

BAB IV

ANALISIS PASAL 16 AYAT (1) HURUF (C), (D) DAN (F) CEDAW

DI TINJAU DARI PRESPEKTIF HUKUM ISLAM

Sebagaimana telah dibahas pada bab sebelumnya bahwa CEDAW terhadap perempuan hingga kini masih merupakan instrumen hukum yang paling komprehensif berkenaan dengan hak-hak perempuan dan merupakan dasar untuk menjamin persamaan hak perempuan dan laki-laki di negara-negara yang meratifikasinya termasuk Indonesia.

Karena Indonesia merupakan salah satu negara yang ikut meratifikasi (pengesahan perjanjian oleh DPR)¹ konvensi tersebut, maka konsekuensinya adalah, pemerintah harus melakukan koreksi terhadap peraturan-peraturan yang diskriminatif terhadap perempuan dan berupaya supaya peraturan-peraturan baru yang akan disusun tidak diskriminatif terhadap perempuan.²

Jika dilihat secara umum konvensi CEDAW berisi enam bagian bagian penting :

1. Bagian tentang definisi diskriminasi dan kriteria-kriterianya sehingga negara-negara peserta yang meratifikasi diharapkan membuat kebijakan-kebijakan yang perlu untuk menghilangkan diskriminasi dalam segala hal.
2. Pemusatan perhatian pada penghapusan diskriminasi dalam kehidupan politik, sosial dan kewarganegaraan.

¹ Sulchan Yasyin, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia*, Surabaya; Penerbit Amanah, 1997, h. 39.

² Sobar Hartini, *Makalah Civil Right dan Demokratisasi*, dalam www.cedawui.org, di akses pada tanggal 25 Oktober 2011.

3. Perhatian terhadap penghapusan diskriminasi dalam pendidikan, pekerjaan, perawatan kesehatan, kehidupan ekonomi dan sosial terutama bagi perempuan di daerah pedesaan.
4. Penegasan tentang persamaan di depan hukum dan dalam kehidupan perkawinan dan keluarga.
5. Mendirikan dan memfungsikan CEDAW dengan pembentukan panitia penghapusan diskriminasi terhadap perempuan.
6. Hal-hal yang berkenaan dengan ratifikasi dan nilai tambahan konversi itu, serta tentang perincian-perincian dalam pelaksanaan dan sanksi administratifnya.

Sebagaimana di sebutkan pada Bab III di atas, persamaan hak antara laki-laki dan perempuan yang di usung CEDAW melingkupi segala hal termasuk pengasuhan anak. Berikut ini akan di uraikan analisis konsep pengasuhan anak dalam CEDAW dan pandangan hukum Islam tentang konsep pengasuhan anak dalam CEDAW.

A. Analisis Terhadap Konsep Pengasuhan Anak Dalam CEDAW

Dalam CEDAW pada pasal 16 ayat (1) menyatakan bahwa “Negara-negara peserta wajib membuat peraturan yang tepat untuk menghapus segala diskriminasi terhadap perempuan dalam semua urusan yang berhubungan dengan perkawinan dan hubungan kekeluargaan atas dasar-dasar persamaan pria dan wanita, dan khususnya akan menjamin: (d) “Hak dan tanggung jawab yang sama sebagai orang tua terlepas dari status perkawinan mereka, kepentingan anak-anaklah yang wajib diutamakan”.

Berdasarkan adanya ketentuan dalam konvensi tersebut, maka seharusnya setiap negara peserta (termasuk Indonesia) mengeluarkan ketentuan-ketentuan atau peraturan-peraturan yang dapat mendukung terhadap pesan-pesan yang ada dalam pasal konvensi tersebut. Salah satu pesan yang dapat ditangkap adalah masalah penegakan dan perlindungan hak-hak asasi anak .

Sebagaimana yang telah diuraikan juga pada bab III dalam skripsi ini, bahwa konsep pengasuhan anak dalam CEDAW tidak memandang status sah atau tidaknya seorang anak, sehingga pemenuhan hak-hak asasi sebagai seorang anak harus di laksanakan oleh orang tua kepada setiap anak termasuk di dalamnya anak yang dihasilkan di luar kawin (bukan anak sah).

Menurut Dr. Abdul Manan, anak diluar kawin adalah anak yang di lahirkan oleh seorang perempuan, sedangkan perempuan itu tidak berada dalam ikatan perkawinan yang sah dengan pria yang menyetubuhinya. Sedangkan pengertian diuar kawin adalah hubungan seorang pria dan wanita yang dapat melahirkan keturunan, sedangkan mereka tidak dalam ikatan perkawinan yang sah menurut hukum positif dan agama yang di peluknya.³

Ada banyak faktor yang menyebabkan terjadinya anak diluar kawin, diantaranya adalah:

1. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita, tetapi wanita tersebut tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria yang menyetubuhinya dan tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria lain.

³ Abdul Manan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta; Kencana Prenada Media Group, 2006, h. 80-81.

2. Anak yang lahir dari seorang wanita, kelahiran tersebut diketahui dan dikehendaki oleh salah satu ibu bapaknya, hanya saja salah satu atau keduanya masih terikat perkawinan yang lain.
3. Anak yang lahir dari seorang wanita tetapi pria yang menghamilinya itu tidak diketahui, misalnya akibat korban perkosaan.
4. Anak yang lahir dari seorang dalam masa *Iddah* perceraian, tetapi anak itu merupakan hasil hubungan dengan pria yang bukan suaminya.
5. Anak yang lahir dari seorang wanita yang di tinggal suami lebih dari 300 hari dan anak tersebut tidak diakui oleh suaminya sebagai anak sah.
6. Anak yang lahir dari seorang wanita padahal agama yang mereka peluk menentukan lain, misalnya dalam agama katolik tidak mengenal adanya cerai hidup, tetapi di lakukan juga, kemudian ia kawin lagi dan melahirkan anak, anak tersebut dianggap anak luar kawin.
7. Anak yang lahir dari seorang wanita, sedangkan pada mereka berlaku ketentuan negara melarang mengadakan perkawinan misalnya, WNA dan WNI tidak mendapat izin dari kedutaan besar untuk mengadakan perkawinan, karena salah satu dari mereka telah mempunyai suami atau istri tetapi mereka tetap campur dan melahirkan anak, maka anak tersebut merupakan anak luar kawin.
8. Anak yang dilahirkan oleh seorang wanita, tetapi anak tersebut sama sekali tidak mengetahui orang tuanya.⁴

⁴ *Ibid.* h. 83.

