasal tersebut ayat (2) juga menyebutkan perwalian itu mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya.⁶⁴

Perwalian dalam Islam dibagi kedalam dua kategori yaitu:

- 1) Perwalian umum biasanya mencakup kepentingan bersama (Bangsa atau rakyat) seperti waliyul amri (dalam arti Gubernur) dan sebagainya, sedangkan perwalian khusus adalah perwalian terhadap jiwa dan harta seseorang, seperti terhadap anak yatim.⁶⁵
- 2) Perwalian khusus yaitu meliputi perwalian terhadap diri pribadi anak tersebut dan perwalian terhadap harta bendanya.

Perwalian terhadap diri pribadi anak adalah dalam bentuk mengurus kepentingan diri si anak, mulai dari mengasuh, memelihara, serta memberi pendidikan dan bimbingan agama. Pengaturan ini juga mencakup dalam segala hal yang merupakan kebutuhan si anak. Semua pembiayaan hidup tersebut adalah menjadi tanggung jawab si wali. Sementara itu, perwalian terhadap harta bendanya adalah dalam bentuk mengelola harta benda si anak secara baik, termasuk mencatat sejumlah hartanya ketika dimulai perwalian, mencatat perubahan-perubahan hartanya selama perwalian, serta menyerahkan kembali kepada anak apabila telah selesai masa perwaliannya karena si anak telah dewasa dan mampu mengurus diri sendiri.⁶⁶

⁶⁴ Undang-undang Nomor. 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, Pasal 50 ayat (1) dan ayat (2)

⁶⁵ Dedi Junaedi, *Bimbingan Perkawinan* (Jakarta: Akademika Pressindo, Cet. I, 2000) hlm.104

⁶⁶ Dedi Junaedi, *Bimbingan Perkawinan*, hlm.104-105

Perwalian terhadap anak Menurut KUH Perdata dilakukan baik itu secara perorangan maupun yayasan dan lembaga lainnya, ini merupakan akibat dari adanya kebutuhan yang mengkehendaki adanya perwalian yang ditunjuk oleh pengadilan maupun yang dengan sendirinya dapat terjadi berdasarkan ketentuan hukumnya. Dalam suatu perwalian hanya dapat ditunjuk seorang saja untuk menjadi wali sebagai mana yang diatur dalam Pasal 331 KUH Perdata.

Ada tiga macam perwalian yang diatur dalam KUH Perdata yaitu:⁶⁷

a. Perwalian oleh suami / istri yang hidup terlama

Pasal 345 KUH Perdata ditentukan bahwa orang tua yang hidup terlama dengan sendirinya dapat menjadi wali. Apabila ayah meninggal, maka ibu dengan sendirinya menjadi wali atas anaknya. Bilamana tidak ada ayah atau ibu maka Pengadilan Negeri menentukan siapa yang diangkat sebagai wali.

b. Perwalian yang ditunjuk oleh bapak dan ibu dengan surat wasiat atau akta tersendiri.

Pasal 355 ayat (1) KUH Perdata ditentukan bahwa masing-masing orang tua yang melakukan kekuasaan orangtua atau wali bagi seorang anaknya atau lebih, berhak mengangkat seorang wali bagi anak-anak itu, jika ia bercerai lalu meninggal dunia. Perwalian itu tidak ada pada orang tua yang lain baik secara sendirinya ataupun dengan putusan hakim seperti dimaksud didalam Pasal 353 ayat (3). Pengangkatan wali harus dilakukan dengan surat wasiat atau dengan Akta notaris yang khusus semata-mata dibuat untuk keperluan tersebut.

c. Perwalian yang diangkat oleh hakim

Pasal 359 KUH Perdata ditentukan anak dibawah umur yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua dan yang diatur perwaliannya secara sah akan ditunjuk seorang wali oleh Pengadilan. Hakim akan mengangkat seorang wali setelah mendengar atau memanggil keluarga sedarah/ semenda /periparan.

