

**LEMBAR PENGESAHAN UJIAN TERBUKA**

**REKONSTRUKSI KEWENANGAN PENGADILAN DALAM PERKARA  
PEMELIHARAAN ANAK AKOBAT PERCERAIAN BERBASIS NILAI  
KEADILAN HUKUM ISLAM**

Oleh  
Sulacman Abdullah  
NIM.: PDIH.03.IV.14.0134

**DISERTASI**  
Untuk memenuhi syarat Ujian Terbuka  
guna memperoleh gelar Doktor dalam Ilmu Hukum.  
Telah disetujui oleh Promotor dan Co-Promotor pada tanggal  
seperti tertera di bawah ini :

Semarang, ..... 2017

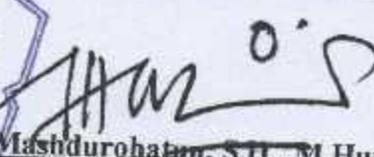
**PROMOTOR**

**CO-PROMOTOR**

  
Prof. Dr. H. Gunarto, S.H., S.F.Akt., M.Hum.  
NIDN : 06-0503-6205

  
Dr. H. Akhmad Khisni, S.H., M.H.  
NIDN : 06-0408-5701

Mengetahui,  
Ketua Program Doktor Ilmu Hukum  
Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung

  
  
Dr. H. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum.  
NIDN : 06-2105-7002.

# PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH

Saya yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama	: Drs. Sulaeman Abdullah SH MH
NIM	: PDIH. 03.IV.14.0134
Program Studi	: Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH)
Fakultas	: Hukum
Alamat Asal	: Lingk. Bojong Rt 04 Rw 01 Kelurahan Situbatu Kecamatan Banjar, Kota Banjar
No. HP / Email	: dede57.sa@gmail.com

Dengan ini menyerahkan karya ilmiah berupa Tugas Akhir/Skripsi/Tesis/Disertasi\* dengan judul :

“Rekonstruksi Kewenangan Pengadilan Dalam Perkara Pemeliharaan Anak Akibat Perceraian Berbasis Nilai Keadilan Hukum Islam”.

dan menyetujuinya menjadi hak milik Universitas Islam Sultan Agung serta memberikan Hak Bebas Royalti Non-eksklusif untuk disimpan, dialihmediakan, dikelola dalam pangkalan data, dan dipublikasikannya di internet atau media lain untuk kepentingan akademis selama tetap mencantumkan nama penulis sebagai pemilik Hak Cipta.

Pernyataan ini saya buat dengan sungguh-sungguh. Apabila dikemudian hari terbukti ada pelanggaran Hak Cipta/Plagiarisme dalam karya ilmiah ini, maka segala bentuk tuntutan hukum yang timbul akan saya tanggung secara pribadi tanpa melibatkan pihak Universitas Islam Sultan Agung.

Semarang, 9 Oktober 2017

Yang menyatakan,



Drs. Sulaeman Abdullah SH MH

\*Coret yang tidak perlu

## SURAT PERNYATAAN KEASLIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Drs. Sulaeman Abdullah SH MH

NIM : PDIH. 03.IV.14.0134

Dengan ini saya nyatakan bahwa Karya Tulis Ilmiah yang berjudul :

“Rekonstruksi Kewenangan Pengadilan Dalam Perkara Pemeliharaan Anak Akibat Perceraian Berbasis Nilai Keadilan Hukum Islam”.

Adalah benar hasil karya saya dan penuh kesadaran bahwa saya tidak melakukan tindakan plagiasi atau mengambil alih seluruh atau sebagian besar karya tulis orang lain tanpa menyebutkan sumbernya. Jika saya terbukti melakukan tindakan plagiasi, saya bersedia menerima sanksi sesuai dengan aturan yang berlaku.

Semarang, 9 Oktober 2017

Yang menyatakan,



Drs. Sulaeman Abdullah SH MH

## BAB I

### PENDAHULUAN

#### A. LATAR BELAKANG MASALAH

Salah satu dari tanda-tanda Kekuasaan dan Keagungan Ilahi adalah bahwa Dia (Allah SWT) telah menciptakan manusia berpasang-pasangan;<sup>1</sup> Sehingga sudah menjadi *sunnatullâh* bahwa di antara dua orang manusia yang berlainan jenis, seorang laki-laki dan seorang perempuan, ada dorongan rasa saling tertarik satu sama lain serta keinginan untuk hidup bersama, yang kemudian wujud kehendak untuk hidup bersama tersebut membentuk suatu ikatan hubungan hukum suami istri yang dikenal dengan istilah ‘perkawinan’ atau ‘pernikahan’.

‘Perkawinan’ sangat penting bagi kehidupan manusia, karena melalui perkawinan - yang sah - pergaulan laki-laki dengan perempuan terjadi secara

---

<sup>1</sup> Allah SWT berfirman dalam Al-Qur’ân Surat *Ar-Rûm* ayat 21 (selanjutnya ditulis: QS *Ar-Rûm* [30]:21), yang artinya:

*“Dan di antara tanda-tanda (Kebesaran)-Nya ialah Dia menciptakan pasangan-pasangan untukmu dari jenismu sendiri, agar kamu cenderung dan tenteram kepadanya, dan Dia menjadikan di antaramu rasa kasih dan sayang. Sungguh pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda (Kebesaran Allah) bagi kaum yang berfikir”.*

(Terjemahan ayat tersebut sebagaimana dalam: Departemen Agama RI, *Mushaf Al-Qur’an Dan Terjemahnya*, Jakarta: CV Pustaka Al-Kutsar, 2011, hlm. 406).

Ayat tersebut memberikan pelajaran bahwa soal perjudohan antara seorang pria dengan seorang wanita, atau perkawinan, adalah bukti kekuasaan Allah dan hal itu merupakan persoalan yang sangat penting untuk difikirkan. Pada bagian akhir ayat ditegaskan: *“Sungguh pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda (Kebesaran Allah) bagi kaum yang berfikir”.*

Mujahid dan Ikrimah menafsirkan kata-kata ‘*mawaddah* (rasa kasih)’ dan ‘*rahmah* (sayang)’ dalam ayat tersebut, bahwa kata ‘*mawaddah*’ adalah sebagai ganti dari kata ‘*nikah*’, dan ‘*rahmah*’ sebagai kata ganti ‘anak’. Dengan demikian maksud perkataan bahwa “Allah menjadikan di antara manusia rasa kasih dan sayang” ialah bahwa dengan adanya perkawinan yang disyariatkan Allah sehingga mengharuskan adanya pergaulan/hubungan suami isteri dari jenis manusia sendiri yang kemudian menyebabkan lahirnya anak-anak/keturunan. (Departemen Agama, *Al Qur’an dan Tafsirnya*, Jilid VII, Semarang: PT Citra Effhar, 1993, hlm. 553). Merujuk pendapat/penafsiran tersebut, maka persoalan terkait perkawinan, hubungan suami isteri, serta anak yang dilahirkan dari hubungan tersebut merupakan persoalan penting dalam kehidupan manusia dan penting untuk difikirkan.

terhormat sesuai kedudukan dan martabat manusia sebagai makhluk Tuhan yang mulia.<sup>2</sup> Dalam perspektif Hukum Islam, pernikahan merupakan hal yang *disyari'atkan*,<sup>3</sup> dianjurkan selain karena merupakan salah satu tanda kekuasaan Allah juga merupakan *sunnah* para Nabi.<sup>4</sup> Pergaulan hidup berumah tangga dikonsepsikan dalam suatu ikatan hubungan suami isteri dengan suasana tenteram, dipenuhi cinta dan kasih sayang (*sakînah*, *mawaddah*, dan *rahmah*); Anak yang lahir dari perkawinan, selain akan menghiasi kehidupan keluarga/rumah tangga, menjaga kesinambungan garis keturunan secara bersih dan terhormat, sekaligus menjaga kelangsungan hidup komunitas manusia di muka bumi.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Dasar sebuah keluarga dalam Islam adalah ikatan darah dan perkawinan, *the foundations of the family in Islam are blood ties and marriage arrangements* (Dalam: Hamudah Abd Al'ati, *The Family Structure In Islam*, Washington Street: American Trust Publications, 1977, hlm. 50). Mengenai arti penting lembaga pernikahan bagi manusia periksa juga: Ibrahim Amini, *Bimbingan Islam Untuk Kehidupan Suami Istri*, Penerjemah: Alwiyah Abdurrahman, Bandung: al-Bayan, 1999, hlm. 17.

<sup>3</sup> Pernikahan *disyari'atkan* berdasarkan dalil al-Qur'an (QS *an-Nisā'* [4]:3, QS *an-Nūr* [24]:32), as-Sunnah (HR Bukhari-Muslim), dan *Ijmā'* (Dalam: Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, Jilid 9, Penerjemah: Abdul Hayyie al-Kattani, dkk., Depok: Gema Insani, 2011, hlm. 40).

Dalam QS *an-Nisā'* (4):21, ikatan pernikahan digambarkan dengan ungkapan kata-kata: *مِيثَاقًا غَلِيظًا* yang artinya "ikatan yang kokoh kuat". Sebagaimana dikemukakan M. Quraish Shihab bahwa kata tersebut hanya ditemukan tiga kali dalam al-Qur'an, yaitu: *Pertama*, dalam QS *An-Nisā'* (4):21 yang melukiskan hubungan suami isteri; *kedua*, dalam QS *al-Ahzāb* (33):7 menggambarkan perjajian Allah dengan para Nabi, dan *ketiga*, dalam QS: *an-Nisā'* (4):154 mengenai perjanjian Allah dengan manusia dalam konteks melaksanakan pesan-pesan agama. (M. Quraish Shihab, *Tafsir Al-Mishbah, Pesan, kesan, dan Keserasian Al-Qur'an*, Vol. 2, Jakarta: Lentera Hati, 2012, hlm. 466).

<sup>4</sup> Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Jilid 2, Penerjemah: Nor Hasanuddin, dkk., Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2006, hlm. 481.

Menurut para Ulama, hukum pernikahan bersifat kondisional, yakni: (1) *Wājib*, bagi yang sudah mampu, nafsunya sangat bergejolak, dan takut berbuat zina. (2) *Sunnat*, bagi orang yang nafsunya sangat bergolak dan mampu menikah, namun masih dapat menahan dirinya dari berbuat zina. (3) *Haram*, bagi yang tidak mampu memenuhi nafkah batin dan lahirserta nafsunya tidak bergolak. (4) *Makrūh*, bagi yang lemah syahwat dan tidak mampu member nafkah. (5) *Mūbah*, bagi yang tidak terdesak oleh alasan yang mewajibkan segera menikah atau karena alasan yang mengharamkan untuk menikah. (*Ibid.*, hlm. 491-493).

<sup>5</sup>Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Perkawinan Islam*, Yogyakarta: UII Press, 2004, hlm. 1.