Dalam Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, bahwa anak dan masalahnya diatur pada Bab VIII tentang Putusnya Perkawinan serta Akibatnya, yaitu pada pasal 41, dan tentang kedudukan anak di dalamnya di atur pada Bab IX tentang Kedudukan Anak, yaitu pasal 42, 43, dan 44. Sedangkan dalam Bab X di atur tentang Kewajiban Orang Tua dan Anak, dari pasal 45 sampai dengan pasal 49. Berikut ini akan diuraikan isi dari pasal-pasal berikut :

Pasal 41 berbunyi bahwa : “Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak pengadilan memberi keputusannya.
- b. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu; bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut.
- c. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isteri”.⁵

Sementara dalam kedudukan anak dalam UUP terdapat pada Pasal 42, 43 dan 44, yang bunyinya sebagai berikut :

Pasal 42 : “Anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”.

Pasal 43 : (1) “Anak yang lahir di luar pernikahan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. (2) Kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah”.

Pasal 44 : “Seorang suami dapat menyangkal sahnya anak yang dilahirkan oleh isterinya bilaman ia dapat membuktikan bahwa isterinya telah berzina dan anak itu akibat daripada perzinahan tersebut”.⁶

⁵ UU Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan & Kompilasi Hukum Islam, Bandung ; Citra Umbara, 2007, h. 16.

⁶ *Ibid*, h. 17.

Bedasarkan pasal-pasal UU Perkawinan di atas, permasalahan anak diluar kawin di atur pada pasal 43 Ayat (1) yang berbunyi “Anak yang lahir di luar pernikahan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”

Menurut hemat penulis hal ini terasa kurang adil, akibat perbuatan berdua, tetapi hanya seorang ibu yang melahirkannya dan bertanggung jawab pula mengasuh dan memelihara anaknya. Hal ini tampaknya juga diperhatikan dalam Undang-undang Perkawinan, terbukti dengan adanya ayat (2) dari pasal 43 itu, yang bunyinya: “kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah”.

Peraturan pemerintah itu sampai sekarang, sebatas pengetahuan penyusun belum ada. Mungkin dilema yang dihadapi pemerintah untuk mengatur lebih lanjut soal anak yang dilahirkan diluar perkawinan ini adalah kalau anak yang dilahirkan di luar perkawinan itu akan di samakan kedudukannya dengan anak yang dilahirkan dalam perkawinan, maka lembaga perkawinan itu sendiri akan goyah keberadaannya.⁷

Sampai sekarang belum ada kebijakan yang memihak pada perlindungan anak-anak yang dilahirkan diluar perkawinan, padahal diketahui banyak anak yang lahir diluar perkawinan disebut dengan sebutan “anak haram” dan senantiasa mendapatkan perlakuan diskriminatif dan tidak adil di masyarakat. Jelas sepanjang hidupnya, mereka dipaksa menanggung beban dosa kedua orang tuanya dan mereka pun selamanya mendapatkan stigma atau julukan

⁷ Abdul Manan, *op. cit.*, h. 81.

“anak haram” atau “anak *jaddah*”, dan berbagai julukan negatif lainnya. Padahal, kelahirannya bukanlah sebuah pilihan mereka (anak).

Tidak satu pun manusia yang memilih sendiri siapa orang tuanya. Bagi anak, kelahiran dan orang tua merupakan hal yang kodrati (*given*). Karena itu, semua bentuk kesalahan, dosa, stigma, dan apa pun namanya seharusnya di alamatkan hanya kepada kedua orang tuanya; ayah dan ibu, dan bukan pada anak.

Keberpihakan pada anak di luar perkawinan ini perlu terus ditegakkan. Pasalnya, sampai saat ini belum dijumpai satu pun peraturan perundang-undangan nasional yang secara spesifik “memihak” kepada mereka. Dalam berbagai undang-undang dan peraturan pemerintah, seperti, UU Perkawinan, UU Kewarganegaraan, UU Perlindungan Anak, dan Peraturan Catatan Sipil, selalu disebut “anak yang lahir dalam perkawinan yang sah” sehingga tidak ada sedikit pun celah bagi perlindungan anak-anak yang lahir di luar pernikahan.

Mengenai status anak di luar nikah ini, bila dikaitkan dengan konvensi CEDAW Pasal 16 ayat (1) butir (d) yang berbunyi “hak dan tanggung jawab yang sama sebagai orang tua terlepas dari status perkawinan mereka”, maka dengan adanya ketentuan dalam konvensi tersebut dan juga berbagai ketentuan tersebut di atas, seharusnya pemerintah segera mengeluarkan PP tentang kedudukan anak yang di lahirkan di luar pernikahan sebagaimana di perintahkan dalam pasal 43 ayat (2) UU Perkawinan. Jika tidak, maka jutaan anak-anak tidak berdosa ini akan menderita baik secara sosial maupun secara ekonomi (karena anak diasumsikan tidak bekerja).

Merujuk pada konsep pengasuhan anak dalam CEDAW yang tidak membedakan peran dan tanggung jawab suami atau isteri dalam hal pengasuhan anak baik dalam perkawinan atau sesudah perceraian, hal ini tentu saja menjadi konsep yang sangat umum. Dan tentu saja kurang aplikatif, melihat CEDAW sendiri bukan undang-undang perkawinan atau undang-undang perlindungan anak, yang mengatur secara rinci tentang hukum acara perihal pelaksanaan penegakan hukum materilnya, melainkan undang-undang penghapusan diskriminasi terhadap perempuan yang mana hanya bersifat nilai-nilai persamaan hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan.

Jika di tinjau dari UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, konsep persamaan hak dan tanggung jawab dalam pemeliharaan anak dalam CEDAW ada kesesuaian dengan pasal 41 yang berbunyi “akibat putusanya perkawinan karena perceraian ialah : (a) baik ibu atau bapak berkewajiban memelihara dan mendidik anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak bila mana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusanya”.

Hal yang memang tidak diatur dalam CEDAW adalah mengenai teknis pelaksanaan pengasuhan anak. Pasal 16 huruf (c), (d) dan (f) tidak membicarakan teknis pelaksanaan pengasuhan jika terjadi perceraian, padahal ketika kedua orang tua berpisah “penguasaan” anak perlu di tetapkan. Jika tidak dapat berakibat pada terlantarnya anak atau sebaliknya, anak akan menjadi obyek sengketa kedua orang tua. Hal ini yang kemudian menjadi catatan penyusun bahwa konsep pengasuhan anak dalam CEDAW adalah berupa nilai-nilai persamaan (*equality*) yang masih bersifat umum.

