

**PENGABAIAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA*
DALAM PERJANJIAN HAK ASUH ANAK
(ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG
NOMOR 2021 K/Pdt/2020)**

SKRIPSI

**Diajukan Untuk Memenuhi Syarat
Mendapatkan Gelar Sarjana Hukum**

Oleh:

**SARAH ROSANNA ANWAR
(1806200293)**



UMSU

Unggul | Cerdas | Terpercaya

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SUMATERA UTARA
MEDAN
2022**



UMSU
Unggul | Cerdas | Terpercaya

Dikehendaki untuk magang dan
sumber daya tenaga kerja

MAJELIS PENDIDIKAN TINGGI PENELITIAN & PENGEMBANGAN PIMPINAN PUSAT MUHAMMADIYAH
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SUMATERA UTARA
FAKULTAS HUKUM

UMSU Terakreditasi A Berdasarkan Keputusan Badan Akreditasi Nasional Perguruan Tinggi No. 89/SK/BAN-PT/Akred/PT/III/2019
Pusat Administrasi: Jalan Mukhtar Basri No. 3 Medan 20238 Telp. (061) 6622400 - 66224567 Fax. (061) 6625474 - 6631003
<http://fahum.umsu.ac.id> fahum@umsu.ac.id [fahum@umsu.ac.id](#) [umsu.ac.id](#) [umsu.ac.id](#) [umsu.ac.id](#) [umsu.ac.id](#)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

BERITA ACARA
UJIAN MEMPERTAHANKAN SKRIPSI SARJANA
BAGI MAHASISWA PROGRAM STRATA I

Panitia ujian sarjana strata I Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara, dalam sidangnya yang diselenggarakan pada hari Kamis, Tanggal 13 Oktober 2022 Jam 08.30 WIB sampai dengan selesai, setelah mendengar, melihat, memperhatikan menimbang:

MENETAPKAN

NAMA : SARAH ROSANNA ANWAR
NPM : 1806200293
PRODI/BAGIAN : HUKUM/ HUKUM PERDATA
JUDUL SKRIPSI : PENGABAIAAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA* DALAM PERJANJIAN HAK ASUH ANAK (ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG NOMOR 2021 K/Pdt/2020)

Dinyatakan : (A) Lulus Yudisium dengan Predikat Istimewa
() Lulus Bersyarat, Memperbaiki/Ujian Ulang
() Tidak Lulus

Setelah lulus, dinyatakan berhak dan berwenang mendapatkan gelar Sarjana Hukum (SH) dalam Bagian Hukum Perdata.

PANITIA UJIAN

Ketua
DEKAN FAKULTAS HUKUM


Dr. FAISAL, S.H., M.Hum
NIDN: 0122087502

Sekretaris


Dr. ZAINUDDIN, S.H., M.H
NIDN: 0118047901

ANGGOTA PENGUJI :

1. FAISAL RIZA, S.H., M.H
2. MIRSA ASTUTI, S.H., M.H
3. MHD. TEGUH SYUHADA LUBIS, S.H., M.H

1. 
2. 
3. 



UMSU

Unggul | Cerdas | Terpercaya

Bisa mengawali suatu tugas dengan aman dan tanggapnya

MAJELIS PENDIDIKAN TINGGI PENELITIAN & PENGEMBANGAN PIMPINAN PUSAT MUHAMMADIYAH
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SUMATERA UTARA
FAKULTAS HUKUM

UMSU Terakreditasi A Berdasarkan Keputusan Badan Akreditasi Nasional Perguruan Tinggi No. 99/SK/BAN-PT/Akred/PT/III/2019

Pusat Administrasi: Jalan Mukhtar Basri No. 3 Medan 20238 Telp. (061) 6622400 - 66224567 Fax. (061) 6625474 - 6631003

<http://fahum.umsu.ac.id> fahum@umsu.ac.id [umsumedan](https://www.facebook.com/umsumedan) [umsumedan](https://www.instagram.com/umsumedan) [umsumedan](https://www.youtube.com/umsumedan)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

PENDAFTARAN UJIAN SKRIPSI

Pendaftaran Skripsi Sarjana Strata I Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara, bagi:

NAMA : SARAH ROSANNA ANWAR
NPM : 1806200293
PRODI/BAGIAN : HUKUM/HUKUM PERDATA
JUDUL SKRIPSI : PENGABAIAAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA*
DALAM PERJANJIAN HAK ASUH ANAK
(ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG
NOMOR 2021 K/Pdt/2020)

PENDAFTARAN : Tanggal, 11 Oktober 2022

Dengan diterimanya Skripsi ini, sesudah lulus dari Ujian Sripsi penulis berhak memakai gelar:

SARJANA HUKUM (S.H)

Diketahui
DEKAN FAKULTAS HUKUM

Dr. FAISAL, S.H., M.Hum.

NIDN: 0122087502

PEMBIMBING

MHD. TEGUH SYUHADA LUBIS, S.H., M.F.

NIDN: 0018098801



UMSU

Unggul | Cerdas | Terpercaya

Umsu, Mengembangkan potensi keagamaan dan keilmuan
dalam rangka membangun bangsa dan negara

MAJELIS PENDIDIKAN TINGGI PENELITIAN & PENGEMBANGAN PIMPINAN PUSAT MUHAMMADIYAH
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SUMATERA UTARA
FAKULTAS HUKUM

UMSU Terakreditasi A Berdasarkan Keputusan Badan Akreditasi Nasional Perguruan Tinggi No. 89/SK/BAN-PT/Akred/PT/III/2019

Pusat Administrasi: Jalan Mukhtar Basri No. 3 Medan 20238 Telp. (061) 6622400 - 66224567 Fax. (061) 6625474 - 6631003

<http://fahum.umsu.ac.id> fahum@umsu.ac.id [f umsumedan](https://www.facebook.com/umsu.medan) [i umsumedan](https://www.instagram.com/umsu.medan) [t umsumedan](https://www.linkedin.com/company/umsu.medan) [y umsumedan](https://www.youtube.com/channel/UC...)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

LEMBAR PERSETUJUAN PEMBIMBING

NAMA : SARAH ROSANNA ANWAR
NPM : 1806200293
PRODI/BAGIAN : ILMU HUKUM/ HUKUM PERDATA
JUDUL SKRIPSI : PENGABAIAAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA*
DALAM PERJANJIAN HAK ASUH ANAK (ANALISIS
PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG NOMOR 2021
K/Pdt/2020)

DISETUJUI UNTUK DISAMPAIKAN KEPADA
PANITIA UJIAN SKRIPSI

Medan, 07 Oktober 2022

DOSEN PEMBIMBING

MHD. TEGUH SYUHADA LUBIS, S.H., M.H.
NIDN: 0018098801

Unggul | Cerdas | Terpercaya



UMSU
Unggul | Cerdas | Terpercaya

Bila menjawab surat ini agar disebutkan nomor dan tanggalnya

MAJELIS PENDIDIKAN TINGGI PENELITIAN & PENGEMBANGAN PIMPINAN PUSAT MUHAMMADIYAH
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SUMATERA UTARA
FAKULTAS HUKUM

UMSU Terakreditasi A Berdasarkan Keputusan Badan Akreditasi Nasional Perguruan Tinggi No. 89/SK/BAN-PT/Akred/PT/III/2019

Pusat Administrasi: Jalan Mukhtar Basri No. 3 Medan 20238 Telp. (061) 6622400 - 66224567 Fax. (061) 6625474 - 6631003

<https://fahum.umsu.ac.id> fahum@umsu.ac.id [f umsumedan](https://www.facebook.com/umsumedan) [i umsumedan](https://www.instagram.com/umsumedan) [t umsumedan](https://www.tiktok.com/@umsumedan) [y umsumedan](https://www.youtube.com/channel/UC...)

PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Nama : SARAH ROSANNA ANWAR
NPM : 1806200293
Fakultas : HUKUM
Program Studi : HUKUM
Bagian : HUKUM PERDATA
Judul Skripsi : PENGABAIAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA* DALAM PERJANJIAN HAK ASUH ANAK (ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG NOMOR 2021 K/Pdt/2020)

Dengan ini menyatakan sesungguhnya bahwa skripsi yang saya tulis secara keseluruhan adalah hasil penelitian/karya saya sendiri, kecuali pada bagian-bagian yang dirujuk sumbernya. Apabila ternyata di kemudian hari skripsi ini diketahui merupakan hasil plagiat atau merupakan karya orang lain, maka dengan ini saya menyatakan bersedia menerima sanksi akademik sesuai dengan ketentuan yang berlaku.

Medan, 07 Oktober 2022

Saya yang menyatakan,



SARAH ROSANNA ANWAR

NPM. 1806200293



UMSU
Unggul | Cerdas | Terpercaya

MAJLIS PENDIDIKAN TINGGI PENELITIAN & PENGEMBANGAN PIMPINAN PUSAT MUHAMMADIYAH
UNIVERSITAS MUHAMMADIYAH SUMATERA UTARA
FAKULTAS HUKUM

UMSU Terakreditasi A Berdasarkan Keputusan Badan Akreditasi Nasional Perguruan Tinggi No. 89/SK/BAN-PT/Akred/PT/III/2019
Pusat Administrasi: Jalan Mukhtar Basri No. 3 Medan 20238 Telp. (061) 6622400 - 66224567 Fax. (061) 6625474 - 6631003
<http://fahum.umsu.ac.id> fahum@umsu.ac.id [fahum](#) [umsu](#) [umsu](#) [umsu](#)



KARTU BIMBINGAN SKRIPSI MAHASISWA

NAMA : SARAH ROSANNA ANWAR
NPM : 1806200293
PRODI/BAGIAN : ILMU HUKUM/HUKUM PERDATA
JUDUL SKRIPSI : PENGABAIAAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA* DALAM PERJANJIAN HAK ASUH ANAK (ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG NOMOR 2021 K/Pdt/2020)
Pembimbing : MHD. TEGUH SYUHADA LUBIS, S.H., M.H.

TANGGAL	MATERI BIMBINGAN	TANDA TANGAN
02 Juni 2022	Seminar proposal perbaikan sesuai catatan	
01 Juli 2022	BAB I Latar belakang, Perumusan masalah	
11 Juli 2022	BAB II Tinjauan Pustaka diperbaiki	
21 Juli 2022	Metode penelitian diperbaiki sesuai buku rujukan	
01 Agustus 2022	Pernyataan diperbaiki	
10 Agustus 2022	BAB III Hasil Penelitian difokuskan	
12 September 2022	Pembahasan I & II perlu difokuskan	
07 Oktober 2022	BAB IV Kesimpulan dan Saran	
07 Oktober 2022	Bedan Pokok Acc disidangkan	

Diketahui,
DEKAN FAKULTAS HUKUM

(Dr. FAISAL, SH., M.Hum)

DOSEN PEMBIMBING

(MHD. TEGUH SYUHADA LUBIS, S.H., M.H.)

ABSTRAK

**PENGABAIAN ASAS *PACTA SUNT SERVANDA* DALAM PERJANJIAN
HAK ASUH ANAK**

(ANALISIS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG NO. 2021 K/PDT/2020)

Sarah Rosanna Anwar

Setiap subjek hukum diberikan kebebasan atau kebolehan untuk mengadakan perjanjian dalam bentuk apa saja dan kepada siapa saja. Kebebasan ini bersifat tidak absolut, yaitu substansi perjanjiannya tidak boleh bertentangan dengan undang-undang termasuk perjanjian yang menjadikan anak sebagai objek perjanjian/perikatan. Adapun perjanjian sebagaimana dimaksud merupakan Perjanjian mengenai Hak Asuh Anak, Perjanjian Hak Asuh Anak secara khusus tidak diatur dalam Hukum Positif, perjanjian ini termasuk kedalam perjanjian tidak bernama (*Innominaat*) sehingga perjanjian ini merupakan perjanjian yang terimplementasi dari asas *pacta sunt servanda* dan boleh dilakukan, mengingat bahwa perjanjian ini tidak melanggar syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, namun dalam suatu kasus ditemukan adanya perjanjian hak asuh anak yang kemudian menjadi objek gugatan perbuatan melawan hukum yang amar putusannya dianggap mengabaikan prinsip asas *pacta sunt servanda* yang menjadi dasar pemikiran menganalisis dalam penelitian ini.

Penelitian ini menggunakan jenis penelitian deskriptif dengan jenis pendekatan penelitian hukum yuridis normatif yaitu penelitian dengan pendekatan undang-undang (*Statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*) yang diambil dari data sekunder yang merupakan bahan hukum primer, sekunder dan tertier. Alat pengumpul data yang dipergunakan untuk pengumpulan data dilakukan melalui studi kepustakaan (*library research*).

Berdasarkan hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa perjanjian Hak Asuh Anak tidak diatur dalam Hukum Positif di Indonesia, namun perjanjian ini dilegalkan karena sesuai dengan syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara sehingga termasuk kedalam perjanjian tidak bernama (*Innominaat*), namun implementasi asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian Hak Asuh Anak ini boleh diabaikan dengan melihat keadaan yang memungkinkan sebuah putusan atau kesepakatan tidak dapat terlaksanakan dengan baik. Selanjutnya kedudukan perjanjian Hak Asuh Anak tergolong dalam hukum privat karena perjanjian tersebut merupakan bentuk perikatan atas kesepakatan kedua belah pihak yang diakui dalam hukum perdata, namun pengaturan tentang hak asuh anak juga terdapat dalam hukum publik yaitu Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak. Pertimbangan Hakim Terhadap Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 yang dianggap mengabaikan Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Perjanjian Hak Asuh Anak yang dalam perspektif penulis keputusan ini dianggap boleh dilakukan dengan mempertimbangkan kemungkinan yang bisa terjadi juga memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak.

Kata Kunci: Asas Pacta Sunt Servanda, Perjanjian, Hak Asuh Anak

KATA PENGANTAR

سَمِ اللهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ

Assalamualaikum Warahtullahi Wabarakatuh.

Pertama-tama disampaikan rasa syukur kehadiran Allah SWT yang maha pengasih lagi maha penyayang atas segala rahmat dan karuniaNya sehingga skripsi ini dapat diselesaikan. Skripsi merupakan salah satu persyaratan bagi setiap mahasiswa yang ingin menyelesaikan studinya di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara. Sehubungan dengan itu, disusun skripsi yang berjudul **Pengabaian Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Perjanjian Hak Asuh Anak (Analisis Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020)**.

Dengan selesainya skripsi ini, perkenankanlah diucapkan terimakasih yang sebesar-besarnya dengan rasa hormat dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada Rektor Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara Bapak Prof. Dr. Agussani., M.AP atas kesempatan dan fasilitas yang diberikan kepada kami untuk mengikuti dan menyelesaikan pendidikan program sarjana ini. Dekan Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara Bapak Dr. Faisal, S.H., M.Hum atas kesempatan menjadi mahasiswi Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara. Demikian juga halnya kepada Wakil Dekan I Bapak Dr. Zainuddin, S.H., M.H. Ibu Atika Rahmi, S.H., M.H

Terimakasih yang tak terhingga dan penghargaan yang setinggi-tingginya diucapkan kepada Bapak M. Teguh Syuhada Lubis, S.H., M.H. selaku Pembimbing yang dengan penuh perhatian telah memberikan dorongan,

bimbingan, masukan, dan arahan sehingga skripsi ini selesai. Kemudian disampaikan juga penghargaan kepada seluruh staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara, serta kepada seluruh Civitas akademika Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara.

Secara khusus dengan rasa hormat serta penghargaan yang setinggi-tingginya penulis ucapkan kepada Ayahanda Mukhlis Anwar, S.Pi dan Ibunda tercinta Ulfah Khairiyah, S.E. selaku orang tua penulis yang telah mengasuh dan mendidik penulis dengan curahan kasih sayang. Terimakasih atas doa yang tulus dan dukungan tiada henti, motivasi serta cinta yang diberikan. Juga kepada kedua adik saya M. Lanang Polino dan Anna Alfathun Nisa Anwar selaku saudara kandung penulis, serta keluarga penulis lainnya yang tidak dapat diutarakan satu persatu yang sedikit banyaknya telah berperan dalam mendukung penulis untuk menyelesaikan penulisan skripsi ini.

Tiada hal yang paling indah, kecuali persahabatan, untuk itu dalam kesempatan ini diucapkan terimakasih kepada sahabat-sahabat terbaik penulis yang telah banyak berperan terutama, drg. Raja Purba, Salsabillah Ananda Putri, Vivi Zulviani, Zara Maghfirah S.K.G., Wiwit Febrianti Aritonang, yang sudah menjadi teman baik selama kuliah dan menjadi tempat diskusi dikala gundah maupun senang serta teman-teman seperjuangan di Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Sumatera Utara yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu, terimakasih atas semua kebaikannya semoga Allah SWT membalas kebaikan kalian semua.

Akhir kata, Penulis mengucapkan mohon maaf atas segala kesalahan selama ini, begitupun didasari bahwa skripsi ini jauh dari sempurna. Untuk itu, diharapkan ada masukan yang membangun untuk kesempurnaannya. Terimakasih semua, tiada lain yang diucapkan selain kata semoga kiranya mendapat balasan dari Allah SWT dan mudah-mudahan semuanya selalu dalam lindungan Allah SWT, Amin. Sesungguhnya Allah mengetahui akan niat baik hamba-hambanya.

Assalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Medan, 07 September 2022

Hormat Saya

Penulis,

**Sarah Rosanna Anwar
NPM.1806200293**

DAFTAR ISI

ABSTRAK	i
KATA PENGANTAR.....	ii
DAFTAR ISI.....	v
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
1. Rumusan Masalah.....	6
2. Faedah Penelitian.....	7
B. Tujuan Penelitian.....	7
C. Defenisi Operasional	7
D. Keaslian Penelitian	9
E. Metode Penelitian	10
1. Jenis dan Pendekatan Penelitian	11
2. Sifat Penelitian.....	12
3. Sumber Data	12
4. Alat Pengumpul Data.....	14
5. Analisis Data.....	14
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	14
A. Tinjauan Umum Tentang Perjanjian.....	14
B. Asas <i>Pacta Sunt Servanda</i> Dalam Hukum Perjanjian.....	26
C. Hak Asuh Anak Dalam Hukum Positif Di Indonesia.....	27

BAB III HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN 33

A. Pengaturan Hukum Tentang Perjanjian Hak Asuh Anak Menurut
Hukum Positif Di Indonesia 33

B. Kedudukan Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Privat dan
Hukum Publik Terhadap Hak Asuh Anak..... 38

1. Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Privat 39

2. Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Publik 40

3. Kedudukan Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Perspektif
Hukum Privat dan Hukum Publik. 42

C. Analisis Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 Atas
Pengabaian Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Perjanjian Hak
Asuh Anak 43

BAB IV KESIMPULAN DAN SARAN 70

A. Kesimpulan..... 70

B. Saran 71

DAFTAR PUSTAKA

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Setiap subjek hukum diberikan kebebasan atau kebolehan untuk mengadakan perjanjian dalam bentuk apa saja dan kepada siapa saja. Kebebasan ini bersifat tidak absolut, yaitu substansi perjanjiannya tidak boleh bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan atau ketertiban umum. Dalam sistem hukum perjanjian, prinsip ini dikenal dengan istilah asas kebebasan berkontrak yang diatur dalam Pasal 1338 KUH Perdata.

Kebebasan para pihak untuk mengadakan perjanjian merupakan suatu keniscayaan untuk menjawab kebutuhan sosial dalam masyarakat di bidang hukum privat, karena perkembangan hukum mungkin tertinggal oleh perubahan sosial serta kebudayaan masyarakat. Apabila tiada asas kebebasan berkontrak, maka diasumsikan dapat mengakibatkan *social lag* yaitu ketidakseimbangan perkembangan lembaga kemasyarakatan yang berdampak terjadinya kepincangan-kepincangan.¹

Selain asas kebebasan berkontrak, ada pula suatu asas yang dikenal dengan istilah asas *pacta sunt servanda*, yaitu asas yang menekankan bahwasanya para pihak wajib melaksanakan atau merealisasikan isi perjanjian yang telah disepakati bersama. Kewajiban bagi para pihak mengisyaratkan asas *pacta sunt servanda* identik dengan asas kepastian hukum mengenai sifat mengikatnya perjanjian.

¹ I Gusti Ngurah Dharma Laksana dkk. 2017. *Sosiologi Hukum*. Bali: Pustaka Ekspresi, halaman 133.

Meskipun mengikat, tetapi keberlakuan dari asas *pacta sunt servanda* bersifat paradoks dengan asas kebebasan berkontrak. Artinya, isi perjanjian yang bersifat mengikat bagi para pihaknya, hanya dapat dilaksanakan bilamana substansi perjanjiannya berisikan klausul-klausul yang tidak bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan atau ketertiban umum. Ini berarti, apabila perjanjian berisikan klausul yang bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak, maka sifat mengikatnya menjadi hilang.

Sifat paradoks antara asas *pacta sunt servanda* dengan asas kebebasan berkontrak merupakan 2 (dua) asas yang seolah-olah saling bertentangan (antinomi), tetapi kedua asas sesungguhnya saling mendukung. Mahadi mengatakan untuk dipergunakan dalam praktek, asas harus dimatangkan dulu, harus dimasak dulu, harus digodok dulu, sedangkan Khudzaifah Dimiyati menyatakan undang-undang dibuat sebagai sarana penyelesaian konflik tetapi sekaligus juga dapat menimbulkan konflik-konflik baru, sehingga dapat dikatakan undang-undang menyimpan potensi konflik.²

Penerapan asas kebebasan berkontrak dan asas *pacta sunt servanda* sangat banyak terjadi dalam berbagai kebutuhan sosial dalam masyarakat, di antaranya perjanjian antara mantan suami dengan mantan istri dalam hal pengasuhan anak yang diakibatkan oleh perceraian.

Manusia sebagai makhluk yang diciptakan dengan penggolongan jenis kelamin pria dan wanita memang dikodratkan untuk saling tertarik satu sama lain sehingga tergerak untuk mempersatukan diri dalam ikatan perkawinan. Namun

² Khudzaifah Dimiyati. 2005. *Teorisasi Hukum; Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945 - 1990*. Yogyakarta: Publishing, halaman 115.

dalam suatu perkawinan tentu tidak terlepas dari adanya konflik antara suami dan istri yang menyebabkan ketidakrukunan dalam rumah tangga.

Munculnya konflik dalam rumah tangga ini kadangkala tidak dapat diselesaikan dengan baik sehingga mempengaruhi hubungan antara suami dan istri dalam jangka panjang. Esensi dari perkawinan untuk membentuk keluarga yang bahagia pun menjadi tidak tercapai karena ketidakrukunan tersebut, hingga pada puncaknya dapat pula menyebabkan perkawinan tidak dapat diteruskan atau putus. Putusnya perkawinan atas kehendak suami atau istri atau bahkan kehendak keduanya karena adanya ketidakrukunan disebut dengan istilah perceraian.

Perceraian adalah penghapusan perkawinan dengan putusan hakim atau tuntutan salah satu pihak dalam perkawinan. Putusnya perkawinan membawa berbagai akibat hukum, salah satunya mengenai pengasuhan anak. Putusnya suatu perkawinan akibat perceraian tidak berarti kedua orang tua terlepas dari kewajiban untuk mengurus anak. Dalam hukum positif Indonesia, tepatnya dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, diatur bahwa baik ibu atau bapak tetap berkewajiban untuk memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri dan kewajiban ini terus berlaku meskipun perkawinan antara kedua orang tua telah putus. Apabila terjadi perceraian dan muncul perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusannya yang dikenal dengan penetapan hak asuh anak.

Pasca perceraian, seringkali terjadi fenomena perebutan hak asuh anak antara suami dan istri sehingga salah satu solusi untuk meminimalisir munculnya konflik perebutan hak asuh anak tersebut ialah dengan membuat perjanjian hak asuh anak. Perjanjian hak asuh anak berisikan keinginan serta kesepakatan dari orang tua yang berpisah, sehingga nantinya akan dapat adil bagi kedua belah

pihak baik ayah ataupun ibu. Selain itu, perjanjian hak asuh anak juga dapat mempermudah hakim dalam memberikan pertimbangannya untuk memutuskan dan menetapkan kuasa mengasuh anak sehingga meminimalisir lahirnya konflik

Mahkamah Agung dalam Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 tanggal 09 September 2020 telah memutuskan perselisihan tentang perjanjian antara mantan suami dengan mantan istri dalam hal pengasuhan anak yang diakibatkan oleh perceraian terhadap anak yang lahir di Amerika Serikat dari perkawinan yang sah dari seorang ayah dan ibu warga negara Indonesia.

Menurut Pasal 41 huruf (a) Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menyatakan “akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah: baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak. Bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusannya”.

Pasal ini juga sesuai dengan Q.S Al-Baqarah Ayat 233, yang berbunyi:

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

Yang Artinya:

“Dan ibu-ibu hendaklah menyusui anak-anaknya selama dua tahun penuh, bagi yang ingin menyusui secara sempurna. Dan kewajiban ayah menanggung nafkah dan pakaian mereka dengan cara yang patut. Seseorang tidak dibebani lebih dari kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita karena anaknya dan jangan pula seorang ayah (menderita) karena anaknya. Ahli waris pun (berkewajiban) seperti itu pula. Apabila keduanya ingin menyapih dengan

persetujuan dan permusyawaratan antara keduanya, maka tidak ada dosa atas keduanya. Dan jika kamu ingin menyusukan anakmu kepada orang lain, maka tidak ada dosa bagimu memberikan pembayaran dengan cara yang patut. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.”

Dari pengaturan hukum ini, maka perceraian tidak menghapuskan kewajiban orang tua kepada anak-anaknya. Bilamana terjadi perceraian, penentuan Hak Asuh Anak merujuk pada Yurisprudensi (putusan pengadilan terdahulu), dijelaskan dalam Putusan Mahkamah Agung RI No. 126 K/Pdt/2001 tanggal 28 Agustus 2003 dinyatakan bahwa: “Bila terjadi perceraian, anak yang masih di bawah umur pemeliharannya seyogyanya diserahkan kepada orang terdekat dan akrab dengan si anak yaitu ibu”.

Kedudukan perjanjian Hak Asuh Anak tergolong dalam hukum privat karena perjanjian tersebut merupakan bentuk perikatan atas kesepakatan kedua belah pihak yang diakui dalam hukum perdata, namun pengaturan tentang hak asuh anak juga terdapat dalam hukum publik yaitu Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak, sehingga ketika terjadi ketidaksesuaian kehendak antara mantan suami dengan mantan istri dalam hal pengasuhan anak yang sebelumnya telah terdapat kesepakatan bersama, maka pengadilan harus mengedepankan hukum publik untuk penyelesaiannya, yaitu berdasarkan Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak

Menarik untuk diteliti dictum dari putusan hakim yang memutuskan pengasuhan anak ditetapkan kepada mantan istri, padahal antara mantan suami dengan mantan istri telah saling bersepakat untuk mengurus serta merawat

anakanya secara berbagi waktu dan tempat, yaitu: hak mantan suami untuk 7 (tujuh) hari di Amerika Serikat dan hak mantan istri untuk 7 (tujuh) hari di Indonesia.

Berdasarkan pemikiran tersebut, maka dirasa perlu untuk meneliti dasar pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) dari hakim yang mengabaikan asas *pacta sunt servanda* yang telah disepakati bersama oleh para pihak yang membuatnya. Oleh karena itu, penelitian ini bertujuan untuk menemukan hukum terhadap situasi konkret tertentu serta menetapkan siapa berhak atas apa, terhadap siapa, berkenaan dengan apa, dalam situasi apa dan seterusnya,³ sedangkan Bernard Arief Sidharta menyatakan kegiatan ini untuk mengantisipasi dan menawarkan penyelesaian masalah hukum konkret yang mungkin terjadi di dalam masyarakat, baik yang dihadapi individu perorangan maupun yang dihadapi oleh masyarakat secara keseluruhan.⁴

1. Rumusan Masalah

Berdasarkan kepada latar belakang tersebut, maka yang menjadi rumusan masalah adalah:

- a. Bagaimana Pengaturan Hukum Tentang Hak Asuh Anak Menurut Hukum Positif Di Indonesia?
- b. Bagaimana Kedudukan Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Privat dan Hukum Publik Terhadap Hak Asuh Anak?
- c. Bagaimana Analisis Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 Atas Pengabaian Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Perjanjian Hak Asuh Anak?

³ Khuzaifah Dimiyati. 2014. *Pemikiran Hukum; Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Genta Publishing, halaman 41.

⁴ Bernard Arief Sidharta. 2013. *Ilmu Hukum Indonesia: Upaya Pengembangan Ilmu Hukum Sistematis Yang Responsif Terhadap Perubahan Masyarakat*, Yogyakarta: Genta Publishing, halaman 29.

2. Faedah Penelitian

Merujuk pada rumusan masalah yang akan diteliti sebagaimana disebutkan diatas, penelitian ini dapat memberikan faedah sebagai berikut :

- a. Secara teoritis, diharapkan dapat menjadi sumbangan bagi perkembangan ilmu hukum khususnya mengenai pengabaian asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian hak asuh anak demi melindungi warga negara.
- b. Secara praktis, diharapkan dapat dipergunakan sebagai sumber rujukan atau pedoman bagi akademisi hukum, praktisi hukum dan masyarakat untuk memahami dan menerapkan kasus-kasus yang berkaitan dengan pengabaian asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian hak asuh anak demi melindungi warga negara.

B. Tujuan Penelitian

Berdasarkan kepada rumusan masalah tersebut, maka yang menjadi tujuan penelitian adalah:

1. Untuk mengetahui Pengaturan Hukum Tentang Hak Asuh Anak Menurut Hukum Positif Di Indonesia
2. Untuk mengetahui Kedudukan Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Privat dan Hukum Publik Terhadap Hak Asuh Anak
3. Untuk mengetahui Analisis Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 Atas Pengabaian Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Perjanjian Hak Asuh Anak

C. Definisi Operasional

Definisi operasional atau kerangka konsep adalah kerangka yang menggambarkan hubungan antara definisi-definisi/konsep-konsep khusus yang

akan diteliti.⁵ Untuk menghindari kesalahan persepsi, maka diberikan batasan pengertian, yang disebut dengan istilah definisi operasional atau kerangka konsep yaitu kerangka yang menggambarkan hubungan antara definisi-definisi/konsep-konsep khusus dengan materi yang akan diteliti.⁶

Adapun beberapa definisi operasional yang dipergunakan dalam skripsi ini, adalah:

1. Kamus Besar Bahasa Indonesia mengartikan kata “pengabaian” sebagai proses, cara, perbuatan mengabaikan (tidak memedulikan, melalaikan),⁷ sehingga kata “pengabaian” dalam skripsi ini diartikan sebagai perbuatan hakim melalui pertimbangan hukum dalam putusan yang mengabaikan asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian hak asuh anak demi melindungi warga negara.
2. Asas *pacta sunt servanda* disebut asas kepastian hukum, yaitu: asas yang mewajibkan hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak sebagaimana layaknya undang-undang. Mereka tidak boleh intervensi terhadap substansi perjanjian yang dibuat oleh para pihak yang dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara.⁸

Oleh karena itu, asas *pacta sunt servanda* dalam skripsi ini diartikan sebagai suatu prinsip yang mewajibkan para pihak untuk melaksanakan atau merealisasikan klausul-klausul yang telah disepakati dalam perjanjian hak asuh

⁵ Ida Hanifah, dkk. 2018. *Pedoman Penulisan Tugas Akhir Mahasiswa*. Medan: CV. Pustaka Prima. halaman 17.

⁶ *Ibid*

⁷ Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan. *KBBI Daring*. <https://kbbi.kemdikbud.go.id/>. menggunakan pencarian dengan kata kunci: “pengabaian”, diakses pada hari Senin tanggal 03 Januari 2022 pukul 10.10 WIB

⁸ Jamal Wiwoho dan Anis Mashdurohatun. 2017. *Hukum Kontrak, Ekonomi Syariah dan Etika Bisnis*. Semarang: UNDIP PRESS, halaman 26.

anak, tetapi diabaikan oleh hakim dalam pertimbangan hukumnya demi untuk melindungi warga negara.

3. Perjanjian diatur dalam Pasal 1313 KUHPerdara yang mendefinisikan perjanjian adalah suatu perbuatan di mana satu orang atau lebih mengikatkan diri terhadap satu orang lain atau lebih. Perjanjian
4. Hak asuh anak merupakan hak atau kekuasaan dari orangtua untuk mengurus dan merawat anak-anaknya.

Oleh karena itu, perjanjian hak asuh anak dalam skripsi ini diartikan sebagai kesepakatan antara mantan suami dengan mantan istri untuk mengurus serta merawat anaknya secara berbagi waktu dan tempat, yaitu: hak mantan suami untuk 7 (tujuh) hari di Amerika Serikat dan hak mantan istri untuk 7 (tujuh) hari di Indonesia.

D. Keaslian Penelitian

Penelitian yang meneliti mengenai penerapan asas *pacta sunt servanda* serta penelitian mengenai pihak yang berhak mendapatkan hak asuh anak telah banyak dilakukan. Akan tetapi, dari penelusuran perpustakaan di beberapa fakultas hukum, tidak ditemukan penelitian yang materi penelitiannya mengenai pengabaian asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian hak asuh anak.

Penelitian yang meneliti tentang penerapan asas *pacta sunt servanda* serta penelitian mengenai pihak yang berhak mendapatkan hak asuh anak, diantaranya adalah:

1. Skripsi dari Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta pada tahun 2019 oleh Ajeng Kusumawati, dengan judul: “Tinjauan Yuridis Perjanjian Jual Beli Pupuk Antara Distributor (CV. Subur Makmur) Dengan Pengecer (UD.

Mulya Tani) Di Sukoharjo (Studi Penerapan Asas *Pacta Sunt Servanda*)”, dengan hasil penelitian bahwasanya perjanjian bersifat mengikat sehingga para pihak harus melaksanakan hak dan kewajiban sebagaimana yang telah disepakati, tetapi penerapannya berjalan tidak sepenuhnya lancar.

2. Penelitian yang dilakukan oleh I Wayan Agus Vijayantera, dengan judul: “Keberadaan Perjanjian Pengasuhan Anak Dalam Proses Perceraian Di Pengadilan Sebagai Pertimbangan Menetapkan Hak Asuh Anak” yang dimuat dalam jurnal Akses terbitan tahun 2019 dengan Vol.11 No. 2 Desember 2019, dengan hasil penelitian bahwasanya terdapat putusan pengadilan yang memutus perjanjian pengasuhan anak dinyatakan sah dan berharga, tetapi ada pula pengadilan yang menolak perjanjian pengasuhan anak dengan alasan pengasuhan anak merupakan kewajiban kedua orang tuanya.

Terdapat perbedaan antara kedua skripsi diatas dengan penelitian ini, yaitu penelitian ini berfokus pada pengabaian asas *pacta sunt servanda* oleh Majelis Hakim dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 2021 K/Pdt/2020 yang mengabaikan putusan hakim sebelumnya, dengan demikian, penelitian skripsi ini belum pernah dilakukan sehingga asli dari segi judul, materi penelitian, dan pembahasannya.

E. Metode Penelitian

Penelitian hukum merupakan suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika, dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari sesuatu pada beberapa gejala hukum tertentu, dengan cara menganalisisnya. Disamping itu, juga diadakan pemeriksaan yang mendalam terhadap faktor hukum

tersebut, untuk kemudian mengusahakan suatu pemecahan atas permasalahan yang timbul di dalam gejala yang bersangkutan.⁹

Metode Penelitian adalah tata cara bagaimana melakukan penelitian. Metode penelitian adalah suatu cara untuk memecahkan masalah ataupun cara mengembangkan ilmu pengetahuan dengan menggunakan metode ilmiah.¹⁰ Untuk memecahkan permasalahan dan mencari jawaban atas permasalahan yang ditentukan, maka metode penelitian yang akan digunakan berupa:

1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Pada dasarnya jenis penelitian hukum dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu terdiri dari: penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan yuridis empiris. Penelitian ini menggunakan jenis penelitian yuridis normatif, dikatakan normatif, karena hukum merupakan sesuatu yang otonom sehingga keberlakuannya ditentukan oleh hukum itu sendiri. Atau biasa disebut dengan istilah penelitian hukum doktrinal. Dimana hukum dikonsepsikan sebagai apa yang tertuliskan dalam peraturan perundang-undangan (*law in books*), dan penelitian terhadap sistematika hukum dapat dilakukan pada peraturan perundang-undangan tertentu atau hukum tertulis.

