

BAB I

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Perkawinan merupakan suatu peristiwa penting bagi kehidupan manusia. Karena manusia sebagai makhluk sosial tidak dapat hidup sendiri dalam memenuhi kebutuhan hidupnya. Maka dengan adanya perkawinan maka mendapatkan pasangan hidup yang dapat melengkapi kehidupan manusia. Karena manusia dalam fitrahnya diciptakan dengan pasangan hidupnya masing-masing. Perkawinan menurut Pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan merupakan ikatan lahir batin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan ketuhanan Yang Maha Esa.

Perkawinan dibutuhkan suatu peraturan yang berupa norma hukum dan tata tertib. Dengan adanya suatu peraturan yang ada maka diharapkan dapat menjadi dasar untuk mengatur hak, kewajiban, dan tanggung jawab masing-masing anggota keluarga. Yang bertujuan untuk membentuk suatu rumah tangga yang bahagia, kekal, dan sejahtera. Agar tujuan tercapai maka suami dan istri perlu saling membantu dan saling melengkapi agar tercapai tujuan perkawinan yang sebenarnya. Dengan adanya perkawinan maka akan muncul keinginan untuk mempunyai rumah tangga yang sakinah mawwadah warrahma untuk mencapai suatu tujuan perkawinan. Rumah tangga yang bahagia jauh dari masalah adalah idaman bagi setiap pasangan

suami istri. Akan tetapi, untuk memperoleh rumah tangga yang demikian diperlukan rasa saling percaya, saling menyayangi, saling toleransi. Dalam sebuah perkawinan pasangan Suami Istri pasti memiliki mimpi yang ingin dicapai berdua salah satunya hadirnya seorang anak untuk menghiiasi perkawinannya.

Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Oleh karena itu rasa saling toleransi, saling melengkapi satu sama lain haruslah senantiasa tercipta dalam rumah tangga. Karena begitu mulianya perkawinan ini dapat terjadi. Maka tidak sepatutnya dirusak oleh hal-hal yang sepele, setiap hal yang mengarah pada kerusakan rumah tangga adalah hal yang dibenci oleh Allah. Oleh karena itu, perceraian menjadi suatu hal yang halal namun sangat dibenci oleh-Nya. Namun, di dalam kehidupan nyata menunjukkan bahwa banyak perkawinan yang telah dibangun dengan susah payah oleh pasangan suami dan istri yang pada akhirnya harus bubar karena permasalahan dan konflik-konflik yang terjadi di dalam rumah tangga.

Ikatan perkawinan yang telah dibangun dengan segala perjuangan dua orang pasangan laki-laki dan perempuan dapat terputus karena tidak adanya kecocokan lagi antara keduanya seiring berjalannya waktu. Putusnya perkawinan akibat perceraian dapat terjadi karena berbagai faktor. Perceraian dapat terjadi karena merupakan suatu kehendak suami atau istri atau kehendak keduanya. Faktor-faktor yang dapat mempengaruhi terjadinya perceraian misalnya dengan tidak terpenuhinya hak-hak dan

kewajiban-kewajiban sebagai suami atau istri. Serta tidak adanya rasa saling cinta lagi yang terjalin antara pasangan suami istri, rumah tangga yang sering terjadi suatu pertengkaran atau pertentangan pendapat, serta faktor ekonomi juga menjadi salah satu yang sering terjadi apabila terjadi perceraian.

Perceraian dalam Islam bukan sebuah larangan, namun sebagai pintu terakhir dari rumah tangga, ketika tidak ada jalan keluar lagi. Bahkan, secara yuridis, perceraian telah diatur dalam Pasal 38 huruf b Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Di dalamnya dijelaskan bahwa putusannya suatu perkawinan dapat terjadi karena adanya kematian, perceraian, dan putusan pengadilan. Maka berdasar pada pasal tersebut perceraian boleh dilakukan di dalam Islam namun perceraian merupakan perbuatan yang halal tetapi di benci oleh Allah SWT sesuai yang terdapat dalam Hadist Riwayat Abu Daud, karena suatu perceraian menimbulkan kerugian bagi kedua belah pihak terutama jika pasangan tersebut telah dikaruniai anak, maka anak tersebut yang akan memperoleh pengaruh paling besar. Dampak perceraian kedua orang tuanya terhadap anak cukup besar karena ketika orang tua berpisah maka anak akan berpisah dari salah satu orang tuanya. Karena dengan terjadinya perceraian diantara kedua orang tuanya dikhawatirkan anak tidak dapat memperoleh kasih sayang dan didikan yang utuh dari kedua orang tuanya.

Berakhirnya ikatan perkawinan itu pasti telah menimbulkan masalah baru yang menyertainya seperti masalah hak asuh anak apabila dari hasil

perkawinan mereka telah dikaruniai anak ataupun masalah harta bersama (gono gini) yang diperoleh selama masa perkawinan. Sering kita dengar tentang bagaimana hak pengasuhan anak diperebutkan oleh pasangan suami-isteri yang akan bercerai. Atas dasar tersebut, terkadang gugatan pembagian harta bersama diajukan bersamaan dengan Gugatan Perceraian, namun ada juga gugatan pembagian harta bersama yang diajukan terpisah dari gugatan perceraian, bahkan terkadang penggabungan gugatan selain gugatan cerai dan pembagian harta bersama juga dapat digabungkan dengan hak pengasuhan anak. Gugatan hak asuh anak juga dapat diajukan terpisah dari gugatan perceraian atau pada saat putusan perceraian telah ada.

Salah satu akibat dari adanya perceraian yaitu kedudukan anak. Anak harus tetap menjadi prioritas kedua orang tuanya karena anak merupakan titipan yang harus dijaga, dirawat, dan dibesarkan dengan sebaik-baiknya. Walaupun telah terjadi perceraian diantara kedua orang tua-nya yang menyebabkan menjadi tidak ada hubungan sebagai sepasang suami istri lagi. Dengan adanya perceraian membuat kedudukan berubah menjadi mantan suami dan mantan istri lantaran putusanya ikatan perkawinan antara keduanya. Dengan tidak adanya ikatan perkawinan lagi antara kedua orang tua-nya tidak berlaku bagi anak yang telah lahir dari hubungan perkawinan yang ada sebelumnya. Karena anak hasil perkawinan tersebut harus tetap menjadi tanggung jawab kedua orang tua-nya walaupun sudah tidak ada lagi ikatan perkawinan antara kedua orang tua-nya.

Anak akibat dari perceraian tersebut harus tetap mendapatkan kasih sayang serta perawatan yang utuh dari kedua orang tua-nya. Anak juga harus mendapatkan perlakuan yang sebaik-baiknya dari kedua orang tua baik itu berupa materiil maupun psikis. Dengan adanya hal ini dapat diajukan kepada majelis hakim pada saat persidangan berlangsung untuk membagi hak asuh anak secara adil kepada masing-masing mantan suami dan mantan istri. Namun, dengan catatan bahwa anak yang masih belum berumur 12 tahun (*mumayyiz*) wajib diasuh oleh ibunya sesuai dengan ketentuan yang terdapat di Pasal 105 huruf a *juncto* Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam, walaupun anak yang belum *mumayyiz* diasuh oleh ibunya tetapi untuk kebutuhan hidup anak tetap menjadi tanggung jawab ayahnya. Sedangkan anak yang sudah *mumayyiz* atau lebih dari 12 tahun dapat memilih antara ayah atau ibunya. Dengan adanya putusan majelis hakim yang telah membagi hak asuh anak kepada masing-masing mantan suami dan mantan istri, maka anak dapat tetap tumbuh normal seperti biasa tanpa kekurangan kasih sayang dan perawatan dari kedua orang tua.

Pada era sekarang ini terdapat kasus yang terjadi ketika ibu yang memiliki hak asuh anak yang belum *mumayyiz* dengan sengaja memisahkan anak tersebut dengan ayahnya, walaupun sang ayah tetap memberikan biaya untuk kehidupan anak. Hal tersebut tidak boleh terjadi, karena anak harus tumbuh dan berkembang dengan kasih sayang dan perawatan yang utuh dari kedua orang tuanya. Seharusnya bertanggung jawab penuh terhadap anak. Dengan adanya hal tersebut dapat juga diajukan gugatan hak asuh anak atas

peristiwa ibu yang telah memisahkan anak yang belum *mumayyiz* kepada ayahnya. Hal tersebut terdapat dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby dimana ayah mengajukan gugatan hak asuh anak yang belum *mumayyiz*. Dan hasil putusan tersebut anak yang belum *mumayyiz* jatuh ketangan ayahnya. Hal tersebut tidak sesuai dengan Pasal 105 huruf a *juncto* Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan bahwa anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun dalam pemeliharaan ibunya.

Berdasarkan dari latar belakang diatas, penulis tertarik untuk mengkaji dan melakukan penelitian dalam kajian ilmiah dengan judul yaitu **“ANALISIS PUTUSAN NO. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby TERHADAP HAK ASUH ANAK KEPADA AYAH”**.

1.2 Rumusan Masalah

1. Apakah dasar gugatan dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby?
2. Bagaimana pertimbangan hakim dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby ?

1.3 Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui dasar gugatan dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby.
2. Untuk mengetahui pertimbangan hakim dalam memutus perkara dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby.

1.4 Manfaat Penelitian

Pada kegunaan di sini terdiri dari beberapa manfaat teoritis dan beberapa manfaat praktis. Manfaat-manfaat tersebut yaitu :

- a. Manfaat teoritis yang pertama, penelitian ini diharapkan dapat menjadi sumbangsih atau sumbangan pemikiran dan memberikan kontribusi terhadap pustaka keilmuan khususnya ilmu hukum di bidang perkawinan, perceraian, serta hak asuh anak yang belum mummayiz kepada ayahnya yang terdapat dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby.
- b. Manfaat praktis yang kedua, sebagai bahan pertimbangan saran dan kajian yuridis bagi para yuris atau praktisi hukum terhadap kasus hak asuh anak yang belum mummayiz yang jatuh ke tangan ayahnya yang terdapat dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby.

1.5 Tinjauan Pustaka

1.5.1 Perkawinan

1.5.1.1. Pengertian Perkawinan

Perkawinan berasal dari kata “kawin”, yang secara etimologi berarti membentuk keluarga dengan lawan jenis. Perkawinan disebut juga pernikahan yang berasal dari kata “nikah” yang berarti al-jam’u dan al-dhamu, yang artinya kumpul/ mengumpulkan, saling memasukkan dan digunakan untuk arti bersetubuh. Kata “nikah” sering digunakan untuk persetubuhan. Selain itu juga untuk arti aqdu al-tazwij atau akad nikah. Secara terminologi, nikah adalah akad yang ditetapkan syara’ untuk membolehkan bersenang-senang antara laki-laki dan perempuan serta menghalalkan bersenang-senangnya perempuan dengan laki-laki.

