

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Perkawinan menurut istilah sama dengan kata "nikah" dan kata "zawaj"¹ Kata nikah berasal dari bahas arab nikaahun yang merupakan masdar atau kata asal dari kata nakaha. Sinonimnyatazawwaja kemudian diterjemahkan dalam Bahasa Indonesia sebagaimana yang disebut perkawinan. Sedangkan secara bahasa kata nikah berarti *adh-dhammu wattadakhul* (bertindih dan memasukkan) oleh karena itu menurut kebiasaan arab, pergesekan rumpun pohon seperti pohon bambu akibat tiupan angin diistilahkan dengan *tana-kahatil asyjar* (rumpun pohon itu sedang kawin), karena tiupan angin itu terjadi pergesekan dan masuknya rumpun yang satu keruang yang lain.²

Nikah dalam arti hukum ialah akad (perjanjian) yang menjadikan halal hubungan seksual sebagai suami istri antara seorang pria dan seorang wanita.³ Pengertian perkawinan menurut Undang-undang Perkawinan adalah :Ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri

¹Abd Shomat, "*Hukum Islam Penoraman Prinsip Syariah dalam Hukum Indonesia*, Prenada Media Goup: Jakarta, 2010, hlm. 272.

²Rahmad Hakim, *Hukum Perkawinan Islam*, Pustaka Setia: Bandung, 2000, hlm. 11.

³Mohd Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan Islam Suatu Analisis dari Undang-Undang No 1 tahun 1994 dan Kompilasi Hukum Islam*, Bumi Aksara: Jakarta, hlm. 1.

dengan tujuan membentuk (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.⁴

Perkawinan menurut hukum Islam adalah “akad yang sangat kuat atau miitsaqon gholiidhon untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.⁵Dalam pandangan Islam, perkawinan di samping sebagai perbuatan ibadah, ia juga merupakan sunnah Allah dan sunnah Rasul-Nya. Sebagai sunnah Allah, perkawinan merupakan qudrat dan irodad Allah dalam penciptaan alam semesta.Pernikahan adalah sunnah karuniah yang apabila dilaksanakan akan mendapat pahala tetapi apabila tidak dilakukan tidak mendapatkan dosa tetapi dimakruhkan karna tidak mengikuti sunnah rosul.⁶

Suatu pernikahan mempunyai tujuan yaitu ingin membangun keluarga yang sakinah mawaddah warohmah serta ingin mendapatkan keturunan yang solihah.Keturunan inilah yang selalu didambakan oleh setiap orang yang sudah menikah karena keturunan merupakan generasi bagi orang tuanya.⁷

Dalam konteks hukum di Indonesia, khususnya tentang perkawinan terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.Sejarah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan disahkan dan ditanda tangani oleh prisiden pada tanggal 2 Januari 1974. Undang-undang ini lahir melalui proses

⁴Undang-undang Perkawinan dan kompilasi hukum Islam, Pustaka Yustisia: Yogyakarta, hlm. 7.

⁵Departemen Agama RI, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam: Jakarta, 1997, hlm. 14.

⁶ Syaikh Kamil Muhammad ‘uwaidah, *Fiqih Wanita*, Pustaka al-Kautsar: Jakarta, 1998, hlm. 375

⁷Ahmad Rafi Baihaqi, *Membangun Syurga Rumah Tangga*, Gita Mediah Press: Surabaya, 2006, hlm. 8

yang panjang dan tidak bisa dilepaskan dari situasi dan kondisi politik hukum yang ada pada saat itu serta tuntutan umat Islam yang merupakan yang mayoritas di Indonesia. Untuk mendapatkan gambaran yang jelas tentang konteks lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan tersebut, maka perlu dikaji terlebih dahulu tentang kondisi perundang-undangan tentang perkawinan sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut. Karena kondisi hukum perkawinan yang ada pada tahun 1974 tersebut tidak bisa dilepaskan dari dinamika hukum perkawinan yang ada pada masa sebelum merdeka, masa penjajahan dan masa setelah merdeka.⁸

Hukum perkawinan sebelum penjajahan belanda, secara singkat dapat dilihat dari sejak Islam masuk ke Indonesia. Pada saat itu belum ada hukum tertulis yang mengatur tentang perkawinan, akan tetapi sudah ada para ahli hukum Islam yang disertai tugas untuk mengurus mesjid dan sekaligus mengurus tentang perkawinan. Kalau ada sengketa perkawinan diselesaikan melalui bantuan *hakam* yang pada umumnya adalah para ahli hukum Islam tersebut. Karena itu, lembaga yang pertama muncul adalah lembaga *tahkim*. Dari lembaga tahkim kemudian diikuti dengan lembaga *ahl al-hill wa al-'aqd* dalam bentuk peradilan adat. Setelah terbentuk kerajaan Islam di Nusantara, lembaga ini berubah menjadi Peradilan Swapraja, yang kemudian berubah menjadi Peradilan Agama.⁹

⁸Ahmad Zaenal Fanani, *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indoensia; Perspektif Keadilan Jender*, UII Press: Yogyakarta, 2015, hlm. 55

⁹*Ibid*, hlm. 55-56

Beberapa bukti bahwa pada saat itu hukum Islam sudah hidup dan diterima umat Islam pada ini adalah pertama, Statuta Batavia 1642 yang didalamnya menegaskan bahwa sengketa warisan antara orang pribumi yang beragama Islam harus diselesaikan dengan menggunakan hukum Islam, yakni hukum yang dipakai oleh rakyat sehari-hari. Berangkat dari statute ini muncul *Compendium Freijer*. Kedua, dipergunakan kitab *muharrar* dan *pepakem Cirebon* yang terbit tahun 1768 serta peraturan yang dibuat B. J. Clootwijk untuk daerah Bone dan Goa di Sulawesi Selatan. Ketiga, di daerah kesultanan Palembang dan Banten diterbitkan beberapa kitab hukum Islam yang dijadikan pegangan dalam masalah hukum keluarga dan waris. Keempat, di kesultanan Banjar juga ada kitab *Sabilul Muhtadin* karya Syeh Muhammad Arsyad al-Banjari yang menjadi pegangan masyarakat Banjar di Kalimantan Selatan. Kelima, tanggal 25 Mei 1760 VOC mengeluarkan peraturan senada yang disebut *Resolutie der Indische Regeering*.¹⁰

Syara' menginginkan perkawinan yang kekal antara suami dan istri, kecuali oleh suatu sebab yang tidak dapat dipertahankan lagi, yakni karena itu pula syara' mengikat perkawinan, tetapi tidak memermudah perceraian. Syara' membenarkan dan mengizinkan. Pernikahan tidak selalu berjalan mulus. Terkadang justru berakhir dengan perceraian. Perceraian dipilih karena dianggap sebagai solusi dalam mengurai benang kusut perjalanan bahtera rumah tangga.

Perceraian merupakan bagian dari perkawinan. Karena itu perceraian senantiasa diatur oleh hukum perkawinan. Hukum perkawinan di Indonesia tidak

¹⁰*Ibid*, hlm. 55-56

hanya satu macam, tetapi berlaku berbagai peraturan hukum perkawinan untuk pelbagai golongan warga negara dan untuk pelbagai daerah. Hal ini disebabkan oleh ketentuan-ketentuan yang tersebut dalam Pasal 163 IS (Indische Staatsregeling) yang telah membagi golongan penduduk Indonesia menjadi tiga golongan, yaitu: golongan Eropa, golongan Timur Asing, dan golongan Indonesia Asli (Bumiputera).¹¹

Perceraian merupakan putusnya perkawinan karena kehendaksuami atau istri atau kehendak keduanya, karena adanya ketidak-rukunan, yang bersumber dari tidak dilaksanakannya hak-hak dan kewajiban sebagai suami atau istri sebagai mana seharusnya menurut hukum perkawinan yang berlaku.¹²

Perceraian adalah hal yang tidak diperbolehkan baik dalam pandangan Agama maupun dalam lingkup Hukum Positif. Agama menilai bahwa perceraian adalah hal terburuk yang terjadi dalam hubungan rumah tangga. Namun demikian, Agama tetap memberikan keleluasaan kepada setiap pemeluk Agama untuk menentukan jalan islah atau terbaik bagi siapa saja yang memiliki permasalahan dalam rumah tangga, sampai pada akhirnya terjadi perceraian. Hukum Positif menilai bahwa perceraian adalah perkara yang sah apabila memenuhi unsur-unsur cerai, diantaranya karna terjadinya perselisihan yang menimbulkan percek-cokan

¹¹Djamil Latif, *Aneka Hukum Perceraian di Indonesia*, Ghalia Indonesia: Jakarta, 1981, hlm.

¹² Muhammad Syaifuddin dkk., *Hukum Perceraian*, Sinar Grafika: Jakarta, 2013, hlm. 6.

yang sulit untuk dihentikan, atau karna tidak berdayanya seorang suami untuk melaksanakan tanggung jawab sebagai kepala rumah tangga.¹³

Akibat Hukum Dari Putusnya Perkawinan Karena Perceraian. Berdasarkan ketentuan Pasal 41 Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (“UU Perkawinan”) disebutkan bahwa akibat dari putusnya 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 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 sesuatu kewajiban bagi bekas isteri.

Berdasarkan Pasal 41 UU Perkawinan yang telah dikutip di atas, maka jelas bahwa meskipun suatu perkawinan sudah putus karena perceraian, tidaklah mengakibatkan hubungan antara orang tua (suami dan isteri yang telah bercerai) dan anak – anak yang lahir dari perkawinan tersebut menjadi putus. Disinilah urgensi penelitian ditemukan yaitu pada level apakah setiap anak yang belum

¹³Budi Susilo, *Prosedur Gugatan Cerai*, Pustaka Yustisia: Yogyakarta, 2007, hlm. 17.

mumayyiz diserahkan kepada ibunya untuk hak asuhnya? Untuk itu akan dibahas melalui perspektif agama (fiqh), KHI, UU Perkawinan dan UU Perlindungan anak.

Dalam konteks Islam¹⁴, Hubungan antara orang tua dengan anak dalam hal ini adalah hubungan wajib tidak bias putus atau terhalang keadaan sesuatu apapun baik karena perceraian maupun salah satunya meninggal dunia, tidak menyebabkan putusnya kewajiban terhadap anaknya sesuai dengan Q. S. Al-Baqarah ayat: 233

Artinya:”Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh yaitu menyempurnakan penyusuan dan kewajiban ayah memberi makan dan pakaian pada para ibu dengan cara yang makruf.”

Ayat tersebut dipahami bahwa seorang ayah berkewajiban untuk memberikan nafkah kepada istri dan anak-anaknya.¹⁵sedangkan dalam pemeliharaan anak yang setelah bercerai antara suami dan istri, rupanya prioritas jatuh pada seorang ibu yang paling berhak untuk mengasuhnya.

¹⁴Hak asuh anak dalam Islam disebut hadhanah.hadhanah ini berarti di samping atau berada di bawah ketiak. Lihat Amior Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, (Jakarta:Kencana, 2004), 293. Sedangkan menurut istilah memelihara anak laki-laki atau perempuan yang masih kecil dan belum dapat mandiri, menjaga kepentingan anak, melindungi dari segala yang dapat membahayakan dirinya, mendidik rohani dan jasmani serta akalannya supaya si anak dapat berkembang dan dapat mengatasi persoalan hidup yang akan dihadapinya. Hakim, Rahmat, *Hukum Perkawinan Islam*, Pustaka Setia: Bandung, 2000, h.224 Sayid Sabiq bahwa hadhanah adalah melakukan pemeliharaan anak yang masih kecil laki-laki atau perempuan atau yang sudah besar belum mumayyiz tanpa kehendak dari siapapun, menjaga dari sesuatu yang menyakiti dan merusaknya, mendidik jasmani dan rohani agar mampu berdiri sendiri menghadapi hidup dan memikul tanggung jawabnya. Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah Jus 8*, Al-Ma’ruf: Bandung, 1984, h.179

¹⁵H. A. Al-Hamdani, *Risalah Nikah*, Pustaka Amini: Jakarta, 2002, hlm.321-322

Hal ini berdasarkan hadis yang diriwayatkan oleh At-tirmidzi:

Artinya: "Dari Ibnu Syuaib dari ayahnya dari kakeknya yakni Abdullah bin Umar dan sesungguhnya seorang wanita berkata: Wahai Rasulullah, sesungguhnya anak saya ini perutku adalah kantongnya, pangkuanku adalah tempat duduknya, dan susuku adalah tempat minumannya, maka setelah mendengar aduan itu, kemudian Nabi Muhammad SAW bersabda: "Engkaulah yang lebih berhak menjaga anak itu selama engkau belum kawin dengan yang lain."

Hadis tersebut menjadi dalil bahwa ibu lebih berhak dari pada ayahnya, bilamana ayahnya itu hendak memisahkannya dari ibunya, sebenarnya kandungan di atas suatu peringatan pada pengertian bahwa penetapan suatu hukum itu tetap dalam pengertian nurani yang sehat. Para sahabat Abu Bakar dan Umar memutuskan perkara sama berdasarkan hadis itu, juga memberi anggapan bahwa ibu gugur masa pemeliharaan dan asuhan anaknya ini juga sesuai dengan mayoritas para ulama.

Sedangkan keputusan ketika anak sudah bias memilih yang baik baginya, itu sesuai dengan hadis nabi yang diriwayatkan oleh Abu Hurairah:

Artinya: "Dari Abu Hurairah berkata: Sesungguhnya seorang perempuan berkata: Ya Rasulullah, sesungguhnya suamiku hendak pergi membawa anakku, padahal dia telah memberi manfaat bagi saya, sudah dapat mengambil air minum untuk saya dari sumur Abu Inabah. Setelah suaminya datang lalu nabi SAW bersabda kepada anak itu: Wahai anak ini ibu dan ini ayahmu, peganglah tangan yang mana di antara keduanya yang kamu sukai, lalu anak itu memegang tangan ibunya dan wanita itu pergi bersama anaknya."

Menurut ulama Al-hadwiyah dan ulama Hanafiyyah, tidak perlu disuruh memilih kata mereka: ibu lebih utama terhadap anak itu hingga ia mampu

memenuhi kebutuhannya sendiri maka ayah lebih berhak atasnya. Pendapat ini sesuai dengan pendapatnya Imam Malik.¹⁶

Sedangkan menurut fiqih 5 mazhab tentang hak asuh anak kategori belum mumayyiz sebagai berikut:

- a) Hanafi: 7 tahun untuk laki-laki dan 9 tahun untuk perempuan.
- b) Syfi'i: tidak ada batasan tetap tinggal sama ibunya sampai ia bisa menentukan atau berpikir tentang hal yang baik baginya. Namun bila ingin bersama ayah dan ibunya, maka dilakukan undian, bila si anak diam berarti memilih ibunya.
- c) Maliki: anak laki-laki hingga baligh dan perempuan hingga menikah.
- d) Hambali: Masa anak laki-laki dan perempuan dan sesudah itu disuruh memilih ayah atau ibunya.
- e) Imamiyyah: Masa asuh anak untuk laki-laki 2 tahun, sedangkan anak perempuan 7 tahun. Sesudah itu hak ayah hingga mencapai 9 tahun bila dia perempuan dan 15 tahun bila dia laki-laki, untuk kemudian disuruh memilih dia siapa yang ia pilih.

Selanjutnya setelah dasar hukum itu terealisasikan tentu pengasuh menjadi faktor untuk kecakapan dan kepatutan untuk memelihara anaknya maka harus ada syarat-syarat tertentu, yaitu:

- a) Berakal sehat, karena orang gila tidak boleh menangani dan menyelenggarakan hadhanah.

¹⁶Muhammad Abu Bakar, *Terjemah Subulussalam juz III*, Al-Ikhlas: Surabaya, 1955, h.819-820

- b) Merdeka, sebab seorang budak kekuasaannya kurang lebih terhadap anak dan kepentingan terhadap anak lebih tercurahkan kepada tuannya
- c) Beragama Islam, karena masalah ini untuk kepentingan agama yang ia yakini atau masalah perwalian yang mana Allah tidak mengizinkan terhadap orang kafir
- d) Amanah
- e) Belum menikah dengan laki-laki lain bagi ibunya
- f) Bermukim bersama anaknya, bila salah satu di antara mereka pergi, maka ayah lebih berhak karena untuk menjaga nasabnya.¹⁷
- g) Dewasa, karena anak kecil sekalipun mumayyiz tetapi ia butuh orang lain untuk mengurusinya.
- h) Mampu mendidik, jika penyakit berat atau perilaku tercela maka membahayakan jiwa anak dan justru terlantarkan berada di tanganya.¹⁸

Lebih jauh dijelaskan bahwa Bila terjadi pemutusan perkawinan karena perceraian, baik ibu maupun bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya semata-mata demi kepentingan si anak.¹⁹ Apabila perceraian terjadi antarasuami istri yang telah berketurunan, yang berhak mengasuh anak

¹⁷Ibnu Qasim, *Tausyih Ala Ibnu Qasim*, Surabaya, Al-Hidayah, TT, hlm. 234-235

¹⁸Musthafa Kamal Pasha, Chalil, Wahardjani, *Fiqih Islam*, Citra Karsa Mandiri: Jogjakarta, 2002, hlm. 304

¹⁹Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Kencana: Jakarta, 2004, hlm. 295

padadasarnya adalah istri, ibu anak-anak.²⁰ Ibu lebih berhak merawat anak dasarnya Al-Baqarah 233, Kandungan Hadits:

- 1) Ibu lebih berhak mengasuh anaknya selama anak berada dalam tarap diasuh dan selama ibu belum kawin lagi. Jika ibu kawin lagi, maka tidak ada hak untuk mengasuh anak lagi.
- 2) Ibu yang kawin lagi masih berhak mengasuh anaknya tanpa perselisihan ulama.²¹

Dalam urutan siapa pemegang hadanah ada beberapa pendapat, menurut yang dianut oleh kebanyakan ulama yaitu bila bertemu kerabat dari pihak ibu dan dari pihak ayah dan mereka semuanya memenuhi syarat yang ditentukan untuk melaksanakan hadanah. Maka urutan yang dianut oleh kebanyakan ulama adalah:

- 1) Ibu, ibunya ibu dan seterusnya ke atas, karena mereka menduduki kedudukan ibu, kemudian.
- 2) Ayah, ibunya ayah dan seterusnya ke atas, karena mereka menduduki tempatnya ayah.
- 3) Ibunya kakek melalui ibu, kemudian ibunya dan seterusnya ke atas.
- 4) Ibunya kakek melalui ayah, dan seterusnya ke atas.
- 5) Saudara-saudara perempuan ibu.
- 6) Saudara-saudara perempuan dari ayah.

