August 2021

Dampak Perkawinan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak

Zulfa Djoko Basuki

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil>

Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Basuki, Zulfa Djoko (2021) "Dampak Perkawinan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak," *Indonesian Journal of International Law*: Vol. 3 : No. 4 , Article 7.

DOI: 10.17304/ijil.vol3.4.7

Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil/vol3/iss4/7>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in Indonesian Journal of International Law by an authorized editor of UI Scholars Hub.

Dampak Perkawinan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak*

Zulfa Djoko Basuki**

Nationality is a basic need for everyone who lives in this world because of its effect. Nobody can live without nationality. It gives protection and certainty to fulfill the needs of human being. At implementation level, nationality can bring some rights and some obligations. To convince it will run smoothly, nationality has its own rule and principle. It is different between one country and another but the principle can be categorized into two, which are ius sanguinis or ius soli. Indonesia bases its nationality rule on ius sanguinis principle, as embodied in Law Number 62 Years 1958 on Nationality. Unfortunately, this Law is considered inappropriate for current development, especially for women and children in the fairness to gain their nationality. This article analyzes the points that must be evaluated and fixed, also gives some recommendations how to solve the problems.

Pendahuluan

Pesatnya perkembangan jalur informasi dan komunikasi dewasa ini mengakibatkan hubungan antarbangsa menjadi semakin berkembang. Dalam kehidupan sehari-hari, seringkali mereka saling berinteraksi satu dengan lainnya, dimana adakalanya hubungan ini

* Disampaikan pada Seminar Tentang Hak Wanita dan Anak "Hak Keperdataan sebagai Akibat Perkawinan Campur Wanita Indonesia dengan Pria Asing", T.A. 2006, dilaksanakan oleh Pusat Penelitian dan Pengembangan Hukum dan HAM, Dep. Hukum dan HAM, 19 April 2006, Denpasar, Bali.

** Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, dalam mata kuliah Hukum Perdata Internasional.

diakhiri dengan suatu perkawinan. Perkawinan semacam ini apabila dilakukan oleh seorang Warga Negara Indonesia (WNI) dengan seorang Warga Negara Asing (WNA) yang berbeda jenis, menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dinamakan Perkawinan Campuran.¹ Terjadinya perkawinan campuran berbeda kewarganegaraan ini berdampak pada anak-anak yang dilahirkan. Berikut ini akan diuraikan dampak tersebut dari sudut:

1. Kewarganegaraan anak; dan
2. Pemeliharaan anak/hak asuh anak, bila kedua pasangan bercerai, baik cerai hidup maupun cerai mati, dikaitkan dengan masalah gender.

Dampak Perkawinan Campuran Terhadap Kewarganegaraan Anak

Terjadinya perkawinan campuran, berdampak pada kewarganegaraan anak-anak yang dilahirkan. Bila Negara dimana anak dilahirkan menganut prinsip *ius sanguinis* (keturunan) maka anak-anak akan mengikuti kewarganegaraan si ayah. Akan tetapi bila si anak dilahirkan di negara yang menganut prinsip "*ius soli*" (tempat kelahiran) maka si anak akan memperoleh kewarganegaraan dimana ia dilahirkan.

Undang-undang yang berlaku mengenai kewarganegaraan di Indonesia adalah Undang-Undang Nomor 62 Tahun 1958 Tentang Kewarganegaraan (UU 62/1958) yang diundangkan pada 29 Juli

¹ Pasal 57 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menyatakan bahwa Perkawinan Campuran adalah perkawinan antara dua orang di Indonesia, yang tunduk pada hukum yang berlainan karena perbedaan kewarganegaraan dan salah satu pihak berkewarganegaraan Indonesia. Bandingkan Pasal 1 GHR, Perkawinan Campuran adalah perkawinan-perkawinan antara orang-orang yang di Indonesia, yang tunduk pada hukum yang berbeda-beda. Untuk jelasnya, baca Zulfa Djoko Basuki, "Dampak Perkawinan Campuran Terhadap Pemeliharaan Anak" (Child Custody), Tinjauan Dari Segi Hukum Perdata Internasional, Yarsif Watampone, Jakarta, 1993, hal. 1.

1958. UU 62/1958 ini menganut asas *ius sanguinis*. Hal ini dapat dibaca dalam Pasal 1(b) yang menyatakan Warga Negara Indonesia (WNI) adalah orang yang pada waktu lahirnya mempunyai hubungan hukum kekeluargaan dengan ayahnya seorang WNI, dengan pengertian hubungan hukum kekeluargaan itu diadakan sebelum orang itu berumur 18 tahun atau sebelum ia kawin di bawah 18 tahun.

Dengan demikian, bila terjadi perkawinan antara perempuan WNI dengan laki-laki WNA maka anak-anak yang dilahirkan akan mengikuti kewarganegaraan asing si ayah di manapun ia dilahirkan. Pengecualian terjadi apabila negara asing si ayah tidak memberikan kewarganegaraan bagi anak-anak yang dilahirkan, sehingga berakibat anak menjadi "stateless", "apatride", tanpa kewarganegaraan. Dalam hal ini, karena Undang-undang Kewarganegaraan Indonesia anti "stateless", ibu si anak dapat mengajukan permohonan ke Pengadilan Negeri agar si anak menjadi WNI mengikuti kewarganegaraan si ibu.²

² Misalnya di Inggris, berdasarkan *The British Nationality Act 1981* yang mulai berlaku 1 Januari 1983, seorang anak yang lahir di luar Inggris, dari orang tua warga negara Inggris, anak itu tidak secara otomatis memperoleh kewarganegaraan Inggris ayahnya kecuali salah satu orang tuanya bekerja pada Instansi Kerajaan Inggris (*in Crown Service*) atau *European Community Institution* pada saat kelahirannya. Sebagai contoh, kasus Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 326/Pdt.P/2001/PN.Jak.Sel. 13 Desember 2001, dalam kasus Sang Ayu Made Ary Martina Kusumaningtyas. Dalam kasus ini, telah terjadi pernikahan antara perempuan WNI dan laki-laki Inggris. Menurut UU 62/1958 tentang Kewarganegaraan, anak itu akan memperoleh kewarganegaraan Inggris ayahnya. Akan tetapi, berdasarkan Surat Keterangan yang dikeluarkan oleh Konsulat Jenderal Kerajaan Inggris di Jakarta, berdasarkan *The British Nationality Act 1981*, anak itu tidak memperoleh kewarganegaraan Inggris ayahnya karena pada saat si anak dilahirkan ayahnya tidak bertugas pada Instansi Kerajaan yang berada di bawah Kerajaan Inggris. Baca lebih jauh, Zulfa Djoko Basuki, *Ibid.*, hal. 124-125. Contoh lain, Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 183/Pdt. P/2001/P. N. Jak. Sel. 13 September 2001, seorang anak perempuan bernama "Olivia Natahalia" yang lahir dari ibu WNI dan ayah Brunei Darussalam, oleh Pemerintah Brunei Darussalam anak tersebut dinyatakan tidak memperoleh kewarganegaraan ayahnya sehingga berstatus "stateless". Karena itu, permohonan si ibu agar anaknya menjadi warga negara Indonesia dikabulkan

Apabila si anak yang negara ayahnya menganut asas *ius sanguinis*, dilahirkan di negara yang menganut asas *ius soli*, maka si anak dimungkinkan pula untuk memperoleh kewarganegaraan ganda (*dual nationality*). Kewarganegaraan ganda bagi si anak dapat pula terjadi, apabila kepada si ibu, oleh negaranya, diberi hak untuk memberikan kewarganegaraannya kepada anak-anak yang dilahirkan dalam suatu perkawinan campuran sebagai akibat telah diratifikasinya Konvensi Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB) tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women* / CEDAW) oleh negaranya, yang dalam Pasal 9 Paragraf (2) menyatakan: "Negara-negara peserta wajib memberi kepada perempuan, hak yang sama dengan laki-laki berkenaan dengan kewarganegaraan anak-anak mereka." Akan tetapi, Undang-undang Kewarganegaraan Indonesia tidak memperkenankan adanya kewarganegaraan ganda karena itu orang tua harus memilih, menjadi WNA atau WNI. Apabila si anak memperoleh paspor atau surat yang bersifat paspor dari negara asing maka kewarganegaraan Republik Indonesianya akan hilang (Pasal 17 (j) UU 62/1958).

