

alasan terjadi perselisihan dan pertengkaran yang disebabkan persoalan ekonomi, yaitu suami malas untuk bekerja. Untuk memperkuat dalilnya isteri menghadirkan 2 (dua) orang saksi yang keduanya mengatakan bahwa antara suami istri tersebut memang benar sering terjadi perselisihan dan pertengkaran, dan suami sering memukul istri jika terjadi pertengkaran. Dan dalam persidangan ketika suami memberikan jawabannya, suami membenarkan bahwa sering terjadi perselisihan dan pertengkaran antara dia dengan isterinya, akan tetapi penyebabnya bukan karena suami malas bekerja namun karena rumah tinggal bersama dijual untuk membayar hutang.

Pernikahan antara suami isteri tersebut dikaruniai 2 (dua) orang anak, yaitu ANAK1, umur 12 tahun dan ANAK2, umur 6 tahun. Meskipun dalam gugatannya isteri tidak mengajukan hak asuh atas kedua anak tersebut, dan tidak pula mengajukan gugatan tentang siapa yang menanggung nafkah bagi kedua anak tersebut, akan tetapi Majelis Hakim Pengadilan tingkat banding menggunakan hak *ex officionya* dalam memberikan hak asuh atas kedua anaknya kepada isteri dan mewajibkan suami untuk memberi nafkah kepada kedua anaknya tersebut sebesar Rp. 300.000 setiap bulan dengan kenaikan 20% (dua puluh perseratus) setiap tahun yang dibayarkan melalui isteri. Adapun dasar pertimbangan Majelis hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dalam memutuskan perkara ini adalah:

1. Pasal 41 huruf (a) dan (b) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo. Pasal 105 huruf (a), (b) dan (c) KHI menyatakan: “*Akibat putusya perkawinan karena perceraian, baik ibu atau bapak tetap*

Artinya: “*Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya*”.

4. Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor : 556K/Sip/1971 tanggal 8 Januari 1972, Nomor : 1245K/Sip/1974, tanggal 9 November 1976, dan Nomor : 425K/Sip/1975, tanggal 15 Juli 1975, yang memuat kaidah hukum “*Yudex factie dibenarkan untuk memberi putusan melibihi petitum gugatan penggugat, dengan syarat hal tersebut masih sesuai dengan dalil / posita / kejadian materil yang dikemukakan oleh Penggugat dalam surat gugatannya*”.

Untuk memberikan hak-hak anak akibat adanya perceraian, para Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya menggunakan hak *ex officio*, yaitu hakim karena jabatannya dalam memutuskan suatu perkara dapat keluar dari aturan baku selama ada argumentasi yang logis dan sesuai aturan undang-undang. Ketentuan ini dimaksud agar bekas isteri yang telah bercerai dari suaminya tidak sampai menderita karena tidak mampu memenuhi kebutuhan hidup anak-anaknya. Adapun yang dijadikan dasar Majelis hakim Pengadilan Tinggi agama Surabaya adalah firman Allah SWT dalam Surat Al Baqarah ayat 233 yaitu: “*Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya*”.

Akan tetapi, hak *ex officio* hakim yang menyangkut perceraian bersifat kasuistik dalam artian penerapan hak *ex officio* terhadap perlindungan hak-hak anak akibat perceraian digunakan dengan melihat kasus yang ada. Hal ini dikarenakan penerapan hak *ex officio* hakim dalam perkara

menyatakan: “*Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain manapun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan : (c) penerlantaran, (e) ketidakadilan. Negara dan Pemerintah menjamin perlindungan, pemeliharaan dan kesejahteraan anak dengan memperhatikan hak dan kewajiban orang tua, wali, atau orang lain yang secara hukum bertanggung jawab terhadap anak*”.

Pasal diatas menjelaskan bahwa anak berhak mendapatkan perlindungan hukum agar terhindar dari penelantaran dan ketidakadilan. Pada perkara ini isteri sebagai penggugat tidak mengajukan gugatan hak Hadanah atas kedua anak tersebut, dan tidak pula mengajukan gugatan tentang siapa yang menanggung nafkah bagi kedua anak tersebut, Majelis Hakim Pengadilan Agama Surabaya berpendapat perlunya diterapkan hak *ex officio* hakim dalam memutus perkara ini, karena pasal 105 KHI merupakan kewajiban yang melekat pada ibu atau bapak dalam memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak. Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah dan ibunya sebagai pemegang hak pemeliharanya. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, jadi hakim memberikan *ex officionya* untuk memberikan perlindungan terhadap anak berdasarkan pasal 41 huruf a dan b Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan Jo. Pasal 105 huruf (a), (b) dan (c) KHI.