²⁰Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam disertai Perbandingan dengan Undang Undang Perkawinan No.1 Tahun 1974*, Gadjah Mada University Press: Yogyakarta, 1989, hlm. 91.

²¹*Ibid*, hlm. 189.

KHI secara rinci mengatur tentang kekuasaan orang tua terhadap anak dengan mempergunakan istilah “pemeliharaan anak” di dalam Pasal 98 sampai dengan 112, dimana Pasal 107 sampai dengan pasal 112 khusus mengatur tentang perwalian. Pada KHI terdapat Pasal yang mengatur tentang hadanah diantaranya pada:

Pasal 98

- 1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- 2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan.
- 3) Pengadilan Agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orang tuanya tidak mampu.²²

Pasal 105

Dalam hal terjadinya perceraian:

- a) Pemeliharaan anak yang belum mumayiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;

²²UU Kompilasi Hukum Islam. Lihat Juga Adib Bahari, *Prosedur Gugatan Cerai+Pembagian Harta Gono Gini+ Hak Asuh Anak*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta, 2012, hlm.166.

- b) Pemeliharaan anak yang sudah mumayiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharanya;
- c) Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya

Dalam Kompilasi Hukum Islam juga dijelaskan mengenai urutanurutan siapa saja yang berhak mengasuh anak, yaitu dalam pasal 156 huruf (a):

Anak yang belum mumayiz berhak mendapatkan hadanah dari ibunya, kecuali jika ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:

- 1) Wanita – wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu
- 2) Ayah
- 3) Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah
- 4) Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan
- 5) Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu
- 6) Wanita- wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.²³

Jika para wali sudah tidak ada atau ada tetapi ada suatu alasan yang mencegah untuk melakukan tugas hadanah ini, maka berpindahlah ia ke tangan kerabat lainnya yang lebih dekat. Jika sudah tidak ada satupun kerabatnya, maka Pengadilan (Hakim) bertanggung jawab untuk menetapkan siapakah orang yang patut menangani hadanah ini.²⁴

²³*Instruksi Presiden No.1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.*

²⁴Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, Kencana: Jakarta, 2006, hlm.

KHI mengatur tentang kekuasaan orang tua terhadap anak pasca perceraian dengan kriteria 12 tahun, karena usia ini anak dianggap telah akil balig. Berdasarkan kriteria 12 tahun ini, maka anak yang belum memasuki usia 12 tahun akan berada dibawah kekuasaan ibunya. Setelah melewati usia 12 tahun, anak diperbolehkan menentukan pilihan sendiri, apakah ikut ibu atau ayah. Namun demikian angka 12 tahun ini bukan angka mati berdasarkan kriteria manfaat atau madarat.

Berdasarkan ketentuan yang terdapat di dalam KHI maka dalam konteks kekuasaan orang tua terhadap anak pasca perceraian adalah kekuasaan orang tua pasca perceraian terhadap anak pada dasarnya merupakan tanggung jawab dan kewajiban orang tua secara bersama-sama dengan mendidik dan memelihara anak, dengan ketentuan anak yang belum mumayyiz atau belum berusia 12 tahun berada dalam kekuasaan ibunya.

Kekuasaan orang tua pasca perceraian terhadap anak dapat diinvestasikan oleh Pengadilan Agama, dan Pengadilan Agama dapat memutuskan kepada siapa kekuasaan orang tua terhadap anak dijatuhkan. Pengadilan Agama di dalam memutuskan perkara, sematamata akan mendahulukan pada jaminan kepentingan anak.

Disinilah urgensi penelitian ditemukan yaitu pada level apakah setiap anak yang belum mumayyiz diserahkan kepada ibunya untuk hak asuhnya? Jika mengacu pada perspektif KHI maka hal tersebut mutlak dilakukan oleh seorang hakim. Faktanya banyak putusan hakim yang tidak menuruti undang-undang

tersebut. Artinya ada putusan hakim kecenderungannya memutus hak anak yang belum mumayyiz pada ayahnya dengan alasan kondisi yang tidak memungkinkan jika diasuh oleh ibunya. Hal ini mengisyaratkan bahwa perlu peninjauan ulang terhadap pasal-pasal tersebut.

Mengacu pada Undang- Undang No.23 Tahun 2002 bahwa Perlindungan anak merupakan perwujudan adanya keadilan dalam suatu masyarakat, dengan demikian perlindungan anak diusahakan dalam berbagai bidang kehidupan bernegara dan bermasyarakat. Kegiatan perlindungan anak membawa akibat hukum, baik kaitannya dengan hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis. Menurut Arif Gosita kepastian hukum diusahakan demi kelangsungan kegiatan perlindungan anak dan mencegah penyelewengan yang membawa akibat negatif yang tidak diinginkan dalam pelaksanaan perlindungan.²⁵ Dalam UU.No. 23 Tahun 2002 tentang perlindungan anak disebutkan:

Pasal 1

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.

²⁵Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak; Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak di Indonesia*, Refika Aditama: Bandung, 2006, hlm. 33.

Pasal 8

Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan social sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual, dan sosial.

Pasal 13

Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain mana pun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan:

- a) Diskriminasi;
- b) Eksploitasi, baik ekonomi maupu seksual;
- c) Penelantaran;
- d) Kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan;
- e) Ketidakadilan; dan
- f) Perlakuan salah lainnya.

Pasal16

- 1) Setiap anak berhak memperoleh perlindungan dari sasaranpenganiayaan, penyiksaan, atau penjatuhan hukuman yang tidak manusiawi.
- 2) Setiap anak berhak untuk memperoleh kebebasan sesuai dengan hukum.
- 3) Penangkapan, penahanan, atau tindal pidana penjara anak hanya dilakukan apabila sesuai dengan hukum yang berlaku dan hanya dapat dilakukan sebagai upaya terakhir.

Pasal 26

- 1) Mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak

- 2) Menumbuh kembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat dan minatnya.
- 3) Mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak

Berdasarkan UU. No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak juga disebutkan hak dan kewajiban anak, dalam Undang-undang ini perlindungan anak sangat lebih diutamakan, dimana hal ini tetap harus dilakukan meskipun diantara ibu atau ayahnya yang bersengketa salah satunya berkeyakinan di luar Islam, atau diantara mereka berlainan bangsa, namun dalam memutuskan terhadap pilihan anak tersebut harus melihat untuk kemaslahatan anak tersebut yang dalam hal ini bukan hanya kemaslahatan dunianya saja tetapi juga adalah akhir dari dunia ini yaitu akhiratnya.

Pasal 14 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang menyatakan: “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”. Dalam penjelesannya ditegaskan bahwa, “Pemisahan yang dimaksud dalam ketentuan ini tidak menghilangkan hubungan anak dengan orang tuanya”. Jadi, meskipun sudah ada ketentuan hukumnya yang menyatakan salah satu orang tua sebagai pemegang “kuasa asuh anak”, tetap tidak ada alasan untuk melarang orang tua lain bertemu dengan anaknya.²⁶

²⁶Adib Bahari, *Prosedur Gugatan Cerai+Pembagian Harta Gono Gini+ Hak Asuh Anak*, Pustaka Yustisia: Yogyakarta, 2012, hlm. 166.

Sedangkan menurut UU Perkawinan, bahwa kewajiban orang tua terhadap anaknya pada dasarnya terbagi kepada 2 bagian yaitu pemeliharaan dan pendidikan. Kewajiban ini berlaku terus sampai anak tersebut kawin atau dapat berdiri sendiri walaupun perkawinan antara kedua orang tua itu telah putus.

Sebagai landasan Hukum tentang kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak-anak tersebut di dalam UU Perkawinan Pasal 45 ayat (1) dan (2) di jelaskan tentang hak dan kewajiban antara orang tua dan anak:

- 1) Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.
- 2) Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.

Dalam Pasal 41 UU Perkawinan 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 keputusannya.
- b) Bapak bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataan 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 sesuatu kewajiban bagi bekas istri.

Pasal 49 ayat (2) UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yakni: “Meskipun orang tua dicabut kekuasaannya, mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak tersebut”.

Menurut UU Perkawinan, bahwa kewajiban orang tua terhadap anaknya pada dasarnya terbagi kepada 2 bagian, yaitu pemeliharaan dan pendidikan. Kewajiban ini berlaku terus sampai anak tersebut kawin atau dapat berdiri sendiri walaupun perkawinan antara kedua orang tua itu telah putus. yakni:

- 1) Dasar Kewajiban Pemeliharaan Anak Sebagai landasan Hukum tentang kewajiban orang tua untuk memelihara dan mendidik anak-anak tersebut di dalam UU Perkawinan pasal 45 pasal 1 dan 2.
- 2) Tujuan pemeliharaan anak, Kewajiban orang tua memelihara dan mendidik anak-anaknya adalah semata-mata berdasarkan kepentingan anak. Hal ini dilaksanakan demi untuk mempersiapkan masa depan anak, agar mempunyai kemampuan dalam hidup setelah lepas dari kekuasaan orang tua.

Adapun orang yang berhak melakukan pemeliharaan anak Dalam pasal 41 (a) UU Perkawinan adalah Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anakanak, Pengadilan memberi keputusan.

Pengadilanlah yang harus memilih dan menetapkan siapa di antara kedua orang tua yang sama-sama berhak akan melaksanakan pemeliharaan, untuk itu Pengadilan harus memeriksa dengan teliti siapakah di antara mereka yang lebih baik mengurus kepentingan anak.²⁷

Di sisi lain, Apabila mengacu kepada ketentuan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan dalam hal terjadinya perceraian: Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (duabelas) tahun adalah hak ibunya. Persoalan ini tentunya harus diperhatikan dengan seksama mengingat pasal tersebut sudah tidak relevan dengan konteks kekinian. Artinya pengasuhan anak yang belum *mumayyiz* harusnya berbasis pada keadilan.

Dalam konteks ini pasal tersebut harus dirubah, mengingat Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Jadi Hakim harus mempertimbangkan sungguh-sungguh apakah si ibu layak mendapatkan hak untuk mengasuh anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (dua belas) tahun.

Dengan demikian hal ini mengindikasikan bahwa sang ibu tidak mendapat hak pemeliharaan (*hadhanah*) terhadap anak, karena beberapa hal seperti

²⁷M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, Zahir Trading: Medan, 1975, hlm. 159.

Berkelakuan buruk, seperti pemabuk, penjudi, pecandu narkoba, penganiayaan. Sebagai contoh putusan Nomor 0854/Pdt.G/2013/PA BJM.²⁸

Dalam putusan tersebut dijelaskan bahwa anak yang lahir dari perkawinan bernama M. Rasya Andira, umur 6 tahun, masih dibawah umur dan memerlukan kasih sayang serta bimbingan, disebabkan perilaku dan moral ibunya, sehingga agar perkembangan jiwa anak tersebut tumbuh dengan baik, maka lebih terjamin diasuh oleh ayahnya.

Pertimbangan hakim dalam memutuskan hak asuh anak yang jatuh kepada ayahnya tentunya dengan beberapa pertimbangan, seperti:

- a) Ibunya sering menjalin hubungan dengan laki-laki lain (selingkuh)
- b) Ibunya terlalu keras terhadap anak
- c) Ibunya sering ke diskotik
- d) Ibunya sering mabuk-mabukan
- e) Ibunya sering memakai obat-obatan terlarang.

Dengan demikian, Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan dalam hal terjadinya perceraian: Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (duabelas) tahun adalah hak ibunya perlu direkonstruksi dengan berbasis keadilan dan kontekstual. Atas dasar itulah penulis tertarik untuk membahasnya lebih mendalam berkaitan dengan masalah ini dengan judul: REKONSTRUKSI HAK ASUH ANAK YANG BELUM MUMAYYIZ YANG BERBASIS NILAI KEADILAN (Studi Pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan)

²⁸Pengadilan Agama Banjarmasin putusan nomor 0854/Pdt.G/2013/PA BJM

B. Rumusan Masalah

Rumusan masalah dalam penelitian disertasi ini yang akan diteliti oleh promovendus dengan bertolak dari latar-belakang permasalahan tersebut di atas, sebagai berikut:

- 1) Bagaimana Penerapan hak asuh anak yang belum mumayyiz saat ini?
- 2) Apa kelemahan-kelamahan hak asuh anak yang belum mumayyiz saat ini?
- 3) Bagaimana konstruksi hukum hak asuh anak yang belum mumayyiz berbasis nilai keadilan?

C. Tujuan Penelitian

Berdasarkan uraian latar belakang permasalahan dari rumusan permasalahan tersebut di atas, maka tujuan penelitian disertasi ini sebagai berikut:

- 1) Untuk menganalisis Penerapan hak asuh anak yang belum mumayyiz saat ini.
- 2) Untuk menganalisis dan menemukan kelemahan-kelamahan hak asuh anak yang belum mumayyiz saat ini
- 3) Untuk menganalisis dan konstruksi hukum hak asuh anak yang belum mumayyiz berbasis nilai keadilan.

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis ataupun secara praktis sebagai berikut:

1. Manfaat Teoritis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat menghasilkan teori baru tentang hak asuh anak yang berbasis pada kepentingan anak, khususnya bagi anak yang belum mummayyiz. Bermanfaat sebagai bahan acuan, maupun referensi dibidang ilmu hukum, di kalangan akademisi dan masyarakat, sekaligus dapat dijadikan perbandingan bagi penelitian-penelitian yang sejenisnya.

2. Manfaat Praktis

- a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi yang positif sebagai masukan, sekaligus sebagai petunjuk dalam hak asuh anak dan dapat dijadikan sebagai bahan evaluasi bagi para hakim, instansi terkait atau pemerintah. Dalam konteks ini, hasil penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan informasi dalam peningkatan pengetahuan, pemahaman bagi aparat penegak hukum, dan instansi terkait dalam hak asuh anak.
- b. Diharapkan dapat mejadi bahan pertimbangan bagi berbagai pihak untuk melakukan kerjasama khususnya dalam memutuskan sengketa anak.

E. Kerangka Konseptual

1. Konsep Rekonstruksi

Reconstruction merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.²⁹ rekonstruksi itu mencakup tiga poin penting, yaitu pertama, memelihara inti bangunan asal

²⁹James P. Chaplin, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada: Jakarta, 1997, hlm. 421.

dengan tetap menjaga watak dan karakteristiknya. Kedua, memperbaiki hal-hal yang telah runtuh dan memperkuat kembali sendi-sendi yang telah lemah. Ketiga, memasukkan beberapa pembaharuan tanpa mengubah watak dan karakteristik aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa pembaharuan bukanlah menampilkan sesuatu yang benar-benar baru, namun lebih tepatnya merekonstruksi kembali kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.³⁰

Pembaharuan atau rekonstruksi secara terminologi memiliki berbagai macam pengertian, dalam perencanaan pembangunan nasional sering dikenal dengan istilah rekonstruksi. Rekonstruksi memiliki arti bahwa “re” berarti pembaharuan sedangkan “konstruksi” sebagaimana penjelasan diatas memiliki arti suatu system atau bentuk. Beberapa pakar mendefinisikan rekontruksi dalam berbagai interpretasi B.N Marbun mendefinisikan secara sederhana penyusunan atau penggambaran kembali dari bahan-bahan yang ada dan disusun kembali sebagaimana adanya atau kejadian semula.³¹

Reconstruction merupakan penafsiran data psikoanalitis sedemikian rupa, untuk menjelaskan perkembangan pribadi yang telah terjadi, beserta makna materinya yang sekarang ada bagi individu yang bersangkutan.³²

Rekonstruksionisme adalah salah satu aliran dalam filsafat pendidikan yang bercirikan radikal. Bagi aliran ini persoalan-persoalan pendidikan dan

³⁰ Yusuf Qardhawi dalam *Problematika Rekonstruksi Ushul Fiqih*, Al-Fiqh Al-Islâmî bayn Al-Ashâlah wa At-Tajdîd, Tasikmalaya, 2014.

³¹ B.N. Marbun, *Kamus Politik*, Pustaka Sinar Harapan: Jakarta, 1996, hlm. 469.

