

- INTERCOUNTRY MARRIAGE

TESIS

AKIBAT HUKUM PERCERAIAN DALAM PERKAWINAN CAMPURAN ANTAR WARGA NEGARA

TUK 22
10/1
a

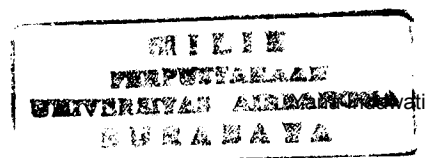


Oleh :

YANA INDAWATI, S.H.

NIM : 030410516 N

PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2006



**AKIBAT HUKUM PERCERAIAN
DALAM PERKAWINAN CAMPURAN ANTAR
WARGA NEGARA**

TESIS

**Diajukan Untuk Memperoleh Gelar Magister Kenotariatan
Pada Program Studi Magister Kenotariatan
Fakultas Hukum Universitas Airlangga
Surabaya**



Oleh :

YANA INDAWATI, S.H.

NIM : 030410516 N

**PROGRAM STUDI MAGISTER KENOTARIATAN
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS AIRLANGGA
SURABAYA
2006**

LEMBAR PENGESAHAN

Tesis ini telah disahkan pada tanggal 28 Desember 2006

Oleh :

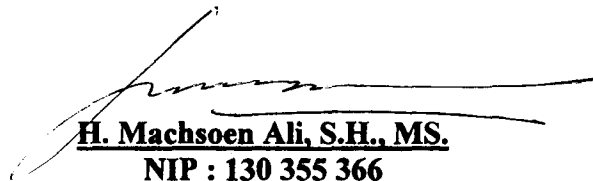
Dosen Pembimbing



Sri Handajani, S.H., M.Hum.
NIP : 130 809 069

Mengetahui :

**Ketua Program Studi Magister Kenotariatan
Fakultas Hukum Universitas Airlangga**



H. Machsoen Ali, S.H., MS.
NIP : 130 355 366

**Tesis ini telah diuji dan dipertahankan dihadapan Panitia Penguji
pada Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum
Universitas Airlangga Surabaya pada tanggal 28 Desember 2006**

PANITIA PENGUJI TESIS

Ketua : H. Machsoen Ali, S.H., MS.

Anggota : 1. Prof. Dr. H. Basuki Rekso Wibowo, S.H., MS.

2. Sri Handajani, S.H., M.Hum.

*“Orang yang paling keras siksaan di hari kiamat ialah orang alim yang tidak
diberi manfaat oleh Alloh dengan ilmunya”*

(Al-Hadist)

*”Bagaimanapun sulitnya suatu tugas, jika kamu tidak berusaha
menyelesaiakannya, bagaimana kamu tahu kamu tidak dapat menyelesaikannya.
Dengan keteguhan hati & kebulatan tekad, gunungpun dapat dipindahkan”*

(The saying of Lie Zi)

*”When we accept tough jobs as a challenge and wade into them with joy and
enthusiasm miracles can happen”*

(Arland Gilbert)



TESIS INI KUPERSEMBAHKAN UNTUK :

PAPI dan MAMI ku TERSAYANG

TERIMA KASIH ATAS DOA dan BIMBINGANNYA

KATA PENGANTAR



Alhamdulillahirobbil'aalamiin. Segala puji syukur penulis haturkan ke hadirat Allah SWT, atas rahmat dan hidayah-Nya yang tidak ternilai sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis ini dalam rangka memenuhi persyaratan menyelesaikan Program Studi Magister Kenotariatan di Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Tidak lupa juga sholawat serta salam kami haturkan kepada Muhammad Rosululloh SAW atas jalan yang telah ditunjukkan bagi umat seluruh alam yaitu Diennul Islam.

Sesungguhnya Allah SWT telah menggerakkan hati hamba-Nya untuk membantu penulis dalam menyelesaikan tesis ini. Untuk itu melalui kesempatan ini penulis ingin mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada yang terhormat Ibu **Sri Handajani, S.H., M.Hum.**, selaku dosen pembimbing, yang telah dengan tulus ikhlas dan penuh kesabaran berkenan meluangkan waktu untuk membimbing dan memberi petunjuk dalam penulisan tesis ini. Ucapan terima kasih inipun tidak lupa penulis sampaikan kepada yang terhormat :

1. Bapak H. Machsoen Ali, S. H., MS., selaku Dekan dan Ketua Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga.

2. Bapak Prof. Dr. H. Basuki Rekso Wibowo, S. H., MS., selaku Dosen Penguji dan dosen pengajar pada Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
3. Segenap dosen pengajar pada Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga.
4. Seluruh Pegawai Tata Usaha Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga, antara lain Bapak Yusuf, Bapak Edi, Bapak Tugiman dan Ibu Emi yang telah membantu penulis dalam hal administrasi selama perkuliahan dan proses penulisan tesis.
5. Mbak Tin, Lekmi, Mbak Iin, adikku Nanang dan Yulia, untuk doa, dorongan moril maupun materiil sehingga tesis ini dapat terselesaikan dengan baik dan tepat waktu.
6. Kadek Yotaernanda Ariyanto, S.Kom untuk inspirasi, doa dan dorongan semangatnya dalam menyelesaikan tesis ini.
7. Sahabat-sahabatku Noor Santy, S.H., M.Kn, Hj. Ika Puspitasari, S.H., M.Kn, Marlina, S.H., M.Hum, untuk doa dan semangat yang tiada henti-hentinya dalam menyelesaikan tesis ini
8. Temanku Kurnia terima kasih atas artikel-artikelnya, Arini S.H., M.Kn, Ida Taf'idiyah, S.H., M.Kn, Patma Toisuta, Muntafiah, Zerina, S.H., M.Kn dan teman-teman seperjuangan angkatan 2004 kelas B, Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga atas kebersamaannya yang selalu penuh makna.

9. Capt. Soedarwan, Mbak wiwied dan rekan-rekan lain di Depo Tanjung Batu 4 dan CY. TSP Surabaya untuk doa dan semangatnya.
10. Seluruh civitas akademika Program Studi Magister Kenotariatan Fakultas Hukum Universitas Airlangga dan semua pihak yang secara langsung maupun tidak langsung turut membantu terselesaikannya tesis ini.

Yang ter-Special Untuk Kedua orang tua saya H. Drs Ka'ib dan Hj. Dra. Murtatun yang telah mendidik, mengasuh, dan memberikan kasih sayang dan doa yang tiada henti-hentinya baik secara materiil dan in-materiil sehingga penulis bisa menyelesaikan studi dengan lancar.

Penulis sepenuhnya menyadari bahwa dalam penulisan tesis ini masih banyak kekurangan dan masih jauh dari kesan sempurna, oleh karena itu segala kritik dan saran yang membangun dari berbagai pihak sungguh sangat diharapkan.

Semoga tesis ini dapat bermanfaat, khususnya bagi disiplin ilmu hukum.

Surabaya, 28 Desember 2006

Penulis

DAFTAR ISI

	Halaman
Lembar Judul	
Lembar Pengesahan	
Kata Pengantar	i
Daftar Isi	iv
BAB I PENDAHULUAN	
1. Latar Belakang	1
2. Rumusan Masalah	7
3. Tujuan Penelitian.....	7
4. Manfaat Penelitian.....	8
5. Kajian Pustaka.....	8
6. Metode Penelitian.....	13
7. Sistematika Penulisan.....	15
 BAB II AKIBAT HUKUM PERCERAIAN DARI PERKAWINAN CAMPURAN ANTAR WARGA NEGARA DI INDONESIA TERHADAP HARTA BERSAMA	
1. Perkawinan Campuran Antar Warga Negara	17
1.1. Unsur-unsur Dalam Perkawinan	17

1.2.	Perkawinan Campuran Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.....	20
1.3.	Syarat- Syarat Pelaksanaan Perkawinan Campuran.....	21
2.	Perceraian dalam Perkawinan Campuran antar Warga Negara.....	25
3.	Beberapa Teori tentang Harta Benda Perkawinan	32
4.	Akibat Hukum Perceraian Terhadap Harta Bersama	34
4.1.	Status Harta Benda dalam Perkawinan Campuran.....	37
4.2.	Berubah Tidaknya Hukum Harta Benda Perkawinan	40

BAB III AKIBAT HUKUM PERCERAIAN DARI PERKAWINAN CAMPURAN ANTAR WARGA NEGARA DI INDONESIA TERHADAP HAK PERWALIAN ANAK

1.	Hubungan Orang Tua dan Anak.....	43
1.1.	Hubungan Dengan Berbagai Bagian Teori Hukum HPI	44
1.2.	Saat yang Menentukan Hukum Mana yang Diberlakukan..	47
1.3.	Perbedaan Kewarganegaraan Dalam Keluarga	48
2.	Perwalian Anak	49
3.	Status Kewarganegaraan Anak Dari Perkawinan Campuran Antar Warga Negara.....	53
4.	Akibat Hukum Perceraian Terhadap Hak Perwalian Anak.....	58

BAB IV PENUTUP

1.	Kesimpulan.....	66
----	-----------------	----

2. **Saran**..... 68

DAFTAR BACAAN 70



BAB I

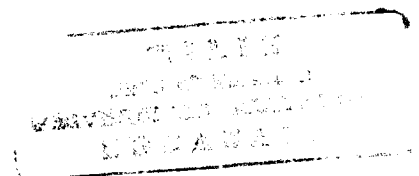
PENDAHULUAN

1. Latar Belakang Masalah

Tuhan menciptakan manusia untuk saling berpasangan. Sejak diciptakannya pria dan wanita maka siklus kehidupan manusia pun menjadi diawali dengan proses kelahiran, masa kanak-kanak, remaja, dewasa, perkawinan, perolehan keturunan dan akhirnya meninggal dunia. Salah satu proses atau siklus kehidupan yaitu perkawinan, dimana menikah adalah salah satu hal yang sangat istimewa dalam perjalanan hidup manusia. Bagi sebagian orang, lebih istimewa lagi jika menikah dengan orang asing. Perkawinan campuran telah merambah seluruh pelosok tanah air dan kelas masyarakat. Globalisasi informasi, ekonomi, pendidikan dan transportasi telah menggugurkan stigma bahwa kawin campur adalah perkawinan antara ekspatriat kaya dan orang Indonesia.

Menurut hasil survey online yang dilakukan Indo-MC tahun 2002, dari 574 responden yang terjaring 95,19 % adalah perempuan warga negara Indonesia (WNI) yang melakukan pernikahan dengan pria warga negara asing (WNA). Sebagian besar adalah perkenalan melalui internet, kemudian bekas teman kerja/bisnis, berkenalan saat libur, bekas teman sekolah/kuliah, dan sahabat pena.

Istilah perkawinan campuran disini ada beberapa perbedaan pengertian yakni yang dinyatakan dalam “Peraturan tentang Perkawinan Campuran” atau



“*Regeling Op de Gemengde Huwelijken*”(GHR) Besluit Kerajaan 29 Desember 1896 No.23, S.1898 No.158 pasal 1 memberikan definisi sebagai berikut : “perkawinan orang-orang yang di Indonesia ada dibawah hukum yang berlainan” . Maksud yang terkandung didalam pasal 1 GHR S.1898 No. 158 ialah "perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia tunduk kepada hukum-hukum yang berlainan”, yakni perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia golongan hukum Eropa dengan orang golongan hukum pribumi (Indonesia) atau antara orang Eropa dengan orang Timur Asing, atau antara orang Timur Asing dengan pribumi (Indonesia) dan sebagainya. Peraturan GHR S.1898 No. 158 tersebut berdasarkan pasal 66 Undang-Undang nomor 1 tahun 1974 sudah tidak berlaku lagi.¹

Istilah perkawinan campuran yang sering dinyatakan anggota masyarakat sehari-hari, ialah perkawinan campuran karena perbedaan adat/suku bangsa yang bhineka, atau karena perbedaan agama antara kedua insan yang akan melakukan perkawinan. Perbedaan adat misalnya perkawinan antara pria/wanita perkawinan Jawa dengan pria atau wanita Batak, pria atau wanita Minangkabau dengan pria atau wanita Sunda, pria atau wanita Bali dengan pria atau wanita Sunda, dan sebagainya. Sedangkan perkawinan campuran antara agama, misalnya antara pria atau wanita beragama Kristen dengan pria atau wanita beragama Islam, pria atau wanita beragama Hindu atau Budha dengan pria atau wanita Islam dan seterusnya.

¹ Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia menurut perundangan Hukum Adat Hukum Agama*. Mandar Maju, Bandung, 2003, h. 13

Menurut ketentuan Pasal 57 UU no.1 tahun 1974 pengertian Perkawinan Campuran di definisikan sebagai :

“Yang dimaksud dengan perkawinan campuran ialah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Asing dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia”.

Sedang menurut pasal 58 UU no.1 tahun 1974 dikatakan bahwa,:

“bagi orang-orang yang berlainan kewarganegaraan yang melakukan perkawinan campuran, dapat memperoleh kewarganegaraan dari suami/istrinya atau dapat pula kehilangan kewarganegaraan, menurut cara-cara yang telah ditentukan dalam UU Kewarganegaraan RI yang berlaku”.

Perkawinan campuran atau perkawinan antar bangsa kini semakin biasa. Mereka yang bersekolah atau mencari kerja ke luar negeri semakin banyak jumlahnya, baik perempuan maupun laki-laki, dan interaksi tersebut meningkatkan peluang meningkatnya jumlah perkawinan campuran antar warga negara. Demikian pula dengan keterbukaan ekonomi suatu negara, menyebabkan masuk pula pencari kerja berkewarganegaraan asing ke Indonesia sehingga meningkatkan juga peluang perkawinan campuran.