B. Analisis Yuridis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya tentang Penerapan Hak *Ex Officio* Hakim terhadap Hak Asuh dan Nafkah Anak dalam Cerai Gugat

Sebagaimana telah dijelaskan diatas, bahwa Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang menangani perkara Nomor 420/Pdt.G/2013/PTA.Sby mewajibkan isteri untuk mengasuh kedua anaknya dan mewajibkan suami untuk memberikan nafkah kepada kedua anaknya tersebut, Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya menggunakan hak *ex officio*nya.

Hukum acara perdata yang berlaku di pengadilan Agama merupakan hukum yang berlaku juga di pengadilan umum, begitu juga dengan asas-asas yang berlaku di Pengadilan Umum berlaku pula di lingkungan Peradilan Agama, kecuali Undang-Undang berlaku lain. Hal ini sesuai dengan ketentuan pasal 54 Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang peradilan Agama yang berbunyi:

“Hukum acara yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan Pengadilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam Lingkungan Pengadilan Umum, kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini”.

Adapun dalam menangani perkara perdata hakim harus mengadili seluruh petitum baik dalam permohonan maupun gugatan, asas penting ini digariskan dalam pasal 178 ayat (2) dan (3) HIR, pasal 189 ayat (2) dan (3) RBg. Selain itu hakim juga harus mematuhi asas *ultra petitum partium* yaitu dilarang mengadili lebih dari apa yang diminta dalam *petitum* kecuali undang-undang menentukan lain.

Pasal 41 huruf (a) dan (b) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo. Pasal 105 huruf (a), (b) dan (c) KHI merupakan pengecualian dari asas ini yang merupakan *lex specialis*, hakim karena jabatannya (*ex officio*) dapat mewajibkan isteri untuk mengasuh kedua anaknya, dan mewajibkan suami untuk memberikan nafkah kepada kedua anaknya tersebut tanpa harus ada gugatan dari isteri.

Mengenai pengecualian tersebut, hal ini tidak lepas dari tugas hakim sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman guna memberikan keputusan yang dapat memberikan kemaslahatan dan kedamaian bagi kedua pihak yang berperkara. Hakim mempunyai wewenang untuk menciptakan hukum (*judge made law*), hakim memiliki kebebasan untuk melakukan ijtihad dalam mengambil keputusan yang mencerminkan perasaan hukum dan rasa keadilan bagi pihak-pihak yang berperkara. Oleh karena itu, hakim wajib menggali dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sebagaimana dijelaskan dalam pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 yang telah diamandemen dengan pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman dan dalam pasal 229 KHI.

Selain itu, hakim dalam memutus perkara juga mempunyai kewenangan untuk menyimpangi ketentuan-ketentuan hukum tertulis yang telah ada dan dianggap sudah tidak mampu mencerminkan perasaan hukum dan rasa keadilan pihak-pihak yang berperkara dan masyarakat pada umumnya.

Hal-hal yang disebutkan dalam pasal 41 huruf (a) dan (b) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo. Pasal 105 huruf (a), (b) dan (c) KHI merupakan kewajiban yang melekat pada isteri dan suami serta menjadi hak bagi anak saat terjadinya perceraian.

Menurut penulis, pertimbangan majelis hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang menggunakan hak *ex officio* dalam mewajibkan isteri untuk mengasuh kedua anaknya dan mewajibkan suami untuk menanggung nafkah kedua anaknya adalah tepat karena Pasal 41 huruf (a) dan (b) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo. Pasal 105 huruf (a), (b) dan (c) KHI merupakan pengecualian dan merupakan *lex specialis* dari asas *ultra petitem partium*. Sesuai dengan pendekatan asas *lex specialis derogat lex generalis* yang terkandung maksud adalah bahwa untuk undang-undang yang berlaku umum mengenyampingkan undang-undang yang berlaku khusus. Jadi dapat dikatakan asas *ultra petitem partium* dikesampingkan dengan adanya pasal-pasal khusus yang mengenai hak-hak anak akibat putusnya perceraian, yaitu pasal 41 huruf (a) dan (b) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan Jo. Pasal 105 huruf (a), (b) dan (c) KHI.

Selain dari pada itu jika para pihak yang berperkara adalah masyarakat awam, siapakah yang akan memberikan bantuan atau nasehat hukum kalau bukan hakim?. Hakim dalam memberikan bantuan atau nasehat hukum kepada para pihak adalah perintah undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 119 HIR/143 RBg dan Pasal 132 HIR/156 RBg. Jo Pasal 58 ayat