Menurut Rahmat Hakim, nikah berasal dari bahasa Arab, yakni nikahkun yang merupakan masdar atau berasal dari kata kerja nakahan. Nikah menurut istilah syara' adalah akad yang mengandung ketentuan hukum dibolehkannya hubungan seksual dengan lafaz nikah atau dengan kata-kata yang semakna dengannya. Pengertian tersebut hanya memandang satu segi, yaitu hukum yang menghalalkan hubungan seksual antara seorang laki-laki dan perempuan. Hal-hal inilah yang menjadi perhatian manusia pada umumnya dalam kehidupan sehari-hari sehingga diperlukan penegasan arti perkawinan, bukan hanya kebolehan seksual, melainkan juga dari segi tujuan dan akibat hukumnya.¹

Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dalam Pasal 1 menerangkan pengertian perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Sedangkan arti perkawinan yang dikehendaki oleh Hukum Islam, dapat dilihat di Al-Qur'an Surah Ar-Ruum ayat 21, yang berbunyi "Dan di antara tanda-tanda kekuasaan –Nya ialah Dia menciptakan untukmu istri-istri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa

¹ Muhmudin Bunyamin, *Hukum Perkawinan Islam*, CV. Pustaka Setia. Bandung, 2017, hlm. 1

tenteram kepadanya, dan dijadikan-Nya di antaramu rasa kasih dan sayang”. Maka dengan demikian kalau kita lihat ayat (1) dari Pasal 2 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.²

Selain definisi yang disebutkan dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tersebut, Kompilasi Hukum Islam di Indonesia memberikan definisi lain yang tidak mengurangi arti definisi undang-undang tersebut, tetapi bersifat menambahkan penjelasan perkawinan menurut Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang kuat untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah. Ungkapan akad yang sangat kuat merupakan penjelasan dari ungkapan “ikatan lahir batin” yang terdapat dalam rumusan undang-undang yang mengandung arti bahwa akad perkawinan bukan hanya perjanjian yang bersifat keperdataan. Ungkapan “untuk menaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah” adalah penjelasan dari ungkapan “berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam undang-undang. Hal ini lebih menjelaskan bahwa perkawinan bagi

² Soedhary Soimin, *Hukum Orang dan Keluarga Prespektif Hukum Perdata Barat/ BW, Hukum Islam, dan Hukum Adat*, Sinar Grafika. Jakarta, 2001, hlm. 4

umat Islam merupakan peristiwa agama dan melaksanakannya telah melakukan perbuatan ibadah.³

1.5.1.2. Asas-Asas Perkawinan

Asas-asas hukum perkawinan Islam menurut hukum Islam dan Peraturan Perundang-undangan tentang perkawinan yang berlaku bagi orang Islam di Indonesia terdiri atas 7 (tujuh) asas, yaitu: asas personalitas keislaman, asas persetujuan, asas kebebasan memilih pasangan, asas kesukarelaan, asas kemitraan suami istri, asas monogami terbuka, dan asas untuk selama-lamanya. Berikut di bawah ini penjelasan asas-asas perkawinan.⁴

1. Asas Personalitas Keislaman

Asas personalitas keislaman merupakan salah satu asas hukum perkawinan Islam di Indonesia berdasarkan Pasal 1 dan Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan merumuskan bahwa “perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang lelaki dengan seorang perempuan untuk membentuk rumah tangga (keluarga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

³ Muhmudin Bunyamin, Op.Cit, hlm. 5

⁴ Neng Djubaedah, *Pencatatan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Dicatat Menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*, Sinar Grafika. Jakarta, 2012, hlm. 94

Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menentukan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Rumusan tersebut berarti bahwa perkawinan yang dilakukan tidak berdasarkan hukum agama yang dipeluk oleh orang yang melakukan perkawinan berarti perkawinan itu tidak sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.⁵

2. Asas Kesukarelaan

Asas kesukarelaan, menurut Mohammad Daud Ali, tidak hanya harus terdapat pada kedua calon mempelai, tetapi juga harus terdapat pada kesukarelaan kedua orang tua masing-masing calon mempelai. Kesukarelaan wali pihak perempuan adalah merupakan unsur penting, karena wali nikah merupakan salah satu rukun perkawinan yang wajib dipenuhi. Sebagaimana ditentukan dalam Pasal 14 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menentukan rukun nikah terdiri atas calon suami, calon istri, wali nikah, dua orang saksi lelaki, ijab kabul.

Kewajiban adanya wali nikah adalah berdasarkan hadis Nabi Muhammad saw yang menyatakan bahwa tidak ada nikah kecuali dengan wali dan dua orang saksi yang adil. Hadis lainnya yang menentukan kedudukan wali merupakan unsur penting dalam perkawinan adalah hadis yang

⁵ Ibid

diriwayatkan Imam yang lima, kecuali Nasai, dari Sulaiman bin Musa dan Zuhri dari Urwah dari ‘Aisyah radi-allahui ‘anha bahwa sesungguhnya Nabi saw bersabda: “Siapa saja perempuan yang kawin tanpa izin walinya, maka perkawinannya batal. Kemudian jika (suaminya) telah mencampurnya, bagi perempuan itu berhak memperoleh mahar sebab apa yang telah ia anggap halal dari mencampurnya. Kemudian jika mereka (wali-walinya) berselisih, maka penguasa (hakimlah) yang menjadi walinya”. Hadis tersebut memuat asas kesukarelaan calon mempelai merupakan faktor penting dalam suatu perkawinan.⁶

3. Asas Persetujuan

Asas persetujuan memegang peran yang sangat penting dalam perkawinan seseorang, baik lelaki maupun perempuan. Dalam hukum Perkawinan Islam sangat menghormati hak asasi manusia dalam hal perkawinan. Dalam memilih pasangan perkawinan, perempuan muslimah diberikan kebebasan untuk memilih melalui pernyataan menerima atau tidak pinangan seorang laki-laki (asas persetujuan).

Asas persetujuan untuk melakukan suatu perkawinan itu juga sesuai dengan yang telah diriwayatkan dalam beberapa hadis. Dalam hadis yang diriwayatkan oleh

⁶ Ibid, hlm. 100

Ahmad dan Nasa'i, Muslim, dan Abu Daud "Dan gadis hendaknya ayahnya meminta izin kepadanya (maksudnya sebelum dilangsungkan akad nikah, ia ditanya persetujuannya terlebih dahulu)". Dengan adanya hadis tersebut sangat jelas bahwa asas persetujuan memegang hal penting dalam terjadinya suatu perkawinan.⁷

4. Asas Kebebasan Memilih Pasangan

Asas kebebasan memilih pasangan merupakan rangkaian dari asas persetujuan dan kesukarelaan. Hal ini dapat dilihat dari hadis yang diriwayatkan Jamaah kecuali Muslim, dari Khansa', sebagaimana telah disebut pada asas persetujuan bahwa ayahnya telah mengawinkannya sedang ia janda, tetapi ia tidak menyukai perkawinan itu, lalu ia datang kepada Rasulullah saw., maka Rasulullah saw membatalkan pernikahannya itu.

Dalam hadis tersebut dengan tegas pula menentukan bahwa setiap orang berhak untuk memilih pasangan perkawinannya secara bebas asalkan sesuai dengan syariat Islam, yaitu tidak melanggar larangan perkawinan menurut Islam karena perkawinan adalah lembaga yang membentuk keluarga yang bahagia dan kekal, selain sebagai sendi pokok masyarakat dan bangsa.⁸

5. Asas Kemitraan Suami Istri

⁷ Ibid, hlm. 101

⁸ Ibid, hlm. 102

Asas kemitraan dalam hukum perkawinan Islam dapat dilihat dari pertama, subjek hukum atau orang yang berakad nikah, yaitu calon suami dan calon istri, yang dilaksanakan oleh walinya. Kedua, dalam hal yang diakadkan, atau objek akad nikah, ialah halalnya hubungan antara suami istri secara timbal balik dan segala hal yang muncul sebagai akibat perkawinan, seperti keturunan dan harta kekayaan dalam perkawinan. Kedua hal tersebut merupakan wujud kemitraan dalam kehidupan rumah tangga.

Dalam ajaran Islam, pembagian tugas antara suami istri, bukan dalam makna yang satu menguasai yang lain, tetapi dalam rangka mencapai rumah tangga yang sakinah, mawaddah, dan rahmah agar terwujud keturunan yang salih dan salimah sebagai penerus amanah yang harus dipertanggung jawabkan kelak dihadapan Allah swt.⁹

6. Asas Monogami Terbuka

Hukum perkawinan Islam menganut asas monogami terbuka, yaitu pada dasarnya perkawinan menurut Islam adalah monogami, tetapi dalam kondisi-kondisi tertentu, suami boleh melakukan poligami atau beristri lebih dari satu orang dan paling banyak empat orang. Sebagaimana yang telah ditentukan dalam Al-Qur'an Surah An-Nisaa.

Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Pasal 3, Pasal 4, Pasal 5, dan Pasal 65 juncto Peraturan

⁹ Ibid

Pemerintah No. 9 Tahun 1975 juncto Kompilasi Hukum Islam telah mengatur tentang syarat alternatif dan syarat kumulatif bagi suami istri yang akan melakukan poligami. Hal ini tidak bertentangan dengan Hukum Islam, karena memang asas perkawinan dalam Islam adalah monogami terbuka.

Poligami dalam Islam tidak bermaksud menyakiti atau membuat derita istri yang satu dengan mengangkat istri yang lain. Oleh karena itu, Surah An-Nisaa ayat 3 menentukan bahwa beristri satu orang sajalah jika tidak dapat berbuat adil. Tetapi hal itu “tidak mengharamkan” poligami.¹⁰

7. Asas untuk Selama-lamanya

Tujuan perkawinan adalah untuk selama-lamanya, bukan untuk sementara waktu dan untuk sekedar bersenang-senang atau rekreasi. Oleh karena itu, perceraian tidak boleh dilakukan sewenang-wenang oleh pasangan. Larangan kesewenang-wenangan melakukan perceraian itu terdapat dalam surah al-Baqarah ayat 230 tentang larangan menikah kembali setelah dilakukan perceraian yang ketiga kali.