B. Konsep Pengasuhan Anak Dalam CEDAW di Tinjau Dari Prespektif Hukum Islam.

Dalam konsep CEDAW, status sah atau tidaknya seorang anak, tidak berimplikasi hukum pada pengasuhan anak serta kedudukan antara anak dan orang tuanya. Hal ini berarti hak pengasuhan setiap anak yang lahir merupakan tanggung jawab ayah dan ibu biologisnya tanpa memandang anak tersebut dilahirkan sebagai akibat perkawinan yang sah antara ayah dan ibu biologisnya atau tidak.

Dalam pandangan hukum Islam, syarat sah seseorang disebut anak, sangat berimplikasi hukum terhadap kedudukan anak atas orang tuanya. Sumber hukum hal ini, bukan mengacu pada persamaan hak dan kewajiban antara pria dan wanita atau hak dan kewajiban anak itu sendiri, melainkan mengacu pada sumber tujuan umum di syari'atkannya suatu hukum yaitu mewujudkan kemaslahatan manusia dengan menjamin hal-hal yang bersifat *dharuri* (kebutuhan pokok), *hajiyyat* (kebutuhan umum) dan *tahsiniyat* (kebutuhan pelengkap) bagi mereka.⁸ Salah satu hal yang bersifat *dharuri*⁹ dalam Islam adalah *khifdu an-nasl* (menjaga nasab dan kehormatan). Artinya, nasab dalam hukum Islam adalah suatu hal yang bersifat mutlak di jaga,

⁸ Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Moh. Zuhri & Ahmad Qarib, *Ilmu Ushul Fiqh*, Semarang; Dina Utama (Toha Putra Group), 1994, h. 313.

⁹ Hal yang bersifat *dharuri* ialah sesuatu yang menjadi landasan berlangsungnya kehidupan manusia, dan harus ada untuk menjaga konsistensi kemaslahatan mereka. Apabila hal itu tidak ada, maka akan rusaklah struktur kehidupan manusia, kemaslahatan mereka tidak konsisten lagi, kekacauan dan kerusakan akan merajalela. Hal-hal yang *dharuri* bagi manusia kembali kepada lima hal : agama, akal, kehormatan, dan harta kekayaan. Menjaga masing-masing dari kelima hal tersebut adalah *dharuri* bagi manusia. Lihat Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Moh. Zuhri & Ahmad Qarib, *Ilmu Ushul Fiqh*, Semarang; Dina Utama (Toha Putra Group), 1994, h. 313-314.

dengan kata lain, tanggung jawab orang tua terhadap anak dalam hukum Islam di bedakan menurut status kawin mereka.

Dalam Kompilasi Hukum Islam, permasalahan status sah atau tidaknya anak di atur pada Bab XIV tentang Pemeliharaan Anak, pada pasal 99 yang berbunyi “anak yang sah adalah :

- (a) Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah.
- (b) Hasil pembuahan suami isteri yang sah di luar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut”.¹⁰

Sementara dalam pengaturan anak yang dilahirkan di luar perkawinan (yang sah) dalam KHI diatur dalam Pasal 100, yang berbunyi : “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan (yang sah) hanya mempunyai hubungan dengan ibunya dan keluarga ibunya”.¹¹

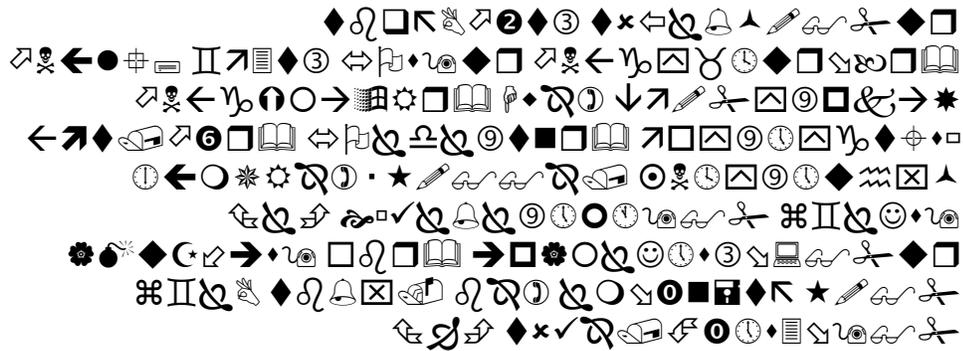
Jika orang tua tersebut telah kawin menurut cara Islam (sesuai dengan syarat dan rukunnya) maka, anaknya dianggap sah dan mempunyai hubungan nasab dengan kedua orang tuanya. Sebaliknya, jika orang tua tersebut belum kawin, namun telah memiliki anak, maka anak itu dianggap tidak sah dan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibu kandungnya.

Jika anak yang lahir sebab atau dalam perkawinan yang sah tetapi ada pengingkaran dari pihak ayah, maka dalam penegakan sahnya seorang anak, orang tua tidak mempunyai hak yang sama. Sahnya seorang anak dapat diingkari ayahnya melalui Pengadilan Agama yaitu dengan sumpah *li'an* sedangkan ibunya tidak mempunyai hak dan tidak dapat mengingkari anak

¹⁰ UU Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan & Kompilasi Hukum Islam, *op. cit.* h. 263.

¹¹ UU Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan & Kompilasi Hukum Islam, *loc. cit.*

kandungnya tersebut. Hal ini berlandaskan hukum al-Qur'an dalam Surat an-Nur (24): 6-7 berikut :



Artinya : “Dan orang-orang yang menuduh isterinya (berzina), Padahal mereka tidak ada mempunyai saksi-saksi selain diri mereka sendiri, maka persaksian orang itu ialah empat kali bersumpah dengan nama Allah, sesungguhnya dia adalah termasuk orang-orang yang benar. Dan (sumpah) yang kelima; bahwa *la'nat* Allah atasnya, jika dia termasuk orang-orang yang berdusta”.¹²

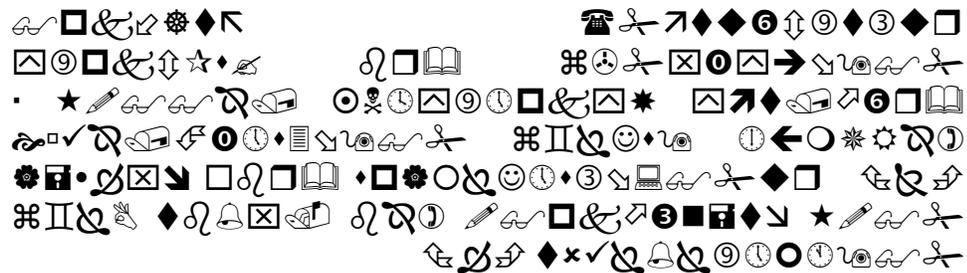
Ayat al-Qur'an di atas, membicarakan hukum yang di lakukan dalam keadaan bahwa seorang suami mengingkari sahnya anak sedang isteri tidak menyangkalnya atau yang disebut hukum *li'an*.¹³ Dalam Kompilasi Hukum Islam sendiri, *li'an* mencerminkan pernyataan suami di hadapan sidang Pengadilan Agama yang berbunyi isteri berbuat zina dan telah mengandung atau melahirkan anak dari perbuatan zina itu. Pernyataan tersebut tidak di ikuti