Pendekatan yang digunakan dalam skripsi ini dilaksanakan dengan menggunakan dua pendekatan yaitu: pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) merupakan fokus sekaligus tema sentral dalam penelitian hukum yaitu kegiatan untuk menelaah semua peraturan dan regulasi

⁹ Zainuddin Ali. 2016. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, halaman 14.

¹⁰ Jonaedi Efendi dan Johny Ibrahim. 2018. *Metode Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*. Depok: Prenada Media Group, halaman 2-3.

yang berkaitan dengan materi penelitian,¹¹ sedangkan pendekatan kasus (*case approach*) merupakan kegiatan menelaah alasan-alasan hukum yang digunakan hakim untuk sampai pada putusannya.¹²

2. Sifat Penelitian

Penelitian hukum bertujuan untuk mengetahui dan menggambarkan keadaan sesuai mengenai apa dan bagaimana keberadaan norma hukum dan bekerjanya norma hukum pada masyarakat. Berdasarkan tujuan penelitian hukum diatas, maka kecenderungan sifat penelitian yang digunakan adalah deskriptif. Penelitian deskriptif adalah penelitian yang digunakan hanya semata-mata melukiskan keadaan objek atau peristiwanya tanpa suatu maksud untuk mengambil kesimpulan yang berlaku secara umum.¹³

3. Sumber Data

Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah menggunakan data syang bersumber dari hukum Islam (data kewahyuan) dan data sekunder, dimana jenis datanya (bahan hukum) meliputi:

- a. Data yang bersumber dari hukum Islam yaitu Al-Quran Surah Al-Baqarah ayat 233 dikarenakan ayat ini berkesinambungan dengan penelitian ini, Data yang bersumber dari Hukum Islam tersebut lazim disebut pula sebagai data kewahyuan. Dalam rangka menanamkan dan mengamalkan nilai-nilai ajaran Al-Islam dan Kemuhammadiyah.¹⁴

¹¹ Johnny Ibrahim, 2006. *Teori Dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayu Publishing, halaman 302.

¹² Peter Mahmud Marzuki. 2016. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group, halaman 21

¹³ Ida Hanifah, dkk. *Op.Cit.*, halaman 19

¹⁴ *Ibid*

b. Data sekunder adalah data hukum yang diperoleh dari kepustakaan (*library research*) yang meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tertier.

1. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif. Artinya, produk yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki otoritas, meliputi: peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan sebagai konkretisasi dari perundang-undangan. Putusan pengadilan ini sebenarnya yang merupakan *law in action*.

Adapun bahan hukum primer dalam skripsi ini, adalah:

a. Peraturan perundang-undangan, yang meliputi:

1. Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata).
2. Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.
3. Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
4. Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

a. Putusan pengadilan, yaitu: Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 jis Putusan Pengadilan Tinggi Semarang Nomor 473/PDT/2019/PT. SMG dan Putusan Pengadilan Negeri Semarang Nomor 155/Pdt.G/2019/PN. Smg.

2. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang dapat memberikan tinjauan terhadap barang hukum primer yang meliputi buku teks, jurnal hukum, makalah dan dokumen hukum.

3. Bahan hukum tersier merupakan bahan yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder yaitu: kamus bahasa Indonesia dan kamus hukum, ensiklopedia, internet, dan sebagainya.

4. Alat Pengumpul Data

Alat yang dipergunakan untuk mengumpulkan bahan hukum, dilakukan melalui studi kepustakaan (*library research*) yang meliputi:

- a. *Offline*, yaitu menghimpun bahan-bahan hukum dalam bentuk fisik, berupa peraturan-peraturan, buku, laporan penelitian, jurnal hukum, makalah, artikel ilmiah hukum dan dokumen hukum serta kamus yang materinya berkaitan dengan penelitian.
- b. *Online*, yaitu kepustakaan yang dilakukan melalui proses pencarian (*searching*) pada website-website di internet yang materinya berkaitan dengan penelitian.

5. Analisis Data

Analisis yang digunakan bersifat Kualitatif yaitu analisis yang tidak menggunakan angka melainkan memberikan gambaran-gambaran bersifat deskripsi yaitu memecahkan masalah dengan cara memberikan gambaran-gambaran dengan kata-kata atas temuan-temuan dan karenanya lebih mengutamakan mutu/kualitas dari data.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum Tentang Perjanjian

Pasal 1313 KUHPerdara mendefinisikan perjanjian sebagai suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Dari definisi ini, maka unsur-unsur dari perjanjian adalah:

1. perjanjian merupakan suatu perbuatan.
2. antara sekurang-kurangnya 2 (dua) orang.
3. pihak yang satu mengikatkan dirinya terhadap satu orang yang lain.
4. perbuatannya melahirkan perikatan di antara para pihak yang berjanji.

Pertama; perjanjian merupakan suatu perbuatan, yaitu perbuatan hukum untuk mengadakan suatu persesuaian kehendak yang menimbulkan akibat hukum yang disepakati oleh para pihak. Pendapat ini didasarkan alasan bahwasanya kalimat “mengikatkan dirinya” bermakna perbuatannya menimbulkan hak dan kewajiban merupakan suatu persesuaian kehendak yang disebut *toestemming*.

Mengenai hal ini, Siti Malikhatun Badriyah mengemukakan sebagai berikut:

Istilah perjanjian dimaksudkan sebagai terjemahan dari *overeenkomst* dengan persetujuan. Ditinjau dari segi Bahasa Indonesia semata-mata, terjemahan *overeenkomst* dengan persetujuan tidaklah salah sepenuhnya, tetapi dari segi teknik yuridis penggunaan kata persetujuan sebagai terjemahan *overeenkomst* tidak tepat. Salah satu syarat sahnya perjanjian adalah *toestemming* (Pasal 1320 KUH Perdata) yang berarti izin atau dapat juga diterjemahkan dengan persetujuan. Di dalam literatur Belanda, *toestemming* ditafsirkan sebagai *wilsovereenstemming* yang terjemahannya di dalam Bahasa Indonesia adalah persesuaian kehendak atau yang lazim disebut kata sepakat atau sepakat.¹⁵

¹⁵ Siti Malikhatun Badriyah. 2019. *Aspek Hukum Perjanjian Franchise*. Semarang: CV. Tigamedia Pratama, halaman 6.

Essensi dari persesuaian kehendak menimbulkan konsekuensi bahwasanya kontrak merupakan istilah yang tidak berbeda dengan perjanjian. Dalam prakteknya, pelaku bisnis memahami perjanjian dan kontrak memiliki perbedaan arti. Susanto dengan mengutip pendapat Mariam Darus Badruzaman mengatakan bahwasanya kontrak dan perjanjian memiliki pengertian yang sama. Kontrak dalam *Oxford Leamer's Pocket Dictionary* merupakan terjemahan dari *contract* yang bermakna perjanjian. Perbedaannya hanya dari aspek bentuk bahwasanya kontrak merupakan perjanjian yang dibuat secara tertulis, sedangkan perjanjian dapat dibuat secara tertulis atau lisan.¹⁶ Oleh karena itu, kontrak memiliki pengertian lebih sempit dari perjanjian, karena kontrak hanya ditujukan kepada perjanjian yang tertulis.¹⁷

Kedua; antara sekurang-kurangnya 2 (dua) orang. Unsur ini menentukan jumlah pihak yang mengadakan persesuaian kehendak dapat terdiri lebih dari 2 (dua) orang, tetapi mustahil dilakukan seorang diri. Selain itu, penting untuk dicermati bahwasanya unsur ini juga menegaskan pihak yang memiliki kecakapan atau hak untuk mengadakan persesuaian kehendak adalah hanya orang pribadi (*naturlijkpersoon*). Pengaturan ini telah usang, karena telah terjadi perubahan sosial yang diikuti oleh perkembangan hukum bahwasanya bukan hanya orang pribadi (*naturlijkpersoon*) yang memiliki kecakapan atau hak untuk bertindak melakukan suatu perbuatan hukum, melainkan meliputi juga subjek hukum yang bukan orang.

¹⁶ Susanto dkk. 2019. *Pengantar Hukum Bisnis*. Tangerang Selatan: UNPAM Press, halaman 14-17.

¹⁷ Abd. Thalib. 2016. *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*. Pekanbaru: UIR Press, halaman 23.

Pemberian wewenang kecakapan atau hak hukum kepada subjek hukum yang bukan orang dapat bertindak melakukan perbuatan hukum merupakan suatu perubahan sosial yang berdampak kepada perubahan hukum, sehingga subjek hukum dibedakan menjadi 2 (dua) yaitu: Pertama; subjek hukum orang dan Kedua; subjek hukum yang bukan orang.¹⁸ Ketiga; pihak yang satu mengikatkan dirinya terhadap satu orang yang lain. Apabila dihubungkan dengan unsur ke-1, maka unsur mengikatkan diri merupakan perbuatan hukum untuk melakukan persesuaian kehendak yang bersifat sepihak, yaitu kehendak dari satu orang kepada orang yang lain.

Ahmad Miru mengatakan unsur ini kurang tepat karena pengertiannya hanya mencakup perjanjian sepihak (satu orang mengikatkan dirinya kepada satu orang lain atau lebih), padahal perjanjian pada umumnya merupakan perjanjian yang membebani dua pihak, sehingga unsur ini perlu direvisi dengan mengakomodasi 2 (dua) hal, yakni: Pertama; perjanjian sepihak yang bersifat hanya membebani kewajiban bagi salah satu pihak dan Kedua; perjanjian dua pihak yang bersifat membebani kewajiban kepada kedua belah pihak.¹⁹

Perjanjian sepihak yang bersifat hanya membebani kewajiban bagi salah satu pihak merupakan perbuatan hukum bersegi satu (*eenzijdige rechthandeling*) yaitu perjanjian yang akibat hukumnya timbul dengan adanya pernyataan kehendak dari satu pihak,²⁰ seperti:

¹⁸ Hilman dkk. 2017. *Hukum Perseroan Terbatas*. Solo: Pustaka Iltizam, halaman 16.

¹⁹ Ahmad Miru. Tanpa Tahun, *Hukum Perdata Materiil dan Formil*. Diterbitkan oleh: USAID Bekerjasama dengan The Asia Foundation dan Kemitraan (*Partnership*), halaman 274.

²⁰ Josef Mario Monteiro. 2017. *Konsep Dasar Ilmu Hukum*. Malang: Setara Press, halaman 21.

1. Memberi izin kawin, yang diatur dalam Pasal 35 KUH Perdata.
2. Pelepasan hak atas harta bersama oleh isteri, yang diatur dalam Pasal 132 KUH Perdata.
3. Pengakuan terhadap anak luar kawin, yang diatur dalam Pasal 280 KUH Perdata.
4. Membuat testamen atau surat wasiat, yang diatur dalam Pasal 875 KUH Perdata.
5. Penolakan warisan, yang diatur dalam Pasal 1057 KUH Perdata.
6. Pernyataan lalai, yang diatur dalam Pasal 1938 KUH Perdata.
7. Penawaran pembayaran tunai diikuti dengan konsinyasi atau penitipan uang di kepaniteraan pengadilan, yang diatur dalam Pasal 1303 KUH Perdata.

Perjanjian dua pihak yang bersifat membebaskan kewajiban kepada kedua belah pihak merupakan perbuatan hukum bersegi dua (*tweezijdige rechthandeling*) yaitu perjanjian yang akibat hukumnya timbul karena pernyataan kehendak dari dua pihak yang bersifat saling bergantung atau timbal balik.²¹ Artinya, hak dan kewajiban kedua belah pihak mempunyai hubungan satu sama lain, sehingga jika pihak satu memiliki hak maka pihak yang lain berkedudukan sebagai pihak yang memikul kewajiban, seperti:

1. Penitipan barang, yang diatur dalam Pasal 1694 KUH Perdata.
2. Pemberian kuasa, yang diatur dalam Pasal 1792 KUH Perdata.
3. Jual beli, yang diatur dalam Pasal 1457 KUH Perdata.

²¹ *Ibid*

Siti Malikhatus Badriyah mengatakan bahwasanya pada umumnya para ahli hukum dengan bertitik tolak kepada Pasal 1313 KUH Perdata berpendapat perjanjian adalah satu perbuatan hukum yang bersegi dua (*tweezijdige rechthandeling*) untuk menimbulkan persesuaian kehendak guna melahirkan akibat hukum. Dalam perjanjian, perbuatan hukum bersegi dua (*tweezijdige rechthandeling*) merupakan penawaran (*aanbod, offer*) dan penerimaan (*aanvaarding, acceptance*) yang momentumnya sebagai tahap pra kontraktual, kontraktual dan post kontraktual, sehingga perjanjian bukan satu perbuatan hukum melainkan dua perbuatan hukum yang saling berhubungan satu sama lain untuk menimbulkan persesuaian kehendak. Ini berarti, perjanjian bukan suatu perbuatan hukum tetapi hubungan hukum.²²

Hubungan hukum (*rechtsbetrekkingen*) adalah setiap hubungan yang terjadi antara dua subjek hukum atau lebih yang mana hak dan kewajiban di satu pihak berhadapan dengan hak dan kewajiban di pihak yang lain²³ sehingga melahirkan 2 (dua) sisi, yaitu kekuasaan di satu pihak dan kewajiban di pihak lain.²⁴ Artinya, hubungan hukum bersifat timbal balik yaitu pihak yang satu mempunyai hak untuk menuntut sesuatu dari pihak yang lain serta pihak yang lain berkewajiban memenuhi tuntutan itu dan sebaliknya.²⁵

²² Siti Malikhatus Badriyah. 2019. *Aspek Hukum Perjanjian Franchise*. Semarang: CV. Tigamedia Pratama, halaman 8

²³ Ishaq. 2018. *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika, halaman 101.

²⁴ M. Fahmi Al-Amruzi. 2018. *Pengantar Ilmu Hukum Pengantar Tata Hukum Indonesia (PIH/PTHI)*. Serang: Laksita Indonesia, halaman 30.

²⁵ Ishaq. 2018. *Pengantar Hukum Indonesia (PHI)*. Depok: Rajawali Press, halaman 195.

Peter Mahmud Marzuki mengatakan hubungan hukum bisa terjadi di antara sesama subjek hukum dan antara subjek hukum dengan barang²⁶ sedangkan M. Fahmi Al-Amruzi berpendapat bahwasanya yang menjadi unsur inti yang melandasi terjadinya hubungan hukum, adalah:

1. Orang yang berhak/berkewajiban saling berhadapan.
2. Objek terhadap hak/kewajiban tadi berlaku terhadap objek yang dipakai dalam hubungan hukum.
3. Hubungan hukum antara pemilik hak dan pengembalian kewajiban.²⁷

Unsur inti hubungan hukum tersebut, berkaitan dengan unsur ke-4 dari definisi yuridis perjanjian yaitu unsur perbuatannya melahirkan perikatan di antara para pihak yang berjanji mengenai hak dan kewajiban di antara sesama subjek hukum atau antara subjek hukum dengan barang. Akan tetapi, tiada ditemukan dalam rumusan Pasal 1313 KUHPerdara mengenai peruntukan prestasinya, baik dalam di bidang harta kekayaan maupun bidang yang lebih luas sehingga para sarjana berpendapat belum memberikan kepastian hukum, seperti Ahmad Miru yang mengatakan definisi yuridis dari perjanjian dalam Pasal 1313 KUHPerdara dirumuskan tanpa menyebutkan mengikat diri terhadap prestasi tertentu²⁸ sedangkan Salim H.S. berpendapat definisi perjanjian dirumuskan secara tidak jelas, tidak tampak asas konsensualisme dan bersifat dualisme.²⁹

²⁶ Peter Mahmud Marzuki. 2017. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana, halaman 216.

²⁷ M. Fahmi Al-Amruzi., *Loc.Cit.*

²⁸ Ahmad Miru. *Loc.Cit.*

²⁹ Salim. 2015. *Hukum Kontrak: Teori dan Praktik Penyusunan Kontral*, Jakarta: Sinar Grafika, halaman 25

Dalam hukum perjanjian, terdapat beberapa asas penting yang perlu diketahui, yaitu³⁰:

a. Sistem terbuka (*open system*)

Asas ini mempunyai arti, bahwa mereka yang tunduk dalam perjanjian bebas dalam menentukan hak dan kewajibannya. Asas ini disebut juga dengan asas kebebasan berkontrak, yaitu semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya (Pasal 1338 ayat 1 KUH Per). Asas kebebasan berkontrak ini tidak boleh bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan dan undang-undang.

b. Bersifat pelengkap (*optional*)

Hukum perjanjian bersifat pelengkap artinya, pasal-pasal dalam hukum perjanjian boleh disingkirkan, apabila pihak-pihak yang membuat perjanjian menghendaki dan membuat ketentuan-ketentuan sendiri yang menyimpang dari pasal-pasal undang-undang. Tetapi apabila dalam perjanjian yang mereka buat tidak ditentukan, maka berlakulah ketentuan undang-undang.

c. Berasaskan konsensualisme

Asas ini mempunyai arti, bahwa suatu perjanjian lahir sejak detik tercapainya kesepakatan antara kedua belah pihak. Hal ini sesuai dengan syarat sahnya suatu perjanjian (Pasal 1320 KUH Per). Pengecualian asas ini adalah:

³⁰ P.N.H. Simanjuntak. 2018. *Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Prenada Media Group, halaman 286-287

1. Dalam perjanjian formil

Di samping kata sepakat, masih perlu formalitas tertentu. Contohnya perjanjian perdamaian (Pasal 1851 KUHPerduta).

2. Dalam perjanjian riil

Di samping kata sepakat, harus ada tindakan nyata. Contohnya perjanjian penitipan barang (Pasal 1694 KUH Per) dan perjanjian hak gadai (Pasal 1152 KUHPerduta).