Di sisi lain, perkawinan sebagai suatu peristiwa hukum menimbulkan akibat serta memiliki berbagai konsekuensi, antara lain dengan adanya ikatan atau hubungan perkawinan melahirkan hak serta kewajiban bagi masing-masing anggota keluarga (suami, isteri, dan anak),<sup>6</sup> karenanya hukum-pun selanjutnya mengatur bagaimana hukum harus ditegakkan, hak setiap anggota keluarga harus dihormati dan mendapat perlindungan sebagai pasangan dari kewajiban pihak lainnya dalam keluarga.

Semestinya perkawinan dengan tujuan membentuk keluarga bahagia berlangsung selama hidup pasangan suami isteri yang bersangkutan, namun dalam kenyataannya terkadang kebahagiaan rumah tangga tidak dapat dipertahankan sehingga ikatan perkawinan putus dan berakhir dengan perceraian. Dengan alasan tertentu, ketika kehidupan rumah tangga mengalami perpecahan yakni manakala tujuan perkawinan membentuk keluarga atau rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa dan/atau keluarga *sakînah, mawaddah, dan rahmah* sudah tidak terwujud lagi, dan antara suami isteri tidak dapat didamaikan untuk hidup rukun lagi dalam rumah tangga, sehingga perceraian menjadi satu-satunya jalan yang dipilih oleh pasangan suami isteri untuk kemudian menjalani kehidupan masing-masing sesuai yang mereka inginkan; Namun harus diakui bahwa apapun alasannya, jika dari perkawinan tersebut telah dikaruniai anak, maka perceraian akan selalu menimbulkan akibat buruk pada

---

<sup>6</sup> M.A. Tihami, dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat: Kajian Fikih Nikah Lengkap*, Jakarta: Rajawali Press, 2014, hlm. 153. Lihat juga: Munir Fuady, *Konsep Hukum Perdata*, Jakarta: Rajawali Pers, 2014, hlm. 10-21. Mengenai implikasi hukum dari suatu perkawinan yang sah dapat dibaca dalam: Mardani, *Hukum Keluarga Islam di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2016, hlm. 51-52.

anak. “Orang tua bercerai, anaklah yang menjadi korban”, demikian ungkapan orang yang sering dialamatkan kepada keluarga yang sudah pecah.

Jika perceraian terjadi, timbul ketidak-seimbangan hubungan antara orang tua dengan anak. Secara psikologis, hubungan buruk antara anak dengan orang tua dapat berakibat buruk pada kejiwaan anak seperti hilangnya rasa aman dan kebahagiaan.<sup>7</sup> Elizabeth B. Hurlock mengemukakan, terputusnya hubungan antara anak dengan orang tuanya yang disebabkan perceraian orang tuanya, akan mengakibatkan anak mengalami trauma emosional yang hebat.<sup>8</sup> Meskipun dalam kasus tertentu perceraian – dianggap - sebagai alternatif terbaik daripada membiarkan anak tinggal dalam keluarga dengan kehidupan keluarga/rumah tangga yang buruk dan bermasalah, namun tetap saja kondisi demikian tidak lebih baik bagi anak ketimbang jika anak tumbuh dan berkembang dalam suasana keluarga yang utuh dan harmonis.

Persoalan pemeliharaan anak atau hak asuh anak bukanlah persoalan sederhana. Sebagaimana dikemukakan Mukhtar Zamzami, “hak asuh anak sesungguhnya bukan hal biasa dan sederhana, apalagi dihubungkan dengan kasus perceraian, karena menyangkut keselamatan, perkembangan dan

---

<sup>7</sup> Sri Mulyanti, *Perkembangan Psikologi Anak*, Yogyakarta: Laras Media Prima, 2013, hlm. 22-23.

<sup>8</sup> Elizabeth B. Hurlock mengemukakan bahwa rumah tangga yang pecah karena perceraian dapat lebih merusak anak dan hubungan keluarga ketimbang rumah tangga yang pecah karena kematian. Alasannya:

- 1) Periode penyesuaian terhadap perceraian lebih lama dan sulit bagi anak daripada penyesuaian yang menyertai kematian orang tua;
- 2) Perpisahan yang disebabkan perceraian itu serius, sebab hal demikian cenderung membuat anak ‘berbeda’ dalam mata kelompok teman sebayanya. Mereka juga mungkin akan merasa bersalah jika lebih suka tinggal dengan orang tua yang tidak ada dari pada tinggal dengan orang tua yang mengasuh mereka.

(Elizabeth B. Hurlock, *Perkembangan Anak*, Judul asli: “*Child Development*”, Penerjemah: Meitasari Tjandrasa, Jakarta: Erlangga, 1978, hlm. 216-217).

kesehatan anak secara fisik dan psikis, jasmaniah dan rohaniyah”.<sup>9</sup> Zamzami menambahkan, secara psikologis memisahkan anak di bawah umur dari ibunya cenderung membuat anak mengalami *maternal deprivation* (semacam kebingungan karena kehilangan ibu secara mendadak), dan *inanitie psikis* (kehampaan psikis). Akibat lain, anak akan mengalami *retardasi* (kelambatan) pengembangan semua fungsi jasmaninya. Pada gilirannya pada usia remaja dan dewasa akan lahir psikopatologis akibat pengalaman buruk masa kanak-kanak seperti historia, fobia, obsesi-kompulsi, depresi, bahkan mungkin ketagihan alkohol.<sup>10</sup>

Dalam banyak kasus yang terjadi dalam masyarakat, konflik rumah tangga yang berujung pada perceraian kerap kali menimbulkan permasalahan serius khususnya terkait pengasuhan anak. Seperti dikemukakan Ketua Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI), Asrorun Niam, bahwa “kasus pengasuhan anak menjadi masalah serius seiring dengan meningkatnya konflik rumah tangga yang berujung pada perceraian dan rebutan kuasa asuh”. Akibatnya, anak menjadi korban, rebutan kuasa asuh, penelantaran, hingga kekerasan”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Untuk mengilustrasikan betapa soal pemeliharaan anak bukan hal biasa dan sederhana, Mukhtar Zamzami mengutip penelitian Harry Harlow (1960-an) yang mencoba memisahkan anak-anak monyet yang masih menyusu dari induknya. Hasilnya, ternyata anak-anak monyet itu mengalami pertumbuhan dan perilaku yang mengesankan dibandingkan dengan anak-anak monyet yang masih tetap bersama dengan induknya. Anak-anak monyet yang dipisahkan dari induknya itu selalu ketakutan, tidak bisa menyesuaikan diri, dan rentan terhadap berbagai penyakit. Bahkan setelah anak-anak monyet tersebut menjadi dewasa dan melahirkan bayinya, mereka menjadi induk-induk monyet yang galak, acuh terhadap anak-anaknya, dan sering melukai anak-anaknya. (Mukhtar Zamzami, “Hak Asuh Anak, Antara Agama dan Kemanusiaan”, *Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun XXX, Nomor 348 November 2014, hlm. 19-20).

<sup>10</sup> *Ibid.*, hlm. 28.

<sup>11</sup> Dari 9 klaster pengaduan KPAI hingga April 2015, pengaduan anak terkait dengan perceraian ini berada di angka kedua tertinggi, yakni ada 3.160 kasus. Yang pertama anak

Berbagai data statistik, menunjukkan bahwa Indonesia saat ini masih dalam kondisi rawan perlindungan anak. Berbagai persoalan yang menyangkut kelangsungan hidup anak-anak mulai dari hak hidup, pendidikan, dan kesehatan, masih menjadi pekerjaan rumah - setiap negara di dunia - termasuk di Indonesia. Jutaan anak Indonesia masih berada dalam kondisi memprihatinkan.<sup>12</sup> Hampir setiap hari media masa tidak pernah luput memberitakan anak-anak yang menjadi korban kekerasan dalam rumah tangga serta pelecehan seksual. Anak-anak tak berdosa itu kehilangan masa depannya akibat menjadi korban berbagai jenis kekerasan.<sup>13</sup>

Anak-anak merupakan aset masa depan bangsa. Generasi muda yang berkualitas dapat membawa suatu negara menuju hari esok yang lebih gemilang. Sebaliknya tingginya jumlah anak-anak yang bermasalah akan

---

berhadapan dengan hukum sebanyak 6.006 kasus; pendidikan 1.764 kasus, kesehatan dan napza 1.366 kasus, dan cybercrime/pornografi 1.032 kasus. (*detikNews*, “Anak yang Orangtuanya Bercerai Rawan Jadi Korban Penelantaran”, Kamis 23 Juli 2015 jam 8:41 WIB, melalui: <http://news.detik.com/berita/2973274/anak-yang-orangtuanya-bercerai-rawan-jadi-korban-penelantaran-hingga-kekerasan>, [Kamis, 23/7/2015, jam 10:27]).

<sup>12</sup> Berdasarkan data Kementerian Sosial RI, pada tahun 2014 jumlah anak terlantar yang tersebar di 34 Provinsi mencapai 4,1 juta jiwa; mereka yang seharusnya dalam perlindungan dan kasih sayang orang tuanya, justru harus bertahan dan berjuang hidup di jalanan agar tetap hidup. Dari dunia pendidikan, berdasarkan data Ditjen Pendidikan Anak Usia Dini Non Formal dan Informal (PAUDNI), pada tahun 2014 tercatat ada 7,39 juta anak yang putus sekolah; harapan mereka untuk meneruskan pendidikan ke jenjang yang lebih tinggi tidak bisa terwujud akibat berbagai persoalan. Yang lebih miris lagi, menurut Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) separuh dari 83 juta anak-anak Indonesia tidak memiliki akta kelahiran, itu artinya ada lebih dari 40 juta anak kesulitan mendapatkan fasilitas negara yang seharusnya menjadi hak mereka. Terkait kondisi kesehatan dan gizi, berdasarkan data Kementerian Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, jumlah anak Indonesia yang kekurangan gizi pada tahun 2014, meningkat dari 15 persen menjadi 17 persen. Catatan buram tentang nasib anak ini juga ditunjukkan dengan terus meningkatnya jumlah anak yang berhadapan dengan hukum. Pada bulan Juli 2013, jumlah anak yang berstatus tahanan atau narapidana sebanyak 5.730 orang, 2.233 di antaranya anak berstatus tahanan dan sebanyak 3.497 anak berstatus narapidana; anak-anak tersebut yang seharusnya berada dalam perlindungan orang tuanyanya justru harus berada di balik jeruji besi akibat pengaruh buruk lingkungan di sekitarnya. Badan Narkotika Nasional menyebutkan, 22 persen pengguna narkoba di Indonesia adalah pelajar dan mahasiswa. (Heri Ruslan, “Dorong Pemenuhan Hak Anak”, *Harian Kompas*, tanggal 1 Juni 2015, hlm. 1-9.).