Rancangan Undang-undang (RUU) Kewarganegaraan Indonesia yang baru memungkinkan terjadinya kewarganegaraan ganda yang terbatas. Hal itu dapat dibaca di dalam penjelasan Pasal 13 ayat (1) menyatakan bahwa anak WNI yang lahir di negara yang menganut asas *ius soli* akan mendapatkan status kewarganegaraan ganda. Untuk kepastian bahwa ia mempertahankan kewarganegaraan RI maka orang tua anak tersebut harus menyatakan bahwa anak tersebut untuk tetap berstatus WNI.

Dalam pembahasan mengenai RUU Kewarganegaraan di DPR, beberapa waktu yang lalu, oleh Panitia Khusus (PANSUS) dan Panitia Kerja (PANJA) Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Pemerintah cq. Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia

oleh Hakim. Dalam kasus ini terjadi perceraian dan hak pemeliharaan anak diserahkan oleh pengadilan kepada si ibu WNI.

(DEPKUMHAM), telah diterima usulan memberikan kewarganegaraan ganda secara terbatas bagi anak-anak yang lahir dari perkawinan campuran yaitu sampai si anak berumur 18 (delapan belas) tahun. Pemberian batas umur 18 (delapan belas) tahun ini, menurut penulis, karena batas umur kedewasaan adalah 18 (delapan belas) tahun. Pemberian kewarganegaraan terbatas ini perlu diikuti dengan persyaratan tertentu, seperti lamanya bertempat tinggal di Indonesia atau telah memegang hak bertempat tinggal dalam kurun waktu tertentu di Indonesia atau telah memperoleh izin bertempat tinggal tidak terbatas di Indonesia untuk sekurang-kurangnya beberapa tahun tertentu sebelum kelahiran si anak, seperti antara lain berlaku di Jerman (lihat uraian di bawah). Hal ini dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penyelundupan hukum.

Bila kita membaca ketentuan-ketentuan tentang kewarganegaraan di luar negeri, sebagian besar memperbolehkan dianutnya kewarganegaraan ganda, ada yang berlaku seumur hidup tetapi ada pula yang dibatasi sampai usia tertentu.

Di Republik Federasi Jerman, misalnya, sejak tanggal 1 Januari 2000, berlaku Undang-undang Kewarganegaraan baru, yang mengubah prinsip *ius sanguinis*, sebagai dasar untuk memperoleh kewarganegaraan Jerman dengan prinsip *ius soli* sehingga dimungkinkan untuk memperoleh kewarganegaraan Jerman sebagai akibat lahir di Jerman (*ius soli*). Dengan demikian, anak-anak dari warga negara asing yang lahir di Jerman akan memperoleh kewarganegaraan Jerman apabila salah satu orang tuanya secara hukum tinggal (menetap) di Jerman setidaknya-tidaknya delapan tahun atau memegang hak untuk bertempat tinggal atau memperoleh izin bertempat tinggal tidak terbatas untuk sekurang-kurangnya tiga tahun sebelum kelahiran si anak.³ Berdasarkan Undang-undang baru itu, anak-anak asing itu memperoleh

³ Zulfa Djoko Basuki, *Ibid.*, hal. 128, dengan mengutip "Reform of Germany's Citizenship and Nationality Law: Harmonization with European Standards as of 1 January 2000", dikutip dari situs internet http://www.german-embassy.org.uk/reform_of_germany_citizenshi.html.

kewarganegaraan Jerman karena kelahiran. Bila negara dari orang tua anak tersebut menganut prinsip *ius sanguinis* maka anak tersebut akan mempunyai kewarganegaraan ganda. Dalam kasus ini, Jerman memberi batasan bahwa anak tersebut hanya dapat memegang kewarganegaraan Jerman sampai 5 tahun sejak ia berumur 18 tahun. Setelah ia berumur 23 tahun ia harus memilih salah satu, kewarganegaraan Jerman atau kewarganegaraan lainnya. Oleh karena itu, bila ia ingin tetap menjadi warga negara Jerman, sebelum ulang tahunnya yang ke-23, ia harus sudah menyerahkan bukti bahwa ia telah kehilangan kewarganegaraan lainnya itu.

Di Amerika Serikat, adanya "*dual nationality*" ini diakui dan tidak ada ketentuan yang menyatakan bahwa ia harus memilih salah satunya bila ia dewasa. Hanya saja, apabila orang tersebut ingin melepaskan kewarganegaraan Amerikanya, hal itu harus dilakukannya secara tertulis. Sedangkan, bila ia ingin tetap mempertahankan kewarganegaraan gandanya, perlu diperiksa apakah kewarganegaraan ganda diperbolehkan oleh hukum nasional negara lain, dimana ia juga menjadi warga negara Amerika Serikat, tidak memberikan kewarganegaraan ganda berdasarkan "*policy*" tetapi mengakuinya dalam kasus yang bersifat individu.⁴

Keuntungan dan Kerugian dari Dianutnya Asas/Prinsip Kewarganegaraan Ganda

Keuntungan yang utama ialah orang tersebut dapat bergerak dengan bebas di kedua Negara, dimana ia menjadi warganegara, dengan mengabaikan ketentuan imigrasi yang ketat yang diberlakukan bagi orang asing. Ia juga dapat memilih paspor negara yang mana dari kedua negara itu yang cocok baginya, misal untuk

⁴ Baca "US Policy on Dual Nasionality: US Consular Service in Australia", dikutip dari situs internet, <http://usembassy-australia.state.gov/seoul/www3002.html>. Sejak 4 April 2002, Australia juga menganut asas/prinsip kewarganegaraan ganda (*dual nationality*), yaitu diijinkan memperoleh kewarganegaraan lain tanpa kehilangan kewarganegaraan Australia. Baca lebih jauh, <http://www.gherson.cm/news.php3?artic1e+oz2>.

bepergian secara internasional, dalam hal untuk memperoleh visa untuk negara ketiga, dan lain-lain. Sedangkan kerugiannya antara lain, di beberapa negara ada kewajiban untuk wajib militer yang berlaku bagi seluruh warga negaranya dan ada kewajiban membayar pajak bagi masing-masing negara yang berlaku bagi warga negaranya sehingga dengan demikian ia bisa kena dua kali. Selain itu, dengan mempunyai dua kewarganegaraan, adakalanya menimbulkan kesukaran baginya bila kepentingan kedua negara saling bertentangan, atau bila suatu ketika kedua negara bermusuhan. Dengan "*dual nationality*" ini, terdapat rintangan untuk memberikan perlindungan diplomatik bagi warga negara itu bila ia berada di luar negeri.

Negara dimana ia juga merupakan warga negara mempunyai klaim yang dominan terhadap orang tersebut. Pemberian perlindungan atau bantuan dari negara pertama dimana ia juga warga negara sangat terbatas karena adakalanya negara kedua tidak memperkenankan adanya kewarganegaraan ganda. Kerugian lain, bila misalnya di suatu negara untuk bekerja diminta "*security clearance*", akan sukar bagi pemegang kewarganegaraan ganda untuk memperolehnya.⁵ Menjadi pertanyaan pula, dengan dianutnya kewarganegaraan ganda ini, paspor mana yang akan dipakai?