- d. Berasaskan kepribadian

Asas ini mempunyai arti, bahwa perjanjian hanya mengikat bagi para pihak yang membuatnya. Menurut Pasal 1315 KUHPerduta, pada umumnya tak seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji, melainkan untuk dirinya sendiri. Selanjutnya menurut ketentuan Pasal 1340 KUHPerduta, suatu perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang mem-buatnya dan tidak dapat membawa kerugian bagi pihak ketiga. Pengecualiannya mengenai hal ini diatur dalam Pasal 1317 KUHPerduta, yaitu mengenai janji untuk pihak ketiga. Menurut Pasal ini, lagi pun diperbolehkan untuk meminta ditetapkannya suatu janji guna kepentingan seorang pihak ketiga, apabila suatu penetapan janji yang dibuat oleh seorang untuk dirinya sendiri atau suatu pem-berian yang dilakukannya kepada seorang lain memuat suatu janji yang seperti itu. Siapa yang telah memperjanjikan sesuatu seperti itu, tidak boleh menariknya kembali,

apabila pihak ketiga tersebut telah menyatakan hendak mempergunakannya.

Menurut Pasal 1320 KUH Perdata, syarat sahnya suatu perjanjian adalah³¹:

a. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

Hal ini dimaksudkan, bahwa para pihak yang hendak mengadakan suatu perjanjian, harus terlebih dahulu bersepakat atau setuju mengenai hal-hal yang pokok dari perjanjian yang akan diadakan itu. Kata sepakat tidak sah apabila kata sepakat itu diberikan karena kekhilafan, paksaan atau penipuan (Pasal 1321 KUHPerdata).

b. Kecakapan untuk membuat suatu perjanjian

Pada dasarnya, setiap orang adalah cakap untuk membuat perjanjian, kecuali jika oleh undang-undang tidak dinyatakan tak cakap (Pasal 1329 KUHPerdata). Menurut Pasal 1330 KUHPerdata, mereka yang tidak cakap membuat suatu perjanjian adalah:

1. Orang yang belum dewasa.
2. Mereka yang ditaruh di bawah pengampuan.
3. Orang perempuan dalam hal-hal yang ditetapkan oleh undang-undang, dan semua orang kepada siapa undang-undang telah melarang membuat perjanjian-perjanjian tertentu.

Akibat hukum dari ketidakcakapan ini adalah bahwa perjanjian yang telah dibuat dapat dimintakan pembatalannya kepada hakim.

³¹ *Ibid*

c. Adanya suatu hal tertentu

Adanya suatu hal tertentu adalah menyangkut objek perjanjian harus jelas dan dapat ditentukan. Menurut Pasal 1333 KUHPerdara, suatu perjanjian harus mempunyai sebagai pokok suatu barang yang paling sedikit ditentukan jenisnya. Tidaklah menjadi halangan bahwa jumlah barang tidak tentu, asal saja jumlah itu dikemudian hari dapat ditentukan atau dihitung. Menurut ketentuan Pasal 1332 KUHPerdara, hanya barang-barang yang dapat diperdagangkan saja yang dapat menjadi pokok suatu perjanjian. Selanjutnya menurut Pasal 1334 ayat (1) KUHPerdara, barang-barang yang baru akan ada di kemudian hari dapat menjadi pokok suatu perjanjian.

d. Adanya suatu sebab yang halal

Adanya suatu sebab (*causa* dalam bahasa Latin) yang halal ini adalah menyangkut isi perjanjian yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan, dan undang-undang (lihat Pasal 1337 KUHPerdara). Dengan demikian, undang-undang tidak memperdulikan apa yang menjadi sebab orang mengadakan suatu perjanjian. Yang diperhatikan oleh undang-undang adalah isi dari perjanjian tersebut yang menggambarkan tujuan yang akan dicapai. Menurut Pasal 1335 KUHPerdara, suatu perjanjian tanpa sebab atau yang telah dibuat karena sesuatu sebab yang palsu atau terlarang, tidak mempunyai kekuatan.

Apabila dua syarat yang pertama tidak dipenuhi (a dan b), maka perjanjian dapat dibatalkan (syarat subjektif). Adapun apabila dua syarat yang terakhir tidak dipenuhi (c dan d), maka perjanjian ini batal demi hukum (syarat objektif). Perjanjian yang batal demi hukum adalah perjanjian sejak semula batal dan tidak mungkin menimbulkan akibat hukum bagi kedua belah pihak. Perjanjian yang bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum adalah batal demi hukum. Adapun perjanjian dapat dibatalkan, artinya salah satu pihak mempunyai hak untuk meminta agar perjanjian itu dibatalkan.

Kemudian jenis-jenis perjanjian ini dapat dibedakan dalam beberapa hal, yaitu³²:

- a. Perjanjian timbal-balik adalah perjanjian yang memberikan hak dan kewajiban kepada kedua belah pihak. Contohnya perjanjian jual-beli, perjanjian sewa-menyewa, dan sebagainya.
- b. Perjanjian sepihak adalah perjanjian yang menimbulkan kewajiban pada satu pihak dan pihak lain menerima haknya. Contohnya perjanjian hibah, perjanjian pinjam-ganti, dan sebagainya.
- c. Perjanjian cuma-cuma adalah perjanjian dengan mana pihak yang satu memberikan suatu keuntungan kepada pihak yang lain, tanpa menerima suatu manfaat bagi dirinya. Contohnya perjanjian hibah, perjanjian pinjam-pakai, dan sebagainya.

³² *Ibid.* halaman 289-290

- d. Perjanjian atas beban adalah perjanjian dengan mana terhadap prestasi pihak yang satu terdapat prestasi pihak yang lain dan antara kedua prestasi itu ada hubungan hukum. Contohnya perjanjian jual beli, perjanjian sewa-menyewa, dan sebagainya.
- e. Perjanjian konsensual adalah perjanjian yang timbul karena adanya kesepakatan antara kedua belah pihak.
- f. Perjanjian riil adalah perjanjian yang timbul karena adanya kesepakatan antara kedua belah pihak disertai dengan penyerahan nyata atas barangnya. Contohnya perjanjian penitipan barang, perjanjian pinjam-pakai, dan sebagainya.
- g. Perjanjian bernama (perjanjian *nominaat*) adalah perjanjian yang mempunyai nama tertentu dan diatur secara khusus oleh undang-undang. Contohnya perjanjian jual beli, perjanjian tukar-menukar, perjanjian sewa-menyewa, dan sebagainya.
- h. Perjanjian tidak bernama (perjanjian *innominaat*) adalah perjanjian tidak mempunyai nama tertentu dan tidak diatur dalam undang-undang. Contohnya *leasing* dan fidusia.
- i. Perjanjian liberator adalah perjanjian yang membebaskan orang dari keterikatannya dari suatu kewajiban hukum tertentu. Contohnya pembebasan utang.
- j. Perjanjian kebendaan adalah perjanjian untuk menyerahkan atau mengalihkan atau menimbulkan atau mengubah atau menghapuskan hak-hak kebendaannya. Contohnya perjanjian jual beli.

k. Perjanjian *obligatoir*

Adalah perjanjian yang menimbulkan perikatan antara kedua belah pihak.

l. Perjanjian *accessoir*

Adalah perjanjian yang membuntuti perjanjian pokok. Contohnya hipotek, gadai, dan *borgtocht*.

B. Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Hukum Perjanjian

Dalam perjanjian, terdapat asas-asas yang menjadi dasar pelaksanaannya. Dari berbagai asas yang ada dalam perjanjian, asas *pacta sunt servanda* dianggap sebagai asas fundamental karena asas tersebut melandasi lahirnya suatu perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* berasal dari bahasa latin yang berarti ‘janji harus ditepati’ (*agreements must be kept*), sehingga dalam hukum positif rumusan normanya menjadi: setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.³³

Pengaturan tentang asas *pacta sunt servanda* pada hukum positif, diatur dalam pasal 1338 ayat (1) dan (2) KUHPerdara yang mengatur:

1. Semua persetujuan yang dibuat sesuai dengan undang-undang berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.
2. Persetujuan itu tidak dapat ditarik kembali selain dengan kesepakatan kedua belah pihak, atau karena alasan-alasan yang ditentukan oleh undang-undang.

Pada dasarnya asas *pacta sunt servanda* berkaitan dengan kontrak atau perjanjian yang dilakukan antar individu yang mengandung makna: perjanjian

³³ Abdul Rasyid. 2017. “Asas *Pacta Sunt Servanda* Dalam Hukum Positif Dan Hukum Islam”. <https://business-law.binus.ac.id/2017/03/31/asas-pacta-sunt-servanda-dalam-hukum-positif-dan-hukum-islam>. diakses pada tanggal 3 Oktober 2022, pukul 23.41 WIB.

merupakan undang-undang bagi para pihak yang membuatnya, dan mengisyaratkan bahwa pengingkaran terhadap kewajiban yang ada pada perjanjian merupakan tindakan melanggar janji atau wanprestasi. Asas *pacta sunt servanda* juga bisa dikatakan sebagai suatu yang sakral atau suatu perjanjian yang titik fokusnya dari hukum perjanjian adalah kebebasan berkontrak atau yang dikenal dengan prinsip otonomi.³⁴

Berdasarkan penjelasan diatas, artinya para pihak yang terikat dalam suatu perjanjian yang mereka buat maka perjanjian tersebut tidak boleh diputuskan secara sepihak tanpa adanya kesepakatan dari kedua belah pihak, jika kesepakatan atau perjanjian tidak dipenuhi oleh salah satu pihak, maka pihak yang lainnya berhak mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk memaksa pihak yang melanggar perjanjian untuk tetap menjalankan perjanjian itu sebagaimana yang telah disepakati.

C. Hak Asuh Anak Dalam Hukum Positif di Indonesia

Anak adalah bagian yang tidak terpisahkan dari keberlangsungan hidup manusia dan keberlangsungan sebuah bangsa dan negara. Dalam Konstitusi Indonesia, anak memiliki peran strategis yang secara tegas dinyatakan bahwa negara menjamin hak setiap anak atas keberlangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.³⁵

Hak asuh anak merupakan suatu kewajiban orang tua untuk memberikan pelayanan, melindungi, mendidik, dan mengasuh anak hingga dewasa, baik dalam masa ikatan perkawinan atau orang tua yang sudah cerai atau putus perkawinan.

³⁴ *Ibid*

³⁵ Mhd Teguh Syuhada Lubis, "Penyidikan Tindak Pidana Penganiayaan Berat Terhadap Anak". Jurnal EduTech Vol. 3 no. 1 Maret (2017), 134.

Pasal 1 angka (11), Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, terdapat istilah “Kuasa Asuh” yaitu kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuh kembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan kemampuan, bakat, serta minatnya.

Dalam Hukum Positif, pengaturan tentang Hak asuh anak ini telah diatur dalam Undang-Undang Perlindungan Anak No 23 tahun 2002 (selanjutnya disebut UUPA) Pasal 14, yang menyatakan bahwa “Setiap anak berhak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir”.

Akibat putusya perkawinan karena perceraian, berdasarkan ketentuan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan disebutkan bahwa akibat putusya suatu perkawinan karena perceraian adalah:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-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 kenyataannya tidak dapat member 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.

Terhadap anak-anak yang belum dewasa, menurut Pasal 229 KUHPerdara, oleh Pengadilan harus ditentukan sekali, kepada siapa dari bekas suami dan bekas istri anak-anak itu harus turut. Apabila yang diserahi anak itu tidak mampu memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anak, maka menurut Pasal 230 KUHPerdara, hakim dapat menentukan sejumlah uang yang harus diberikan oleh pihak lain untuk turut membayar biaya pemeliharaan dan pendidikan anak-anak tadi.

Dalam Hukum Positif di Indonesia tidak diatur secara khusus mengenai Hak Asuh Anak, dengan berbagai pertimbangan bisa saja Hak Asuh Anak jatuh kepada ayahnya ataupun kepada ibunya.

Pasal 47 Undang-Undang RI Nomor 1 Tahun 1974 mengatur sebagai berikut:

1. Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut dari kekuasaannya.
2. Jika anak telah dewasa, ia wajib memelihara menurut kemampuannya, orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas, bila mereka itu memerlukan bantuannya.
3. Apabila orang tua melaksanakan kekuasaannya memelihara dan tidak mampu melaksanakan kewajibannya memelihara dan mendidik anak-

anaknyanya, maka kekuasaan orang tua dapat dicabut dengan putusan pengadilan.

Sementara itu, apabila merujuk pada pemberian hak asuh anak berdasarkan ketentuan agama, maka dalam agama Islam (Pasal 105 KHI) maupun non-Islam (Yurisprudensi MA No. 102 K/Sip/1973), hak asuh anak yang dibawah umur biasanya jatuh kepada pihak ibu, kecuali kalau terbukti bahwa Ibu tersebut tidak wajar untuk memelihara anaknya. Berikut ini adalah hal-hal yang dapat membuat ibu kehilangan hak asuhnya terhadap anak, yaitu:

a. Ibu Memiliki Perilaku yang Buruk

Jika dalam persidangan terbukti bahwa ibu memiliki perilaku yang buruk, maka hak asuh bisa diberikan kepada si ayah. Perilaku yang buruk ini misalnya seperti kerap berjudi, mabuk-mabukkan, berbuat kasar pada anak, yang mana perilakunya ini sukar disembuhkan. Perilaku seperti ini tentu tak memberikan contoh baik pada anak, serta bisa melukai si anak.

b. Ibu Masuk ke Dalam Penjara

Jika ibu melakukan pelanggaran hukum dan harus dipenjara, maka ayah bisa mendapatkan hak asuh atas anaknya yang masih berusia 5 tahun. Pemberian hak asuh ini tentu disadari akan situasi, di mana si ibu tentu tak bisa memelihara anaknya dikarenakan harus menjalani hukuman di penjara.

c. Ibu Tak Bisa Menjamin Keselamatan Jasmani dan Rohani Anaknya

Alasan-alasan lain dikhawatirkan akan membuat ibu tak bisa menjamin keselamatan jasmani dan rohani anaknya, juga bisa membuat hak asuh anak jatuh ke ayahnya. Bisa saja si ibu mengalami depresi yang mengakibatkan kondisi mentalnya jadi tak stabil, sehingga berisiko mengancam keselamatan anaknya.

Sementara itu, dalam Undang-undang Perkawinan, tepatnya Pasal 41 dan Pasal 45, pemberian hak asuh anak dikembalikan lagi berdasarkan kesepakatan dari kedua orangtua. Namun, apabila tidak ditemui kata sepakat antara suami dan istri, maka diselesaikan melalui jalur pengadilan melalui diskresi hakim yang mana hal ini juga tidak terlepas dari kewajiban hakim untuk memutus suatu perkara dengan seadil-adilnya dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan.

Pada prinsipnya, penetapan hak asuh harus dilakukan dengan pertimbangan utama yaitu demi kebaikan si anak sebagaimana merujuk pada yurisprudensi MA RI tanggal 25 Juni 1974 dengan Nomor: 906/K/Sip/1973 yang menyatakan bahwa: “kepentingan si anak lah yang harus dipergunakan selaku patokan untuk menentukan siapa dari orangtuanya yang diserahkan pengasuhan si anak.” Walaupun nantinya berdasarkan putusan pengadilan telah ada ketentuan hukum yang menetapkan salah satu orang tua sebagai pemegang kuasa asuh anak, pihak lainnya (mantan pasangan) tetap diperbolehkan untuk menemui sang anak.

Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 45 Undang-Undang Perkawinan yang menyebutkan bahwa kedua orangtua wajib memelihara dan mendidik anak-

anak mereka sebaik-baiknya sampai anak tersebut menikah atau dapat berdiri sendiri dan kewajiban tersebut tetap berlaku meskipun perkawinan antara kedua orangtua telah putus.

BAB III

HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

A. Pengaturan Hukum Tentang Perjanjian Hak Asuh Anak Menurut Hukum Positif Di Indonesia

Perjanjian dalam hukum perdata Indonesia diatur dalam Buku III Bab II KUHPerdata tentang “Perikatan-Perikatan yang Dilahirkan Dari Kontrak atau Perjanjian” mulai dari Pasal 1313 sampai dengan Pasal 1351 KUHPerdata. Definisi dari Perjanjian tercantum dalam Pasal 1313 KUHPerdata, yang menyatakan bahwa perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.

Adapun suatu perjanjian dapat dikatakan sah hanya apabila memenuhi 4 (empat) syarat yang termuat dalam Pasal 1320 KUHPerdata, yaitu: adanya kesepakatan yang dikehendaki oleh kedua belah pihak terhadap sesuatu tanpa adanya paksaan, adanya kecakapan untuk mengadakan perjanjian (berusia 18 Tahun atau sudah menikah dan tidak sedang dibawah pengampuan), adanya suatu hal tertentu (objek) yang cukup jelas baik suatu hal atau suatu barang dan keduanya tidak bertentangan dengan undang-undang, ketertiban umum atau kesusilaan.

Dalam Kamus Umum Bahasa Indonesia disebutkan bahwa pengertian anak adalah sebagai manusia yang masih kecil. Dalam sumber lain dijelaskan bahwa anak adalah keadaan manusia normal yang masih muda usia dan sedang menentukan identitasnya serta sangat labil jiwanya, sehingga sangat mudah kena pengaruh lingkungan.

36

³⁶ Marsaid. 2015. *Perlindungan Hukum Anak Pidana Dalam Perspektif Hukum Islam (Maqasid Asy-Syari'ah)*. Palembang: Noerfikri Offset, halaman 55-56.