Asas-asas perwalian, dalam sistem KUH Perdata dikenal beberapa asas, yakni:

⁶⁷ KUH Perdata, Pasal 345, 353, 355, 359

1) Asas Tak dapat di bagi-bagi (*Ondeelbaarheid*) Pada tiap-tiap perwalian hanya ada satu wali, hal ini tercantum dalam Pasal 331 KUH Perdata. Asas tak dapat dibagi-bagi ini mempunyai pengecualian dalam 2 hal, yaitu:⁶⁸

- a) Jika perwalian itu dilakukan oleh ibu sebagai orang tua yang hidup paling lama maka kalau ia kawin lagi suaminya menjadi Medevoogd atau wali serta, (Pasal 351 KUH Perdata).
- b) Jika sampai ditunjuk pelaksanaan pengurusan bewindvoerder yang mengurus barang-barang Minderjarige diluar Indonesia didasarkan pada (Pasal 361 KUH Perdata).

2) Asas Persetujuan dari keluarga, dimana keluarga harus dimintai persetujuannya tentang perwalian. Dalam hal keluarga tidak ada maka tidak diperlukan persetujuan pihak keluarga itu, jika pihak keluarga tidak datang sesudah diadakan panggilan maka yang bersangkutan dapat dituntut berdasarkan Pasal 524 KUH Perdata.

Pasal 50 (1) UU No.1 tahun 1974 menentukan syarat-syarat untuk anak yang memperoleh perwalian Syarat – syaratnya adalah sebagai berikut.⁶⁹

- a) Anak (laki-laki dan perempuan yang belum berusia 18 tahun);
- b) Anak-anak yang belum kawin;
- c) Anak tersebut tidak berada dibawah kekuasaan orang tua;
- d) Anak tersebut tidak berada dibawah kekuasaan wali;
- e) Perwalian menyangkut pemeliharaan anak tersebut dan harta bendanya.

Landasan hukum tentang perwalian dalam KUH Perdata telah disebutkan pada Bab XV dalam Pasal 331 sampai dengan Pasal 418. Dalam KUH Perdata, juga mengatur tentang perwalian bagi seorang perempuan. Dalam Pasal 332 b (1) ditentukan bahwa: “perempuan bersuami tidak boleh menerima perwalian tanpa bantuan dan izin tertulis dari suaminya.” Namun jika suami tidak memberika izin, maka bantuan dari pendamping dapat digantikan dengan kekuasaan dari hakim.

⁶⁸ KUH Perdata, Pasal 331, 351, 361, 524

⁶⁹ UU No.1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 50 (1)

Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 332 b ayat 2 KUH Perdata: bahwa apabila si suami telah memberikan bantuan atau izin atau apabila ia kawin dengan perempuan itu setelah perwalian bermula, sepertipun apabila si perempuan tadi menurut Pasal 112 atau Pasal 114 dengan kuasa dari hakim telah menerima perwalian tersebut, maka si wali perempuan bersuami atau tidak bersuami, berhak melakukan segala tindakan-tindakan perdata berkenaan dengan perwalian tanpa pemberian kuasa atau bantuan apapun juga dan atau tindakan-tindakan itupun bertanggung jawab pula.

Selain perwalian dalam bentuk perorangan, KUHPerdata juga mengatur tentang perwalian yang dilakukan oleh badan hukum. Dalam Pasal 355 ayat 2 KUH Perdata dinyatakan bahwa badan hukum tidak dapat diangkat sebagai wali. Tetapi berkaitan dengan hal tersebut, sebuah perwalian yang dilaksanakan oleh badan hukum harus diperintahkan oleh pengadilan. Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 365 a (1) KUH Perdata bahwa dalam hal sebuah badan hukum disertai perwalian maka panitera pengadilan yang menugaskan perwalian itu memberitahukan putusan pengadilan itu kepada dewan perwalian dan kejaksaan.

Penetapan hukum dan ketentuan mengenai perwalian, merujuk kepada firman Allah SWT mengenai pentingnya pemeliharaan terhadap harta, terutama pemeliharaan terhadap harta anak yatim yang telah ditinggalkan oleh orang tuannya. Allah berfirman dan berikanlah kepada anak-anak yatim (yang sudah dewasa) harta mereka, janganlah kamu menukar yang baik dengan yang buruk, dan janganlah kamu makan harta mereka bersama hartamu, sungguh tindakan menukar dan memakan) itu adalah dosa yang besar". Ayat ini menjadi suatu landasan dalam memelihara harta anak yatim yang telah ditinggalkan orang tuanya atau ahli warisnya. Dimana dalam ayat tersebut secara jelas menyatakan mengenai pemeliharaan dan perlindungan terhadap harta sampai mereka telah cakap dalam pengelolaannya (dewasa). Artinya jika anak-anak yatim tersebut belum dewasa, maka pengelolaan harta tersebut harus dijaga dan dipelihara oleh walinya.