Di Amerika Serikat (A.S.), dalam kasus "*dual nationality*" ini, dimana salah satu kewarganegaraannya adalah Amerika Serikat, berdasarkan Undang-undang Keimigrasian dan Naturalisasi yang berlaku (8 U.S.C. 1185), menghendaki agar orang tersebut memakai paspor A.S. untuk masuk dan keluar dari A.S., kecuali ditentukan lain oleh *Section 53.2* dari *Titel 22* dari *Code of Federal Regulations* yang harus berlaku. Di lain pihak, hal yang sama juga dikehendaki oleh negara lain, dimana ia menjadi warga negara pula, untuk masuk dan keluar dari negara itu. Hal yang penting ialah penggunaan paspor negara yang satunya itu tidak akan membahayakan kewarganegaraan Amerika Serikatnya dengan

⁵ "Dual Citizenship", Server Pro dikutip dari situs internet, <http://australianz.topcities.com/dualcitizenship.htm>, 31 Desember 2002.

dipenuhinya persyaratan negara yang lain itu.⁶

Di Republik Korea, warga negara Amerika keturunan Korea yang memegang kewarganegaraan Amerika Serikat di samping kewarganegaraan Republik Korea, oleh Undang-undang Kewarganegaraan Korea, diharuskan untuk memilih salah satu diantara kedua kewarganegaraan itu setelah ia mencapai umur 21 tahun. Sebagai tambahan, di Korea Selatan, seseorang yang berumur 18 tahun, termasuk warga negara Amerika Serikat keturunan Korea, wajib untuk mengikuti Wajib Militer (WAMIL). Adanya kewarganegaraan ganda yang dimiliki orang tersebut tidak mengakibatkan orang tersebut bebas dari WAMIL. Selain itu, meskipun warga negara Amerika keturunan Korea itu lahir serta hidup selamanya di A.S., bila suatu ketika ia berkunjung ke Korea, walau hanya sebagai turis akan menemukan fakta bahwa namanya telah terdaftar dalam WAMIL Korea Selatan.⁷

Hukum yang Berlaku Dalam Hal Terjadinya Kewarganegaraan Ganda

Hal lain yang perlu diperhatikan dalam kewarganegaraan ganda ini ialah mengenai masalah hukum yang berlaku dalam hal dianutnya kewarganegaraan ganda ini. Dengan kata lain, hukum manakah yang akan dipergunakan pada dwi kewarganegaraan atau kewarganegaraan ganda ini? Pada umumnya, dianut pendapat harus dipilih salah satu yang dapat dipergunakan sebagai titik taut yang menentukan. Akan dipakai hukum sang hakim (*lex fori*) apabila salah satu dari kewarganegaraan itu merupakan hukum dari negara dimana perkara diajukan. Alasannya, hal ini adalah logis dan dapat dipertanggungjawabkan.

Dalam ketentuan perundang-undangan yang berlaku

⁶ "Dual Nationality", United States Embassy Seoul, Republic of Korea, dikutip dari situs internet, <http://usembassy.state.gov/seoul/wwwwh3002.html>. 3 Desember 2002.

⁷ *Ibid.*

sekarang ini di Indonesia, dapat ditemukan ketentuan yang membenarkan cara penyelesaian berdasarkan *lex fori*. Pasal 20 UU 62/1958 (yang pada pokoknya sama dengan Pasal 5 RUU Kewarganegaraan 2002), menentukan: "Barang siapa bukan Warga Negara RI adalah orang asing." Dengan demikian, seorang yang mempunyai kewarganegaraan ganda, misalnya salah satu dari kewarganegaraannya adalah kewarganegaraan RI, biar bagaimanapun adalah WNI pula. Karenanya, ia bukan orang asing. Dengan demikian, hukum nasional yang akan diberlakukan baginya ditinjau dari segi ini adalah hukum Indonesia.⁸ Penegasan lebih lanjut dijumpai pada Peraturan Penutup, Pasal 1 UU 62/1958 (yang sayangnya tidak lagi dijumpai dalam RUU Kewarganegaraan baik tahun 2000 maupun 2002) menentukan: "Seorang Warga Negara Republik Indonesia yang berada di dalam wilayah RI dianggap tidak mempunyai kewarganegaraan negara lain." Pendirian seperti ini adalah sesuai dengan apa yang menjadi pokok persetujuan antara berbagai Negara dalam Perjanjian Den Haag mengenai Kewarganegaraan dari tahun 1930, yang dalam Pasal 3 menyatakan: "Dengan pengecualian-kecualian yang diadakan dalam Konvensi ini, seseorang yang mempunyai dua atau lebih kewarganegaraan dapat dianggap oleh tiap negara dari siapa ia mempunyai kewarganegaraan sebagai warga negaranya."⁹

Penulis-penulis terbanyak dianggap menyetujui pemakaian *lex fori* ini.¹⁰ Hal ini disebabkan hukum sang hakim dipandang sebagai hukum yang lebih dikenal oleh sang hakim. Selain pengutamaan dari kewarganegaraan sendiri, kadang-kadang didasarkan atas pertimbangan bahwa kewarganegaraan bersifat "*orde public*", yang karena sifatnya tidak dapat dibatasi oleh adanya kewarganegaraan lain, juga karena kewarganegaraan dipandang sebagai suatu materi dari hukum publik, sehingga harus

⁸ Untuk jelasnya baca, S. Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Bandung, Eresco, 1986, hal. 239-240.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Baca lebih jauh S. Gautama, *Ibid.*, hal. 240.

diberikan pengutamaan kewarganegaraan sendiri di atas kewarganegaraan asing.¹¹

Akan dipakai kewarganegaraan, yang *efektif* atau *aktif* dari orang yang diperkarakan apabila kedua kewarganegaraan itu merupakan kewarganegaraan asing (bagi sang hakim). Suatu kewarganegaraan dapat dianggap *efektif* atau *aktif*, jika hubungan yuridis antara orang dan negara bersangkutan sesuai dengan keadaan hidup *de facto*, tingkah laku, dan perasaan-perasaan dari orang bersangkutan. Hakim harus menyelidiki kewarganegaraan manakah yang paling *hidup* bagi yang bersangkutan ini. Guna mengetahui kewarganegaraan mana yang lebih efektif atau aktif ini, perlu diperhatikan segala segi dan petunjuk yang dapat ditemukan. Tidak cukup hanya dipakai satu ukuran saja. Tempat tinggal atau domisili saja tidak boleh dipandang sebagai cukup menentukan.

Dalam Pasal 5 Konvensi Den Haag 1930 mengenai Kewarganegaraan, kita saksikan bahwa pengertian kewarganegaraan efektif telah dipergunakan sebagai titik taut alternatif. Pasal tersebut berbunyi: "Dalam negara ketiga, seseorang yang mempunyai beberapa kewarganegaraan diperlakukan seolah-olah hanya mempunyai satu kewarganegaraan. Dengan tidak mengurangi peraturan-peraturan hukum yang diberlakukan dalam negara ketiga itu, berkenaan dengan status personal dan dengan mengecualikan perjanjian-perjanjian yang berlaku berkenaan dengan ini. Negara bersangkutan di dalam wilayahnya, hanya mengakui: di antara kewarganegaraan-kewarganegaraan yang dipunyai oleh orang yang demikian, atau kewarganegaraan daripada Negara dimana ia mempunyai kediamannya sehari-hari yang utama, atau kewarganegaraan yang diantaranya menurut kenyataan-kenyataan merupakan sebagai yang benar-benar tererat."¹²

¹¹ S.Gautama, *Ibid*.

¹² Untuk jelasnya, baca S.Gautama, *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Eresco, Bandung, 1986, hal. 238 - 247. Sebagai contoh dapat disebut di sini Kasus "Nottebohm", yang diputus oleh *International Court of Justice* pada 6 April 1955.

Pemeliharaan Anak/Hak Asuh Anak Bila Kedua Pasangan Bercerai Dikaitkan dengan Masalah Gender

Bila pasangan berbeda kewarganegaraan, dalam suatu perkawinan sah karena tidak terjadi kecocokan dan ingin bercerai maka akan timbul masalah mengenai hak asuh atau "pemeliharaan anak."¹³ Secara internasional, penentuan siapa dari kedua orang tua yang berhak atas hak asuh semula dianut *hukum nasional* si anak. Hal ini diatur di dalam Konvensi Den Haag 1902 (*Convention Governing Guardianship of Infants*). Akan tetapi, sejak Konvensi Den Haag 1961 (*Convention Concerning the Power of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Minors, the Hague October 5, 1961*), hukum yang berlaku untuk menentukan siapa dari kedua orang tua yang berhak untuk mendapat hak asuh ditentukan oleh hukum tempat kediaman sehari-hari (*habitual residence*) si anak, yaitu di mana si anak berada secara fisik untuk suatu jangka waktu, cukup untuk penyesuaian dirinya dengan lingkungan baru, dengan maksud untuk menetap.¹⁴ Hal ini disebabkan seringkali hukum nasional si anak tidak mencerminkan keadaan si anak sebenarnya. Indonesia belum meratifikasi konvensi-konvensi tersebut.