Menurut Pasal 330 Kitab Undang-undang Hukum Perdata anak atau orang yang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur genap 21 tahun, dan lebih dahulu telah kawin.³⁷ Dewasa maksudnya adalah ketika seseorang telah berusia 21 tahun atau sudah menikah, sebaliknya belum berusia 21 tahun, maka seseorang tersebut dikatakan sebagai belum dewasa.³⁸ Jika seseorang belum berusia 21 tahun tetapi sudah melangsungkan perkawinan telah dikatakan sebagai dewasa, meskipun telah bercerai dan tidak akan kembali pada kedudukan belum dewasa.³⁹

Hak asuh anak merupakan hak atau kekuasaan dari orangtua untuk mengurus dan merawat anak-anaknya, dalam hukum nasional di Indonesia, tidak ada aturan yang secara jelas mengatur mengenai penetapan hak asuh anak pasca perceraian. Sementara itu, apabila merujuk pada pemberian hak asuh anak berdasarkan ketentuan agama, maka dalam agama Islam (Pasal 105 KHI) maupun non-Islam (Yurisprudensi No. 126 K/Pdt/2001 dan No. 102 K/Sip/1973), hak asuh anak yang dibawah umur biasanya jatuh kepada pihak ibu, kecuali kalau terbukti bahwa Ibu tersebut tidak wajar untuk memelihara anaknya.

Sementara itu, dalam Undang-undang Perkawinan, tepatnya Pasal 41 dan Pasal 45, pemberian hak asuh anak dikembalikan lagi berdasarkan kesepakatan dari kedua orangtua. Namun, apabila tidak ditemui kata sepakat antara suami dan istri, maka diselesaikan melalui jalur pengadilan melalui diskresi hakim yang mana hal ini juga tidak terlepas dari kewajiban hakim untuk memutus suatu perkara dengan seadil-adilnya dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-

³⁷ Nursariyani Simatupang, Faisal. 2018. *Hukum Perlindungan Anak*. Medan: CV. Pustaka Prima, halaman 11

³⁸ *Ibid*

³⁹ *Ibid*

nilai hukum dan rasa keadilan. Pada prinsipnya, penetapan hak asuh harus dilakukan dengan pertimbangan utama yaitu demi kebaikan si anak sebagaimana merujuk pada yurisprudensi MA RI tanggal 25 Juni 1974 dengan Nomor: 906/K/Sip/1973 yang menyatakan bahwa: “kepentingan si anak lah yang harus dipergunakan selaku patokan untuk menentukan siapa dari orangtuanya yang diserahkan pengasuhan si anak.” Walaupun nantinya berdasarkan putusan pengadilan telah ada ketentuan hukum yang menetapkan salah satu orang tua sebagai pemegang kuasa asuh anak, pihak lainnya (mantan pasangan) tetap diperbolehkan untuk menemui sang anak. Hal ini sebagaimana diatur dalam Pasal 45 Undang-undang Perkawinan yang menyebutkan bahwa kedua orangtua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya sampai anak tersebut menikah atau dapat berdiri sendiri dan kewajiban tersebut tetap berlaku meskipun perkawinan antara kedua orang tua telah putus.

Oleh karena itu, perjanjian hak asuh anak dalam skripsi ini diartikan sebagai kesepakatan antara mantan suami dengan mantan istri untuk mengurus serta merawat anaknya secara berbagi waktu dan tempat, yaitu: hak mantan suami untuk 7 (tujuh) hari di Amerika Serikat dan hak mantan istri untuk 7 (tujuh) hari di Indonesia.

Adanya perceraian mengakibatkan antara mantan suami dengan mantan istri menjadi berpisah rumah. Dalam prakteknya, keadaan pisah rumah menjadi pemicu awal timbulnya ego dalam pembuatan perjanjian pengasuhan anak, yaitu: ketika menentukan kepada siapa anak-anak tinggal, apakah tinggal bersama dengan ayah atau bersama dengan ibu? Ego lazimnya timbul karena masing-masing pihak merasa berhak atau lebih layak mengasuh anak untuk tinggal

bersama dengannya. Masyarakat menyebutnya dengan istilah rebutan anak yang dibaratkan tangan kanan anak ditarik oleh mantan suami selaku ayah, sedangkan tangan kiri anak ditarik oleh mantan istri selaku ibu.

Pelaksanaan kewajiban dari orang tua kepada anak-anaknya pasca perceraian dapat dilakukan melalui suatu perjanjian yang berisikan klausul-klausul tentang hak dan kewajiban antara mantan suami dengan mantan istri dengan tetap memperhatikan atau tidak mengenyampingkan hak-hak anak. Akan tetapi, bilamana tidak diperoleh suatu persesuaian kehendak antara mantan suami dengan mantan istri, maka masing-masing pihak berhak untuk meminta penyelesaian hukum kepada pengadilan guna memutuskannya. Inti dari pengasuhan anak baik karena perjanjian maupun berdasarkan putusan pengadilan dititikberatkan kepada prinsip kepentingan anak dan bukan difokuskan kepada kepentingan orang tua. Oleh karena itu, dalam pembuatan perjanjian pengasuhan anak sudah semestinya apabila orang tua menghilangkan ego masing-masing demi terwujudnya prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak.

Pada dasarnya hak pengasuhan anak (*hadhanah*) ada pada ibu. *Hadhanah* adalah suatu perbuatan yang wajib dilaksanakan oleh orang tuanya, karena tanpa *hadhanah* anak akan menjadi terlantar yang berarti kehilangan hak-haknya. Namun pengasuhan anak (*hadhanah*) tidak selalu mutlak menjadi hak ibu semata, dan undang-undang tidak menentukan secara pasti hak asuh anak akan jatuh kepada siapa setelah terjadi perceraian, undang-undang hanya menyebutkan apabila terjadi perselisihan mengenai hak asuh ataupun penguasaan anak, maka pengadilan yang akan memberi keputusan.

Dasar hukumnya merujuk pada Yurisprudensi (putusan pengadilan terdahulu), dijelaskan dalam Putusan Mahkamah Agung RI No. 126 K/Pdt/2001 tanggal 28 Agustus 2003 dinyatakan bahwa: “Bila terjadi perceraian, anak yang masih di bawah umur pemeliharannya seyogyanya diserahkan kepada orang terdekat dan akrab dengan si anak yaitu ibu”. Berdasarkan bunyi ketentuan hukum di atas, jelas bahwa bila terjadi perceraian, maka hak asuh terhadap anak yang masih di bawah umur jatuh kepada ibunya. Anak haruslah diasuh sesuai dengan agama yang dianutnya agar perkembangan mental dan spiritualnya baik. Selain melihat agama orang tua yang akan mendapatkan hak asuh anak, tentu saja harus dilihat juga perilaku orang tua. Kesamaan agama tidak menjadi satu-satunya faktor untuk menentukan hal yang terbaik bagi anak (dalam pengasuhan ayah dan ibunya). Namun adakalanya seorang ibu kehilangan haknya untuk melakukan pengurusan dan perawatan terhadap anak yang belum dewasa.⁴⁰

Perjanjian Hak Asuh Anak secara khusus tidak diatur dalam Hukum Positif di Indonesia, namun meskipun begitu perjanjian mengenai Hak Asuh Anak boleh dilakukan mengingat bahwa perjanjian ini memenuhi unsur perjanjian yang diatur dalam Pasal 1313 KUHPerdara yang menyatakan:

1. perjanjian merupakan suatu perbuatan.
2. antara sekurang-kurangnya 2 (dua) orang.
3. pihak yang satu mengikatkan dirinya terhadap satu orang yang lain.
4. perbuatannya melahirkan perikatan di antara para pihak yang berjanji.

Perjanjian Hak Asuh Anak juga memenuhi syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara, yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya

⁴⁰ Toban HI, Amalia DS, Bilquis KA. “*Pertimbangan Hakim dalam hak asuh anak di bawah umur akibat terjadinya perceraian*”. Indonesian Notary Vol. 3 no. 2 (2021), 312-313.

2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang halal

Artinya, Perjanjian mengenai Hak Asuh Anak merupakan perjanjian yang dilegalkan oleh hukum perdata dan termasuk kedalam perjanjian tidak bernama (*Innominaat*).

B. Kedudukan Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Privat Dan Hukum Publik

Hukum terbagi menjadi 2 kelompok yaitu Hukum Publik dan Hukum Privat.⁴¹ Tujuan dari diberlakukannya hukum adalah untuk membatasi perilaku masyarakat dan juga mewujudkan keadilan di dalam masyarakat

Hukum Publik adalah keseluruhan pengaturan yang merupakan dasar Negara untuk mengatur pula bagaimana caranya Negara melaksanakan tugasnya , jadi merupakan perlindungan kepentingan Negara, maka dari itu untuk memperhatikan kepentingan umum, maka pelaksanaan peraturan hukum publik dilakukan oleh penguasa.

Ciri-ciri Hukum Publik antara lain:

1. Ruang lingkungnya merupakan kepentingan Negara atau masyarakat dengan orang perseorangan
2. Penguasa Negara berkedudukan lebih tinggi ketimbang orang perseorangan
3. Hukum Publik ditegakkan demi tujuan bersama dan kepentingan masyarakat luas

⁴¹ Adminuniv. "*Hukum Publik Dan Hukum Privat*". <https://fahum.umsu.ac.id/hukum-publik-dan-hukum-privat/>, diakses pada 30 September 2022, pukul 17.46 WIB

4. Ada banyak hubungan antar Negara, masyarakat, individu serta unsur politik di dalamnya

Hukum Privat adalah hukum antar perorangan yang mengatur hak dan kewajiban perorangan yang satu terhadap yang lainnya dalam pergaulan masyarakat, bidang hukum privat meliputi hukum tentang orang, hukum keluarga, hukum benda, hukum perikatan, dan hukum waris.⁴²

Hukum Privat mengatur tentang hubungan dalam masyarakat yang menyangkut:

1. Keluarga dan kekayaan para warga/individu.
2. Hubungan antarwarga/individu.
3. Hubungan antara individu dengan alat Negara, sejauh alat Negara tersebut di dalam lalu lintas hukum berkedudukan sebagai individu.

1. Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Privat

Sebagaimana yang telah kita ketahui bahwa salah satu yang diatur di dalam Hukum Privat adalah tentang hukum antar perorangan, ciri khas hukum privat adalah asas pokok otonomi para pihak atau warga negara. Artinya, para pihak boleh mengatur sendiri hubungan satu sama lain, seperti kebebasan membuat perjanjian, *testment*, dan milik pribadi.

Salah satu cabang Hukum Privat adalah Hukum Perdata. Di dalam Hukum Perdata Hak Asuh anak dikenal dengan Istilah Hak Pengasuhan, Pengasuhan merupakan hak bagi setiap anak karena mereka sangat membutuhkan kepada

⁴² *Ibid*

orang yang menjaga, melindungi, serta memenuhi kebutuhan dan pendidikan mereka.⁴³

Perjanjian Hak Asuh Anak secara khusus tidak diatur dalam Hukum Perdata, namun meskipun begitu perjanjian mengenai Hak Asuh Anak boleh dilakukan mengingat bahwa perjanjian ini memenuhi unsur perjanjian yang diatur dalam Pasal 1313 KUHPerdata yang menyatakan:

5. perjanjian merupakan suatu perbuatan.
6. antara sekurang-kurangnya 2 (dua) orang.
7. pihak yang satu mengikatkan dirinya terhadap satu orang yang lain.
8. perbuatannya melahirkan perikatan di antara para pihak yang berjanji.

Perjanjian Hak Asuh Anak juga memenuhi syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdata, yaitu:

5. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
6. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
7. Suatu hal tertentu
8. Suatu sebab yang halal

Artinya, Perjanjian mengenai Hak Asuh Anak merupakan perjanjian yang dilegalkan oleh hukum perdata dan termasuk kedalam perjanjian tidak bernama (*Innominaat*).

2. Perjanjian Hak Asuh Anak Dalam Hukum Publik

Pembahasan mengenai hak asuh anak tidak terlepas dari Hukum Publik salah satunya tentang Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak, dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 41 menyatakan:

⁴³ Titania BAM, Karel YU, Deine RR. “*Hak Pengasuhan Anak Akibat Terjadinya Perceraian Menurut Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2019 Tentang Perubahan Atas Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*. Lex Privatum Vol. IX no. 9 Agustus (2021), 66.

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusan
- b. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi 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 suatu kewajiban bagi bekas isteri

Dalam hal apabila kedua orang tua telah bercerai maka pengasuhan dan pemeliharaan anak tetap merupakan kewajiban dan tanggung jawab bagi orang tua, walaupun dari salah satu kedua orang tuanya memiliki hak asuh anak. Akan tetapi dalam pengasuhan dan pemeliharaan anak merupakan hak anak-anaknya lah yang lebih diutamakan demi untuk kemaslahatan anak ke depannya. Hal ini tercantum dalam pasal 14 Nomor 35 tahun 2014 jo UU Nomor 17 Tahun 2016 tentang perlindungan anak yang menyatakan:

1. Setiap anak berhak untuk diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir.
2. Dalam hal terjadi pemisahan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), anak tetap berhak:
 - a. Bertemu langsung dan berhubungan pribadi secara tetap dengan kedua orang tuanya.
 - b. Mendapatkan pengasuhan, pemeliharaan, perlindungan dan pendidikan untuk proses tumbuh kembang dari kedua orang tuanya
 - c. Memperoleh hak anak lainnya

Pada ayat (1) yang mana dikatakan bahwa apabila ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir, maka penentuan Hak Asuh Anaknya merujuk pada Yurisprudensi (putusan pengadilan

terdahulu), dijelaskan dalam Putusan Mahkamah Agung RI No. 126 K/Pdt/2001 tanggal 28 Agustus 2003 dinyatakan bahwa: “Bila terjadi perceraian, anak yang masih di bawah umur pemeliharaannya seyogyanya diserahkan kepada orang terdekat dan akrab dengan si anak yaitu ibu”. Kemudian Putusan Mahkamah Agung RI No. 102 K/Sip/1973 tanggal 24 April 1975, menyatakan: “Berdasarkan yurisprudensi mengenai perwalian anak, patokannya ialah bahwa ibu kandung yang diutamakan, khususnya bagi anak-anak yang masih kecil, karena kepentingan anak yang menjadi kriteria, kecuali kalau terbukti bahwa Ibu tersebut tidak wajar untuk memelihara anaknya.” Berdasarkan bunyi ketentuan hukum di atas, jelas bahwa bila terjadi perceraian, maka hak asuh jatuh kepada ibunya.

3. Kedudukan Perjanjian Hak Asuh Anak dalam Hukum Privat dan Hukum Publik

Kedudukan perjanjian Hak Asuh Anak tergolong dalam hukum privat karena perjanjian tersebut merupakan bentuk perikatan atas kesepakatan kedua belah pihak yang diakui dalam hukum perdata, namun pengaturan tentang hak asuh anak juga terdapat dalam hukum publik yaitu Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak.

Lantas bilamana terjadi perebutan Hak Asuh Anak maka Hukum Publik lebih layak diutamakan daripada Hukum Privat, menimbang bahwa di dalam Hukum Publik Penentuan Hak Asuh Anak dengan melihat ketentuan dalam Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak.

C. Analisis Putusan Mahkamah Agung Nomor 2021 K/Pdt/2020 atas pengabaian asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian Hak Asuh Anak

Dalam Perjanjian terdapat asas-asas yang menjadi dasar pelaksanaannya. Dari berbagai asas yang ada dalam perjanjian asas *pacta sunt servanda* dianggap sebagai asas fundamental karena asas tersebut melandasi lahirnya suatu perjanjian. Asas *pacta sunt servanda* berasal dari bahasa latin yang berarti “janji harus ditepati” (*agreements must be kept*), sehingga dalam hukum positif rumusan normanya menjadi: setiap perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya

Asas *pacta sunt servanda* bukan hanya persoalan moral dalam perjanjian, melainkan persoalan hukum yang akan terjadi jika prestasi tidak dapat dicapai oleh salah satu pihak, khususnya pihak debitur. Bahkan, jika dibawa kepada ranah pengadilan, hakim tidak dapat mengintervensi isi perjanjian yang dilakukan oleh para pihak. Maka, kekuatan utama dalam isi perjanjian adalah para pihak itu sendiri sebagai pembuat hukum.⁴⁴

Makna dari Asas *pacta sunt servanda* disini adalah asas kepastian hukum, yaitu: asas yang mewajibkan hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat oleh para pihak sebagaimana layaknya undang-undang. Mereka tidak boleh intervensi terhadap substansi perjanjian yang dibuat oleh para pihak yang dapat disimpulkan dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara.

Ketentuan Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka

⁴⁴ Nurul Khoiril Jamil. “Implikasi Asas *Pacta Sunt Servanda* Pada Keadaan Memaksa (*Force Majeure*) Dalam Hukum Perjanjian”. Jurnal Kertha Semaya, Vol. 8 no. 7 (2020), 1045

yang membuatnya. Pengertian “berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya” menunjukkan bahwa undang-undang sendiri mengakui dan menempatkan para pihak dalam perjanjian sejajar dengan pembuat undang_undang.⁴⁵ Artinya dengan asas ini hakim atau pihak ketiga wajib menghormati substansi dari perjanjian yang dibuat oleh para pihak, sebagaimana layaknya sebuah undang_undang. sehingga jika terjadi sengketa dalam pelaksanaan perjanjian, maka hakim dengan keputusannya dapat memaksa agar pihak yang melanggar itu melaksanakan hak dan kewajibannya sesuai perjanjian tersebut.⁴⁶ Namun, asas-asas dalam hukum perjanjian harus diinterpretasikan secara komprehensif-proporsional, yaitu dibaca dan diterapkan sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain, karena mempunyai keterkaitan yang sama penting demi mewujudkan suatu perjanjian.⁴⁷ Jika Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara menyatakan bahwa suatu perjanjian mengikat sebagai undang-undang bertujuan meningkatkan kepastian hukum, maka Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara dengan memerintahkan supaya perjanjian dilaksanakan dengan itikad baik, bertujuan mencegah kelakuan yang tidak patut atau sewenang-wenang dalam hal pelaksanaan tersebut. Dengan demikian, asas *pacta sunt servanda* atau perjanjian berlaku sebagai undang-undang pada situasi tertentu daya ikatnya dapat dibatasi bahkan dikesampingkan dengan asas itikad baik. Itikad baik pada saat

⁴⁵ Agus Yudha Hernoko. 2008. *Hukum Perjanjian: Asas Proporsional Dalam Kontrak Komersial*, Yogyakarta: LaksBang Mediatama, halaman 127

⁴⁶ Salim. 2015. *Hukum Kontrak: Teori dan Praktik Penyusunan Kontral*, Jakarta: Sinar Grafika, halaman 10

⁴⁷ Agus Yudha Hernoko. 2014. “Pergeseran Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak”, dalam *Asosiasi Pengajar Hukum Keperdataan (eds.), Proceeding (Paper Plenary Session) Konferensi Nasional Hukum Perdata “Mengevaluasi Kesiapan Hukum Perdata Nasional Indonesia dalam Menghadapi Tantangan Masa Depan”*, Malang: Intrans Publishing, halaman. 74.

pelaksanaan perjanjian artinya adalah kepatutan, yaitu suatu penilaian baik terhadap tindak-tanduk suatu pihak dalam hal melaksanakan apa yang telah dijanjikan. Saat ini, sikap hakim di pengadilan Indonesia yang pada awalnya sangat memegang teguh asas *pacta sunt servanda* kini lebih mempertimbangkan asas itikad baik sehingga tidak lagi terlalu memegang teguh asas *pacta sunt servanda*. Apabila pelaksanaan suatu perjanjian menimbulkan ketidakseimbangan atau melanggar rasa keadilan, hakim dapat mengadakan penyesuaian terhadap hak dan kewajiban yang tercantum dalam perjanjian tersebut.⁴⁸

Dengan mendasarkan pada penegakan asas itikad baik, hakim diberikan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan suatu perjanjian untuk mencegah terjadinya pelanggaran terhadap kepatutan atau keadilan. Hal ini berarti hakim berkuasa untuk menyimpang dari isi perjanjian seperti menambah, mengurangi bahkan menghapuskan kewajiban yang termasuk dalam isi suatu perjanjian, apabila pelaksanaan menurut isi perjanjian tersebut akan bertentangan dengan asas itikad baik.