<sup>13</sup> *Ibid.*

menjadi beban sosial masyarakat dan bangsa ini. Oleh karenanya, perlindungan anak menjadi sektor yang amat penting tidak hanya terkait masa depan anak itu sendiri melainkan juga terkait dengan masa depan bangsa. Selain perlindungan fisik, perlindungan psikis anak juga sangat penting. Khofifah Indar Parawansa, Menteri Sosial RI, mengatakan bahwa anak memerlukan perlindungan fisik, psikis, religiousitas, dan intelektualitas. Anak tidak boleh mendapatkan kekerasan dalam bentuk apapun. Kondisi psikis anak berkaitan erat dengan banyak hal, termasuk dinamika internal keluarga dan lingkungan terdekatnya. Ketika psikis anak terlukai, ia bisa trauma. Siklus traumanya sulit terdeteksi. Perlakuan orang tua dan orang-orang yang pernah berinteraksi intensif dengannya akan membekas dan traumanya bisa datang kapan saja tanpa bisa diketahui pasti waktunya.<sup>14</sup>

Kondisi anak yang secara fisik dan mental sangat lemah dan masih sangat memerlukan perlindungan tidak hanya dari orang tuanya, melainkan juga dari masyarakat, negara serta perlindungan oleh hukum. Meskipun Undang-Undang tentang Perlindungan Anak di Indonesia telah berusia lebih satu dekade,<sup>15</sup> bahkan Undang-Undang tersebut telah dua kali mengalami perubahan,<sup>16</sup> namun harus diakui bahwa tingginya angka kekerasan terhadap anak menunjukkan bahwa negara hingga saat ini belum benar-benar mampu

---

<sup>14</sup> Qomaria Rostanti, "Pembinaan Karakter Anak Bangsa", *Harian Kompas*, tanggal 21 April 2015, hlm. 6.

<sup>15</sup> Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang diundangkan pada tanggal 22 Oktober 2002, dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2002 Nomor 109 Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4235.

<sup>16</sup> Diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang disahkan dan diundangkan pada tanggal 17 Oktober 2014, dan telah dimuat dalam Lembaran Negara Republik Indonesia (LNRI), serta Tambahan Lembaran Negara Nomor 5606, perubahan kedua dengan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (Perpu) Nomor 1 Tahun 2016.

melindungi anak.<sup>17</sup> Dengan demikian perlu dipikirkan upaya serius untuk melindungi anak Indonesia.

Tingginya angka perceraian di Indonesia yang antara lain terbaca dalam Laporan Tahunan Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, pada tahun 2014 yang menyebutkan ada sejumlah 361.445 kasus/perkara perceraian (254.868 perkara Cerai Gugat [perkara cerai yang diajukan oleh pihak isteri], dan 106.577 perkara Cerai Talak [perkara cerai yang diajukan pihak suami]) yang diputus oleh Mahkamah Syar'iyah/Pengadilan Agama seluruh Indonesia dari sejumlah 382.294 kasus/perkara (269.341 perkara Cerai Gugat, dan 112.903 perkara Cerai Talak) yang diterima. Jika dibandingkan dengan data statistik perkara tahun 2012, ada 304.395 perkara perceraian yang diputus dari sejumlah 372.577 kasus yang diterima, dengan demikian dalam rentang waktu tiga tahun - dari 2012 sampai dengan 2014 - terdapat peningkatan perkara yang diterima sebanyak 9.717 perkara atau sekitar 2,6 %.<sup>18</sup> Jumlah tersebut tentu saja belum menunjukkan jumlah sebenarnya angka perceraian yang terjadi, karena selain hanya menunjukkan angka resmi perceraian penduduk yang beragama Islam yang diselesaikan melalui dan menjadi kewenangan peradilan agama, dalam hal ini belum termasuk perceraian yang terjadi pada penduduk non Muslim yang diselesaikan dan menjadi kewenangan peradilan umum, bahkan tidak

---

<sup>17</sup> Berdasarkan catatan KPAI, jumlah kasus kekerasan terhadap anak masih tinggi dan selama empat tahun terakhir tidak terjadi penurunan. Pada tahun 2011 terjadi sebanyak 2.426 jumlah kasus kekerasan terhadap anak, tahun 2012 sebanyak 2.637, pada tahun 2013 meningkat menjadi sebanyak 3.339 kasus, dan pada tahun 2014 sebanyak 2.750 kasus. (*Harian Kompas*, "Kekerasan, Anak Belum Dilindungi", tanggal 21 April 2015, hlm. 11)

<sup>18</sup> Direktur Jenderal Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, Laporan Tahunan, melalui: [www.badilag.net/laptah](http://www.badilag.net/laptah) (20 Januari 2016).

termasuk perceraian yang terjadi di luar pengadilan yang tidak dapat dipungkiri menjadi fenomena yang sering terjadi pada masyarakat di Indonesia.<sup>19</sup>

Tabel 1. Sebaran Perkara Berdasarkan Jenisnya  
Pada Mahkamah Syar'iyah dan Pengadilan Agama Tahun 2014

NO.	JENIS PERKARA	SISA 2013	DI TERIMA	JUMLAH	DICABUT	PUTUS	SISA
1.	....						
10.	Cerai Gugat	53.472	269.341	322.813	16.092	254.868	51.853
11.	Cerai Talak	23.875	112.903	136.778	8.077	106.577	22.124
32.	....						
	JUMLAH	82.105	454.546	536.651	28.421	429.377	78.976

Sumber: Laporan Tahunan Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI

Tingginya angka perceraian tersebut, sudah barang tentu berpotensi menyebabkan semakin banyaknya anak-anak (yang lahir dari pernikahan yang berakhir dengan perceraian) yang terkena dampak buruk perceraian; masalah tersebut memperburuk kondisi yang disinyalir bahwa saat ini Indonesia tengah berada dalam kondisi 'darurat perlindungan anak'.<sup>20</sup> Hal demikian bisa terjadi mengingat anak dari keluarga retak (*broken home*) berpotensi sebagai anak rawan (*children at risk*).<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Mengenai fenomena perceraian di luar pengadilan hingga saat ini belum ada penelitian khusus mengenai seberapa banyaknya.

<sup>20</sup> Istilah 'darurat perlindungan anak' atau 'darurat kekerasan terhadap anak' merupakan istilah yang semakin sering diungkapkan dalam berbagai media. Sebenarnya kasus kekerasan terhadap anak bukan hal baru di Indonesia, bahkan menurut Yohana Yembise, Menteri Pemberdayaan Perempuan dan Perlindungan Anak, Indonesia seharusnya sudah lama memberlakukan darurat kekerasan terhadap anak. Namun menurut Yohana, pemerintah masih mengkaji tingkat kedaruratan kekerasan terhadap anak, karena untuk itu harus melihat standard apa dalam suatu negara bahwa Indonesia sedang dalam kondisi darurat. (*Suara Karya*, Nomor 14708 Tahun ke-45, Senin 14 Maret 2016, hlm. 1).

<sup>21</sup> Menurut Maidin Gultom, disebut 'rawan' karena kedudukan anak yang tidak menguntungkan; Anak rawan merupakan anak yang mempunyai risiko besar untuk mengalami gangguan atau masalah dalam perkembangannya baik secara psikologis (mental), social maupun fisik. Anak rawan dipengaruhi oleh kondisi internal maupun kondisi eksternalnya, di antaranya ialah anak dari keluarga miskin, anak di daerah terpencil, anak cacat dan anak dari keluarga retak (*broken home*). Dalam: Maidin Gultom, *Perlindungan Hukum terhadap Anak dan Perempuan*, Bandung: PT Refika Aditama, 2013, hlm. 2.

Dalam konteks kajian hukum terkait pemeliharaan anak akibat perceraian sangat menarik untuk dikaji. Persoalan hukum yang timbul, antara lain: bagaimanakah akibat perceraian itu terhadap hak-hak anak, bagaimanakah perlindungan hukum bagi si anak, serta sejauh mana peran negara dalam memberikan perlindungan kepada anak korban perceraian – apakah negara (pengadilan, sesuai kewenangannya) dapat ikut campur dalam urusan tersebut ataukah bersifat pasif (menunggu) terserah kepada kemauan dan kehendak orang tuanya? Keadilan hukum seperti apakah yang akan diperoleh anak korban perceraian?.

Dalam praktek penegakan hukum melalui pengadilan di Indonesia saat ini khususnya terkait kewenangan pengadilan dalam mengadili perkara pemeliharaan anak akibat perceraian – mengingat posisi anak sebagai objek dalam perkara pemeliharaan anak - ditemui berbagai persoalan yang rawan perlindungan anak. Jika ikatan perkawinan putus karena perceraian kemudian timbul perselisihan mengenai penguasaan anak, maka timbul isu khas dan krusial; ‘Khas’, karena masalah sengketa pemeliharaan anak akibat perceraian tidak hanya terkait kepentingan kedua belah pihak - antara kedua orang tua yang bersengketa - melainkan terkait pula dengan kepentingan si anak; ‘Krusial’ karena jelas-jelas yang menjadi objek sengketa bukan berupa benda mati melainkan terkait anak yang pada dirinya melekat hak-hak dasar kemanusiannya yang juga harus dilindungi.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (selanjutnya ditulis UU Perkawinan) Pasal 39 menentukan bahwa “*perceraian*

*hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan setelah pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak”* (ayat (1)), dan *“untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, bahwa suami isteri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami isteri (ayat (2))”*. Ketentuan tersebut meskipun telah memberikan perlindungan secara seimbang kepada masing-masing suami (pria) dan isteri (wanita); Namun, ketentuan tersebut belum memberikan perlindungan yang nyata kepada anak yang menjadi korban terdampak perceraian; ketentuan tersebut belum memberikan jaminan atau kepastian mengenai pemeliharaan anak sebagai akibat perceraian.

Demikian pula, terkait soal kewenangan pengadilan dalam mengadili perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, sebagaimana berdasarkan konstruksi Pasal 41 huruf a UU Perkawinan, bahwa sebagai akibat putusnya perkawinan karena perceraian *“baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, pengadilan memberi keputusannya”*. Jika dicermati, ketentuan tersebut bersifat ‘represif’,<sup>22</sup> yakni belum sungguh-sungguh memperhatikan hak dan kepentingan anak, dalam hal ini negara (pengadilan) hanya bersifat pasif (menunggu); artinya, jika pihak yang bersangkutan dalam suatu

---

<sup>22</sup> Tipologi hukum represif, sebagaimana dikemukakan oleh A. Mukthie Fadjar, adalah “tipe hukum yang mengabdikan kepada kekuasaan represif dan kepada tata tertib social yang represif”. Kekuasaan pemerintah yang represif apabila ia kurang memperhatikan kepentingan rakyat yang diperintah, dalam arti apabila ia cenderung untuk tidak mepedulikan kepentingan-kepentingan rakyat tersebut atau menolak legitimasinya. (A. Mukthie Fadjar, *Teori-Teori Hukum Kontemporer*, Malang: Setara Pres, 2013, hlm. 51).

sengketa/perkara perceraian menghendaki membawa perkara penguasaan anaknya diajukan ke pengadilan, barulah dilakukan penegakan hukumnya oleh pengadilan. Tetapi jika pihak yang berselisih tidak mengajukan perkaranya ke pengadilan, maka pengadilan tidak dapat memutuskan mengenai pemeliharaan anak tersebut (kepada siapa hak pengasuhannya akan ditetapkan), melainkan hanya bersikap menunggu (pasif). Padahal dengan putusannya ikatan perkawinan kedua orang tuanya, anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut harus tetap – segera dan tidak dapat ditunda – untuk mendapatkan perlindungan dan kepastian tentang penguasaan dan pemeliharannya; Jika pengadilan memutuskan hal-hal yang tidak dituntut (*ultra petitum partium*) maka pengadilan dianggap telah melampaui batas kewenangannya yakni melanggar asas *ne ultra petita* dan melanggar prinsip hukum 'hakim pasif'.<sup>23</sup>

Kaidah tersebut, jika dilihat dari perspektif perlindungan anak jelas-jelas mengandung persoalan serta rawan perlindungan anak. Ketentuan tersebut tidak bisa menjawab permasalahan pemeliharaan anak akibat perceraian yang tidak disengketakan oleh kedua orang tuanya, baik karena kedua orang tuanya tidak bertanggung jawab - tidak memenuhi kewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya - ataupun karena terjadi kesepakatan di luar pengadilan namun tidak memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak.