Di dalam kasus-kasus perceraian antara kedua orang tua yang berbeda kewarganegaraan di Indonesia, baik yang diputus oleh Pengadilan Negeri (bagi yang non-Muslim) maupun yang diputus

¹³ Sebagai akibat putusnya perkawinan kedua orang tua karena perceraian, menurut penulis, tidak menimbulkan "perwalian" tetapi "pemeliharaan anak" sesuai dengan Pasal 41 UU 1/1974. Hal ini dikarenakan dalam UU 1/1974, "perwalian" itu diberikan kepada seorang "wali", yang ditunjuk oleh salah satu orang tua yang menjalankan kekuasaan orang tua, sebelum ia meninggal dengan surat wasiat atau dengan lisan di hadapan dua orang saksi. Zulfa Djoko Basuki, *Ibid.*, hal.75.

¹⁴ Dikutip dari definisi yang diberikan oleh *The Third Circuit* dalam kasus *Feder v Evans-Feder*. Baca lebih jauh, Zulfa Djoko Basuki, *Ibid.*, hal. 178. Tidak ada definisi yang baku dari apa yang diartikan dengan istilah "*habitual residence*" ini. Dipakai sebagai patokan antara lain "*the centre of his social relations*"; "*the country with which he is most closely connected*"; "*duration and continuity of the residence*". *Loc. cit.*

oleh Pengadilan Agama (bagi yang Muslim), digunakan Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (UU 1/1974) dan Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan sebagai pedoman dalam memutus di Pengadilan Negeri, baik untuk masalah perceraian maupun mengenai hak asuh. Sedangkan, bagi perkara yang diajukan melalui Pengadilan Agama, selain kedua peraturan tersebut, ditambah dengan Kompilasi Hukum Islam serta Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama UU 7/1989). Hal ini disebabkan karena hak asuh yang diminta adalah akibat dari putusannya perceraian dari mereka yang melakukan perkawinan campuran sesuai dengan Pasal 57 UU 1/1974, yaitu salah satu WNI dan pihak lainnya WNA. Sehingga, ketentuan baik mengenai masalah perceraian maupun hak asuh (pemeliharaan anak) tunduk pada UU 1/1974 dan peraturan-peraturan pelaksanaannya. Dalam hal ini adalah Pasal 41, 45, 47 dan 48.

Kepada siapa hak asuh akan diberikan, menurut Pasal 41, akan diberikan kepada orang tua secara bersama (*joint custody*). Bila ada perselisihan mengenai penguasaannya, Pengadilan akan memutus kepada siapa, dari kedua orang tua, akan diberikan hak asuh. Patokannya, pada Pengadilan Negeri tidak ada ketentuan secara tegas. Pada umumnya, anak-anak yang masih kecil diberikan kepada si ibu. *The best interest of the child* juga sudah dipertimbangkan dalam beberapa kasus.¹⁵ Di Pengadilan Agama, siapa yang berhak untuk mendapatkan hak asuh, didasarkan pada pedoman dalam Kompilasi Hukum Islam, Pasal 105, yaitu bagi

¹⁵ Lihat putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 371/Pdt.G/II/1986/PN.Jak.Pst, 11 November 1986 dengan mengutip Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 906 K/Sip/1973 tanggal 25 Juni 1974, yang menyatakan: "kepentingan si anaklah yang harus dipergunakan sebagai patokan untuk menentukan kepada siapa dari kedua orang tuanya yang diserahkan pemeliharaan anak". Dalam kasus ini, si ibu adalah warga negara Malaysia dan si anak adalah WNI. Hak asuh oleh pengadilan diserahkan kepada si ibu, demi kepentingan si anak. Zulfa Djoko Basuki, *Op.cit.* hal. 168.

anak-anak yang belum *mumayyiz* (belum berusia 12 tahun), hak asuh diberikan kepada si ibu, kecuali bila menurut pertimbangan hakim, demi kepentingan terbaik si anak, hak asuh lebih baik diserahkan kepada si ayah.

Dalam hal si anak memperoleh kewarganegaraan ganda, menurut penulis, tidak menjadi pertimbangan dalam hal penentuan pemberian hak asuh, kecuali negara lain dimana si anak juga menjadi warga negara menganggap kepentingan si anak tidak terlindungi. Apabila terjadi sengketa, maka "*the best interest of the child*" merupakan pertimbangan utama bagi hakim dalam memutus sengketa ini. Apabila salah satu dari kedua orang tua meninggal dunia, hak asuh dengan sendirinya jatuh ke tangan orang tua yang masih hidup, kecuali orang tua tersebut, oleh pengadilan, dianggap tidak cakap untuk mendapatkan hak asuh.

Dalam hal ini, pengadilan di mana si anak mempunyai "*habitual residence*" akan menunjuk seorang wali perlindungan hukum yang diberikan oleh negara lain dimana si anak juga menjadi warga negara (dalam hal anak mempunyai kewarganegaraan ganda) bila tidak setuju dengan putusan hakim dimana si anak mempunyai "*habitual residence*", baik dalam hal penentuan hak asuh maupun dalam penentuan wali (dalam hal salah satu orang tua meninggal) maka dapat diajukan keberatan pertama-tama ke pengadilan dimana perkara itu diputus dan bila tidak puas diajukan ke Mahkamah Internasional. Patokan utama dalam memutus adalah "*the best interest of the child*"¹⁶ dan dipakai hukum dari "*habitual*

¹⁶ Kasus yang mirip, baca kasus "Anak Boll". Dalam kasus ini, telah terjadi perkawinan antara seorang perempuan Swedia dengan laki-laki Belanda di Swedia. Si ibu tetap mempertahankan kewarganegaraan Swedianya. Si anak hanya memperoleh kewarganegaraan ayahnya Belanda. Masalah hak asuh timbul sewaktu si ibu meninggal dan si ayah oleh pengadilan di Swedia dianggap tidak cakap memperoleh hak asuh, sehingga ditunjuk wali berdasarkan hukum Swedia di mana si anak mempunyai "*habitual residence*." Karena si ayah tidak puas, perkara ini berlarut-larut sampai akhirnya Negara ikut campur sehingga kasus ini di bawa ke ICJ. Dalam putusannya, ICJ memenangkan pemerintah Swedia. Hukum tempat kediaman sehari-hari "*habitual residence*" si anak yang dipakai, walaupun pada saat itu untuk masalah pemeliharaan anak ini berlaku Konvensi

residence" si anak.

Kepada siapapun hak pemeliharaan anak diberikan oleh Hakim, tidak mengubah status kewarganegaraan anak. Anak tetap berstatus asing mengikuti kewarganegaraan ayahnya apabila ayahnya adalah WNA. Dengan status asing itu anak tidak bebas untuk tinggal di Indonesia dan rentan untuk dideportasi, walaupun hak pemeliharaan anak oleh hakim diserahkan kepada si ibu dan anak serta ibu tinggal di Indonesia di negara ibunya. Pasal 3 (1) UU 62/1958 memang memberi kemungkinan bagi si ibu untuk memohonkan kewarganegaraan Indonesia bagi anaknya. Namun berdasarkan Pasal 3 (2), permohonan baru boleh diajukan dalam waktu satu tahun setelah si anak berumur 18 tahun. Dengan demikian, si anak sampai umur 18 tahun berada dalam keadaan tidak menentu, menghadapi kemungkinan di "deportasi" ke luar negeri. Hal ini dikarenakan, sebagai warga negara asing, bagi si anak berlaku Undang-undang Nomor 9 Tahun 1992 Tentang Keimigrasian (UU 9/1992) dan Peraturan Pemerintah Nomor 32 Tahun 1994 Tentang Visa, Izin Masuk, dan Keimigrasian (PP 32/1994).

Berdasarkan Pasal 24 UU 9/1992 jo. Pasal 27 PP 32/1994, bagi setiap orang asing yang berada di wilayah Indonesia, diwajibkan memiliki izin keimigrasian, yang terdiri dari: Izin Singgah, Izin Kunjungan, Izin Tinggal Terbatas, dan Izin Tinggal Tetap. Izin Singgah diberikan kepada orang asing yang memerlukan singgah di Indonesia dalam perjalanan menuju negara lain atau kembali ke negara asalnya. Kepada orang asing itu diberi jangka waktu paling lama 14 (empat belas) hari terhitung sejak tanggal diberikannya izin masuk di wilayah Indonesia (Pasal 34 PP 32/1994).