Kantor Catatan Sipil (selanjutnya disingkat dengan KCS) DKI Jakarta mencatat 878 perkawinan selama tahun 2002 sampai tahun 2004 dan 94,4 persennya adalah perempuan WNI yang menikah dengan pria WNA (829 pernikahan). Angka tersebut belum termasuk pernikahan di KUA yang tidak didaftarkan di KCS dan di seluruh tanah air.²

² www.kompas.com

Semua persoalan hukum yang timbul karena perkawinan campuran ini memperlihatkan unsur-unsur asing sehingga dalam hal ini persoalan tersebut termasuk dalam bidang Hukum Perdata Internasional (selanjutnya disingkat HPI). Dengan di sahkannya Undang undang Kewarganegaraan yang baru, Undang-undang Nomor 12 tahun 2006, diharapkan bisa memulihkan segala persoalan yang timbul dari Undang-undang nomor 62 tahun 1958 terutama mengenai perkawinan campuran antar warga Negara, dimana dalam hal ini persoalan sering timbul karena adanya beda budaya. Dalam Undang-Undang Kewarganegaraan yang baru, Undang-undang Nomor 12 tahun 2006, memperbolehkan status kewarganegaraan ganda bagi anak dari hasil perkawinan campur antar warga Negara, hingga mencapai usia 18 tahun atau telah menikah. Dalam hal ini bukan berarti Undang-Undang Kewarganegaraan yang baru sudah mencapai kesempurnaan dan tidak ada persoalan. Adakalanya timbul persoalan-persoalan yang sangat sulit yang salah satunya disebabkan karena hubungan perkawinan campuran antar Warga Negara tidak berlangsung harmonis sehingga kedua pihak sepakat untuk melakukan perceraian.

Masalah perceraian termasuk dalam bidang status personal, dimana perceraian yang dilakukan antara pasangan yang berkewarganegaraan sama menjadi tidak masalah, tetapi menjadi kurang jelas dan sedikit ada masalah jika pasangan suami istri tersebut mempunyai kewarganegaraan yang berbeda.

Disamping itu juga terdapat akibat hukum lain yang ditimbulkan karena perceraian dalam perkawinan campuran antar Warga Negara antara lain sebagai berikut :

- a. Akibat terhadap Harta Benda bersama setelah kawin
- b. Akibat terhadap Hak Perwalian anak dari hasil perkawinan campuran antar Warga Negara
- c. Akibat terhadap status kewarganegaraan anak dan masing-masing pihak

Ada kalanya perceraian dari perkawinan campuran tidak menimbulkan masalah pada akibat hukum yang ditimbulkannya. Hal ini karena adanya kesepakatan yang dibuat antara pihak suami dan isteri baik mengenai harta bersama setelah perkawinan, hak perwalian anak maupun status kewarganegaraan anak dan masing-masing pihak. Sehingga proses perceraian di pengadilan menjadi cepat dan tidak berlarut-larut. Hal ini seperti yang terjadi pada kasus perceraian penyanyi Titi Dwijayanti dengan Andrew Hollis Dougharty. Dalam sidang kedua yang menjadi sidang terakhir proses perceraian mereka, memutuskan bahwa kedua belah pihak sepakat untuk mengakhiri pernikahan mereka dengan damai dan tanpa perselisihan. Keputusan berpisah secara damai yang dibuat oleh Titi DJ dengan pria yang berkewarganegaraan Amerika ini, seakan menjadi sebuah contoh kedewasaan dalam mengakhiri sebuah ikatan pernikahan. Perselisihan mengenai harta gono-gini dan hak atas perwalian anak yang sering menjadi sebuah konflik pasca perceraian sama sekali tidak nampak pada proses persidangan. Mereka sepakat harta gono-gini tidak dibicarakan di persidangan. Sedangkan pengasuhan anak dilakukan bersama baik dalam pendidikan, perkembangan dan sebagainya tanpa ada batasan.

Lain lagi dengan kasus mantan peragawati Auk Murat yang menikah dengan Andre JM, pria berkebangsaan Australia, pada tahun 1997. Karena Andrew berkewarganegaraan asing, sesuai UU No 62 tahun 1958, praktis kewarganegaraan kedua anaknya yang masih dibawah umur juga mengikuti ayahnya, sampai mereka berhak menentukan kewarganegaraan sendiri pada usia 18 tahun. Itu sebabnya, setahun sekali Auk harus mengurus izin tinggal kedua anaknya. Telat mengurus, ancaman deportasi terhadap kedua anaknya terbentang di depan mata. Auk sudah menyadari risiko ini. Ia pun tidak memperlmasalahkannya. Namun, persoalan muncul ketika tahun 2003 silam, saat Auk dan Andrew bercerai. Pengadilan menunjuk Auk yang mengasuh. Meski senang ditunjuk sebagai pengasuh kedua anaknya, tak urung rasa waswas sering menghantui Auk. Pasalnya, bila terjadi sengketa dengan mantan pasangan, sewaktu-waktu anak-anak bisa terlepas dari asuhan. Seorang ibu tidak memiliki perlindungan hukum untuk melindungi anak-anaknya sendiri. Ini sangat ironis. Hak sebagai ibu tidak dilindungi pemerintah.

Berkaitan dengan uraian dan gambaran kasus dari perkawinan campuran antar warga Negara yang saat ini telah menjadi tren di kalangan masyarakat baik kelas bawah maupun kalangan atas, maka dalam penulisan tesis ini perlu diadakan penelitian secara normatif yang dikaji dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder mengenai akibat hukum perceraian dari perkawinan campuran antar Warga Negara.

2. Rumusan Masalah

Dengan berdasar pada uraian latar belakang diatas maka rumusan masalah yang bisa diangkat dalam tesis ini adalah :

1. Apakah akibat hukum perceraian dari perkawinan campuran antar warga Negara terhadap harta bersama yang diperoleh selama perkawinan?
2. Apakah akibat hukum perceraian dari perkawinan campuran antar warga Negara terhadap hak perwalian anak?

3. Tujuan Penulisan

Penulisan tesis ini mempunyai beberapa tujuan yang ingin dicapai oleh penulis yakni :

- a) Untuk mengkaji, meneliti secara normatif serta mengetahui akibat hukum yang timbul menurut peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perkawinan campuran antar Warga Negara dan kendala-kendala yang akan dihadapi, sehingga masyarakat awam hukum bisa menjadikannya wacana dalam mempertimbangkan dan memikirkan atas tindakan yang hendak dilakukan dalam melakukan perkawinan campuran antar Warga negara
- b) Untuk menganalisa lebih lanjut mengenai akibat hukum perceraian dalam perkawinan campuran antar Warga Negara terhadap harta bersama maupun terhadap hak perwalian anak menurut ketentuan hukum yang berlaku.

4. Manfaat Penelitian

Manfaat yang didapatkan dalam penelitian ini adalah :

a) Manfaat Teoritis

Penulisan ini dapat dijadikan sebagai wacana dan acuan bagi kalangan akademisi dalam memahami akibat hukum yang ditimbulkan dalam perkawinan campuran antar warga negara yang akhir-akhir ini mengalami peningkatan beserta akibat hukum yang lain apabila terjadi perceraian.

b) Manfaat Praktisi

Dari penulisan tesis ini di harapkan bisa memberikan gambaran pemikiran baik bagi kalangan akademisi, masyarakat awam hukum, perancang Undang undang dan pihak lain mengenai perkawinan campuran antar warga Negara beserta akibat yang ditimbulkan apabila terjadi perceraian.

5. Kajian Pustaka

a. Definisi Perkawinan dan Perkawinan Campuran

Menurut Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 (selanjutnya disebut dengan UU Perkawinan). Definisi Perkawinan diatur dalam Pasal 1 UU Perkawinan yakni :

“Perkawinan ialah lahir batin seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga), yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Selanjutnya dalam Pasal 2 ayat (1) menyebutkan *“Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya”*.

Asas-asas yang terkandung dalam UU Perkawinan meliputi³ :

- (a) Perkawinan bertujuan membentuk keluarga yang bahagia dan kekal
- (b) Perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum agamanya dan kepercayaannya itu.
- (c) Perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundangan.
- (d) Perkawinan berasas monogami terbuka.
- (e) Calon suami isteri harus sudah masuk jiwa raganya untuk melangsungkan perkawinan.
- (f) Batas umur perkawinan adalah bagi pria 19 tahun dan bagi wanita 16 tahun.
- (g) Perceraian dipersulit dan harus dilakukan di muka sidang pengadilan.
- (h) Hak dan kedudukan suami isteri adalah seimbang.

Perkawinan Campuran dalam UU Perkawinan diatur dalam ketentuan

Pasal 57 yakni :

“Yang dimaksud perkawinan dalam Undang-undang ini ialah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Asing dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia”

b. Definisi Warga Negara

Dalam perkawinan campuran menyangkut mengenai perkawinan antara kewarganegaraan atau kebangsaan. Berkaitan dengan kewarganegaraan maka perlu diketahui terlebih dahulu definisi dari Warga Negara. Pengertian Warga

³ Hilman Hadikusuma, Op. cit., h. 6.

Negara adalah setiap penduduk wilayah suatu negara yang telah disahkan berdasarkan hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan sebagai anggota negaranya.⁴ Seorang warga negara memiliki hak dan kewajiban penuh sebagaimana yang tertuang dalam undang-undang negara tersebut. Penduduk suatu negara atau daerah bisa di definisikan menjadi dua yaitu :

- Orang yang tinggal di daerah tersebut
- Orang yang secara hukum berhak tinggal di daerah tersebut. Dengan kata lain orang yang mempunyai surat resmi untuk tinggal di situ. Misalkan bukti kewarganegaraan, tetapi memilih tinggal di daerah lain.

Dalam Sosiologi, penduduk adalah kumpulan manusia yang menempati wilayah geografi dan tuang tertentu. Sedang pengertian warga negara menurut Azyumardi Azra diartikan dengan orang-orang sebagai bagian dari suatu penduduk yang menjadi unsur negara. Istilah ini dahulu disebut dengan *hamba* atau *kawula*. Istilah warga negara lebih sesuai dengan kedudukannya sebagai orang merdeka dibandingkan dengan istilah hamba atau kawula negara, karena negara mengandung arti peserta, anggota atau warga dari suatu negara, yakni peserta dari persekutuan yang didirikan dengan kekuatan bersama, atas dasar tanggung jawab bersama dan untuk kepentingan bersama. Untuk itu setiap warga negara mempunyai persamaan hak dihadapan hukum. Semua warga negara memiliki kepastian hak, privasi dan tanggung jawab. Menurut AS. Hikam mendefinisikan bahwa warga negara yang merupakan terjemahan dari

⁴ www.id.wikipedia.org.

citizenship adalah anggota dari sebuah komunitas yang membentuk negara itu sendiri. Koerniatmo S secara singkat mendefinisikan warga negara dengan anggota negara. Sebagai anggota negara, seorang warga negara mempunyai kedudukan yang khusus terhadap negaranya. Ia mempunyai hubungan hak dan kewajiban yang bersifat timbal balik terhadap negaranya.⁵

Dalam konteks Indonesia, istilah warga negara (sesuai dengan Pasal 26 Undang Undang Dasar 1945) dimaksudkan untuk bangsa Indonesia asli dan bangsa lain yang disahkan undang-undang sebagai warga negara. Dalam penjelasan pasal 26 UUD1945 dinyatakan bahwa orang-orang bangsa lain, misalnya orang peranakan Belanda, peranakan Cina, peranakan Arab dan lain-lain yang bertempat tinggal di Indonesia, mengakui Indonesia sebagai Tanah Airnya dan bersikap setia kepada Negara Republik Indonesia dapat menjadi warga Negara.

c. Perceraian

Pembubaran perkawinan menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) diatur dalam ketentuan pasal 199 yakni :

- a. karena Kematian;
- b. karena keadaan tak hadir si suami atau si istri, selama sepuluh tahun, diikuti dengan perkawinan baru istrinya/suaminya sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam bagian ke lima bab delapan belas;

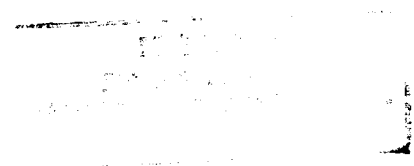
⁵ Azyumardi Azra, *Demokrasi, HAM & Masyarakat Madani*, Tim ICCE Jakarta.

- c. karena putusan Hakim setelah adanya perpisahan meja dan ranjang dan pembukuan pernyataan bubarnya perkawinan dalam putusan itu dalam register catatan sipil, sesuai dengan ketentuan-ketentuan bagian ke dua bab ini;
- d. karena perceraian sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam bagian ke tiga bab ini.

Menurut UU Perkawinan putusnya perkawinan diatur dalam ketentuan pasal 38 yakni :

- a. kematian
- b. perceraian
- c. atas keputusan Pengadilan
- d. Perwalian

Anak-anak yang belum dewasa dan tidak di bawah kekuasaan orang tua harus ditaruh dibawah perwalian menurut sistem Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*) diatur dalam ketentuan pasal 330. Setelah pihak orang tua bercerai pun harus diadakan persediaan mengenai perwalian dari anak-anak mereka yang masih di bawah umur diatur dalam ketentuan pasal 229 B.W. Persoalan mengenai hukum yang berlaku untuk perwalian dari anak-anak termasuk bidang *status personil*. Oleh karena itu menurut sistem Hukum Perdata Internasional Indonesia hukum nasional para pihak yang dipergunakan.



6. Metode Penelitian

a. Pendekatan Masalah

Permasalahan yang menjadi obyek kajian dalam tesis ini adalah akibat Hukum perceraian dalam perkawinan campuran antar warga negara. Sehingga penelitian ini adalah penelitian hukum dengan menggunakan pendekatan perundang-undangan (*Statute Approach*) dan pendekatan konsep (*Conceptual Approach*). Titik tolak penelitian ini adalah pada konsep-konsep hukum berkaitan dengan akibat hukum yang ditimbulkan dari perceraian dalam perkawinan campuran antar warga Negara serta mengkaji dari segi aturan-aturan hukum terhadap penerapannya.

b. Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang dipergunakan dalam penulisan tesis ini terdiri dari bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.

1. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer adalah bahan yang harus ada dalam penelitian yang mempunyai kekuatan mengikat dan dalam keadaan siap terbuka. Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan, diantaranya adalah :

- a. Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.
- b. Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

- c. Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak
- d. Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*)
- e. Undang- Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

2. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder adalah bahan yang memberikan penjelasan atau bersifat menunjang terhadap bahan hukum primer.

