

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

2.1. Pengertian Perkawinan.

Perkawinan merupakan institusi yang sangat penting dalam masyarakat. Eksistensi ini adalah melegalkan hubungan hukum antara seorang laki-laki dengan seorang wanita.¹ Hampir semua makhluk ciptaan Allah SWT, diatas dunia ini bila hendak mengembangbiakkan keturunannya dilalui dengan proses perkawinan. Dengan demikian hanya dengan manusia sebagai salah satu diantara makhluk ciptaanNya dalam melangsungkan keturunannya melalui suatu wadah Perkawinan (pernikahan).

Perkawinan (pernikahan) adalah suci dan sakral.” Dan diantara tanda-tanda (kekuasaan)-Nya, Menciptakan pasangan-pasangan untuk dari jenismu sendiri, agar kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan Dia menjadikan diantaramu rasa kasih sayang. Sungguh pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda (Kebesaran Allah) bagi kaum yang berpikir”²

Ada dua macam perkawinan dalam hukum keluarga (unilateral) ialah kawin jujur dan kawin semendo, sedangkan adanya kedua perkawinan tersebut yaitu untuk: (1) Menjamin kepastian dalam pengelompokan keluarga/keturunan selaras dengan kebutuhan dalam keluarga; (2) Sebagai restriksi hukum (dalam arti adanya keharusan untuk bereksogami) dalam memilih pasangan suami istri; (3) Sebagai proteksi atau jaminan perlindungan hukum bagi pasangan suami istri dalam hubungan keluarga tertentu (cross causin).³ Dalam Perkawinan itu harus

¹Titik Triwulan Taufik, *Pengantar Hukum Perdata di Indonesia* (Jakarta: Prestasi Pustaka), p. 106

²Maham D Junus, *Tarjamahan Al Quran Al Karam (cetakan ke VIII)*, PT. Arif Bandung

³Purmadi Purbacaraka, A Ridwan Halim, *Filsafat Hukum Perdata Dalam Tanya jawab* (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada), pp. 66

memakai syarat-syarat untuk dipenuhi oleh para mempelai yang akan melangsungkannya dengan maksud agar (1) Tercipta kepastian hukum serta terbukti ketegasan hukum dalam penerapannya oleh penguasa, bahwa hanya mereka yang dinilai memenuhi syarat sajalah yang dapat melangsungkan perkawinan; (2) Ada suatu landasan penilaian bagi para calon mempelai sendiri (umurnya, kematangan jiwanya dan kemampuan sosialnya) untuk menentukan apakah diri mereka telah siap untuk dapat melangsungkan perkawinan itu atau belum; (3) Ada garis-garis pembatas yang jelas bagi pihak keluarga para mempelai yang memberikan mereka suatu kepastian sampai sejauh manakah mereka berhak untuk menyetujui atau menolak dan mencegah perkawinan yang akan berlangsung atau membatalkan perkawinan yang sudah berlangsung antara sepasang mempelai; (4) Keturunan yang dilahirkan dari hasil perkawinan tersebut menjadi sah dalam keluarganya tanpa dapat diganggu gugat oleh sipapun juga, sekalipun oleh orang tuanya sendiri serta terjamin pemeliharaannya dibidang mental, fisik maupun sosial.⁴

Dengan demikian, maka Perkawinan merupakan institusi yang sangat penting dalam masyarakat. Eksistensi ini adalah melegalkan hubungan hukum antara seorang laki-laki dengan seorang wanita serta dalam hukum keluarga (unilateral) ialah kawin jujur dan kawin semendo. Sehingga dalam perkawinan harus memakai syarat-syarat untuk dipenuhi oleh para mempelai yang akan melangsungkannya.

⁴*Ibid*, p. 66-67

2.2.Pengertian dan pendapat Tentang Perkawinan.

2.2.1. Pengertian Perkawinan menurut Undang-Undang.

Menurut Undang- Undang No 1 Tahun 1974 Pasal 1 tentang Perkawinan (sebut UUP) menyatakan: Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dan seorang wanita sebagai suami-istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah-tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.⁵

Dari pengertian tersebut jelaslah terlihat bahwa dalam sebuah perkawinan memiliki dua aspek yaitu: (1) Aspek Formil (Hukum), hal ini dinyatakan dalam kalimat ‘ikatan lahir dan bathin’, artinya bahwa perkawinan disamping mempunyai nilai ikatan secara lahir tampak, juga mempunyai ikatan bathin yang dapat dirasakan terutama oleh yang bersangkutan dan ikatan bathin ini merupakan inti dari perkawinan itu; (2) Aspek Sosial Keagamaan, dengan disebutkannya ‘membentuk keluarga’ dan berdasarkan ‘Ketuhanan Yang Maha Esa’, artinya perkawinan mempunyai hubungan yang erat sekali dengan kerohanian, sehingga bukan saja unsur jasmani tapi unsur bathin berperan penting.⁶

Sebagai bentuk perikatan dalam sebuah perkawinan menunjukkan adanya kerelaan dua pihak yang berakad dan akibatnya adalah kewajiban dan hak yang mereka tentukan. Oleh karena suatu perikatan perkawinan hanya sah apabila dilakukan menurut ajaran agama masing-masing, yang mana dalam Islam sahnya suatu perkawinan apabila telah terpenuhinya syarat dan rukunya. Bila definisi perkawinan tersebut diatas ditelaah, maka terdapatlah lima unsur perkawinan didalamnya, yaitu: (1) ikatan lahir bathin; dalam suatu perkawinan tidak hanya cukup dengan ikatan lahir saja atau ikatan bathin saja, akan tetapi kedua-duanya secara sinergis dan terpadu erat. Ikatan lahir merupakan ikatan yang dapat dilihat