Izin Kunjungan, sifatnya adalah kunjungan singkat, untuk tugas-tugas pemerintahan, kegiatan sosial budaya, atau usaha.

Den Haag 1902, yang memberlakukan "hukum nasional sang anak" sebagai hukum yang berlaku, dan baik Belanda maupun Swedia adalah negara peserta Konvensi Den Haag 1902 tersebut. Baca lebih jauh Zulfä Djoko Basuki, *Ibid.*, hal. 40-143.

Jangka waktu yang diberikan paling lama 60 (enam puluh) hari sejak diberikannya izin masuk ke wilayah Indonesia, izin mana dapat diperpanjang lima kali berturut-turut, setiap kali perpanjangan untuk jangka waktu 30 (tiga puluh) hari. Dalam hal Izin Kunjungan untuk keperluan wisata, jangka waktu 60 (enam puluh) hari tidak dapat diperpanjang (Pasal 35 PP 32/1994).

Izin Tinggal Terbatas, diberikan untuk jangka waktu paling lama satu tahun terhitung sejak tanggal diberikan izin masuk di wilayah Indonesia, izin dapat diperpanjang paling banyak lima kali berturut-turut dan setiap kali perpanjangan diberikan untuk jangka waktu paling lama satu tahun (Pasal 37 PP 32/1994).

Izin Tinggal Tetap, diberikan kepada orang asing yang telah menetap di Indonesia secara berturut-turut untuk jangka waktu tertentu dan memenuhi persyaratan yang ditentukan. Jangka waktunya adalah lima tahun sejak izin diterbitkan dan dapat diperpanjang setiap lima tahun sekali (Pasal 38 PP 32/1994).

PP 32/1994 pada bagian Kelima, Pasal 44-46 mengatur mengenai Kedudukan Isteri dan Anak. Pasal 44, menyatakan bahwa Istri dapat mengikuti status Izin Tinggal Tetap suaminya. Pasal 45 menyatakan:

- (1) Anak yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin dapat mengikuti status Izin Tinggal orang tuanya;
- (2) Anak yang lahir di Indonesia berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin dari ibu Warga Negara Indonesia dan ayahnya tidak atau belum memiliki Izin Keimigrasian, dapat diberikan Izin Tinggal Terbatas.

Pasal 46 berbunyi: Izin Tinggal diberikan setelah orang asing sebagaimana dimaksud dalam Pasal 44 dan 45 berada secara sah atau lahir di wilayah Republik Indonesia. Apabila ketentuan-ketentuan tersebut di atas dilanggar, maka berdasarkan Pasal 42 UU 9/1992, orang asing tersebut dapat dideportasi ke luar Indonesia.

Ketentuan-ketentuan keimigrasian tersebut berdampak buruk bagi anak-anak yang dilahirkan dari perempuan Warga

Negara Indonesia yang menikah dengan laki-laki asing, karena seperti diuraikan di atas, anak yang dilahirkan berstatus asing dan sampai umur 18 (delapan belas) tahun hanya akan memperoleh Izin Tinggal Terbatas yang rentan terhadap bahaya dideportasi ke luar negeri.

Ketentuan-ketentuan tersebut di atas, tampak dengan jelas mencerminkan ketidakadilan bagi perempuan dan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan perempuan Warga Negara Indonesia dengan laki-laki asing. Sebenarnya, ketentuan yang menentukan hanya laki-laki yang dapat memberikan kewarganegaraan bagi anak-anak yang dilahirkan, bertentangan dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Bukankah Pasal 31 (1) UU 1/1974 menyatakan: "Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat". Selain itu, Indonesia telah meratifikasi CEDAW dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1984 Tentang Pengesahan Konvensi mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita.

Dalam Pasal 9 (2) dinyatakan, "Negara-negara peserta wajib memberi kepada perempuan, hak yang sama dengan laki-laki berkenaan dengan kewarganegaraan anak-anak mereka." Kemudian, Pasal 29 Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UU 23/2002) menyatakan:

- (1) Jika terjadi perkawinan campuran antara Warga Negara Republik Indonesia dengan Warga Negara Asing, anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut berhak memperoleh kewarganegaraan dari ayah atau ibunya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- (2) Dalam hal terjadi perceraian dari perkawinan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), anak berhak untuk memilih atau berdasarkan putusan pengadilan, berada dalam pengasuhan salah satu dari kedua orang tuanya.
- (3) Dalam hal terjadi perceraian sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), sedangkan anak belum mampu menentukan pilihan

dan ibunya berkewarganegaraan Republik Indonesia, demi kepentingan terbaik anak atau atas permohonan ibunya, pemerintah berkewajiban mengurus status kewarganegaraan Republik Indonesia bagi anak tersebut.

Rancangan Undang-Undang (RUU) Kewarganegaraan yang baru sejalan dengan CEDAW telah pula memberikan kemungkinan bagi perempuan untuk memberikan kewarganegaraan bagi anaknya sebelum si anak berumur 18 tahun, antara lain:

- Pasal 2 C, yang menyatakan:
Warga Negara Indonesia adalah anak yang lahir dari perkawinan campuran yang sah dari ibu Warga Negara Republik Indonesia. Jika ibu menentukan kewarganegaraan anaknya menjadi Warga Negara Indonesia dan tidak mengakibatkan dwi kewarganegaraan.
- Pasal 21 menyatakan:
 - (1) Anak yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun dan belum kawin, bertempat tinggal serta berada di wilayah Negara Republik Indonesia, dari ayah atau ibu yang memperoleh kewarganegaraan Republik Indonesia mengikuti status kewarganegaraan:
 - a.
 - b. Ibunya, apabila anak tersebut lahir dalam perkawinan yang sah dan ayahnya meninggal dunia;
 - c. Ibunya, apabila anak tersebut lahir dalam perkawinan yang sah, tetapi dalam perceraian, oleh hakim diserahkan pada asuhan ibunya;
 - d. Ibunya, apabila anak tersebut lahir di luar perkawinan yang sah;
 - (2) dan seterusnya....
- Pasal 22 berbunyi sebagai berikut:
 - (1) Dalam hal terjadi perceraian antara seorang ibu Warga Negara Republik Indonesia dan ayahnya Warga Negara

Asing, dan hakim menyatakan bahwa *anak yang lahir dari perkawinan kedua orang tersebut diserahkan kepada ibunya*, maka ibu anak tersebut dapat mengajukan permohonan kepada Menteri¹⁷ untuk memperoleh kewarganegaraan Republik Indonesia;

- (2) Dalam hal *putusnya perkawinan karena kematian suami* dari seorang isteri Warga Negara Republik Indonesia, anak yang mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya dapat mengajukan permohonan kepada Menteri untuk memperoleh kewarganegaraan Republik Indonesia;
- (3) Permohonan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2), diajukan oleh ibunya paling lambat dalam tenggang waktu 1 (satu) tahun sejak tanggal putusnya perkawinan;
- (4) Permohonan sebagaimana dimaksud dalam ayat (3), dapat dikabulkan jika perolehan kewarganegaraan Republik Indonesia tidak mengakibatkan kewarganegaraan rangkap;
- (5) Dalam hal tenggang waktu sebagaimana dimaksud dalam ayat (3) tidak digunakan maka anak yang bersangkutan dapat mengajukan permohonan untuk memperoleh kewarganegaraan Republik Indonesia dalam waktu 1 (satu) tahun setelah berusia 18 (delapan belas) tahun.

Dari hal-hal tersebut, terlihat bahwa RUU Kewarganegaraan yang baru telah pula memperhatikan masalah “gender” dalam menentukan kewarganegaraan Republik Indonesia bagi anak-anak yang dilahirkan dalam perkawinan campuran yang sah. Hanya saja,

¹⁷ Menteri adalah Menteri yang lingkup tugas dan tanggung jawabnya meliputi bidang Kewarganegaraan Republik Indonesia, lihat Pasal 1, RUU Kewarganegaraan.

si ibu baru dapat memberikan kewarganegaraan bagi anaknya, dalam hal suami asingnya meninggal dunia atau setelah terjadi perceraian dan pemeliharaan anak diserahkan kepadanya. Di luar hal itu, belum terbuka kemungkinan bagi si ibu memberikan kewarganegaraan bagi anaknya.