Teori Perwalian ini digunakan untuk menganalisis perlindungan hukum yang diberikan kepada seseorang anak yang belum mencapai usia dewasa atau

belum pernah kawin yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua yang tertuang dalam berbagai peraturan perundang-undangan, khususnya Undang Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Undang Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.

Definisi anak juga dapat dilihat dalam Pasal 1 Bab I Ketentuan Umum UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan anak adalah seseorang yang belum berusia 18 (delapan belas) tahun, termasuk anak yang masih ada dalam kandungan. Sedangkan perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Adapun hak anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dipenuhi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah, dan negara.

Perspektif teori ilmu sosial, anak adalah individu dan sekaligus merupakan bagian dari keluarga. Individu adalah seseorang yang memiliki peran dan fungsi, serta memiliki hak dan kewajiban ketika ia berhubungan dengan individu lainnya. Sebagai bagian dari keluarga, anak menjadi individu yang memiliki hak dan kewajiban serta terikat dengan kedua orang tua dalam keluarga. Keluarga berasal dari bahasa Sanskerta yaitu "kulawarga". Kata *kula* berarti "ras" dan *warga* yang berarti "anggota". Keluarga adalah lingkungan di mana terdapat beberapa orang yang masih memiliki hubungan darah. Keluarga sebagai kelompok sosial terdiri dari sejumlah individu, memiliki hubungan antar individu, terdapat ikatan, kewajiban, tanggung jawab di antara individu tersebut.

Keluarga adalah unit terkecil dari masyarakat yang terdiri atas kepala keluarga dan beberapa orang yang terkumpul dan tinggal di suatu tempat di bawah suatu atap dalam keadaan saling ketergantungan. Anita L. Vangelis mengatakan bahwa di dalam keluarga terdapat dua atau lebih dari dua pribadi yang tergabung karena hubungan darah, hubungan perkawinan atau pengangkatan, di hidupnya dalam satu rumah tangga, berinteraksi satu sama lain dan di dalam perannya masing-masing dan menciptakan serta mempertahankan suatu masyarakat.

Keluarga memiliki beberapa tipe, yakni keluarga inti yang terdiri atas suami, istri, dan anak atau anak-anak, keluarga konjugal yang terdiri atas pasangan dewasa (ibu dan ayah) dan anak-anak mereka, di mana terdapat interaksi dengan kerabat dari salah satu atau dua pihak orang tua. Selain itu terdapat juga keluarga luas yang ditarik atas dasar garis keturunan di atas keluarga aslinya. Keluarga luas ini meliputi hubungan antara paman, bibi, keluarga kakek, dan keluarga nenek. Peranan keluarga menggambarkan seperangkat perilaku antar pribadi, sifat, kegiatan yang berhubungan dengan pribadi dalam posisi dan situasi tertentu. Peranan pribadi dalam keluarga didasari oleh harapan dan pola perilaku dari keluarga, kelompok dan masyarakat.

Peranan yang terdapat di dalam keluarga antarlain sebagai berikut: ayah sebagai suami dari istri dan anak-anak, berperan sebagai pencari nafkah, pendidik, pelindung dan pemberi rasa aman, sebagai kepala keluarga, sebagai anggota dari kelompok sosialnya serta sebagai anggota dari kelompok sosialnya serta sebagai anggota masyarakat dari lingkungannya. Sebagai istri dan ibu dari anak-anaknya, ibu mempunyai peranan untuk mengurus rumah tangga, sebagai pengasuh dan pendidik anak-anaknya, pelindung dan sebagai salah satu kelompok dari peranan sosialnya serta sebagai anggota masyarakat dari lingkungannya, disamping itu juga ibu dapat berperan sebagai pencari nafkah tambahan dalam keluarganya. Anak-anak melaksanakan peranan psikosial sesuai dengan tingkat perkembangannya baik fisik, mental, sosial, dan spiritual.