⁵Titik Triwulan Tutik, op.cit, hlm. 110

⁶Ibid, p. 110

dan mengungkapkan hubungan hukum antara seorang pria dan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami istri (hubungan formal). Sedangkan ikatan bathin merupakan hubungan non formal, suatu ikatan yang tidak tampak, tidak nyata yang hanya dapat dirasakan oleh pihak-pihak yang mengikatkan dirinya. Ikatan bathin ini merupakan dasar ikatan lahir, sehingga dijadikan fondasi dalam membentuk dan membina keluarga yang kekal dan bahagia; (2) antara seorang pria dengan seorang wanita; ikatan perkawinan hanya boleh terjadi antara seorang pria dan seorang wanita. Dengan demikian Undang-Undang ini tidak melegalkan hubungan perkawinan antara pria dengan pria, wanita dengan wanita, atau antara waria dengan waria. Selain itu juga bahwa unsur ini mengandung atas perkawinan monogami; (3) Sebagai suami-istri; menurut UUP, persekutuan antara seorang pria dengan seorang wanita dipandang sebagai suami istri, apabila ikatan mereka didasarkan pada suatu perkawinan yang sah. Suatu perkawinan dianggap sah, bila memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh Undang-Undang, baik syarat-syarat intern maupun syarat-syarat ekstern. Syarat intern adalah adalah syarat yang menyangkut pihak-pihak yang melakukan perkawinan, yaitu; kesepakatan mereka, kecakapan dan juga adanya izin dari pihak lain yang harus diberikan untuk melangsungkan perkawinan. Sedangkan syarat ekstern adalah syarat yang menyangkut formalita-formalita kelangsungan perkawinan; (4) membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal; keluarga adalah satu kesatuan yang terdiri atas ayah, ibu dan anak atau anak-anak yang merupakan sendi dasar susunan masyarakat Indonesia. Dalam mewujudkan kesejahteraan dan kebahagiaan keluarga- karena tidak dapat lain, masyarakat yang berbahagia akan terdiri atas keluarga-keluarga yang berbahagia pula. Membentuk keluarga yang

bahagia erat hubungannya dengan keturunan yang merupakan pula tujuan perkawinan, sedangkan pemeliharaan dan pendidikan anak-anak menjadi hak dan kewajiban orang tua. Untuk dapat mencapai hal ini, maka diharapkan kekekalan dalam perkawinan, tidak akan bercerai untuk selama-lamanya, kecuali cerai karena kematian; dan (5) berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa; berbeda dengan konsep perkawinan menurut KUH Perdata maupun Ordonansi Perkawinan Kristen Bumiputra (*Huwelijik Ordonantie Christen Inlanders*), yang memandang perkawinan hanya sebagai hubungan keperdataan saja (lahiriah), Undang-Undang Perkawinan mendasarkan hubungan perkawinan atas dasar kerohanian. Suatu konsekwensi logis, dari negara yang berdasarkan Pancasila terutama sila Ketuhanan Yang Maha Esa, maka perkawinan mempunyai hubungan erat dengan agama (kerohanian), sehingga perkawinan bukan saja mempunyai unsur lahir (jasmani), akan tetapi unsur bathin (rohani) juga mempunyai peranan penting.⁷

Melalui Pasal 3 UU No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tertulis sebagai berikut :

(1) Pada azasnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang istri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami; (2) “ Pengadilan dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan “.

Berdasarkan pasal ini perkawinan di Indonesia menganut azas monogami.

Hal ini tidak berlaku apabila terjadi keadaan seperti dimana salah satu pasangan meninggal dunia, bahwa pasangan yang ditinggal mati itu bisa menikah lagi. Dan idealnya memang seorang suami untuk seorang istri, begitu juga sebaliknya. Perkawinan monogami yang berlaku mutlak hanya bagi istri, tetapi tidak mutlak bagi suami. Asas monogami tidak mutlak seperti tersebut pada pasal 3 ayat (2)

⁷Titik Triwulan Tutik, *op cit* 110-112

nya memberikan kelonggaran, bahwa pengadilan dapat memberi izin pada seorang suami untuk beristri lebih dari seorang (yang disebut poligami) apabila dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan dan istri mengizinkan untuk itu. Ketentuan ini membuka kemungkinan seorang suami dapat melakukan poligami dengan ijin pengadilan. Hal ini erat kaitannya dengan berbagai macam agama yang ada yang dianut oleh masyarakat karena ada agama yang melarang untuk berpoligami dan ada agama yang membenarkan atau membolehkan seorang suami untuk melakukan poligami. Khusus yang beragama Islam harus mendapat ijin dari pengadilan agama sesuai dengan Pasal 51 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam dan yang beragama selain Islam harus mendapat ijin dari pengadilan negeri. Jadi hal ini tergantung dari agama yang dianut dan pengadilan yang berkompeten untuk itu.

Dengan demikian maka menurut Undang-Undang bahwa untuk dapat melangsungkan perkawinan haruslah memiliki dua aspek yaitu: Aspek Formil (Hukum) dan Aspek Sosial Keagamaan, serta memiliki lima unsur perkawinan didalamnya, yaitu: (1) ikatan lahir bathin; (2) antara seorang pria dengan seorang wanita; 3) Sebagai suami-istri; menurut UUP, persekutuan antara seorang pria dengan seorang wanita dipandang sebagai suami istri; (4) membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal; dan (5) berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

2.2.2. Pengertian Perkawinan Menurut Para Pakar.

Perkawinan menurut Asser Scholten adalah suatu persekutuan antara seorang pria dengan seorang wanita yang diakui oleh negara untuk bersama/bersekutu yang kekal. Esensi tersebut adalah perkawinan sebagai

lembaga hukum, baik karena apa yang ada didalamnya, maupun karena yang terdapat didalamnya.⁸

Perkawinan menurut Subekti ialah pertalian yang sah antara seorang lelaki dan seorang perempuan untuk waktu yang lama.⁹

Perkawinan menurut Kaelany H.D adalah akad antara calon suami-istri untuk memenuhi hajat jenisnya menurut yang diatur oleh syari'ah. Dengan akat itu kedua calon akan diperbolehkan bergaul sebagai suami istri.¹⁰

Perkawinan menurut didalam lingkungan peradaban barat dan didalam lingkungan peradaban bukan barat adalah persekutuan hidup antara seorang pria dan seorang wanita yang dikukuhkan secara formal dengan Undang-Undang, yaitu yuridis dan kebanyakan juga 'religius' menurut tujuan suami istri dan Undang-Undang, dan dilakukan selama hidupnya menurut pengertian lembaga perkawinan.¹¹

Perkawinan menurut Soetoyo Prawirohamidjoya merupakan persekutuan hidup antara seorang pria dan wanita yang dikukuhkan secara formal dengan Undang-Undang (yuridis) dan kebanyakan religius.¹²