Terdapat sebuah Putusan yang disepakati antara mantan suami dengan mantan isteri terhadap pembagian Hak Asuh Anak yaitu putusan hakim pada *Judicial State Of Illinois Circuit County Of Winnebago* (Peradilan Pemerintahan Provinsi *Illionis* Kota Winnebago), Amerika bernomor 2016 D 48 yang disahkan pada tanggal 11 Agustus 2018. Peradilan Pemerintahan Provinsi *Illinois* Kota Winnebago yang memutuskan bahwa hak asuh anak dibagi menjadi 7 (tujuh) hari bersama ayah dan 7 (tujuh) hari bersama ibu. Yang mana kesepakatan itu adalah

⁴⁸ Ridwan Khairandy. *Itikad Baik Dalam Kontrak Di Berbagai Sistem Hukum*, Yogyakarta: FH UII Press, halaman 299.

berbagi tempat dan waktu yaitu anak diasuh 7 (tujuh) hari bersama ayah dan 7 (tujuh) hari bersama ibu sehingga perjanjian ini terkategori dalam asas *pacta sunt servanda*.

Namun setelah selesainya peradilan Pemerintah Provinsi *Illinois* Kota Winnebago tersebut, disekitar bulan Desember tahun 2018 mantan istri selaku ibu dari anak membawa kabur anak dari perkawinannya dengan mantan suami dari *Illinois* ke Semarang Indonesia dan Tergugat dengan sengaja mangkir dari kesepakatan yang telah menjadi putusan Peradilan Pemerintahan Provinsi *Illinois* Kota Winnebago tersebut.

Menghadapi hal ini kemudian mantan suami selaku ayah dari anak itu yang bernama Philip Budihardjo telah mengajukan gugatan tertanggal 2 April 2019 yang telah didaftarkan di kepaniteraan Pengadilan Negeri Semarang pada tanggal 2 April 2019 dibawah Register Nomor 155/Pdt/G/2019/PNSmg, dengan mengemukakan dalil-dalil gugatan sebagai berikut:

Bahwa semula Penggugat dan Tergugat mempunyai hubungan suami isteri yang melakukan perkawinan secara sah pada hari Jum'at tanggal 14 Pebruari 2003 di *County Of Wayne, State Of Michigan* dan selanjutnya tinggal bersama di *State Of Michigan*.

Bahwa dalam perkawinan Penggugat dan Tergugat tersebut melahirkan seorang anak perempuan bernama Clarissa Grace Yulianti, lahir di *Beloit Rock* (Amerika) tanggal, 28 Januari 2015. Bahwa setelah Clarissa Grace Yulianti lahir, Penggugat dan Tergugat sepakat bercerai dimuka *Judical State Of Illinois Circuit Of Winnebago* (Peradilan Pemerintah Provinsi *Illinois* Kota Winnebago), Amerika

Bahwa dalam perkara di Peradilan (point-3) tersebut di atas, selanjutnya dalam putusan bernomor; 2016 D 48 yang disahkan pada tanggal, 11 November 2018 diputuskan sebagai berikut:

1. Tergugat telah membatalkan niat untuk pindah ke luar negeri (Indonesia)
2. Anak yang bernama Clarissa tidak diperbolehkan/tidak diijinkan tinggal diluar Illinois
3. Kedua belah pihak telah menyetujui pembagian waktu, pembagian kepengurusan dan serta tanggungjawab anak sesuai dengan dokumen berikut ini, dan kedua belah pihak harus mengikuti peraturan pengadilan.

Bahwa setelah selesainya peradilan Pemerintah Provinsi *Illinois* Kota Winnebago tersebut, disekitar bulan Desember tahun 2018 Tergugat membawa kabur Clarissa Grace Yulianti dari *Illinois* ke Semarang Indonesia dan Tergugat dengan sengaja mangkir dari kesepakatan yang telah menjadi putusan Peradilan Pemerintahan Provinsi *Illinois* Kota Winnebago tersebut. Bahwa Penggugat telah berkali-kali menghubungi Tergugat dengan cara baik-baik untuk meminta Clarissa Grace Yulianti namun Tergugat tetap bersikeras pada sikapnya untuk menguasai Clarissa Grace Yulianti tersebut.

Bahwa dengan mangkirnya Tergugat dari putusan peradilan Pemerintahan Provinsi *Illinois* Kota Winnebago tersebut dengan secara nyata membawa kabur Clarissa Grace Yulianti dari Illinois ke Semarang Indonesia adalah wujud

Perbuatan melawan hukum yang patut untuk dipertanggungjawabkan oleh Tergugat

Bahwa akibat dari perbuatan Tergugat tersebut Penggugat telah dirugikan sehingga Penggugat ajukan perkara ini untuk memperoleh keadilan. Berdasarkan duduknya perkara yang ditetapkan yang ditetapkan sebagai yang sebenarnya itu, hakim dalam amar atau "*dictum*" putusannya, memutuskan siapa yang dimenangkan dan siapa yang dikalahkan.⁴⁹

Oleh karena itu hakim dengan pertimbangan hukumnya menimbang bahwa terhadap gugatan yang diajukan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat maupun yang diajukan di Pengadilan Negeri Semarang, keduanya belum diputuskan dan belum mempunyai kekuatan hukum tetap, oleh karenanya terhadap eksepsi tersebut tidak beralasan hukum oleh karenanya haruslah ditolak.

Kemudian menurut hakim harus dipastikan terpenuhinya sebagaimana ketentuan dalam Pasal 1365 KUHPerdeata, sedangkan untuk mengajukan gugatan wanprestasi harus memenuhi ketentuan dalam Pasal 1243 KUHPerdeata. Kemudian ruang lingkup kerugian dalam perbuatan melawan hukum memiliki dimensi yang berbeda dengan wanprestasi, bahwa seseorang dapat dikatakan wanprestasi apabila ia melanggar suatu perjanjian yang telah disepakati dengan pihak lain sedangkan seseorang dapat dikatakan melakukan melawan hukum apabila perbuatannya bertentangan dengan hak orang lain, atau bertentangan dengan kewajiban hukumnya sendiri, atau bertentangan dengan kesusilaan,

⁴⁹ Mhd. Teguh Syuhada Lubis. 2021. *Hukum Pembuktian Dalam Peradilan di Indonesia*. Medan: CV. Pustaka Prima. halaman 26.

sedangkan persamaan dari gugatan wanprestasi dan melawan hukum adalah dapat diajukan tuntutan ganti rugi dari Pihak yang mengajukan gugatan. Dalam praktiknya seringkali dalam masyarakat yang mengajukan tuntutan/gugatan ke pengadilan dengan mencampur adukkan antara gugatan wanprestasi dan gugatan melawan hukum, hal ini sering terjadi karena perbedaan keduanya sangat tipis dimana dalil-dalil yang dikemukakan terlihat bahwa gugatannya adalah wanprestasi, namun sesungguhnya adalah perbuatan melawan hukum atau sebaliknya, dan apabila ada kesalahan dari Penggugat dalam mendalilkan gugatan hal ini dapat menjadi celah yang akan dimanfaatkan Tergugat dalam mengajukan tangkisan/ eksepsi.

Kemudian hakim menimbang bila dilihat antara perbuatan melawan hukum pada prinsipnya tidak ada perbedaan, dimana wanprestasi adalah species, sedangkan genusnya adalah melawan hukum, dan apabila dicermati kembali, memang ada suatu perbedaan yang hakiki antara sifat perbuatan melawan hukum dan wanprestasi, baik dilihat dari sejarahnya maupun dari sistematik undang-undang, wanprestasi tidak dapat digolongkan pada pengertian melawan hukum, menurut M.A. Moegni Djojodirdjo dalam bukunya yang berjudul “Perbuatan melawan hukum”, berpendapat bahwa amat penting untuk mempertimbangkan apakah seseorang akan mengajukan tuntutan ganti rugi karena wanprestasi atau karena melawan hukum, menurut M.A. Moegni Djojodirdjo akan ada perbedaan dalam pembebanan pembuktian, perhitungan kerugian, dan bentuk gantinya antara tuntutan wanprestasi dan melawan hukum, pada gugatan melawan hukum: Penggugat harus membuktikan semua unsur-unsur melawan hukum selain harus

mampu membuktikan adanya kesalahan yang diperbuat oleh Tergugat, sedangkan dalam gugatan wanprestasi: Penggugat cukup menunjukkan adanya wanprestasi atau adanya perjanjian yang dilanggar, dalam suatu gugatan melawan hukum, penggugat dapat menuntut pengembalian pada keadaan semula (*restitutio in integrum*), namun tuntutan tersebut tidak dapat diajukan apabila gugatan yang diajukan dasarnya adalah wanprestasi.

Selanjutnya bahwa setelah Clarissa Grace Yulianti lahir, Penggugat dan Tergugat sepakat bercerai dimuka *Judicial State Of Illinois Circuit County Of Winnebago* (Peradilan Pemerintahan Provinsi *Illinois* Kota Winnebago), Amerika, dan dalam perkara di Peradilan (point-3) tersebut di atas, selanjutnya dalam putusannya bernomor : 2016 D 48 yang disahkan pada tanggal, 11 November 2018 diputuskan sebagai berikut:

1. Tergugat telah membatalkan niat untuk pindah ke luar negeri (Indonesia)
2. Anak yang bernama CLARISSA tidak diperbolehkan/tidak diijinkan tinggal diluar ILLINOIS
3. Kedua belah pihak telah menyetujui pembagian waktu, pembagian kepengurusan dan serta tanggungjawab anak sesuai dengan dokumen berikut ini, dan kedua belah pihak harus mengikuti pengaturan pengadilan.

Kemudian bahwa Undang-undang Perkawinan sudah mensyaratkan bahwa perkawinan yang dilaksanakan di luar negeri tetap harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan Undang-undang Perkawinan, Jadi sangat mungkin perkawinan sah secara formal di negara tempat perkawinan dilangsungkan, tetapi tidak sah menurut hukum Indonesia (Vide Pasal 2 Undang-undang Perkawinan). Selanjutnya Majelis Hakim mempertimbangkan terhadap keabsahan Putusan Perceraian Pengadilan Asing Terhadap WNI dan pelaksanaan putusan, yakni

adanya asas bahwa putusan-putusan pengadilan suatu negara tidak dapat dilaksanakan di wilayah negara lain, dimana Putusan Hakim suatu negara hanya dapat dilaksanakan di wilayah negaranya saja, Putusan hakim asing tidak dapat dianggap sama dan sederajat dengan putusan Hakim di Indonesia, Putusan Hakim Indonesia sendiri hanya dapat dilaksanakan di Indonesia, Ketentuan tersebut di atas erat kaitannya dengan prinsip kedaulatan teritorial (*principle of territorial sovereignty*) dimana berdasar asas ini putusan hakim asing tidak bisa secara langsung dilaksanakan di wilayah negara lain atas kekuatannya sendiri, bahwa Pada umumnya putusan hakim asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia namun sekiranya bisa dilaksanakan disandarkan hanya pada Pasal 436 "*Burgerlijke Reglement Rechtsvordering (R.V)*". Undang-undang ini pada umumnya sekarang tidak berlaku, oleh karena sekarang hanya ada satu macam pengadilan untuk pemeriksaan perkara tingkatan pertama, yaitu pengadilan negeri dan untuk pengadilan negeri ini pada pokoknya hanya berlaku HIR ("*Herziene Inlandsch Reglement*") bagi Jawa dan Madura dan RBG ("*Rechtreglement Buitengewesten*") bagi daerah-daerah lain. Walaupun sebenarnya ketentuan R.V sudah tidak berlaku lagi di Indonesia, namun oleh karena HIR (*Herziene Inland Reglement*) yang mengatur hukum acara perdata dan yang sekarang digunakan oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi tidak memiliki ketentuan perihal tata cara eksekusi suatu putusan asing ini, selanjutnya bahwa sesuai dengan azas kewarganegaraan, maka suatu keputusan cerai yang diucapkan di luar negeri antara para pihak yang kedua-duanya adalah warga negara Indonesia hanya dapat diakui oleh Hakim

Indonesia, jika keputusan bersangkutan disandarkan atas alasan-alasan yang dikenal dalam Hukum Indonesia.

Seperti yang kita ketahui bersama bahwasanya keputusan hakim tidak berdasar pada kepentingan orang tua semata, prioritas utama bagi hakim dalam mengambil keputusan ini adalah yang terbaik bagi anak untuk kedepannya dan mempunyai masa depan yang cerah.

Dari gugatan diatas diperoleh putusan hakim (gugatan Nomor 155/Pdt/G/2019/PNSmg) yaitu: Menolak eksepsi Tergugat untuk seluruhnya, Menolak gugatan Penggugat untuk seluruhnya, Mengabulkan gugatan Penggugat Rekonvensi untuk sebagian, Menyatakan Tergugat Rekonvensi telah melakukan perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) terhadap Penggugat Rekonvensi, Menyatakan Penggugat Rekonvensi dan anaknya Clarissa Grace Yulianti adalah Warga Negara Indonesia yang tinggal di dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI), Menyatakan anak Penggugat Rekonvensi Clarissa Grace Yulianti wajib dilindungi oleh Negara dan Pemerintah Republik Indonesia, Menyatakan dan menetapkan Hak Asuh Anak perempuan yang bernama Clarissa Grace Yulianti, yang lahir pada tanggal 28 Januari 2015, jatuh pada Penggugat Rekonvensi selaku ibu kandungnya.

Setelah putusan tingkat pertama keluar, ternyata mantan suami tidak sepakat dengan keputusan hakim dan mengajukan banding dengan putusan nomor 473/PDT/2019/PT SMG. Dalam Memori Bandingnya Pemanding mengemukakan tidak sependapat dengan pertimbangan hukum Majelis Hakim Tingkat Pertama dan memohon agar Putusan Pengadilan Negeri Semarang

tanggal 1 Agustus 2019 Nomor 155/Pdt.G/2019/PN Smg. dibatalkan dengan alasan sebagai berikut:

Bahwa Majelis Hakim Tingkat Pertama dalam putusan tersebut tidak menghargai dan mempertimbangkan produk hukum Judisial (Pengadilan) *State of Illinois Circuit Country of Winnebago*, Amerika Serikat sebagai norma yang memberi nilai sebuah kesepakatan yang mengikat para pihak dalam perkara *a quo*.

Bahwa kajian pertimbangan Majelis Hakim Tingkat Pertama dalam putusan tersebut seolah memberikan perlindungan bagi orang yang melakukan perbuatan jahat di Luar Negeri. Putusan Majelis Hakim Tingkat Pertama jelas dan nyata menggambarkan adanya keberpihakan Majelis Hakim Tingkat Pertama telah keliru menilai Tergugat sebagai ibu yang baik untuk mengasuh anak.

Atas memori banding tersebut ternyata Majelis Hakim Tingkat Banding tidak sependapat dengan pertimbangan hukum Majelis Hakim Tingkat Pertama dan memberikan pertimbangan sebagai berikut:

Dalil pokok gugatan Penggugat adalah adanya kesepakatan antara Penggugat dan Tergugat tentang Tanggung Jawab Orang Tua/Pengambilan Keputusan dan Rencana Pengasuhan Anak yang tertuang dalam Putusan Akhir dari *Judisial State of Illinois Circuit Country of Winnebago* Amerika Serikat yang telah diingkari oleh Tergugat tentang status anak yang lahir dari perkawinan antara Penggugat dan Tergugat telah dipertimbangkan oleh Majelis Hakim Tingkat pertama adalah sebagai berikut:

bahwa dalam hukum Islam, anak lahir dalam keadaan bersih dan tidak menanggungbeban dosa orang tuanya, Islam tidak mengenal konsep dosa turunan atau pelimpahan dosa dari satu pihak ke pihak lainnya, Islam mengenal konsep anak zina yang hanya bernazab kepada ibu kandungnya,

namun ini bukan anak dari perkawinan yang sah menurut hukum di Indonesia (karena tidak dicatatkan) namun perkawinan Penggugat Rekonpensi dan Tergugat Rekonpensi telah memenuhi syarat perkawinan (di Negera Bagian Michigan), sehingga anak yang lahir dari perkawinan tersebut adalah sah, meskipun perkawinan kedua orang tuanya tidak dicatatkan pada instansi terkait, dan anak tersebut tetap harus bernasab kepada kedua orang tuanya (bapak dan ibunya).