¹² Maksud ayat 6 dan 7 di atas yaitu : orang yang menuduh istrinya berbuat zina dengan tidak mengajukan empat orang saksi, haruslah bersumpah dengan nama Allah empat kali, bahwadia (suami) adalah benar dalam tuduhannya itu. Kemudian dia bersumpah sekali lagi bahwa dia akan terkena laknat Allah jika dia berdusta. Masalah ini dalam fiqh dikenal dengan sumpah *li'an*. Lihat Mahmud Junus, *Tarjamah Al Quran Al Karim*, Bandung ; PT. Al-Maarif, 1984, h. 315.

¹³ Soemiyati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-undang Perkawinan*, Yogyakarta ; Liberty, 1997, h. 119.

penolakan tuduhan oleh isteri. *Li'an* menimbulkan putusnya perkawinan selama-lamanya.¹⁴

Masalah *li'an* (pengingkaran suami terhadap status anak) seperti yang diatur dalam KHI Pasal 101 di atas, dan tenggang waktu untuk mengajukannya ke Pengadilan Agama, sebenarnya secara teknis pun sudah di tunjukkan dalam al-Qur'an, seperti yang terdapat dalam Surat *an-Nur* ayat 6-7 sebagaimana tersebut di atas. Namun, jika si isteri yang dituduh tadi mengingkari tuduhan suaminya, maka dia juga di minta untuk bersumpah empat kali, dan yang kelima ia berkata harus siap menerima laknat Allah apabila ia berdusta. Hal ini sebagaimana yang ditegaskan dalam Q.S. an-Nur ayat 8-9 sebagai berikut :



Artinya : “Istrinya itu dihindarkan dari hukuman oleh sumpahnya empat kali atas nama Allah Sesungguhnya suaminya itu benar-benar termasuk orang-orang yang dusta. Dan (sumpah) yang kelima : bahwa laknat Allah atasnya jika suaminya itu termasuk orang-orang yang benar.”¹⁵

Sementara dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 128 berbunyi “*Li'an* hanya sah apabila dilakukan di hadapan sidang Pengadilan Agama” Maksud Pasal 128 bahwa *li'an* hanya sah apabila dilakukan di hadapan sidang Pengadilan Agama adalah dalam rangka mewujudkan tata tertib hukum dan

¹⁴ Pasal 125 sampai dengan pasal 128 KHI.

¹⁵ Mahmud Junus, *op. cit*, h. 316.

administrasinya. Dengan pelaksanaan *li'an* di hadapan sidang pengadilan, akan dapat diberikan surat keterangan telah terjadinya *li'an*. Juga dapat diketahui akibat-akibatnya yang timbul.

Secara metodologis, tujuan dari Undang-Undang Perkawinan dan KHI yang mengatur bahwa *li'an* harus dilakukan di depan sidang adalah menggunakan metode *istislah* atau lebih disebut dengan *maslahat mursalah*.¹⁶ Hal ini karena secara teknis hukum Islam tidak menjelaskan secara kongkrit tentang adanya *li'an* harus di depan sidang. Namun demikian karena kemaslahatan yang dimunculkan dari pelaksanaan *li'an* di depan sidang tersebut sangat besar baik bagi yang bersangkutan maupun bagi kepentingan pembinaan kesadaran hukum masyarakat, maka usaha tersebut dapat ditempuh.

Dalam Islam, asal-usul anak merupakan dasar untuk menunjukkan adanya hubungan *kemahraman* (*nasab*) dengan ayahnya. Demikian yang diyakini dalam fiqh sunni. Karena para ulama sepakat bahwa anak zina atau anak *li'an*, hanya mempunyai nasab kepada ibunya. Berbeda pemahaman dengan ulama *Syi'i* bahwa anak zina tidak mempunyai hubungan nasab dengan ibunya atau bapak zinanya, karena itu pula anak zina tidak bisa mewarisi keduanya.¹⁷

Di Indonesia, masalah asal usul anak tersebut, terdapat beberapa ketentuan hukum yang berbeda-beda. Ini dikarenakan pluralitas bangsa, utamanya dari segi agama dan adat kebiasaan, maka ketentua hukum yang

¹⁶ Menurut istilah para ahli ilmu ushul fiqh *maslahat mursalah* yaitu suatu kemaslahatan dimana syari' tidak mensyariatkan suatu hukum untuk merealisir kemaslahatan itu, dan tidak ada dalil yang menunjukkan atas pengakuanya atau pembatalanya. Lihat Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Moh. Zuhri & Ahmad Qarib, *Ilmu Ushul Fiqh*, Semarang; Dina Utama (Toha Putra Group), 1994, h. 116.

¹⁷ Riyana Kesuma Ayu, *Masalah Kewarisan Anak Zina dan Li'an*, makalah materi kuliah Sekolah Tinggi Ilmu Hukum Sultan Adam Banjarmasin, di akses di <http://riana.tblog.com> pada tanggal 10 Oktober 2011.

berlakupun bervariasi. Setidaknya ada tiga hukum yang dikenal atau berlaku, yaitu 1) Hukum Islam; 2) Hukum Perdata yang termuat dalam KUHPerdata; dan 3) Hukum Adat, sebagai hukum tidak tertulis.

Masing-masing hukum tersebut banyak mempunyai persamaan, namun dalam hal asal usul anak memiliki perbedaan yang sangat signifikan, terutama yang berkaitan dengan segi-segi etika dan moral, dan sudah tentu hukum Islamlah yang lebih menekankan pertimbangan moral dalam pelaksanaannya.

Memperhatikan pasal 99 Kompilasi Hukum Islam tentang status anak yang sah berbunyi “Anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah” di dalamnya memberikan toleransi hukum kepada anak yang lahir dalam perkawinan yang sah, meskipun jarak antara pernikahan dan kelahiran anak kurang dari batas waktu minimal usia. Jadi selama bayi yang dikandung tadi lahir pada saat ibunya dalam ikatan perkawinan yang sah, maka anak tersebut adalah sah. Undang-undang tidak mengatur batas minimum usia kandungan, baik dalam pasal-pasalnya maupun dalam penjelasannya.