Perkawinan dalam hal ini adalah salah satu jalan untuk memelihara manusia dari kerusakan akhlak. Oleh karena itu agama mengatur hukum perkawinan untuk menyatukan antara umat Islam yang satu dengan yang lainnya agar hidup berpasang-pasangan. Di dalam kehidupan manusia kita dapat melihat

⁸ Asser Scholten, ditulis kembali Titik Triwulan Tutik, *op cit* pp. 106

⁹ Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, ditulis kembali Titik Triwulan Tutik. p.106

¹⁰ Kaelany H.D, ditulis kembali Titik Triwulan Tutik p. 106

¹¹ Didalam lingkungan peradaban Barat dan didalam lingkungan peradaban bukan Barat, ditulis kembali Titik Triwulan Tutik p. 106

¹² Soetoyo Prawirohamidjoya ditulis kembali Titik Triwulan Tutik, *op cit* 106

kenyataan bahwa dua orang yang berlainan jenis kelamin yaitu antara seorang pria dan seorang wanita menjalani kehidupan bersama dalam kesatuan rumah tangga. Kedua orang yang berlainan kelamin ini disebut suami istri, karena kehidupan mereka didasari oleh kaidah-kaidah hukum yang ditentukan. Dalam menuju kehidupan bersama yang disebut suami istri ini tentu harus melalui suatu prosedur tertentu. Keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang menentukan prosedur yang harus dilalui, beserta ketentuan-ketentuan hukum yang menentukan akibat-akibat hukumnya dinamakan *hukum perkawinan*. Perkawinan itu sendiri tujuan utamanya adalah untuk meneruskan keturunan, yang didapat dari anak-anak hasil perkawinan itu sendiri. Dalam hal ini penulis berupaya untuk menganalisis UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan yang menjadi dasar perkawinan di Indonesia.¹³

1. Tujuan

Sebagaimana yang diungkapkan dalam UU Perkawinan merupakan pengaturan secara legal upaya pelaksanaan perkawinan oleh individu.

Pada pasal 1 UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan dinyatakan bahwa: “Perkawinan adalah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Mahaesa.”

Peraturan perundangan ini adalah memberikan kesaksian legal terhadap upaya membentuk keluarga (rumah tangga) tersebut melalui adanya pencatatan di Catatan Sipil dan pengakuan hukum dari negara atas tindak perkawinan.

2. Fungsi

Fungsi dari UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan adalah mengesahkan tindak perkawinan baik yang dilaksanakan secara agama tertentu maupun secara

¹³Posted: 06/18/2011 in bahan kuliah, analisis perkawinan, UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, di akses tanggal 24 Maret 2014.

adat, sesuai dengan yang diungkapkan pada pasal 1, dimana perkawinan berdasarkan Ketuhanan Yang Mahaesa; juga sebagaimana yang diungkapkan pada pasal 2 ayat (1) yang menyatakan Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Jadi fungsi UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan adalah memberikan pengesahan terhadap tindak perkawinan tersebut.

3. Letak Keadilan

Beberapa ketentuan dari UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan masih dikritisi sebagai tidak adil karena memiliki beberapa bias pada pasal-pasalny. Antara lain pasal 3 ayat (1) menyatakan Pada azasnya dalam suatu perkawinan seorang pria hanya boleh mempunyai seorang isteri. Seorang wanita hanya boleh mempunyai seorang suami, hal ini bertentangan dengan pasal 3 ayat (2) yang menyatakan Pengadilan, dapat memberi izin kepada seorang suami untuk beristeri lebih dari seorang apabila dikehendaki oleh fihak-fihak yang bersangkutan. UU No.1 tahun 1974 tentang Perkawinan masih didominasi oleh ketentuan Hukum Islam yang mana menyulitkan pemeluk agama lain yang memiliki perbedaan wacana mengenai perkawinan, misalnya Katolik tidak mengenal adanya poligami. Kemudian izin dari orang tua atau wali dilaksanakan secara ketat dalam ajaran Agama Islam dan ini mempengaruhi juga pasangan dari agama lain yang diperlakukan secara sama.

Terlepas dari hukum formal yang mengatur usia perkawinan, kawin muda merupakan fenomena yang terkait erat dengan nilai-nilai sosial budaya agama yang hidup dalam masyarakat. Dalam konteks Indonesia, perkawinan lebih condong sebagai kewajiban sosial daripada manifestasi kehendak bebas tiap individu. Dalam masyarakat yang pola hubungannya bersifat tradisional, perkawinan dipersepsikan sebagai suatu keharusan sosial yang merupakan bagian

dari warisan tradisi dan dianggap bersifat sakral. Sedangkan dalam masyarakat rasional modern, perkawinan lebih dianggap sebagai kontrak sosial, dan karenanya sering merupakan sebuah pilihan. Cara pandang terhadap perkawinan sebagai kewajiban sosial kiranya memiliki kontribusi cukup besar terhadap fenomena kawin muda yang terjadi di Indonesia.¹⁴

2.2.3. Pengertian Perkawinan Menurut KUH Perdata

Dalam hukum Perdata Barat tidak ditemukan definisi dari perkawinan. Istilah perkawinan (*huwelijik*) digunakan dalam dua arti yaitu: (1) Sebagai suatu perbuatan “melangsungkan perkawinan” (Pasal 209 sub 3 BW). Selain itu juga dalam arti “setelah perkawinan” (Pasal 209 sub 3 BW). Dengan demikian Perkawinan (pernikahan) dalam hukum perdata adalah perdata, maksudnya adalah perkawinan (pernikahan) hanya merupakan ikatan lahiriah antara pria dan wanita, unsur agama tidak dilihat.

Perbedaan antara proses perkawinan manusia dengan makhluk lainnyaterletak pada nilai sebuah perkawinan. Manusia sebagai makhluk yang mulia. Perkawinan itu mengandung nilai spritual yang datangnya dari Allah yang terdapat dalam ajaran agama. Sedang makhluk selain manusia hanya menggunakan perkawinan sebagai alat untuk berkembang biak saja.

Hal ini dikarenakan manusia dikaruniai oleh Allah berupa akal pikiran sedang makhluk lainnya tidak dikaruniai. Perkawinan merupakan asas-asas yaitu:

1).Asas monogami. Asas ini bersifat absolut/mutlak, tidak dapat dilanggar. 2).

¹⁴Indraswari, *Fenomena Kawin Muda dan Aborsi: Gambaran Kasus, dalam Syafiq Hasym (ed.) Menakar “Harga” Perempuan*, 1999, Mizan, Bandung Cet. Ke-2). Diakses pada tanggal 24 Maret 2014.