Asas untuk selama-lamanya juga dapat diketahui dari larangan perkawinan mut'ah, karena perkawinan yang bertujuan untuk kawin sementara, kawin yang diperjanjikan batas waktunya, misalnya hanya untuk beberapa waktu

¹⁰ Ibid, hlm. 103

tertentu. Kawin mut'ah bertujuan hanya untuk bersenang-senang. Dalam perkawinan mut'ah sebenarnya terkandung pelecehan terhadap perempuan. Perkawinan mut'ah itu hukumnya haram. Hal tersebut sesuai dengan fatwa Majelis Ulama Indonesia (MUI) Pusat pada tanggal 25 Oktober 1997 yang telah mengeluarkan fatwa yang mengharamkan nikah mut'ah. Perkawinan dalam Islam adalah ibadah, bukan sekedar hanya untuk bersenang-senang semata dan hal tersebut sudah sesuai dengan hadis Rasulullah saw. Atas dasar tersebut diatas maka perkawinan harus sesuai dengan asas untuk selama-lamanya.¹¹

1.5.1.3. Rukun Perkawinan

Rukun adalah unsur yang melekat pada peristiwa hukum atau perbuatan hukum (misal akad perkawinan), baik dari segi para subyek hukum maupun obyek hukum yang merupakan bagian dari perbuatan hukum atau peristiwa hukum (akad nikah) ketika peristiwa hukum tersebut berlangsung. Rukun menentukan sah atau tidak sahnya suatu perbuatan atau peristiwa hukum. Jika salah satu rukun dalam peristiwa atau perbuatan hukum itu tidak terpenuhi berakibat perbuatan hukum atau peristiwa hukum tersebut adalah tidak sah dan statusnya “batal demi hukum”.¹²

¹¹ Ibid, hlm. 105

¹² Ibid, hlm.90

Dalam Kompilasi Hukum Islam tidak dibedakan antara rukun dan syarat perkawinan. Keduanya merupakan satu kesatuan yang sulit dipisahkan. Rukun Perkawinan diatur dalam Pasal 14 Kompilasi Hukum Islam (KHI). Menurut Pasal 14 Kompilasi Hukum Islam ini, untuk melaksanakan perkawinan harus ada calon suami, calon isteri, wali nikah, dua orang saksi, dan ijab dan kabul. Berikut dibawah ini penjelasan tentang rukun dan syarat perkawinan :

a. Calon Mempelai

Islam hanya mengakui perkawinan antara laki-laki dan perempuan dan tidak boleh selain dari itu, seperti sesama laki-laki atau perempuan. Adapun syarat-syarat yang dipenuhi untuk laki-laki dan perempuan untuk dapat melangsungkan atau melaksanakan perkawinan adalah sebagai berikut. Calon mempelai pria syarat-syaratnya beragama Islam, berumur sekurang-kurangnya 19 tahun, jelas orangnya, dapat memberikan persetujuan, tidak terdapat halangan perkawinan. Sedangkan calon mempelai wanita syarat-syarat untuk melangsungkan perkawinan yaitu beragama Islam, sekurang-kurangnya berumur 16 tahun, jelas orangnya, dapat dimintai persetujuannya, tidak terdapat halangan perkawinan. Syarat-syarat bagi calon

mempelai untuk melangsungkan perkawinan telah diatur dalam Pasal 15 sampai 18 Kompilasi Hukum Islam.

Hukum Islam di Indonesia menentukan salah satu syarat perkawinan adalah persetujuan calon mempelai. Persetujuan ini dilakukan agar suami dan istri dapat dengan senang hati membagi tugas, hak dan kewajibannya secara proposional. Dengan demikian tujuan perkawinan dapat tercapai. Kompilasi Hukum Islam mengatur persetujuan kedua calon mempelai dalam Pasal 16 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan bahwa perkawinan didasarkan atas persetujuan calon mempelai. Bentuk persetujuan calon mempelai wanita dapat berupa pertanyaan tegas dan nyata dengan tulisan, lisan, atau syarat tapi dapat juga berupa diam dalam arti selama tidak ada penolakan yang tegas.¹³

b. Wali Nikah

Wali merupakan ketentuan hukum yang dapat dipaksakan kepada orang lain sesuai dengan bidang hukumnya. Dalam perkawinan wali adalah orang yang bertindak atas nama mempelai perempuan dalam suatu akad nikah. Akad nikah dilakukan oleh dua pihak, yaitu pihak laki-laki yang dilakukan oleh mempelai laki-laki dan pihak perempuan yang dilakukan oleh walinya. Wali nikah dalam

¹³ Muhmudin Bunyamin, Op.Cit, hlm. 11

perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya. Apabila tidak dipenuhi, status perkawinannya tidak sah.¹⁴

Dalam Pasal 19 sampai Pasal 23 Kompilasi Hukum Islam mengatur mengenai wali nikah. Wali nikah dalam perkawinan harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkan. Ulama berpendapat tentang urutan orang yang berhak menjadi wali dalam arti selama masih ada wali nasab, wali hakim wali hakim tidak menjadi wali dan selama wali nasab yang lebih dekat masih ada wali yang lebih jauh tidak dapat menjadi wali.¹⁵

Wali yang dimaksud adalah laki-laki baligh, berakal, dan sudah dewasa. Wali harus seorang muslim jika wanitanya muslimah dan masih sanak kerabat dari pihak wanita, seperti: Ayah, kakek dari ayah, anak laki-laki, cucu laki-laki dari anak laki-laki dan seterusnya ke bawah, saudara sepupu laki-laki, saudara laki-laki dari ayah, paman sepupu, paman dari ayah dan anak laki-laki mereka yang lebih dekat. Bila seorang wanita tidak memiliki wali nasab atau walinya enggan menikahkannya, maka hakim/penguasa memiliki hak perwalian atasnya dengan dalil sabda Rasulullah Shallallahu, alaihi wa sallam : “Maka

¹⁴ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia antara Fiqih Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, Kencana. Jakarta, 2006, hlm. 69

¹⁵ Ibid, hlm. 75

sulthan (penguasa) adalah wali bagi wanita yang tidak memiliki wali.»¹⁶

c. Saksi Nikah

Saksi dalam perkawinan merupakan rukun pelaksanaan akad nikah, karena itu setiap perkawinan harus dilaksanakan oleh dua orang saksi. Dengan demikian, kehadiran saksi dalam akad nikah mutlak diperlakukan, apabila saksi tidak hadir pada saat akad nikah dilangsungkan, pernikahan tersebut hukumnya tidak sah. Adapun yang dapat menjadi saksi menurut Pasal 25 Kompilasi Hukum Islam adalah laki-laki muslim, adil, aqil baligh, tidak terganggu ingatan, tidak tuna rungu atau tuli. Saksi juga harus hadir dan menyaksikan secara langsung akad nikah. Serta menandatangani Akta Nikah pada waktu dan di tempat akad nikah dilangsungkan. Akta Nikah ini yang selanjutnya menjadi bukti bahwa perkawinan tersebut adalah sah dan telah tercatat oleh negara.

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia disebutkan pula aturan mengenai saksi dalam pernikahan. Dalam Pasal 24 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan saksi dalam pernikahan merupakan rukun pelaksanaan akad nikah, di mana setiap pernikahan harus dipersaksikan oleh

¹⁶ Ibid, hlm. 79

dua orang saksi. Serta Pasal 26 yaitu “Saksi harus hadir dan menyaksikan secara langsung akad nikah serta menandatangani Akta Nikah pada waktu dan di tempat akad nikah dilangsungkan”.¹⁷

d. Akad Nikah

Akad nikah adalah perjanjian yang berlangsung antara dua pihak yang melangsungkan perkawinan dalam bentuk ijab dan qabul. Ijab adalah penyerahan dari pihak pertama, sedangkan qabul adalah penerimaan dari pihak kedua. Pelaksanaan mengikatkan diri dalam perkawinan dilakukan antara pengantin perempuan dengan pengantin laki-laki dengan mengadakan ijab qabul. Ijab berarti menawarkan dan qabul sebenarnya berasal dari kata-kata qabuul, berarti menerima. Dalam teknis hukum perkawinan, ijab artinya penegasan kehendak mengikatkan diri dalam bentuk perkawinan dan dilakukan oleh pihak perempuan ditujukan kepada laki-laki calon suami. Sedangkan qabul berarti penegasan penerimaan mengikatkan diri sebagai suami istri dilakukan oleh pihak laki-laki.¹⁸

Undang-Undang Perkawinan tidak mengatur tentang akad perkawinan, bahkan tidak membicarakan akad. Adapun Kompilasi Hukum Islam secara jelas mengatur

¹⁷ Muhmudin Bunyamin, Op.Cit, hlm. 16

¹⁸ Ibid, hlm.10

akad perkawinan. Menurut Pasal 27 Kompilasi Hukum Islam ijab dan Kabul antara wali dan calon mempelai pria harus jelas beruntun dan tidak berselang waktu. Selain itu menurut Pasal 28 Kompilasi Hukum Islam akad nikah dilaksanakan sendiri secara pribadi oleh wali nikah yang bersangkutan, wali nikah mewakilkan kepada orang lain. Menurut Pasal 29 Kompilasi Hukum Islam yang berhak mengucapkan qabul adalah calon mempelai pria secara pribadi. Dalam hal tertentu ucapan qabul nikah dapat dijadwalkan kepada pria lain dengan ketentuan calon mempelai pria memberikan kuasa yang tegas secara tertulis bahwa penerimaan wakil atas akad nikah itu adalah untuk mempelai pria. Dalam hal calon mempelai wanita atau wali keberatan calon mempelai pria diwakili, maka akad nikah tidak boleh dilangsungkan.¹⁹

1.5.2 Perceraian

1.5.2.1. Pengertian Perceraian

Kata “cerai” menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia berarti: (kata kerja), pisah; putus hubungan sebagai suami istri; talak. Kemudian, kata “perceraian” mengandung arti: (kata benda), perpisahan; perihal bercerai (antara suami istri); perpecahan. Adapun kata “bercerai” berarti: (kata kerja), tidak

¹⁹ Ibid, hlm. 11

bercampur (berhubungan, bersatu, dsb.) lagi; berhenti berlaki-bini (suami istri).

Istilah “perceraian” terdapat dalam Pasal 38 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang memuat ketentuan bahwa “Perkawinan dapat putus karena kematian, perceraian, dan atas putusan Pengadilan”. Jadi, istilah “perceraian” secara yuridis berarti putusnya perkawinan, yang mengakibatkan putusnya hubungan sebagai suami istri atau berhenti berlaki-bini (suami istri) sebagaimana diartikan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia di atas.²⁰

Perceraian adalah putusnya ikatan lahir batin antara suami dan istri yang mengakibatkan berakhirnya hubungan keluarga (rumah tangga) antara suami dan istri tersebut. Perceraian adalah bagian dari dinamika rumah tangga. Adanya perceraian karena adanya perkawinan, meskipun tujuan perkawinan bukan perceraian, tetapi perceraian merupakan *sunatullah*, meskipun penyebabnya berbeda-beda.