Dengan kata lain, bahan hukum sekunder dapat berupa bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder ini terdiri dari berbagai bahan kepustakaan yang diperoleh melalui buku-buku, karya tulis ilmiah, laporan-laporan, dan literatur-literatur.

c. Prosedur Pengumpulan dan Pengolahan Bahan Hukum

Sebagai tindak lanjut dalam rangka memperoleh data sebagaimana yang diharapkan, maka penulis menggunakan tehnik pengumpulan data yang diperoleh dari penelitian kepustakaan (*library research*). Pengumpulan bahan hukum dilakukan berdasarkan bahan-bahan serta informasi yang dapat memberi petunjuk mengenai bahan hukum primer dan sekunder yang relevan. Langkah selanjutnya adalah mengidentifikasi bahan hukum yang berhasil dikumpulkan berdasarkan kedekatannya dengan rumusan masalah, kemudian

dilakukan klasifikasi sesuai dengan permasalahan serta penyusunan bahan hukum menjadi bahan hukum primer dan sekunder.

Bahan hukum primer dan sekunder yang berhasil diklasifikasi kemudian dianalisis dengan menggunakan metode interpretasi atau penafsiran, sehingga dapat menjelaskan permasalahan yang ada secara lebih rinci. Permasalahan yang ada dianalisa dan dipecahkan sesuai dengan kerangka teori pada tinjauan pustaka serta dikaitkan dengan hasil penelitian yang telah dilakukan. Jawaban yang didapat kemudian dijadikan bahan dalam penulisan tesis ini. Bahan-bahan atau data-data yang diperoleh dan diperlukan tersebut di inventarisasi, kemudian terhadap bahan hukum yang sesuai dengan pokok permasalahan dilakukan identifikasi untuk digunakan sebagai bahan analisis.

7. Sistematika Penulisan

Dalam memberikan jawaban yang jelas dan terperinci mengenai permasalahan yang dibahas dalam tesis ini, maka rancangan susunan bab dalam tesis ini terdiri dari beberapa sub bab dengan urutan sebagai berikut :

Bab I Pendahuluan, berisi latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penulisan, manfaat penulisan, kajian pustaka, metode penelitian, dan sistematika penulisan. Dalam Bab I ini merupakan gambaran pengantar awal dari seluruh tesis ini sehingga dengan membaca Bab I maka akan dapat diketahui maksud dari pembahasannya.

Bab II membahas mengenai akibat hukum dari perceraian dalam perkawinan campuran antar warga Negara terhadap harta bersama. Selanjutnya

BAB II

AKIBAT HUKUM PERCERAIAN DARI PERKAWINAN CAMPURAN ANTAR WARGA NEGARA TERHADAP HARTA BERSAMA

1. Perkawinan Campuran Antar Warga Negara

1.1. Unsur-unsur Dalam Perkawinan

Menurut Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974 pengertian perkawinan diatur dalam ketentuan Pasal 1 yang berbunyi :

”Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.”

Dari definisi tersebut terkandung lima unsur di dalamnya yakni :

1. ikatan lahir batin;

Yang dimaksud dengan ikatan lahir batin ialah, bahwa ikatan itu tidak cukup hanya dengan ikatan lahir saja atau batin saja, akan tetapi kedua-duanya harus terpadu erat. Ikatan lahir merupakan ikatan yang dapat dilihat dan mengungkapkan adanya hubungan hukum antara seorang pria dan seorang wanita untuk hidup bersama sebagai suami istri, disebut dengan hubungan formal. Sedang ikatan batin merupakan hubungan yang tidak formal, ikatan yang tidak nampak, tidak nyata, yang hanya dapat dirasakan oleh pihak-pihak yang bersangkutan. Ikatan batin merupakan dasar dari ikatan lahir.

Jadi dalam perkawinan bukan hanya menyangkut unsur lahir, tapi juga menyangkut unsur batiniah yang dalam dan luhur.

2. antara seorang pria dan seorang wanita;

Ikatan perkawinan hanya boleh terjadi antara seorang pria dan seorang wanita. Oleh karena itu tidak mungkin terjadi adanya hubungan perkawinan selain antara seorang pria dan seorang wanita, misalnya hubungan perkawinan antar sejenis, pria dengan pria atau wanita dengan wanita. Didalam unsur kedua ini terkandung asas monogami.

3. sebagai suami istri;

Hubungan ikatan antara seorang pria dengan seorang wanita dapat dipandang sebagai suami istri sejak ikatan mereka didasarkan pada perkawinan yang sah. Suatu perkawinan adalah sah, bilamana memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh Undang-undang, baik syarat-syarat intern maupun eksteralnya.

4. membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal;

Yang dimaksud keluarga ialah satu kesatuan yang terdiri atas ayah, ibu dan anak-anak yang merupakan sendi dasar susunan masyarakat Indonesia. Membentuk keluarga yang bahagia rapat hubungannya dengan keturunan yang merupakan tujuan perkawinan.

5. berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa;

Sebagai negara yang berdasarkan Pancasila, maka perkawinan mempunyai hubungan erat dengan agama/kerohanian,

sehingga perkawinan bukan saja mempunyai unsur lahir atau jasmani, akan tetapi unsur batin atau rohani juga mempunyai peranan penting.

Didalam *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disebut dengan BW) tidak memberikan definisi tentang perkawinan. Istilah perkawinan (*huwelijck*) digunakan dalam dua arti yaitu⁶ :

1. sebagai suatu perbuatan, yaitu perbuatan "melaksanakan perkawinan", seperti yang digunakan dalam Pasal 104 BW. Juga dalam arti yang sama, istilah perkawinan digunakan dalam Pasal 209 sub 3 "setelah perkawinan". Jadi perkawinan adalah suatu perbuatan hukum yang dilakukan pada saat tertentu;
2. sebagai "suatu keadaan hukum", yaitu keadaan bahwa seorang pria dan seorang wanita terikat oleh suatu hubungan perkawinan. Keadaan hukum ini adalah sebagai akibat perbuatan yang dimaksud diatas. Dalam keadaan itu pihak pria mempunyai "status" sebagai suami dan pihak wanita sebagai istri. Maka perkawinan dalam arti "keadaan hukum" adalah suatu "lembaga hukum" (*Instelling*). Apabila perkawinan itu suatu lembaga hukum, maka bukan tentang pelaksanaan perkawinan, tetapi tentang "keadaan" yang merupakan akibat dari perbuatan itu, yang keseluruhannya dikuasai oleh bentuk-bentuk norma perkawinan. Hubungan pihak-pihak dalam perkawinan

⁶ R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Pluralisme dalam Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*. Airlangga University Press, Surabaya, 1994, h. 35.

adalah suatu gejala dari suatu bentuk umum kehidupan bersama dari suatu pola tata kemasyarakatannya.

Jadi dapat ditarik kesimpulan positif bahwa perkawinan itu hanya mungkin dilakukan antara seorang pria dengan seorang wanita (monogami mutlak) dan dari sifatnya yang kekal itu bertujuan melanjutkan kehidupan.

1.2. Perkawinan Campuran Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

Pengertian perkawinan campuran sebelum diundangkannya Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 tahun 1974, diatur dengan *Koninklijk Besluit* tanggal 29 Desember 1896 Nomor 23. Peraturan ini disebut *Regeling op de Gemengde Huwelijken* yang lebih terkenal dengan istilah *Gemengde Huwelijken Regeling*, dengan singkatan G.H.R yang biasa disebut dengan istilah Peraturan Perkawinan Campuran. Arti perkawinan campuran menurut bunyi pasal 1 G.H.R adalah perkawinan antara "orang-orang" yang "di" Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan. Istilah "hukum yang berlainan" ini kalau ditafsirkan secara luas dapat meliputi pengertian-pengertian sebagai berikut ⁷:

1. Hukum yang berlainan itu dapat terjadi kombinasi antara stelsel Hukum Perdata barat dan Stelsel Hukum Adat Perkawinan Campuran demikian disebut perkawinan campuran antar golongan (*intergentil*).
2. Hukum yang berlainan dapat terjadi kombinasi antara Stelsel Hukum Adat yang lain, perkawinan campuran demikian disebut perkawinan campuran antar tempat (*interlocal*).
3. Hukum yang berlainan dapat terjadi kombinasi antara Stelsel Hukum Islam dan hukum Nasrani, perkawinan campuran demikian disebut perkawinan campuran antar agama.

⁷ Soedharyo Soimin, *Hukum Orang dan Keluarga*, Sinar Grafika, Jakarta 1992, h. 112.

4. Hukum yang berlainan dapat terjadi kombinasi antara Stelsel hukum Nasional dan Stelsel Hukum Asing disebut Perkawinan campuran Internasional.

Jadi definisi ini memiliki arti yang sangat luas, tidak membatasi arti perkawinan campuran pada perkawinan-perkawinan antar warganegara Indonesia atau antar penduduk Indonesia dan perkawinan-perkawinan yang dilangsungkan di Indonesia, asalkan pihak-pihak yang melangsungkan perkawinan di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan maka hal ini disebut dengan perkawinan campuran.

Sejak adanya Undang-Undang Perkawinan Nomor 1 tahun 1974, pengertian Perkawinan Campuran diatur dalam ketentuan pasal 57 yang menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan perkawinan campuran dalam Undang-Undang ini ialah perkawinan antara dua orang yang di Indonesia tunduk pada hukum yang berlainan, karena perbedaan kewarganegaraan, dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia. Dari rumusan tersebut pengertian perkawinan campuran menjadi lebih sempit karena pembentuk Undang undang hanya memberikan pengertian perkawinan campuran dalam arti hanya perkawinan antara Warga Negara Indonesia (WNI) dan Warga Negara Asing (WNA).

1.3. Syarat-Syarat Pelaksanaan Perkawinan Campuran

Di dalam ketentuan Pasal 2 Undang-Undang Perkawinan nomor 1 Tahun 1974 menyebutkan :

- 1) “Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya.
- 2) Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.”

Sedangkan ketentuan tentang syarat-syarat pelaksanaan perkawinan menurut BW diatur dalam Pasal 27 sampai dengan Pasal 49 BW, yang mana syarat-syarat tersebut dapat dibedakan menjadi :

1. Syarat-syarat Intern atau Materiil, terbagai atas :
 - a. materiil mutlak
 - b. materiil relatif
2. Syarat-syarat Ekstern atau Formal

Syarat materiil mutlak harus dipenuhi oleh setiap orang yang akan melangsungkan perkawinan tanpa memandang dengan siapa ia akan melangsungkan perkawinan. Syarat-syarat ini berlaku umum, apabila salah satu dari syarat tersebut tidak terpenuhi, maka perkawinan tidak dapat dilangsungkan.

Syarat-syarat tersebut ada lima macam, yaitu :

- 1) Kedua belah pihak masing-masing harus tidak terikat dengan suatu perkawinan lain. (Pasal 27 BW)
- 2) Kesepakatan yang bebas dari kedua belah pihak (Pasal 28 BW)
- 3) Masing-masing pihak harus mencapai umur minimum yang ditentukan oleh undang-undang
- 4) Seorang wanita tidak diperbolehkan kawin lagi sebelum lewat dari 300 hari terhitung sejak bubarnya perkawinan yang terakhir
- 5) Harus ada izin dari pihak ketiga

Syarat materiil relatif ialah syarat-syarat bagi pihak yang akan dikawini. Apabila syarat materiil mutlak telah dipenuhi, namun demikian ia tidak boleh

kawin dengan sembarang orang dan harus memenuhi syarat-syarat materiil relatif dengan pihak yang akan dikawininya.

Undang-Undang melarang terjadinya perkawinan antara orang-orang tertentu, dan antara orang-orang yang mempunyai hubungan keluarga yang sangat dekat atau hubungan darah yang terlalu dekat seperti yang diatur dalam ketentuan pasal 30 BW, yakni :

- a. Anggota-anggota keluarga dalam “garis lurus” ke atas dan ke bawah tidak terbatas, baik karena keturunan sah atau tidak sah
- b. Anggota-anggota keluarga dalam “garis menyimpang”
- c. Antara saudara pria dengan saudara wanita, sah atau tidak sah dan antara anggota-anggota keluarga sedarah yang disebut dalam pasal 31 ayat 2 BW. yaitu :
 - a) Anggota-anggota semenda dalam “garis lurus” ke atas dan ke bawah tidak terbatas
 - b) Dalam “garis menyimpang” antara ipar pria dengan ipar wanita dari perkawinan sah atau tidak sah. Kecuali, jika suami atau istri yang mengakibatkan periparan tersebut telah meninggal dunia, atau karena keadaan ketidakhadiran (*afwezigheid*) suami atau istri kepada istri atau suami yang ditinggalkannya, maka hakim dapat mengizinkan istri atau suami yang ditinggalkan untuk melangsungkan perkawinan lagi dengan orang lain.

Syarat-syarat ekstern atau formal adalah syarat yang berhubungan dengan tata cara atau formalitas-formalitas yang harus dipenuhi sebelum proses perkawinan. Syarat ini hanya berlaku bagi golongan Eropa dan tidak berlaku bagi golongan Timur Asing Tionghoa.

Untuk perkawinan campuran antar warga Negara diatur dalam ketentuan pasal 83 B.W. dimana mengatur tentang perkawinan yang dilangsungkan antara dua orang warga Negara Indonesia di luar negeri, atau antara seorang warga Negara Indonesia dengan seorang warga Negara asing. Pihak Indonesia diwajibkan memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh pasal 27 sampai dengan pasal 49 BW, yaitu mengenai syarat-syarat materil. Bagi yang berkewarganegaraan Indonesia berlaku *statuta personalia* (pasal 16 A.B.), yang didalamnya juga terkandung kewenangan untuk melangsungkan perkawinan.

Perkawinan harus dilangsungkan menurut cara-cara yang umum dilakukan di Negara tempat perkawinan itu dilangsungkan. Jadi, andaikata perkawinan tersebut dilakukan di gereja (misalnya di Portugal) tanpa dihadapan pejabat Catatan Sipil, maka perkawinan tersebut sah menurut hukum Negara itu. Sebaliknya jika perkawinan telah dilangsungkan menurut bentuk yang umum di Indonesia, meskipun menurut hukum Negara asing tersebut dianggap tidak sah, namun menurut hukum Indonesia dianggap sah.⁸

Bagi suami istri yang melangsungkan perkawinan di luar negeri dan kemudian pulang ke tanah air dalam batas waktu satu tahun, maka akte perkawinan mereka yang dibuat di luar negeri harus didaftarkan dalam register

⁸ R. Soetojo Prawirohamidjojo, Op. Cit, h. 89.

umum di tempat kediaman mereka, seperti yang diatur dalam ketentuan pasal 84 BW. Mengenai tempat kediaman yang dimaksud adalah tempat kediaman menurut ketentuan Hukum Privat Internasional, yaitu ibu kota Negara (Jakarta).