Pada pasal 102 KHI juga tidak merinci batas minimum dan maksimal usia bayi dalam kandungan sebagai dasar suami untuk menyangkal sahnya akan yang dilahirkan isterinya. Adapun bunyi Pasal tersebut adalah

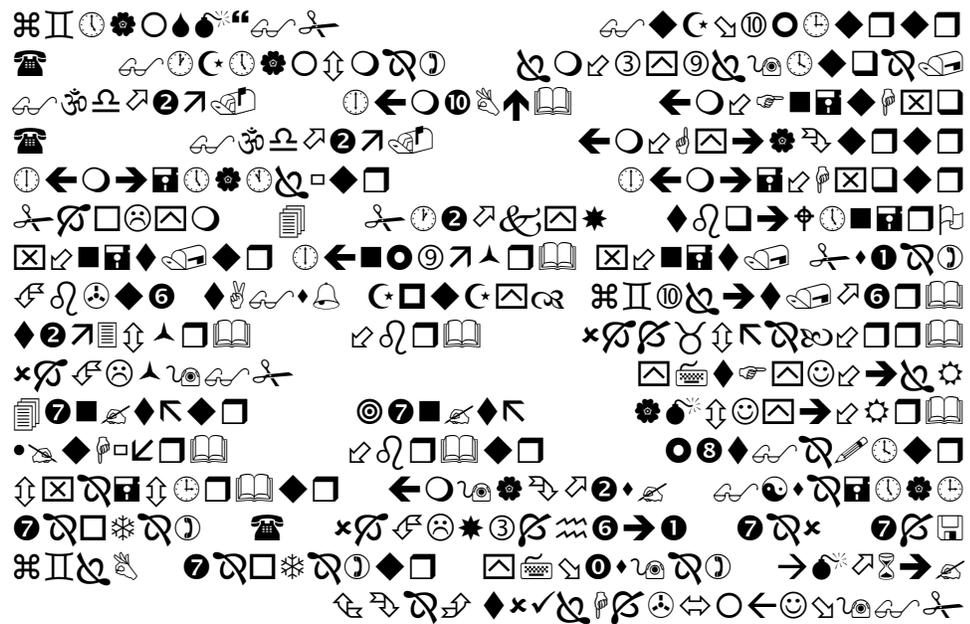
- 1) Suami yang akan mengingkari seorang anak yang lahir dari isterinya, mengajukan gugatan kepada Pengadilan Agama dalam jangka waktu 180 hari sesudah hari lahirnya atau 360 hari sesudah putusmya perkawinan atau setelah suami itu mengetahui bahwa isterinya bahwa isterinya melahirkan anak dan berada di tempat yang memungkinkan dia mengajukan perkaranya kepada Pengadilan Agama.
- 2) Pengingkaran yang diajukan sesudah lampau waktu tersebut tidak dapat diterima.¹⁸

¹⁸ UU Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan & Kompilasi Hukum Islam, *op. cit.* h. 263.

Batasan 180 hari atau 6 bulan di atas ternyata tidak menjelaskan batas minimal usia kandungan, demikian juga 360 hari bukan menunjuk batas maksimal usia bayi dalam kandungan. Akan tetapi menjelaskan batas waktu untuk mengajukan persoalannya ke Pengadilan Agama.

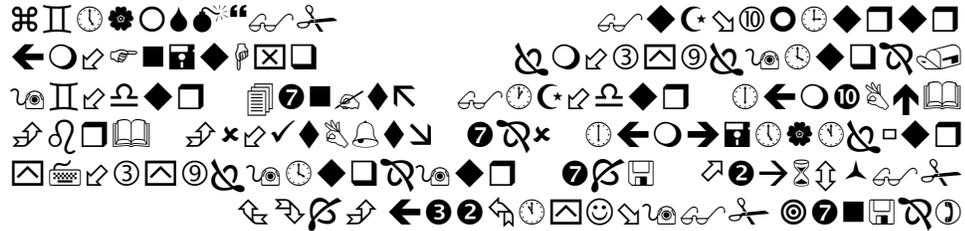
Al-Qur'an memberi petunjuk yang jelas tentang masalah ini. batas minimal usia bayi dalam kandungan adalah enam bulan dihitung dari saat akad nikah dilangsungkan. Ketentuan ini di ambil dari firman Allah dalam al-Ahqaf

ayat 15 dan Luqman ayat 14, berikut :



Artinya : “Kami perintahkan kepada manusia supaya berbuat baik kepada dua orang ibu bapaknya, ibunya mengandungnya dengan susah payah, dan melahirkannya dengan susah payah (pula). mengandungnya sampai menyapihnya adalah tiga puluh bulan, sehingga apabila dia telah dewasa dan umurnya sampai empat puluh tahun ia berdoa: “ya Tuhanku, tunjukilah aku untuk menyukuri nikmat Engkau yang telah Engkau berikan kepadaku dan kepada ibu bapakku dan supaya aku dapat berbuat amal yang saleh yang Engkau ridhai; berilah kebaikan kepadaku dengan (memberi kebaikan) kepada anak cucuku.

Sesungguhnya aku bertaubat kepada Engkau dan Sesungguhnya aku termasuk orang-orang yang berserah diri”.(Q.S al-Ahqaf :15).¹⁹



Artinya : “Dan Kami perintahkan kepada manusia (berbuat baik) kepada dua orang ibu- bapanya; ibunya telah mengandungnya dalam keadaan lemah yang bertambah- tambah, dan menyapihnya dalam dua tahun. bersyukurlah kepadaku dan kepada dua orang ibu bapakmu, hanya kepada-Kulah kembalimu. (Q.S Lukman :14).²⁰

Kedua ayat tersebut, oleh Ibn Abbas dan disepakati para ulama, di tafsirkan bahwa ayat pertama menunjukkan bahwa tenggang waktu mengandung (kehamilan) sampai dengan menyapih adalah 30 bulan. Ayat kedua menerangkan bahwa menyapihnya setelah bayi disusukan secara sempurna membutuhkan waktu dua tahun atau 24 bulan. Jika lama waktu mengandung dan menyusui adalah 30 bulan, sedangkan lama waktu untuk menyusui adalah 2 tahun (24 bulan) maka orang yang melahirkan anak dalam usia 6 bulan adalah mungkin terjadi berdasarkan firman Allah tersebut .²¹

Oleh sebab itu, apabila bayi lahir kurang dari enam bulan di hitung dari akad nikahnya, tidak bisa dihubungkan kekerabatannya kepada bapaknya kendati dalam ikatan perkawinan yang sah. Status dari anak tersebut di kategorikan sebagai anak zina. Praktis sang anak hanya bisa dinasabkan kepada ibunya saja. Demikianlah kesepakatan dari ulama sunny.²²

¹⁹ Mahmud Junus, *op. cit.*, h. 458.