---

<sup>23</sup> Prinsip hukum 'hakim pasif' atau disebut juga dengan prinsip hukum 'hakim bersifat menunggu', berdasarkan prinsip tersebut hakim (pengadilan) dalam bekerjanya tidak boleh 'mencari-cari' perkara; Pemaknaan asas hakim pasif bukan hanya sebelum perkara masuk/diterima tetapi juga setelah perkara masuk/diterima oleh pengadilan. Berdasarkan asas hakim pasif, maka Hakim tidak berwenang menentukan ruang lingkup suatu perkara yang diajukan, karena merupakan hak para pihak yang berperkara (Moh. Amir Hamzah, *Hukum Acara Perkara Perdata Peradilan Tingkat Banding*, Malang: Setara Press, 2013, hlm. 65-67). Hakim terikat pada peristiwa yang diajukan oleh para pihak (Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2013, hlm. 11)

Demikian juga mengenai prosedur pemeriksaan perkara penguasaan anak akibat perceraian yang diatur dalam Pasal 66 ayat (5) dan 86 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 (selanjutnya ditulis: UU Peradilan Agama) tidak memberikan ketegasan untuk menggabungkan soal pemeliharaan anak dengan perkara perceraian; Konstruksi pasal perundang-undangan tersebut hanya bersifat *fakultatif*, yang berarti soal penguasaan anak akibat perceraian bisa dikumulasikan dengan perkara pokoknya (perceraian) atau bisa juga diajukan, diperiksa, dan diputus secara terpisah (*di-split*) dalam perkara tersendiri setelah terjadi perceraian.

Dengan demikian konstruksi hukum pola kewenangan pengadilan dalam mengadili perkara pemeliharaan akibat perceraian yang diatur dalam Pasal 39 dan 41 huruf a UU Perkawinan serta Pasal 66 ayat (5) dan 86 ayat (1) UU Peradilan Agama sebagaimana dikemukakan di atas berpotensi rawan perlindungan anak dan rawan kepentingan anak karena tidak memberikan jaminan kepastian kepada siapa anak korban terdampak perceraian akan diberikan hak pemeliharaannya.

Penegakan hukum terkait hak-hak anak dalam perkara pemelihara anak akibat perceraian yang berjalan selama ini tampaknya masih berorientasi pada bentuk keadilan prosedural yang menekankan aspek regulitas dan penerapan formalitas hukum legal. Keadilan substantive sebagai sumber keadilan prosedural belum menjangkau seutuhnya ide-ide dan realitas yang seharusnya

menjadi bagian intrinsik dari konsep dan penegakan keadilan.<sup>24</sup> Penegakan hukum yang demikian berakibat kurang bahkan tidak mampu menyelesaikan inti persoalan sebenarnya.<sup>25</sup>

Hukum sebagai pranata sosial memiliki fungsi sebagai *social control* dan sebagai materi baru dalam proses perubahan sosial (*social change*), dalam konteks ini hukum dituntut untuk lebih responsive terhadap persoalan yang timbul dalam masyarakat. Hukum juga dipandang sebagai sarana rekayasa masyarakat (*a tool of social engineering*). Oleh karenanya, suatu peraturan hukum akan efektif jika materinya sejalan dengan nilai-nilai yang dianut masyarakat, sebaliknya akan kurang efektif jika materinya tidak sejalan, atau bahkan bertolak belakang dengan nilai-nilai yang dianut masyarakat.<sup>26</sup>

Dikemukakan oleh Soetojo Prawirohamidjojo, bahwa lembaga perkawinan merupakan faktor yang penting sebagai salah satu sendi kehidupan dan susunan masyarakat Indonesia; perkawinan merupakan masalah hukum, agama, dan masyarakat.<sup>27</sup> Agama Islam sebagai agama yang dianut oleh mayoritas bangsa Indonesia, sudah barang tentu nilai-nilai ajaran agama Islam sangat besar pengaruhnya terhadap hukum perkawinan di Indonesia. Sejarah panjang perkembangan agama Islam di Indonesia melatar-

---

<sup>24</sup> Keadilan procedural diartikan sebagai keadilan yang didasarkan pada ketentuan-ketentuan yang dirumuskan dari praturan hukum formal, sedangkan keadilan substantive adalah keadilan yang didasarkan pada nilai-nilai yang lahir dari sumber hukum yang responsif sesuai hati nurani (Bambang Sutiyoso, "Hakim Dan Penegakan Keadilan Profetik Dalam Peradilan", dalam: M. Syamsuddin, et.al., *Ilmu Hukum Profetik: Gagasan Awal, Landasan Kefilsafatan Dan Kemungkinan Perkembangannya Di Era Postmodern*, Yogyakarta: Pusat Studi Hukum (PSH) FH UII, 2013, hlm.277)

<sup>25</sup> *Ibid.*, hlm. 264.

<sup>26</sup> R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Pluraisme Dalam Perundang-undangan Perkawinan Di Indonesia*, Surabaya: Airlangga University, 1988, hlm. 4-5.

<sup>27</sup> *Ibid.*

belakangi eksistensi serta keberlakuan hukum Islam di bumi nusantara. Jika dikatakan adanya pengaruh suatu agama terhadap materi hukum dan perkembangan suatu peraturan hukum, maka tepatlah jika dikatakan bahwa pada umumnya pengaruh agama (Islam) yang paling nampak adalah pada hukum perkawinan dan kekeluargaan.<sup>28</sup>

Oleh karenanya, sebagai sebuah ikhtiar dalam upaya mengembangkan hukum (perkawinan dan kekeluargaan) Indonesia ke arah yang lebih baik, ada dua hal yang perlu dipertimbangkan. *Pertama*, perlu dibangun suatu jembatan ilmiah yang dapat menghubungkan kesadaran umat Islam tentang hukum Islam (dibaca: nilai-nilai keadilan dalam hukum Islam) dan hukum negara yang biasa disebut sebagai hukum nasional.<sup>29</sup> *Kedua*, bahwa dalam perkembangan pemikiran hukum modern dewasa ini terjadi krisis paradigma yang menyebabkan banyaknya teori-teori yang selama ini kebenarannya dalam hukum dianggap tidak lagi memadai untuk dipakai guna memecahkan pelbagai masalah yang baru muncul; karena itulah tradisi hukum Islam mempunyai kesempatan untuk menyumbangkan ide-ide dan prinsip-prinsip nilai yang terkandung di dalamnya untuk merekonstruksi konsep-konsep hukum modern, baik dalam teori maupun dalam praktik, yang tidak hanya ditujukan untuk kepentingan umat Islam saja, tetapi untuk segenap warga

---

<sup>28</sup> Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Pernikahan di Indonesia*, Bandung: Sumur Bandung, 2006, hlm. 20-29.

<sup>29</sup> Hukum Islam sebagai salah satu bahan baku hukum nasional, selanjutnya dapat dibaca dalam: A. Qodri Azizi, *Eklektisisme Hukum Nasional: Kompetisi Antara Hukum Nasional dan Hukum Umum*, Yogyakarta: Gama Media, 2002, hlm.247-252.

bangsa bahkan untuk seluruh umat manusia.<sup>30</sup>

## **B. PERUMUSAN MASALAH**

Sehubungan latar belakang permasalahan sebagaimana dikemukakan di atas, maka pertanyaan yang ingin dijawab melalui penelitian ini, dirumuskan dalam perumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimana implementasi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian?
2. Bagaimana problematika implementasi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian?
3. Bagaimana rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam?

## **C. TUJUAN PENELITIAN**

Tujuan utama penelitian ini adalah untuk memahami konstruksi ideal kewenangan pengadilan dalam mengadili perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, dengan merumuskan rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam mengadili perkara pemeliharaan anak akibat perceraian dalam hukum keluarga Islam di Indonesia berbasis nilai keadilan hukum Islam; Hal ini dilatarbelakangi karena sistem kewenangan pengadilan dalam pemeliharaan anak akibat perceraian yang selama ini terbangun masih bersifat represif.

---

<sup>30</sup> Jimly Assididqie, "Kata Pengantar", dalam: Ahmad Tholabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, hlm. xi-xiv.

Lebih jelasnya, penelitian ini dimaksudkan untuk tujuan sebagai berikut:

1. Untuk mengidentifikasi dan menganalisis konstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian.
2. Untuk mengungkap dan menganalisis problematika implementasi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian.
3. Untuk merumuskan rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam.

#### **D. KEGUNAAN PENELITIAN**

##### **1. Kegunaan Teoritis**

Kegunaan teoritis penelitian ini adalah untuk menemukan teori baru khususnya mengenai kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian. Hasil penelitian tersebut merupakan objek material bagi ilmu hukum untuk dianalisis lebih lanjut yang kemudian menjadi material bagi praktik hukum untuk dimanfaatkan.

##### **2. Kegunaan Praktis**

Penelitian ini akan berguna bagi lembaga pengadilan khususnya dalam menyelesaikan sengketa pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam, dan bagi pengemban hukum pada umumnya sebagai rujukan dalam merumuskan kebijakan terkait perlindungan hukum bagi anak, khususnya hukum pemeliharaan anak akibat perceraian.

## E. KERANGKA KONSEPTUAL

Suatu kerangka konseptual, sebagaimana dikemukakan oleh Soerjono Soekanto,<sup>31</sup> merupakan kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep khusus, yang ingin atau akan diteliti. Konsep dimaksudkan sebagai kumpulan dari arti-arti yang berkaitan dengan istilah yang digunakan dalam penelitian.<sup>32</sup> Terkait judul penelitian ini penulis kemukakan beberapa konsep dan definisi operasional sebagai berikut:

### 1. Rekonstruksi

Kata ‘rekonstruksi’ (bahasa Inggris: *reconstruction*) menurut Black Law Dictionary, antara lain berarti: “*the act or process of rebuilding, re-creating, or reorganizing something*”.<sup>33</sup> Istilah ‘rekonstruksi’ dipakai untuk menunjukkan suatu proses pemulihan keadaan yang tidak lagi berjalan normal, sehingga hasil rekonstruksi sangat mungkin akan berbeda dari tampilan awal. Dalam penelitian ini, melalui proses rekonstruksi akan dihasilkan konstruksi baru mengenai pola kewenangan pengadilan yang semula bersifat ‘represif’ terhadap kepentingan anak, kemudian dirumuskan kembali kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam, yakni

---

<sup>31</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: Universitas Indonesia, 1986, hlm. 132.