Perkawinan adalah perkawinan Perdata sehingga harus dilakukan didepan pegawai catatam sipil. 3). Perkawinan merupakan persetujuan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan dibidang hukum keluarga. 4). Supaya perkawinan sah maka harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan undang-undang. 5). Perkawinan mempunyai akibat terhadap hak dan kewajiban suami istri. 6). Perkawinan mempunyai pertalian darah. 7). Perkawinan mempunyai akibat dibidang kekayaan suami istri tersebut.

Dengan adanya perkawinan akan menimbulkan akibat baik terhadap suami-istri, harta kekayaan maupun anak yang dilahirkan dalam perkawinan.

2.3. Akibat-akibat baik terhadap suami dan istri, kekayaan maupun anak yang dilahirkan dalam perkawinan adalah sebagai berikut:

2.3.1. Akibat perkawinan terhadap suami istri.

Akibat perkawinan terhadap suami istri. Adalah sebagai berikut: 1). Suami istri memikul tanggung jawab yang luhur untuk menegakkan rumah tangga berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa (pasal 30), 2). Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan dalam pergaulan hidup bersama dalam masyarakat (pasal 31 ayat (1); 3). Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum (ayat 2), 4). Suami adalah kepala rumah tangga keluarga dan istri sebagai ibu rumah tangga; 5). Suami istri menentukan tempat kediaman mereka; 6). Suami istri wajib saling cinta mencintai, hormat menghormati, saling setia; 7). Suami wajib melindungi istrinya dan dan memberikan segala sesuatu dengan kemampuannya; 8). Istri wajib mengatur urusan rumah tangga dengan sebaik-baiknya.

2.3.2. Akibat Perkawinan Terhadap Anak.

Akibat Perkawinan Terhadap Anak adalah sebagai berikut: a) Kedudukan Anak; 1) Anak yang dilahirkan dalam perkawinan adalah anak yang sah (Pasal 42); 2) Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan kerabat ibunya saja; b) Hak dan kewajiban antara orang tua dan anak 1) Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anaknya sampai anak-anak tersebut kawin dan berdiri sendiri (pasal 45); 2) anak-anak wajib menghormati orang tua dan keluarga dalam garis keturunan keatas sesuai kemampuannya, apabila memerlukan bantuan anaknya (pasal 46); c) Kekuasaan orang tua; 1) Anak yang berumur 18 tahun atau belum pernah kawin ada dibawah kekuasaan orang tua; 2) Orang tua dapat mewakili segala perbuatan hukum baik didalam maupun diluar pengadilan 3) Orang tua tidak boleh memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 tahun atau belum pernah menikah; 4) Kekuasaan orang tua dapat dicabut oleh pengadilan apabila: a) Ia sangat melalaikan kewajiban terhadap anak. b) Ia berkelakuan buruk sekali; 5) Meskipun orang tua dicabut kekuasaannya, tetap berkewajiban untuk memberi pemeliharaan kepada anaknya. Kekuasaan orang tua adalah: Kekuasaan yang dilakukan oleh ayah dan ibu terhadap anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan pernikahan. Isi kekuasaan orang tua adalah: 1) Kewenangan atas anak-anak baik mengenai pribadi maupun harta kekayaannya; 2) Kewenangan untuk mewakili anak terhadap segala perbuatan hukum didalam maupun diluar pengadilan; 3) Kekuasaan orang tua itu berlaku sejak kelahiran anak atau sejak hari pengesahannya; 4) Kekuasaan orang tua berakhir apabila: a) Anak itu dewasa; b) Anak itu kawin; c) Kekuasaan orang tua dicabut.

2.3.3. Akibat Perceraian Suami-Istri

Pasal 39 Undang-Undang Perkawinan mengatakan: “(1). Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak. (2). Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, bahwa antara suami-istri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami-istri. (3). Tatacara perceraian di depan Sidang Pengadilan diatur dalam peraturan perundangan tersendiri.”

Terhadap ketentuan yang termuat di dalam pasal tersebut diatas, khususnya ayat (2). Penjelasan atas undang-undang Perkawinan lebih lanjut menyebutkan bahwa alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar untuk perceraian adalah sebagai berikut: (1) Salah satu pihak berbuat zinah atau pemabuk, penjudi, dan sebagainya yang sukar disembuhkan. (2). Salah satu pihak meninggalkan yang lain selama dua tahun berturut-turut tanpa izin pihak yang lain dan tanpa alasan yang sah atau karena hal lain di luar kemauannya. (3). Salah satu pihak mendapat hukuman penjara lima tahun atau hukuman yang lebih berat setelah perkawinan berlangsung. (4). Salah satu pihak melakukan kekejaman atas penganiyaan berat yang membahayakan terhadap pihak yang lain. (5). Salah satu pihak mendapat cacat badan atau penyakit dengan akibat tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai suami-istri. (6). Antara suami dan istri terus-menerus terjadi perselisihan dan tidak ada harapan akan hidup dalam rumah tangga¹⁵

Dengan menyebutkan alasan-alasan yang dapat dijadikan dasar untuk perceraian, maka dampak lain yang dihadapi selanjutnya antara lain tentang hak asuh anak, sebab anak adalah amanah sekaligus karunia Tuhan Yang Maha Esa yang senantiasa harus dijaga sebab dalam dirinya melekat harkat, martabat, dan

¹⁵LiliRasjidi, *HukumPerkawinandanPerceraian* (Bandung: PT RemajaRosdakarya, 1991), p. 195.

hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang hak-hak anak¹⁶

2.4. Dalam Perceraian antara suami-istri terdapat hal-hal yang perlu diperhatikan, hal-hal tersebut adalah:

2.4.1. Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan

Dalam Undang-Undang No 1 1974 tentang Perkawinan telah disebutkan tentang hukum penguasaan anak secara tegas yang merupakan rangkaian dari hukum perkawinan di Indonesia, akan tetapi hukum penguasaan anak itu belum diatur dalam Peraturan Pemerintah No 9 Tahun 1975 secara luas dan rinci, oleh karena itu masalah pengasuhan anak itu belum dapat diberlakukan secara efektif sehingga pada kehakiman di Lingkungan Peradilan Agama pada waktu itu masih merujuk pada hukum pengasuhan dalam kitab-kitab fikih. Baru setelah diberlakukan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, dan Inpres No 1 Tahun 1991 Tentang Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam, masalah pengasuhan menjadi hukum positif di Indonesia dan Peradilan agama diberi wewenang untuk menyelesaikannya.¹⁷

Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 terdapat beberapa pasal yang menjelaskan hak dan kewajiban antara orang tua dan anak seperti pada Pasal 45 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menyebutkan:

Pasal 45: 1) Kedua orang tua memiliki kewajiban memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya; 2) Kewajiban tersebut berlaku sampai anak itu

¹⁶ Amin Suprihatini, *Perlindungan Terhadap Anak*, (Klaten: Cempaka Putih, 2008), p.1

¹⁷ <http://dunia-dalamkata.blokspot.com/2010/06/pemeliharaan-anak-hadhonah.html>, diakses Tanggal 24 Maret 2014.

menikah atau dapat berdiri sendiri dan kewajiban tersebut berlakuterus meskipun pernikahan antara kedua orang tua putus.¹⁸

Mengenai batas batas kewajiban pemeliharaan dan pendidikan ini berlaku sampai anak tersebut berumah tangga atau dapat berdiri sendiri dan kewajiban tersebut berlaku terus menerus meskipun pernikahan orang tuanya bercerai.

Pasal 46: “ 1) Anak wajib menghormati orang tua dan menaati kehendak mereka yang baik; 2) Jika anak yang telah dewasa, ia wajib memelihara menurut kemampuannya, orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas bila mereka itu memerlukan bantuannya.”

Pasal 47: “ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan mengatur mengenai kekuasaan orang tua terhadap kekuasaan anak dibawah umur, dimana disebutkan bahwa:

“ 1) Anak yang belum mencapai 18 (delapan belas) tahun atau yang belum pernah melangsungkan pernikahan ada dibawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak di cabut dari kekuasaannya; 2) Orang tua mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar pengadilan”.¹⁹

Pasal 48:

“Orang tua tidak diperbolehkan memindahkan hak atau menggadaikan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan anak itu menghendakinya.”

Pasal 49

“ 1) Salah seorang atau kedua orang tua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu tertentu atas permintaan orang tua yang lain, keluarga anak dalam garis lurus keatas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang , dengan keputusan pengadilan dalam hal-hal: a) Ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya; b) Ia berkelakuan buruk sekali. 2) Meskipun orang tua dicabut kekuasaannya, mereka masih berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak tersebut.

Ketentuan tersebut pun tetap berlaku meskipun pernikahan orang tua putus. Jadi dalam Undang-Undang No 1 Tahun1974 Tentang Perkawinan, kekuasaan orang tu itu dapat dicabut jika orangtuanya sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya dan salah satu orang tuanya berkelakuan buruk

¹⁸Lihat Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 45.

¹⁹Lihat Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 45

sekali. Tetapi meskipun kekuasaannya dicabut mereka masih berkewajiban memberi pemeliharaan dan mengasuh anaknya tersebut.

2.4.2. Menurut Kompilasi Hukum Indonesia

Dalam Kompilasi Hukum Indonesia (KHI) masalah pemeliharaan anak atau yang dalam Islam disebut *Hadhanah* diatur dalam beberapa pasal didalamnya, seperti yang terdapat pada beberapa Pasal:

Pasal 105

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

Dalam Inpres Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Penyebarluasan kompilasi Hukum Islam, mengenai pemeliharaan anak menjadi hukum positif di Indonesia dan Peradilan Agama diberi wewenang untuk menyelesaikannya. Pemeliharaan merupakan salah satu akibat putusnya perkawinan diatur secara panjang lebar oleh KHI dan materi hampir keseluruhannya mengambil dari fiqh menurut para jumhur ulama, khususnya syafi'iyah. Kompilasi Hukum Indonesia kaitannya dengan masalah ini membagi ada dua periode bagi anak yang perlu dikemukakan yaitu:

- **Periode sebelum Mumayyiz**

Apabila terjadi perceraian dimana telah diperoleh keturunan dalam perkawinan itu dan pada masa tersebut seorang anak belum lagi mumayyiz atau belum bisa membedakan antara yang bermanfaat dan yang berbahaya bagi dirinya, maka anak tersebut dikatakan belum mumayyiz. KHI menyebutkan pada bab 14 masalah pemeliharaan anak pasal 98 menjelaskan bahwa “ batas usia anak dalam pengawasan orang tuanya adalah sampai usia 21 tahun selama belum melakukan pernikahan.” Pada pasal 105 ayat (a) bahwa pemeliharaan anak yang

belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Kemudian KHI lebih memperjelas lagi dalam pasal 156, merumuskan sebagai berikut:

Pasal 156 Akibat putusnya perkawinan karena perceraian adalah:

(a) Anak belum mumayyiz berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya kecuali bila ibunya telah meninggal maka kedudukannya diganti oleh: (1) Wanita-wanita garis lurus keatas dari ibu; (2) Ayah; (3) Wanita-wanita garis lurus keatas dari ayah; (4) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; (5) Wanita-wanita kerabat menurut garis kesamping dari ibu; (6) Wanita-wanita kerabat menurut ke samping dari ayah; (7) anak yang sudah mumayyiz berhak untuk memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau dari ibunya; (8) Apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah di cukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan pengadilan agama dapat memindahkan *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* juga; (9) Semua biaya *hadhanah* dan biaya anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa mengurus diri sendiri (21 tahun); (10) Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama yang memberikan putusan yaitu berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d); (11) Pengadilan dapat pula dengan mengingatkan kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang turut kepadanya.²⁰

- **Periode Mumayyiz**

Pada masa ini seorang anak secara sederhana telah mampu membedakan mana yang berbahaya dan mana yang bermanfaat bagi dirinya. Oleh sebab itu, ia sudah dianggap dapat menjatuhkan pilihannya sendiri apakah ikut ibunya atau ikut ayahnya. Dengan demikian ia diberi hak pilih menentukan sikapnya. Hal ini telah diatur dalam KHI pasal 105 ayat (b) yang menyebutkan bahwa anak diberi pilihan untuk ikut dalam asuhan ibu atau ayah.

Berakhirnya masa asuhan adalah pada waktu anak itu sudah bisa ditanya kepada siapa dan akan terus ikut. Batas usia anak dalam pengawasan orang tuanya adalah sampai dengan 21 tahun selama belum melakukan pernikahan (pasal 98)

²⁰Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam*, (Jakarta: Akademika Presindo, 2007), p 151.