Apabila akte perkawinan tersebut tidak didaftarkan, maka perkawinan itu dianggap tetap sah pula oleh karena tidak ada sanksinya. Akan tetapi jika didaftarkan, maka dianggap telah diketahui umum di Indonesia.

2. Perceraian dalam Perkawinan Campuran antar Warga Negara

Perceraian adalah putusannya suatu perkawinan yang sah didepan hakim pengadilan berdasarkan syarat-syarat yang ditentukan Undang-Undang.

Pada umumnya setiap manusia mendambakan terbinanya tali perkawinan sekali seumur hidup yang kekal dan bahagia. Namun kenyataannya bahwa soal perkawinan pada umumnya bukan hanya masalah suami atau isteri saja, melainkan juga masalah para sanak keluarga, yang turut serta merasakan pula baiknya perkawinan yang berlangsung terus. Akan tetapi kadang-kadang timbul keadaan-keadaan yang menjadikan putusannya suatu perkawinan. Hal ini bisa disebabkan karena tidak terdapat lagi kesepakatan atau kerukunan antara suami dan isteri, atau terjadi perselisihan yang berkepanjangan meski telah diusahakan penyelesaian, atau bisa juga terjadi pertengkaran yang terus menerus yang tidak mungkin di damaikan kembali, sehingga mereka menempuh salah satu jalan untuk memutuskan perkawinan salah satunya dengan cara perceraian. Perceraian (*echtscheiding*) adalah salah satu cara pembubaran perkawinan karena suatu sebab, melalui keputusan hakim yang didaftarkan pada kantor catatan sipil

atau bisa juga di definisikan sebagai putusnya suatu perkawinan yang sah didepan hakim pengadilan berdasarkan syarat-syarat yang ditentukan Undang-Undang. Oleh karena itu perlu dipahami peraturan mengenai perceraian itu serta akibat-akibat yang mungkin timbul setelah suami isteri itu perkawinannya putus serta alasan-alasan yang mendasari putusnya perkawinan itu atau sebab-sebab apa terjadi perceraian.

Didalam Undang-Undang Perkawinan tidak diatur secara terperinci mengenai cara-cara perceraian, melainkan hanya menyebut secara umum mengenai putusnya hubungan perkawinan ini dalam tiga golongan seperti yang tercantum dalam pasal 38, yaitu sebagai berikut :

- a. Kematian;
- b. Perceraian;
- c. Atas keputusan pengadilan.

Kematian sebagai salah satu sebab putusnya perkawinan adalah jika salah satu pihak baik suami atau isteri meninggal dunia. Baik didalam KUH Perdata maupun Undang-Undang Perkawinan putusnya perkawinan karena kematian hampir tidak diatur sama sekali. Sedangkan untuk sebab perceraian, Undang-Undang Perkawinan memberikan aturan-aturan yang telah baku terperinci dan sangat jelas. Adapun putusnya perkawinan dengan keputusan pengadilan adalah jika kepergian salah satu pihak tanpa kabar berita untuk waktu yang lama. Undang-Undang Perkawinan menyebutkan berapa lama jangka waktu untuk menetapkan hilangnya atau dianggap meninggalnya seseorang itu.⁹ Bahwa di

⁹ Lili Rasjidi, *Hukum Perkawinan dan Perceraian di Malaysia dan Indonesia*, Alumni, Bandung, 1982, h. 291.

dalam penjelasan Undang-Undang Perkawinan, pasal 38 tersebut dipandang “cukup jelas”.

Jika merujuk pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata pada pasal 493 ada dinyatakan:

“Apabila, selain terjadinya meninggalkan tempat tinggal dengan sengaja, seorang diantara suami isteri selama genap sepuluh tahun telah tak hadir di tempat tinggalnya, sedangkan kabar tentang hidup atau matinya pun tak pernah diperolehnya, maka si isteri atau suami yang ditinggalkannya, atas izin dari Pengadilan Negeri tempat tinggal suami isteri bersama berhak memanggil pihak yang tak hadir tadi dengan tiga kali panggilan umum berturut-turut dengan cara seperti teratur dalam pasal 467 dan pasal 468.”

Selanjutnya menurut Lili Rasjidi, yang dimaksudkan dengan pasal 467 dan 468 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang disebutkan oleh pasal 493 tersebut di atas ialah ketentuan yang berkenaan dengan dianggap meninggalnya seseorang di mana antara lain disyaratkan paling tidak, tidak terdengar kabar beritanya untuk masa lima tahun atau lebih, yakni dari jangka waktu terakhir terdengar berita orang itu masih hidup. Atas permohonan pihak yang berkepentingan, Pengadilan Negeri akan memanggil orang yang hilang itu melalui selebaran umum untuk menghadap dalam jangka waktu tiga bulan. Panggilan ini akan diulangi sampai tiga kali jika panggilan yang pertama dan kedua tidak mendapat sambutan. Setelah itu barulah pengadilan akan membuat suatu ketetapan tentang telah dianggapnya meninggal orang itu.¹⁰

Dari penjelasan pada pasal-pasal tersebut di atas yang pada pokoknya, apabila seorang bepergian agak lama dengan tidak mengatur pengurusan

¹⁰ Ibid., h. 292.

kepentingan-kepentingan yang ditinggalkan, maka dianggap perlu diadakan tindakan-tindakan berturut-turut seperti berikut ini :

- a. Tindakan sementara dari Pengadilan Negeri untuk menyelamatkan kepentingan-kepentingan, oleh karena bepergian terutama mengenai barang-barang kekayaan yang tidak diurus sama sekali.
- b. Pemutusan oleh Pengadilan Negeri bahwa orang yang bepergian itu dianggap sekiranya sudah meninggal dunia.

Pada pokoknya, apabila hakim menetapkan seorang yang bepergian itu sekiranya sudah meninggal dunia, maka pada hakekatnya mempunyai akibat seperti meninggalnya seseorang, terutama mengenai budel warisan dan juga perkawinan yang dapat dianggap terputus.¹¹

Inilah yang dimaksud dengan Putusan Pengadilan. Seandainya setelah adanya Putusan Pengadilan bahwa orang tersebut telah wafat, lalu ia kembali maka ia tidak memiliki hak kembali terhadap isterinya tersebut. Jika isterinya telah menikah kembali, maka ia pun berhak untuk menikah kembali.

Dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, pemutusan perkawinan ini karena perceraian sekali-kali tidak dapat dilakukan karena kesepakatan antara suami dan isteri. Hal ini diatur dalam ketentuan pasal 208 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata disebutkan : Perceraian suatu perkawinan sekali-kali tak dapat dicapai dengan suatu persetujuan antara kedua belah pihak, sehingga perceraian itu dapat dilakukan karena adanya "suatu sebab tertentu". Selanjutnya dijelaskan

¹¹ Wirjono Prodjodikoro, Op. cit., h. 121.

dalam ketentuan Pasal 209 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengenai berbagai alasan yang dapat mengakibatkan perceraian, yakni :

1. *Overspel*;
2. Meninggalkan pihak yang lain tanpa alasan yang sah (*kwaadwillige Verlating*);
3. Dikenakan pidana penjara selama lima tahun atau lebih setelah perkawinan dilangsungkan;
4. Isteri/Suami yang mengalami luka berat akibat penganiayaan sehingga membahayakan jiwa pihak yang teraniaya.

Dari beberapa poin di atas maka suatu tuntutan perceraian hanya dapat diajukan oleh pihak yang tidak bersalah dengan alasan seperti tersebut di atas, maksudnya ialah agar perceraian itu hanya dimungkinkan jika fakta-fakta tersebut di atas benar-benar terjadi.

Sedang menurut ketentuan pasal 39 ayat 1 Undang-Undang Perkawinan disebutkan bahwa perceraian hanya dapat dilakukan didepan sidang pengadilan, setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha mendamaikan kedua belah pihak. Walaupun perceraian itu adalah urusan pribadi baik atas kehendak bersama maupun kehendak salah satu pihak yang seharusnya tidak perlu adanya campur tangan dari pemerintah, namun demi menghindarkan tindakan sewenang-wenang terutama dari pihak suami dan juga demi kepastian hukum, maka perceraian harus melalui saluran lembaga pengadilan.

Perceraian dalam perkawinan campuran termasuk dalam bidang status personal Hukum Perdata Internasional (*selanjutnya disingkat dengan HPI*). Hal

ini menjadi tidak ada masalah apabila suatu perceraian itu dilakukan oleh suami-istri yang mempunyai kewarganegaraan yang sama, tetapi menjadi kurang jelas apabila suami-istri mempunyai kewarganegaraan yang berbeda.

Persoalan perceraian dalam bidang HPI dibagi dalam beberapa aspek yang menarik perhatian, antara lain :¹²

1. Perceraian dari Warga Negara Indonesia di Luar Negeri
2. Perceraian dari orang-orang asing di Indonesia
3. Persoalan Juridiksi dalam perkara-perkara perceraian
4. Pengakuan terhadap keputusan-keputusan cerai dari luar negeri
(*recognition; erkening*)

Perceraian Warga Negara Indonesia (*selanjutnya disingkat dengan WNI*) di Luar Negeri dapat dianggap *termasuk status personal seseorang*, seperti halnya dengan perkawinan. Negara Indonesia mewarisi HPI berdasarkan atas prinsip *Nasionalitas* yakni terdapat pada Pasal 16 *Algemene Bepalingen* (*selanjutnya disingkat dengan AB*). Oleh karena itu, perceraian dari warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri harus dilaksanakan menurut ketentuan-ketentuan dari hukum yang berlaku baginya menurut sistem hukum nasionalnya, dimana dasar-dasar untuk perceraian yang ditentukan dalam masing-masing sistem hukumnya tetap berlaku baginya. Bagi WNI Hukum perdata yang digunakan adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata sehingga jika hendak melakukan perceraian di luar negeri maka dilakukan melalui putusan pengadilan

¹² Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Jilid III Bagian I Buku 7*, Alumni, Bandung, 2004, h. 270.

dengan menggunakan dasar-dasar untuk bercerai seperti yang terdapat dalam ketentuan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Berbeda halnya dengan WNI yang beragama Islam, sebelum berlakunya Undang-Undang Perkawinan, perceraian dilakukan dengan cara memberikan *surat talak*. Hal ini akan menjadi kendala apabila negara-negara bersangkutan tidak mengenal perceraian dengan cara seperti tersebut. Pada umumnya di negara-negara lain perceraian dengan cara talak ini tidak diakui atau dianggap tidak sah, mereka hanya mengenal perceraian melalui hakim. Setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan maka cerai dibedakan menjadi dua macam, yakni “cerai talak” dan “cerai gugat”. Keduanya dilakukan dengan bantuan Pengadilan. Mengenai “cerai talak” diatur dalam ketentuan Pasal 14-18 PP nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Perkawinan khusus disediakan bagi mereka yang beragama Islam. Yang dimaksud dengan “cerai gugat” adalah perceraian karena gugatan kepada suami dan memperoleh keputusan dari Pengadilan. Hal ini terdapat dalam ketentuan pasal 20 PP nomor 9 Tahun 1975.

Mengenai perceraian orang-orang asing yang dilakukan di Indonesia ini menjadi sangat menarik karena menyangkut kompetensi dan persoalan tentang hukum mana yang dipergunakan (*choice of law*). Bagi orang-orang asing yang berada di wilayah Indonesia, Pengadilan Negeri dapat memberikan keputusan-keputusan perceraian, bilamana kedua mempelai bertempat tinggal di Indonesia. Hal ini tidak menjadi masalah. Yang menjadi persoalan adalah apabila hanya salah satu pihak saja yang berada di Indonesia sedang pihak yang lain berada di luar negeri, maka tuntutan perceraian diajukan di Pengadilan Negeri dan apabila

para pihak tidak *mendalilkan* kewarganegaraan mereka, maka Hakim mempergunakan hukum Indonesia, tanpa menghiraukan segi-segi HPInya. Jika para pihak *mendalilkan* kewarganegaraannya maka perlu diperhatikan “*choice of law*”.

Sesuai dengan asas kewarganegaraan, suatu keputusan cerai yang diucapkan di luar negeri antara para pihak yang kedua-duanya adalah WNI hanya dapat diakui Hakim Indonesia, jika keputusan bersangkutan didasarkan atas alasan-alasan yang dikenal dalam hukum Indonesia.

3. Beberapa Teori tentang Harta Benda Perkawinan

Menurut ketentuan Pasal 119 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, sejak saat dilangsungkannya perkawinan antara suami istri secara hukum (*van rechtswege*), terjadilah kebersamaan harta perkawinan sejauh hal tersebut tidak menyimpang dari perjanjian kawin. Dengan demikian terbukti bahwa walaupun ada kebersamaan secara bulat, tetapi ada kemungkinan bahwa barang-barang tertentu yang diperoleh suami atau istri dengan cuma-cuma, yaitu karena pewarisan secara *testamentair*, secara *legaat* atau hadiah; tidak masuk dalam kebersamaan harta kekayaan itu, tetapi menjadi milik suami pribadi atau milik istri pribadi. Hal ini terdapat dalam ketentuan pasal 120 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Menurut Undang-Undang Perkawinan ketentuan-ketentuan yang mengatur tentang harta benda dalam perkawinan diatur dalam tiga pasal saja yakni pasal 35, 36, 37 yaitu ¹³:

- a) Harta bawaan, hadiah dan warisan
- b) Harta bersama suami isteri, dan
- c) Bila terjadi perceraian, harta diatur menurut hukumnya masing-masing, ialah hukum agama, hukum adat, dan hukum lainnya.

Harta bawaan adalah harta yang dibawa oleh masing-masing calon mempelai laki-laki atau calon mempelai perempuan sebelum pernikahan dilangsungkan, sedangkan harta hadiah atau warisan adalah harta yang dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain. Harta bersama adalah harta yang diperoleh selama perkawinan berlangsung.