Keluarga sebagai elemen sistem sosial yang akan membentuk masyarakat. Adapun lembaga perkawinan, sebagai sarana pembentuk keluarga adalah lembaga yang paling bertahan dan digemari seumur kehadiran masyarakat manusia. Perbedaan pandangan hidup dan adat istiadat setempatlah yang biasanya membedakan definisi dan fungsi sebuah keluarga dalam sebuah masyarakat. Peradaban suatu bangsa bahkan dipercaya sangat tergantung oleh struktur dan interaksi antar keluarga di dalam masyarakat tersebut. Dalam diskursus teori ilmu sosial, otoritas keluarga terhadap anak terbagi ke dalam tiga bagian: pertama, *patriarkal* yakni otoritas di dalam keluarga dimiliki oleh laki-laki (laki-laki tertua, umumnya ayah); kedua, *matriatikal* yakni otoritas di dalam keluarga dimiliki oleh

perempuan (perempuan tertua, umumnya ibu); dan ketiga, *equalitarian* yakni suami dan istri berbagi otoritas secara seimbang.

Kaitannya dengan otoritas keluarga terhadap anak, ia diposisikan sebagai keturunan yang kedua; orang yang lahir dari rahim seorang ibu, baik laki-laki maupun perempuan atau *khunsa*, sebagai hasil dari persetubuhan antara dua lawan jenis. Anak yang lahir dari hasil hubungan perkawinan yang sah adalah anak sah. Sedangkan anak yang lahir dari hubungan yang tidak sah atau perzinahan oleh masyarakat lazim disebut anak zina. Dalam Islam dibedakan antara anak yang masih kecil (belum baligh) dan anak yang sudah baligh. Anak yang masih kecil ada yang belum *mumayyiz* (belum bisa yang hak dan bathil) dan ada yang sudah *mumayyiz*)

Filsafat ilmu hukum Islam mengkaji istilah *walad* (anak) yang bersifat umum yang menunjuk kepada manusia yang dilahirkan yang tanpa dibatasi usia atau proses sebab kelahirannya. Ayat-ayat waris dalam surat al-Nisa menyebut salah satu ahli warisnya dengan istilah *walad*. *Walad* (anak) dalam konteks hukum kewarisan adalah anak dari orang tua (*abawaih*) yang mewariskan⁷⁰. Namun begitu istilah anak⁷¹ juga menunjuk kepada anak dalam usia dini belum beligh atau dalam masih pengayoman orang tuanya. dijelaskan oleh al-Quran dan hadits Nabi. Seperti penjelasan dalam beberapa ketentuan ayat berikut mengenai anak kandung dan anak angkat:

Pertama, perintah Allah SWT⁷² kepada manusia supaya berbuat baik kepada dua orang ibu bapaknya, ibunya yang telah mengandung dan melahirkannya dengan susah payah, hingga menyusui dan menyapihnya, serta menyayangi anak hingga dewasa. Oleh karena itu, berbuat baik kepada kedua orang tua merupakan kewajiban setiap anak, dan mendidik anak merupakan kewajiban setiap orang tua. Dalam konteks inilah terjadi pola hubungan antara orang tua dan anak dalam bingkai hak dan kewajiban.

⁷⁰ Q.S. An-Nisa :11,12, dan 176

⁷¹ Dipetik dari makna hadits Nabi Muhammad SAW: "*Ajarkanlah shalat kepada anak pada usia tujuh tahun, dan pukullah apabila pada usia sepuluh tahun (enggan melakukannya)*" (HR. Tirmidzi).

⁷² Q.S. Al-Ahqaf : 15

Kedua, dalam Q.S. *al-Mujaddalah* ayat 2 dijelaskan bahwa setiap anak dilahirkan oleh ibunya. Karenanya tidak dibenarkan anak berbuat durhaka kepada ibunya. Bahkan dalam keterangan hadits Nabi Muhammad SAW juga dipertegas bahwa surga berada di bawah telapak kaki ibu. Oleh karena itu, setiap anak hendaknya bersikap baik kepada ibu dan ayahnya baik dalam ucapan maupun perbuatan.

Ketiga, dalam Q.S. Yusuf ayat 21⁷³ dijelaskan kedudukan anak angkat mendapat tempat yang sama dalam kewajiban berbuat baik kepada kedua orang tua. Hal ini terdapat dalam makna ayat tersebut bahwa anak angkat berhak mendapatkan tempat dan pelayanan yang baik, karena boleh jadi dia bermanfaat bagi setiap orang tua yang telah memungutnya sebagai anak angkat.

d. Teori Pengampuan (*Curatele*)