<sup>32</sup> Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, “konsep” difahami sebagai “kata, dengan makna yang disepakati bersama”. Dalam batasan tertentu yang definitif dalam logika, apa yang disebut konsep adalah “terma”, sedangkan dalam perbincangan keilmuan apa yang disebut konsep tidak lain adalah “istilah”. Secara umum per-definisi, “konsep” yang berasal dari kata “*com*” yang berarti “bersama”, dan “*capere*” yang berarti “menangkap”, adalah “simbol kebahasaan tertentu yang digunakan sebagai representasi objek yang diketahui dan/atau dialami bersama sekelompok manusia dalam kehidupan bermasyarakatnya”. (Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma Dalam Kajian-kajian Sosial dan Hukum*, Malang: Setara Press, 2013, hlm. 2-3).

<sup>33</sup> Bryan A. Graner, *Black Law Dictionary*, Seventh Edition, Dallas: West Group ST, 1999, hlm. 1465.

yang amanah, berkeadilan, dan makruf, dengan memperhatikan HAM, perlindungan anak, serta prinsip kepentingan terbaik bagi anak.

## 2. Kewenangan Pengadilan.

‘Kewenangan’ (*authority, gezag*) diartikan sebagai kekuasaan formal berdasarkan hukum. Dengan demikian ‘Kewenangan Pengadilan’ (*jurisdiction*) adalah kewenangan (kekuasaan) berdasarkan hukum yang diberikan kepada pengadilan untuk menerima, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepadanya.

Kewenangan/kekuasaan peradilan, atau yang dalam sistem tata hukum di Indonesia disebut juga dengan istilah “kekuasaan kehakiman” dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.<sup>34</sup> Dalam konteks permasalahan yang menjadi focus kajian dalam penelitian ini – yakni perkara pemeliharaan anak akibat perceraian dalam hukum keluarga Islam di Indonesia – maka yang dimaksudkan dengan ‘pengadilan’ dalam judul penelitian ini adalah pengadilan dalam lingkungan peradilan agama.

## 3. Perkara

Perkara adalah kasus yang mengandung sengketa yang diajukan ke pengadilan oleh pihak-pihak yang bersengketa untuk diputuskan mengenai hukumnya oleh hakim.

---

<sup>34</sup> Lihat Pasal 24 ayat (2) UUD 1945, hasil Perubahan Ketiga.

Kasus yang diajukan ke pengadilan, selain ada yang berdimensi sengketa (bersifat *contentiosa*), ada pula kasus berupa permohonan (yang bersifat *voluntair*) yang diajukan ke pengadilan untuk diberikan penetapan oleh hakim tidak menghadapkan pihak-pihak yang bersengketa di dalamnya.<sup>35</sup>

#### 4. Perceraian, dan Pemeliharaan Anak Akibat Perceraian.

Perceraian adalah putusnya perkawinan yang memerlukan campur tangan pengadilan, baik atas tuntutan pihak suami atau atas tuntutan pihak isteri.<sup>36</sup>

Perceraian merupakan peristiwa hukum yang akibatnya diatur oleh hukum, atau peristiwa hukum yang diberi akibat hukum. Perceraian mempunyai berbagai akibat hukum, antara lain terkait hak dan kewajiban bekas suami isteri, harta bersama dalam perkawinan, dan akibat hukum terhadap anak.<sup>37</sup>

Adapun yang dimaksud ‘Pemeliharaan Anak’ atau *hadlānah* adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak hingga dewasa dan dapat mengurus dirinya sendiri.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung: CV Utomo, 2006, hlm. 201. Mengenai hal ini dapat dibaca pula dalam: Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 1993, hlm. 3; J.C.T.Simorangkir, et al., *Kamus Hukum*, Jakarta: Aksara Baru, 1987, hlm.78.

<sup>36</sup> Menurut Pasal 38 UU Perkawinan menyebutkan bahwa perkawinan dapat putus karena: a. kematian, b. perceraian, dan c. atas keputusan pengadilan.

Dalam referensi hukum, putusnya perkawinan karena kematian disebut juga dengan ‘cerai mati’; putusnya perkawinan karena perceraian, ada dua kemungkinan, yaitu: (1) atas kehendak isteri disebut ‘cerai gugat’, dan (2) atas kehendak pihak suami disebut ‘cerai talak’; putusan perkawinan karena putusan pengadilan disebut dengan istilah ‘cerai batal’. (Dalam: Muhammad Syaifuddin, Sri Turatmiah, dan Annalisa Yahanan, *Hukum Perceraian*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, hlm. 16-18).

<sup>37</sup> Lihat Pasal 41 UU Nomor 1 Tahun 1974.

<sup>38</sup> Dalam kajian Hukum Islam tidak dijumpai ayat-ayat al-Qurān ataupun Hadits yang menerangkan dengan tegas masa (batasan umur) *hadlānah*, kecuali hanya isyarat-isyarat yang secara tidak langsung menunjuk hal tersebut. Karenanya, para Ulama berijtihad sendiri-sendiri untuk menetapkan masa (batasan umur) *hadlānah* dengan berpedoman kepada isyarat tersebut. (Tihami, dan Sohari Sahrani, *Fikih Munakahat: Kajian Fikih Nikah Lengkap*, Jakarta: Rajawali Pers, 2014, hlm. 224)

## 5. Nilai Keadilan Hukum Islam

Nilai (bahasa Inggris: *value*), adalah sifat atau kualitas dari sesuatu yang bermanfaat bagi kehidupan manusia, baik lahir maupun batin; Manusia menjadikan nilai sebagai landasan, alasan, atau motivasi dalam bersikap dan bertingkah laku.<sup>39</sup>

Yang dimaksud ‘keadilan hukum’ adalah keadilan dalam perspektif hukum atau keadilan yang sesuai hukum. Adapun yang dimaksud dengan ‘Nilai Keadilan Hukum Islam’ adalah nilai keadilan hukum yang digali dari Al-Qur’ān dan as-Sunnah, serta pendapat para Ulama yang diderivasi dari sumbernya yang pokok berupa Wahyu (Al-Qur’ān dan as-Sunnah).

## F. KERANGKA TEORI

Kerangka teori dalam kajian ini disajikan dalam tiga tataran teori; yakni: *grand theory*, dipilih teori keadilan dan teori negara hukum; *middle*

---

Dalam system hukum di Indonesia saat ini terdapat pluralisme mengenai kriteria anak, hal ini disebabkan tiap-tiap peraturan perundang-undangan mengatur secara tersendiri kriteria tentang anak, seperti pada Hukum Perburuhan, Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, Undang-Undang Pengadilan Anak, Undang-Undang Pemasarakatan, Undang-Undang Kesejahteraan Anak, Undang-Undang Perlindungan Anak, Undang-Undang Perkawinan, dan sebagainya. (Darwan Prinst, *Hukum Anak Indonesia*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003, hlm. 1-4).

<sup>39</sup> Mukhtar Latif, *Orientasi Ke Arah Pemahaman Filsafat Ilmu*, Jakarta: Kencana, 2014, hlm. 232.

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata “Nilai” diartikan sebagai ‘sifat-sifat yang penting bagi kemanusiaan’. (Tim Prima Pena, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, tanpa tempat terbit: Gitamedia Press, tanpa tahun, hlm. 553). Menurut H.Laurence Ross sebagaimana dikutip Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, “nilai” dianggap sebagai ‘*idee directive*’ yang merupakan sesuatu yang menjadi penggerak manusia ke arah pemenuhan hasrat hidupnya. (Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Renungan Tentang Filsafat Hukum*, Jakarta: CV Rajawali, 1987, hlm. 14). Para ahli filsafat berfikir dan merenungkan nilai-nilai yang diartikannya sebagai konsepsi-konsepsi abstrak, mengenai hal-hal yang harus dianuti (dianggap baik) dan yang harus dihindari (dianggap buruk). Para ahli filsafat merenungkan tentang nilai-nilai, merumuskan nilai-nilai dan juga menyerasikan nilai-nilai yang berpasangan akan tetapi bersitegang. Lebih lanjut dalam pandangan para ahli filsafat, hukum diartikan sebagai jalinan nilai-nilai. Dalam kaitan pemaknaan hukum sebagai sistem jalinan nilai-nilai, menurut Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, nilai keadilan tidak dapat dipertegangkan dengan suatu nilai lain, karena nilai keadilan secara konsepsional adalah merupakan nilai pencakup-penyerasi. (*Ibid.*, hlm. 13-14).

*range theory*, dipilih teori hukum kritis dan teori hukum progresif; dan *applied theory* dipilih teori *mashlahat* dan teori perlindungan hukum.<sup>40</sup>

## 1. GRAND THEORY

### 1.1. Teori Keadilan

Hal yang paling essensial dalam setiap pembicaraan hukum, adalah soal keadilan. Karena hukum tidak dapat dipisahkan dari keadilan. Hukum dan keadilan bagaikan dua sisi mata uang<sup>41</sup> Sebagaimana diungkapkan oleh Satjipto Rahardjo dalam pernyataannya:

“Membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu bangunan yang formal. Kita juga perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakat.”<sup>42</sup>

---

<sup>40</sup> Sebagai suatu kerangka teoritis, selain ditampilkan teori-teori yang menjadi landasan dalam penelitian ini, ditampilkan pula asas-asas hukum, doktrin hukum, dan ulasan pakar hukum berdasarkan pembedangan kekhususannya. Mengenai ciri-ciri kerangka teoritis dalam suatu penulisan karya ilmiah hukum dapat dibaca dalam: Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, hlm. 79.

Sejumlah teori akan dikemukakan dalam uraian berikut dimaksudkan untuk memberikan argumentasi bahwa hal-hal yang akan dijelaskan adalah ilmiah, atau setidaknya ingin memberikan gambaran bahwa hal-hal yang dijelaskan itu memenuhi standar teoretis.

‘Teori’ merupakan istilah yang diperbincangkan dalam berbagai kalangan ketika mempertanyakan suatu masalah, baik dalam ranah ilmu pengetahuan maupun dalam kehidupan sehari-hari. Teori selalu dikaitkan dengan sesuatu yang abstrak. (Juhaya S. Praja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Bandung: CV Pustaka Setia, 2011, hlm. 1). Bagi banyak ahli, teori merupakan seperangkat gagasan yang berkembang, di samping untuk mencoba secara maksimal memenuhi kriteria tertentu, meski mungkin saja hanya memberikan kontribusi parsial bagi keseluruhan teori yang lebih umum. Menurut S. Sarantakos, teori adalah “suatu set/koleksi/gabungan ‘proposisi’ yang secara logis terkait satu sama lain dan diuji serta disajikan secara sistematis”. Menurutnya, teori dibangun dan dikembangkan melalui riset dan dimaksudkan untuk menggambarkan dan menjelaskan suatu fenomena. (Dalam: Otje Salman S dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Bandung: Refika Aditama, 2010, hlm. 23).