Secara umum di Indonesia berlaku dua sistem peraturan tentang harta benda perkawinan, yang satu sama lain berhadapan secara diam artinya berseberangan satu sama lain yakni : Hukum Islam dan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Menurut Hukum Islam menganggap kekayaan suami dan isteri masing-masing terpisah satu dengan lainnya, artinya atas harta benda milik suami, si isteri tidak mempunyai hak, dan terhadap barang-barang milik si isteri, si suami tidak mempunyai hak. Jadi konsekuensi menurut Hukum Islam, status harta benda seorang perempuan tidak berubah dengan adanya perkawinan. Sedangkan menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata menganggap bahwa apabila suami dan isteri pada waktu akan melangsungkan perkawinan tidak mengadakan

¹³ Martiman Prodjohamidjojo, *Hukum Perkawinan Indonesia*. Indonesia Legal Center Publishing, Jakarta, 2001, h. 37.

perjanjian pisah harta diantara mereka maka akibat dari perkawinan itu adalah percampuran kekayaan suami dan isteri menjadi satu kekayaan milik berdua secara bersama-sama dan bagian masing-masing dalam kekayaan bersama ini adalah separuh. Di dalam Hukum Adat menganut sistem tengah antara sistem Hukum Islam dengan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata artinya ada kemungkinan dalam suatu perkawinan sebagian dari kekayaan masing-masing suami dan isteri terpisah satu dari yang lain, dan ada kemungkinan sebagian kekayaan itu tercampur menjadi harta benda bersama suami isteri.

4. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Harta Bersama

Dalam hal ini ada perbedaan paham mengenai sifat hukum sebenarnya dari hukum harta benda perkawinan internasional dan hukum mana yang harus digunakan apabila para pihak tidak membuat syarat-syarat perkawinan. Untuk menjawab hal ini ada tiga aliran yang perlu dipahami yakni ¹⁴:

- 1) Pendirian yang memandang hukum harta benda perkawinan seperti *benda tidak bergerak*, karena itu termasuk dengan apa yang dinamakan *status reel*. Dalam pandangan ini dibedakan antara benda-benda yang tidak bergerak dan benda-benda yang bergerak. Untuk benda tidak bergerak dipakai *lex rei sitae* yakni hukum dari tempat letaknya benda tidak bergerak yang dipergunakan, sedangkan benda-benda bergerak ditaruh dibawah hukum tempat tinggal para mempelai.

¹⁴Sudargo Gautama, Op. Cit, h. 232.

- 2) Pendirian bahwa hukum harta benda perkawinan termasuk bidang *status personal*. Dengan demikian dianut sistem kesatuan daripada hukum yang mengatur harta benda perkawinan, tanpa membedakan antara benda-benda yang bergerak dan tidak bergerak.
- 3) Pendirian bahwa hukum harta benda merupakan suatu kontrak di antara para mempelai, maka kehendak para pihaklah yang menentukan hukum yang harus dipergunakan.

Dalam Jurisprudensi Indonesia memandang bahwa hukum Harta benda termasuk bidang status personal. Hal ini bisa dilihat dalam beberapa contoh kasus yakni¹⁵ :

- a) Penggunaan Hukum Cina dalam memeriksa perkara tuntutan Tjong A Liong dan isterinya Liong A Khay yang telah menikah di Cina pada Tahun 1910, dan mereka adalah warga Negara Cina mengenai pembatalan penjualan persil eigendom yang dilakukan oleh istrinya. Jadi bukan menggunakan Hukum Indonesia. Staatsblad 1855 no. 79 dan pendirian yang berlainan dari R.v.J. Jakarta tidak berlaku.
- b) Penggunaan Hukum Jerman atas kasus suami istri Louise Kessler mengenai permohonan pencabutan *sitaan marital (maritaal beslag)*. Menurut Presiden R.v.J. Jakarta pada tahun 1927 harus memakai Hukum Jerman untuk menentukan ada tidaknya harta bersama. Menurut KUH. Perdata terdapat harta bersama jika kedua pihak tidak membuat syarat-syarat perkawinan, tetapi sebaliknya Hukum Jerman

¹⁵ Ibid. h. 25.

menentukan bahwa tidak ada harta bersama, ini jika tidak dibuat syarat-syarat untuk itu. Semula di pergunakan KUH.Perdata dimana dikabulkannya permohonan untuk meletakkan sitaan marital (*sesuai dengan pasal 215 KUH Perdata dan 840 jo 823 R.V*). Oleh karena itu Hukum Jerman yang dianggap berlaku, pencabutan dari sitaan marital itu harus diadakan berhubungan tida ada harta bersama.

- c) Penggunaan hukum Persia dengan renvoi ke hukum Indonesia. Dalam perkara ini seorang Armenia Nasrani berkewarganegaran Persia, A.A. Galstaun, telah memohon pengangkatan dari sitaan marital yang dilakukan oleh isterinya E.A. van Stralendorf. Hakim mempertimbangkan bahwa materi ini termasuk *statutum personale*. Hukum Persia-lah yang berlaku, karena menurut hakim Hukum Nasionallah yang lazim dipergunakan untuk status personal ini, sedang dalam HPI Persian *menunjuk kembali* kepada hukum domisili, yang dalam hal ini adalah Hukum Indonesia.

Dan pada saat sekarang banyak Negara-negara menerima bahwa hukum harta benda perkawinan termasuk bidang status personal.

Namun bila menunjuk pada Konvensi HPI Den Haag mengenai hukum harta benda perkawinan yang ditandatangani pada tanggal 23 Oktober 1976 (*Convention in the law applicable to matrimonial property regimes*), ditentukan bahwa pertama-tama kepada suami-isteri diberi kebebasan untuk menentukan sendiri hukum yang akan berlaku bagi harta benda perkawinan mereka. Jika mereka tidak mempergunakan kesempatan ini, akan berlakulah hukum intern dari

Negara tempat kedua suami-isteri menetapkan kediaman sehari-harinya yang pertama setelah perkawinan. Pasal 4 ayat 1 berbunyi : “*If the spouses, before marriage, have not designated the applicable law their matrimonial property regime is governed by the internal law of the State in which both spouses establish their first habitual Residence after marriage.*”¹⁶

4.1. Status Harta Benda dalam Perkawinan Campuran

Heersende leer di Nederland condong kepada hukum nasional dari sang suami, sesuai dengan Pasal 5 ayat (1) BW dan ketentuan *Verdrag* 1905. Tetapi terhadap pendirian ini tampak adanya reaksi yang menghendaki bahwa dalam hal perbedaan kewarganegaraan dipakailah hukum domisili bersama.¹⁷

Inilah titik taut yang bersama-sama berlaku, baik untuk pihak suami maupun istri. Terhadap pendirian ini, terdapat pula pertentangan faham.

Alasan-alasan untuk memilih domisili bersama ialah:¹⁸

1. hal ini sesuai dengan emansipasi pihak wanita dalam perkawinan;
2. juga demi kepentingan pihak *ketiga*, yang lebih dapat perlindungan apabila dipakai hukum domisili bersama. Sudah sukar untuk mengetahui bahwa dalam peristiwa tertentu kita

¹⁶ Ibid, h. 235.

¹⁷ Ibid, h. 247.

¹⁸ Ibid.

berhadapan dengan orang-orang asing. Betapa lebih sukar lagi untuk mengetahui apakah yang merupakan makna dan isi dari hukum asing ini. Oleh karena itu, seyogianya *Verkehrintarresse* pihak ketiga ini boleh berpegang kepada hukum harta benda perkawinan dari tempat mereka tinggal.

Menurut kenyataan juga di Perancis dipergunakan interpretasi yang demikian dari pasal 3 CC., bahwa apabila terdapat perbedaan kewarganegaraan, maka yang berlaku adalah hukum domisili bersama.¹⁹

Secara formil dikemukakan sesuatu ini berdasarkan teori kontrak yang dipergunakan di sana. Hukum harta benda perkawinan adalah suatu perjanjian antara pihak, jadi kita pergunakan hukum yang mereka kehendaki yaitu hukum dari domisili perkawinan yang pertama. Kita saksikan ini dari perkara Cour de Cassation yang agak recent (1961), peristiwa Daim v. Minazzi.²⁰

Oleh Hoge Raad belum lama berselang (10-2-1976) telah diterima pula prinsip domisili bersama pertama (*eerste huwelyksdomiciclie*) ini dalam perkara Leclouche Van Leer yang telah banyak menarik perhatian (N.J. 1977,275).²¹

Prinsip “domisili bersama pertama” ini adalah sesuai dengan apa yang telah ditandatangani pada Konvensi HPI – Den Haag 23 Oktober

¹⁹ Ibid, h. 248.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid, h. 249.

dalam penentuannya dan hasilnya selalu tidak pasti adanya. Padahal justru kepastian adalah salah satu sendi yang utama bagi praktik notariat.²³

Mereka berpendapat bahwa hukum domisili bersama hanya muncul bilamana tidak ada kepastian tentang kewarganegaraan atau jika tidak ada kewarganegaraan pada pihak bakal suami-isteri.

4.2. Berubah Tidaknya Hukum Harta Benda Perkawinan

Kalau kita anggap hukum harta benda perkawinan ini termasuk *status personal* (Pasal 16 AB) seseorang, maka secara logis harus diterima pula bahwa hukum ini akan berubah jika kewarganegaraan orang bersangkutan berubah. Tetapi konsekuensi ini ternyata tidak diambil, karena dianggap sesuai dengan kepatutan (*billijkheid*) bahwa hukum harta benda ini tidak dapat berubah.²⁴

Di lain pihak justru *doelmatigheid* menghendaki supaya diterima perubahan hukum harta benda ini. Bukankah sama sekali tidak praktis (*doelmatig*) apabila para suami-isteri terus tunduk di bawah hukum dengan mana mereka tidak mempunyai sangkut paut apa-apa lagi?²⁵

Dari alasan-alasan yang dikemukakan oleh pro-tidak-berubahnya hukum harta benda perkawinan, diakui bahwa kedua pendapat tersebut tidak memuaskan secara keseluruhan.

²³ Ibid, h. 253.

²⁴ Ibid, h. 258.

²⁵ Ibid, h. 259.

Rabel berkesimpulan bahwa semua kaidah-kaidah yang dikemukakan kini adalah tidak memuaskan dan perlu dipakai metoda yang sama sekali baru untuk menghadapi persoalan ini. Kollewijn berkata bahwa selama hal ini belum terlaksana, maka sebaliknya tetap saja dipakai ajaran Kusters, yang berprinsip tidak berubah itu.²⁶

Dari alasan-alasan yang dikemukakan oleh pihak yang pro berubah, dapat diketahui bahwa yang berubah adalah titik-titik taut, yakni karena perubahan kewarganegaraan atau domisili dari pihak-pihak bersangkutan. Bagi mereka yang menerima perubahan hukum harta benda perkawinan, juga menganggap dalam negara-negara berprinsip domisili, bahwa perubahan domisili akan membawa perubahan hukum tersebut.²⁷

Setelah mencermati uraian diatas, maka dalam hal penentuan hukum mana yang berlaku bagi harta bersama yang diperoleh selama perkawinan dalam perkawinan campuran, hendaklah diserahkan kepada kesepakatan antara suami isteri sepenuhnya dengan memberikan kebebasan kepada mereka untuk menentukan sendiri hukum mana yang akan berlaku bagi harta bersama selama perkawinan. Dengan kata lain, harus ada perjanjian yang dibuat oleh mereka sebelum melangsungkan perkawinan mengenai hukum mana yang akan diberlakukan bagi harta bersama selama perkawinan. Namun apabila mereka tidak menentukannya (tidak ada perjanjian sebelum perkawinan) maka berlakulah hukum intern dari Negara tempat suami isteri ini menetapkan kediaman sehari-

²⁶ Ibid, h. 262.

²⁷ Ibid, h. 265.

hari (*habitual residence*). Dan hukum harta benda ini hendaknya jangan berubah atau sebaiknya tidak mengikuti status kewarganegaraan pemiliknya, demi menjamin kepastian hukum dalam penyelesaiannya. Sehingga ditetapkan hukum yang berlaku bagi harta bersama dalam perkawinan campuran adalah kediaman sehari-hari yang pertama setelah perkawinan.



BAB III

AKIBAT HUKUM PERCERAIAN DARI PERKAWINAN CAMPURAN ANTAR WARGA NEGARA TERHADAP HAK PERWALIAN ANAK

1. Hubungan Orang Tua dan Anak

Hubungan hukum antara orang tua dan anak memperlihatkan berbagai segi yang harus diperhatikan dalam HPI. Pertama, perlu dibedakan antara hubungan yang sah dan yang tidak sah. Dengan “sah” diartikan hubungan yang timbul karena antara anak dan orang tua terdapat hubungan menurut hukum, disebabkan anak itu dilahirkan dari hubungan perkawinan yang sah. Berbagai persoalan yang dikumpulkan dalam kelompok ini, seperti hubungan dari perkawinan yang sah dan disamping itu persoalan yang timbul karena hubungan yang tadinya tidak sah menjadi disahkan karena pengakuan, disusul oleh pengesahan disebabkan para orang tua kemudian menikah satu dengan yang lain (*legitimatio per subsequens matrimonium*).²⁸

Hubungan hukum antara anak dan orang tua dapat dilahirkan pula karena pengangkatan anak. Kemudian timbul persoalan-persoalan hukum yang berkenaan dengan kewajiban dan hak untuk nafkah antara anak dan orang tua secara timbal balik, dalam hubungan hukum sah atau tidak sah.

Semua persoalan ini diatur oleh *statuut personal* atau personal law seseorang.

²⁸ Ibid, h. 70.