RUU Keimigrasian yang baru telah pula memberikan sedikit kemudahan bagi anak asing yang *dilahirkan di Indonesia* dari ibu Warga Negara Indonesia, dan ayah Warga Negara Asing, yaitu dengan memberikan Izin Tinggal Tetap di Indonesia (Pasal 55 (b)). Izin Tinggal Tetap diberikan pula kepada anak asing yang *pada saat lahirnya di Indonesia*, ayah dan/atau ibunya adalah pemegang Izin Tinggal Tetap di Indonesia (Pasal 55 (c)).

Bila RUU Keimigrasian ini dibandingkan dengan UU 9/1992 jo. PP 32/1994, pada UU Keimigrasian, Izin Tinggal yang diberikan terbatas pada Izin Kunjungan, yaitu untuk jangka waktu 60 (enam puluh) hari dan hanya dapat diperpanjang lima kali berturut-turut, setiap kali perpanjangan untuk jangka waktu 30 (tiga puluh) hari. Seringkali, Izin Kunjungan hanya dalam bentuk Izin Kunjungan Wisata Budaya, dengan jangka waktu 60 (enam puluh) hari dan tidak dapat diperpanjang (Pasal 35 PP 32/1994). Bila jangka waktu Izin Kunjungan itu terlewati, si anak tanpa ampun harus dideportasi ke luar negeri, walaupun si anak masih sangat kecil, lahir di Indonesia, dari ibu Warga Negara Indonesia, dan masih sangat membutuhkan kasih sayang ibu. Tetap dipeliharanya si anak oleh si ibu Warga Negara Indonesia, menurut ketentuan UU 9/1992, mengakibatkan si ibu dapat dipidana paling lama 1 (satu) tahun dan atau denda paling banyak Rp.25.000.000.00 (dua puluh lima juta rupiah), (Pasal 54 (b) UU 9/1992). Lebih lagi, bila si anak lahir di luar negeri, kemudian masuk ke Indonesia ikut ibunya dan si ibu lupa mengurus izin keimigrasiannya, sebagai orang asing, si ibu, karena dianggap memberikan perlindungan, pemondokan, dan kehidupan bagi orang asing, diancam pidana penjara paling lama 6 (enam) tahun dan/atau denda paling banyak Rp. 30.000.000,00 (tiga puluh juta rupiah), tanpa ada pertimbangan bahwa yang dilindungi, diberi pemondokan, dan kehidupan itu adalah anak kandungnya sendiri.

Sayangnya, dalam RUU Keimigrasian¹⁸ yang baru, Izin Tinggal Tetap hanya diberikan pada anak dari ibu Warga Negara Indonesia dan ayah asing yang lahir di dalam wilayah Indonesia. Mudah-mudahan dalam penyempurnaan RUU Keimigrasian menjadi Undang-Undang Keimigrasian yang baru, ketentuan tentang pemberian Izin Tinggal Tetap itu berlaku pula bagi anak asing yang ibunya Warga Negara Indonesia di manapun ia dilahirkan, dan kemudian si ibu dan anak kembali dan menetap di Indonesia, misalnya karena si ayah asing meninggal dunia atau, dalam suatu perceraian, si anak pemeliharaannya diserahkan kepada si ibu Warga Negara Indonesia. Dengan demikian, RUU Keimigrasian ini sejalan dengan RUU Kewarganegaraan yang baru.

Dengan memperhatikan praktek yang terjadi di Indonesia, dianutnya asas *ius sanguinis* yang ketat membawa akibat yang sangat merugikan, terutama bagi anak-anak yang dilahirkan di dalam suatu perkawinan campuran. Anak akan mengikuti status kewarganegaraan ayahnya sehingga ia hanya berhak untuk tinggal di Indonesia dengan waktu yang terbatas dan rentan untuk dideportasi, sekalipun ia masih bayi dan ibunya adalah Warga Negara Indonesia, dan tinggal di Indonesia dan si anak adakalanya juga lahir di Indonesia. Sebagai ilustrasi antara lain dapat, disebut Kasus Anak "S", dan "AM".¹⁹

a. Kasus Anak "S"

Kasus ini singkatnya adalah sebagai berikut:

Telah terjadi perkawinan sah antara seorang perempuan warga Negara Indonesia (E) dan seorang laki-laki Warga Negara Belanda (A.J.O.) di Belanda, pada 1987. Dari perkawinan tersebut, dilahirkan seorang anak perempuan bernama "S". Karena terjadi ketidakcocokan, keduanya bercerai di hadapan Pengadilan di Belanda, pada 1989.

¹⁸ RUU Keimigrasian sampai saat tulisan ini dibuat belum menjadi undang-undang.

¹⁹ Zulfa Djoko Basuku, *Op.cit.*, hal.128-131.

Pemeliharaan anak (*voogdij*), oleh Pengadilan di Belanda, diserahkan kepada si ibu, Ny. "E", sampai si anak dewasa. Kemudian, si ibu kembali ke Indonesia dengan membawa serta anaknya "S". Menurut hukum yang berlaku di Indonesia, si anak hanya memperoleh kewarganegaraan ayahnya yaitu Warga Negara Belanda. Sebagai anak asing, sesuai dengan ketentuan yang berlaku di Indonesia, seperti yang telah diuraikan, dalam kasus ini, si anak hanya mendapat Visa Kunjungan Wisata Budaya yang berlaku untuk lima minggu. Karena jangka waktu izin tinggal terlewati dan si ibu lalai mengurus kembali Izin Tinggal bagi si anak, si ibu dipanggil ke Kantor Imigrasi dan paspor si anak ditahan.

Kantor Imigrasi menyarankan agar si anak untuk sementara dibawa ke negara terdekat dan disarankan dibawa ke Singapura, dan bila sudah dapat visa baru, si anak dapat kembali ke Indonesia, agar Kartu Izin Menetap Sementara (KIM'S) dapat diurus kemudian. Saran Kantor Imigrasi diterima oleh si ibu dan ia segera mengurus paspor dan *exit permit*. Akan tetapi, ketika si ibu mengurus surat-surat tersebut ke Kanwil Departemen Kehakiman Jawa Barat, pihak Imigrasi Bandung memanggil si ibu dan di sana sudah hadir bekas Ibu mertuanya, Ny. C., yang entah bagaimana caranya telah berada di Bandung. Pihak Imigrasi menyatakan bahwa anak "S" harus segera dideportasi dan karena neneknya (Ny. C) telah datang, si anak harus diserahkan kepada Ny. C. Pernyataan Ny. E. yang menyatakan bahwa hak pemeliharaan anak oleh Pengadilan di Belanda diserahkan kepadanya, tidak diperdulikan oleh pihak Imigrasi. Pihak Imigrasi melarang si ibu membawa anaknya pulang dan memerintahkan agar si anak ditinggal di kantor Imigrasi Bandung.

Keesokan harinya, waktu si ibu ke Kantor Imigrasi, si anak sudah tidak ada karena telah dibawa neneknya ke Jakarta untuk dibawa ke Negeri Belanda. Berbagai usaha dilakukan oleh Ny. E. beserta pengacaranya agar si anak tidak

dideportasi, tetapi tidak berhasil. Si anak akhirnya dibawa oleh si nenek ke Negeri Belanda. Dengan memperkarakan kembali di Belanda, akhirnya si anak, oleh Pengadilan di Belanda, diserahkan kembali kepada si ibu, sesuai dengan putusan semula yang telah memberikan hak pemeliharaan anak tunggal (*sole custody*) kepada si ibu (Ny. E.). Si nenek sama sekali tidak ada hak atas si anak karena menurut hukum yang berlaku di Belanda, dalam hal terjadi perceraian, pemeliharaan anak (*voogdij*), akan diberikan kepada salah satu orang tua.²⁰

b. Kasus Anak "AM"

Kasus singkatnya adalah sebagai berikut:

Dalam kasus ini, telah terjadi perkawinan antara seorang perempuan Warga Negara Indonesia (Ny. A.), dengan seorang laki-laki Warga Negara Jepang. Dalam perkawinan campuran ini, Ny. A. tetap mempertahankan kewarganegaraan Indonesianya. Dari perkawinan ini dilahirkan seorang anak bernama "AM". Sesuai dengan hukum yang berlaku di Indonesia, si anak hanya memperoleh kewarganegaraan ayahnya, yaitu Warga Negara Jepang.