³² James P. Chaplin, *Kamus Lengkap Psikologi*, Raja Grafindo Persada: Jakarta 1997, hlm. 421.

kebudayaan dilihat jauh kedepan dan bila perlu diusahakan terbentuknya tata peradaban yang baru.³³

Rekonstruksi yang berarti membangun atau pengembalian kembali sesuatu berdasarkan kejadian semula, dimana dalam rekonstruksi tersebut terkandung nilai – nilai primer yang harus tetap ada dalam aktifitas membangun kembali sesuatu sesuai dengan kondisi semula. Untuk kepentingan pembangunan kembali sesuatu, apakah itu peristiwa, fenomena-fenomena sejarah masa lalu, hingga pada konsepsi pemikiran yang telah dikeluarkan oleh pemikira-pemikir terdahulu, kewajiban para rekonstruktor adalah melihat pada segala sisi, agar kemudian sesuatu yang coba dibangun kembali sesuai dengan keadaan yang sebenarnya dan terhindar pada subjektifitas yang berlebihan, dimana nantinya dapat mengaburkan substansi dari sesuatu yang ingin kita bangun tersebut.

Yusuf Qardhawi menjelaskan rekonstruksi itu mencakup tiga poin penting, yaitu pertama, memelihara inti bangunan asal dengan tetap menjaga watak dan karakteristiknya. Kedua, memperbaiki hal-hal yang telah runtuh dan memperkuat kembali sendi-sendi yang telah lemah. Ketiga, memasukkan beberapa pembaharuan tanpa mengubah watak dan karakteristik aslinya. Dari sini dapat dipahami bahwa pembaharuan bukanlah menampilkan sesuatu yang

³³Ali Mudhofir, *Kamus Teori dan Aliran dalam Filsafat dan Teologi*, Gajahmada University Press: Yogyakarta, 1996, hlm. 213.

benar-benar baru, namun lebih tepatnya merekonstruksi kembali kemudian menerapkannya dengan realita saat ini.³⁴

2. Konsep Hukum Islam

Hukum adalah himpunan petunjuk hidup (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengatur tata tertib dalam sesuatu masyarakat, dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan, oleh karena pelanggaran petunjuk hidup tersebut dapat menimbulkan tindakan dari pihak pemerintah masyarakat itu.³⁵ Menurut Siti Musdah Mulia, hukum adalah aturan-aturan normatif yang mengatur pola perilaku manusia. Hukum tidak tumbuh di ruang vakum (kosong), melainkan tumbuh dari kesadaran masyarakat yang membutuhkan adanya suatu aturan bersama.³⁶ Sedangkan hukum Islam oleh TM. Hasbi Ash Shiddieqy sebagaimana dikutip oleh Ismail Muhammad Syah dirumuskan sebagai koleksi daya upaya para ahli hukum untuk menerapkan syari'at atas kebutuhan masyarakat.³⁷

Hukum Islam adalah sistem hukum yang bersumber dari wahyu agama, sehingga istilah hukum Islam mencerminkan konsep yang jauh berbeda jika dibandingkan dengan konsep, sifat dan fungsi hukum biasa. Seperti lazim diartikan agama adalah suasana spiritual dari kemanusiaan yang

³⁴ Yusuf Qardhawi dalam *Problematika Rekonstruksi Ushul Fiqih*, Al-Fiqh Al-Islâmî bayn Al-Ashâlah wa At-Tajdîd, Tasikmalaya, 2014.

³⁵ 17E. Utrecht, Pengantar dalam Hukum Indonesia, Balai Buku Ihtiar: Jakarta, 1966, hal 13.

³⁶ Siti Musdah Mulia, "Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia", dalam Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus AF (Editor), *Islam Negara dan Civil Society*, Paramadina: Jakarta, 2005, hlm. 302.

³⁷ Ismail Muhammad Syah, *Filsafat Hukum Islam*, BUMI Aksara, Jakarta, 1992, hlm. 19

lebih tinggi dan tidak bisa disamakan dengan hukum. Sebab hukum dalam pengertian biasa hanya menyangkut soal keduniaan semata.³⁸

Tujuan hukum Islam pada dasarnya adalah kemaslahatan manusia, sehingga hukum Islam mencoba menegakkan maslahat dan mencegah mafsadat.³⁹ Untuk mendapatkan kehidupan yang lebih baik di dunia dan di akhirat. Karena itu, memahami hukum Islam tidak hanya didasarkan pada makna literalnya saja tapi pengkajian dan pengembangan hukum secara normatif sebagai cara mewujudkan keadilan hukum yang dapat diterapkan di tengah-tengah masyarakat merupakan hal yang sangat penting sebagai wahana pembinaan dan pengembangan hukum nasional di Indonesia.

3. Kompilasi Hukum Islam

Kompilasi Hukum Islam terbentuk dengan cara menghimpun dan menseleksi berbagai pendapat fiqh mengenai persoalan kewarisan, perkawinan dan perwakafan dari kitab-kitab fiqh yang berjumlah 38 kitab.⁴⁰

Kompilasi Hukum Islam adalah salah satu kajian ilmu hukum dalam Islam yang perlu untuk dibahas. Negara Indonesia sebagai negara hukum yang mayoritas penduduknya beragama Islam adalah merupakan realitas sosial, karena itu sangat relevan apabila hukum Islam dijadikan sumber rujukan

³⁸Said Ramadan, *Islamic Law, It's Scope and Equity*, alih bahasa Badri Saleh dengan judul Keunikan dan Keistimewaan Hukum Islam, Firdaus: Jakarta, 1991, hlm. 7.

³⁹ T.M.Hasbi Ash-Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1975, hlm. 177.

⁴⁰Marzuki Wahid & Rumadi, *Fiqh Madzab Negara*, LKIS: Yogyakarta, 2001, hlm.155

dalam pembentukan hukum-hukum nasional, maka peranan ulama dan ilmuwan terhadap Islam sangat diperlukan.⁴¹

Kompilasi Hukum Islam adalah rangkuman dari berbagai pendapat hukum yang diambil dari berbagai kitab yang ditulis oleh para ulama fikih yang biasa dipergunakan sebagai referensi pada Pengadilan Agama untuk diolah dan dikembangkan serta dihimpun ke dalam satu himpunan.⁴²

Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah himpunan ketentuan hukum Islam yang dituliskan dan disusun secara teratur. KHI bukanlah peraturan perundang-undangan, bukan hukum tertulis meskipun ia dituliskan, bukan undang-undang, bukan peraturan pemerintah, bukan keputusan presiden, dan seterusnya. KHI menunjukkan adanya hukum tidak tertulis yang hidup secara nyata dalam kehidupan sehari-hari sebagian besar rakyat Indonesia yang beragama Islam untuk menelusuri norma-norma hukum bersangkutan apabila diperlukannya.⁴³

Latar belakang penyusunan Kompilasi Hukum Islam didasarkan pada konsideran Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama tanggal 21 Maret 1985 No. 07/KMA/1985 dan No. 25 Tahun 1985 tentang Penunjukan Pelaksanaan Proyek Pembangunan Hukum Islam melalui

⁴¹ Taufiq Adnan Amal, *Islam dan Tantangan Modernitas*, Mizan, Bandung, 1990, hlm. 16.

⁴² Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Akademika Pressindo: Jakarta, 1992, hlm. 5-8

⁴³ Hamid S. Attamimi, *Kedudukan Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, dalam Amrullah Ahmad, Gema Insani Press: Jakarta, 1996, hlm. 152.

yurisprudensi atau yang lebih dikenal sebagai proyek Kompilasi Hukum Islam. Ada dua pertimbangan mengapa proyek ini diadakan:

- 1) bahwa sesuai dengan fungsi pengaturan Mahkamah Agung Republik Indonesia terhadap jalannya peradilan di semua lingkungan peradilan di Indonesia, khususnya di lingkungan Peradilan Agama, perlu mengadakan Kompilasi Hukum Islam yang selama ini menjadi hukum positif di Pengadilan Agama;
- 2) Guna mencapai maksud tersebut, demi meningkatkan kelancaran pelaksanaan tugas, sinkronisasi, dan tertib administrasi dalam proyek pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi, dipandang perlu membentuk suatu tim proyek yang susunannya terdiri dari para pejabat Mahkamah Agung dan Departemen Agama Republik Indonesia.⁴⁴

Gagasan untuk mengadakan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia pertama kali diumumkan oleh Menteri Agama RI, Munawir Syadzali pada bulan Pebruari 1985 di depan pada mahasiswa IAIN Sunan Ampel Surabaya. Ide Kompilasi Hukum Islam timbul setelah berjalan dua setengah tahun Mahkamah Agung (MA) membina bidang teknik yustisial Peradilan Agama. Tugas pembinaan ini berdasar pada UU No.14 Tahun 1970 yang menentukan bahwa pengaturan personalia, keuangan, dan organisasi pengadilan-pengadilan yang ada diserahkan kepada departemen masing-masing. Meskipun undang-undang tersebut ditetapkan tahun 1970, akan tetapi

⁴⁴ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, Op. Cit.*, hlm. 15

pelaksanaannya di lingkungan peradilan Agama dilakukan pada tahun 1982 setelah ditandatanganinya Surat Keputusan Bersama (SKB) oleh Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama.⁴⁵

4. Konsep Anak Belum Mumayyiz dalam Islam

Di dalam konteks sosial penetapan terhadap kedudukan anak(keturunan) merupakan salah satu kewajiban umat. Yang dimaksud agar tidak timbul kekacauan pada anggota masyarakat dalam upaya memperjuangkan, menuntut dan menjalankan serta melaksanakan berbagai macam hak dan kewajiban.⁴⁶

Peringkat mumayyiz akan bermula apabila kanak-kanak telah cukup umur tujuh atau lapan tahun.⁴⁷ Oleh itu, kanak-kanak yang sudah mencapai tahap pemikiran tamyiz disebut sebagai kanak-kanak mumayyiz.⁴⁸ Mumayyiz adalah anak yg sudah mencapai usia dimana seorang anak sudah mulai bisa membedakan mana hal yang bermanfaat baginya dan mana hal yg membahayakan dirinya, sebagian ulama' menyatakan bahwa pd usia ni seorang anak memiliki kemampuan dlm otaknya untk bisa menggali arti dari suatu hal. Dalam kenyataannya, pd masa ni seorang anak msudah mampu untk melakukan beberapa hal secara mandiri, seperti makan sendiri, minum

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 32

⁴⁶ Abdul Razaq Husain, *Islam wa Tiflu*, Alih bahasa Azwir Butun, *Hak-hak Anak dalam Islam*, Fika Hati Aniska: Jakarta, 1992, hlm. 49

⁴⁷ Abu Dawud. *Sunan*. Kitab al-Salah. Bab Mata Yu'mar al-Ghulam bi al-Salah; al-Tirmidhiy. *Sunan*. Kitab al-Salah. Bab Ma Ja'a Mata Yu'mar al-Ghulam bi al-Salah.

⁴⁸ Muhammad Salam Madkur. 1976. *Usul al-Fiqh al-Islami*, Kaherah: Dar al-Nahdah, hlm. 81.

sendiri, dan lain lain. Umur tamyiz menurut mayoritas ulama' adlh 7 tahun, dan berakhir setelah sampai pada masa baligh.

Dalam hukum Islam, Anak yang *Mumayyiz* ialah yang sudah mencapai usia mengerti tentang akad transaksi secara keseluruhan dia mengerti maksud kata-kata yang diucapkannya, bahwa membeli itu menerima barang sedang menjual itu memberikan barang dan juga ia menegerti tentang rugi dan beruntung, biasanya usia anak itu sudah genap 7 (tujuh) tahun. Jadi kalau masih kurang dari tujuh maka anak itu hukumnya belum *Mumayyiz*, walaupun ia mengerti tentang istilah-istilah menjual dan membeli, sebaliknya kadang-kadang anak malahan sudah lebih tujuh tahun umurnya tetapi masih belum mengerti tentang jual beli dan sebagainya.⁴⁹

F. Kerangka Teori

1. *Grand Theory*

a. Teori Keadilan

Arti keadilan tidak begitu sulit karena terdapat beberapa perumusan sederhana yang dapat menjawab tentang pengertian keadilan. Namun untuk memahami tentang makna keadilan tidaklah semudah membaca teks pengertian tentang keadilan yang diberikan oleh para pakar, karena ketika berbicara tentang makna berarti sudah bergerak

⁴⁹Zakariya Ahmad Al-Barry, *Al-Ahkamul Aulad*, alih bahasa Chadidjah Nasution, *Hukum Anak-anak dalam Islam*, Bulan Bintang: Jakarta, 1997, hlm. 113

dalam tataran filosofis yang perlu perenungan secara mendalam sampai pada hakikat yang paling dalam.⁵⁰

Keadilan atau dalam bahasa Inggris, justice, merupakan bagian dari nilai (value) bersifat abstrak sehingga memiliki banyak arti dan konotasi. Apabila dilihat dari semenjak awal perkembangan peradaban manusia di dunia sampai saat ini, dari seluruh perjalanan sejarah keadilan, khususnya bagi dunia barat, keadilan sering berganti-ganti wajah secara periodik terbentuk berbagai rupa dari keadilan.⁵¹

Kata adil (al-'adl) berasal dari bahasa Arab, dan dijumpai dalam al-Qur'an, sebanyak 28 tempat yang secara etimologi bermakna pertengahan.⁵² Pengertian adil, dalam budaya Indonesia, berasal dari ajaran Islam. Kata ini adalah serapan dari kata Arab 'adl.⁵³ Secara etimologis, dalam Kamus Al-Munawwir, al'adl berarti perkara yang tengah-tengah.⁵⁴

Dengan demikian, adil berarti tidak berat sebelah, tidak memihak, atau menyamakan yang satu dengan yang lain (al-musâwah). Istilah lain dari al-'adl adalah al-qist, al-misl (sama bagian atau semisal). Secara terminologis, adil berarti mempersamakan sesuatu dengan yang lain, baik dari segi nilai maupun dari segi ukuran, sehingga sesuatu itu menjadi tidak

⁵⁰Angkasa, *Filsafat Hukum*, Universitas Jenderal Soedirman: Purwokerto 2010, hlm.105.

⁵¹Efran Helmi Juni. *Filsafat Hukum*, CV Pustaka Setia: Bandung, 2012, hlm. 397.

⁵²Muhammad Fu'ad Abd al-Baqiy, *Al-Mu'jam al-Mufahras li Alfaz Al-Qur'an al- Karim*, Dar al-Fikr: Beirut, 1981, hlm. 448 – 449.

⁵³M.Dawam Rahardjo, *Ensiklopedi Al-Qur'an: Tafsir Sosial Berdasarkan Konsep- Konsep Kunci*, Paramadina: Jakarta, 2002, hlm. 369.

⁵⁴Ahmad Warson Al-Munawwir, *Kamus Al-Munawwir Arab-Indonesia Terlengkap*, Pustaka Progressif: Yogyakarta, 1997, hlm. 906.

berat sebelah dan tidak berbeda satu sama lain. Adil juga berarti berpihak atau berpegang kepada kebenaran.⁵⁵

Keadilan adalah meletakkan sesuatu pada tempat yang sebenarnya atau menempatkan sesuatu pada proporsinya yang tepat dan memberikan kepada seseorang sesuatu yang menjadi haknya.⁵⁶

Dua rumusan tentang keadilan: Pertama, pandangan bahwa yang dimaksudkan dengan keadilan itu ialah keserasian antara penggunaan hak dan pelaksanaan kewajiban selaras dengan dalil ‚neraca hukum‘ yakni ‚takaran hak dan kewajiban‘. Kedua, pandangan para ahli hukum yang pada dasarnya merumuskan bahwa keadilan itu adalah keserasian antara kepastian hukum dan kesebandingan hukum.⁵⁷

Keserasian antara penggunaan hak dan pelaksanaannya berdasarkan dalil takaran hak adalah kewajiban:

- 1) Hak setiap orang itu besar kecilnya tergantung pada atau selaras dengan besar kecil kewajibannya.
- 2) Dalam keadaan yang wajar, tidaklah benar kalau seseorang dapat memperoleh haknya secara tidak selaras dengan kewajibannya atau tidak pula selaras kalau seseorang itu dibebankan kewajiban yang tidak selaras dengan haknya

⁵⁵Abdual Aziz Dahlan, *et. all*, (editor), *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 2, PT Ichtiar Baru Van Hoeve: Jakarta, 1997, hlm. 25

⁵⁶Ahmad Azhar Basyir, *Negara dan Pemerintahan dalam Islam*, UII Pres: Yogyakarta, 2000, hlm. 30.

⁵⁷A. Ridwan Halim, *Pengantar Ilmu Hukum Dalam Tanya Jawab*, Ghalia Indonesia: Jakarta 2005, hlm. 176.