²⁰ Mahmud Junus, *op. cit.*, h. 371.

²¹ Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, Jakarta; PT. Grafindo Persada, 2002, h. 149.

²² *Ibid*, h.149.

Penadapat ulama lain mengatakan bahwa batas minimal usia bayi di dalam kandungan adalah sembilan bulan *qomariyah* (kurang lebih 270 hari). Ini adalah pendapat Ibn al-Humam dan sebagian ulama Hanabilah, yang kemudian di ikuti oleh kitab undang-undang warisan Mesir.

Hukum adat Indonesia, terutama di daerah yang tidak banyak di pengaruhi hukum Islam, tidak begitu mempermasalahkan usia kandungan. Yang terpenting, sepanjang anak itu lahir dalam ikatan perkawinan yang sah, baik perkawinan itu darurat, *tambelan*, penutup malu, atau memang di kehendaknya, tanpa mempertimbangkan tenggang waktu antara akad nikah dan kelahiran bayinya, maka status anaknya adalah anak sah. Pendapat ini membawa implikasi bahwa anak yang pada hakikatnya adalah anak zina, secara formal dianggap sebagai anak sah.²³

Jadi sekali lagi bahwa anak sah menurut hukum positif termasuk di dalamnya hukum positif Islam di Indonesia, adalah anak yang lahir dari atau akibat perkawinan yang sah. Sepanjang bayi itu lahir dari ibu yang berada dalam ikatan perkawinan yang sah, ia disebut anak yang sah. Kompilasi Hukum Islam juga tidak membicarakan hubungan nasab ini secara tegas, kecuali bayi yang lahir di luar ikatan perkawinan yang sah, dan apabila suami mengajukan *li'an*.

Dari uraian diatas dapat diketahui adanya perbedaan yang sangat prinsipil antara ketentuan hukum Islam dan hukum adat yang berlaku di beberapa lingkungan hukum adat di Indonesia. Namun demikian, apakah

²³ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Warisan di Indonesia*, Bandung; Penerbit Sumur Bndung, 1983, h.72.

dalam kenyataannya sekarang hukum tersebut masih bisa diterima masyarakat, atau bahkan diperlonggar lagi batasan-batasannya, perlu penelitian tersendiri.²⁴

Tenggang waktu minimal usia kandungan enam bulan tersebut dikuatkan juga oleh sebuah hadis riwayat Ibn Mas'ud, bahwa janin yang berada di dalam kandungan itu setelah berusia enam bulan di lengkapi dengan ruh dan dalam masa dua bulan berikutnya di sempurnakan bentuk (*hilqahnya*). Dengan demikian apabila bayi lahir dalam usia enam bulan, ia sudah sempurna meskipun masih kurang sehat. Sabda Rasulullah SAW menyatakan :

عن ابى عبدالرحمن عبدالله ابن مسعود رضى الله عنه قال :
 حدثنا رسول الله ص.م : إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ
 أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ عَاقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ
 مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يُرْسَلُ الْمَلَكُ فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ وَيُؤَمَّرُ
 بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ بِكُتُبِ رِزْقِهِ وَأَجَلِهِ وَعَمَلِهِ وَشَقِيٍّ أَوْ سَعِيدٍ
 فَوَالَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ إِنَّ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى
 مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ
 بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ فَيَدْخُلُهَا وَإِنَّ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ
 حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ
 فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيَدْخُلُهَا (رواه مسلم)²⁵

Artinya : “sesungguhnya seseorang dari kamu sekalian dikumpulkan penciptaannya dalam kandungan ibunya (dalam bentuk *nutfah*) selama 40 hari kemudian juga dalam bentuk ‘*alaqah* (segumpal darah yang menggantung di dinding rahim) kemuddian juga

²⁴Ahmad Rofiq, *op. cit.*, h.150.

²⁵ *Sohih Muslim, Bab kaifiyatul kholqil adamiy fi bathni ummihi* (penciptaan manusia dalam rahim ibunya), Juz 8, h. 44, Maktabah Syamilah Versi 2.11 Ishdaar as- Tsani.

(dalam waktu 40 hari) sebagai *mudghah* (segumpal daging), kemudian diutuslah malaikat maka ditiupkan ruh didalamnya, dan diperintah dengan empat kalimat, dicatat rizqi, ajal, dan amal perbuatannya celaka atau bahagia. Demi Allah yang tidak ada Ilah selain-Nya, sesungguhnya diantara kalian ada yang melakukan perbuatan ahli surga hingga jarak antara dirinya dan surga tinggal sehastaakan tetapi telah ditentukan baginya ketentuan, dia melakukan perbuatan ahli neraka maka masuklah ia kedalam neraka. Sesungguhnya diantara kalian ada yang melakukan perbuatan ahli neraka hingga jarak antara dirinya dan neraka tinggal sehasta, akan tetapi telah ditetapkan baginya ketentuan, dia melakukan perbuatan ahli surga maka dia masuk kedalam surga. (diriwayatkan oleh Imam muslim)”.

Adapun batas maksimal usia bayi dalam kandungan para ulama berbeda pendapat. Batasan ini di hitung dari putusnya perkawinan sampai dengan kelahiran anak, karena usaha untuk mengetahui batas maksimal usia bayi dalam kandungan tersebut dimaksudkan untuk menentukan nasabnya kepada siapa akan di hubungkan kekerabatanya.

Ada ulama yang menetapkan bahwa batas maksimal usia bayi dalam kandungan adalah satu tahun Qamariyah, ada yang berpendapat satu tahun Syamsiyah, ada yang mengatakan dua tahun, tiga tahun bahkan ada yang menyatakan lima tahun.²⁶ Muhamad Ibn-al Hakam menetapkan bahwa batas maksimal usia bayi dalam kandungan adalah satu tahun Qamariyah. Hukum waris Mesir menetapkan satu tahun Syamsiyah. Ulama Hanafiyah menetapkan dua tahun. Dasarnya adalah hadis riwayat Aisyah :

²⁶ Ahmad Rofiq, *loc. cit.*

عن عائشة رضي الله عنها قالت : ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل (رواه الدارقطني والبيهقي)²⁷

Artinya : “Wanita tidak menambah masa kandunganya dari dua tahun, dengan sepergeseran tiang berdiri” (Riwayat al-Darqutni dan al-Baihaqi)”