KHI. Kalau anak tersebut memilih ibunya maka si ibu tetap berhak mengasuh anak itu, kalau anak itu memilih ikut ayahnya maka hak mengasuh pindah pada ayah.

Sebagaimana pasal 98 Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah:

(1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan pernikahan; (2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan di dalam maupun di luar pengadilan; (3) Pengadilan agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orang tuanya tidak mampu.²¹

2.4.3. Menurut Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 Tentang Perlindungan anak.

Kewajiban dan tanggung jawab keluarga dan orang tua diatur dalam pasal 26 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 Tentang Perlindungan Anak.

Pasal 26 yang berbunyi: 1) Orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk: (a) Mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak; (b) Menumbuhkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat dan minatnya; (c) Dan mencegah terjadinya pernikahan usia anak. 2) Dalam hal orang tua tidak ada karena suatu kewajiban dan tanggung jawabnya maka kewajiban dan tanggung jawab sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat beralih kepada keluarga, yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.²²

Di dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak menegaskan: Bahwa pertanggungjawaban orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan negara merupakan rangkaian kegiatan yang

²¹Abdurrahman, Kompilasi Hukum Islam, p. 137.

²²Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2003 Tentang Perlindungan Anak.

dilaksanakan secara terus-menerus demi terlindunginya dan terarah guna menjamin pertumbuhan dan perkembangan anak baik fisik mental, spritual maupun sosial.²³ Tindakan ini dimaksudkan untuk mewujudkan kehidupan terbaik bagi anak yang diharapkan sebagai penerus bangsa yang potensial, tangguh, memiliki nasionalisme yang dijiwai oleh akhlak mulia dan nilai Pancasila, serta berkemauan keras menjaga kesatuan dan persatuan bangsa dan negara.

Dalam melakukan pembinaan, pengembangan dan perlindungan anak, lembaga keagamaan, lembaga swadaya masyarakat, organisasi kemasyarakatan, organisasi sosial, dunia usaha, media massa, atau lembaga pendidikan. Setiap anak berhak untuk berekspresi sesuai dengan tingkat kecerdasan, dan usianya, dalam bimbingan orang tuanya. Karena anak memerlukan kebebasan dalam rangka mengembangkan kreativitas dan intelektualitasnya (daya nalarnya) sesuai dengan tingkat usia anak. Dan pengembangan anak yang belum cukup umur masih harus dalam bimbingan orang tuanya.

Melihat peranan hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional, ada beberapa fenomena yang bisa dijumpai dalam praktek. Pertama, hikum Islam berperan dalam mengisi kokosongan hukum dalam hukum positif. Dalam hal ini hukum Islam diberlakukan oleh Negara sebagai hukum positif bagi umat Islam. Kedua, hukum Islam berperan sebagai sumber nilai yang memberikan kontribusi terhadap aturan hukum yang dibuat. Oleh karena itu, aturan hukum tersebut bersifat umum, tidak memandang perbedaan agama, maka nilai-nilai hukum Islam dapat berlaku pula bagi seluruh warga negara dan wajib ditaati oleh masyarakat. Dengan demikian Undang-Undang nomor 23 Tahun 2002 Tentang

²³PenjelasanUndang-UndangNomor 23 Tahun 2002 TentangPerlindunganAnak

Perlindungan Anak dapat dikatakan pengejawantahan dari Figh Hadhanah yang memiliki cakupan yang lebih luas bukan dalam keluarga saja, tetapi masyarakat dan pemerintah mempunyai peran yang besar dalam memberikan perlindungan terhadap anak. Materi Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, Kompilasi Hukum Islam dan Undang-Undang No.1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan merupakan implementasi dari pengembangan Figh Hadhanah dalam sistim perundang-undangan di Indonesia. Maka selayaknya sebagai masyarakat wajib menaatinya karena tujuannya tidak lain untuk mencapai kemaslahatan bersama.

2.5. Analisa Dasar Hukum Hak Asuh Anak

Dalam analisa masalah hak asuh anak (pemeliharaan atau pengasuhan) disebut *hadhanah*.²⁴ Secara tekminologisnya *hadhanah* adalah merawat dan mendidik seseorang yang belum mumayyiz atau yang kehilangan kecerdasannya karena mereka tidak bisa memenuhi keperluannya. Para ulama sepakat bahwasanya hukum hadhanah mendidik dan merawat anak wajib. Tetapi mereka berbeda dalam hal, apakah hadhanah ini menjadi hak ibu sehingga ia orangtua (terutama ibu) atau hak anak.²⁵ Ulama Mazhab Hanafi dan Maliki, misalnya beberapa pendapat bahwa hak hadhanah itu menjadi hak ibu sehingga ia dapat saja menggugurkan haknya. Tetapi menurut jumhur ulama, hadhanah itu menjadi hak bersama antara orang tua dan anak. Bahkan menurut Wahbah al-Zuhaili, hak hadhanah adalah hak bersyariat antara ibu, ayah dan anak. Jika terjadi pertengkaran maka yang didahulukan adalah hak atau kepentingan si anak.

²⁴Di kutip dari Skripsi Immatul Azimah, Judul Skripsi Hak Asuh Anak Kepada Bapak Akibat Perceraian, diakses Pada hari Minggu, 23 Maret 2014.

²⁵Amir Syarifudin, *Hukum Perkawinan Islam*, p. 326

Hadhanah didalam istilah fikih digunaka dua kata namun ditunjukkan untuk maksud yang sama yaitu *kafalah* dan *hadhanah*.²⁶ Yang dimaksud dengan *hadhanah* dan *kafalah* dalam arti sederhana adalah “pemeliharaan atau pengasuhan”. Dalam arti yang lebih lengkap adalah pemeliharaan anak yang masih kecil setelah terjadi putusnya perkawinan. Hal ini dibicarakan dalam fikih karena secara praktis antara suami dan istri telah terjadi perpisahan sedangkan anak-anak memerlukan bantuan dari ayah dan/ibunya. Hadhanah yang dimaksud adalah kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak mereka dengan sebaik-baiknya. Pemeliharaan ini mencakup masalah pendidikan dan segala sesuatu yang menjadi kebutuhan pokok si anak.²⁷ 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 berkelanjutan sampai anak tersebut mencapai batas umur yang legal sebagai mumayyiz yang telah mampu berdiri sendiri.²⁸ Kompilasi Hukum Islam pasal 105 (a) menyebutkan bahwa batas mumayyiz seorang anak adalah 12 tahun.²⁹ Sedangkan Undang-Undang No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menyebutkan bahwa anak dikatakan mumayyiz jika sudah berusia 18 tahun atau telah melangsungkan