Istilah pengampuan dalam bahasa hukum berasal dari bahasa Belanda yakni *curatele* yang dalam bahasa Inggris disebut dengan kata *custody* dan *interdiction* dalam bahasa Perancis.⁷⁴ Kata pengampuan dalam bahasa Indonesia merupakan kata yang terbentuk dari kata dasar “ampu” yang mendapat imbuhan (tambahan) awalan “pe” dan akhiran “an”. Kata “ampu” memiliki arti orang yang menjaga keselamatan orang lain; wali, orang tua, pembimbing.⁷⁵ Sedangkan pengampuan adalah perwalian terhadap seseorang yang telah dewasa yang disebabkan karena gila, terlalu boros, dungu.⁷⁶

Istilah dan praktek pengampuan juga dikenal dalam Islam yang disebut dengan istilah *al-hajr*. Secara bahasa kata *al-hajru* berasal dari *hajaru-yahjuru-hajron*, yang mempunyai beberapa arti, diantaranya melarang, mengharamkan, mengeras dan ruangan.

Istilah kata *al-hajru*:

الحجر في الاصطلاح هو منع نفاذ تصرف قولي لا فعلي

⁷³ Q.S. Yusuf : 21

⁷⁴ Titik Triwulan, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Prenada Media Group, 2008) hlm. 92.

⁷⁵ Tim Redaksi, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi ke 3 (Jakarta: Balai Pustaka, 2005) hlm. 40.

⁷⁶ M. Marwan & Jimmy P., *Kamus hukum*, (Surabaya: Reality Publiser, 2009) hlm. 501

Al-hajru menurut istilah adalah mencegah, melarang terjadinya tasharruf dalam segi ucapan bukan segi pekerjaan.⁷⁷

الحجر في الاصطلاح هو المنع من التصرف في المال

Al-hajru menurut istilah adalah mencegah, melarang pentasharrufan harta⁷⁸

Dari dua pengertian tersebut dapat disimpulkan bahwa *al-hajru* merupakan suatu tindakan preventif dalam hal tasharruf baik yang terkait dengan ucapan (akad) dan harta benda. Dalam hukum Islam (fiqh) *al-hajru* dibedakan menjadi dua macam. Pertama; pengampuan terhadap diri (jiwa) seperti pengawasan yang dilakukan terhadap anak kecil (dibawah umur), orang *safah* (bodoh, pandir) dan orang gila demi kemaslahatan mereka sendiri. Kedua, pengawasan terhadap hak orang lain, seperti pengawasan terhadap seseorang yang dinyatakan pailit (bangkrut/al-muflis), dalam rangka mencegah orang ini dan kemungkinan mengelola harta kekayaannya guna melindungi hak-hak kreditur.⁷⁹

Ulama Mazhab Syafi'i dan Hambali mendefinisikan *al-hajr* dengan Larangan melakukan tindakan hukum terhadap seseorang, baik larangan tindakan hukum yang ditujukan kepada anak kecil, orang gila dan orang dungu, atau muncul dari hakim, seperti larangan bagi seseorang pedagang untuk menjual barangnya melebihi harga pasar.⁸⁰

Pengampuan dalam hukum positif di Indonesia diatur KUHPerdara dalam buku kesatu tentang orang dalam bab XVII yang membahas tentang pengampuan. Dasar hukum yang terkait legalitas pengampuan tersebut disebutkan dalam pasal 433 berikut:

Setiap orang dewasa, yang selalu berada dalam keadaan dungu, sakit otak atau mata gelap harus ditaruh dibawah pengampuan, pun jika ia kadang-kadang cakap mempergunakan pikirannya. Seorang dewasa boleh juga ditaruh dibawah pengampuan karena keborosannya.⁸¹

⁷⁷ 'Ali bin Muhammad al Jurjaniy, *Al Ta'rifat*, (Surabaya: al Haramain, 2001) hlm. 81.

⁷⁸ Muhammad al Husainiy al Dimasyqiy, *Kifayat al Ahyar*, Juz I, (Beirut-Libanon: Dar al Fikr, 1994) hlm. 215.

⁷⁹ Muhammad al Husainiy al Dimasyqiy, *Kifayat al Ahyar*, hlm. 215-216.

⁸⁰ Muhammad bin Ahmad bin Rusyd al Andalusi, *Bidayat al Mujtahid*, (Beirut-Libanon: Dar al Kutub al Islamiy,t.th) hlm. 330.