<sup>41</sup> Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat Perspektif Teori Hukum*, Bandung: Nusa Media, 2015, hlm. 101.

<sup>42</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006, hlm. 159.

Dalam kajian Filsafat Hukum, keadilan merupakan salah satu tujuan hukum,<sup>43</sup> yang kadang dipahami seakan-akan terdapat jarak antara hukum dengan keadilan; yakni ketika manusia menggerakkan hukum, esensi hukum itu sendiri tidak berisi keadilan, karena keadilan baru akan dicapai atau dituju oleh hukum. Dalam kondisi demikian, esensi hukum akan tergantung dari ide dan cita-cita para pelaku hukum itu sendiri.<sup>44</sup> Sejatinnya hukum tidak dapat dipisahkan dari keadilan.<sup>45</sup> Sebagaimana diungkapkan oleh Gustav Radbruch, hukum hanya berarti sebagai hukum jika hukum itu merupakan perwujudan keadilan atau sekurang-kurangnya merupakan usaha ke arah itu.<sup>46</sup>

Ada banyak definisi tentang keadilan yang dikemukakan para pakar, akan tetapi definisi yang dikemukakan satu sama lain berbeda dan masing-masing memiliki persepsinya sendiri.<sup>47</sup> Sebagaimana dikatakan oleh Karen

---

<sup>43</sup> Keadilan adalah tujuan utama hukum, tetapi bukan satu-satunya melainkan salah satu tujuan hukum. Dalam sejarah perkembangan ilmu hukum, dikenal ada tiga jenis aliran konvensional tentang tujuan hukum, yaitu:

- 1) Aliran etis, yang menganggap bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencapai keadilan;
- 2) Aliran utilites, yang beranggapan bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan warga masyarakat;
- 3) Aliran normatif-dogmatik, menganggap bahwa pada dasarnya hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum.

(Dalam: Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bogor: Galia Indonesia, 2011: hlm. 83-84).

<sup>44</sup> Fokky Fuad Wasitaatmadja, *Filsafat Hukum, Akar Religiositas Hukum*, Jakarta: Prenadamedia Group, 2015, hlm. 47.

<sup>45</sup> Hukum dan keadilan sebenarnya merupakan dua elemen yang saling bertautan yang merupakan *condition sine qua non*. Hukum adalah manifestasi eksternal keadilan dan keadilan adalah internal autentik dan esensi roh wujud hukum (Dalam: Sukarno Aburaera, dkk., *Filsafat Hukum, Terori & Praktik*, Jakarta: Kencana, 2013, hlm. 178-190).

<sup>46</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1982, :hlm. 161-162.

<sup>47</sup> Achmad Ali mengutip puluhan definisi dan ungkapan tentang arti 'keadilan', dari berbagai kalangan, bukan hanya kalangan pakar hukum dan penegak hukum, melainkan juga dari kalangan sastrawan, penyair, penulis, dan lainnya, sehingga nampak betapa setiap orang memiliki persepsi sendiri tentang apa yang mereka anggap sebagai 'keadilan'. (Periksa: Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) & Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Jakarta: Kencana, 2009, hlm. 217-223).

Lebacqz, istilah ‘keadilan’ tidak pernah bisa dikenal seluruhnya oleh deskripsi individual manapun.<sup>48</sup> ‘Keadilan’ merupakan sesuatu yang abstrak, subjektif, karena keadilan menyangkut nilai etis yang dianut masing-masing individu dan masyarakat. ‘Keadilan’ merupakan sebuah wacana yang sangat luas, rumit dan abstrak, lebih-lebih jika dikaitkan dengan berbagai kepentingan yang beragam.<sup>49</sup>

Menurut Majid Khadduri, meskipun skala-skala keadilan satu dengan lainnya berbeda, relativ dan sangat beragam, akan tetapi pada umumnya memiliki unsur tertentu yang dapat dibagi ke dalam dua kategori, yaitu: (1) ‘keadilan positif’, yakni keadilan yang lahir dan berkembang dari adanya kesamaan kebutuhan manusia secara individu ataupun kebutuhan kolektif sehingga mereka menentukan bersama skala-skala keadilan baik secara diam-diam maupun melalui tindakan formal; dan (2) ‘keadilan Ilahi’ atau ‘keadilan revelasional’ (berdasarkan wahyu), atau yang menurut Aristoteles

---

Secara harfiah, dalam Bahasa Indonesia, kata-kata ‘keadilan’ (bahasa Inggris: *justice*) merupakan kata jadian dari kata dasar ‘adil’, dengan konfiks ‘ke-an’ yang membentuk kata benda dan mengandung makna ‘menyatakan hal’. Kata ‘adil’ adalah kata serapan dari bahasa Arab ‘*adl*’. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, ‘adil’ (kata sifat) artinya: 1) tidak memihak, tidak berat sebelah, tidak condong pada salah satu pihak; 2) tidak zalim, tidak aniaya, tidak sewenang-wenang, sepatutnya. (Tim Prima Pena, *Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Terbaru*, Tanpa tempat terbit: Gitamedia Press, tanpa tahun, hlm. 17). ‘Keadilan’ (kata benda), berarti: sifat yang adil, perbuatan yang adil, perlakuan yang adil. (*Ibid.*) Menurut Muhammad Quraish Shihab, atas bacaannya dalam kamus-kamus bahasa Arab, menginformasikan bahwa kata ‘*adl*’ pada mulanya berarti ‘sama’. Kata ‘sama’ atau ‘persamaan’ sering dikaitkan dengan hal-hal yang bersifat immaterial. Pemaknaan asal dari kata ‘*adl*’ tersebut mengandung makna bahwa pelakunya (orang yang berlaku adil), ‘tidak berpihak’; dan pada dasarnya seorang yang berlaku adil ‘berpihak kepada yang benar’ karena baik yang benar maupun yang salah sama-sama harus memperoleh haknya. Orang yang berlaku adil, berarti orang yang melakukan sesuatu ‘yang patut’ serta ‘tidak sewenang-wenang’ (Muhammad Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur’an: Tafsir Maudhu’I Atas Pelbagai Persoalan Umat*, Bandung: Mizan, 1999, hlm. 111).

<sup>48</sup> Karen Lebacqz, *Six Theories of Justice*, Penerjemah: Yudi Santoso, Bandung: Nusa Media, 1986, hlm. 1-2.

<sup>49</sup> AM Laot Kian, *Berkelana dalam Filsafat Hukum*, Yogyakarta: Kepel Press, 2013, hlm. 124.

dimaksudkan dengan ‘keadilan alami’, yakni kategori keadilan yang berasal dari sumber Ilahi yang bisa berlaku bagi seluruh umat manusia, yang membentuk keadilan kategori keadilan positif.<sup>50</sup>

Untuk menganalisis permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini, penulis merujuk dua teori utama tentang keadilan yaitu: teori keadilan hukum Islam, dan teori keadilan menurut John Rawls.

### **1.1.1. Teori Keadilan Hukum Islam**

Perkembangan pemikiran tentang konsep keadilan dalam Islam, mencakup perspektif yang cukup luas. Majid Khadduri dalam bukunya *The Islamic Conception of Justice* mengemukakan bahwa konsep keadilan dalam Islam dapat ditinjau dari berbagai aspek, antara lain: politik, teologi, filsafat, etika, legal, di antara bangsa-bangsa, dan keadilan social.<sup>51</sup> ‘Keadilan legal’, menurut Khadduri, adalah keadilan yang sesuai hukum.; dengan demikian keadilan mungkin terkandung dalam substansi suatu hukum, tetapi mungkin juga hukum tidak mengandung keadilan.<sup>52</sup>

#### **1.1.1.1. Istilah Hukum Islam**

Istilah ‘hukum Islam’, merupakan istilah khas Indonesia, sebagai padanan dari istilah dalam bahasa Arab: *al-fiqh al-Islāmiy*, atau dalam

---

<sup>50</sup> Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, Penerjemah: H. Mochtar Zoerni dan Joko S. Kahhar, Teologi Keadilan, Perspektif Islam, Surabaya: Risalah Gusti, 1999, hlm. 1-3.

Berbeda dengan ‘keadilan alami’ (Aristoteles) dalam pengertian bahwa keadilan bukan merupakan produk social - melainkan merupakan kekuatan-kekuatan alami; para pakar dan pemikir hukum alam menghubungkan keadilan dengan masyarakat, sedangkan para pakar Islam (maupun Keristen) memusatkan perhatian pokok mereka pada konsep keadilan dalam kaitannya dengan kehendak Ilahi dan nasib manusia. (*Ibid.*, hlm. 2-3.)

<sup>51</sup> *Ibid.*, hlm. 19 dan seterusnya.

<sup>52</sup> *Ibid.*, hlm. 199.

konteks tertentu sebagai terjemahan dari *asy-syarī'at al-Islāmiy*;<sup>53</sup> Dalam kepustakaan hukum Islam berbahasa Inggris, dijumpai istilah *Islamic Jurisprudence* yang berarti Fiqih Islam, dan istilah *Islamic Law* yang berarti Syari'at Islam.<sup>54</sup> Istilah-istilah tersebut umumnya mengacu pada empat terma yang berbeda-beda dalam bahasa Arab, yaitu *fiqh*, *syarī'at/h*, *qanun*, dan *'urf*.<sup>55</sup> Dalam al-Qur'ān sendiri maupun dalam as-Sunnah – yang merupakan sumber utama hukum Islam - tidak dijumpai istilah 'hukum Islam',<sup>56</sup> melainkan yang digunakan ialah “*syarī'at/h*” yang dalam penjabarannya oleh para Ulama kemudian muncul istilah “*fiqh*” dan istilah-istilah teknis lainnya seperti antara lain: *ushul fiqh*, *qawa'id fiqhiyyah*, *tasyrī' Islāmiy*.<sup>57</sup>

Kata *syarī'at/h* - selanjutnya ditulis *syarī'at* - dalam bahasa Arab secara harfiah berarti: “sumber air”, “sumber kehidupan”,<sup>58</sup> “jalan menuju ke sumber (mata) air”, atau “jalan menuju sumber kehidupan”, yakni “jalan lurus yang harus diikuti oleh setiap Muslim”.<sup>59</sup> Yang dimaksud dengan istilah *syarī'at* ialah “segala yang disyari'atkan Allah SWT kepada umat Islam dalam bentuk agama, baik melalui al-Qur'ān atau as-Sunnah, yang mencakup pokok-pokok agama (*ushūluddīn*), soal-soal akhlak dan hubungan sesama

---

<sup>53</sup> Alaidin Kotto, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta: Rajawali Press, 2013, hlm. 24.

<sup>54</sup> Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumikan Asas Hukum Islam Di Indonesia*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 31.