3) Tiada seorangpun dapat memperoleh haknya tanpa ia melaksanakan kewajibannya, baik sebelum maupun sesudahnya, dan dengan demikian pula sebaliknya tiada seorangpun yang dapat dibebankan kewajibannya tanpa ia memperoleh haknya, baik sebelum maupun sesudahnya. Misalnya setiap pemilik benda atau pemegang hak milik atas suatu benda harus membayar pajak kekayaannya atas benda miliknya itu dalam jumlah tertentu yang ditentukan menurut harga atau nilai bendanya tersebut. Semakin mahal harga atau nilai benda tersebut, maka semakin mahal pula pajak yang harus dibayar oleh pemiliknya dan demikian pula sebaliknya. Demikian juga halnya upah seorang pegawai tentunya diselaraskan dengan berat ringan pekerjaannya.⁵⁸

b. Keadilan Hukum dalam Islam

Murtadha Muthahhari mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal; *pertama*, adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya dan bukan dengan kadar yang sama. Keseimbangan sosial mengharuskan kita melihat neraca kebutuhan dengan pandangan yang relatif melalui penentuan keseimbangan yang relevan dengan

⁵⁸*Ibid*, hlm. 177.

menerapkan potensi yang semestinya terhadap keseimbangan tersebut. Al-Qur'an Surat ar-Rahman 55:7 diterjemahkan bahwa: “Allah meninggikan langit dan dia meletakkan neraca (keadilan)”.⁵⁹

Hukum adalah himpunan petunjuk hidup (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengatur tata tertib dalam sesuatu masyarakat, dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat yang bersangkutan, oleh karena pelanggaran petunjuk hidup tersebut dapat menimbulkan tindakan dari pihak pemerintah masyarakat itu.⁶⁰ Menurut Siti Musdah Mulia, hukum adalah aturan-aturan normatif yang mengatur pola perilaku manusia. Hukum tidak tumbuh di ruang vakum (kosong), melainkan tumbuh dari kesadaran masyarakat yang membutuhkan adanya suatu aturan bersama.⁶¹ Sedangkan hukum Islam oleh TM.Hasbi Ash Shiddieqy sebagaimana dikutip oleh Ismail Muhammad Syah dirumuskan sebagai koleksi daya upaya para ahli hukum untuk menerapkan syari'at atas kebutuhan masyarakat.⁶²

Dalam kaitannya dengan aspek hukum, bahwa keadilan hukum Islam bersumber dari Tuhan yang Maha Adil, karena pada hakikatnya Allah-lah yang menegakkan keadilan (*quiman bilqisth*), maka harus

⁵⁹ Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi: Azas Pandangan Dunia Islam*, Mizan: Bandung 1995, hlm 53-58.

⁶⁰E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, Balai Buku Ihtiar: Jakarta, 1966, hlm. 13.

⁶¹Siti Musdah Mulia, “Pembaruan Hukum Keluarga Islam di Indonesia”, dalam Komaruddin Hidayat dan Ahmad Gaus AF (Editor), *Islam Negara dan Civil Society*, Paramadina: Jakarta, 2005, hlm. 302.

⁶²Ismail Muhammad Syah, *Filsafat Hukum Islam*, Bumi Aksara: Jakarta, 1992, hlm. 19

diyakini bahwa Allah tidak berlaku aniaya (zalim) kepada hamba-hamba-Nya (Q.S. 10/Yunus: 449). Oleh karena itu setiap perbuatan manusia akan dipertanggungjawabkan kepada-Nya pada hari keadilan (Q.S. 4/al-Nisa: 110). Adil dalam pengertian persamaan (*Equality*), yaitu persamaan dalam hak, tanpa membedakan siapa; dari mana orang yang akan diberikan sesuatu keputusan oleh orang yang diserahkan menegakkan keadilan, sebagaimana dimaksud firman Allah Q.S. 4/al-Nisaa': 58:

Ketegasan prinsip keadilan tersebut dijelaskan oleh salah satu ayat al-Qur'an Q.S. 57/al-Hadid:25.

Pada ayat itu, terdapat kata mizan (keadilan) dengan *hadid* (besi). Besi adalah suatu benda yang keras, dan dijadikan sebagai senjata. Demikian pula halnya hukum dan keadilan harus ditegakkan dengan cara apapun, jika perlu dengan paksa dan dengan kekerasan, agar yang bersalah atau yang batil harus menerima akibatnya berupa sanksi atau kenistaan, sedangkan yang benar atau yang hak dapat menerima haknya.⁶³

Penegakan keadilan secara adil dan merata tanpa pilih bulu adalah menjadi keharusan utama dalam bidang peradilan, walaupun berkaitan dengan diri sendiri, keluarga dekat, atau orang-orang yang

⁶³Muhammad Tahir Azhari, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Priode Negara Madinah dan Masa Kini*, Prenada Media: Jakarta, 2003, hlm. 117 – 124.

memiliki pengaruh atau kekuasaan, sebagaimana dikemukakan secara gambling dalam surat an-Nisa ayat 135.⁶⁴

Keadilan hukum dalam Islam tidak menyamakan hukuman di antara orang kuat dan orang lemah, tetapi memiliki persepsi lain yang belum pernah ada sebelumnya, dan tidak dapat disamakan dengan system hukum manapun sekarang ini, bahwa hukuman bisa menjadi lebih berat bila pelakunya orang besar, dan hukuman sesuai dengan tindakan pidana, maka haruslah hukuman itu menjadi lebih berat sesuai dengan kelas pelaku tindak pidana tersebut. Keadilan dalam hukum Islam membawa suatu prinsip yang belum pernah dikenal sebelumnya. Sebagian negaranegara di dunia sekarang tidak memberikan hukuman terhadap tindakan pidana yang dilakukan seorang kepala negara, karena hukum itu tidak mengandaikan terjadinya tindakan pidana dari seorang kepala negara. Para pembuat undang-undang menganggap pribadi kepala negara sebagai orang yang dilindungi dan tidak dapat disentuh oleh hukum.⁶⁵

Konsep model konstitusi Islam yang ideal yang mengatur hak dan kewajiban berdasarkan keadilan. Di antara isi konsep institusi itu adalah (1) setiap orang berhak mendapat perlindungan bagi kebebasan pribadinya. (2) setiap orang berhak memperoleh makanan, perumahan,

⁶⁴Didin Hafidhuddin, *Dakwah Aktual*, Gema Insani: Jakarta, 2000, hlm. 215

⁶⁵Abdurrachman Qadir, *Zakat Dalam Dimensi Mahdah dan Sosial*, Raja Grafindo Persada: Jakarta, 1998, hlm. 131 - 133

pakaian pendidikan dan perawatan medis. Negara harus mengambil semua langkah yang diperlukan untuk menyediakan fasilitas untuk itu sesuai dengan kemampuan. (3) setiap orang berhak mempunyai pikiran, mengemukakan pendapat dan kepercayaan selama ia masih berada dalam batas-batas yang ditetapkan oleh hukum. (4) semua orang sama kedudukannya dalam hukum. (5) semua orang dengan kemampuan yang sama berhak atas kesempatan yang sama, dan penghasilan yang sama atas pekerjaan yang sama, tanpa membedakan agama, etnis, asal-usul dan sebagainya (6) setiap orang dianggap tidak bersalah sampai akhirnya dinyatakan bersalah oleh pengadilan, dan beberapa hak dan kewajiban yang menyangkut beberapa aspek sosial, politik, ekonomi, pertahanan keamanan dan sebagainya.⁶⁶

Keadilan hukum menempatkan secara formal semua orang sama di hadapan hukum. Martabat dan kehormatan manusia dalam pandangan al- Qur'an adalah anugerah Allah SWT. Oleh karena itu, tidak ada satu kekuatan pun yang dapat merusakkan dan menghancurkannya, kecuali sesuai dengan ketentuan yang telah diberikan Allah. Berkaitan dengan materi hukum, keadilan yang diterapkan adalah keadilan berimbang.

Dalam bidang hukum pidana, asas keberimbangan ini terlihat pada sanksi yang diberikan kepada pelaku kejahatan. Semakin tinggi

⁶⁶*Ibid*, hlm. 133 – 134

kualitas kejahatan, semakin tinggi sanksi yang diberikan, dan semakin tinggi status sosial dan kedudukan seseorang dalam masyarakat, semakin berat hukuman yang dijatuhkan. Sementara itu, dalam bidang hukum perdata juga berlaku prinsip keadilan berimbang.

Prinsip-prinsip pembentukan hukum (prinsip-prinsip keadilan) bersifat etis, maka hukum sebagai keseluruhan mewajibkan secara batiniyah. Karena itu tujuan akhir hukum yang berupa keadilan harus dicapai melalui sebuah institusi legal dan independen dalam sebuah negara. Hal tersebut menunjukkan pentingnya mewujudkan keadilan bagi setiap warga negara (manusia) sebagai orientasi hukum. Salah satu sumbangan terbesar Islam kepada umat manusia adalah prinsip keadilan sosial dan pelaksanaannya dalam setiap aspek kehidupan manusia. Islam memberikan suatu aturan yang dapat dilaksanakan oleh semua orang yang beriman. Setiap anggota masyarakat didorong untuk memperbaiki kehidupan material masyarakat tanpa membedakan bentuk, keturunan dan jenis orangnya. Setiap orang dipandang sama untuk diberi kesempatan dalam mengembangkan seluruh potensi hidupnya.⁶⁷

2. *Middle Theory*

a. Konsep Maqasyid Syariah

⁶⁷Afzalur Rahman, *Doktrin Ekonomi Islam, jilid 1*, Terj. Soeroyo, Nastangin, PT Dana Bhakti Wakaf: Yogyakarta, 1995, hlm. 74.

1) Pengertian

Konsep maqashid al-Syari'ah sebenarnya telah dimulai dari masa Al-Juwaini yang terkenal dengan *Imum Haramain* dan oleh Imam al-Ghazali kemudian disusun secara sistimatis oleh seorang ahli ushul fikih bermadzhab Maliki dari Granada (Spanyol), yaitu Imam al-Syatibi (w. 790 H). Konsep itu ditulis dalam kitabnya yang terkenal, *al-Muwafaqat fi Ushul al-Ahkam*, khususnya pada juz II, yang beliau namakan kitab *al-Maqashid*. Menurut al-Syatibi, pada dasarnya syariat ditetapkan untuk mewujudkan kemaslahatan hamba (*mashalih al-'ibad*), baik di dunia maupun di akhirat. Kemaslahatan inilah, dalam pandangan beliau, menjadi *maqashid al-Syari'ah*. Dengan kata lain, penetapan syariat, baik secara keseluruhan (jumlahan) maupun secara rinci (tafshilan), didasarkan pada suatu *'Illat* (motif penetapan hukum), yaitu mewujudkan kemaslahatan hamba.⁶⁸

Secara bahasa maqashid merupakan bentuk jamak (plural) dari kata maqshad yang berarti tujuan. Adapun pengertian syariah adalah apa-apa yang telah ditetapkan dan dijelaskan oleh Allah kepada hamba-Nya baik yang berkaitan dengan masalah akidah dan hukum.⁶⁹ Secara bahasa Maqashid Syari'ah terdiri dari dua kata yaitu

⁶⁸Al- Syatiby, *al-Muwafaqat fi Ushul al- Syari'ah*, (Mustafa Muhammad, t.th.): Kairo, jilid II, hlm. 2-3.

⁶⁹Majma' Lughah al-Arabiyyah. *Mu'jam al-Wasith*, Maktabah Syuruq ad-Dauliyah: Mesir, Cet.4, 2004, hlm.509 dan 738

Maqashid dan *Syari'ah*. *Maqashid* berarti kesengajaan atau tujuan, *Maqashid* merupakan bentuk jama' dari *maqshud* yang berasal dari suku kata *Qashada* yang berarti menghendaki atau memaksudkan, *Maqashid* berarti hal-hal yang dikehendaki dan dimaksudkan.⁷⁰

Sedangkan *Syari'ah* secara bahasa berarti *المواضع تحدر الي الماء* artinya Jalan menuju sumber air, jalan menuju sumber air dapat juga diartikan berjalan menuju sumber kehidupan⁷¹

Wahbah Zuhaily menyebutkan *Maqashid syariah* adalah sejumlah makna atau sasaran yang hendak dicapai oleh syara' dalam semua atau sebagian besar kasus hukumnya. Atau ia adalah tujuan dari syari'at, atau rahasia di balik penancangan tiap-tiap hukum oleh *Syar'i* (pemegang otoritas syari'at, Allah dan Rasul-Nya).⁷²

2) Macam-Macam Maqasid al-Syariah

Beberapa ulama ushul telah mengumpulkan beberapa maksud yang umum dari mensyari'atkan hukum menjadi tiga kelompok, yaitu:

- 1) Syariat yang berhubungan dengan hal-hal yang bersifat kebutuhan primer manusia (*Maqashid al-Dharuriyat*)

Hal-hal yang bersifat kebutuhan primer manusia seperti yang telah kami uraikan adalah bertitik tolak kepada lima perkara,

⁷⁰ Ahmad Qorib, *Ushul Fikih 2*, PT. Nimas Multima: Jakarta, 1997, hlm. 170.

⁷¹ Ahmad Warson Munawwir, *Op. Cit*, hlm. 712.

⁷² Wahbah al-Zuhaylî, *Ushûl al-Fiqh al-Islâmî*, Dâr al-Fikr: Damaskus, 1998, juz II hlm. 1045.

yaitu: Agama, jiwa, akal, kehormatan (nasab), dan harta. Islam telah mensyariatkan bagi masing-masing lima perkara itu, hukum yang menjamin realisasinya dan pemeliharannya. lantaran dua jaminan hukum ini, terpenuhilah bagi manusia kebutuhan primernya.

a) Agama

Agama merupakan persatuan akidah, ibadah, hukum, dan undang-undang yang telah disyariatkan oleh Allah SWT untuk mengatur hubungan manusia dengan Tuhannya (hubungan vertikal), dan hubungan antara sesama manusia (hubungan horizontal). agama Islam juga merupakan nikmat Allah yang tertinggi dan sempurna seperti yang dinyatakan dalam Al-Qur'an surat al-Maidah : 3

”pada hari Ini Telah Kusempurnakan untuk kamu agamamu, dan Telah Ku-cukupkan kepadamu nikmat-Ku, dan Telah Ku-ridhai Islam itu jadi agama bagimu”.

Beragama merupakan kekhususan bagi manusia, merupakan kebutuhan utama yang harus dipenuhi karena agama lah yang dapat menyentuh nurani manusia. seperti perintah Allah agar kita tetap berusaha menegakkan agama, seperti firman-Nya dalam surat Asy-syura : 13.

Agama Islam juga harus dipelihara dari ancaman orang-orang yang tidak bertanggung jawab yang hendak meruska

akidahnya, ibadah-ibadah akhlaknya, atau yang akan mencampurkan kebenaran ajaran Islam dengan berbagai paham dan aliran yang batil. Walau begitu, agama Islam memberi perlindungan dan kebebasan bagi penganut agama lain untuk meyakini dan melaksanakan ibadah menurut agama yang diyakininya, orang-orang Islam tidak memaksa seseorang untuk memeluk agama Islam. Hal ini seperti yang telah ditegaskan Allah dalam firman-Nya dalam surat al-Baqarah : 256.

b) Memelihara Jiwa

Islam melarang pembunuhan dan pelaku pembunuhan diancam dengan hukuman Qisas (pembalasan yang seimbang), diyat (denda) dan kafarat (tebusan) sehingga dengan demikian diharapkan agar seseorang sebelum melakukan pembunuhan, berfikir secara matang terlebih dahulu, karena jika yang dibunuh mati, maka seseorang yang membunuh tersebut juga akan mati, atau jika yang dibunuh tersebut cedera, maka si pelakunya akan cedera yang seimbang dengan perbuatannya.

Banyak ayat yang menyebutkan tentang larangan membunuh, begitu pula hadis dari Nabi Muhammad, di antara ayat-ayat tersebut adalah:

- 1) Surat Al-Baqarah ayat 178-179
- 2) Surat al-an'am ayat 151

- 3) Surat Al-Isra' ayat 31
- 4) Surat Al-Isra' ayat 33
- 5) Surat An-Nisa ayat 92-93
- 6) Surat Al-Maidah ayat 32.

Berikut ini adalah salah satu contoh ayat yang melarang pembunuhan terjadi di dunia, yaitu surat Al-Isra' ayat 33

“Dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Allah (membunuhnya), melainkan dengan suatu (alasan) yang benar[853]. dan barangsiapa dibunuh secara zalim, Maka Sesungguhnya kami Telah memberi kekuasaan[854] kepada ahli warisnya, tetapi janganlah ahli waris itu melampaui batas dalam membunuh. Sesungguhnya ia adalah orang yang mendapat pertolongan”.

c) Memelihara Akal

Manusia adalah makhluk yang paling sempurna diantara seluruh makhluk ciptaan Allah yang lainnya. Allah telah menciptakan manusia dengan sebaik-baik bentuk, dan melengkapi bentuk itu dengan akal.

Untuk menjaga akal tersebut, Islam telah melarang minum Khomr (jenis minuman keras) dan setiap yang memabukkan dan menghukum orang yang meminumnya atau menggunakan jenis apa saja yang dapat merusak akal.

Begitu banyak ayat yang menyebutkan tentang kemuliaan orang yang berakal dan menggunakan akalnya tersebut dengan baik. Kita disuruh untuk memetik pelajaran

kepada seluruh hal yang ada di bumi ini, termasuk kepada binatang ternak, kurma, hingga lebah, seperti yang tertuang dalam surat An-Nahl ayat 66-69.

Dan Sesungguhnya pada binatang ternak itu benar-benar terdapat pelajaran bagi kamu. Kami memberimu minum dari pada apa yang berada dalam perutnya (berupa) susu yang bersih antara tahi dan darah, yang mudah ditelan bagi orang-orang yang meminumnya.