Perceraian dalam KUHPerdara (*Burgerlijk Wetboek*) adalah salah satu alasan terjadinya pembubaran perkawinan, hal ini termuat pada Bab ke 10. Dalam Pasal 199 KUHPerdara disebutkan ada empat cara pemutusan atau pembubaran perkawinan. Pada bagian kesatu tentang pembubaran

²⁰ Muhammad Syaifuddin, *Hukum Perceraian*, Sinar Grafika. Jakarta, 2013, hlm.15

perkawinan umumnya dikemukakan alasan bubarnya perkawinan, yaitu karena kematian, karena keadaan tidak hadir si suami atau si istri selama 10 tahun, diikuti dengan perkawinan baru istri/suaminya, karena putusan hakim telah ada perpisahan meja dan ranjang dan pembukuan pernyataan bubarnya perkawinan dalam putusan itu dalam register catatan sipil, dan yang terakhir karena perceraian. Sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam bagian kelima bab delapan belas.²¹

Selain itu pembubaran perkawinan disebabkan pula oleh putusan hakim setelah adanya perpisahan ranjang dan pembukuan pernyataan bubarnya perkawinan dalam putusan yang terdapat pada register catatan sipil sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang berlaku. Dalam bagian kedua KUHPerdara tentang pembubaran perkawinan setelah perpisahan meja dan ranjang, atas permintaan kedua belah pihak yang perpisahan itu telah berjalan lima tahun lamanya dengan tidak adanya perdamaian antara kedua belah pihak, tiap-tiap mereka leluasa menarik pihak yang lain di Pengadilan dan menuntut agar perkawinan dibubarkan.²²

Perceraian dalam ikatan perkawinan adalah sesuatu yang dibolehkan oleh agama Islam. Adapun hal-hal yang dapat mengakibatkan perceraian karena beberapa alasan yaitu

²¹ Soedhary Soimin, Op.Cit, hlm. 26

²² Boedi Abdullah, *Perkawinan Perceraian Keluarga Muslim*, CV Pustaka Setia. Bandung, 2013, hlm. 49

zina, meninggalkan tempat tinggal dengan sengaja, penghukuman dengan hukuman penjara lima tahun atau dengan hukuman yang lebih berat yang diucapkan setelah perkawinan, melukai berat atau menganiaya yang dilakukan oleh suami atau istri terhadap istri atau suaminya sehingga membahayakan jiwa salah satu pihak. Apabila sudah ditempuh berbagai cara untuk mewujudkan kerukunan, kedamaian, dan kebahagiaan atas dasar sebab-sebab perceraian tersebut namun harapan dalam tujuan perkawinan tidak akan terwujud atau tercapai sehingga berujung pada perceraian.²³

Perceraian adalah merupakan akibat dari suatu hubungan yang disebabkan oleh adanya hubungan perkawinan. Keduanya (antara perkawinan dan perceraian) saling berhubungan di mana perceraian hanya dapat terjadi karena adanya sebuah ikatan perkawinan. Dalam Kompilasi Hukum Islam, disebutkan pula bahwa putusnya perkawinan dapat terjadi karena perceraian dan dapat terjadi karena thalak atau gugatan perceraian. Sebagaimana ketentuan dari Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pasal 39 ayat (1) bahwa perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang Pengadilan yang bersangkutan berusaha dengan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.

²³ Soedhary Soimin, Op.Cit, hlm. 28

Ini adalah aturan yang pantas dalam masyarakat yang berbudaya menuju masyarakat yang modern. Disamping menghindarkan persoalan-persoalan yang sewenang-wenang terutama dari pihak suami, yang dengan sesuka hatinya tanpa prosedur apapun dapat melemparkan istri tanpa alasan hukum yang sah.²⁴

Menurut Abdul Kadir Muhammad putusnya perkawinan karena kematian disebut dengan “cerai mati”, sedangkan putusnya perkawinan karena perceraian ada 2 (dua) istilah yaitu: cerai gugat (*khulu'*) dan cerai talak. Putusnya perkawinan karena putusan pengadilan disebut dengan istilah “cerai batal”. Penyebutan istilah “cerai mati dan cerai batal” tidak menunjukkan kesan adanya perselisihan antara suami istri. Penyebutan “cerai gugat (*khulu'*) dan cerai talak” menunjukkan kesan adanya perselisihan antara suami istri. Putusnya perkawinan baik karena putusan pengadilan maupun perceraian harus berdasarkan putusan pengadilan.²⁵

Perceraian menurut Subekti adalah “Penghapusan perkawinan dengan putusan hakim atau tuntutan salah satu pihak dalam perkawinan itu”. Pengertian perceraian menurut Subekti adalah penghapusan perkawinan, baik dengan putusan

²⁴ M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, CV. Zahir Trading. Medan 1975, hlm. 133

²⁵ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Citra Aditya Bakti. Bandung, 2000, hlm.108

hakim atau tuntutan suami atau istri. Dengan adanya perceraian, maka perkawinan antara suami dan istri menjadi hapus. Namun, Subekti tidak menyatakan pengertian perceraian sebagai penghapusan perkawinan itu dengan kematian atau yang lazim disebut dengan istilah “cerai mati”.²⁶

1.5.2.2. Bentuk-Bentuk Perceraian

Bentuk-bentuk perceraian yang mengakibatkan putusnya perkawinan yang diatur dalam hukum Islam, yang dapat menjadi alasan-alasan hukum perceraianya dan bermuara pada cerai talak dan cerai talak dan cerai gugat yang telah diatur dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975, dapat dijelaskan sebagai berikut.

1. Talak

Secara harfiah, talak berarti lepas dan bebas. Dihubungkannya kata talak dalam arti kata ini dengan putusnya perkawinan, karena antara suami dan istri sudah lepas hubungannya atau masing-masing sudah bebas. Dalam mengemukakan arti talak secara terminologis, ulama mengemukakan rumusan yang berbeda, namun esensinya sama, yakni melepaskan hubungan pernikahan dengan menggunakan lafaz talak dan sejenisnya.

²⁶ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, PT. Internusa. Jakarta, 1985, hlm.42

Abdul Ghofur Anshori menjelaskan bahwa dalam hukum Islam hak talak ini hanya diberikan kepada suami (laki-laki) dengan pertimbangan, bahwa pada umumnya suami lebih mengutamakan pemikiran dalam mempertimbangkan sesuatu daripada istri (wanita) yang biasanya bertindak atas dasar emosi. Hal ini dimaksudkan agar terjadinya perceraian lebih dapat diminimalisasi daripada jika hak talak diberikan kepada istri.²⁷

Talak ditinjau dari segi waktu menjatuhkan talak, terdiri dari 2 (dua) macam talak sebagai berikut :

a) Talak Sunnah

ialah talak yang dibolehkan atau sunnah hukumnya, yang diucapkan 1 kali dan istri belum digauli ketika suci dari *haidh*. Jika talak yang diucapkan berturut-turut sebanyak tiga kali pada waktu yang berbeda dan istri dalam keadaan suci dari *haidh* serta belum digauli pada tiap waktu suci dari *haidh* itu. Dua kali dari talak itu telah dirujuk, sedangkan yang ketiga kalinya tidak dapat dirujuk lagi.

b) Talak *Bid'ah*

ialah talak yang dilarang atau haram hukumnya, yang talaknya dijatuhkan ketika istri dalam keadaan

²⁷ Abdul Ghufur Anshori, *Hukum Perkawinan Islam "Prespektif Fikih dan Hukum Positif"*, UII Press. Yogyakarta, 2011, hlm. 105

haidh, juga talak yang dijatuhkan ketika istri suci dari haidh lalu disetubuhi oleh suami. Tergolong *bid'ah* jika suami menjatuhkan talak tiga sekaligus pada satu waktu. Adapun talak satu diiringi pernyataan tidak dapat rujuk lagi tergolong talak *bid'ah*. Jika suami menjatuhkan talak dalam waktu/keadaan/kondisi tersebut, maka talaknya tetap jatuh dan suami sendiri yang berdosa, karena ia melakukan perbuatan yang dilarang oleh syariat Islam.²⁸

Macam-macam talak ditinjau dari segi jumlah penjatuhan talak atau dari boleh atau tidaknya suami rujuk kembali kepada istri juga terdiri dari 2 (dua) macam talak, yaitu sebagai berikut.

a) Talak *Raj'i*

Ialah talak yang dijatuhkan satu kali oleh suami, dan suami dapat rujuk kembali kepada istri yang telah ditalak tadi. Dalam syariat Islam, talak *raj'i* terdiri dari beberapa bentuk, antara lain talak satu, talak dua dengan menggunakan pembayaran tersebut. Akan tetapi, dapat pula terjadi suatu talak *raj'i* yang berupa talak satu, talak dua dengan tidak menggunakan *iwadl* juga istri belum digauli.

b) Talak *Ba'in*

²⁸ Sudarsono, *Hukum Perkawinan Nasional*, PT. Rineka Cipta. Jakarta, 1994, hlm.133

Ialah talak yang terjadi sehubungan dengan adanya *syiqaq* yang mengarahkan suami dan istri mendatangkan hakim dari keluarga masing-masing sebagai juru damai. Talak Ba'in ada dua macam. Talak *ba'in sughra* yaitu talak yang tidak boleh dirujuk tetapi boleh akad nikah baru dengan bekas suaminya. Talak *ba'in kubra* adalah talak yang terjadi untuk ketiga kalinya. Talak ini tidak boleh dirujuk dan tidak dapat dinikahi kembali kecuali apabila pernikahan itu dilakukan setelah bekas isterinya menikah dengan orang lain dan kemudian terjadi perceraian ba'da ad- dukhul dan habis masa iddahya.²⁹

2. Syiqaq

Syiqaq adalah konflik yang terjadi antara suami istri yang membuat untuk mengambil keputusan berpisah. Konflik-konflik tersebut antara lain yang disebut syiqaq. Syiqaq itu berarti perselisihan atau menurut istilah *fiqh* berarti perselisihan suami istri yang diselesaikan dua orang wakil, satu orang dari pihak suami dan satu orang dari pihak istri.

Menurut Muhammad Thalib, cara penyelesaian syiqaq yang bersandar pada Al-Quran Surat An Nisa yang menegaskan bahwa yang bertanggung jawab menyelesaikan

²⁹ Muhammad Syaifuddin, Op.Cit, hlm.124

adalah suami istri dan kaum kerabatnya. Yang paling utama untuk mengutus penengah adalah kerabat.³⁰

3. Khulu'

Khulu' menurut bahasa artinya "tanggul". Khulu' disebut juga "fida" atau tebusan, karena istri meminta cerai kepada suaminya dengan membayar sejumlah tebusan atau imbalan. Adapun khulu' menurut hukum Islam ialah "perceraian suami-istri dengan tebusan atau imbalan dari istri kepada suami. Imam Syaekani juga menyatakan bahwa khulu' ialah perceraian suami dari istrinya dengan pembayaran ganti rugi (imbalan) yang diperolehnya.