Karena tidak ada kecocokan, keduanya bercerai dan si anak, oleh pengadilan, diserahkan pemeliharaannya kepada ibunya (Ny. A.). Karena "*overstay*" tujuh bulan, si anak yang baru berumur 4 tahun, harus dideportasi ke luar negeri. Menurut Dirjen. Imigrasi, P, anak itu harus dideportasi. Pernyataan yang lebih keras datang dari Kakanwil Depkeh Jatim, S, yang menyatakan bahwa batas maksimal "*overstay*" adalah 60 (enam puluh) hari, itupun sudah dikenakan denda Rp. 25.000.00 (dua puluh lima ribu rupiah) per hari. Jika sudah

²⁰ 161 BW Belanda (baru) berbunyi: "(1) Dengan putusan perceraian atau putusan kemudian, Hakim akan menunjuk atau mengangkat salah satu dari orang tua sebagai pemegang hak pemeliharaan anak (*voogd*),..." Baca Zulfa Djoko Basuki, Disertasi, *Op.cit.*, hal.165.

lewat dua bulan, yang bersangkutan harus dipidana, sambil menunjuk Pasal 52 UU 9/1992, dan ibunya dapat dikenakan hukuman kurungan badan karena memberi makan dan melindungi orang asing. Jalan keluar yang diberikan oleh Kantor Imigrasi adalah pergi ke luar negeri mana saja, sambil menunggu visa baru agar dapat masuk kembali ke Indonesia.

Masalahnya, si ibu (Ny. A.) tidak mempunyai cukup uang untuk membawa anaknya ke luar negeri dan Kartu Izin Menetap Sementara (KIM'S) si anak dibawa mantan suaminya dan baru belakangan diberikan kepada si ibu, setelah habis masa berlaku Izin Tinggal si anak di Indonesia. Dengan bantuan keuangan dari bekas suaminya serta pihak-pihak lain, diantaranya dari Ibu Gubernur Jatim saat itu, si anak dan si ibu berangkat ke Singapura untuk mengurus Visa Sosial Budaya agar bisa masuk ke Indonesia dan selanjutnya dikonversi menjadi Izin Tinggal Terbatas (KITAS) untuk jangka waktu satu tahun.

Dari kedua kasus tersebut, dapat dibayangkan betapa menyedihkannya kedudukan seorang anak yang lahir dari perkawinan campuran ini, hanya karena status asing yang diperolehnya tanpa kemauannya (sebagai akibat dianutnya asas *ius sanguinis*). Pihak Imigrasi menjalankan aturan keimigrasian secara sangat kaku, cenderung kurang berperikemanusiaan, dan menyamaratakan semua persoalan. Sama sekali tidak ada kebijaksanaan, walaupun ibu dari si anak adalah Warga Negara Indonesia, pemeliharaan anak ada padanya dan si anak berada di negara ibunya. Apakah tepat untuk memidana seorang anak balita dan juga ibunya, karena memberi makan anak kandungnya sendiri, yang kebetulan berstatus asing, di negaranya sendiri?

Bahwa tindakan pihak imigrasi tersebut adalah sangat tidak bijaksana, bertentangan dengan hak-hak asasi manusia dan hak-hak anak. Indonesia telah meratifikasi Konvensi PBB tentang "Hak

Anak” dengan Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990²¹ tentang Ratifikasi Konvensi PBB tentang “Hak Anak” (Keppres 36/1990) yang antara lain menyatakan:

- Pasal 3 (1) berbunyi:
Dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh lembaga-lembaga kesejahteraan sosial atau swasta, lembaga peradilan, lembaga pemerintahan atau badan legislatif, kepentingan terbaik anak akan merupakan pertimbangan utama.
- Pasal 3 (2) menyatakan:
Negara peserta berupaya untuk menjamin adanya perlindungan dan perawatan sedemikian rupa yang diperlukan untuk kesejahteraan anak dengan memperhatikan hak dan kewajiban orang tua, walinya yang sah, ... dan seterusnya.

Selanjutnya, Indonesia telah pula mengundangkan Undang-Undang Tentang Kesejahteraan Anak dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 (UU 4/1979), yang dalam Pasal 2 (1) menyatakan: “Anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar.” Selain itu, telah diundangkan pula Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia (UU 39/1999), yang pada Pasal 52 menyatakan:

- (1) Setiap anak berhak atas perlindungan oleh orang tua, keluarga, masyarakat dan negara;
- (2) Hak anak adalah hak asasi manusia dan untuk kepentingannya hak anak itu diakui dan dilindungi oleh hukum bahkan sejak dalam kandungan.

²¹ Kasus anak “S” ini ramai dibicarakan oleh media pada awal 1992.

Kemudian, tahun 2003, telah pula diundangkan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang dalam Bab I, mengenai Ketentuan Umum, Pasal 1 angka 1, menyatakan: "Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak, dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi." Dengan demikian, diharapkan perlindungan yang diberikan terhadap anak di Indonesia, tanpa memperhatikan apakah anak itu berkewarganegaraan Indonesia atau asing, akan lebih diperhatikan.

Semua hal tersebut terjadi karena undang-undang yang berkaitan dengan kewarganegaraan termasuk ketentuan perundang-undangan keimigrasian yang berlaku sekarang ini masih mengandung diskriminasi "gender", membedakan antara hak perempuan dan laki-laki dalam menentukan kewarganegaraan anak-anak yang dilahirkan dalam perkawinan campuran.

Seyogyanya, kasus-kasus tersebut tidak perlu terjadi, karena seperti telah diuraikan sebelumnya, Indonesia sudah meratifikasi CEDAW, sejak 1984, dengan UU 7/1984, yang dalam Pasal 9 ayat (2) menyatakan: "Negara-negara peserta wajib memberikan kepada perempuan hak yang sama dengan laki-laki berkenaan dengan kewarganegaraan anak-anak mereka."

Sayangnya, ketentuan tersebut kurang dimasyarakatkan dan tidak segera diikuti dengan memasukkannya ke dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di bidang kewarganegaraan dan keimigrasian di Indonesia. Saat ini seperti diuraikan di atas, sudah ada RUU Kewarganegaraan yang dibuat dengan memperhatikan pula Konvensi PBB tersebut, sehingga bila RUU itu sudah menjadi undang-undang si ibu dapat memberikan kewarganegaraan Indonesiannya kepada si anak, bila suami asingnya meninggal atau dalam suatu perceraian pemeliharaan anak diserahkan kepadanya. Tidak perlu menunggu sampai si anak berumur 18 tahun. Akan tetapi, RUU tersebut belum menjadi undang-undang.

Akan lebih baik lagi bila di dalam RUU, sesuai dengan

CEDAW, hak si ibu untuk memberikan kewarganegaraannya kepada si anak tidak hanya terbatas pada keadaan bila suami istri bercerai dan pemeliharaan anak diberikan kepadanya atau dalam hal si suami meninggal dunia, tetapi diberi hak lebih luas, seperti dianut oleh negara-negara lain.

Inggris misalnya, berdasarkan *The British Nationality Act 1981*, Undang-Undang Kewarganegaraan yang berlaku di Inggris, seorang perempuan sejak 1 Januari 1983, sudah dapat memberikan kewarganegaraan bagi anak-anaknya yang dilahirkan di luar negeri, berdasarkan ketentuan-ketentuan yang sama dengan laki-laki.²² Sebelumnya, kewarganegaraan anak mengikuti kewarganegaraan ayahnya, berdasarkan *ius soli*.