1.1. Hubungan Dengan Berbagai Bagian Teori Hukum HPI

Persoalan hukum orang tua dan anak memperlihatkan hubungan tertentu dengan berbagai masalah yang merupakan *algemene leerstukken* dari HPI. Misalnya soal keturunan ini memperlihatkan hubungan erat dengan persoalan tentang titik-titik pertalian (*problemes de rattachement*) pada umumnya. Persoalan orang tua dan anak ini misalnya menimbulkan persoalan mengenai titik-titik taut yang harus diperlakukan untuk menentukan hubungan ini, misalnya hukum manakah yang harus dipergunakan, dari sang ayah, sang ibu, atau sang anak dalam suatu peristiwa tertentu yang berkenaan dengan hubungan famili atau berkenaan dengan tuntutan nafkah yang disandarkan atas adanya hubungan kekeluargaan, atau dalam hal perlu ditentukan status seorang anak, apabila antara ketiga pihak yang disebut tadi (ayah, ibu, anak yang bersangkutan) terdapat perbedaan dalam hukum personal. Jika kewarganegaraan dari pihak yang bersangkutan berbeda haruslah dipilih antara hukum nasional dari pihak *parents* (orang tua) atau dari sang anak.²⁹

Atau, hubungan antara orang tua dan anak ini pun memperlihatkan hubungan dengan masalah *renvoi*. Persoalan yang timbul berkenaan dengan pengasuhan anak karena perkawinan ini tidak dikenal di Inggris (sebelum *Legitimacy Act 1926*) dan orang Inggris berdomisili di Indonesia dan melakukan pengesahan anak mereka yang diakui, timbullah persoalan apakah yang dapat dianggap sah perbuatan itu. Menurut HPI Inggris

²⁹ Ibid, h. 71.

dipakai domisili sang ayah pada waktu anak dilahirkan dan pada waktu perkawinan dilangsungkan. Menurut contoh kita baik pada waktu perkawinan dilangsungkan maupun waktu dilahirkan sang anak domisili sang ayah adalah di Indonesia. Hukum manakah yang berlaku, dimana HPI Inggris berdasarkan prinsip domisili menganggap hukum Indonesia yang berlaku, sedangkan HPI Indonesia berdasarkan prinsip nasional, menunjuk kembali kepada hukum Inggris. Disini persoalan hubungan antara orang tua dan anak yang menjadi pokok pangkal timbul persoalan renvoi.

Persoalan *ordre public* pun tampil ke muka pada pembicaraan masalah keturunan antara orang tua dan anak ini. Justru dalam bidang ini, yang termasuk hukum kekeluargaannya, soal ketertiban umum sering timbul. Misalnya dalam hubungan tuntutan yang dapat diajukan oleh seorang anak di luar perkawinan (anak alam, *natuurlijk kind, erfant naturel*) terhadap ayahnya, maka timbullah berbagai pertimbangan ketertiban umum. Bisa ditentukan bahwa ketertiban umum ini sebagai syarat minimum (*clause minimum*) turut campur dalam penentuan hukum yang harus dipergunakan.³⁰

Persoalan antara orang tua dan anak ini mempunyai pula hubungan dengan masalah kualifikasi. Misalnya dalam hal persetujuan orang tua untuk menikah, yang dapat dikualifisir secara berbeda, sebagai *vorm der rechthandeling* disatu pihak atau sebagai *substantive conditions of*

³⁰ Ibid, h. 73

marriage (matereele huwelijks-vereisten, capacite). Contoh lain yang berkenaan dengan masalah kualifikasi dan pembatasan di antara kaidah-kaidah hukum tertentu, misalnya yang berkenaan dengan pasal 19 dan 13 EGBGB Jerman. Di sini kita dihadapkan dengan pembatasan antara status yang mengatur keturunan dan status yang mengenai dilangsungkannya perkawinan. Jika seseorang hendak menikah dan statut melangsungkan perkawinan adalah berbeda dari statut yang berkenaan dengan kekuasaan ayah berkenaan dengan izin perkawinan maka timbul kesulitan. Timbul pertanyaan hukum manakah yang berlaku jika harus diberikan izin dari orang tua untuk perkawinan sang anak itu.³¹

Persoalan antara orang tua dan anak juga tampak pada masalah *Vorfrage*. Persoalan pendahuluan ini timbul diantaranya yang berkenaan dengan masalah hubungan hukum antara orang tua dan anak. Apakah anak yang dilahirkan dari suatu perkawinan antara seorang laki-laki dan perempuan adalah sah atau tidak, bergantung pada pertanyaan apakah benar menurut hukum terdapat hubungan perkawinan antara mereka.³²

Kemudian persoalan antara orang tua dan anak pun mempunyai hubungan tertentu dengan masalah *Adoption (Angleichung, penyesuaian)*. Berkenaan dengan adopsi sering timbul masalah penyesuaian. Apakah

³¹ Ibid, h. 74.

³² Ibid.

legal adoption menurut B.W. Nederland dalam rangka penentuan apakah seorang sudah memperoleh status anak sah atau belum.³³

Kita saksikan bahwa persoalan hukum antara orang tua dan anak mempunyai hubungan yang erat dengan berbagai masalah fundamental yang termasuk bidang ajaran-ajaran umum HPI.

1.2. Saat yang Menentukan Hukum Mana yang Diberlakukan

Yang penting untuk menentukan status seorang anak ialah saat ia dilahirkan. Setelah itu, status sang anak tidak dapat diubah karena kemudian sang ayah mengubah statusnya. Sebelum ia dilahirkan, sang ayah dapat melakukan perubahan status dirinya yang bisa mempengaruhi status anaknya yang akan dilahirkan. Untuk menghindari hal ini, pernah diusulkan agar status pada saat konsepsi tidak dipergunakan. Tetapi hal ini tidak praktis, karena tidak demikian mudah dipastikan seperti kelahiran.³⁴

Dalam hukum Romawi, terdapat ketentuan bahwa anak yang masih dalam kandungan (*en ventre sa mere, ongenboren vrutch*) dianggap sebagai sudah dilahirkan apabila hal ini adalah demi kepentingannya.³⁵

Berkenaan dengan saat-saat konsepsi ini menarik perhatian pula kaidah-kaidah yang berkenaan dengan dugaan tentang sahnya suatu kelahiran. Hukum yang berlaku untuk sahnya keturunan (*legitimacy*) juga menentukan hal-hal yang bersangkutan dengan dengan dugaan sahnya kelahiran,

³³ Ibid, h. 76.

³⁴ Ibid, h. 85.

³⁵ Ibid.

seperti mengenai jangka waktu, mengenai keadaan khusus yang melahirkan dugaan kelahiran sah itu. Juga dasar untuk menyangkal dugaan itu, tentang jangka waktunya untuk mengajukan, oleh siapa dan terhadap siapa dapat diajukan tuntutan mengenai penyangkalan sahnya anak.³⁶

1.3. Perbedaan Kewarganegaraan Dalam Keluarga

Jika terdapat perbedaan kewarganegaraan antara ayah dan anak, harus dilakukan pemilihan mengenai hukum yang menentukan. Perbedaan kewarganegaraan ini dapat berlangsung pula kemudian, karena perubahan status (*changement de statut*) salah satu pihak.³⁷

Pada waktu akhir, timbul suara- suara untuk memakai hukum sang anak. Alasan yang dikemukakan ialah bahwa kekuasaan orang tua menurut konsepsi modern mempunyai fungsi untuk melulu mengurus kesejahteraan sang anak. Walaupun dapat dibenarkan pendirian ini, tetapi belum berarti bahwa selalu hukum personal dari sang anak akan lebih bermanfaat baginya. Ada kemungkinan justru lebih buruk.³⁸

Van Brakel mengemukakan dalam hubungan ini bahwa adalah lebih baik untuk memilih hukum dari sang anak untuk *ouderlijke match* ini oleh karena dengan demikian diperoleh penyesuaian pendirian dengan

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid, h. 89.

³⁸ Ibid, h. 90.

persoalan perwalian (*voogdij*), dimana hukum dari sang anak (*pupil*) yang dipergunakan.³⁹

Dari uraian pendapat diatas, maka bisa diambil jalan tengah mengenai hukum mana yang diberlakukan dengan mengutamakan alasan demi kepentingan terbaik si anak. Jadi, kalau hukum sang ayah (orang tua) lebih menguntungkan bagi sang anak, maka sebaiknya diterapkan hukum sang ayah. Namun bila hukum sang ayah (orang tua) tersebut tidak menguntungkan, maka hendaknya dipakailah hukum dari sang anak.

2. Perwalian Anak

Anak-anak yang belum dewasa dan tidak di bawah kekuasaan orang tua harus ditaruh di bawah perwalian menurut sistem *Burgerlijk Wetboek* (B.W.) pasal 330 sampai dengan pasal 418a, Bab XV. Pasal ini mengatur mulai dari pengertian belum dewasa sampai tentang Balai Harta Peninggalan. Disamping itu ada pula Bab XVI yang mengatur tentang beberapa perlunakan anak belum dewasa menjadi dewasa (pasal 419-432), dan Bab XVII tentang Pengampunan bagi orang dungu, sakit otak atau mata gelap (pasal 433-462).

Pasal 330 KUH Perdata mengatakan bahwa yang dikatakan “*belum dewasa*” adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 tahun dan belum pernah kawin. Jika perkawinan mereka putus sebelum mereka berumur 21 tahun maka yang telah kawin itu tidak kembali lagi menjadi belum dewasa. Mereka yang belum dewasa dan tidak berada di bawah kekuasaan orang tua berada di

³⁹ Ibid.

bawah perwalian atas dasar dan dengan cara sebagaimana diatur dalam bab tersebut.

Dalam setiap perwalian, kecuali yang ditentukan dalam pasal 351 dan 361 KUH Perdata hanya ada satu orang wali (pasal 331). Jika salah satu dari kedua orang tua wafat, maka perwalian terhadap anak belum dewasa yang sudah kawin, demi hukum dipangku orang tua yang hidup terlama, kecuali ia dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan orang tua (pasal 345). Masing-masing orang tua yang melakukan kekuasaan orang tua atau wali bagi seorang anak atau lebih, berhak mengangkat seorang wali bagi anak-anak itu, jika perwalian itu setelah ia wafat... tidak harus dilakukan oleh orang tua yang lain (pasal 355).⁴⁰

Setiap wali harus memelihara dan mendidik anak belum dewasa sesuai dengan harta kekayaannya, ia juga harus mewakilinya dalam segala tindak perdata. Si anak yang belum dewasa harus menghormati walinya (pasal 383). Wali harus mengurus harta kekayaan anak belum dewasa sebagai bapak rumah yang baik dan bertanggung jawab atas biaya rugi dan bunga yang timbul karena pemeliharaannya yang buruk (pasal 385).

Dalam daerah hukum setiap pengadilan negeri ada balai harta peninggalan, yang daerah dan tempat kedudukannya sama dengan daerah dan tempat kedudukan pengadilan negeri (pasal 415). Lebih lanjut dikatakan seorang anak yang masih dibawah umur boleh dinyatakan dewasa atau kepadanya boleh diberikan hak-hak tertentu sebagai orang dewasa (pasal 419), cara memperoleh pendewasaan anak di bawah umur ialah dengan "*venia aetatis*" atau surat

⁴⁰ Hilman Hadikusuma. Op. cit., h. 150.

pernyataan dewasa yang diberikan oleh pemerintah setelah mempertimbangkan nasihat Mahkamah Agung (pasal 420).

Kemudian setiap orang dewasa yang selalu berada dalam keadaan dungu, gila atau mata gelap, harus ditempatkan di bawah pengampuan, sekalipun ia kadang-kadang cakap menggunakan pikirannya. Seorang dewasa boleh juga ditempatkan di bawah pengampuan karena keborosan (pasal 433). Setiap keluarga sedarah berhak meminta pengampuan keluarga sedarahnya berdasarkan keadaan dungu, gila atau mata gelap. Untuk yang boros boleh juga anggota keluarga dalam garis ke samping sampai derajat ke empat, Suami atau isteri boleh meminta pengampuan bagi suami atau isterinya. Begitu pula permohonan pengampuan dapat diajukan oleh kejaksanaan. Permohonan pengampuan itu diajukan kepada pengadilan negeri setempat (pasal 435-436).

Di dalam UU Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan hanya diuraikan tentang perwalian pada Bab XI (pasal 50-54) dengan tambahan sedikit tentang pembuktian asal usul anak dalam Bab XII ketentuan-ketentuan lain (pasal 55). Jadi UU Nomor 1 tahun 1974 tidak sampai mengatur tentang Perwalian oleh Perkumpulan, Perwalian Pengawas, Pengampuan dan Balai Harta Peninggalan.

Sebagaimana dinyatakan dalam UU Nomor 1 tahun 1974 bahwa anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah kekuasaan wali. Perwalian ini mengenai pribadi anak yang bersangkutan maupun harta bendanya (pasal 50 ayat 1 dan 2).

Wali dapat ditunjuk oleh satu orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua, sebelum ia meninggal dengan surat wasiat atau dengan lisan di hadapan dua orang saksi. Wali sedapat-dapatnya diambil dari keluarga anak tersebut atau orang lain yang sudah dewasa, berpikiran sehat, adil, jujur dan berkelakuan baik. Wali wajib mengurus anak yang di bawah penguasaannya dan harta bendanya sebaik-baiknya, dengan menghormati agamanya dan kepercayaanya itu. Wali wajib membuat daftar harta benda anak yang berada di bawah kekuasaannya pada waktu memulai jabatannya dan mencatat semua perubahan-perubahan harta benda anak yang berada di bawah kekuasaannya pada waktu memulai jabatannya dan mencatat semua perubahan-perubahan harta benda anak atau anak-anak itu. Wali bertanggung jawab tentang harta benda anak yang berada di bawah perwaliannya serta kerugian yang ditimbulkan karena kesalahan atau kelalaiannya (pasal 51).

Terhadap wali berlaku juga larangan memindahkan hak atau menggaikan 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 52).

Wali dapat dicabut dari kekuasaannya dalam hal-hal yang tersebut dalam Pasal 49 Undang-undang ini. Dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut, sebagaimana dimaksud oleh Pengadilan ditunjuk orang lain sebagai wali (pasal 53). Wali yang telah menyebabkan kerugian kepada harta benda anak yang dibawah kekuasaannya, atas tuntutan anak atau keluarga anak tersebut dengan keputusan Pengadilan yang bersangkutan dapat diwajibkan untuk mengganti kerugian tersebut.

Setelah pihak orang tua bercerai pun harus diadakan persediaan mengenai perwalian dari anak-anak mereka yang masih di bawah umur (pasal 229 B.W.).⁴¹

Persoalan mengenai hukum yang berlaku untuk perwalian dari anak-anak termasuk bidang status personil. Menurut sistem Hukum Perdata Internasional Indonesia, maka hukum nasional para pihak lah yang dipergunakan.