67. Dan dari buah korma dan anggur, kamu buat minuman yang memabukkan dan rezki yang baik. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda (kebesaran Allah) bagi orang yang memikirkan.

68. Dan Tuhanmu mewahyukan kepada lebah: "Buatlah sarang-sarang di bukit-bukit, di pohon-pohon kayu, dan di tempat-tempat yang dibikin manusia",

69. Kemudian makanlah dari tiap-tiap (macam) buah-buahan dan tempuhlah jalan Tuhanmu yang Telah dimudahkan (bagimu). dari perut lebah itu ke luar minuman (madu) yang bermacam-macam warnanya, di dalamnya terdapat obat yang menyembuhkan bagi manusia. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda (kebesaran Tuhan) bagi orang-orang yang memikirkan".

d) Memelihara Keturunan

Untuk memelihara keturunan, Islam telah mengatur pernikahan dan mengharamkan zina, menetapkan siapa-siapa yang tidak boleh dikawini, sebagaimana cara-cara perkawinan itu dilakukan dan syarat-syarat apa yang harus dipenuhi, sehingga perkawinan itu dianggap sah dan percampuran antara dua manusia yang berlainan jenis itu tidak dianggap zina dan anak-anak yang lahir dari hubungan itu dianggap sah dan menjadi keturunan sah dari ayahnya. Islam tak hanya melarang

zina, tapi juga melarang perbuatan-perbuatan dan apa saja yang dapat membawa pada zina.

e) Memelihara harta benda

Meskipun pada hakikatnya semua harta benda itu kepunyaan Allah, namun Islam juga mengakui hak pribadi seseorang. Oleh karena manusia sangat tamak kepada harta benda, dan mengusahakannya melalui jalan apapun, maka Islam mengatur supaya jangan sampai terjadi bentrokan antara satu sama lain. Untuk itu, Islam mensyariatkan peraturan-peraturan mengenai mu'amalat seperti jual beli, sewa menyewa, gadai menggadai dll⁷³

2) Syariat yang berhubungan dengan hal-hal yang bersifat kebutuhan sekunder manusia (Maqashid al-Hajiyat)

Hal-hal yang bersifat kebutuhan sekunder bagi manusia bertitik tolak kepada sesuatu yang dapat menghilangkan kesempitan manusia, meringankan beban yang menyulitkan mereka, dan memudahkan jalan-jalan muamalah dan mubadalah (tukar menukar bagi mereka). Islam telah benar-benar mensyariatkan sejumlah hukum dalam berbagai ibadah, muamalah, dan uqubah (pidana), yang dengan itu dimaksudkan menghilangkan kesempitan dan meringankan beban manusia.

⁷³ Ismail Muhammad Syah, *Filsafat Hukum Islam*, Bumi aksara: Jakarta, 1992, hlm 67-101

Dalam lapangan ibadah, Islam mensyariatkan beberapa hukum rukhsah (keringanan, kelapangan) untuk meringankan beban mukallaf apabila ada kesulitan dalam melaksanakan hukum azimah (kewajiban). contoh, diperbolehkannya berbuka puasa pada siang bulan ramadhan bagi orang yang sakit atau sedang bepergian.

Dalam lapangan muamalah, Islam mensyariatkan banyak macam akad (kontrak) dan urusan (tasharruf) yang menjadi kebutuhan manusia. seperti, jual beli, syirkah (perseroan), mudharabah (berniaga dengan harta orang lain) dll.

- 3) Syariat yang berhubungan dengan hal-hal yang bersifat kebutuhan pelengkap manusia (Maqashid al-Tahsini)

Dalam kepentingan-kepentingan manusia yang bersifat pelengkap ketika Islam mensyariatkan bersuci (thaharah), disana dianjurkan beberapa hal yang dapat menyempurnakannya. Ketika Islam menganjurkan perbuatan sunnat (tathawwu'), maka Islam menjadikan ketentuan yang di dalamnya sebagai sesuatu yang wajib baginya. Sehingga seorang mukallaf tidak membiasakan membatalkan amal yang dilaksanakannya sebelum sempurna .

Ketika Islam menganjurkan derma (infaq), dianjurkan agar infaq dari hasil bekerja yang halal. Maka jelaslah, bahwa tujuan dari setiap hukum yang disyariatkan adalah memelihara

kepentingan pokok manusia, atau kepentingan sekundernya atau kepentingan pelengkapya, atau menyempurnakan sesuatu yang memelihara salah satu diantara tiga kepentingan tersebut.⁷⁴

3) Unsur-Unsur yang Membentuk Maqashid Asy Syari'ah

Secara umum, tujuan-tujuan hukum dapat dikelompokkan menjadi dua kategori yang luas. Dalam sub kategori yang pertama, Syatibi membahas maksud Tuhan yang sebenarnya dalam menetapkan hukum, dalam hal ini untuk melindungi kemaslahatan manusia (baik yang berkenaan dengan duniawi maupun agama). Sepanjang yang diakui oleh prinsip-prinsip daruriyyat, hajjiyyat, tahsiniyyat. Dalam sub kategori yang kedua, Syatibi membicarakan tentang maksud Tuhan membuat syariat. Dengan demikian syariat mestilah dapat dipahami oleh orang awam dan tidak boleh dimengerti oleh kalangan tertentu. Jadi, tujuannya adalah agar orang-orang yang beriman dapat mengenali hukum Allah, karena jika mereka tidak mengerti bahasa yang digunakan oleh hukum itu, maka berarti mengabaikan hukum itu sendiri. Sub kategori yang ketiga cenderung mudah dipahami, dan pada sebagian besar dari tulisan bagian ini mengatakan bahwa dalam menurunkan hukumnya menghendaki agar umat Islam mematuhi peraturannya secara menyeluruh.

⁷⁴Abdul Wahab Khallaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam Abdul Wahab Khallaf*, Raja Grafindo Persada: Jakarta, 1996, hlm 333-343

Begitulah semestinya pelanggaran atas hukum secara sengaja dapat dijatuhkan hukuman sesuai dengan jenis pelanggarannya tersebut. Dapat pula dinyatakan bahwa ada perbuatan yang praktiknya melanggar hukum padahal niatnya tidak demikian. Tampak bahwa kehendak manusia dalam wacana Syatibi sejauh ini dijelaskan dengan menjadikan sufi sebagai contoh. Namun disini dia melanjutkan diskusi tentang siasat hukum (*biyal*) dalam hubungan yang erat, ataupun tidak, antara kehendak Tuhan dan keinginan manusia. Dan dijelaskan pula bahwa sasarannya kali ini berpindah dari kaum sufi kepada kelompok ahli fiqih yang dianggapnya telah bertindak berlebih-lebihan dalam menyepelkan hukum, barangkali dalam menyampaikan kritiknya pada para ahli fiqih tersebut. Ia berpendapat bahwa tujuan utama *biyal* adalah untuk mencegah berlakunya suatu hukum atau menggantinya dengan ketentuan yang lain agar tidak terjadi akibat yang tidak diinginkan oleh hukum.⁷⁵

4) Metode Penetapan Maqashid al Syari'ah

Ibnu Asyûr berpendapat bahwa sesuatu bisa dinyatakan secara spesifik sebagai tujuan dari syari'at melalui tiga cara penetapan yaitu:⁷⁶

⁷⁵Wael b Hallaq, *Sejarah Teori Hukum Islam*, Grafindo: Jakarta, 2000, hlm.267

⁷⁶Muhammad Thâhir bin 'Asyûr, *Maqâshid al-Syari'ah al-Islâmiyyah*, Dâr al-Nafâ'is: Amman, 2001, hlm. 190-194.

Pertama, penelusuran (*istiqra'*) terhadap hukum-hukum syari'at yang telah diketahui '*illat*-nya secara tekstual, atau melalui penggalian '*illat* melalui penalaran.

Kedua, dalil-dalil Al-Qur'an yang lugas sisi penunjukan tekstualnya dan secara tegas menentukan tujuan tertentu di balik pensyari'atan sebuah kasus hukum. *Ketiga*, *sunnah mutawatirah*.

Menurut Asy-Syathibi, ada tiga bentuk pemikiran mengenai bagaimana cara mengetahui tujuan dari syari'at (*maqashid syari'ah*) *Pertama*, bahwa *maqashid syari'ah* tidak bisa diketahui kecuali dukungan *nash sharih* yang menjelaskannya. Kesimpulan akhir dari pemikiran ini hanyalah mengarahkan *nash* atas sisi *dhahir*-nya saja. Ini adalah metode Madzhab *Dhahiriyah* yang hanya memandang makna *dhahir* dari *nash* untuk menentukan *maqashid syari'ah*.

Kedua: klaim bahwa *maqashid syari'ah* bukanlah apa yang tersurat atau tersirat dalam *nash*, namun hal lain di balik itu. Ini diberlakukan pada seluruh hukum syari'at, hingga tak tersisa sedikitpun sisi *dhahir* dari *nash* yang dapat dijadikan pegangan. Klaim ini hakikatnya adalah pembatalan syari'at, sebagaimana yang dikemukakan kalangan madzhab *Bathiniyyah*.

Ketiga, *maqashid syari'ah* bisa diketahui melalui dua pendekatan di atas secara moderat dan sinergis, yakni dengan

berpedoman pada sisi *dhahir* tanpa mengesampingkan makna atau hikmah tersembunyi di balik itu, atau sebaliknya, dengan menggali makna atau hikmah di balik pensyari'atan sebuah hukum tanpa bertentangan dengan sisi *dhahirnash*. Dan, inilah yang dijadikan pijakan oleh manyoritas ulama'.

Asy-Syathibi memberikan kesimpulan bahwa *maqashid syari'ah* bisa diketahui dengan tiga cara yaitu:

Pertama, cukup mengetahui dalil perintah atau larangan yang secara jelas, bahwa tujuan yang dikehendaki adalah kepatuhan dengan menjalankan perintah dan meninggalkan larangan.

Kedua; dengan memandang '*illat-'illat* dari perintah atau larangan, seperti pensyari'atan nikah yang bertujuan untuk memelihara keturunan.

Ketiga, bahwa dalam penerapan hukum syari'at, Syari' memiliki tujuan pokok (*maqashid ashliyyah*) dan tujuan pelengkap (*maqashid tabi'ah*), adakalanya tertera secara eksplisit, tersirat secara implisit, ataupun didapatkan dari hasil penelusuran (*istiqra'*) terhadap *nash*. Sehingga dapat disimpulkan bahwa setiap *maqashid* yang tidak tertera dalam *nash* namun tidak bertentangan dengan ketentuan di atas, adalah termasuk dalam *maqashid al syariah*.⁷⁷

⁷⁷ Abu Ishaq Ibrahim bin Musa bin Muhammad Allakhmy As Syatiby, *Kitab Al Muwafaqoot*, Dar Ibn Qayyim, 2003, hlm.

5) Peranan Maqashid Syari'ah dalam Pengembangan hukum

Pengetahuan tentang Maqashid Syari'ah, seperti ditegaskan oleh Abd al-Wahhab Khallaf, adalah hal sangat penting yang dapat dijadikan alat bantu untuk memahami redaksi al-Qur'an dan Sunnah, menyelesaikan dalil-dalil yang bertentangan dan yang sangat penting lagi adalah untuk menetapkan hukum terhadap kasus yang tidak tertampung oleh Al-Qur'an dan Sunnah secara kajian kebahasaan.⁷⁸

Metode istinbat, seperti qiyas, istihsan, dan maslahah mursalah adalah metode-metode pengembangan hukum Islam yang didasarkan atas Maqashid Syari'ah. Qiyas, misalnya, baru bisa dilaksanakan bilamana dapat ditemukan Maqashid Syari'ah-nya yang merupakan alasan logis ('illat) dari suatu hukum. Sebagai contoh, tentang kasus diharamkannya minuman khamar (QS. al-Maidah: 90). Dari hasil penelitian ulama ditemukan bahwa Maqashid Syari'ah dari diharamkannya minuman khamar ialah sifat memabukkannya yang merusak akal pikiran. Dengan demikian, yang menjadi alasan logis ('iilat) dari keharaman khamar adalah sifat memabukkannya, sedangkan khamar itu sendiri hanyalah sebagai salah satu contoh dari yang memabukkan.

Di bawah ini akan dijelaskan tentang metode-metode yang berdasarkan atas maqasyid syari'ah.

⁷⁸Satria Effendi, M. Zein. *Ushul fiqh*, Gramedia: Jakarta, 2004, hlm.237.

1) Istihsan

Secara harfiah, istihsan diartikan meminta berbuat kebaikan, yakni menghitung-hitung sesuatu dan menganggapnya kebaikan. Menurut al-Ghazali dalam kitabnya al-Mustashfa juz I: 137, “*istihsan* adalah menganggap sesuatu itu baik. Sedangkan menurut istilah ulama *ushul fiqh* ialah berpindahnya seseorang mujtahid dari hukum yang diketahui oleh *qiyas jali* (terang) kepada hukum yang dikehendaki oleh *qiyas khafi* (samar-samar), atau dari hukum *kulli* (meliputi) kepada hukum yang bersifat pengecualiaan, karena dalil yang zahir padahalnya yang menguatkan perpindahan itu.⁷⁹ *istihsan* diartikan meminta kebaikan, yakni menghitung-hitung sesuatu dan menganggapnya kebaikan.⁸⁰

Dari uraian pengertian tersebut, *istihsan* menurut ulama *ushul fiqh*, terbagi atas dua macam, yaitu mentarjihkan *qiyas khafi* (samar-samar) atas *qiyas jali* (nyata) berdasarkan suatu dalil dan mengecualikan hukum *juz-iyah* dari hukum *kulliyah* dengan suatu dalil.⁸¹

Mentarjihkan *qiyas khafi* atas *qiyas jali*. Artinya, pindah dari *qiyas jali* kepada *qiyas khafi*, karena ada dalil yang mengharuskan

⁷⁹Nazar Bakry, *Fiqh dan Ushul Fiqh*, PT. Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2003, hlm.234

⁸⁰Rachmat Syafe'i, *Op. Cit.*, hlm. 111

⁸¹Fathurrahman Azhari, *Sumber-sumber Hukum Islam*, IAIN Antasari: Banjarmasin, 1994, hlm.

pemindahan itu. Ulama Hanafiah menamakan *istihsan* semacam ini dengan *istihsan qiyas* atau *qiyas khafi*. Contohnya:

- a) Menurut Madzhab Hanafi: bila seorang mewaqafkan sebidang tanah pertanian, maka termasuk yang diwaqafkannya itu hak pengairan, hak membuat saluran air di atas tanah itu dan sebagainya. Hal ini ditetapkan berdasar *istihsan*. Menurut *qiyas jali* hak-hak tersebut tidak mungkin diperoleh, karena meng*qiyaskan* waqaf itu dengan jual beli. Pada jual beli yang penting ialah pemindahan hak milik dari penjual kepada pembeli. Bila waqaf di*qiyaskan* kepada jual beli, berarti yang penting ialah hak milik itu. Sedang menurut *istihsan* hak tersebut diperoleh dengan meng*qiyaskan* waqaf itu kepada sewa-menyewa. Pada sewa-menyewa yang penting ialah pemindahan hak memperoleh manfaat dari dari pemilik barang kepada penyewa barang. Demikian pula halnya dengan waqaf. Yang penting pada waqaf ialah agar barang yang diwaqafkan itu dapat dimanfaatkan. Sebidang sawah hanya dapat dimanfaatkan jika memperoleh pengairan yang baik. Jika waqaf itu di*qiyaskan* kepada jual beli (*qiyas jali*), maka tujuan waqaf tidak akan tercapai, karena pada jual beli yang diutamakan pemindahan hak milik. Karena itu perlu dicari asalnya yang lain, yaitu sewa-menyewa. Kedua peristiwa ini ada persamaan *'illatnya* yaitu mengutamakan manfaat barang atau

harta, tetapi *qiyasnya* adalah *qiyas khafi*. Karena ada suatu kepentingan, yaitu tercapainya tujuan waqaf, maka dilakukanlah perpindahan dari *qiyas jali* kepada *qiyas khafi*, yang disebut *istihsan*.

b) Menurut Madzhab Hanafi: sisa minuman burung buas, seperti sisa burung elang, burung gagak dan sebagainya adalah suci dan halal diminum. Hal ini ditetapkan dengan *istihsan*. Menurut *qiyas jali* sisa minuman binatang buas, seperti anjing dan burung-burung buas adalah haram diminum karena sisa minuman yang telah tercampur dengan air liur binatang itu di*qiyaskan* kepada dagingnya. Binatang buas itu langsung minum dengan mulutnya, sehingga air liurnya masuk ketempat minumnya. Menurut *qiyas khafi* bahwa burung buas itu berbeda mulutnya dengan mulut binatang buas. Mulut binatang buas terdiri daging yang haram dimakan, sedang mulut burung buas merupakan paruh yang terdiri atas tulang, tulang dan zat tanduk bukan merupakan najis. Karena itu sisa minum burung buas itu tidak bertemu dengan dagingnya yang haram dimakan, sebab diantara oleh paruhnya, demikianlah pula air liurnya. Dalam hal ini keadaan yang tertentu yang ada pada burung buas yang membedakannya dengan binatang buas. Berdasar keadaan inilah ditetapkan perpindahan dari *qiyas jali* kepada *qiyas khafi*, yang disebut *istihsan*.