Khulu' atau talak tebus adalah bentuk perceraian atas persetujuan suami isteri, yaitu dengan jatuhnya talak satu dari suami atas persetujuan suami isteri, yaitu dengan jatuhnya talak satu dari suami kepada isteri dengan tebusan harta atau uang dari pihak isteri yang menginginkan cerai dengan khulu' tersebut. Khulu' yang dibenarkan dalam Agama Islam tersebut berasal dari kata bahasa arab artinya meninggalkan pakaian. Karena perceraian sebagai pakaian laki-laki dan laki-laki pun pakaian perempuan. Menurut ahli

³⁰ Ibid, hlm.128

fiqh, Khulu adalah istri memisahkan dari suami dengan ganti rugi kepadanya.³¹

4. Fasakh

Secara etimologi, fasakh berarti membatalkan. Apabila dihubungkan dengan perkawinan fasakh berarti membatalkan perkawinan atau merusakkan perkawinan. Kemudian, secara terminologis fasakh bermakna pembatalan ikatan pernikahan oleh Pengadilan Agama berdasarkan tuntutan istri atau suami yang dapat dibenarkan Pengadilan Agama atau karena pernikahan yang telah terlanjur menyalahi hukum pernikahan. Fasakh berasal dari Bahasa Arab, yakni fasakha, artinya rusak. Kamal Mukhtar mengartikan fasakh dengan “mencabut” atau “menghapus” yang maksudnya ialah, perceraian yang disebabkan oleh timbulnya hal-hal yang dianggap berat oleh suami atau istri atau keduanya, sehingga mereka tidak sanggup untuk melaksanakan kehidupan suami atau istri dalam mencapai tujuan rumah tangga.³²

Fasakh berarti mencabut dan membatalkan yang berasal dari pokok kata, yang berarti mencabut sesuatu yang sudah sah dan formal. Fasakh disyariatkan dalam menolak kemudaratan dan diperbolehkan bagi seorang istri yang

³¹ A. Fuad Said, *Perceraian Menurut Hukum Islam*, Pustaka Al-Husna, Jakarta, 1994, hlm. 95-96

³² Muhammad Syaifuddin, Op.Cit, hlm.137

sudah balig dan berakal. Fasakh berarti mencabut atau menghapus maksudnya ialah perceraian yang disebabkan oleh timbulnya hal-hal yang dianggap berat oleh suami atau isteri atau keduanya sehingga mereka tidak sanggup untuk melaksanakan kehidupan suami isteri dalam mencapai tujuannya.³³

Jadi fasakh berarti diputuskannya hubungan perkawinan (atas permintaan salah satu pihak) oleh hakim agama karena salah satu pihak menemui cela pada pihak lain atau merasa tertipu atas hal-hal yang belum diketahui sebelum berlangsungnya perkawinan. Perceraian dalam bentuk fasakh ini termasuk perceraian dengan proses peradilan. Hakimlah yang memberi keputusan tentang kelangsungan perkawinan atau terjadinya perceraian, karena itu pihak penggugat dalam perkara fasakh ini haruslah mempunyai alat-alat bukti yang lengkap, yang dapat menimbulkan keyakinan bagi hakim yang mengadilinya.

5. Fahisah

Fahisah menurut Alquran Surat An-Nisa ayat 15 ialah perempuan yang melakukan perbuatan keji atau perbuatan buruk yang memalukan keluarga, seperti perbuatan mesum, homo, seksual, lesbian, dan sejenisnya. Apabila terjadi

³³ Boedi Abdullah, Op.Cit, hlm. 113

peristiwa yang demikian itu, maka suami dapat bertindak mendatangkan 4 (empat) orang saksi laki-laki yang adil yang memberikan kesaksian tentang perbuatan itu, apabila terbukti benar, maka kurunglah wanita itu dalam rumah sampai mereka menemui ajalnya.

Menurut Surah An-Nisa' ayat 135 dijelaskan tentang kurungan itu ialah sampai Allah memberikan jalan atau memberi petunjuk kepadanya. Tindakan mengurung itu apabila suami dapat mendatangkan 4 orang saksi bahwa istrinya (wanita) itu benar-benar telah melakukan perbuatan yang memalukan keluarga (fahisah), apabila kelak wanita (istri) tersebut telah sadar dan bertaubat ingin menjadi orang yang baik-baik dia harus dibebaskan. Kata fahisah ini dalam ayat lain dalam Alquran terutama dihubungkan dengan penyelewengan dalam hubungan perzinaan.³⁴

6. Ta'lik talak

Pada prinsipnya *ta'lik* talak, menurut penjelasan Sudarsono, adalah suatu penggantungan terjadinya jatuhnya talak terhadap peristiwa tertentu sesuai dengan perjanjian yang telah dibuat sebelumnya antara suami istri. Dalam kenyataan, hubungan suami istri menjadi putus berdasarkan *ta'lik* talak dengan adanya beberapa syarat. Yaitu pertama,

³⁴ Mohd. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam : Suatu Analisis UU No. 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam*, PT. Bumi Aksara, Jakarta, 2004, hlm. 140

berkenaan dengan adanya peristiwa di mana digantungkan talak berupa terjadinya sesuatu seperti yang diperjanjikan. Misalnya: pernyataan suami bahwa jika ia meninggalkan istri selama 6 bulan dengan tiada kabar dan tidak mengirim nafkah lahir batin atau suami berjanji bahwa ia tidak akan memukul istrinya lagi.

Yang kedua, menyangkut masalah ketidakrelaan istri. Apabila suami ternyata tetap melakukan pemukulan kepada istri maka istri rela. Ketiga, apabila istri sudah tidak rela, maka ia boleh menghadap pejabat yang berwenang menangani masalah ini, yang dalam hal ini Kantor Urusan Agama. Keempat, istri membayar *'iwadl* melalui pejabat yang berwenang sebagai pernyataan tidak senang terhadap sikap yang dilakukan suami terhadapnya. Lebih lanjut, Sudarsono menjelaskan bahwa secara prinsipil pernyataan dalam *ta'lik* talak berupa ikrar dari suami dan hanya mengikat pada suami istri itu sendiri. Lembaga *ta'lik* talak di samping untuk menjaga kerukunan hubungan suami istri juga untuk mengimbangi hak talak yang ada pada suami.³⁵

7. Ila'

Ila' artinya sumpah si suami tidak akan mencampuri isterinya dalam masa yang lebih dari 4 bulan atau dengan

³⁵ Muhammad Syaifuddin, Op. Cit, hlm.141

tidak menyebutkan jangka waktunya. Apabila seorang suami bersumpah tersebut hendaklah ditunggu sampai 4 bulan, kalau dia kembali baik kepada isterinya sebelum sampai 4 bulan, maka dia wajib membayar denda sumpah kafarat saja. Tetapi sampai 4 bulan dia tidak kembali baik dengan isterinya, hakim berhak menyuruhnya memilih diantara 2 perkara, yaitu membayar kafarat sumpah serta kembali baik kepada isterinya, atau menceraikan istrinya. Jika suami itu tidak mau menjalankan salah satu dari kedua perkara tersebut, maka hakim berhak menceraikan mereka dengan paksa.

Sebagian ulama berpendapat, apabila sampai 4 bulan suami tidak Kembali, istri itu jatuh talak *ba'in*, tidak perlu dikemukakan kepada hakim. Meng-ila' istri maksudnya bersumpah tidak akan mencampuri istri. Dengan sumpah tersebut, seorang perempuan menderita karena tidak disetubuhi dan tidak pula diceraikan. Setelah 4 bulan suami harus memilih antara Kembali menyetubuhi istrinya dengan membayar kafarat sumpah atau menceraikan.³⁶

8. Zhihar

Zhihar adalah seorang laki-laki mengindetikkan istrinya dengan ibu kandungnya sehingga istrinya itu haram digauli,

³⁶ Boedi Abdullah, Op.Cit, hlm. 247

seperti ucapan suami kepada istri. Jika seorang laki-laki mengatikan demikian dan tidak diteruskannya kepada talak, maka ia wajib membayar kifarat dan haram bercampur dengan isterinya sebelum membayar kifarat. Zihar ini pada zaman jahiliyah dianggap menjadi talak. Kemudian diharmkan oleh agama islam serta diwajibkan membayar denda (kifarat).

Kifarat yang wajib dilaksanakan bagi suami yang melakukan zihar adalah memerdekakan hamba sahaya, puasa dua bulan berturut-turut, memberi makan 60 orang miskin. Tingkatan ini perlu berturut sebagaimana tersebut di atas. Berarti yang wajib dijalankan adalah yang pertama lebih dahulu. Jika yang pertama tidak dapat dijalankan, boleh dengan jalan yang kedua. Begitu pula jika tidak dapat melakukan kifarat yang kedua, boleh juga ketiga.³⁷

9. Li'an

Li'an menurut bahasa artinya "berjauhan" (*al-muba'adah*). Misalnya, firman Allah '*la'anahullahu*' artinya Allah telah menjauhkan atau menyingkirkannya. Dinamakan demikian karena suami istri dalam perkara ini jauh dari rahmat Allah atau karena mereka saling berjauhan, sehingga tidak boleh berhimpun lagi untuk selama-lamanya.

³⁷ Ibid, hlm. 248

Menurut hukum Islam, li'ah ialah suami bersumpah empat kali apabila menuduh istrinya berzina, bahwa ia tidak termasuk orang-orang yang benar.