3. Status Kewarganegaraan Anak Dari Perkawinan Campuran Antar Warga Negara

Ketentuan dalam Undang-Undang tentang Kewarganegaraan yang lama (UU Nomor 62 Tahun 1958) dianggap tidak menguntungkan bagi ibu Warga Negara Indonesia yang menikah dengan ayah Warga Negara Asing. Hal ini dikarenakan sang ayah berkewarganegaraan asing, dan sesuai dengan ketentuan dalam UU No 62 tahun 1958, praktis kewarganegaraan sang anak juga mengikuti ayahnya, sampai mereka berhak menentukan kewarganegaraan sendiri pada usia 18 tahun.

Sebagai konsekuensi dari status sang anak yang berkewarganegaraan asing, orang tua terutama sang ibu harus mengurus izin tinggal anaknya, setahun sekali. Bila ia telat mengurus, maka anak tersebut akan di deportasi.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan (UUKW) memang dapat dikatakan sebagai salah satu dari sedikit produk fenomenal di bidang legislasi yang berhasil dihasilkan DPR-RI periode 2005-2009. Begitu fenomenalnya sampai komunitas Keluarga Perkawinan Campuran

⁴¹ Sudargo Gautama, Op. cit., h. 38.

Melalui Tangan Ibu (KPC Melati) berani mengklaim undang-undang yang resmi disahkan pada 11 Juli 2006 itu sebagai Karya Agung Anak Bangsa.⁴²

Ekspresi yang sangat lumrah mengingat KPC Melati merupakan salah satu kalangan yang hak-haknya menjadi lebih jelas dan terjamin berkat lahirnya Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006. Mulai dari status perkawinan, status kewarganegaraan pasangan, sampai persoalan yang paling klasik sekalipun yakni soal status anak hasil perkawinan mereka. Dan sejak Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 ini disahkan lambat laun sudah mengakomodir hak-hak perkawinan campuran.

Namun walaupun belum sepenuhnya diakomodir, Undang-Undang Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan ini telah cukup memberi angin segar bagi para pasangan perkawinan campuran. Salah satu pasal yang menggambarkan dengan jelas jaminan terhadap hak-hak pasangan perkawinan campuran adalah Pasal 19. Ayat (1) dari pasal ini dinyatakan bahwa "*Warga negara asing yang kawin secara sah dengan Warga Negara Indonesia dapat memperoleh Kewarganegaraan Republik Indonesia dengan menyampaikan pernyataan menjadi warga negara di hadapan Pejabat*".

Pada ayat berikutnya, disebutkan bahwa untuk memperoleh kewarganegaraan Indonesia maka selain menyampaikan pernyataan kepada pejabat, warga negara asing yang menikahi WNI dipersyaratkan telah bertempat tinggal di wilayah negara Republik Indonesia paling singkat 5 (lima) tahun berturut-turut atau paling singkat 10 (sepuluh) tahun tidak berturut-turut.

⁴² Enggi Holt, *Pasca UU No. 12/2006, Bagaimana Nasib Perkawinan Campuran?*, www.hukumonline.com, 28 Oktober 2006.

Ketentuan kemudian langsung ditindaklanjuti dengan Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia yang mengeluarkan Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia (Permenhukham) M.02-HL.05.06 Tahun 2006 tentang Tata Cara Menyampaikan Pernyataan untuk Menjadi WNI.⁴³

Mengenai persoalan status anak hasil perkawinan campuran, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 ini telah memberi jalan keluar yang dirasa sangat membahagiakan bagi ibu Warga Negara Indonesia yang menikah dengan ayah Warga Negara Asing, dimana ketentuan dalam Undang-Undang tentang Kewarganegaraan yang lama (UU Nomor 62 Tahun 1958) dianggap tidak menguntungkan.

Sesuai dengan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006, anak yang dilahirkan oleh perempuan Warga Negara Indonesia yang menikah dengan laki-laki Warga Negara Asing, memperoleh status kewarganegaraan yaitu Warga Negara Indonesia. Hal ini berarti status kewarganegaraan anak tidak mengikuti status kewarganegaraan ayahnya. Hal ini tercantum dalam pasal 4 huruf d UU Nomor 12 Tahun 2006 yang tertulis sebagai berikut : *“Warga Negara Indonesia adalah anak yang lahir dari perkawinan yang sah dari seorang ayah Warga Negara Asing dan ibu Warga Negara Indonesia.”*

Tidak hanya mengatur status kewarganegaraan anak hasil perkawinan yang sah, UU Nomor 12 Tahun 2006 juga mengatur status kewarganegaraan anak luar kawin yang diakui oleh ayah Warga Negara Asing. Hal ini tercantum dalam pasal 5 ayat (1) yaitu sebagai berikut : *“Anak Warga Negara Indonesia yang lahir*

⁴³ Ibid.

di luar perkawinan yang sah, belum berusia 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin diakui secara sah oleh ayahnya yang berkewarganegaraan asing tetap diakui sebagai Warga Negara Indonesia.”

Bila negara sang ayah yang berkewarganegaraan asing tersebut menganut asas *ius sanguinis*, maka anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut mempunyai kewarganegaraan ganda. Ketentuan hukum mengenai hal ini juga sudah diatur dalam pasal 6 ayat (1), (2) dan (3) UU Nomor 12 Tahun 2006.

Pasal 6 ayat (1) :

Dalam hal status Kewarganegaraan Republik Indonesia terhadap anak sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf c, huruf d, huruf h, huruf l, dan Pasal 5 berakibat anak berkewarganegaraan ganda, setelah berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin anak tersebut harus menyatakan memilih salah satu kewarganegaraannya.

Pasal 6 ayat (2) :

Pernyataan untuk memilih kewarganegaraan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dibuat secara tertulis dan disampaikan kepada Pejabat dengan melampirkan dokumen sebagaimana ditentukan di dalam peraturan perundang-undangan.

Pasal 6 ayat (3) :

Pernyataan untuk memilih kewarganegaraan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) disampaikan dalam waktu paling lambat 3 (tiga) tahun setelah anak berusia 18 (delapan belas) tahun atau sudah kawin.

Ketentuan diatas menunjukkan bahwa Indonesia memberi dua kewarganegaraan terbatas bagi anak-anak yang lahir dari pernikahan campuran, khususnya bagi anak yang ketentuan negara ayahnya menganut asas *ius sanguinis*. Ini berarti, anak-anak tersebut mendapatkan dua kewarganegaraan, yaitu kewarganegaraan ayah dan ibunya, sampai berumur 18 tahun. Setelah itu, mereka harus menentukan kewarganegaraan yang akan dipilihnya. Ini berarti hak wanita

yang menikah dengan pria asing, sebagai warga negara Indonesia diakui dan dilindungi pemerintah. Nasib anak-anak juga jadi lebih jelas.

Dengan dua kewarganegaraan terbatas, paling tidak orang tua merasa aman dalam membesarkan anak-anaknya. Tidak perlu repot mengurus izin tinggal. Mengurus izin tinggal tidaklah murah. Biaya resminya memang hanya Rp 400 ribu per anak, tapi bila menggunakan jasa pihak ketiga, biaya membengkak menjadi Rp 2 - 3 juta per anak. Selain itu, persetujuan ini berarti sang ibu diberi hak menurunkan kewarganegaraannya pada anaknya. Jadi, anak bukan sekedar darah daging. Mereka juga jadi bagian dari perlindungan hukum si ibu. Anak juga tidak diperlakukan secara WNA murni.⁴⁴

Bila anak yang berkewarganegaraan ganda terbatas ini mengalami masalah berkaitan dengan kewarganegaraannya, untuk menentukan status personalnya, akan dipakai kewarganegaraan yang nyata dan efektif. Maksudnya, kewarganegaraan mana yang lebih efektif digunakan si anak dalam kehidupan sehari-hari. Ini berkaitan dengan tempat ia tinggal, hubungan kekeluargaan, dan sebagainya. Bila ternyata salah satu orang tua meninggal, hukum warisan yang berlaku untuk anak berkewarganegaraan ganda terbatas adalah hukum nasional si pewaris pada saat ia meninggal. Bila ibunya yang berkewarganegaraan Warga Negara Indonesia meninggal, dan kewarganegaraan si anak yang efektif adalah Indonesia, maka ia akan mendapat segala hak sesuai dengan hukum Indonesia. Ia juga dapat memiliki benda-benda tetap. Bila yang efektif adalah Warga Negara Asing, ada pembatasan-pembatasan tertentu sampai ia berusia 18 tahun. Ketika si

⁴⁴ Enggi Holt, *Tidak Perlu Rebutan Hak Asuh*, www.tabloidnova.com., 10 Maret 2006.

ayah meninggal, apabila Negara dari sang ayah ini menganut asas *domicilie* (misalnya Negara Inggris), dan si ayah berdomisili di Indonesia, akan berlaku hukum domisilinya, yaitu hukum Indonesia. Sebab, hukum di Inggris menyatakan, di mana pun warga negaranya berada, hukum yang berlaku untuk status personalnya adalah hukum di mana ia berada (*habitual residence*).

4. Akibat Hukum Perceraian Terhadap Hak Perwalian Anak

Hak asuh anak seringkali menjadi permasalahan pasca perceraian. Bahkan tak jarang antar mantan suami dan mantan istri saling berebut untuk mendapatkan hak asuh anak. Begitu juga pada perceraian dari perkawinan campuran antar warga Negara.

Penentuan mengenai hak asuh apabila terjadi perceraian ditentukan oleh Pengadilan. Pengadilan Agama untuk yang perkawinannya dulu dilakukan secara Islam, Pengadilan Negeri untuk yang perkawinannya dulu dilakukan secara selain Islam.⁴⁵

Di Pengadilan Agama, dengan berpedoman pada pasal 105 KHI, umumnya bagi anak-anak yang belum *mumayyiz* (berusia 12 tahun), hak asuh diberikan pada ibu.⁴⁶

Bila hak asuh diberikan kepada ibu, terutama dalam hal bila terjadi perceraian dari perkawinan campuran antara ibu Warga Negara Indonesia (WNI) dengan ayah Warga Negara Asing (WNA), maka tidak akan ditemui lagi

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

kesulitan-kesulitan yang muncul selama UU Nomor 12 Tahun 2006 belum disahkan.

Menurut Undang-Undang tentang Kewarganegaraan yang lama (UU Nomor 62 Tahun 1958), secara otomatis hak asuh/perwalian anak jatuh ke tangan sang ayah, dikarenakan sang anak berkewarganegaraan sama dengan sang ayah.. Hal ini menunjukkan bahwa secara yuridis, suami lebih diuntungkan karena anak tersebut mengikuti kewarganegaraan bapaknya. Ini merupakan konsekuensi asas *ius sanguinis* yang dianut Undang-Undang Nomor 62 Tahun 1958 tersebut.

Dalam perebutan hak asuh anak tersebut, Keluarga Perkawinan Campuran (KPC) Melati, perkumpulan pasangan kawin campur, mengungkapkan bahwa isteri acapkali harus gigit jari. Mereka harus berjuang mendapatkan hak asuh melalui pengadilan. Di pengadilan, hakim sering hanya berpatokan pada asas *ius sanguinis*.⁴⁷

Ini diperkuat Konvensi Den Haag 1902 (*Convention Governing Guardianship of Infants*) dimana yang dipakai sebagai ukuran untuk menentukan hak asuh adalah hukum nasional si anak.

Bisa saja pengadilan menunjuk sang ibu sebagai pengasuh, tetapi apabila terjadi sengketa dengan mantan pasangan, sewaktu-waktu hak asuh atas anak tersebut bisa lepas darinya. Seorang ibu tidak memiliki perlindungan hukum untuk melindungi anak-anaknya sendiri. Ini sangat ironis. Hak sebagai ibu tidak dilindungi pemerintah negaranya sendiri.

Nah, bagi perempuan Indonesia yang kawin dengan pria asing, prinsip

⁴⁷ Ibid.

Konvensi Den Haag ini tentu merugikan karena anak otomatis ikut ayahnya.

Bisa saja hak asuh anak tersebut diberikan kepada sang ibu. Namun walaupun hak asuhnya diberikan kepada ibu, sang anak yang berstatus Warga Negara Asing tersebut tidak bisa tinggal bebas di Negara ibunya dan rentan di deportasi. Setahun sekali sang ibu harus mengurus izin tinggal bagi anaknya ke Kantor Imigrasi. Bila telat mengurus izin tersebut, ancaman deportasi terhadap anak tersebut terbentang di depan mata. Belum lagi biayanya yang mahal tiap kali mengurus izin tinggal tersebut.

Dengan diberikannya Kewarganegaraan Indonesia oleh UU Nomor 12 Tahun 2006 kepada sang anak, bila hak asuh diberikan kepada ibu, maka sang ibu tidak perlu lagi mengurus izin tinggal ke Kantor Imigrasi. Jadi dengan disahkannya Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 tersebut, seorang ibu memiliki perlindungan hukum untuk melindungi anaknya sendiri.

Pengajar hukum Islam di Universitas Indonesia, Farida Prihatini menilai bahwa sebaiknya hak asuh anak diberikan kepada ibunya bila anak belum dewasa dan belum baligh. Karena ibu secara fitrahnya lebih bisa mengatur anak dan lebih *telaten* mengasuh anak.⁴⁸

Namun demikian, hak asuh anak tersebut juga tidak tertutup kemungkinan diberikan kepada sang ayah kalau ibu tersebut memilki kelakuan yang tidak baik, serta dianggap tidak cakap untuk menjadi seorang ibu terutama dalam mendidik anaknya. Yang diutamakan itu adalah untuk kebaikan si anak.

Komisioner Komnas Perlindungan Anak, M. Joni, sependapat dengan

⁴⁸ Kurniawan, *Hak Asuh Anak Harus Menjamin Kepentingan Terbaik Anak*, www.hukumonline.com. 25 Oktober 2006.

Farida mengenai keutamaan kepentingan terbaik anak. Namun Joni kurang sepakat kalau pengasuhan anak disebut sebagai fitrah ibu. Yang bersifat fitrah dari seorang ibu adalah melahirkan dan menyusui. Bahkan Joni menegaskan sudah ada preseden putusan pengadilan yang memberikan hak asuh anak kepada ayah.⁴⁹

Cakap atau tidaknya ayah atau ibu untuk mendapatkan hak asuh anak, sering menjadi perdebatan di pengadilan karena belum ada standar yang pasti mengenai kecakapan tersebut. Standarnya adalah yang bersangkutan akhlaknya baik, punya pengetahuan yang baik untuk mendidik anak. Sebaiknya orang tua yang mendapat hak asuh anak adalah yang memiliki agama yang sama dengan anak.