Mengecualikan hukum *juz-iyah* dari hukum *kulliyah*. Artinya, pindah dari hukum *kulli* kepada hukum *juz-i*, karena ada dalil yang mengharuskannya. *Istihsan* macam ini oleh Madzhab Hanafi disebut *istihsan darurat*, karena penyimpangan itu dilakukan karena suatu kepentingan atau karena darurat. Contohnya:

- a) Syara' melarang seseorang (*aqad*) memperjual-belikan atau mengadakan perjanjian tentang sesuatu barang yang belum ada wujudnya, pada saat jual beli dilakukan. Hal ini berlaku untuk seluruh macam jual beli dan perjanjian yang disebut *hukum kulli*. Tetapi syara' memberikan *rukhsah* (keringanan) kepada pembelian barang dengan kontan tetapi barangnya itu akan dikirim kemudian, sesuai dengan waktu yang telah dijanjikan, atau dengan pembelian secara pesanan (*salam*). Keringanan yang demikian diperlukan untuk memudahkan dalam lalu-lintas perdagangan dan perjanjian. Pemberian *rukhsah* kepada *salam* itu merupakan pengecualian (*istisna*) dari hukum *kulli* dengan menggunakan hukum *juz-i*, karena keadaan memerlukan dan telah merupakan adat kebiasaan dalam masyarakat.
- b) Menurut hukum *kulli*, seseorang pemboros yang memiliki harta berada di bawah perwalian seseorang, karena itu ia tidak dapat melakukan transaksi hartanya tanpa izin walinya. Dalam hal ini dikecualikan kalau transaksi tersebut berupa waqaf. Orang pemboros itu dapat melakukan atas namanya sendiri, karena melalui ikrar waqaf hartanya

terpelihara dari kehancuran dan sesuai dengan tujuan diadakannya perwalian, yaitu untuk memelihara hartanya (*hukum juz-i*).

2) Masalah Mursalah

Kata *al-maslahah* adalah seperti lafazh *al-manfaat*, baik dari segi arti ataupun *wajan*-nya, yaitu kalimat *mashdar* yang sama artinya dengan kalimat *ash-shalah*, seperti halnya lafazh *al-manfaat* sama artinya dengan *al-naf'u*. Bisa juga dikatakan bahwa *al-maslahah* itu merupakan bentuk tunggal (*mufrad*) dari kata *al-masahalih*. Semuanya mengandung kata manfaat baik secara asal maupun melalui proses.⁸²

Maslahah mursalah artinya mutlak. Dalam istilah ushul, yaitu kemashlahatan yang tidak disyari'atkan oleh syari' hukum untuk ditetapkan. Dan tidak ditunjukkan oleh dalil syar'i, untuk mengi'tibarkannya, atau membatalkannya. Dinamakan mutlak karena tidak dikaitkan dengan dalil yang menerangkan atau dalil yang membatalkannya. Misalnya kemashlahatan yang disyari'atkan.⁸³

Pengertian lainnya menjelaskan *Maslahah mursalah* adalah kebaikan (kemashlahatan yang tidak di singgung-singgung syara' secara jelas

⁸²Manfaat yang dimaksud oleh pembuat hukum syara (Allah Swt) adalah sifat menjaga agama, jiwa, akal, keturunan, dan hartanya untuk mencapai ketertiban nyata antara pencipta dan makhluknya. Manfaat itu adalah kenikmatan atau sesuatu yang akan mengantarkan kepada kenikmatan. Dengan istilah lain bisa disebut sebagai *tahsil al-ibqa*. Artinya, tahsil adalah penghimpunan kenikmatan secara langsung, sedangkan yang dimaksud dengan *ibqa* adalah penjagaan terhadap kenikmatan tersebut dengan cara menjaganya dari kemadaratan dan sebab-sebabnya. Lihat Rachmat Syafe'i, *Op. Cit.*, hlm. 117

⁸³Syekh Abdul Wahab Khallaf, *Ilmu Usul Fikih*, (Terjemah: Halimuddin), Rineka Cipta: Jakarta, 2005, hlm. 98

untuk mengerjakan atau meninggalkannya, sedangkan apabila dikerjakan akan membawa manfaat atau menghindari kerusakan atau keburukan, seperti seseorang menghukum sesuatu yang belum ada ketentuannya oleh agama.⁸⁴

Al-Buthi menjelaskan *al-maslahah* adalah manfaat yang ditetapkan syar'i untuk para hambanya yang meliputi pemeliharaan agama, diri, akal, keturunan dan harta mereka sesuai dengan urutan tertentu.⁸⁵ Dari definisi ini, fokus utama atau tolak ukur masalah adalah tujuan-tujuan syara' atau berdasarkan ketetapan syar'i, meskipun kelihatan bertentangan dengan tujuan-tujuan manusia yang seringkali dilandaskan pada hawa nafsu semata.

Kemaslahatan yang menjadi tujuan syara' bukan kemaslahatan yang semata-mata berdasarkan keinginan dan hawa nafsu saja. Sebab tujuan pensyari'atan hukum tidak lain adalah untuk merealisasikan kemaslahatan manusia dalam segala aspek kehidupan dunia agar terhindar dari berbagai bentuk kerusakan.

Para ulama ushul menjelaskan bahwa sebagian ulama menggunakan istilah lainnya dalam mengungkapkan *al-maslahah al-mursalah*,

⁸⁴Nazar bakry, *Fiqih dan Usul Fiqih*, Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2003, hlm. 60-61

⁸⁵Firdaus, *Ushul Fiqh; Metode Mengkaji dan Memahami Hukum Islam Secara Komperhensif*, Zikrul Hakim: Jakarta, 2004, hlm. 81

seperti *al-munasib al-mursalah*, *al-istishlah*, *al-istidlal al-mursalah*.⁸⁶

Istilah-istilah tersebut walaupun tampak sama memiliki satu tujuan, masing-masing mempunyai tinjauan yang berbeda-beda dengan syarat yang berbeda pula. Setiap hukum yang didirikan atas dasar masalah dapat ditinjau dari tiga segi, yaitu:

a) Melihat masalah yang terdapat pada kasus yang dipersoalkan.

Misalnya pembuatan akte nikah sebagai pelengkap administrasi akad nikah masa sekarang. Akte nikah tersebut memiliki kemaslahatan. Akan tetapi, kemaslahatan tersebut tidak didasarkan pada dalil yang menunjukkan pentingnya pembuatan akte nikah tersebut. Kemaslahatan dari segi ini ditinjau dari sisi ini disebut *al-maslahah al-mursalah* (masalah yang terlepas dari dalil khusus), tetapi sejalan dengan petunjuk-petunjuk umum syariat Islam.

b) Melihat sifat yang sesuai dengan tujuan syara, yang mengharuskan

adanya suatu ketentuan hukum agar tercipta suatu kemaslahatan. Misalnya surat akte nikah tersebut mengandung sifat sesuai dengan tujuan syara, antara lain untuk menjaga status keturunan. Akan tetapi sifat kesesuaian ini tidak diunjukkan oleh dalil khusus. Oleh karena itu, dari sisi ini ia disebut *al-munasib al-mursalah*

⁸⁶Istilah *al-maslahah al-mursalah* merupakan istilah yang paling terkenal. Istilah *al-munasib al-mursalah* digunakan oleh Ibnu Hajib dan Baidawi. Untuk segi yang dipakai istilah *al-istishlah*, yang dipakai Al-Ghazali dalam kitab *al-Musytasyfa*, atau istilah *al-Isti'dal al-mursal*, seperti yang dipakai Al-Syatibi dalam kitab *Al-Muwafaqat*. Rachmat Syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqih; Untuk UIN, STAIN, PTAIS*, Pustaka Setia: Bandung, 2010, hlm. 118-119

(kesesuaian dengan tujuan syara' yang terlepas dari dalil syara yang khusus).

- c) Melihat proses penetapan hukum terhadap suatu masalah yang ditunjukkan oleh dalil khusus. Dalam hal ini adalah penetapan suatu kasus bahwa hal ini itu diakui sah oleh salah satu bagian tujuan syara'. Proses seperti ini disebut *istishlah* (menggali dan menetapkan suatu masalah).⁸⁷

Abdul Wahab kallaf menjelaskan beberapa persyaratan dalam memfungsikan *masalah mursalah* yaitu:

- a) *Mashlahah hakikat*, bukan *mashlahah wahamiah* (angan-angan) Yang dimaksud dengan ini ialah menetapkan orang yang mentasyri'kan hidup pada suatu peristiwa, mendatangkan manfaat dan membuang yang mudharat. Adapun tanpa waharn makatasyri' itu akan mendatangkan manfaat tanpa menimbang-nimbang antara apa-apa yang akan mendatangkan kemudharatan. Untuk itu harus dibina atas kemashlahatan wahamiah. Misalnya kemashlahatan yang masih diimpikan dalam hal mencabut hak suami untuk menceraikan isterinya. Hak menceraikan ini diserahkan saja kepada hakim.
- b) Kemashlahatan umum. Bukan kemashlahatan perorangan. Yang dimaksud dengan ini ialah meyakinkan bahwa tasyri' hukum

⁸⁷*Ibid*, h. 118

terhadap suatu peristiwa mendatangkan manfaat untuk orang banyak. Atau membuang kemudharatan. Bukan untuk kemashlahatan pribadi, atau orang yang sedikit jumlahnya. Di sini tidak boleh mensyariatkan hukum hanya untuk kemashlahatan khusus oleh Amir atau pembesar. Menyenyampingkan pendapat orang-orang yang kenamaan dan kemashlahatan mereka itu.

Tasyri' itu tidak boleh bertentangan bagi kemashlahatan hukum ini, atau prinsip-prinsip yang ditetapkan dengan nash atau ijmak. Tidak sah kemashlahatan itu diperlakukan untuk menyatakan hak anak laki-laki dan anak perempuan dalam masalah warisan. Kemashlahatan ini batal karena bertentangan dengan nash Al Quran. Dalam hal ini berfatwa Yahya Ibnu Yahya Al Laitsi Al Maliki, seorang ahli fikhi di Andalus. Dia adalah murid dan imam Malik bin Anas Khathi'ah, Ada bul seorang raja Andalus memperbukakan puasanya dengan sengaja pada bulan Ramadhan. Menurut fatwa imam Yahya, Tidak usah membayar kifarat, selain dan berpuasa dua bulan berturut-turut. Fatwanya dibina atas kemashlahatan yang berlaku. Jika yang dimaksud dengan kifarat ialah menghardik orang yang berdosa dan menegurnya, sehingga orang itu tidak kembali memperbuat dosa yang seperti itu. Raja itu tidak memperbuat selain ini.⁸⁸

3. *Applied Theory*

a. Hukum Progresif

⁸⁸Syekh Abdul Wahab Khallaf, *Op. Cit.*, h. 102.

1) Pengertian

Progresif adalah kata yang berasal dari bahasa asing (Inggris) yang asal katanya adalah *progress* yang artinya maju. *Progressive* adalah kata sifat, jadi sesuatu yang bersifat maju. Hukum Progresif berarti hukum yang bersifat maju. Pengertian progresif secara harfiah ialah, *favouring new, modern ideas, happening or developing steadily*⁸⁹ (menyokong ke arah yang baru, gagasan modern, peristiwa atau perkembangan yang mantap), atau berhasrat maju, selalu (lebih) maju, meningkat.⁸⁹

Istilah hukum progresif diintrodusir pertama oleh penggagasnya, Satjipto Rahardjo, pada tahun 2002 lewat artikel yang ditulis di harian Kompas berjudul “Indonesia Butuhkan Penegakan Hukum Progresif.”⁹⁰ Pemahaman terhadap konsep hukum progresif tidak terlepas dari kondisi pemikiran hukum yang melatarbelakangi lahirnya hukum progresif. Pemahaman hukum menurut hukum progresif menegaskan bahwa hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.⁹¹

⁸⁹*Oxford Learner's Pocket Dictionary (New Edition)*, Edisi ketiga; Oxford University Press: Oxford, hlm. 342.

⁹⁰Abu Rokhmad, *Hukum Progresif; Pemikiran Satjipto Rahardjo dalam Perspektif Teori Masalah*, Pustaka Rizki Putra: Semarang, 2012, hlm. 94

⁹¹Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Publishing: Yogyakarta, 2009, hlm. 2

Gagasan Hukum progresif muncul disebabkan oleh kegagalan menghadapi kinerja hukum yang mengecewakan. Terutama sejak bergulirnya era reformasi, yang ditandai oleh ambruknya kekuasaan Orde Baru yang otoriter selama puluhan tahun itu, harapan rakyat terhadap hukum sebagai sang juru penolong makin melambung tinggi. Supremasi hukum dianggap sebagai *panacea*, obat mujarab semua persoalan bangsa. Di lain pihak berbagai polling dan survey malah menunjukkan, bahwa cukup banyak prestasi yang tidak memuaskan. Ini menyebabkan kesenjangan yang melebar antara harapan dan kenyataan, sehingga rakyat akhirnya menuai kekecewaan.⁹²

Gagasan hukum progresif memuat kesediaan untuk membebaskan diri dari paham *status quo*, baik yang bersumber dari aturan maupun kultur hukum. Status quo yang dimaksud erat kaitannya dengan keengganan sikap untuk keluar dari teks demi pemuliaan dan kemasalahatan manusia. Ide tentang pembebasan diri tersebut berhubungan dekat dengan faktor psikologi atau spirit yang ada dalam diri pelaku (aktor) hukum, yaitu keberanian (*dare*). Masuknya faktor keberanian tersebut memperluas peta cara berhukum, yaitu tidak hanya mengedepankan aturan (*rule*), tetapi juga perilaku (*behavior*). Berhukum menjadi tidak hanya tekstual, melainkan juga melibatkan predisposisi personal. Pelaku hukum yang berani bukan sekedar

⁹²*Ibid*, hlm. 95

pembicaraan atau sesuatu yang abstrak, melainkan sesuatu yang nyata ada dalam masyarakat.⁹³

Kekuatan hukum progresif tidak sama sekali menepis kehadiran hukum positif, tetapi selalu gelisah menanyakan “apa yang bisa saya lakukan dengan hukum ini untuk member keadilan kepada rakyat”. Singkat kata, ia tak ingin menjadi tawanan sistem dan undang-undang semata. Keadilan dan kebahagiaan rakyat ada di atas hukum.⁹⁴

2) Kekuatan dan Kriteria Hukum Progresif

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.⁹⁵ Untuk menyelami semangat hukum progresif perlu kiranya dilakukan analisis terlebih dahulu kekuatan serta kelemahan hukum progresif. Ada beberapa kekuatan hukum progresif, yaitu:

- 1) Ada dalam ranah teoritis, keunggulan paradigma hukum progresif dalam konteks ini adalah melihat hukum secara lebih menyeluruh dan tajam jika dibandingkan dengan paradigma hukum yang lain. Paradigma hukum progresif tidak hanya melihat hukum sebagai kumpulan peraturan saja, namun jauh melampaui peraturan, yaitu

⁹³*Ibid*, hlm. 100. Lihat Satjipto Rahardjo, dalam “Menggagas Hukum Progresif Indonesia, Pustaka Pelajar dan IAIN Walisongo: Yogyakarta, 2006, hlm. 2-3

⁹⁴Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Buku Kompas: Jakarta, 2008, hlm 116.

⁹⁵*Ibid*, hlm. 31

memandang hukum pada tataran yang lebih luas sebagai bagian dari realitas sosial yang kompleks.