Begitu pula di Negeri Belanda, berdasarkan Pasal 27 Undang-Undang Kewarganegaraan Belanda 1985 (*Rijkswet op het Nederladerschap*, disingkat RWN),²³ seorang anak yang lahir setelah 31 Desember 1984, memperoleh kewarganegaraan Belanda secara otomatis, apabila setidaknya-tidaknya salah satu dari orang

²² "One important point to note is that since 1 January 1983, women have been able to pass on British citizenship to their children born abroad on the same terms as men". Visas & Passports, Children Born in Service, dikutip dari situs internet, <http://www.britain.org.nz/vpass/bornservice.html>

²³ Ketentuan tentang RWN ini dikutip dari situs internet, <http://www.stanford.edu/~aneroth/Art27RWN/>, 26 Desember 2002. Untuk jelasnya baca Zulfa Djoko Basuki, *op. cit.*, hal. 251. Teks Bahasa Inggris dari Pasal 27 RWN berbunyi: "According to Article 3 and Part 1 of Article 27 RWN, a child born after 31 December 1984 receives the Dutch nationality automatically if at least one of his or her parents is Dutch. Those born before 1 January 1985 as a child of a Dutch father received the Dutch Nationality automatically on the ground of Article 1 of the Dutch Law on Nationality and Residency of 12 December 1892 and Article 25 RWN. For those born before 1 January 1985 as the child of Dutch mother and a non-Dutch father outside of the Netherlands, there was an "option-possibility" that they would be able to acquire the Dutch nationality, if they were registered before 1 January 1988 (and if they were younger than 21 years old and were not married nor had been married on January 1985)", terjemahan Bahasa Inggris dari Bahasa Belanda oleh Alex Chacko Johan NEROTH VAN VOGELPOEL, , Article 27 RWN, hal. 1.

tuanya adalah warga Negara Belanda. Dengan demikian, seorang perempuan warga Negara Belanda yang melakukan perkawinan campuran, sejak 1 Januari 1985, telah dapat memberikan kewarganegaraan Belandanya secara otomatis kepada anak-anak yang dilahirkannya dalam perkawinan sah. Bagi anak-anak yang lahir di luar Belanda sebelum 1 Januari 1985, sebagai anak dari seorang ibu Belanda dan ayah non-Belanda, diberi kemungkinan memilih. Anak-anak tersebut dimungkinkan memperoleh kewarganegaraan Belanda bila ia mendaftarkannya sebelum 1 Januari 1988, yaitu bila si anak belum berusia 21 tahun dan belum menikah, juga masih berstatus bujangan pada 1 Januari 1985 (saat berlakunya RWN).

Di Indonesia, dampak dari tidak diperkenankannya seorang perempuan menentukan kewarganegaraan anaknya adalah seringkali anak-anak dicatat di Kantor Catatan Sipil sebagai anak luar kawin, yaitu dengan cara tidak melampirkan Surat Nikah kedua orang tua pada saat memohonkan Akta Kelahiran anak-anak. Dengan demikian, anak-anak dianggap hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibunya dan tidak ada hubungan hukum dengan si ayah. Dengan demikian, si anak akan mengikuti kewarganegaraan ibunya, yaitu Warga Negara Indonesia. Hal ini dimaksudkan, antara lain, untuk menghindari akibat-akibat negatif seperti diuraikan di atas.

Dalam praktek, adakalanya hal ini menimbulkan masalah, misalnya bila si ibu yang Warga Negara Indonesia meninggal dunia sedangkan anak-anak masih kecil. Dalam suatu kasus yang penulis temui dalam praktek, telah terjadi perkawinan antara seorang perempuan Warga Negara Indonesia dengan seorang laki-laki Warga Negara Malaysia di Malaysia. Sekembalinya ke Indonesia, perkawinan keduanya dilaporkan ke Catatan Sipil DKI Jakarta. Dari perkawinan dilahirkan dua orang anak di Jakarta dan dilaporkan ke Kantor Catatan Sipil sebagai anak luar kawin, sehingga keduanya menjadi Warga Negara Indonesia mengikut kewarganegaraan ibunya. Karena suatu kecelakaan, si ibu meninggal dunia. Timbul masalah mengenai hak pemeliharaan kedua anak yang masih di bawah umur itu, paling tua 4 tahun dan paling kecil baru berumur 2

tahun. Si ayah secara hukum adalah yang paling berhak atas kedua anaknya (pemegang hak pemeliharaan satu-satunya), tetapi kedua anak adalah Warga Negara Indonesia, sehingga si ayah tidak dapat segera membawa mereka pulang ke Malaysia. Anak-anak itu sebenarnya adalah anak Malaysia karena ayahnya warga negara Malaysia dan lahir dalam perkawinan sah. Diperlukan proses yang berbelit sampai akhirnya anak itu dapat dibawa ayahnya ke Malaysia setelah kewarganegaraan anak diubah menjadi Warga Negara Malaysia sebagaimana seharusnya.²⁴

Dicatatnya anak-anak yang dilahirkan dalam perkawinan campuran itu sebagai anak luar kawin di Kantor Catatan Sipil didasarkan pada alasan praktis, yaitu untuk menghindari prosedur yang sangat ketat dari Kantor Imigrasi, antara lain menghindari anak dideportasi bila izin tinggal terbatasnya di Indonesia terlewati, bila ia berstatus asing mengikuti status ayahnya. Dengan status sebagai Warga Negara Indonesia maka anak-anak dapat dengan tenang tinggal di Indonesia. Bagi si isteri, adalah untuk menghindari kemungkinan terjadinya hal-hal terburuk misalnya bila terjadi perceraian. Dengan status anak adalah Warga Negara Indonesia dan pemeliharaan anak oleh pengadilan diserahkan kepadanya, maka anak-anak akan tenang bersamanya tinggal di Indonesia.

Sering pula hal ini dilakukan karena suami ingin bekerja di Indonesia dan ingin menjadi Warga Negara Indonesia. Bila ia sudah menjadi Warga Negara Indonesia, masalah kewarganegaraan anak-anak sudah terpecahkan. Suatu tindakan yang kurang terpuji karena merupakan penyelundupan hukum. Hal seperti ini sebenarnya tidak perlu terjadi seandainya kepada perempuan diberi hak yang sama dengan laki-laki dalam menentukan kewarganegaraan anak-anak yang lahir dalam perkawinan sah, sebagaimana telah pula diatur di negara-negara lain seperti diuraikan di atas.

²⁴ Ketetapan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 378/1996, 20 Januari 1997 jo. Ketetapan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 41/1997, 3 Maret 1997, dalam Permohonan yang diajukan oleh Pemohon Alvin Joseph Coombs.

Kesimpulan dan Saran

Dari hal-hal tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa asas "*ius sanguinis*" yang dianut di dalam Undang-undang Kewarganegaraan Indonesia Nomor 62 Tahun 1958, sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan zaman karena sangat merugikan perempuan dan anak-anak yang dilahirkan dalam suatu perkawinan campuran dan mengandung diskriminasi gender karena itu harus segera diganti.

Diharapkan Undang-Undang Kewarganegaraan yang baru, menggantikan UU 62/1958 dan Undang-Undang Keimigrasian yang baru menggantikan UU 9/1992, lebih mencerminkan hak-hak perempuan dan hak-hak anak sehingga kasus-kasus seperti anak "S" dan anak "AM" tidak terulang lagi. Dianutnya asas kewarganegaraan ganda terbatas bila hal ini disahkan di dalam Undang-undang Kewarganegaraan yang baru sampai anak berumur 18 tahun, setidaknya-tidaknya dapat memberi kebebasan bagi si anak untuk tinggal dengan tenang di negara ibunya dan tidak selalu dihantui dengan ketakutan untuk "dideportasi", bila izin tinggal terbatasnya terlewati.

Daftar Pustaka

- Djoko Basuki, Zulfa, *Dampak Perkawinan Campuran terhadap Pemeliharaan Anak (Child Custody)*, Tinjauan dari segi Hukum Perdata Internasional, Jakarta, Yarsif Watampone, 2005.
- Gautama, Sudargo, *Warga Negara dan orang Asing*, Bandung, Alumni, 1992.
- , *Segi-Segi Hukum Peraturan Perkawinan Tjampuran*, Bandung, Alumni, 1973.
- Sitorus, Junita, *Perkawinan Campuran Dalam Hukum Kewarganegaraan dan Keimigrasian*, Kompas, 13 Mei

2002, dikutip dari situs internet
<http://www.aliansipab.com/kompas.htm>, 18/5-4.

Visas & Passports, *Children Born in Service*, dikutip dari situs
internet <http://britain.org.nzlvpasblbornservice.html>

<http://www.Stanford.edul/-aneroth/Art27RW>