Mengenai batas usia baligh bagi anak, hal tersebut tidak bisa ditentukan secara tegas. Kalau laki-laki sudah mendapat mimpi basah, kalau perempuan sudah mendapat *haidh*, serta sudah *rasyid*, bisa membedakan mana yang baik mana yang salah.

Usia kedewasaan anak di berbagai undang-undang berbeda antara satu dengan yang lain, seperti di Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Undang-Undang Perlindungan anak, Undang-Undang Perkawinan dan sebagainya. Dalam penentuan kedewasaan anak, Pengadilan Agama biasanya menggunakan Undang-Undang Perkawinan.

Dalam penentuan siapa yang berhak mengasuh anak juga harus mempertimbangkan faktor pekerjaan ayah atau ibu si anak tersebut. Namun demikian, ibu tetap berhak mendapat hak asuh anak meski ia kurang mampu

⁴⁹ Ibid.

karena sebenarnya yang wajib menafkahi anak adalah sang ayah. Walaupun cerai, bukan berarti ayah berhenti untuk memberi nafkah anaknya.⁵⁰

Namun demikian, kewajiban sang ayah memberi nafkah tersebut harus disesuaikan dengan kemampuan sang ayah, dan bila ayah tidak mampu maka ibu tetap harus membiayai anaknya.

Sementara itu, menurut Ketua Majelis Ulama Indonesia yang juga Guru Besar Universitas Islam Negeri Salahudin Makasar, Prof. Umar Shihab, berpendapat bahwa hak asuh anak yang masih menyusui di bawah dua tahun sebaiknya diberikan kepada ibu. Sedangkan jika lebih dari dua tahun, maka hak asuh diputuskan oleh pihak pengadilan.⁵¹

Umar menambahkan, hak asuh sebaiknya diberikan kepada pihak yang memiliki waktu luang dalam mengasuh anak serta finansial lebih baik untuk pemenuhan kebutuhan hidup si anak. Namun, jika hal itu tidak disepakati maka proses pengadilan sebagai solusinya.

Umar mengingatkan agar hak-hak anak jangan sampai terabaikan ketika terjadi perceraian. Al Quran, menurut Umar, telah mengingatkan agar kita tidak menyia-nyiakan anak.

Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI), dalam hal terjadi perceraian maka hak asuh anak yang belum *mumayiz* (mempunyai kemampuan membedakan mana yang baik dan yang buruk) atau belum berumur dua belas tahun ada pada ibunya, sedangkan pada anak yang sudah *mumayiz* diberikan kebebasan pada si

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

anak untuk memilih untuk diasuh oleh ayah atau ibunya. KHI juga dengan tegas menyatakan bahwa biaya pemeliharaan anak pasca perceraian ditanggung oleh ayah.

Profesor Zulfa Djoko Basuki, Guru Besar Hukum Perdata Internasional Fakultas Hukum Universitas Indonesia, berpendapat bahwa para pengambil keputusan, terutama hakim, sebaiknya merujuk pada prinsip *habitual residence*. Berdasarkan prinsip ini, yang jadi ukuran adalah hukum tempat kediaman sehari-hari si anak atau keberadaannya secara fisik dalam jangka waktu tertentu. Hukum nasional si anak seringkali tidak mencerminkan keadaan sebenarnya di anak.⁵²

Prinsip *habitual residence* sudah dianut dunia internasional melalui Konvensi Den Haag 1961 (*Convention Concerning the Power of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors*). Dalam literatur, prinsip ini merujuk antara lain pada kasus *Feder v Evans Feder dan Friedrich v Friedrich*. Prof. Zulfa menyayangkan karena Indonesia meratifikasi Konvensi ini.⁵³

Berdasarkan penelitian yang dilakukan Prof. Zulfa selama ini, pemberian hak asuh kepada si ibu bukan sesuatu yang mustahil. Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam misalnya memberikan hak asuh kepada si ibu dalam hal anak-anak belum *mumayiz* (belum berusia 12 tahun). Tetapi itu pun tergantung pada keputusan hakim.⁵⁴

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

Keputusan Panitia Kerja (Panja) RUU Kewarganegaraan (saat UU Nomor 12 Tahun 2006 belum disahkan) mengadopsi sistem kewarganegaraan ganda terbatas bagi anak hasil perkawinan campuran bisa membawa persoalan pada hak asuh. Jika ini yang terjadi, Prof. Zulfa mengusulkan agar hakim lebih mempertimbangkan kepentingan terbaik bagi si anak ketimbang kewarganegaraan gandanya (*the best interest of the child*). Prinsip ini sudah pernah menjadi pertimbangan hakim di pengadilan Indonesia. Misalnya putusan PN Jakarta Pusat No. 371/Pdt.G/II/1986 tertanggal 11 November 1986. Dalam kasus ini si ibu adalah Warga Negara Malaysia, sedangkan si anak mengikuti ayahnya (WNI).⁵⁵

Dalam hal pemberian hak asuh, bisa saja ada perkecualian yaitu bila menurut pertimbangan hakim, demi kepentingan terbaik si anak, hak asuh lebih baik diserahkan pada ayah. Bila salah satu dari kedua orang tua meninggal dunia, hak asuh dengan sendirinya jatuh ke tangan orang tua yang masih hidup. Perkecualian terjadi bila pengadilan menganggap orang tua yang masih hidup ini, dianggap tidak cakap mendapatkan hak asuh. Dalam kasus ini, hakim akan menunjuk wali berdasarkan prinsip *habitual residence*.⁵⁶

Dengan demikian dapat dilihat bahwa Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan memberikan jalan keluar yang terbaik bagi anak hasil perkawinan campuran antar warga Negara, yakni memberikan kewarganegaraan ganda sampai dengan anak usia 18 tahun seperti yang diatur dalam ketentuan Pasal 6 dan juga mengakomodir kepentingan seorang ibu Warga

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Farida Prihatini, *Hak Asuh Anak Harus Menjamin Kepentingan Terbaik Anak*, www.hukumonline.com. 25 Oktober 2006.

Negara Indonesia yang ingin mengasuh anak kandungnya hasil dari perkawinan campuran di negaranya sendiri tanpa dibebani dengan kewajiban-kewajiban yang memberatkan oleh Negara. Hal tersebut terutama bila terjadi perceraian. Dalam UU Kewarganegaraan tidak diatur mengenai perwalian, sehingga apabila terjadi perceraian dalam perkawinan campuran antar warganegara maka diproses melalui pengadilan dan mengenai hak perwalian diputus oleh hakim.



BAB IV

PENUTUP

1. Kesimpulan

Dari pembahasan sebelumnya dapat disimpulkan sebagai berikut :

1. Saat ini banyak negara yang menerima bahwa hukum harta benda perkawinan termasuk bidang status personal.

Namun bila menunjuk pada Konvensi HPI Den Haag mengenai hukum harta benda perkawinan yang ditandatangani pada tanggal 23 Oktober 1976 (*Convention in the law applicable to matrimonial property regimes*), pada pasal 4 ayat 1 ditentukan bahwa pertamanya kepada suami-isteri diberi kebebasan untuk menentukan sendiri hukum yang akan berlaku bagi harta benda perkawinan mereka. Jika mereka tidak mempergunakan kesempatan ini, akan berlakulah hukum intern dari Negara tempat kedua suami-isteri menetapkan kediaman sehari-harinya yang pertama setelah perkawinan. Prinsip ini telah diterima pula oleh Hoge Raad (10-2-1976).

Dalam berbagai usul rencana perundang-undangan HPI yang baru tampak pula tendensi kearah pemilihan prinsip domisili bersama dalam hal para suami-istri berbeda kewarganegaraan.

2. Bila terjadi perceraian pada perkawinan campuran, hak asuh/perwalian anak ditentukan oleh Pengadilan. Bila hak asuh/perwalian tersebut diberikan kepada sang ibu, terutama dalam hal bila terjadi perceraian dari perkawinan campuran antara ibu

Warga Negara Indonesia (WNI) dengan ayah Warga Negara Asing (WNA), maka tidak akan ditemui lagi kesulitan-kesulitan yang muncul selama UU Nomor 12 Tahun 2006 belum disahkan. Sebelum UU Nomor 12 Tahun 2006 disahkan, kewarganegaraan anak mengikuti kewarganegaraan sang ayah, sampai dia berumur 18 tahun. Jadi walaupun hak asuhnya diberikan kepada ibu, sang anak yang berstatus Warga Negara Asing tersebut tidak bisa tinggal bebas di Negara ibunya dan rentan di deportasi. Setahun sekali sang ibu harus mengurus izin tinggal bagi anaknya ke Kantor Imigrasi. Bila telat mengurus izin tersebut, ancaman deportasi terhadap anak tersebut terbentang di depan mata. Belum lagi biayanya yang mahal tiap kali mengurus izin tinggal tersebut.

Dengan diberikannya Kewarganegaraan Indonesia oleh pasal 4 huruf d UU Nomor 12 Tahun 2006 kepada sang anak, maka sang ibu yang berkewarganegaraan Indonesia tersebut tidak perlu lagi mengurus izin tinggal ke Kantor Imigrasi. Jadi dengan disahkannya Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 tersebut, seorang ibu memiliki perlindungan hukum untuk melindungi anaknya sendiri.

2. Saran

Dari kesimpulan tersebut diatas, dapat diberikan saran-saran sebagai berikut :

1. Dengan melihat kelemahan dari prinsip-prinsip yang dianut oleh berbagai negara (prinsip nasionalitas maupun prinsip domisili) terhadap hukum yang berlaku untuk harta benda dalam perkawinan campuran, maka apabila kewarganegaraan suami isteri berbeda, maka disarankan agar para pihak sebelum melakukan perkawinan campuran antar warga negara membuat Perjanjian Pra Nikah / Perjanjian Kawin (Marital Agreement) yang mengatur mengenai Harta benda perkawinan maupun hukum yang digunakan apabila terjadi perceraian dalam perkawinan campuran antar warga Negara tersebut. Sehingga hukum yang berlaku untuk harta benda dalam perkawinan mereka terutama setelah perceraian adalah hukum yang ditunjuk oleh para pihak sendiri. Apabila para pihak tidak menentukan hukum untuk harta benda perkawinan mereka itu, maka bisa diberlakukan hukum intern dari Negara dimana para pihak telah untuk pertama kali setelah perkawinan mempunyai tempat kediaman *de facto*.
2. Berknaan dengan Hak perwalian dari anak hasil perkawinan campuran antar warga Negara yang saat ini sudah merupakan bagian dari budaya tiap bangsa maka hendaknya Hukum Indonesia memberikan pengaturannya secara jelas khususnya mengenai Hak

perwalian anak tersebut apabila terjadi perceraian terutama mengenai perwalian anak yang mempunyai kewarganegaraan yang berbeda dengan wali. Pengaturan secara khusus ini bisa dimasukkan dalam Rancangan Undang Undang Hukum Perdata Internasional Indonesia serta di dalam Peraturan Pelaksana dari UU Kewarganegaraan nomor.12 Tahun 2006. Dengan berlakunya UU Kewarganegaraan nomor 12 Tahun 2006 maka disarankan bagi para pihak yang melakukan perkawinan campuran antar warga Negara di Indonesia untuk membuat kesepakatan sendiri mengenai perwalian anak yang masih dibawah umur khususnya menyangkut status kewarganegaraan anak, apakah anak itu tetap *Bipatride atau Dual Citizenship* sampai anak menginjak umur 18 tahun dan menentukan sendiri warga negaranya ataukah ditentukan langsung sesuai dengan jatuhnya hak perwalian terhadap salah satu pihak.

DAFTAR BACAAN

BUKU :

Ahmad Kuzari, *Perkawinan Sebagai Sebuah Perikatan*, Rajawali Pers, Jakarta, 1995.

Azyumardi Azra, *Demokrasi, HAM & Masyarakat Madani*, Tim ICCE Jakarta.

Bakri A. Rahman dan Ahmad Sukardja, *Hukum Perkawinan Menurut Islam, Undang-undang Perkawinan dan Hukum Perdata/BW*, Hidakarya Agung, Jakarta, 1981.

Hazairin, *Hukum Kekeluargaan Nasional Indonesia*, Tintamas, Jakarta, 1961.

Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia menurut Perundangan, Hukum Adat dan Hukum Agama*, Mandar Maju, Bandung, 2003.

Lili Rasjidi, *Hukum Perkawinan dan Perceraian di Malaysia dan Indonesia*, Alumni, Bandung, 1982.

M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, Zahir Trading, Medan, 1975.

M. Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam : Suatu Analisis dari Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 dan Kompilasi Hukum Islam*, Bumi Aksara, Jakarta, 1996.

Martiman Prodjohamidjojo, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Indonesia Legal Center Publishing, Jakarta, 2001.

R. Soetojo.Prawirohamidjojo, *Pluralisme dalam Perundang-undangan Perkawinan di Indonesia*, Airlangga University Press, Surabaya, 1994.

R. Wiryono Prodjodikoro, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, Sumur Bandung, Bandung, 1967.

Soedharyo Soimin, *Hukum Orang dan Keluarga*, Sinar Grafika, Jakarta, 1992.

Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional Jilid I Buku ke 1*, Alumni, Bandung, 2005.

_____, *Hukum Perdata Internasional Jilid III Bagian I Buku 7*, Alumni, Bandung, 2004.

_____, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman Republik Indonesia, Bina Cipta, Bandung, 1987.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN :

Undang-undang Nomor 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak.

Undang-undang nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

WEBSITES :

Enggi Holt, *Pasca UU No. 12/2006, Bagaimana Nasib Perkawinan Campuran?*, www.hukumonline.com., 28 Oktober 2006.

_____, *Tidak Perlu Rebutan Hak Asuh*, www.tabloidnova.com., 10 Maret 2006.

Kurniawan, *Hak Asuh Anak Harus Menjamin Kepentingan Terbaik Anak*, www.hukumonline.com., 25 Oktober 2006.

Farida Prihatini, *Hak Asuh Anak Harus Menjamin Kepentingan Terbaik Anak*, www.hukumonline.com., 25 Oktober 2006.