- 2) Berada dalam konteks faktisitas hukum serta pilihan nilai yang coba dicapai oleh paradigma hukum progresif. Paradigma hukum progresif memandang hukum sebagai bagian dari realitas sosial yang kompleks, hukum tidak steril dari pengaruh lain seperti misalnya politik.
- 3) Paradigma hukum progresif berada dalam aspek metodologis. Paradigma hukum progresif menganalisis hukum secara lebih komprehensif dan lebih tajam dengan menggunakan ilmu bantu lain seperti sosiologi hukum, psikologi, antropologi, sehingga pembacaan terhadap realitas hukum menjadi lebih baik, dan solusi yang ditawarkan pada akhirnya tidak bertumpu pada peraturan *ad hoc*, namun lebih luas dari itu dengan mempertimbangkan variabel-variabel lain seperti kemanusiaan, sistem sosial, sistem nilai, politik maupun ekonomi.⁹⁶

Kekuatan hukum progresif sebagaimana Satjipto Rahardjo katakan, merupakan kekuatan yang menolak dan ingin mematahkan keadaan status quo. Mempertahankan status quo berarti menerima normatifitas dan sistem yang ada tanpa ada usaha untuk melihat aneka kelemahan di dalamnya yang kemudian mendorong bertindak

⁹⁶*Ibid*, hlm. 185

mengatasinya. Hampir tidak ada usaha untuk melakukan perbaikan, yang ada hanya menjalankan hukum seperti apa adanya dan secara biasa-biasa saja. Mempertahankan status quo dalam kondisi tersebut akan makin bersifat jahat sekaligus bertahan dalam situasi korup dan dekaden dalam sistem yang nyata-nyata memiliki kelemahan.⁹⁷

Kriteria hukum progresif adalah:

- 1) Mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
- 2) Memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat.
- 3) Hukum progresif adalah hukum yang membebaskan dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik melainkan juga teori.
- 4) Bersifat kritis dan fungsional.⁹⁸

Penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih dari peraturan (according to the letter), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (to very meaning) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa

⁹⁷Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Op. Cit.,, hlm 114

⁹⁸Satjipto Rahardjo. *Membedah Hukum Progresif*, PT. Kompas: Jakarta, 2006, hlm. 7

dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.⁹⁹

Dalam pandangan hukum progresif, pelaku hukum harus memiliki kepekaan pada persoalan-persoalan krusial dalam hal hubungan manusia, termasuk keterbelengguan manusia dalam struktur-struktur yang menindas; baik politik, ekonomi, maupun sosial budaya. Dalam konteks ini, hukum progresif harus tampil sebagai institusi yang emansipatoris (membebaskan). Hukum progresif yang menghendaki pembebasan dari tradisi keterbelengguan, memiliki kemiripan dengan pemikiran Roscoe Pound tentang hukum sebagai alat rekayasa sosial (social engineering). Usaha social engineering, dianggap sebagai kewajiban untuk menemukan cara-cara yang paling baik untuk memajukan atau mengarahkan masyarakat.¹⁰⁰

Penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam-putih dari peraturan (according to the letter), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (to very meaning) dari undang-undang atau hukum. Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh

⁹⁹Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*, Genta Publishing: Yogyakarta, 2009, hlm. xiii

¹⁰⁰Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Perubahan Sosial: suatu Tinjauan Teoritis Serta Pengalaman-Pengalaman di Indonesia*, Alumni: Bandung, 1983, hlm. 16

determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.¹⁰¹

3) Landasan Filosofis Hukum Progresif

Ada tiga landasan filosofis pengembangan ilmu, termasuk hukum, yaitu ontologis, epistemologis, dan aksiologis. Landasan ontologis ilmu hukum artinya hakikat kehadiran ilmu hukum itu dalam dunia ilmiah. Artinya apa yang menjadi realitas hukum, sehingga kehadirannya benar-benar merupakan sesuatu yang substansial. Landasan epistemologis ilmu hukum artinya cara-cara yang dilakukan di dalam ilmu hukum, sehingga kebenarannya bisa dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Landasan aksiologis ilmu hukum artinya manfaat dan kegunaan apa saja yang terdapat dalam hukum itu, sehingga kehadirannya benar-benar bisa dirasakan manfaatnya oleh masyarakat.¹⁰²

Landasan ontologis hukum progresif lebih terkait dengan persoalan realitas hukum yang terjadi di Indonesia. Masyarakat mengalami krisis kepercayaan terhadap peraturan hukum yang berlaku. Hukum yang ada dianggap sudah tidak mampu mengatasi kejahatan kerah putih (white collar crime) seperti korupsi, sehingga

¹⁰¹Satjipto Rahardjo, *Penegakan Op. Cit.*, hlm. xiii

¹⁰²Rizal Mustansyir, *Landasan Filosofis Mazhab Hukum Progresif: Tinjauan Filsafat Ilmu*, Jurnal Filsafat Vol.18, Nomor 1, April 2008, hlm. 20

masyarakat mengimpikan teori hukum yang lebih adekuat. Ketika kehausan masyarakat akan kehadiran hukum yang lebih baik itu sudah berakumulasi, maka gagasan tentang hukum progresif ibarat gayung bersambut. Persoalannya adalah substansi hukum progresif itu sendiri seperti apa, belum ada hasil pemikiran yang terprogram secara ilmiah.¹⁰³

Landasan epistemologis hukum progresif lebih terkait dengan dimensi metodologis yang harus dikembangkan untuk menguak kebenaran ilmiah. Selama ini metode kasuistik, dalam istilah logika lebih dekat dengan pengertian induktif, lebih mendominasi bidang hukum. Kasus pelanggaran hukum tertentu yang dikaitkan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, dicari dalam pasal-pasal hukum yang tertulis, menjadikan dimensi metodologis belum berkembang secara optimal. Interpretasi atas peraturan perundang-undangan yang berlaku didominasi oleh pakar hukum yang kebanyakan praktisi yang memiliki kepentingan tertentu, misalnya untuk membela kliennya. Tentu saja hal ini mengandung validitas tersendiri, namun diperlukan terobosan metodologis yang lebih cangguh untuk menemukan inovasi terhadap sistem hukum yang berlaku. Dengan demikian landasan epistemologis hukum progresif bergerak pada upaya penemuan langkah metodologis yang tepat,

¹⁰³*Ibid*

agar hukum progresif dapat menjadi dasar kebenaran bagi peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.¹⁰⁴

Landasan aksiologis hukum progresif terkait dengan problem nilai yang terkandung di dalamnya. Aksiologi atau Teori Nilai menurut Runes (1972:32) adalah hasrat, keinginan, kebaikan, penyelidikan atas kodratnya, kriterianya, dan status metafisiknya. Hasrat, keinginan, dan kebaikan dari hukum progresif perlu ditentukan kriteria dan status metafisiknya agar diperoleh gambaran yang lebih komprehensif tentang nilai yang terkandung di dalamnya. Kriteria nilai terkait dengan standar pengujian nilai yang dipengaruhi aspek psikologis dan logis. Hal ini sangat tergantung pada aliran filsafat yang dianut, kaum hedonist misalnya menemukan standar nilai dalam kuantitas kesenangan. Kaum idealis lebih mengakui sistem objektif norma rasional sebagai kriteria. Sedangkan kaum naturalis menemukan ketahanan biologis sebagai tolok ukur. Hukum progresif seharusnya lebih memihak pada cara pandang kaum idealis yang mengakui sistem objektif norma rasional, karena persoalan yang dihadapi hukum progresif harus dipandang secara objektif-rasionalistik.¹⁰⁵

¹⁰⁴*Ibid*

¹⁰⁵*Ibid*, hlm. 22

4) Penegakan Hukum Progresif di Indonesia

Paradigma pembangunan hukum yang responsif dan progresif juga disuarakan oleh Artidjo Alkostar. Menurutnya, pembangunan hukum tidak mungkin hanya dipercayakan dan tergantung kepada penguasa saja, karena eksistensi hukum tidak bisa dilepaskan dari dinamika sosial. Prioritas political will sebaiknya dicurahkan pada pembangunan ekonomi dan teknologi dibandingkan dengan pembangunan hukum dan keadilan. Pembangunan hukum berkorelasi dengan visi kerakyatan, karena hukum selalu menyangkut tingkah laku (behaviour). Konstruksi hukum atau Undang-Undang penempatan posisi rakyat sebagai pemegang peran (role occupat) dan dilacak (trace) secara paradigmatic, apakah perangkat hukum dan Undang-Undang tersebut telah mempergunakan paradigma kontrol, sosial, paradigma nilai, paradigma institusi atau atau paradigma ideology.¹⁰⁶

Suparman Marzuki menegaskan mendesaknya penegakan hukum yang progresif, yaitu penegakan hukum yang submisif terhadap sistem yang ada, tetapi lebih afirmatif (affirmatif law enforcement). Afirmatif berarti keberanian untuk melakukan pembebasan dari praktek konvensional dan menegaskan penggunaan satu cara yang lain, yang menerobos terhadap pakem-pakem praktek

¹⁰⁶Artidjo Alkostar, *Pembangunan Hukum dan Keadilan, dalam Moh. Mahfud MD, dkk (Ed), Kritik Sosial dalam Wacana Pembangunan*, UII Press: Yogyakarta, 1999, hlm 335-336

hukum yang telah lama berlangsung. Penegakan hukum progresif mengharuskan aparaturnya penegak hukum HAM bersikap realistis, tidak bermukim di menara gading. Mereka harus mengasah intuisi dengan turun ke bawah menyerap aspirasi yang berkembang di masyarakat. Para hakim harus menjadi agen perubahan dan tidak menjadi staf sistem hukum. Mereka harus berani mendobrak sekat-sekat yang dibangun oleh ideologi-ideologi penindas keadilan sosial. Mereka harus keluar dari tafsir monolitik karena teks undang-undang hanya memberi ruang penafsiran yang terbatas. Penegakan hukum progresif lebih mengedepankan konteks ketimbang teks-teks aturan semata.¹⁰⁷

Penegakan hukum progresif menempatkan kepentingan dan kebutuhan manusia/rakyat sebagai titik orientasinya, karena aparaturnya penegak hukum harus memiliki kepekaan pada persoalan-persoalan yang timbul dalam hubungan-hubungan manusia. Salah satu persoalan krusial dalam konteks itu ialah keterbelengguan manusia dalam struktur-struktur yang menindas baik politik, ekonomi, sosial budaya, maupun oleh hukum yang manipulatif. Dalam kondisi-kondisi tersebut, keberadaan hukum progresif harus menjadi institusi yang emansipatoris yang membawa pemberdayaan. Konsep kesamaan

¹⁰⁷ Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan : Politik Hukum HAM Era Reformasi*, Pusam UII: Yogyakarta, 2011, hlm 269-270

(equality) yang didasarkan pada kolektivitas atau komunitas (group related equality) dan bukan individu sebagai unit (individual equality). Aksi-aksi afirmatif penegakan hukum HAM progresif didukung oleh keinginan untuk mendayagunakan hukum HAM bagi kepentingan rakyat yang lemah atau rentan.¹⁰⁸

G. Kerangka Pemikiran

Berdasarkan UU. No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak juga disebutkan hak dan kewajiban anak, dalam Undang-undang ini perlindungan anak sangat lebih diutamakan, dimana hal ini tetap harus dilakukan meskipun diantara ibu atau ayahnya yang bersengketa salah satunya berkeyakinan di luar Islam, atau diantara mereka berlainan bangsa, namun dalam memutuskan terhadap pilihan anak tersebut harus melihat untuk kemaslahatan anak tersebut yang dalam hal ini bukan hanya kemaslahatan dunianya saja tetapi juga adalah akhir dari dunia ini yaitu akhiratnya.

Di sisi lain, Apabila mengacu kepada ketentuan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan dalam hal terjadinya perceraian: Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (duabelas) tahun adalah hak ibunya. Persoalan ini tentunya harus diperhatikan dengan seksama mengingat pasal tersebut sudah tidak relevan dengan konteks kekinian. Artinya pengasuhan anak yang belum *mumayyiz* harusnya berbasis pada keadilan.

¹⁰⁸*Ibid, hlm 271-272*

Dalam konteks ini pasal tersebut harus dirubah, mengingat Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Jadi Hakim harus mempertimbangkan sungguh-sungguh apakah si ibu layak mendapatkan hak untuk mengasuh anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (dua belas) tahun.

Dengan demikian hal ini mengindikasikan bahwa sang ibu tidak mendapat hak pemeliharaan (*hadhanah*) terhadap anak, karena beberapa hal seperti Berkelakuan buruk, seperti pemabuk, penjudi, pecandu narkoba, penganiayaan. Sebagai contoh putusan Nomor 0854/Pdt.G/2013/PA BJM.¹⁰⁹

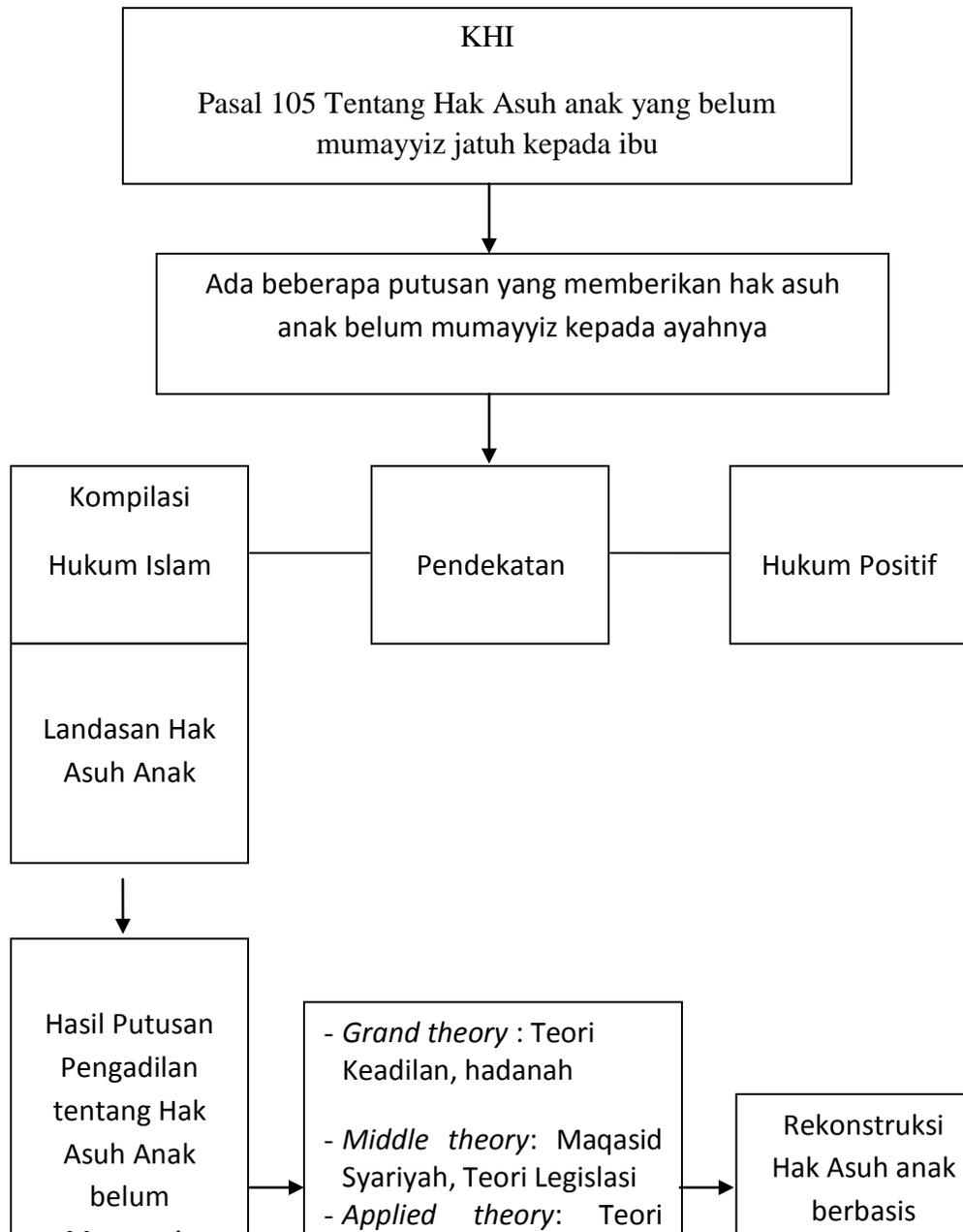
Dalam putusan tersebut dijelaskan bahwa anak yang lahir dari perkawinan bernama M. Rasya Andira, umur 6 tahun, masih dibawah umur dan memerlukan kasih sayang serta bimbingan, disebabkan perilaku dan moral ibunya, sehingga agar perkembangan jiwa anak tersebut tumbuh dengan baik, maka lebih terjamin diasuh oleh ayahnya.

Pertimbangan hakim dalam memutuskan hak anak asuh anak yang jatuh kepada ayahnya tentunya dengan beberapa pertimbangan, seperti:

- f) Ibunya sering menjalin hubungan dengan laki-laki lain (selingkuh)
- g) Ibunya terlalu keras terhadap anak
- h) Ibunya sering ke diskotik

¹⁰⁹Pengadilan Agama Banjarmasin putusan nomor 0854/Pdt.G/2013/PA BJM

- i) Ibunya sering mabuk-mabukan
- j) Ibunya sering memakai obat-obatan terlarang.



H. Metode Penelitian

1. Paradigma Penelitian

Sebagaimana telah diuraikan dalam perumusan masalah dan tujuan penelitian tersebut di atas, maka paradigma yang penulis gunakan pada penelitian ini adalah paradigma konstruktivisme, hal tersebut adalah karena mengingat tujuannya adalah merekonstruksi hukum sengketa hak asuh anak setelah perceraian.