Li'an adalah perkataan suami sebagai berikut, "saya persaksikan kepada Allah bahwasannya benar tuduhan saya kepada isteri saya bahwa ia telah berzina". Adapun Li'an ialah saling menyatakan bahwa bersedia dilaknat Allah setelah mengucapkan persaksian empat kali oleh diri sendiri yang dikuatkan dengan sumpah yang dilakukan oleh suami isteri karena salah satu pihak bersikeras menuduh pihak lain melakukan perbuatan barzina, atau suami tidak mengakui bahwa anak yang dikandung atau dilahirkan oleh isterinya sebagai anaknya dan pihak yang lain bersikeras menolak tuduhan tersebut, sedangkan masing-masing tidak mempunyai alat bukti yang dapat diajukan hakim.³⁸

1.5.2.3. Akibat Hukum Perceraian

Dengan terjadinya perceraian bukan berarti masalah perceraian ini selesai, akan tetapi masih ada akibat-akibat dari putusannya perkawinan karena perceraian berdampak pada hubungan suami istri menjadi bekas suami, bekas istri, kedudukan anak, harta bersama dan sebagainya. Tetapi yang lebih penting mengenai nasib anak-anak kepentingannya,

³⁸ A. Fuad Said, Op.Cit, hlm. 127-128

biasanya terjadi terhadap anak yang di bawah umur. Perceraian menimbulkan akibat hukum putusnya perkawinan. Berikut ini ada beberapa akibat hukum lebih lanjut dari perceraian :

1. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Harta Bersama

Menurut Pasal 37 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan penjelasan pasalnya, akibat hukum perceraian terhadap harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing, yang mencakup hukum agama, hukum adat atau hukum yang lain. Ini berarti bahwa Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyerahkan kepada para pihak (mantan suami dan mantan istri) yang bercerai untuk memilih hukum mana dan hukum apa yang akan berlaku, dan jika tidak ada kesepakatan. Harta bersama yang dimaksud yaitu harta benda yang diperoleh selama perkawinan. Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagaimana hadiah atau warisan, adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain, yang berarti harta bawaan tidak dapat ikut dibagi apabila terjadi perceraian.³⁹

Penjelasan atas Pasal 35 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan bahwa apabila perkawinan putus,

³⁹ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*, Mandar Maju, Bandung, 2007, hlm. 176

maka harta bersama tersebut diatur menurut hukumnya masing-masing, mempunyai cakupan lebih luas dari bunyi Pasal 37 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang membatasi diri sebagai berikut. Apabila perkawinan putus karena perceraian karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Menurut Mohd. Idris Ramulyo, pada Penjelasan atas Pasal 37 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ditunjukkan kepada artinya, hukumnya masing-masing, yakni jawabannya hukum agama, hukum adat dan hukum lainnya. Konsekuensinya, jika perkawinan putus karena perceraian (bukan karena kematian), maka harta bersama diatur menurut Hukum Agama bekas suami istri itu dan jika agama mereka tidak mempunyai hukum agama tentang harta bersama, maka diberlakukan hukum adat tentang harta bersama.

Cara mendapatkan harta bersama dijelaskan oleh Erna Wahyuningsih dan Putu Samawati dapat dilakukan dengan pembagian harta bersama dapat diajukan bersamaan dengan saat mengajukan gugat cerai dengan menyebutkan harta bersama dan bukti-bukti bahwa harta tersebut diperoleh selama perkawinan dalam “posita” (alasan pengajuan gugatan). Permintaan pembagian harta disebutkan dalam

“petitum” (tuntutan). Selain itu pembagian harta bersama dapat diajukan setelah adanya putusan perceraian, artinya mengajukan gugatan atas harta bersama. Bagi yang beragama Islam gugatan atas harta bersama diajukan ke Pengadilan Agama di wilayah tempat tinggal istri. Untuk non-Islam gugatan pembagian harta bersama diajukan ke Pengadilan Negeri tempat tinggal “termohon”.⁴⁰

2. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Kedudukan Anak

Akibat hukum perceraian terhadap kedudukan dan perlindungan hak-hak anak menurut Pasal 41 huruf a Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ialah baik bapak maupun ibu tetap mempunyai kewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana terjadi perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, maka pengadilan yang memberikan keputusannya. Akibat hukum perceraian terhadap anak ini tentu saja hanya berlaku terhadap suami dan istri yang mempunyai anak dalam perkawinan mereka, tetapi tidak berlaku terhadap suami dan istri yang tidak mempunyai anak dalam perkawinan.

Menurut Soemiyati, jika terjadi perceraian di mana telah diperoleh keturunan dalam perkawinan itu, maka yang

⁴⁰ Erna Wahyuningsih, *Hukum Perkawinan Indonesia*, PT. Rambang Palembang, Palembang, 2006, hlm. 127

berhak mengasuh anak hasil perkawinan adalah ibu, atau nenek seterusnya ke atas. Akan tetapi, mengenai pembiayaan untuk penghidupan anak itu, termasuk biaya pendidikannya adalah menjadi tanggung jawab ayahnya. Berakhirnya masa asuhan adalah pada waktu anak itu sudah dapat ditanya kepada siapa dia akan terus ikut. Kalau anak tersebut memilih ibunya, maka si ibu tetap berhak mengasuh anak itu, kalau anak itu memilih ikut bapaknya, maka hak mengasuh ikut pindah ke bapak.⁴¹

Berdasarkan ketentuan yang ada bahwa pemeliharaan anak, ditentukan atas keturunan yang sah sebagai anak kandung. Sebagaimana Pasal 42 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, “anak yang sah adalah yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”. Sedangkan anak yang dilahirkan diluar pernikahan, hanya mempunyai hubungan pedata dengan ibunya dan keluarga ibunya sesuai dengan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Sedangkan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam mengatur mengenai putusnya perkawinan sebagai akibat perceraian (cerai gugat). Dalam Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam menyatakan bahwa anak yang belum mumayyiz

⁴¹ Muhammad Syaifuddin, Op.Cit, hlm. 371

berhak mendapatkan hadanah ibunya, kecuali ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukanya diganti oleh wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ibu, ayah, wanita-wanita dalam garis lurus keatas dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan. Sedangkan anak yang sudah mumayyiz berhak memilih untuk mendapatkan hadanah dari ayah atau ibunya.

Apabila pemegang hadanah tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya telah tercukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan pengadilan dapat memindahkan hak hadanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadanah pula. Semua biaya hadanah dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21tahun). Apabila terjadi perselisihan mengenai hadanah dan nafkah anak, pengadilan agama mengenai putusannya berdasarkan undang-undang hak asuh anak. Pengadilan dapat pula dengan mengikat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.⁴²

⁴² Linda Azizah, *Analisis Perceraian dalam Kompilasi Hukum Islam*, Jurnal AL-ADALAH, Volume X, Nomor 4 Juli, 2012, hlm.421

3. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Kedudukan Bekas Suami Istri

Akibat hukum perceraian terhadap kedudukan, hak dan kewajiban mantan suami/istri menurut Pasal 41 huruf c Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ialah Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas istri. Akibat hukum perceraian terhadap kedudukan, hak dan kewajiban mantan suami/istri menurut Pasal 41 huruf c Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan selaras dengan hukum Islam. Menurut penjelasan Mahmud Yunus, apabila terjadi perceraian antara suami dan istri menurut hukum Islam, maka akibat hukumnya ialah memberi *mut'ah* yang pantas yang berupa uang atau barang dan memberi nafkah hidup, pakaian dan tempat kediaman mantan istri selama masa *iddah*, serta melunasi mas kawin, perjanjian ta'lik talak dan perjanjian lain.⁴³

Ketentuan normatif dalam Pasal 41 huruf c Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan ini mempunyai kaitan dengan Pasal 11 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang memuat ketentuan

⁴³ Muhammad Syaifuddin, Op.Cit, hlm. 401

normatif bahwa seorang wanita yang putus perkawinannya berlaku jangka waktu tunggu, yang kemudian pasal ini telah dijabarkan dalam Pasal 39 Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 yang memuat ketentuan imperatif bahwa bagi seorang janda yang perkawinannya putus karena perceraian, maka waktu tunggu bagi janda yang masih datang bulan ditetapkan 3 (tiga) kali suci dengan sekurang-kurangnya 90 (sembilan puluh) hari dan bagi yang tidak datang bulan ditetapkan 90 (sembilan puluh) hari. Apabila perkawinan putus, sedang janda tersebut dalam keadaan hamil, maka waktu tunggu ditetapkan sampai ia melahirkan.⁴⁴

1.5.3 Hak Asuh Anak (*Hadhanah*)

1.5.3.1. Pengertian Hak Asuh Anak (*Hadhanah*)

Pemeliharaan anak dalam bahasa Arab disebut dengan istilah “*hadhanah*”. *Hadhanah* menurut bahasa berarti “meletakkan sesuatu dekat tulang rusuk atau di pangkuan”, karena ibu waktu menyusukan anaknya meletakkan anak itu di pangkuannya, seakan-akan ibu di saat itu melindungi dan memelihara anaknya, sehingga “*hadhanah*” dijadikan istilah yang maksudnya: “pendidikan dan pemeliharaan anak sejak

⁴⁴ Ibid, hlm. 400

dari lahir sampai sanggup berdiri sendiri mengurus dirinya yang dilakukan oleh kerabat anak itu”⁴⁵.

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

Hadhanah (al-hadanah) menurut bahasa mempunyai arti “al-janb” yang berarti di samping atau berada di bawah ketiak, atau dapat juga berarti meletakkan sesuatu dekat tulang rusuk seperti menggendong, atau meletakkan sesuatu dalam pangkuan. Maksudnya adalah merawat dan mendidik seorang Anak yang belum mummayiz atau Anak yang kehilangan kecerdasannya, sehingga tidak dapat mengerjakan keperluan mereka sendiri.

Menurut istilah *hadhanah* adalah menjaga atau mengasuh dan mendidik Anak sejak anak tersebut lahir hingga dapat mengatur dan merawat dirinya sendiri. Pemeliharaan yang dilakukan oleh Orang Tua mencakup banyak faktor

⁴⁵ Irfan Islami, *Legalitas Penguasaan Hak Asuh Anak Dibawah Umur (Hadhanah) Kepada Bapak Pasca Perceraian*, Jurnal Hukum ADIL, Volume 10 Nomor 1, hlm.154

bukan hanya kasih sayang, tetapi juga pendidikan, keuangan, dan segala sesuatu yang dianggap kebutuhan pokok anak.⁴⁶

Hadhanah ialah mengasuh atau memelihara anak yang belum *mummaiiz* supaya menjadi manusia yang hidup sempurna dan bertanggung jawab. Mengasuh anak kecil itu adalah wajib dan merupakan haknya, sebab apabila disia-siakan, tentu akan menimbulkan bencana dan kebinasaan baginya. Apabila terjadi perceraian antara suami dengan istri, dan mempunyai anak kecil, maka ibu lebih berhak dari ayah untuk mengasuh anak tersebut, selama tidak terdapat halangan maka diberikan hak prioritas kepada ibu.⁴⁷

Hadhanah dalam hukum perdata biasa disebut dengan istilah pengasuhan atau perwalian. Hak pengasuhan atau perwalian merupakan hak seorang anak dari orang tua dan juga merupakan kewajiban orang tua terhadap anak. Pasal 45 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan memuat ketentuan imperatif bahwa kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaikbaiknya. Kewajiban tersebut berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri.