²⁶Ibid, p. 327

²⁷Amir Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan. *Hukum Perdata Islam di Indonesia*. p. 293

²⁸Ibid, p. 293

²⁹Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Akademi Pressindo, 2007), p.238

pernikahan.³⁰ Beberapa ulama mazhab berselisih pendapat mengenai hak asuh anak. Imam Hanafi berpendapat masa asuhan adalah tujuh tahun untuk lelaki dan 9 tahun untuk perempuan. Imam Hambali berpendapat masa asuh anak lelaki dan perempuan adalah tujuh tahun dan setelah itu diberi hak untuk memilih dengan siapa ia akan tinggal.³¹ Menurut Imam Syafi'i berpendapat bahwa batas mumayyiz anak jika anak itu sudah berumur tujuh tahun atau delapan tahun. Sedang Imam Malik memberikan batas usia mumayyiz adalah 7 tahun.³² Sedangkan yang dimaksud dengan pendidikan adalah kewajiban orang tua untuk memberikan pendidikan dan 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 dikembangkan ditengah-tengah masyarakat Indonesia sebagai landasan hidup dan penghidupannya.³³ Setelah ia lepas dari tanggung jawab orang tua.³⁴

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pengertian hadhana telah dirumuskan di dalam pasal 1 huruf (g) bahwa yang dimaksud dengan pemeliharaan dan mendidik anak hingga dewasa dan mampu berdiri sendiri.³⁵

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) ini, adalah hadhana (pemeliharaan anak) dipegang oleh ibu yang telah diceraikan oleh suaminya. Akan tetapi kalau sang istri sudah menikah lagi dengan laki-laki lain maka gugurlah hak

³⁰Lihar Undang-Undang No 1 1974 tentang Perkawinan, Pasal 47.

³¹<http://dunia-dalamkata.blogspot.com/2010/06/pemeliharaan-anak-hadhona.html> diakses Pada hari Minggu, 23 Maret 2014.

³²Syaikh Hasan Ayyub. Fikih Keluarga. (Jakarta: Pustaka al-Kautsar, 2006), Cet ke V. P.397.

³⁴Amir Nuruddin, *op.cit*, p. 294.

³⁵Daud Ali. *Kompilasi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*

pemeliharaan anak dari si ibu tadi. Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada pasal 105

(a) yang mengatur tentang hak asuh anak berbunyi sebagai berikut:

Pasal 105: dalam hal terjadinya perceraian: “(a) Pemeliharaan anak yang *ghairu mumayyij* atau belum berumur 12 tahun, adalah hak ibunya; (b) Pemeliharaan yang sudah *mumayyij* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai hak pemeliharaan anak; (c) biaya pemeliharaan ditanggung ayahnya.”³⁶

Umar bin Syu’aib meriwayatkan dari ayahnya, bahwa: Seorang perempuan datang kepada Rasulullah SAW seraya berkata:

“*Ya Rasulullah, anak ini telah kukandung dirahimku, telah kususui dengan air susuku, telah bernafas dikamarku, Ayahnya (suamiku) menceraiku dan menghendaki anak ini dariku.*”³⁷

Kemudian Rasulullah bersabda yang artinya: “*Kamu lebih berhak (memelihara) dari pada ia (suamimu) sebelum menikah lagi*”. (HR. Abi Dawud). Kalau anak sudah *mumayyiz* (bisa membedakan antara yang benar maupun yang salah), ia bebas memilih ikut ayah atau ibunya. Sebab keduanya mempunyai hak dan anak mempunyai hak untuk memilih.

2.6.Syarat-syarat Pengasuhan anak.

2.6.1. Syarat-syarat pengasuhan anak akibat perceraian antara suami-istri.

Seorang *hadhin* (ibu asuh) yang menangani dan menyelenggarakan kepentingan anak kecil yang diasuhnya, haruslah memiliki kecukupan dan kecakapan. Kecukupan ini memerlukan syarat-syarat tertentu. Jika syarat-syarat tertentu ini tidak terpenuhi satu saja, gugurlah kbolehkan menyelenggarakan pemeliharaan (*hadhana*)³⁸. Adapun syarat-syaratnya ialah sebagai berikut: (1) Berakal Sehat. Dengan demikian tidak boleh diserahkan anak untuk diasuh kalau si ibu gila, baik sifatnya gila terus menerus ataupun putus-putus; (2) Merdeka. Perempuan hamba sahaya tidak berhak mengasuh kendati mencapai izin tuannya; (3) Sudah Dewasa. Orang yang belum dewasa tidak akan mampu melakukan

³⁶Aburrahman, *op.cit*, p. 138.

³⁷Syaikh Sabiq, *Fiqih Sunnah (Terjemahan)*, (Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2006), Jilid III, Cet.Ke-I, p. 240.

³⁸Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah (Terjemahan)*, p. 241.

tugas yang berat itu, karenanya belum dikenai kewajiban dan tindakan yang dilakukannya itu belum dinyatakan memenuhi persyaratan; (4) Mampu mendidik. Orang yang buta sakit menular atau sakit yang melemahkan jasmaninya tidak boleh menjadi pengasuh untuk mengurus kepentingan anak kecil, juga tidak berusia lanjut yang bahkan ia sendiri belum diurus, bukan orang yang mengabaikan urusan rumahnya sehingga merugikan anak kecil yang diurusnya; (5) Amanah dan berbudi. Orang curang tidak aman bagi anak kecil dan ia tidak dapat dipercaya untuk bisa menunaikan kewajibannya dengan baik; (6) Beragama Islam. Disyaratkan oleh kalangan mazhab Syafi'iyah dan Hanabilah. Oleh karena itu, bagi seorang kafir tidak ada hak untuk mengasuh anak yang muslim, karena akan ditakutkan akan membahayakan aqidah anak tersebut.³⁹ Adapun syarat untuk anak yang diasuh itu adalah: (1) sianak masih berada dalam usia kanak-kanak dan belum dapat berdiri sendiri dalam mengurus hidupnya sendiri. (2) Sianak berada dalam keadaan tidak sempurna akalinya. Oleh karena itu, dapat berbuat sendiri meskipun telah dewasa seperti orang idiot. Orang yang telah dewasa dan sehat sempurna akalinya tidak boleh berada pengasuh apapun.⁴⁰