<sup>55</sup> Jasser Auda, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqasid Syariah*, Penerjemah: Rosidin dan 'Ali 'Abd el-Mun'im, Bandung: PT Mizan, 2008, hlm. 100.

<sup>56</sup> Abd. Shomad, *Hukum Islam, Penorma-an Prinsip Syariah dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2010, hlm.24-25.

<sup>57</sup> Juhaya S. Praja (Pengantar), *Hukum Islam di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan*, Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 1991, hlm. v.).

<sup>58</sup> Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Al-Munawwir, Arab – Indonesia Terlengkap*, Edisi Kedua, Yogyakarta: Pustaka Progressif, 1997., hlm. 712.

<sup>59</sup> Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2004, hlm. 46.

manusia, serta hukum-hukum Allah atas perbuatan manusia”.<sup>60</sup> Dengan kata lain, *syarī’at* adalah “rujukan tindakan umat Islam dalam beragama yang berhubungan dengan masalah ‘*aqīdah*, ‘*ibādah*, dan *mu’āmalah*”.<sup>61</sup> Di kalangan ahli hukum Islam istilah *syarī’at* mempunyai dua pengertian, yaitu:

- (1) *Syari’at* dalam pengertian umum, yang sering kali disebut “*fiqih akbar*”, yakni “keseluruhan tata kehidupan Islam”;
- (2) *Syari’at* dalam pengertian khusus yang sering disebut dengan ‘*fiqh ashghar*’, yakni “ketetapan hukum yang dihasilkan dari pemahaman seorang Muslim yang memenuhi syarat tertentu tentang al-Qur’an dan as-Sunnah dengan menggunakan metode tertentu (*ushūl al-fiqih*)”.<sup>62</sup>

Para Ulama meyakini bahwa dalam *Syari’at* Islam tercakup segala hukum yang mengatur semua tindak-tanduk manusia, baik perkataan maupun perbuatan. Hukum-hukum tersebut adakalanya: (1) disebutkan secara jelas dan tegas; bentuk hukum ini tidak memerlukan *ijtihad*, tetapi cukup diambil begitu saja dalam *nash* dan diamalkan apa adanya, karena memang sudah jelas dan tegas disebut oleh *asy-Syāri’* (Allah dan Rasul-Nya); Hukum Islam dalam bentuk ini disebut *an-nushūsh al-muqaddasah* atau wahyu murni; Adakalanya (2) hanya dikemukakan dalam bentuk dalil-dalil dan kaidah-kaidahnya secara umum; Hukum Islam dalam bentuk ini diperlukan *ijtihad*, dan seluruh hukum yang ditetapkan melalui cara seperti ini disebut “*fiqh*”.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Muhammad Yusuf Musa, *Pengantar Studi Fikih Islam*, Judul asli: *Al-Madkhal li-dirāsāt al-fiqh al-Islāmiy*, Penerjemah: Muhammad Misbah, Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2014, hlm. 1. Bandingkan: TM Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Hukum Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1968, hlm. 17.

<sup>61</sup> Muhammad Syukri Albani Nasution, *Filsafat Hukum Islam*, Jakarta: Rajawali Pers, 2014, hlm. 51.

<sup>62</sup> Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia, ...*, *Op.cit.*, hlm. v-vi.

<sup>63</sup> Alaidin Kotto, *Filsafat Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 23-24.

Dalam uraian narasi yang berbeda, namun maksud dan substansinya sama, T.M. Hasbi Ash-Shiddieqy berpendapat sebaiknya fiqh itu dibedakan antara (1) *Fiqh Nabawiy*, yakni *fiqh* yang dengan tegas ditunjukkan Al-Qur’an atau al-Hadits; dan (2) *Fiqh Ijtihady*, yakni *fiqh* yang dihasilkan oleh *ijtihad*, atau oleh *istinbath*. Manfaat pembedaan tersebut, antara lain:

Adapun kata *fiqh* dalam bahasa Arab berasal dari kata kerja *faqiha* yang semakna dengan kata ‘*alima* yang berarti: “mengerti”, dan *fahima* yang berarti: “memahami”; Sedangkan kata *al-fiqh* itu sendiri semakna dengan *al-‘ilm wal-fiqh* yang berarti: “pengertian, pengetahuan”, dan *al-fathānat/h* yang berarti: “kepandaian, kecerdasan”; Kata *fiqh* dimaknai juga dengan ‘*ilm al-ahkām asy-syar’iyyah*, yakni “ilmu fiqih tentang hukum *syara*”<sup>64</sup>.

Menurut Muhammad Abu Zahrah, *fiqh* secara etimologis berarti “pemahaman yang mendalam tentang tujuan suatu ucapan dan perbuatan”;<sup>65</sup> Pengertian *fiqh* menurut terminologi para ahli *fiqh*, tidak jauh berbeda dari pengertiannya secara etimologis. Para *Fuqaha*’ mendefinisikan *fiqh* sebagai “pengetahuan tentang hukum-hukum *syara*’ mengenai perbuatan manusia, yang digali/diambil dari dalil-dalilnya yang terinci”<sup>66</sup>. Kata-kata “sesuatu yang digali/diambil” (*al-muktasab*) dalam definisi tersebut, memberikan pemahaman bahwa *fiqh* lahir melalui serangkaian proses penalaran dan kerja intelektual yang panjang sebelum pada akhirnya dinyatakan sebagai hukum praktis. *Fiqh* tidak hanya sekedar merupakan hasil dari proses penalaran

- 
- 1) untuk memudahkan memisahkan antara hukum-hukum yang tidak dapat dimasuki *ijtihad* baru, dengan hukum yang masih boleh dijalankan *ijtihad*,
  - 2) untuk memudahkan mengetahui hukum-hukum yang seharusnya tidak terjadi perbedaan faham, dengan hukum-hukum yang masing-masing orang boleh berpegang kepada hasil *ijtihad*-nya yang dilakukan menurut kaidah-kaidah *ijtihad*
- (TM Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Hukum Islam*, Jakarta: Bulan Bintang, 1968, hlm. 19).

<sup>64</sup> Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Al-Munawwir ...*, *Op.cit.*, hlm. 1067 – 1068.

<sup>65</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, Penerjemah: Saefullah Ma’sum, dkk., Jakarta: Pustaka Firdaus, 2015, hlm. 1.

<sup>66</sup> *Ibid.*, hlm. 2

intelektual (rasionalisasi) berdasarkan logika keilmuan tertentu, tetapi juga kerja ilmiah. Dengan kata lain *fiqh* adalah merupakan produk *ijtihādiy*.<sup>67</sup>

Menurut Alaidin Koto, kedua bentuk hukum - *syari'at* dan *fiqh* - itulah yang dimaksud sebagai 'Hukum Islam'.<sup>68</sup> Dalam ungkapan lain, Ahmad Rofiq mengemukakan bahwa Hukum Islam merupakan formulasi dari *syari'at* dan *fiqh* sekaligus.<sup>69</sup> Dengan kata lain hukum Islam memiliki dua dimensi, yaitu dimensi *syari'at* dan dimensi *fiqh*.

### 1.1.1.2. Sumber Hukum Islam

Sumber Hukum Islam,<sup>70</sup> yang paling utama adalah: al-Qur'ān, dan as-Sunnah, dan sumber derivatifnya ialah: akal fikiran manusia yang memenuhi syarat (*Ra'yu*) untuk ber- *ijtihad*.<sup>71</sup>

<sup>67</sup> KH. MA Sahal Mahfudh, Bahtsul Masail dan Istinbath Hukum NU: Sebuah Catatan Pendek, dalam: Tim Lajnah Ta'lif Wan Nasyr (LTN) PBNU, *Ahkamul Fukaha, Solusi Problematika Aktual Hukum Islam, Keputusan Mukhtamar, Munas dan Konbes Nahdlatul Ulama (1926-2010M)*, Surabaya: Khalista, 2011, hlm. vi-xiv.

<sup>68</sup> Alaidin Kotto, *Filsafat Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 31.

<sup>69</sup> Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, 2001, hlm. 23.

<sup>70</sup> Dalam beberapa literatur hukum Islam di Indonesia, kata-kata sumber Hukum Islam kadang dikenal dan disebut dengan istilah 'dalil hukum Islam', 'pokok hukum Islam', atau 'dasar hukum Islam' (Dalam: Ali Imron, *Legal Responsibility ... Op.cit.*, hlm. 32-33).

'Dalil' menurut bahasa Arab adalah "petunjuk terhadap sesuatu yang bersifat materi maupun non materi". Sedangkan menurut ahli Ushul, 'dalil' adalah "sesuatu yang menyebabkan timbulnya hukum Syara' atas perbuatan manusia, baik secara qath'iy maupun dzanniy" (Dalam: Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ...*, *Op.cit.*, hlm. 13).

<sup>71</sup> Hal tersebut difahamkan dari QS An-Nisā' (4):59, dan Hadits yang diriwayatkan oleh Al-Baghawiy dari Mu'adz bin Jabal.

Dalam QS An-Nisā' (4):59, Allah SWT berfirman yang artinya:

"Wahai orang-orang yang beriman ta'atilah Allah dan ta'atilah Rasul (Muhammad), dan Ulil-Amri (pemegang kekuasaan) di antara kamu. Kemudian, jika kamu berbeda pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah kepada Allah (Al-Qur'ān) dan Rasul (sunnahnya), jika beriman kepada Allah dan hari kemudian. Yang demikian itu, lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya".

Ayat tersebut memberikan petunjuk bahwa setiap Muslim wajib menaati semua hukum Allah berupa ketetapan yang tertulis dalam al-Qur'ān, hukum Rasul berupa sunnah Rasul yang terdapat dalam beberapa kitab hadits, dan hukum *ulil-amri* atau orang yang mempunyai kekuasaan atau otoritas berupa hasil pemikiran yang dituangkan dalam produk peraturan perundangan atau bahkan suatu kebijakan pemerintah, yakni selama dan sepanjang pemegang kekuasaan itu berpegang pada Kitab Allah dan Sunnah Rasul-Nya.

Al-Qur'ān<sup>72</sup> sebagai sumber hukum Islam yang pertama dan utama, tidak memerlukan argumentasi lain lagi karena seluruh umat Islam telah sepakat dan tidak ada perselisihan bahwa al-Qur'ān merupakan dasar asasi bagi setiap dasar hukum *syarī'at (mashdar al-mashādir)*.<sup>73</sup> Kedudukan ini mengharuskan umat Islam memahami pesan-pesan yang terkandung dalam Al-Qur'ān untuk dilaksanakan dalam kehidupan; Seluruh persoalan yang berkaitan dengan hukum, meski dicari jawabannya terlebih dahulu dari petunjuk yang terkandung dalam Al-Qur'ān.<sup>74</sup>

As-Sunnah,<sup>75</sup> sebagai dalil dan rujukan dalam menetapkan hukum, berkedudukan sebagai sumber kedua setelah al-Qur'ān.<sup>76</sup> Hubungan as-Sunnah dengan al-Qur'ān, dalam kedudukannya sebagai sumber rujukan atau dalil dalam menetapkan hukum, dapat dilihat dalam tiga bentuk:

- (1) As-Sunnah berfungsi menguatkan atau mempertegas hukum-hukum yang disebut dalam al-Qur'ān;

---

<sup>72</sup> T.M. Hasbi Ash-Shiddieqy mendefinisikan Al-Qur'ān ialah “Kalāmullāh yang diturunkan kepada Muhammad SAW, yang ditulis dalam mushhaf, yang berbahasa Arab, yang dinukilkan (dipindahkan) kepada kita dengan jalan yang mutawatir, yang dimulai dengan Surat Al-Fātihah disudahi dengan Surat An-Nās”, sebagian ahli menambahkan dengan “yang membacanya dipandang sebagai ibadat”. (TM Hasbi Ash-Shiddieqy, *Pengantar Hukum Islam...*, *Op.cit.*, , hlm. 17.