2. Pendekatan Penelitian

Kirk dan Miller mendefinisikan bahwa penelitian kualitatif adalah tradisi tertentu dalam ilmu pengetahuan sosial yang secara fundamental bergantung pada pengamatan pada manusia dalam kawasannya sendiri dan berhubungan dengan orang-orang tersebut dalam bahasanya dan peristilahannya.¹¹⁰ Penelitian kualitatif bertujuan untuk memahami

¹¹⁰Sudarto, *Metodologi Penelitian Filsafat*, Raja Grafindo Persada: Jakarta, 1995, hlm. 62

(understanding) dunia makna yang disimbolkan dalam perilaku masyarakat menurut perspektif masyarakat itu sendiri.¹¹¹

Penelitian deskriptif kualitatif ini bertujuan untuk mendeskripsikan apa-apa yang saat ini berlaku. Di dalamnya terdapat upaya mendeskripsikan, mencatat, analisis dan menginterpretasikan kondisi yang sekarang ini terjadi atau ada. Dengan kata lain penelitian deskriptif kualitatif ini bertujuan untuk memperoleh informasi-informasi mengenai keadaan yang ada.¹¹²

Penelitian deskriptif kualitatif dirancang untuk mengumpulkan informasi tentang keadaan-keadaan nyata sekarang yang sementara berlangsung. Pada hakikatnya penelitian deskriptif kualitatif adalah suatu metode dalam meneliti status sekelompok manusia, suatu objek dengan tujuan membuat deskriptif, gambaran atau lukisan secara sistematis, faktual dan akurat mengenai fakta-fakta atau fenomena yang diselidiki.¹¹³

3. Metode Pendekatan

Penelitian ini menggunakan pendekatan yuridis sosiologis atau *socio-legal research*. Adapun yang dimaksud dengan yuridis sosiologis atau *social legal research* menurut Ronny Hanitijo Sumitro adalah: "Pendekatan yang mengkonstruksikan hukum sebagai refleksi kehidupan masyarakat itu sendiri yang menekankan pada pencarian-pencarian, kejegan-kejegan empirik

¹¹¹Imam Suprayogo, Tobroni, *Metode Penelitian Sosial Agama* cet. 1, Remaja Rosdakarya: Bandung, 2001, hlm. 1

¹¹²Mardalis, *Metode Penelitian Suatu Pendekatan Proposal*, Bumi Aksara: Jakarta, 2003, hlm. 26

¹¹³Convelo G. Cevilla, dkk., *Pengantar Metode Penelitian*, (Jakarta: Universitas Indonesia, 1993), hlm. 71-73

dengan konsekuensi selain mengacu pada hukum tertulis juga melakukan observasi terhadap tingkah laku yang benar-benar terjadi”.¹¹⁴

Pendekatan yuridis sosiologis lebih menekankan pada pencarian-pencarian. Yuridis itu sendiri adalah suatu penelitian yang menekankan pada ilmu hukum, tetapi di samping itu juga sosiologis yaitu berusaha menelaah kaidah-kaidah hukum yang berlaku di masyarakat. Hukum tidak dimaknai sebagai kaidah-kaidah normatif yang eksistensinya berbeda secara eksklusif di dalam suatu sistem legitimasi yang formal, melainkan sebagai gejala empiris yang teramati di alam pengalaman.¹¹⁵ Kejegan-kejegan (*regularities*) ataupun keseragaman-keseragaman (*uniformities*) dalam gejala empiris tersebut, berkonsekuensi pada dapat diamatinya hukum dan melalui proses induksi, pertalian-pertalian kausalnya dengan gejala-gejala non hukum di dalam masyarakat akan disimpulkan.¹¹⁶

4. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian ini adalah bersifat deskriptif analisis sesuai dengan masalah dan tujuan dalam penelitian ini. Deskriptif ini bukan dalam arti yang sempit, artinya dalam memberikan gambaran tentang fenomena yang ada dilakukan sesuai dengan metode penelitian. Fakta-fakta yang ada digambarkan dengan suatu interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum,

¹¹⁴Ronny Hanitijo Soemitro, *Metode Penelitian Hukum dan Yurimetri*, Ghalia Indonesia: Jakarta, 1988, hlm. 11

¹¹⁵Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*. Cetakan Keenam, Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2006, hlm. 75

¹¹⁶*Ibid.*, hlm. 76

karena fakta tidak akan mempunyai arti tanpa interpretasi, evaluasi dan pengetahuan umum.¹¹⁷

5. Subjek dan Objek Penelitian

a. Subjek penelitian

Subjek penelitian merupakan pihak - pihak yang terlibat dalam putusan tentang hak asuh anak yang belum mumayyiz di pengadilan Agama.

b. Objek penelitian

Objek penelitian dapat diartikan sebagai aspek yang akan diteliti. Objek dalam penelitian ini adalah putusan dan landasan hakim dalam memutuskan hak asuh anak yang belum mumayyiz di Pengadilan Agama Kalimantan Selatan. Selanjutnya dampak putusan hakim dalam hak asuh anak yang belum mumayyiz terhadap anak dan hubungan keluarga.

6. Jenis dan Sumber Data

a) Data primer/pokok

Data primer adalah data yang diperoleh langsung dari sumber pertama yakni perilaku warga masyarakat melalui penelitian.¹¹⁸

- 1) Kepala Pengadilan agama di lingkungan pengadilan agama Kalimantan Selatan
- 2) Hakim Agama di lingkungan pengadilan agama Kalimantan Selatan

¹¹⁷I.S. Susanto, *Kriminologi*. Fakultas Hukum, Undip: Semarang, 1990. hlm. 15

¹¹⁸Sanapiah Faisal, *Penelitian Kualitatif Dasar-dasar dan Aplikasi*, Yayasan Asih Asah Asuh: Malang, 1990, hlm. 12

3) Putusan hakim

b) Data sekunder

Data sekunder adalah data yang ada dalam bahan pustaka. Data sekunder antara lain mencakup dokumentasi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan buku harian dan sebagainya.¹¹⁹Data sekunder dibidang hukum dipandang dari sudut mengikat dapat dibedakan sebagai berikut:

- 1) Bahan hukum primer, merupakan bahwa hukum yang bersifat *autoritatif* artinya memiliki otoritas, mutlak dan mengikat. Bahan hukum primer terdiri dari peraturan dasar, peraturan perundang-undangan, catatan resmi, lembaran negara dan penjelasan, risalah, putusan hakim dan yurisprudensi.¹²⁰ UU No. 23 Tahun 2014, KHI pasal 105, UU No. 1 tahun 1974.
- 2) Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, berupa hasil karya dari kalangan hukum dalam bentuk buku-buku atau artikel, yaitu berupa : Literatur-literatur, dokumen-dokumen; berita dari surat kabar serta hasil penelitian terdahulu yang berhubungan dengan permasalahan yang diteliti.

¹¹⁹*Ibid*

¹²⁰Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2006, hlm. 113

- 3) Bahan hukum tersier, yaitu: data yang memberikan petunjuk atau penjelasan bermakna terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum tersier dalam penelitian ini meliputi : Kamus Hukum, Kamus bahasa Indonesia dan bahasa Inggris, serta Kamus-kamus lain yang menunjang penelitian.

7. Teknik Pengumpulan Data

Pada tahap penelitian ini agar diperoleh data yang valid dan bisa dipertanggungjawabkan, maka diperoleh melalui:

a) Studi Kepustakaan

Studi pustaka dilakukan untuk memperoleh pemahaman yang lebih luas terhadap objek penelitian dan permasalahannya sekaligus berfungsi sebagai pendukung data primer, disisi lain studi pustaka dipakai pula sebagai bahan acuan dalam menganalisis data yang ada.¹²¹ Studi pustaka dilakukan terhadap data sekunder yang diperoleh dengan mempelajari, memahami dan mencatat literatur, peraturan perundang-undangan, hasil penelitian serta dokumen resmi atau arsip hasil penelitian terdahulu yang berhubungan dengan pokok permasalahan penelitian. Studi pustaka dimaksudkan untuk mencari data sekunder yang dibutuhkan guna menjelaskan data primer.

b) Observasi

¹²¹ Ronny Hanitijo Soemitro, 1990. *Op. cit.* hlm. 8

Observasi atau pengamatan dalam rangka mengumpulkan data dalam suatu penelitian, merupakan hasil perbuatan jiwa secara aktif dan penuh perhatian untuk menyadari adanya suatu rangsangan tertentu yang diinginkan, atau studi yang disengaja dan sistematis tentang keadaan/fenomena sosial dan gejala psikis dengan jalan mengamati dan mencapai.¹²²

Observasi adalah teknik pengumpulan informasi dengan cara mengadakan pengamatan langsung yang sengaja dan sistematis mengenai fenomena sosial dan gejala-gejala psikis untuk kemudian dilakukan pencatatan.¹²³

c) Wawancara

Salah satu metode pengumpulan data ialah dengan jalan wawancara yaitu mendapatkan informasi dengan cara bertanya langsung kepada responden.¹²⁴ Wawancara (*interview*) adalah cara yang digunakan untuk memperoleh keterangan secara lisan guna mencapai tujuan.¹²⁵

Wawancara oleh Sugiyono didefinisikan sebagai pertemuan dua orang untuk bertukar informasi dan ide melalui Tanya jawab sehingga

¹²² Mardalis, *Metode Penelitian Suatu Pendekatan Proposal*, Bumi Aksara: Jakarta, 2003, hlm. 63.

¹²³ *Ibid.*, hlm. 62.

¹²⁴ Masri Singarambun dan Sofian Effendi, *Metode Penelitian Survei*, LP3S: Jakarta, 1989, hlm. 192.

¹²⁵ Burban Ashofa, *Metode Penelitian Hukum*, Rineka Cipta: Jakarta, 2007, hlm. 95

dapat dikonstruksikan makna dalam suatu topik tertentu.¹²⁶ Dalam penelitian ini peneliti menggunakan wawancara semi terstruktur yaitu jenis wawancara campuran antara wawancara terstruktur yang untuk mengetahui informasi baku di mana peneliti memiliki panduan wawancara dan wawancara tak terstruktur di mana wawancara berjalan mengalir sesuai topik atau dikatakan wawancara terbuka.¹²⁷ Teknik wawancara dilakukan sesuai tujuan dari kebutuhan data yang diinginkan dalam melakukan wawancara. Teknik ini juga bisa disebut *purposive sampling*, yaitu teknik untuk menentukan sampel penelitian dengan beberapa pertimbangan tertentu yang bertujuan agar data yang diperoleh nantinya bisa lebih representatif.

8. Teknik Penyajian Data

Data yang diperoleh selanjutnya disajikan dalam bentuk uraian yang disusun secara sistematis, logis, dan rasional. Dalam arti keseluruhan data yang diperoleh akan dihubungkan satu dengan yang lainnya dan disesuaikan dengan pokok permasalahan sehingga merupakan satu kesatuan yang utuh dengan pokok permasalahan yang diteliti.

9. Teknik Analisis Data

Analisis data adalah proses pencarian dan penyusunan secara sistematis data yang diperoleh dari hasil observasi wawancara, angket, dan

¹²⁶Sugiyono. *Memahami Penelitian Kualitatif*, Alfabeta: Bandung, 2008, hlm. 72

¹²⁷*Ibid.*, hlm. 233

dokumentasi, dengan cara mengorganisasikan data ke dalam kategori, menjabarkan ke dalam unit-unit, melakukan sintesa, menyusun ke dalam pola, memilih mana yang penting dan yang akan dipelajari dan membuat kesimpulan sehingga mudah difahami oleh diri sendiri maupun orang lain.¹²⁸

Analisis data dalam penelitian kualitatif umumnya berupa narasi deskriptif kualitatif, walaupun ada dokumen yang bersifat kuantitatif juga bersifat deskriptif, analisis ini dilakukan sebelum memasuki penelitian, selama penelitian dan sesudah penelitian.

Data-data yang dibutuhkan sudah terkumpul, maka tugas selanjutnya adalah membaca dan menelaah data (menganalisis data). Analisis data ini merupakan kerja penting dalam sebuah penelitian, karena hanya melalui analisis data dapat mendeskripsikan, mengambil kesimpulan dan membuktikan sebuah teori atau hipotesis.

Data yang telah terkumpul dan diklasifikasikan itu kemudian dianalisis secara deskriptif kualitatif yang pada akhirnya ditarik simpulan sebagai akhir proses penelitian ini.

I. Sistematika Penelitian

Penelitian disertasi ini disusun sesuai dengan sistematika penulisan sebagai berikut:

¹²⁸Sogiyono, *Metode Penelitian Pendidikan Pendekatan Kuantitatif, Kualitatif dan R&D, Cet III*, Alfabeta: Bandung, 2007, hlm. 298.

BAB I Pendahuluan, dalam bab ini berisi tentang Latar Belakang Masalah, Rumusan Masalah, Tujuan Penelitian, Manfaat Penelitian, Kerangka Konseptual, Kerangka Teori, Kerangka Pemikiran Disertasi, Metode Penelitian, Sistematika Penelitian, Rencana Jadwal Penelitian dan Orisinalitas Penelitian.

BAB II Kerangka teori, Grand Theory yaitu keadilan, middle theory maqasyid sayariyah dan applied theory teori hukum progresif.

BAB III Berisi tentang putusan-putusan pengadilan agama tentang hak asuh anak yang belum mumayyiz dan landasan hakim dalam memutus hak asuh yang belum mumayyiz

BAB IV Memuat uraian tentang problematika hak asuh anak yang belum mumayyiz saat ini.

BAB V Berisi tentang rekonstruksi hukum terhadap hak asuh anak yang belum mumayyiz berbasis keadilan.

BAB VI Penutup, sebagai bab terakhir berisi tentang Simpulan dari hasil penelitian yang merupakan jawaban umum dari permasalahan dalam rumusan masalah. Berdasarkan hasil temuan dalam penelitian ini penulis memberikan beberapa pemikiran berupa Saran yang diharapkan dapat diterapkan oleh instansi terkait serta Implikasi Kajian Disertasi.

J. Orisinalitas/Kebaruan Penelitian

Berdasarkan penelusuran penulis atas hasil-hasil penelitian yang telah ada, penelitian disertasi yang berjudul:

Hasil penelitian yang pernah membahas tentang Hak Asuh Anak

No	Penyusun Disertasi	Judul Disertasi	Kesimpulan Disertasi	Perbedaan dengan Disertasi Promovendus
1	Dr. Ahmad Zaenal Fanani, SHI.,	Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia (perspektif keadilan gender)	<p>Temuan baru yg dikaji dlm buku ini adalah analisis keadilan gender berperspektif maqashid syariah dlm penyelesaian sengketa hak asuh anak di lingkungan pengadilan. Agar penerapan analisis keadilan gender tersebut berjalan dgn baik dan efektif maka hakim harus berpedoman pada hal berikut:</p> <ul style="list-style-type: none"> • melakukan penafsiran hukum atas ketentuan hak asuh anak • kontekstualisasi ketentuan hukum hak asuh anak • mengutamakan kepentingan terbaik anak • menggali rekam jejak orangtua anak • melakukan pemeriksaan setempat 	<ul style="list-style-type: none"> • Disertasi ini lebih menitikberatkan pada hasil di lapangan (empiris) • Penelitian ini mencoba menelusuri landasan hakim dalam memutuskan hak asuh anak yang belum memuyayiz • Penelitian ini lebih menitikberatkan putusan yang berbasis keadilan
2	Rurin Tiopani Tambun	HAK ASUH ANAK DIBAWAH UMUR AKIBAT PERCERAIAN ORANGTUA (Studi Kasus 4 (empat) Putusan Pengadilan di	Hasil penelitian putusan didapati bahwa Hakim dalam memutus suatu perkara melihat keadaan dari si pemelihara itu serta anak yang akan dipelihara. Antara lain faktor ekonomi, faktor	<ul style="list-style-type: none"> • Penelitian ini lebih menitikberatkan putusan yang berbasis keadilan • Penelitian

		Indonesia)	lingkungan, kelakuan dari ibu atau ayah tersebut, umur anak, jenis kelamin anak, serta kepastiannya akan pendidikan dan kehidupan yang layak. Tetapi atas orang tua yang tidak mendapatkan hak asuh, tidak dapat dihalangi untuk bertemu dengan anaknya asal tidak menimbulkan kerusakan moral pada si anak nantinya. Maka atas pertimbangan tersebut Hakim memutuskan bahwa Bapaklah sebagai pemegang hak asuh anak atas Putusan Pengadilan Negeri Medan No. 246/PDT.G/2012/PN.MDN, Pengadilan Negeri Lubuk Pakam No. 13/Pdt.G/2012/PN.LP, dan No.102/Pdt.G/2013/PN.LP dimana si Ibu dinilai Hakim kurang baik apabila diberikan kuasa asuh atas anak Penggugat dan Tergugat. Hak asuh tersebut juga dapat kembali kepada ibu melalui putusan banding seperti perkara banding No. 66/PDT/2012/PT.DPS yang telah diputus oleh Pengadilan Tinggi Denpasar	menitikberatkan putusan kontekstual
3	Mz Hakim	PENGASUHAN ANAK SETELAH TERJADINYA PERCERAIAN (Studi Kasus Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat No. 454/Pdt.G/2007/PA.JP)	Hasil penelitian menunjukkan bahwa penentuan mumayyiz oleh KHI dengan batas usia 12 tahun bukanlah batasan yang mutlak. Seorang hakim yang menyelesaikan sengketa pengasuhan anak di bawah	<ul style="list-style-type: none"> • Penelitian ini lebih menitikberatkan putusan yang berbasis keadilan • Penelitian menitikberatk

			usia 12 tahun, dapat menilai anak tersebut sudah mumayyiz atau belum, penilaian ini akan menentukan sikap hakim berikutnya untuk memberikan hak kepada si anak untuk memilih ibu atau bapaknya.	<p>an putusan kontekstual</p> <ul style="list-style-type: none"> • Penelitian ini memfokuskan pada rekonstruksi pasal 105 tentang hak asuh anak belum mumayyiz • Penelitian ini memfokuskan pada hak asuh anak yang belum mumayyiz yang jatuh pada ayah, dimana hal ini berbeda dengan KHI
--	--	--	---	--

K. Jadwal Kegiatan

Rencana jadwal penelitian disertasi ini akan dilaksanakan dalam jangka waktu 11 (sebelas) bulan, mulai bulan Desember 2016 sampai dengan Nopember 2017. Berikut adalah kegiatan dan waktu yang menunjukkan rencana jadwal penelitian disertasi, sebagaimana tertuang dalam tabel di bawah ini:

Kegiatan	Waktu											
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12
1 Persiapan												
2 Penyusunan Proposal												

3	Ujian Proposal											
4	Pengumpulan Data											
5	Penyusunan Laporan Disertasi											
6	Ujian Disertasi											