2.6.2. Pihak-pihak yang berhak memelihara/pengasuhan anak akibat perceraian pasangan suami-istri.

Jika pasangan suami istri bercerai yang dari hubungan mereka menghasilkan anak yang masih kecil, maka istrilah yang paling berhak

³⁹Ibid, p. 242

⁴⁰Ibid, p. 242.

memelihara dan merawat anak itu sehingga anak itu mumyiyiz karena ibulah yang biasanya lebih telaten dan sabar.⁴¹

Jika sianak tersebut sudah mumayyiz dan mampu menjaga dirinya sendiri, maka perlu adanya pihak berwajib untuk melakukan penyelidikan, siapakah diantara keduanya yang lebih berhak dan lebih pandai untuk memelihara anak tersebut. Pada saat itu, anak diserahkan kepada pihak yang lebih cakap untuk merawat dan memeliharanya. Tetapi kalau keduanya sama, maka anak itu harus disuruh memilih siapa diantara keduanya yang lebih ia suka.

Dalam Syarh As-sunnah disebutkan:” Jika seorang suami menceraikan istrinya, sedangkan diantara mereka terdapat seorang anak yang masih umur tujuh tahun, maka ibunya lebih berhak kepadanya. Dan jika istrinya tidak berkeinginan memelihara anaknya, maka bapaknya berkewajiban membayar wanita lain untuk mengasuhnya. Dan jika istrinya itu tidak dapat dipercaya atau kafir, sedangkan bapaknya muslim, maka tidak hak bagi istrinya untuk memelihara anaknya.⁴² Menurut penulis, ibu dan bapak tetap berkewajiban memelihara anak-anaknya. Tetapi bagaimanapun juga suatu hal yang mustahil pelaksanaan dan pemeliharaan itu dilakukan secara bersama serta harus dicari cara untuk melaksanakan hubungan dari hak yang sama. Supaya jangan terjadi pembenturan dan peperangan dalam pelaksanaan pemeliharaan anak.

Sebagaimana hak pengasuh pertama diberikan kepada ibu, maka para ahli fikih menyimpulkan bahwa keluarga ibu dari seorang anak lebih berhak dari pada

⁴¹Sayyid Hasan Ayub, *Fiqh Keluarga*, p. 451.

⁴²Ibid p. 452.

keluarga bapaknya. Urutan mereka yang berhak mengasuh anak adalah sebagai berikut: (1) Ibu; (2) Nenek dari pihak ibu dan terus keatas; (3) Nenek dari pihak ayah; (4) Saudara kandung anak tersebut; (5) Saudara perempuan ibu; (6) Saudara perempuan seayah; (7) Anak perempuan dari saudara perempuan sekandung; (8) Anak perempuan dari saudara perempuan seayah; (9) Saudara perempuan sekandung; (10) Saudara perempuan yang seibu dengannya (bibi); (11) saudara perempuan ibu yang seayah dengannya (bibi); (12) anak perempuan dari sudara perempuan seayah; (13) Anak perempuan dari saudara laki-laki sekandung; (14) Anak perempuan dari saudara laki-laki seibu; (15) Anak perempuan dari laki-laki seayah; (16) Bibi yang sekandung dengan ayah; (17) Bibi yang seibu dengan ayah; (18) Bibi yang seayah dengan ayah; (19) Bibi dari pihak ibu; (20) Bibi ayah dari pihak ibu; (21) Bibi ibu dari pihak ayah; (22) Bibi ayah dari pihak ayah.⁴³ Apabila anak tersebut tidak mempunyai kerabat perempuan dari kalangan marham atas, atau ada tapi tidak bisa mengasuhnya, maka pengasuhan akan beralih kepada kerabat laki-laki yang masih marhamnya atau masih ada hubungan darah (nasab) yang sesuai dengan urutan masing-masing dalam persoalan waris sebagai berikut: (1) Ayah kandung ayah; (2) Kakek dari pihak ayah dan terus keatas; (3) Saudara laki-laki sekandung; (4) Saudara laki-laki seayah; (5) Anak laki-laki dari saudara laki-laki sekandung; (6) Anak laki-laki dari saudara laki-laki seayah; (7) Paman yang sekandung dengan ayah; (8) Paman yang seayah dengan ayah; (9) Pamaya ayah yang sekandung; (10) Paman ayah yang seayah dengan ayah.⁴⁴ Menurut pendapat Imam Hanafi dalam salah satu

⁴³Ibid, p. 395

⁴⁴Ibid, p. 394-395

riwayatnya; Ibu lebih berhak atas anaknya hingga anak itu besar dan dapat berdiri sendiri dalam memenuhi keperluan sehari-hari seperti makan, minum, pakaian, beristinjak dan berwudlu.

Setelah itu, bapaknya lebih berhak memeliharanya. Untuk anak perempuan, ibu lebih berhak memeliharanya hingga ia dewasa, dan tidak diberi pilihan. Imam Syafi'i berkata: Ibu lebih berhak memeliharanya, baik anak itu laki-laki maupun perempuan, hingga ia berusia tujuh tahun. Apabila anak tersebut telah mencapai usia tujuh tahun maka anak tersebut diberi hak pilih untuk ikut diantara ayah atau ibunya.

Imam Hambali dalam hal ini mempunyai dua riwayat: *Pertama*, ibu lebih berhak atas anak laki-laki sampai ia berumur tujuh tahun. Setelah itu ia boleh memilih ikut bapaknya atau masih tetap bersama ibunya. Sedangkan untuk anak perempuan, setelah ia berumur tujuh tahun, ia tetap bersama ibunya, tidak boleh diberi pilihan. *Kedua*, seperti pendapatnya Imam Hanafi yaitu ibu lebih berhak atas anaknya hingga anak itu besar dan berdiri sendiri dalam memenuhi keperluan makan, minum, pakaian, beristinjak dan berwuduk. Setelah itu, bapak lebih berhak memeliharanya. Untuk anak perempuan, ibu lebih yang berhak memeliharanya hingga ia dewasa dan tidak diberi pilihan.