Kesepakatan merupakan salah satu unsur untuk sahnya suatu perjanjian yang dapat dilihat dari ketentuan pasal 1320 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan untuk sahnya suatu Perjanjian diperlukan 4 (empat) syarat yaitu:

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya
2. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan
3. Suatu hal tertentu
4. Suatu sebab yang halal

Ke-empat syarat tersebut telah terpenuhi dengan adanya kesepakatan antara Penggugat dan Tergugat, mereka juga mempunyai kemampuan untuk melakukan perbuatan hukum dalam keadaan sadar dan tidak dalam tekanan atau paksaan atau tipu muslihat, kesepakatan tersebut tentang pengasuhan anak secara bersama dan penuh juga tentang waktu pengasuhan anak, kesepakatan ini dilakukan karena adanya perceraian antara Penggugat dan Tergugat di mana mereka telah mempunyai seorang anak, dengan dipenuhinya syarat sahnya suatu perjanjian maka perjanjian yang berisikan kesepakatan antara Penggugat dan Tergugat tersebut berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya dan perjanjian tersebut harus dilaksanakan dengan itikad baik sebagaimana diatur dalam pasal 1338 Kitab Undang Undang Hukum Perdata, sehingga adanya ketentuan dalam pasal 1338 Kitab Undang Undang Hukum Perdata, maka mau tidak mau Penggugat dan Tergugat harus memenuhi kesepakatan yang telah

dibuatnya dan apabila salah satu pihak melanggar kesepakatan maka pihak yang melanggar jelas telah melakukan perbuatan melawan hukum *in casu* Tergugat yang telah dengan sengaja keluar dari Amerika pulang ke Indonesia dengan membawa anak yang lahir dari perkawinan dengan Penggugat tanpa sepengetahuan Penggugat sehingga penggugat kesulitan untuk melaksanakan kesepakatan diantaranya untuk melaksanakan kewajibannya mengasuh anaknya

Kemudian Majelis Hakim menimbang bahwa terungkap dari isi Kontra Memori Banding yang diajukan pihak Tergugat memberikan kesan bahwa Tergugat hanya mau mempertemukan anaknya dengan Penggugat di tempat umum saja dan hal ini jelas bertentangan dengan kesepakatan yang telah disepakati bersama antara Penggugat dan Tergugat tentang waktu pengasuhan anak. Tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum dan gugatan penggugat patut untuk dikabulkan sebagian dengan perbaikan atau koreksi petitum namun tidak menyimpang dari maksud dan tujuan gugatan. Lalu karena telah ada kesepakatan antara Penggugat dan Tergugat tentang pengasuhan anak secara bersama maka dan untuk memberikan kepastian tentang hak asuh anak maka harus ditetapkan bahwa hak asuh ada pada Penggugat dan tergugat secara bersama-sama yang waktu pengasuhannya ditentukan sesuai dengan kesepakatan yang telah ada.

Dari Pertimbangan Hukum di atas, Majelis Hakim memutuskan: Menerima permohonan dari pembanding semula penggugat, Membatalkan putusan pengadilan negeri semarang nomor 155/Pdt.G/2019/PN Smg. Tanggal 1 Agustus 2019 yang dimohonkan banding tersebut. Dari kedua putusan diatas,

diperoleh pertimbangan hukum dari Majelis Hakim yang bertolak belakang, yang mana dalam putusan tingkat pertama Majelis Hakim memutuskan bahwa Hak Asuh Anak yang bernama Clarissa Grace Yulianti adalah hak ibunya. Sedangkan pada pertimbangan hukum putusan tingkat banding, Majelis Hakim memutuskan untuk membatalkan putusan pada tingkat pertama yang artinya Hak Asuh Anak yang bernama Clarissa Grace Yulianti tetap dilakukan secara bersama antara mantan suami dengan mantan isteri sebagaimana yang sebelumnya telah disepakati bersama.

Keputusan hakim pada tingkat banding ini jelas sangat sulit untuk diterapkan mengingat bahwa Mega Yulianti selaku mantan isteri telah memutuskan untuk menetap di Semarang, Indonesia. Akhirnya mantan isteri mengajukan permohonan kasasi dengan nomor register: 2021 K/Pdt/2020, yang pada tingkat kasasi ini Majelis Hakim dengan pertimbangan hukumnya memutuskan bahwa Hak Asuh Anak yang bernama Clarissa Grace Yulianti jatuh kepada ibunya selaku pemohon kasasi.

Majelis Hakim meneliti secara saksama memori kasasi pada tanggal 1 November 2019 dan kontra memori kasasi pada tanggal 25 November 2019 di hubungkan dengan pertimbangan *judex facti* dalam hal ini Pengadilan Tinggi Jawa Tengah yang membatalkan putusan Pengadilan Negeri Semarang terdapat kesalahan dalam menerapkan hukum.

Majelis Hakim menetapkan Hak Asuh Anak jatuh kepada ibu dengan beberapa pertimbangan, yang mana bahwa setiap anak memiliki hak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari

kekerasan dan diskriminasi, yang disebut dengan hak anak. Indonesia pun telah mengakui adanya hak anak yang harus dilindungi sebagaimana tercantum dalam konstitusi negara, tepatnya Pasal 28B ayat (2) Undang-Undang Dasar Republik Indonesia. Hak anak merupakan bagian dari hak asasi manusia sehingga setiap negara memiliki kewajiban untuk melakukan pemenuhan terhadap hak – hak tersebut. Sebagai upaya tanggung jawab negara dalam menjamin perlindungan terhadap hak-hak anak di Indonesia, pemerintah Indonesia telah mengundangkan UU No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak dan beberapa perubahan pasal yang dimuat dalam UU No. 35 Tahun 2014 sebagai salah satu sumber hukum yang mengatur mengenai anak secara umum maupun secara khusus. Dalam Pasal 1 Angka 12 UU No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak disebutkan bahwa hak anak adalah bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dilindungi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan Negara. Hal ini menunjukkan bahwa dimulai dari skala terkecil yaitu dalam lingkup keluarga, orang tua pun memiliki kewajiban untuk melindungi hak anak dalam segala situasi, termasuk dalam situasi telah terjadinya perceraian. Kasus yang peneliti angkat ini juga menyinggung mengenai perlindungan terhadap hak anak dalam kasus perselisihan mengenai hak asuh anak pasca perceraian antara Philip Budiharjo dan Mega Yulianti yang mana pada saat mereka bercerai di muka pengadilan di Amerika Serikat, keduanya telah membuat kesepakatan mengenai pengasuhan anak mereka yaitu Clarissa Grace Yulianti. Kesepakatan tersebut mengatur secara terperinci mengenai pembagian kepengurusan dan serta tanggungjawab terhadap Clarissa Grace Yulianti pasca

perceraian yaitu dengan pola pengasuhan secara bersama (*joint custody*) yang mana Clarissa Grace Yulianti tinggal di tempat ayahnya, Philip Budiharjo selama 7 hari, dan juga di tempat ibunya, Mega Yulianti selama 7 hari secara bergantian. Namun karena Mega Yulianti membawa kabur Clarissa Grace ke Indonesia, kemudian perbuatan tersebut digugat oleh Philip Budiharjo ke pengadilan di Kota Semarang, lalu diperiksa mulai dari tingkat pertama hingga tingkat kasasi. Pada tingkat kasasi, Mahkamah Agung memberikan putusan dengan memberikan hak asuh hanya kepada Mega Yulianti selaku ibu kandung dari Clarissa Grace. Pertimbangan Mahkamah Agung didasarkan atas kewajiban Pemerintah RI dalam melindungi warga negaranya yang memandang bahwa pengasuhan Clarissa Grace lebih tepat dan adil apabila berada dibawah pengasuhan ibunya atau Mega Yulianti saja (*sole custody*), bukan pengasuhan bersama (*joint custody*). Pengasuhan bersama (*joint custody*) adalah konsep pengasuhan yang mewajibkan kedua orang tua untuk membuat kesepakatan yang terkait dengan kebutuhan dan kepentingan anak di semua aspek kehidupan salah satunya juga mengenai hak asuh secara fisik. Seperti halnya yang terjadi dalam kasus ini yang mana para pihak mengadopsi konsep pengasuhan bersama yaitu agar sang anak tinggal di tempat kedua orang tuanya secara bergantian. Sementara itu, dalam hukum positif Indonesia tidak disebutkan secara jelas apakah Indonesia menganut konsep hak asuh bersama (*joint custody*) ataukah hanya menganut konsep hak asuh tunggal (*sole custody*) saja. Ada beberapa pendapat dari para hakim yang menyatakan bahwa bentuk pengasuhan yang diatur oleh hukum positif Indonesia yaitu Undang-undang Perkawinan merupakan pengasuhan bersama karena seperti yang

termuat dalam Pasal 41 dan Pasal 45 Undang-undang Perkawinan, dinyatakan bahwa ibu dan bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anaknya semata-mata berdasarkan kepentingan anak, kecuali ada perselisihan maka pengadilan memberikan putusan. Kalau pun pengasuhan dalam Undang-undang Perkawinan merupakan pengasuhan bersama, tetap saja hal-hal penting dalam konsep pengasuhan bersama seperti mengenai bagaimana cara pengasuhan bersama itu akan dilakukan atau dalam hal apa saja yang harus dimuat dalam kesepakatan tersebut tidak diatur secara jelas dalam Undang-Undang di Indonesia. Sehingga dalam praktiknya, dalam memutus mengenai perkara perebutan hak asuh anak dikembalikan lagi kepada pertimbangan atas kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*). Menelaah asas kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*) dalam hukum positif Indonesia, asas ini termuat dalam Pasal 2 Undang-undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang menyatakan bahwa dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif, dan badan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama karena anak merupakan kelompok/pihak yang rentan yang harus mendapat perlindungan dari pemerintah. Selain termuat dalam undang-undang, asas kepentingan terbaik bagi anak pada praktiknya pun telah dijadikan sebagai pertimbangan utama oleh para hakim dalam memutuskan perkara hak asuh anak. Salah satunya yang termuat dalam yurisprudensi Mahkamah Agung RI tanggal 25 Juni 1974 dengan Nomor: 906/K/Sip/1973 yang menyatakan bahwa: “kepentingan si anak lah yang harus dipergunakan selaku patokan untuk menentukan siapa dari

orangtuanya yang diserahkan pengasuhan si anak.” Berdasarkan pemaparan diatas mengenai konsep pengasuhan anak pasca perceraian yang dianut oleh Indonesia serta asas kepentingan terbaik bagi anak, maka dapat disimpulkan walaupun konsep pengasuhan anak secara bersama (*joint custody*) di Indonesia masih belum jelas baik dalam segi peraturan perundang-undangan maupun praktiknya, Dihubungkan dengan kasus dalam penelitian ini, dapat dilihat dalam pertimbangannya Mahkamah Agung menyatakan bahwa: “meskipun dalam perjanjian yang disepakati antara Penggugat dengan Tergugat hak asuh untuk anak diberikan kepada Penggugat 7 (tujuh) hari dan kepada Tergugat 7 (tujuh) hari, akan tetapi oleh karena Penggugat tinggal di Amerika Serikat dan Tergugat dan anaknya tinggal di Indonesia, maka apabila dikabulkannya mengenai hak asuh tersebut akan sangat sulit untuk dilaksanakan dan oleh karena negara dan pemerintah RI berkewajiban untuk melindungi warga negaranya, maka pengasuhan anak di bawah umur dipandang lebih tepat dan adil berada dibawah pengasuhan Tergugat selaku ibunya”. Dari pertimbangan tersebut tersirat bahwa sebenarnya Mahkamah Agung bisa saja mengabulkan pengasuhan Clarissa Grace untuk dilakukan secara bersama oleh Philip Budiharjo dan Mega Yulianti (*joint custody*). Namun dikarenakan fakta-fakta di persidangan menunjukkan bahwa apabila pengasuhan secara bersama (*joint custody*) diterapkan maka akan sulit karena selain masalah jarak antara tempat tinggal yang berbeda negara (Amerika-Indonesia), hubungan antara Philip Budiharjo dengan Mega Yulianti juga tidak harmonis atau saling bermusuhan, sementara mereka masih harus berbagi hak asuh dan masih akan terus berinteraksi dalam mengatur jadwal kunjungan dan

dalam mengambil berbagai keputusan tentang Clarissa, selain itu Philip Budiharjo juga sudah menikah lagi dengan wanita lain yang seringkali mempermasalahkan saat Philip Budiharjo masih berinteraksi dengan Mega Yulianti masalah anak, sehingga berdasarkan fakta-fakta hukum tersebut apabila pengasuhan anak bersama (*joint custody*) tetap diteruskan justru dikhawatirkan hal-hal tersebut akan memberikan pengaruh tidak baik terhadap tumbuh kembang Clarissa Grace dan akan mencederai asas kepentingan terbaik bagi anak. Oleh karena itu, pertimbangan Mahkamah Agung yang menerapkan konsep pengasuhan secara tunggal (*sole custody*) dalam kasus ini sudah sesuai dengan hukum positif mengenai perlindungan anak. Selanjutnya mengenai pengasuhan secara tunggal (*sole custody*) yang diberikan kepada Mega Yulianti dan bukan diberikan kepada Philip Budiharjo, Mahkamah Agung dalam pertimbangannya mendasarkan atas umur Clarissa Grace yang masih dibawah umur sehingga dipandang lebih baik berada dibawah pengasuhan ibunya yaitu Mega Yulianti. Dalam Undang-undang Perlindungan Anak maupun Undang-undang Perkawinan, tidak ada aturan yang secara jelas mengatur bahwa hak asuh anak dibawah umur harus diserahkan kepada ibunya. Adapun merujuk pada beberapa ketentuan agama, diatur bahwa baik dalam agama Islam (Pasal 105 KHI) maupun non-Islam (Yurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 126 K/Pdt/2001), hak asuh anak yang dibawah umur jatuh kepada pihak ibu karena ibu dianggap orang terdekat dan akrab dengan si anak, kecuali dapat dibuktikan sebaliknya. Penetapan berdasarkan konsep “orang yang paling akrab dengan si anak” ini dikenal dengan konsep *primary caretaker preference* atau preferensi dalam menentukan pengasuh utama dan banyak

diadopsi oleh negara-negara dalam menentukan pihak yang berhak mendapatkan hak asuh dalam pengasuhan anak tunggal (*sole custody*). Konsep *primary caretaker preference* mewajibkan pengadilan memberikan hak asuh kepada pihak yang dianggap sebagai pengasuh utama dalam proses membesarkan anak mereka sebelum terjadi perceraian sehingga walaupun terjadi perceraian, tumbuh kembang si anak tetap dapat berjalan dengan baik. Dalam kasus ini, fakta hukum menunjukkan bahwa Mega Yulianti lah sebagai Ibu kandung dari Clarissa Grace yang merupakan orang terdekat sehari-hari yang mengurus Clarissa Grace dengan baik, hal ini juga didukung fakta hukum di persidangan mengenai keterangan Ahli yang memeriksa psikologi Clarissa yang menunjukkan hasil yang baik dan tidak mengalami masalah dari kejiwaan selama berada dibawah pengasuhan Mega Yulianti. Dengan demikian, seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, merujuk pada ketentuan berbagai agama dan yurisprudensi serta pemeriksaan secara psikologis, pemeliharaan anak dibawah umur dalam konsep pengasuhan tunggal (*sole custody*) dipandang lebih baik untuk Ibu, sebagai orang terdekat agar tumbuh kembangnya dapat berjalan dengan baik yang mana hal tersebut juga selaras dengan asas utama yang harus diperhatikan Hakim dalam penetapan hak asuh yaitu asas kepentingan terbaik bagi anak (*the best interest of the child*). Asas ini juga didasarkan atas hak anak yang merupakan bagian dari hak asasi manusia yang wajib dijamin, dilindungi, dan dilindungi oleh orang tua, keluarga, masyarakat, pemerintah dan Negara sehingga dalam kasus ini negara melalui alat penegak hukumnya yaitu hakim memiliki kewajiban hukum untuk mewujudkan hal tersebut. Berdasarkan analisis tersebut, maka putusan Mahkamah Agung

mengenai hak asuh anak yang diberikan hanya kepada Mega Yulianti telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang terkait.

Tentu saja dalam putusan Majelis Hakim ini ada asas *pacta sunt servanda* yang diabaikan, namun hal tersebut bukan tidak beralasan, dalam kasus yang penulis teliti ini yaitu antara Philip Budiharjo dan Mega Yulianti terdapat unsur asing (*foreign element*) terkait perbedaan antara kewarganegaraan para pihak dengan domisili tempat kesepakatan dibuat. Kedua belah pihak merupakan Warga Negara Indonesia, sedangkan domisili tempat kesepakatan hak asuh anak dibuat di Amerika Serikat. Oleh karena adanya unsur asing, kasus ini masuk kedalam ranah Hukum Perdata Internasional (HPI). Dalam hal ini, perlu diperhatikan mengenai kaidah HPI Amerika Serikat dan juga kaidah HPI Indonesia.