⁸¹ Subekti dan Tjitrosudibio, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata* (Jakarta: Pradnya

Pasal di atas menerangkan bahwa pengampuan hanya dapat dilakukan terhadap orang yang telah dewasa namun berada dalam keadaan yang telah disebutkan. Keterangan tersebut sekaligus mengindikasikan bahwa pengampuan dalam hukum positif tidak bisa diberlakukan terhadap orang yang belum dewasa. Hal ini ditegaskan dalam pasal 462 yang berbunyi:

Setiap anak belum dewasa yang berada dalam keadaan dungu, sakit otak atau mata gelap, tak boleh ditaruh dibawah pengampuan, melainkan tetaplah ia dibawah pengawasan bapaknya, ibunya, atau walinya.⁸² Pengampuan berlaku bagi orang dewasa dan tidak berlaku pada anak-anak yang belum dewasa, meskipun keadaan anak-anak tersebut memenuhi keadaan seseorang yang telah dewasa yang dapat diampu.

Selain terkait dengan legalitas pengampuan, dalam KUH perdata juga mengatur tentang landasan hukum berperkara. Dalam pasal 436 disebutkan sebagai berikut: Segala permintaan akan pengampuan, harus dimajukan kepada Pengadilan Negeri, yang mana dalam daerah hukumnya orang yang dimintakan pengampuan berdiam.⁸³

Pasal 436 diatas memberikan pemahaman bahwa legalitas pengampuan hanya dapat diperoleh dari perkara yang diproses di pengadilan negeri. Jadi secara otomatis, perkara pengampuan yang tidak di proses di pengadilan negeri tidak dapat dilegalkan menurut KUHPperdata. Sebab-sebab terjadinya pengampuan dalam syari'at Islam bertumpu pada satu hal, yaitu kemaslahatan manusia.⁸⁴ Secara umum pengampuan pada dasarnya terjadi karena adanya ketidakcakapan seseorang dalam mengelola harta kekayaannya. Pengampuan dalam perspektif hukum Islam adalah sebagai berikut: a) Anak kecil; b) Gila; c) Pemboros;d) Pailit/bangkerut; e) Sakit berat; f) Hamba yang tidak diberi ijin bertransaksi⁸⁵

Paramita, 2008) hlm. 136.

⁸² Subekti dan Tjitrosudibio., hlm. 142.

⁸³ Subekti dan Tjitrosudibio., hlm. 137.

⁸⁴ Abdul Rahman al Jaziri, *Kitab al Fiqh 'ala al Madzahib al Arba'ah*, Juz 2 (Beirut-Libanon: Dar al Kutub al Ilmiyah, 2005) hlm. 311.

⁸⁵ Muhammad al Husainiy al Dimasyqiy, *Kifayat al Ahyar*, Juz I, (Beirut-Libanon: Dar al Fikr, 1994), hlm 215-216.

Keenam kelompok orang yang dapat diampu di atas secara tidak langsung menunjukkan keadaan-keadaan yang dapat menyebabkan seseorang dapat berada di bawah pengampuan. Kelompok anak kecil menunjukkan bahwa pengampuan dapat dilakukan karena adanya faktor belum cakupnya akal seseorang menurut syara'. Kelompok orang gila mengindikasikan bahwa kemampuan akal atau ingatan menjadi salah satu aspek yang menjadi penyebab terjadinya pengampuan. Kelompok orang yang menghamburkan uang mengandung aspek adanya penyalahgunaan kecakapan perbuatannya. Kelompok muflis menegaskan bahwa pengampuan juga dapat dilakukan terhadap orang yang tidak memiliki harta benda karena pailit. Kelompok orang yang sakit keras menjadi pihak yang diampu karena ketidak mampuan fisiknya. Dan kelompok hamba yang tidak diizinkan berdagang diampu karena faktor kemerdekaan mu'amalah yang belum dimilikinya yang identik dengan kelompok budak.⁸⁶

Pengampuan menurut KUHPerdota seseorang dapat diampu manakala mengalami beberapa keadaan:⁸⁷a) Dunggu, dunggu adalah keadaan di mana seseorang tidak memiliki kemampuan mendengar; b) Sakit otak, sakit otak adalah sakit yang berhubungan dengan kemampuan akal dan ingatan ; c) Mata gelap, mata gelap adalah keadaan yang berhubungan dengan kemampuan penglihatan; d) Boros, boros adalah keadaan yang berhubungan dengan tata kelola pengeluaran atau pembelanjaan harta kekayaan yang tidak terkontrol. Keempat penyebab pengampuan yang disebutkan dalam KUHPerdota dapat diklasifikasikan secara lebih sederhana ke dalam 3 hal sebagai berikut: a) Sakit ingatan (*furious*); b) Pemboros (*prodigus*); c) Menyalahgunakan kecakapan berbuatnya (*bekwaambeid*) atau lemah akal budinya (*zwakheid van vermogen*).