⁴⁶ Nisa' Nur Amalia, *Analisis Yuridis Putusan Hakim No. 3346/Pdt.G/2016/Pa.Sby Tentang Ayah Sebagai Pemegang Hak Asuh Anak*, Jurnal Res Judicata, Volume 1, Nomor 1, Juni 2018, hlm. 37

⁴⁷ A. Fuad Said, Op.Cit, hlm. 215

Menurut Sayyid Sabiq *Hadhanah* adalah melakukan pemeliharaan anak-anak yang masih kecil baik laki-laki atau perempuan atau yang sudah besar tetapi belum tamyiz, tanpa perintah dari padanya, menyediakan sesuatu yang menjadikan kebajikannya, menjaganya dari suatu yang merusak jasmani, rohani, dan akalunya agar mampu berdiri sendiri dalam menghadapi hidup dan dapat memikul tanggung jawab apabila ia sudah dewasa.

1.5.3.2. Syarat-Syarat Hak Asuh Anak

Adapun syarat orang yang mengasuh anak itu, mampu dan cukup cakap untuk itu. Untuk menilai mampu atau tidaknya dilihat kepada beberapa syarat. Jika syarat-syarat itu tidak terpenuhi, maka tanggallah hak *hadhanah* itu daripadanya. Adapun syarat-syarat orang yang mengasuh anak itu, sebagai berikut :

1. Islam

Seorang non muslim tidak memiliki hak dan tidak diperbolehkan menjadi pengasuh seorang Anak. Ketika seorang Ibu atau Ayah berpindah agama, maka yang memiliki hak asuhnya adalah keluarga yang memiliki agama yang sama dengan anak. Wanita kafir (non muslim) tidak boleh mengasuh anak kecil yang beragama Islam, karena *hadhanah* itu adalah semacam kekuasaan dan

wewenang. Sedang Allah melarang orang kafir (non muslim) menguasai orang Islam.

Hadhanah itu sama dengan perwalian dalam hal perwakinan dan penguasaan atas harta benda. Wanita kafir tidak dibenarkan mengasuh anak Islam, karena dikhawatirkan ia akan terpengaruh, sehingga ditinggalkannya agama Islam, masuk ke agama ibu pengasuhnya. Maka atas dasar tersebut syarat untuk mengasuh anak harus beragama Islam. Karena akhlak dan kepribadian anak itu amat tergantung kepada rawatan, asuhan dan didikan orang yang mengasuhnya.⁴⁸

2. Baligh (dewasa)

Anak-anak tidak boleh mengasuh, karena dia sendiri masih memerlukan asuhan dari orang lain.

3. Berakal

Maksudnya seseorang yang mendapatkan hak asuh anak (*hadhanah*) harus orang yang sehat baik secara fisik dan psikis. Seseorang yang mendapatkan gangguan jiwa maupun gangguan ingatan tidak layak mendapatkan hak asuh anak (*hadhanah*). Orang gila dan orang yang kurang akalunya tidak boleh mengasuh anak, sebab keduanya tidak

⁴⁸ A. Fuad Said, Op.Cit, hlm. 219

sanggup menurus diri masing-masing apalagi mengurus orang lain.⁴⁹

4. Mampu

Seseorang yang mendapatkan hak asuh anak (*hadhanah*) harusnya yang memiliki kemampuan dan kemauan dalam mengasuh, merawat dan mendidik seorang anak. Orang buta dan orang yang berpenyakit terus-menerus, dan orang lanjut umur dan wanita yang tidak sanggup menurus rumah tangga, tidak boleh mengasuh anak. Jika mereka ditunjuk untuk mengasuh atau mendidik, dikhawatirkan anak itu akan menjadi terlantar dan sia-sia.⁵⁰

5. Jujur dan Dipercaya

Seseorang yang tidak amanah dan memiliki akhlak yang buruk tidak berhak mendapatkan hak asuh anak (*hadhanah*), karena tidak dapat memberikan contoh yang baik bagi sang anak dan tidak bisa menjamin terhadap pemeliharaan Anak. Wanita fasik (jahat) bermoral rendah dan berakhlak buruk, tidak boleh mengasuh, sebab di bawah asuhannya dikhawatirkan akan berpindah tingkah lakunya itu kepada anak yang diasuh.⁵¹

6. Merdeka

⁴⁹ Ibid, hlm. 220

⁵⁰ Ibid, hlm. 221

⁵¹ Ibid

Budak atau hamba sahaya tidak boleh mengasuh, karena ia sibuk melayani majikannya, sehingga tidak ada tempo untuk itu.

7. Tidak Kawin

Apabila wanita pengasuh itu kawin, maka gugurlah hak *hadhanah* daripadanya. Dalilnya hadis yang telah disebutkan yang menyatakan bahwa Nabi SAW bersabda “Engkau lebih berhak daripadanya selama engkau belum kawin”.⁵²

1.5.3.3. Urutan Pemegang Hak Asuh Anak

Hak asuh anak merupakan hal yang sangat sensitif dalam suatu perceraian. Dalam hal hak asuh anak ini maka terdapat urutan pemegang hak asuh anak apabila salah satu orang tuanya atau kedua orang tuanya tidak dapat memenuhi kewajibannya terhadap anak, maka hak asuhnya dapat beralih kepada kerabat terdekat. Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah mengatur tentang hal ini yang terdapat dalam Pasal 105 dan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam. Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam menjelaskan “Bahwa jika terjadi perceraian antara orang tua maka, anak yang belum mummyiz atau belum berumur 12 tahun, maka pemeliharaannya jatuh kepada ibunya, sedangkan jika anak tersebut telah mummyiz atau

⁵² Ibid

telah berumur 12 tahun maka si anak dapat memilih akan tinggal dengan ayah atau ibunya.

Diatas sudah dijelaskan bahwa dalam hal pengasuhan/pemeliharaan Anak bukan hanya materi tetapi non materi juga merupakan hal yang penting. Dalam pasal diatas juga menjelaskan bahwa Anak yang belum mummayiz diasuh oleh ibunya, sedangkan ayah menanggung beban biayanya. Kompilasi Hukum Islam juga menjelaskan jika Anak yang belum mummayiz hak asuhnya di pegang oleh ibu, tetapi jika anak sudah mummayiz maka anak tersebut dapat memilih akan ikut dengan ayah atau ibunya. Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam menjelaskan kewajiban dan tanggung jawab kedua orang tuanya meski telah bercerai, maka dalam Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam menjelaskan tentang siapa saja yang mendapatkan hak asuh anak jika kedua orang tuanya tidak sanggup menjalankan tugasnya. Sebenarnya pasal ini bukan menjelaskan tentang urutan siapa saja yang berhak mengasuh, tetapi lebih pada akibat yang timbul dari sebuah perceraian.⁵³

Dalam pasal tersebut juga menegaskan bahwa siapapun yang memegang hak asuh anak (*hadhanah*) harus menjaga keselamatan si Anak baik secara fisik maupun psikis. Jadi,

⁵³ Nisa' Nur Amalia, *Analisis Yuridis Putusan Hakim No. 3346/Pdt.G/2016/Pa.Sby Tentang Ayah Sebagai Pemegang Hak Asuh Anak*, Jurnal Res Judicata, Volume 1, Nomor 1, Juni 2018, hlm. 39

apabila orang tua anak tersebut tidak dapat menjalankan hak asuhnya maka kerabat terdekat dapat mengajukan permintaan hak asuh kepada Pengadilan.⁵⁴ Adapun yang lebih berhak mengasuh anak itu, berturut-turut sebagai berikut :

1. Ibu
2. Ibu dari ibu (nenek), jika ibu berhalangan atau tidak memenuhi syarat
3. Ibu dari ayah, jika nenek berhalangan atau tidak memenuhi syarat
4. Saudara perempuan seibu seapak
5. Saudara perempuan seibu
6. Saudara perempuan seapak
7. Anak perempuan dari saudara perempuan seibu seapak
8. Anak perempuan dari saudara perempuan seibu
9. Anak perempuan seibu seapak dari ibu dari anak
10. Saudara perempuan seibu dari ibu
11. Saudara perempuan seapak dari ibu
12. Anak perempuan dari saudara perempuan seapak
13. Anak perempuan dari saudara laki-laki seibu seapak
14. Anak perempuan dari saudara laki-laki seibu
15. Anak perempuan dari saudara laki-laki seapak
16. Saudara perempuan dari bapak seibu seapak
17. Saudara perempuan dari bapak seibu
18. Saudara perempuan dari bapak seapak
19. Saudara perempuan dari nenek perempuan
20. Saudara perempuan dari nenek laki-laki

Semuanya itu dengan mendahulukan seibu seapak, kemudian berturut-turut seibu, kemudian seapak. Apabila kerabat dari muhrim tersebut tidak ada atau ada tetapi tidak memenuhi syarat, maka berpindahlah hak mengasuh itu kepada ‘ashabah dari muhrim laki-laki menurut nomor urut. Maka hak *hadhanah* itu berpindah ke bapak, bapak dari bapak sampai keatas, kemudian saudara laki-laki seibu seapak, anak laki-

⁵⁴ A. Fuad Said, Op.Cit, hlm. 217

laki dari saudara laki-laki seapak, saudara bapak seibu seapak, saudara bapak seapak, paman bapak seibu seapak, kemudian paman bapak seapak.

Jika tiada seorangpun laki-laki dari ‘ashabah, atau ada tetapi berhalangan seperti tidak memenuhi syarat, maka hak *hadhanah* itu berpindah kepada laki-laki dari muhrim bukan ‘ashabah. Berturut-turut berpindahlah kepada nenek laki-laki seibu, saudara laki-laki dari saudara laki-laki seibu, kemudian anak laki-laki dari saudara laki-laki seibu, kemudian paman seibu, saudara laki-laki seibu seapak dari ibu, makcik seapak dan makcik seibu. Jika anak itu tidak mempunyai keluarga sama sekali, maka Hakim menetapkan seorang wanita yang akan mengasuhnya.⁵⁵

1.5.3.4. Gugatan Hak Asuh Anak

Gugatan dalam hukum perdata terdiri dari Gugatan Permohonan (*voluntair*) dan Gugatan Kontentiosa. Gugatan permohonan menurut Mahkamah Agung adalah permasalahan perdata yang diajukan dalam bentuk permohonan yang ditandatangani pemohon atau kuasanya yang ditujukan kepada ketua pengadilan negeri. Sedangkan Gugatan Kontentiosa adalah gugatan perdata yang mengandung permasalahan dengan orang lain yang mengandung sengketa atau

⁵⁵ Ibid, hlm. 218

perselisihan di antara para pihak yang diajukan kepada ketua pengadilan untuk diperiksa dan diputus.