Kaidah HPI Amerika Serikat menganut asas domisili yang artinya status personal seseorang ditentukan berdasarkan hukum tempat kediaman orang tersebut.⁵⁰ Pada saat Philip Budiharjo dan Mega Yulianti bercerai sekaligus membuat kesepakatan pengasuhan anak dimuka Peradilan Pemerintahan Provinsi Illinois Kota Winnebago Amerika Serikat, walaupun keduanya merupakan WNI, namun oleh karena keduanya berdomisili di Amerika Serikat, maka perceraian dan juga pembuatan kesepakatan hak asuh anak mereka tersebut diharuskan tunduk pada hukum Amerika Serikat. Berdasarkan hukum perjanjian di Amerika Serikat yang termuat dalam *Restatement (second) of Contracts America 1932*, ditentukan bahwa agar suatu perjanjian dianggap sah dan mengikat bagi para pihaknya, maka terdapat empat syarat yang harus dipenuhi yaitu adanya *Offer* dan

⁵⁰ Ridwan Khairandy. 2007. *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Yogyakarta: FH UII Press, halaman 62

Acceptance, Meeting of minds, Consideration, Competen parties dan *Legal subject matter* yang mana dalam hal ini kesepakatan hak asuh anak tersebut telah memenuhi persyaratan-persyaratan tersebut sehingga sah dan mengikat bagi keduanya. Hal ini juga didukung dengan dikeluarkannya putusan *Judicial State of Illinois Circuit County of Winnebago* Amerika Serikat bernomor: 2016 D 48 yang disahkan pada tanggal 11 Agustus 2018 yang didalamnya juga memuat kesepakatan pengasuhan Clarissa Grace Yulianti. Sementara itu, kaidah HPI Indonesia menganut asas nasionalitas yang artinya status personal seseorang ditentukan berdasarkan hukum nasionalnya.⁵¹ Para pihak dalam kasus ini, yaitu Philip Budiharjo dan Mega Yulianti merupakan Warga Negara Indonesia. Kemudian, pada saat ini permasalahan dalam kasus ini mencuat, para pihak sedang sama-sama berada di Indonesia, sehingga perkara diajukan ke Pengadilan di Indonesia. Mengingat bahwa adanya unsur asing dan dengan melihat kepada kaidah HPI di Indonesia yang menganut asas nasionalitas seperti yang telah dipaparkan sebelumnya, maka dari itu selanjutnya kasus ini harus diperiksa berdasarkan hukum Indonesia. Merujuk pada hukum positif di Indonesia mengenai perjanjian, tepatnya yang termuat dalam KUHPerdara, suatu perjanjian dinyatakan sah hanya apabila telah memenuhi syarat-syarat sahnya suatu perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara. Syarat-syarat tersebut terdiri dari keharusan adanya kesepakatan, kecakapan, hal tertentu, serta sebab yang halal. Dalam kasus ini, keempat syarat tersebut telah terpenuhi dengan adanya kesepakatan antara Philip Budiarjo dan Mega Yulianti keduanya juga

⁵¹ *Ibid*

memiliki kecakapan untuk melakukan perbuatan hukum dalam keadaan sadar dan tidak dalam tekanan atau paksaan, kesepakatan tersebut juga memiliki objek yang jelas yakni mengenai pembagian tanggung jawab kepengurusan Clarissa Grace Yulianti pasca perceraian, dan didasarkan pula pada sebab yang halal yakni dilakukan karena adanya perceraian antara Philip Budiharjo dan Mega Yulianti yang mana walaupun terjadi perceraian, kedua orangtua tetap berkewajiban mengurus dan memelihara anak mereka sebagaimana diamanatkan oleh Undang-Undang Perkawinan. Sehingga dalam hal keseluruhan syarat tersebut telah terpenuhi, maka perjanjian yang dibuat oleh keduanya dianggap telah sah. Dengan adanya perjanjian yang dibuat secara sah menurut hukum, maka asas *pacta sunt servanda* menjadi berlaku secara otomatis untuk memberikan perlindungan kepada para pihak agar tunduk dan patuh untuk melaksanakan isi dari perjanjian tersebut, sebagaimana asas ini termuat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara yang berbunyi: semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang undang bagi mereka yang membuatnya. Namun, dalam membaca ketentuan-ketentuan dalam KUHPerdara khususnya mengenai asas-asas dalam perjanjian, diperlukan interpretasi secara komprehensif-proporsional, yaitu dibaca dan diterapkan sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan satu sama lain, karena satu asas dengan asas lain memiliki keterkaitan yang sama penting demi mewujudkan suatu perjanjian. Maka dari itu asas *pacta sunt servanda* yang termuat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUHPerdara haruslah dibaca sebagai satu kesatuan dengan bunyi ketentuan pada ayat berikutnya yaitu Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara mengenai aturan bahwa suatu perjanjian dilaksanakan dengan asas

itikad baik. Pengertian dari itikad baik ini diartikan bahwa pelaksanaan suatu perjanjian tidak boleh menimbulkan ketidakseimbangan atau melanggar rasa keadilan atau kepatutan dalam masyarakat. Merujuk pada prinsip kedaulatan teritorial (*principle of territorial sovereignty*), putusan hakim asing tidak bisa secara langsung dilaksanakan di wilayah negara lain atas kekuatannya sendiri. Putusan hakim suatu negara hanya dapat dilaksanakan di wilayah negaranya saja. Ketentuan mengenai ini juga dapat ditemukan dalam Pasal 436 *Reglement op de Burgerlijke Rechtvordering* (R.V) yang mengatur mengenai eksekusi putusan asing di Indonesia, yang menyatakan bahwa putusan pengadilan asing tidak dapat dieksekusi di wilayah Republik Indonesia. Satu-satunya cara untuk mengeksekusi putusan pengadilan asing di Indonesia adalah dengan menjadikan putusan tersebut sebagai dasar hukum untuk mengajukan gugatan baru di pengadilan Indonesia. Kemudian, putusan pengadilan asing tersebut oleh pengadilan Indonesia dapat dijadikan sebagai alat bukti tulisan dengan daya kekuatan mengikatnya secara kasuistik, yaitu bisa bernilai sebagai akta otentik yang memiliki kekuatan pembuktian yang sempurna dan mengikat atau hanya sebagai fakta hukum yang dinilai secara bebas sesuai dengan pertimbangan hakim. Dengan adanya diskresi hakim tersebut maka hakim Indonesia tidak terikat untuk mengikuti putusan pengadilan asing dan berhak untuk menentukan bagaimana kekuatan putusan hakim asing harus dilihat dan diperhatikan dari sudut tujuan hukum untuk memenuhi rasa keadilan. Maka dihubungkan dengan pemaparan sebelumnya mengenai pengesampingan asas *pacta sunt servanda* dengan asas itikad baik, dalam kasus ini, Putusan *Judicial State of Illinois Circuit County of Winnebago*

yang bernomor: 2016 D 48 yang didalamnya juga memuat kesepakatan pengasuhan anak yang dibuat oleh Philip Budiharjo dan Mega Yulianti memang tidak dapat semerta merta dilaksanakan di Indonesia, karena hal itu dikembalikan lagi kepada diskresi Majelis Hakim dari tingkat pertama hingga tingkat kasasi berdasarkan ketentuan Pasal 436 R.V. Diskresi hakim ini juga didasarkan lagi pada asas itikad baik yaitu diselaraskan dengan kepatutan yang ada dalam masyarakat agar sesuai dengan tujuan hukum untuk memenuhi rasa keadilan. Dalam kasus ini, pada tingkat pertama, Majelis Hakim Pengadilan Negeri Semarang melalui diskresinya menilai bahwa Putusan *Judicial State of Illinois Circuit County of Winnebago* tersebut hanya sebagai fakta hukum belaka sehingga tidak perlu mengikuti isi kesepakatan yang termuat didalamnya. Namun pada tingkat banding, Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Semarang memiliki pandangan yang berbeda, sehingga melalui diskresinya Majelis Hakim membatalkan putusan pengadilan tingkat pertama dan memberi penilaian bahwa Putusan *Judicial State of Illinois Circuit County of Winnebago* bukan hanya merupakan fakta hukum belaka, melainkan akta otentik yang memiliki kekuatan pembuktian yang sempurna dan mengikat bagi para pihaknya untuk patuh memenuhi isi dari kesepakatan tersebut. Lalu pada tingkat kasasi, Mahkamah Agung memiliki pandangan yang berbeda lagi, sehingga putusan Pengadilan Tinggi sebelumnya dibatalkan dan Mahkamah Agung memperkuat putusan Pengadilan Negeri pada tingkat pertama dengan menggunakan diskresinya yang termuat dalam ketentuan Pasal 436 R.V memberikan pertimbangan dengan menilai putusan asing Kota Winnebago hanyalah sebagai fakta hukum belaka sehingga kesepakatan hak asuh

anak yang termuat dalam putusan asing tersebut tidak mengikat bagi para pihaknya. Adanya perbedaan pertimbangan Majelis Hakim dari tingkat pertama hingga tingkat kasasi inilah yang harus dikaji apakah diskresinya tersebut dalam menilai kekuatan pengeksekusian putusan *Judicial State of Illinois Circuit County of Winnebago* sudah didasarkan pada asas itikad baik untuk memenuhi kepatutan yang ada dalam masyarakat atau belum.

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, asas itikad baik ini diartikan bahwa pelaksanaan suatu perjanjian tidak boleh menimbulkan ketidakseimbangan atau melanggar rasa keadilan atau kepatutan dalam masyarakat. Dengan adanya asas itikad baik yang membatasi daya ikat asas *pacta sunt servanda* maka hakim yang pada awalnya harus menghormati substansi dari perjanjian yang dibuat para pihak layaknya undang-undang dan tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi perjanjian maka dapat berbuat sebaliknya pada situasi terjadinya pelanggaran terhadap itikad baik yaitu apabila pelaksanaan suatu perjanjian menimbulkan ketidakseimbangan atau melanggar rasa keadilan atau kepatutan dalam masyarakat. Maka dari itu, dalam kasus ini, perlu dilihat 'kepatutan' yang ada dalam masyarakat Indonesia mengenai pemberian hak asuh anak pasca perceraian. Seperti yang telah dipaparkan dalam analisis Identifikasi Masalah sebelumnya yaitu bahwa di Indonesia pengasuhan anak pasca perceraian cenderung menganut sistem pengasuhan secara tunggal (*sole custody*), bukan pengasuhan bersama (*joint custody*), dan dilakukan dengan pertimbangan utama yaitu demi kebaikan si anak sehingga untuk pengasuhan anak dibawah umur selalu diberikan kepada ibu dengan pertimbangan bahwa pihak ibu adalah pihak

terdekat anak sedari kecil sehingga dapat membantu menunjang tumbuh kembang si anak dengan baik. Oleh karena itu, Putusan Mahkamah Agung dalam kasus ini mengenai penyimpangan asas *pacta sunt servanda* telah sesuai dengan peraturan perundang-undangan terkait.

BAB IV

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

1. Berdasarkan hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa perjanjian Hak Asuh Anak tidak diatur dalam Hukum Positif di Indonesia, namun perjanjian ini dilegalkan karena sesuai dengan syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUHPerdara sehingga termasuk kedalam perjanjian tidak bernama (*Innominaat*), implementasi asas *pacta sunt servanda* dalam perjanjian Hak Asuh Anak ini boleh diabaikan dengan melihat keadaan yang memungkinkan sebuah putusan atau kesepakatan tidak dapat terlaksanakan dengan baik.
2. Kedudukan perjanjian Hak Asuh Anak tergolong dalam hukum privat karena perjanjian tersebut merupakan bentuk perikatan atas kesepakatan kedua belah pihak yang diakui dalam hukum perdata, namun pengaturan tentang Hak Asuh Anak juga terdapat dalam hukum publik yaitu Undang-undang Perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak, sehingga dalam perjanjian Hak Asuh Anak Hukum Publik Lebih diutamakan daripada Hukum Privat, mengingat bahwa ada asas kepentingan yang terbaik bagi anak yang harus lebih diutamakan daripada isi perjanjian Hak Asuh Anak itu sendiri.

3. Pertimbangan Hakim Terhadap Putusan Mahkamah Agung No. 2021 K/Pdt/2020 yang dianggap mengabaikan Asas *Pacta Sunt servanda* dalam perjanjian hak asuh anak yang dalam analisis penelitian ini keputusan ini dianggap telah sesuai dengan undang-undang dan ketentuan hukum yang semestinya, sebab dalam perjanjian ada dalam putusan tersebut hakim mempertimbangkan keadaan yang sulit bahkan tidak memungkinkan untuk dilaksanakan.

B. Saran

1. Terdapat kekosongan hukum dalam hukum positif di Indonesia yang mengatur secara spesifik tentang perjanjian Hak Asuh Anak, walaupun perjanjian Hak Asuh Anak diakui sebagai perjanjian yang terkategori sebagai perjanjian tidak bernama (*Innominaat*), maka diharapkan ada peraturan secara khusus terkait hal tersebut.
2. Dalam hal penentuan Hak Asuh Anak, diharapkan agar Hukum Publik lebih diutamakan apabila terjadi perselisihan antara kedua belah pihak yang membuat kesepakatan bersama dalam hal perjanjian Hak Asuh Anak dengan melihat kepentingan terbaik bagi anak.
3. Dalam memutuskan penentuan Hak Asuh Anak jika terjadi tumpang tindih antara Hukum Privat yang mengatur tentang Perjanjian Hak Asuh Anak dan Hukum Publik yang mengatur tentang Undang-undang perkawinan dan Undang-undang Perlindungan Anak, maka selayaknya Majelis Hakim mengesampingkan asas *pacta sunt servanda* dalam Perjanjian yang diatur

dalam Hukum Privat tersebut dan lebih mengutamakan kepentingan terbaik bagi anak yang diatur dalam Hukum Publik.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

Abd. Thalib. 2016. *Perkembangan Hukum Kontrak Modern*. Pekanbaru: UIR Press

Agus Yudha Hernoko. 2008. *Hukum Perjanjian: Asas Proporsional Dalam Kontrak Komersial*, Yogyakarta: LaksBang Mediatama

Agus Yudha Hernoko. 2014. “*Pergeseran Prinsip-Prinsip Hukum Kontrak*”, dalam *Asosiasi Pengajar Hukum Keperdataan (eds.), Proceeding (Paper Plenary Session) Konferensi Nasional Hukum Perdata “Mengevaluasi Kesiapan Hukum Perdata Nasional Indonesia dalam Menghadapi Tantangan Masa Depan”*, Malang: Intrans Publishing

Ahmad Miru. Tanpa Tahun, *Hukum Perdata Materiil dan Formil*. Diterbitkan oleh: USAID Bekerjasama dengan The Asia Foundation dan Kemitraan (*Partnership*)

Bernard Arief Sidharta. 2013. *Ilmu Hukum Indonesia: Upaya Pengembangan Ilmu Hukum Sistematis Yang Responsif Terhadap Perubahan Masyarakat*, Yogyakarta: Genta Publishing

Hilman dkk. 2017. *Hukum Perseroan Terbatas*. Solo: Pustaka Iltizam

Ida Hanifah, dkk. 2018. *Pedoman Penulisan Tugas Akhir Mahasiswa*. Medan: CV. Pustaka Prima.

- I Gusti Ngurah Dharma Laksana dkk. 2017. *Sosiologi Hukum*. Bali: Pustaka Ekspresi.
- Ishaq. 2018. *Dasar-Dasar Ilmu Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika
- Jamal Wiwoho dan Anis Mashdurohatun. 2017. *Hukum Kontrak, Ekonomi Syariah dan Etika Bisnis*. Semarang: UNDIP PRESS
- Johnny Ibrahim, 2006. *Teori Dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayu Publishing
- Jonaedi Efendi dan Johnny Ibrahim. 2018. *Metode Penelitian Hukum; Normatif & Empiris*. Jakarta: Prenada Media Group
- Josef Mario Monteiro. 2017. *Konsep Dasar Ilmu Hukum*. Malang: Setara Press
- Khuzaifah Dimiyati. 2005. *Teorisasi Hukum; Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945 - 1990*. Yogyakarta: Publishing
- Khuzaifah Dimiyati. 2014. *Pemikiran Hukum; Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- M. Fahmi Al-Amruzi. 2018. *Pengantar Ilmu Hukum Pengantar Tata Hukum Indonesia (PIH/PTHI)*. Serang: Laksita Indonesia
- Marsaid. 2015. *Perlindungan Hukum Anak Pidana Dalam Perspektif Hukum Islam (Maqasid Asy-Syari'ah)*. Palembang: Noerfikri Offset
- Mhd. Teguh Syuhada Lubis. 2021. *Hukum Pembuktian Dalam Peradilan di Indonesia*. Medan: CV. Pustaka Prima.

Nursariyani Simatupang dan Faisal. 2018. *Hukum Perlindungan Anak*. Medan: CV.

Pustaka Prima

Nurul Qamar, dkk. 2017. *Metode Penelitian Hukum (Legal Research Methods)*.

Makassar: CV. Social Politic Genius (SIGn)

Peter Mahmud Marzuki. 2016. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana Prenada

Media Group

Peter Mahmud Marzuki. 2017. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana

P.N.H. Simanjuntak. 2018. *Hukum Perdata Indonesia*, Jakarta: Prenada Media

Group, halaman

Ridwan Khairandy. *Itikad Baik Dalam Kontrak Di Berbagai Sistem Hukum*,

Yogyakarta: FH UII Press

Ridwan Khairandy. 2007. *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Yogyakarta:

FH UII Press

Salim. 2015. *Hukum Kontrak: Teori dan Praktik Penyusunan Kontral*, Jakarta:

Sinar Grafika

Siti Malikhatus Badriyah. 2019. *Aspek Hukum Perjanjian Franchise*. Semarang:

CV. Tigamedia Pratama

Susanto dkk. 2019. *Pengantar Hukum Bisnis*. Tangerang Selatan: UNPAM Press

Zainuddin Ali. 2016. *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika

B. Artikel, Majalah, Jurnal

Mhd Teguh Syuhada Lubis, “Penyidikan Tindak Pidana Penganiayaan Berat

Terhadap Anak”. *Jurnal EduTech* Vol. 3 no. 1 Maret (2017)

Nurul Khoiril Jamil. “*Implikasi Asas Pacta Sunt Servanda Pada Keac Memaksa (Force Majeure) Dalam Hukum Perjanjian*”. Jurnal Ke Semaya, Vol. 8 no. 7 (2020)

Toban HI, Amalia DS, Bilquis KA. “*Pertimbangan Hakim dalam hak asuh anak di bawah umur akibat terjadinya perceraian*”. Indonesian Notary Vol. 3 no. 2 (2021)

C. Peraturan Perundang-Undangan

Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan

Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

D. Internet

Abdul Rasyid. 2017. “*Asas Pacta Sunt Servanda Dalam Hukum Positif Dan Hukum Islam*”. <https://business-law.binus.ac.id/2017/03/31/asas-pacta-sunt-servanda-dalam-hukum-positif-dan-hukum-islam>. diakses pada tanggal 3 Oktober 2022, pukul 23.41 WIB.

Kementerian Pendidikan dan Kebudayaan. *KBBI Daring*. <https://kbbi.kemdikbud.go.id/>. menggunakan pencarian dengan kata kunci: “pengabaian” pada hari Senin tanggal 03 Januari 2022 pukul 10.10 WIB.