Akibat Hukum Pengampuan, *curandus* kedudukannya sama dengan orang yang belum dewasa (Pasal 452 KUHPerdota). Perbuatan hukum *curandus* dapat dibatalkan (Pasal 446 KUHPerdota). Untuk pemboros masih dapat membuat

⁸⁶ Muhammad al Husainiy al Dimasyqiy, *Kifayat al Ahyar*, Juz I, (Beirut-Libanon: Dar al Fikr, 1994) hlm. 215.

⁸⁷ Titik Triwulan, *Hukum Perdata Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Prenada Media Group, 2008) hlm 94.

testamen, menikah dan membuat perjanjian perkawinan, namun dengan bantuan *curator* atau Balai Harta Peninggalan (BHP).

F. Hasil Penelitian Terdahulu

Melalui hasil penelusuran penulis, diketahui ada beberapa literatur dan hasil penelitian yang layak dijadikan rujukan dan perbandingan untuk melakukan penelitian ini, antara lain:

- 1) Hotnida Nasution dan Dewi Suharti, *Implementasi Undang-Undang Perlindungan Anak dalam Perkara Hadhanah pada Pengadilan Agama di DKI Jakarta*. Laporan Penelitian Kerjasama Lembaga Penelitian UIN Jakarta dengan UIN Jakarta Press, 2008. Tulisan ini merupakan laporan hasil penelitian tentang implementasi Undang-Undang Perlindungan Anak dalam perkara hadanah pada Pengadilan Agama di DKI Jakarta.
- 2) Masrukhin, *Studi Pelaksanaan Hadanah dan Nafkah Anak Akibat Perceraian di Kota Magelang atas hasil Putusan Pengadilan Agama Magelang*. Tesis pada prodi Hukum Islam UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, Tesis ini merupakan hasil kajian atau pelaksanaan hadanah dan nafkah anak akibat perceraian di Kota Magelang, berdasarkan putusan Pengadilan Agama Magelang. Abdul Mu'min Sy., *Hadanah Pasca Perceraian (Kajian Fiqih, Hukum Positif, dan Implementasinya di Pengadilan Agama Bandung)*. Tesis pada prodi Hukum Islam pada UIN Sunan Gunung Djati Bandung. Tesis ini mengkaji hadanah pasca perceraian dari perspektif fiqh, hukum positif, dan implementasinya di Pengadilan Agama Bandung.
- 3) Masita Harumawati, *Hak Perwalian Anak apabila Terjadi Perceraian (Studi di Pengadilan Negeri Semarang dan Pengadilan Agama Semarang)*. Tesis Universitas Diponegoro Semarang, 2007. Tesis ini mengkaji putusan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Agama di Semarang mengenai hak perwalian anak (*hadanah*) apabila terjadi perceraian.
- 4) Ermadiansjah, *Penyelesaian Sengketa mengenai Hak Asuh Anak (Hadanah) pada Perkara Nomor 131/Pdt.G/2006/PA.Pdg sebagai*

Akibat Perceraian di Pengadilan Agama Kelas I A Padang. Tesis Fakultas Hukum Universitas Andalas, 2008. Tesis ini merupakan analisis atas putusan perkara yang diajukan kepada Pengadilan Agama Kelas I A Padang mengenai sengketa hak asuh anak (*hadanah*) sebagai akibat perceraian.