Menurut Yahya Harahap menjelaskan bahwa gugatan adalah sengketa di antara kedua belah pihak atau lebih. Permasalahan yang diajukan dan diminta untuk diselesaikan dalam gugatan merupakan sengketa atau perselisihan di antara para pihak. Penyelesaian sengketa di pengadilan ini melalui proses sanggah-menyanggah dalam bentuk replik dan duplik.⁵⁶

Menurut Prof. Sudikno Mertokusumo mempergunakan istilah gugatan, berupa tuntutan perdata tentang hak yang mengandung sengketa dengan pihak lain. Begitu juga Prof. R. Subekti, mempergunakan sebutan gugatan, yang dituangkan dalam surat gugatan. Dengan demikian setiap perkara perdata, diajukan ke pengadilan dalam bentuk surat gugatan. Begitu juga halnya dalam praktik peradilan. Selamanya dipergunakan istilah gugatan. Penyebutan ini dianggap langsung membedakannya dengan permohonan yang bersifat voluntair.⁵⁷

Dalam hal ini gugatan hak asuh anak termasuk kedalam gugatan kontentiosa. Karena dalam gugatan hak asuh anak ini pihak yang berpekara adalah penggugat dan tergugat. Dalam gugatan hak asuh anak ini juga diajukan oleh para pihak yang memiliki sengketa atau perselisihan diantara dua pihak.

⁵⁶ M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian, dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 46

⁵⁷ Ibid, hlm. 47

Penggugat yang mengajukan surat gugatan yang berisi dasar-dasar gugatannya kepada pengadilan agama. Gugatan hak asuh anak juga termasuk gugatan kontentiosa karena memiliki hasil akhir perkara berupa suatu putusan atau vonis yang dapat diterima oleh para pihak.

Fundamental petendi, berarti dasar gugatan atau dasar tuntutan. Dalam praktik peradilan terdapat beberapa istilah yang akrab digunakan antara lain yaitu posita gugatan dan dalam Bahasa Indonesia disebut dalil gugatan. Posita atau dalil gugatan merupakan landasan pemeriksaan dan penyelesaian perkara. Pemeriksaan dan penyelesaian tidak boleh menyimpang dari dalil gugatan. Juga sekaligus memikulkan beban wajib bukti kepada penggugat untuk membuktikan dalil gugatan sesuai yang digariskan Pasal 1865 KUHPerdara, yang menegaskan, setiap orang yang mendalilkan sesuatu hak, atau guna meneguhkan haknya maupun membantah hak orang lain, diwajibkan membuktikan hak atau peristiwa tersebut.

Mengenai dasar gugatan, muncul dua teori. Pertama, *Substantierings Theori*. Teori ini mengajarkan bahwa dalil gugatan tidak cukup hanya merumuskan peristiwa hukum yang menjadi dasar tuntutan, tetapi juga harus menjelaskan fakta-fakta yang mendahului peristiwa hukum yang menjadi penyebab timbulnya peristiwa hukum tersebut; dan Kedua,

Individualisering Theori. Teori ini menjelaskan bahwa peristiwa hukum yang dikemukakan dalam gugatan harus dengan jelas memperlihatkan hubungan hukum (*rechtsverhouding*) yang menjadi dasar gugatan. Namun tidak perlu dikemukakan dasar dan sejarah terjadinya hubungan hukum, karena itu dapat diajukan berikutnya dalam proses pemeriksaan sidang pengadilan. Di dalam praktek posita itu mencakup beberapa hal yaitu obyek perkara, fakta-fakta hukum, kualifikasi perbuatan tergugat, uraian kerugian, hubungan posita dengan petitum.⁵⁸

Syarat-syarat pengajuan gugatan hak asuh anak/ *hadhanah* di Pengadilan Agama sebagai berikut :

1. Membuat surat gugatan/ surat permohonan
2. Fotokopi KTP pemohon.
3. Fotokopi kartu keluarga
4. Fotokopi akta cerai
5. Fotokopi akta kelahiran anak
6. Membayar Panjar Biaya Perkara

Semua bukti fotokopi surat yang dibutuhkan tersebut di legalitas/stempel dan materai Rp. 6000,- di Kantor Pos

⁵⁸ Ibid, hlm. 57

terdekat. Serta bukti-bukti asli dibawa dan ditunjukkan di depan persidangan saat persidangan sedang berlangsung.⁵⁹

1.6 Metodologi Penelitian

1.6.1 Jenis Penelitian

Metode Penelitian ini yang digunakan oleh penulis dalam penulisan ini adalah penelitian yuridis normatif. Sehubungan dengan tipe penelitiannya yuridis normatif maka Penelitian ini menggunakan metode penelitian normatif karena cara yang dipergunakan di dalam penelitian ini adalah meneliti bahan pustaka yang berkaitan dengan hak asuh anak yang jatuh ke tangan ayah.

Penelitian hukum bertujuan untuk menemukan kebenaran koherensi, yaitu adakah aturan hukum sesuai norma yang berupa perintah atau larangan itu sesuai dengan prinsip hukum serta apakah tindakan seseorang sesuai dengan norma hukum atau prinsip hukum.

1.6.2 Jenis Data

Untuk memecahkan isu hukum dan sekaligus memberikan sumber untuk penulisan, diperlukan sumber-sumber penelitian. Sumber-sumber penelitian hukum dapat dibedakan menjadi sumber-sumber penelitian yang berupa bahan-bahan hukum primer dan bahan-bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas. Bahan-bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan dan putusan-putusan hakim.

⁵⁹ <https://www.pa-blitar.go.id/layanan-hukum/persyaratan-berperkara.html>

Sedangkan bahan-bahan sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Disini penulis menggunakan data sekunder yang berupa bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier sebagai berikut, yakni :

1. Bahan hukum primer terdiri dari perundang-undangan, catatan-catatan resmi dan putusan-putusan hakim. Peraturan perundang-undangan yang digunakan adalah peraturan perundang-undangan yang memiliki kaitan dengan penelitian yang dilakukan. Bahan hukum primer diperoleh melalui bahan yang mendasari dan berkaitan dengan penulisan :
 - a. Undang-Undang Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
 - b. Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan
 - c. Kompilasi Hukum Islam
 - d. Kitab Undang Undang Hukum Perdata
 - e. Putusan Pengadilan Agama Surabaya No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby
2. Bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang menjelaskan secara umum mengenai bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang merupakan bukan dokumen-dokumen resmi. Publikasi tentang hukum meliputi

buku-buku teks, kamus-kamus hukum dan jurnal-jurnal hukum, dan komentar-komentar untuk mempelajari isi dari pokok permasalahan yang dibahas. Bahan hukum sekunder yang terutama adalah buku-buku hukum termasuk skripsi, dan disertai hukum dan jurnal-jurnal hukum. Disamping itu juga, kamus-kamus hukum, kegunaannya memberikan pengarahan dan petunjuk kepada penulis.

3. Bahan hukum tersier terdiri dari bahan hukum yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus-kamus hukum, ensiklopedia.

1.6.3 Metode Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data yang penulis lakukan adalah dengan cara studi kepustakaan, yaitu merupakan pengumpulan data dengan jalan mempelajari buku, makalah, surat kabar, majalah artikel, internet, hasil penelitian dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan permasalahan yang diteliti. Studi kepustakaan ini dijadikan pedoman dan landasan dalam penelitian dan usaha untuk memperoleh data sekunder yang dibutuhkan dalam penelitian.

1.6.4 Metode Analisis Data

Proses analisis data merupakan tindak lanjut proses pengolahan data merupakan kerja seseorang peneliti yang memerlukan ketelitian dan pencurahan daya pikir secara optimal. Teknik analisis data yang

digunakan dalam pelaksanaan penelitian ini adalah penelitian kualitatif, dimana prosedur penelitiannya bersifat menjelaskan, mengolah, menggambarkan, dan menafsirkan hasil penelitian dengan susunan kata dan kalimat sebagai jawaban atas masalah yang diteliti.

1.6.5 Sistematika Penulisan

Penulis ingin membahas lebih lanjut, maka penulis akan menjelaskan sistematika penulisannya lebih dahulu, agar penulisan penelitian ini tersusun dengan baik dan sistematis, sehingga mudah untuk dimengerti dan dipahami. Dimulai dari pendahuluan sampai dengan penutup, agar dapat diperoleh hasil yang tepat dan terarah. Penelitian ini disusun secara sistematis menjadi empat bab. Setiap bab memiliki keterkaitan antara yang satu dengan yang lainnya. Secara lebih jelas dan terperinci akan diuraikan sebagai berikut:

Bab Pertama merupakan bab pendahuluan, di dalam bab ini memberikan gambaran secara umum dan menyeluruh tentang pokok permasalahannya. Suatu pembahasan sebagai pengantar untuk masuk kedalam pokok penelitian yang akan dibahas. Berisi uraian mengenai latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kajian pustaka, metode penelitian yang digunakan adalah yuridis normatif.

Bab Kedua membahas tentang dasar gugatan yang diajukan oleh penggugat dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby. Yang dalam

sub bab ini dijelaskan mengenai dasar gugatan yang terdapat dalam Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby.

Bab Ketiga membahas tentang pertimbangan hakim dalam memutus Putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby . Dalam bab ini terdiri dari dua sub bab, sub bab yang pertama membahas tentang pertimbangan hakim yang terdapat dalam putusan No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby. Sedangkan sub bab kedua membahas tentang analisis pertimbangan hakim dalam memutus perkara No. 243/Pdt.G/2019/PA.Sby menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Bab Keempat merupakan penutup, terdiri dari kesimpulan dan saran. Kesimpulan dibuat agar poin-poin penting skripsi ini yang sudah dijelaskan dalam bab-bab sebelumnya dengan mudah tersampaikan kepada pembaca, sedangkan saran dalam bab penutup ini bertujuan agar skripsi ini berguna dan bermanfaat untuk para pihak.

1.6.6 Waktu Penelitian

Waktu penelitian ini dilakukan kurang lebih selama 8 (delapan) bulan, dimulai dari bulan Februari 2020 sampai dengan Januari 2020 penelitian ini dilaksanakan pada bulan Februari minggu keempat yang meliputi tahap persiapan penelitian yakni, pendaftaran proposal, penentuan dosen pembimbing, pengajuan judul, penentuan judul penelitian, acc judul penelitian, penulisan proposal penelitian, bimbingan proposal penelitian, pendaftaran ujian proposal, seminar proposal, dan perbaikan proposal, selanjutnya tahap pelaksanaan

terhitung sejak minggu kedua sampai dengan minggu keempat, meliputi: pengumpulan data sekunder yang disertai data sekunder, pengolahan dan penganalisaan data. Tahap penyelesaian penelitian ini meliputi, pendaftaran skripsi, penulisan laporan penelitian, bimbingan skripsi, pendaftaran ujian skripsi dan pelaksanaan ujian lisan.