Al-Lais Ibn Sa’ad mengatakan bahwa batas maksimal bayi di dalam kandungan adalah tiga tahun. Ulama Syafi’iyah dan Ahmad Ibn Hambal menetapkan empat tahun. Dasar riwayat yang terakhir ini adalah riwayat Imam Syafi’i bahwa ad-Dahhak di lahirkan setelah empat tahun di dalam kandungan ibunya. Waktu lahir ia sudah bergigi dua dan pandai tertawa. Karena itu ia diberi nama *al-Dahhak* (berasal dari kata *dhahika-yadzhamu* artinya senyum/tertawa). Demikian juga Abd al-Aziz al-Majsyun, sehingga istrinya dikenal sebagai istri yang melahirkan kandunganya setelah empat tahun. Ulama Malikiyah menetapkan batas waktu yang lebih lama yaitu lima tahun. Dasarnya adalah kasus tertentu yang dijumpai oleh para ulama waktu itu, sayang tidak ada data yang menyebutkan pengalaman ini.²⁸

Dalam kaitanya dengan keadaan sekarang adanya kemajuan teknologi dan ilmu pengetahuan, tanpa mengesampingkan hasil ijtihad para ulama terdahulu, kiranya jasa ilmu kedokteran dapat dimanfaatkan untuk menentukan status hukum bayi yang masih dalam kandungan tersebut, Misalnya USG (*Ultra Sono Graphi*), test darah dan lain-lain. Semua itu

²⁷ *Sunan al-Baihaqi al-Kubro*, Bab *ma jaa a fi aksari al-hamli* (bab tentang perkara yang sering terjadi dalam kehamilan), Juz 7, h. 443, Maktabah Syamilah Versi 2.11 Ishdaar as- Tsani.

²⁸ Ahmad Rofiq, *Op. Cit*, h.152.

bertujuan untuk membantu menjelaskan hubungan kekerabatan bayi dengan orang tuanya dengan tetap mengindahkan norma-norma etika dan ketentuan agama.

Ada kasus yang menarik untuk dicermati, suatu perkara yang terjadi di suatu daerah di Jawa, yang dikemukakan oleh Abdul Rahman Wahid yang dikutip Prof. Dr. Ahmad Rofiq, MA dalam bukunya yang berjudul *Fikih Mawaris*, dimana ada seorang istri yang telah bercerai dua setengah tahun, ternyata mengandung enam bulan, Pengadilan Agama berhasil membuktikan adanya pria yang membuatnya mengandung atas dasar pengakuan mereka berdua. Akan tetapi, diktum hukum dari aliran Syafi'i menyatakan bahwa benih seorang suami dapat hidup terus dalam rahim istri (bekas istrinya) hingga empat tahun. Maka mengacu diktum tersebut, pengadilan menetapkan nasab bayi dalam kandungan itu sebagai anak yang sah dari bekas suami yang tidak tahu menahu tentang kehamilan istrinya.

Jika benar-benar telah dapat dibuktikan bahwa terdapat laki-laki yang menyebabkan isteri tersebut mengandung, dan bayi tersebut tetap di nasabkan kepada bekas suami yang tidak tahu menahu itu. Hal ini merupakan sesuatu yang kurang tepat menurut penyusun. Oleh karena itu pengembangan dan penyegaran hukum Islam, tidak perlu merombak hukum Islam. Namun dapat ditempuh dengan membuatnya lebih peka terhadap kebutuhan-kebutuhan manusiawi masa kini dan masa depan. Dengan kepekaan tersebut, hukum Islam sendiri akan mengadakan penyesuaian sekedar yang diperlukan tanpa harus mengorbankan nilai-nilai transendentalnya yang ditetapkan Allah.

Dengan demikian, dalam menentukan batas maksimum bayi berada dalam kandungan, dapat ditempuh dengan cara mengambil kelaziman yang terjadi di masyarakat, misalnya satu tahun, atau bahkan cukup sepuluh bulan. Jadi bukan atas dasar kejadian yang langka atau kausuistik. Hal ini sesuai dengan kaidah *fiqhiyah* sebagai berikut :

الأصل أن السؤال والخطاب يمضي علي ما عمّ وغلب لاعلي
ماشدّ والندر.

Artinya : “Pada dasarnya pertanyaan atau pembicaraan berlaku pada hal-hal yang umum dan lumrah, bukan pada hal yang janggal atau langka”.

النذر كالعدم.²⁹

Artinya : “Sesuatu yang langka itu seperti sesuatu yang tidak ada”.

Pada akhirnya, apabila perkara asal-asul anak ini diajukan ke pengadilan, hakimlah yang dituntut bijaksana dalam memberikan putusan. Jangan hanya mementingkan teks-teks fiqh (pendapat para ulama) dan mengalahkan pembuktian yang bersifat faktual. Pendapat ulama, selain sifatnya yang *nisby*, ia sangat dipengaruhi situasi di mana ulama tersebut merumuskan hukum. Nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat, kiranya jauh lebih penting untuk dipertimbangkan sebagai dasar perumusan hukum.

Merujuk pada konsep CEDAW, dimana hak pengasuhan anak tidak terikat oleh status perkawinan orang tuanya. Maksudnya adalah, tanggung jawab terhadap pemenuhan hak-hak anak menjadi tanggung jawab orang tuanya baik dalam perkawinan atau setelah terjadi perceraian, CEDAW tidak mengatur secara rinci mengenai teknis pengasuhan anak setelah perceraian orang tuanya,

²⁹Jalaluddin Abdurrahman Ibn Abu Bakar as Suyuthi, *al Asybah wa an Nadzair fi al Furu'*, Indonesia ; Dar Ihya' al-Kutub al-Arobiyah, tt, h. 137.

karena pada konsep dasar CEDAW hak laki-laki dan perempuan adalah sama. Sehingga, terlepas dari teknis pengasuhan anak baik ayah maupun ibu mempunyai hak yang sama dalam mengasuh anaknya pasca perceraian.

Pemeliharaan anak jika terjadi perceraian sebenarnya telah diatur dengan baik dalam hukum Islam. Seperti yang telah penyusun paparkan pada bab III bahwa ketentuan-ketentuan mengenai konsep pengasuhan anak dalam CEDAW kurang komprehensif dan belum secara detail mencakup hal-hal mengenai teknis pelaksanaannya. Berbeda dengan hukum Islam, di dalam CEDAW tidak diatur tentang pemeliharaan anak setelah terjadi perceraian. Padahal, dalam pelaksanaannya, ketika kedua orang tua bercerai, secara otomatis mereka berpisah tempat tinggal, oleh karena itu perlu di atur hak pemeliharaan anak, supaya anak tidak menjadi terlantar atau sebaliknya, justru menjadi obyek sengketa.

Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 156 di sebutkan bahwa “akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 - 1) Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;
 - 2) Ayah;
 - 3) Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah
 - 4) Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
 - 5) Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu
 - 6) Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah
- b. Anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadanah* dari ayah dan ibunya;
- c. Apabila pemegang *hadanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadanah* pula;
- d. Semua biaya *hadanah* dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus dirinya sendiri (21 tahun);

- e. Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a) (b), (c), dan (d);
- f. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anaknya yang tidak turut kepadanya.³⁰

Jadi, menurut hukum Islam setelah putusya perkawinan, hak pengasuhan dan pemeliharaan anak dibagi sebagai berikut :

- a. Pemeliharaan anak yang belum berumur 12 (dua belas) tahun atau dianggap *mumayyiz*, pengasuhannya menjadi hak ibunya.
- b. Pemeliharaan anak yang telah berumur 12 (dua belas) tahun atau sudah *mumayyiz* menjadi pemilihan anak bersangkutan sendiri. Biaya pemeliharaannya masih ditanggung ayah.

Penjelasan-penjelasan di atas menunjukkan bahwa ketentuan hukum Islam yang mengatur pemeliharaan anak setelah perceraian orang tua atau perwalian menyoratkan kepentingan anak wajib diutamakan. Sesuai dengan pasal 16 ayat (1) huruf (d) CEDAW yang berbunyi “hak dan tanggung jawab yang sama sebagai orang tua, terlepas dari status perkawinan mereka, dalam urusan-urusan yang berhubungan dengan anak-anak mereka, dalam semua kasus kepentingan anak-anaklah yang wajib di utamakan”.

Dalam keadaan putusya perkawinan, kepentingan seorang anak yang belum berumur 12 tahun adalah mendapat kasih sayang seseorang ibu yang, lebih mencintai menyayangi, dan secara emosional lebih dekat karena ia yang mengandungnya, maka jika tidak ada hal yang menghalangi, pemeliharaan anak tersebut menjadi hak ibunya. Selanjutnya, jika anak tersebut sudah

³⁰ UU Republik Indonesia No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan & Kompilasi Hukum Islam, *Op. cit.* h. 283-284.

mampu berfikir secara rasional dan dapat membedakan hal baik dan buruk, dia bebas memilih untuk hidup bersama ayahnya atau ibunya. Hal ini adalah hak kebebasan menentukan hidup sebagai seorang yang dianggap dewasa.

Kesimpulan diatas didasarkan antara lain atas hadis riwayat Abu Daud dan Ahmad yang menceritakan yang menceritakan bahwa seorang ibu mengadu kepada Rasulullah SAW tentang anak kecilnya (yang belum *mumayiz*), dimana mantan suaminya bermaksud untuk merebut anak mereka setelah menceraikanya. Lalu Rasulullah SAW bersabda :

حدثنا محمود بن خالد السلمى حدثنا الوليد عن أبي عمرو يعني الأوزاعي حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه عبدالله عمرو: أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني كان بطني له وعاء وثديي له سقاء و حجري له حواء وإنّ أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : ” أنتِ أحقّ به ما لم تنكحى”³¹.

Artinya : “Telah menceritakan kepada kami Mahmud bin Khalid as Sulami, telah menceritakan kepada kami al Walid dari Abu ‘Amr al Auza’i, telah menceritakan kepadaku ‘Amr bin Syu’aib, dari ayahnya dari kakeknya yaitu Abdullah bin ‘Amr bahwa seorang wanita berkata; “wahai Rasulullah, sesungguhnya anakku ini, perutku adalah tempatnya, dan putting susuku adalah tempat minumannya, dan pangkuanku adalah rumahnya, sedangkan ayahnya telah menceraikannya dan ingin merampasnya dariku”. Kemudian Rasulullah SAW berkata kepadanya; “engkau (ibu) lebih berhak terhadapnya selama engkau belum menikah”.

Keputusan Rasulullah SAW itu bisa ditafsirkan dengan adanya pertimbangan bahwa pada umur tersebut seorang ibu lebih mengerti dengan kebutuhan anak dan lebih bisa memperlihatkan kasih sayangnya. Demikian

³¹ Muhammad Abdul Aziz al-Kholidi, *Sunan Abi Daud Juz as Tsani*, Beirut ; *Daar al-Kutub al-Ilmiyah*, 1996, h. 105.

pula anak dalam masa itu sedang sangat membutuhkan untuk hidup dekat ibunya. Sejalan dengan itu pula keputusan Abu bakar tentang kasus Umar bin Khattab dengan bekas istrinya.

Umar bin Khattab dengan bekas istrinya mendapat seorang anak yang diberi nama Ashima, kemudian ia bercerai dari istrinya. Pada suatu hari Umar bin Kattab pergi ke Quba,³² ia mendapati anaknya itu sedang bermain. Ketika Umar hendak memegang anaknya itu dengan maksud untuk membawanya pergi, terjadilah pertengkaran dengan pihak ibu. Kasus ini disampaikan kepada *Khalifah* Abu Bakar dan ia memutuskan menetapkan bahwa anak itu ikut ibunya (riwayat Ibnu Abi Syaibah).³³

Ketentuan hukum Islam tentang kedudukan anak dalam keadaan perceraian orang tua telah diatur secara baik. Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anaknya sebaik-baiknya.³⁴ Kewajiban tersebut berlaku sampai anaknya kawin atau dewasa dan masih berlaku setelah putusannya perkawinan.³⁵ Selain itu, kedua orang tua berkuasa untuk mewakili anaknya mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan,³⁶ serta bertanggung jawab atas biaya penyusuan anaknya.³⁷

Dengan demikian konsep pengasuhan anak yang ada dalam konvensi CEDAW dalam pasal 16 ayat 1 huruf (c), (d) dan (f) yang mengusung persamaan hak dan tanggung jawab sebagai orang tua dalam mengutamakan

³² Suatu dusun di tepi kota Madinah.

³³ Satria Efendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Kontemporer*, Jakarta; Prenada Media, 2004, h. 182.

³⁴ Pasal 45 Ayat (1) UU No. 1 Tahun 1974.

³⁵ Pasal 45 Ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974.

³⁶ Pasal 47 Ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 dan Ayat (2) KHI.

³⁷ Pasal 104 KHI.

kepentingan anak, seperti kedudukan dan pemeliharaan (pengasuhan), sudah diatur rapi dalam hukum Islam. Namun tanggung jawab orang tua terhadap anaknya dalam hukum Islam tetap dibedakan menurut status kawin mereka. Jika orang tuanya telah kawin sesuai syarat dan rukun yang sah dalam Islam, maka anaknya dianggap sah dan mempunyai implikasi hukum dan nasab kepada kedua orang tuanya.