- 5) Musa Aripin, *Perlindungan Hukum terhadap Anak (Sebuah Studi Komparatif antara UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dengan UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.* Tesis pada Program Studi Hukum Islam UIN Sunan Kalijaga Jogjakarta, 2008. Tesis ini menganalisis masalah perlindungan hukum terhadap anak, dengan melakukan studi komparatif antara UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
- 6) Masruri, *Hak Perlindungan Anak dalam Perspektif Islam: Kajian Tematik atas Ayat-Ayat al-Qur 'an.* Tesis pada Kajian al-Qur'an/Hukum Islam IAIN Walisongo Semarang. Tesis ini merupakan studi tafsir tematik atas ayat-ayat al-Qur'an tentang hak perlindungan anak dalam perspektif Islam.
- 7) Ambar Hermawan, *Aspek Hukum Perlindungan Anak dalam Pasal 98— 106 Kompilasi Hukum Islam di Indonesia.* Tesis pada Program studi Hukum Islam UIN Sunan Kalijaga Jogjakarta. Tesis ini mengkaji aspek hukum perlindungan anak dalam Pasal 98 - 106 Kompilasi Hukum Islam di Indonesia.
- 8) St. Umrah, *Hak-hak Anak dalam Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia.* Tesis pada Konsentrasi Syari'ah UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2005. Tesis ini menganalisis hak-hak anak menurut Hukum Islam dan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia.
- 9) Hani Sholihah, *Konsep Perlindungan Anak dalam Hukum Islam (Analisis Hukum Islam Terhadap Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak).* Disertasi pada prodi Hukum Islam pada UIN Sunan Gunung Djati Bandung, 2012. Disertasi ini ini mengkaji konsep perlindungan anak dalam hukum islam dan penerapannya dalam Undang-Undang Perlindungan Anak.
- 10) Tamrin, *Anak dalam Perspektif al-Qur'an: Kajian Tematik tentang*

Perlindungan Anak. Disertasi pada Program Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah Jakarta, 2007. Disertasi ini merupakan kajian tafsir tematik atas ayat-ayat al-Qur'an tentang perlindungan anak.

G. Definisi Operasional

Definisi operasional adalah suatu definisi yang diberikan kepada suatu variable atau konstruk dengan cara memberikan arti, atau menspesifikasikan kegiatan, ataupun memberikan suatu operasional yang di perlukan untuk mengukur konstruk atau variable tersebut.⁸⁸ Untuk menghindari kesalahpahaman dan kekeliruan terhadap beberapa istilah yang dipakai dalam penelitian ini, maka peneliti memberikan pengertian sebagai berikut :

1. Hadhanah dalam Perspektif Hukum Positif Indonesia Pasca perceraian diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Undang-Undang nomor 1 tahun 1974, Undang- Undang nomor 35 tahun 2014 dan Inpres nomor 1 tahun 1991 tentang pelaksanaan Kompilasi Hukum Islam. Hadhanah dalam Hukum Positif Indonesia disebutkan sebagai bentuk kewajiban orangtua terhadap anaknya, dan hal tersebut berlaku sejak adanya ikatan perkawinan hingga terputusnya kekuasaan orangtua (perceraian) terhadap anaknya.
2. Implementasi Perlindungan anak (hadhanah) dalam putusan perceraian, hadhanah dalam Hukum Positif Indonesia mendapatkan perhatian penting, mengingat anak yang masih dibawah umur membutuhkan pengasuhan, perawatan dan pendidikan dari walinya.
3. Adapun konflik dan perdebatan yang muncul pasca putusan perceraian tentang siapa yang layak melakukan hadhanah dapat diputuskan berdasarkan pertimbangan hakim di pengadilan.

Beberapa penelitian di atas memperlihatkan bahwa kajian tentang *hadhanah* (hak asuh anak) baik ketika orang tuanya masih terikat dalam perkawinan maupun setelah keduanya bercerai. Perbedaan penelitian ini dengan literatur-literatur dan

⁸⁸ Moh Nasir, *Metode Penelitian* (Jakarta Ghalia Indonesia)hlm.152

hasil-hasil penelitian yang disebutkan di atas ialah penelitian ini menjelaskan konsep hukum keluarga Islam juga bukan hanya menjelaskan *hadanah* (hak asuh anak) pasca perceraian, dan perlindungannya dalam hukum Islam, melainkan juga mengungkapkan Amanah bagi orangtua terhadap anaknya untuk memelihara, dan memberi perlindungan agar hak-hak anak terjamin dan terlindungi sesuai serta kontribusi hukum Islam untuk penyempurnaan hukum perlindungan bagi anak di Indonesia.

Penelitian ini akan mencoba mengungkapkan secara komprehensif tentang Sinkronisasi Hukum keluarga, Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang perlindungan anak, kontribusinya terhadap kajian Hukum Hakim Peradilan Agama dalam memutus perkara hadlanah serta Implementasi sinkronisasi UU RI No 35 tahun 2014 tentang Perubahan UU RI No 23 tahun 2002 tentang perlindungan anak pada putusan Pengadilan agama tentang perlindungan anak pasca perceraian.