<sup>73</sup> *Ibid.*, hlm. 128.

<sup>74</sup> Muhammad Syukri Albani Nasution, *Filsafat Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 61.

Menurut Muhammad Abu Zahrah, sebagai mana dikutip Harun Nasution, dari sejumlah 6360 ayat al-Qur'ān, hanya ada 368 ayat (5,8 %) yang merupakan ayat-ayat hukum. 70 ayat di antaranya merupakan ayat-ayat mengenai hukum pribadi, yakni hukum yang berhubungan dengan masalah keluarga yang mengatur hubungan suami isteri dan sanak keluarga. (Harun Nasution, *Islam Ditinjau Dari Berbagai Aspek*, Jilid II, Jakarta: Universitas Indonesia, 2012, hlm. 1-2-)

<sup>75</sup> Sunnah secara etimologis berarti “jalan yang biasa dilalui” atau “cara yang senantiasa dilakukan”. Dalam terminology ushul-fiqh, sunnah adalah: “segala yang diriwayatkan dari Nabi Muhammad SAW berupa perbuatan, perkataan, dan ketetapan yang berkaitan dengan hukum” (Ali Imron, *Legal Responsibility: ... Op.cit.*, hlm. 42).

<sup>76</sup> Kedudukan As-Sunnah sebagai sumber hukum di atas berdasarkan argumentasi bahwa secara normative didasarkan beberapa ayat al-Qur'an yang menyatakan bahwa ketaatan kepada Rasul dikaitkan dengan ketaatan kepada Allah SWT (QS An-Nisa'[4]:13), beriman kepada Rasul sama dengan kewajiban beriman kepada Allah (QS Al-A'raf [7]:158), penegasan bahwa perbuatan Rasul berdasarkan wahyu yang diturunkan kepadanya (QS An-Najm [53]:3).

- (2) As-Sunnah menjelaskan arti yang masih samar dalam al-Qur’ān, membatasi ke-*muthlaq*-annya dan men-*takhshish* ke-*‘umum*-annya;
- (3) As-Sunnah menetapkan dan membentuk suatu hukum yang tidak ditetapkan dalam al-Qur’ān.<sup>77</sup>

*Ra’yu* secara harfiah berarti “pikiran atau pendapat”,<sup>78</sup> yakni “pendapat orang yang memenuhi syarat untuk menentukan nilai kaidah pengukur tingkah laku manusia dalam segala bidang kehidupan”<sup>79</sup>. Dalam kepustakaan hukum Islam istilah *ra’yu* juga disebut dengan *ijtihad*.<sup>80</sup> ‘*Ijtihad*’ menurut bahasa Arab, berasal dari kata: *jahada* yang berarti “berusaha dengan sungguh-sungguh”;<sup>81</sup> sedangkan menurut istilah, adalah “usaha mengerahkan seluruh tenaga dan segenap kemampuan dalam menetapkan hukum *syara’*, maupun untuk mengamalkan dan menerapkannya”.<sup>82</sup> Merujuk pengertian tersebut, ada dua katagori ijtihad, yaitu:

- (1) ijtihad *istinbathiy*, yakni yang khusus untuk menetapkan suatu hukum dan penjelasannya, dan
- (2) ijtihad *tathbiqiy*, yakni khusus untuk menerapkan dan mengamalkan hukum.<sup>83</sup>

Ada beberapa metode ijtihad yang biasa dilakukan oleh para mujtahid, yaitu:<sup>84</sup>

---

<sup>77</sup> Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Ushul Fikih: Kaidah Hukum Islam*, Judul Asli: ‘*Ilm Ushul al-Eiqh*, Penerjajah: Faiz el-Muttaqin, Jakarta: Pustaka Amani, 2003, hlm. 45-46.

<sup>78</sup> Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Al-Munawwir ...*, *Op.cit.*, hlm. 461.

<sup>79</sup> Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam...*, *Op.cit.*, hlm. 75.

<sup>80</sup> Ali Imron, *Legal Responsibility: ... Op.cit.*, hlm. 46.

<sup>81</sup> Ahmad Warson Munawwir, *Kamus Al-Munawwir...*, *Op.cit.*, hlm. 217.

<sup>82</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ...*, *Op.cit.*, hlm. 579.

<sup>83</sup> *Ibid.*, hlm. 597-598.

a. *Ijmā'*

*Ijmā'* secara bahasa berarti *al-'azm* (berketetapan hati untuk melakukan sesuatu), dan *at-tashmim* (berketetapan hati untuk mengambil keputusan). Secara istilah *Ijmā'* diartikan sebagai konsensus para Ulama terhadap suatu masalah hukum.<sup>85</sup>

b. *Qiyās*

Secara bahasa *qiyās* berarti *at-taqdīr wa at-taswīyah* (menduga dan mempersamakan). *Qiyās* atau 'deduksi analogis' ialah "mengasumsikan permasalahan hukum terkemudian dapat dipecahkan dengan melihat preseden hukum sebelumnya, setelah sebelumnya dilihat aspek-aspek yang mungkin dianalogikan; Para Ulama menjadikan 'illat sebagai patokannya."<sup>86</sup>

c. *Istishhāb*

Secara bahasa *istishhāb* berarti *thalb ash-shuhbah wa istimrāruhā* (tuntutan pemeliharaan dan melanjutkannya). Secara istilah, *Istishhāb* adalah "upaya memberlakukan ketetapan masa lalu pada masa sekarang ini dan masa mendatang, selama tidak ada dalil yang mengubahnya".<sup>87</sup> Ibnul Qayyim mendefinisikan *istishhāb* yaitu "melestarikan yang sudah positif dan menegaskan yang negative (tidak berlaku)". Yakni tetap berlaku hukum

<sup>84</sup> Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 78.

<sup>85</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi Hukum Islam Di Indonesia: Dan Relevansinya Bagi Pembangunan Hukum Indonesia*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2006, hlm. 53.

<sup>86</sup> *Ibid.*

Sebagian ulama Ushul Fiqh mendefinisikan 'illat ialah "suatu sifat khas yang dipandang sebagai dasar dalam penetapan hukum". (Dalam: Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ...*, *Op.cit.*, hlm. 385).

<sup>87</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi ... Op.cit.*, hlm. 54.

asal, baik yang positif maupun yang negative, sampai ada dalil yang mengubah *status quo*. Dalam hal ini tidak diperlukan adanya dalil yang melegitimasi, hukum itu terus berlaku dengan sendirinya sepanjang belum ada dalil yang mengubahnya.<sup>88</sup>

d. *Istihsān*

Secara harfiah *Istihsān* berarti '*add asy-syay*'i *hasanan* yakni “memandang baik terhadap sesuatu”, atau “memandang baik terhadap sesuatu dan meyakinkannya”. Menurut ulama Malikiyah, *Istihsān* adalah “pilihan hukum kepada putusan yang lebih mencerminkan rasa keadilan dan ke-*mashlahat*-an masyarakat”.<sup>89</sup> Dengan kata lain, dalam memecahkan masalah *juz'iyah* terpaksa menggunakan *istihsān* agar tidak terjadi pemakaian kaidah – dalam hal ini *qiyās* – secara melampaui batas hingga menyimpang dari ruh dan makna hukum *syara'*. Sebagaimana dikatakan oleh Ibnu Rusyd, bahwa *istihsān* umumnya dipakai dalam *istinbāth* hukum dengan mengenyampingkan dalil *qiyās* yang berpotensi ke arah pemakaiannya yang berlebihan sehingga harus dihindari, atas kasus-kasus tertentu karena adanya kondisi khusus yang dapat mempengaruhi ketentuan hukumnya”.<sup>90</sup>

e. *Istishlāh (mashlahat al-mursalah)*

Secara bahasa *Istishlāh* berarti *husn al-hāl* (keadaan yang baik) atau *hawl al-khayr wa al-manfa'at* (keadaan yang baik dan bermanfaat). Dalam litelatur *ushul al-fiqh*, istilah *istishlāh* disamakan dengan *mashlahat al-mursalah*, yakni metode ijtihad yang menitikberatkan pada pertimbangan

<sup>88</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ...*, *Op.cit.*, hlm. 481.

<sup>89</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi ...* *Op.cit.*, hlm. 55.

<sup>90</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ...*, *Op.cit.*, hlm. 425-426.

*mashlahat*, dengan bersendikan kaidah ‘menarik *manfa’at* dan menghindari *madharat*’.<sup>91</sup> Metoda *istishlāh* pada prinsipnya diberlakukan pada kasus-kasus (baru) yang tidak ditemukan tekstual penjelasannya secara eksplisit dan implicit dalam al-Qur’ān.<sup>92</sup>

f. *Adz-Dzarī’ah*

Dari segi etimologi, *dzarī’ah* berarti *wasīlah* (perantara); Menurut istilah ahli hukum Islam, *dzarī’ah* ialah “sesuatu yang menjadi perantara ke arah perbuatan yang diharamkan atau dihalalkan”.<sup>93</sup> Dalam hal ini, ketentuan hukum yang dikenakan pada *dzarī’ah* selalu mengikuti ketentuan hukum yang terdapat pada perbuatan yang menjadi sasarannya. Jelasnya, perbuatan yang membawa ke arah mubah adalah mubah, perbuatan yang membawa ke arah haram adalah haram, dan perbuatan yang menjadi perantara atas terlaksananya perbuatan wajib adalah wajib.<sup>94</sup>

g. *‘Urf*

Para Ulama mengklasifikasikan *‘urf* (tradisi) menjadi dua, yaitu: (1) *al-‘urf ash-shāhih*, yakni “adat istiadat yang telah diterima dan berlaku di kalangan masyarakat luas, tidak bertentangan dengan *syara’* dan dibenarkan pula oleh pertimbangan akal sehat, serta membawa kebaikan dan menghindarkan kerusakan”, (2) *al-‘urf al-fāsid*, yakni “adat istiadat yang telah berlaku di masyarakat, namun tidak dapat diterima oleh

---

<sup>91</sup> Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi ... Op.cit.*, hlm. 55-56.

<sup>92</sup> *Ibid.*, , hlm. 56.

<sup>93</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ... Op.cit.*, hlm. 467.

<sup>94</sup> *Ibid.*

pertimbangan akal sehat dan bertentangan dengan *syara'*”.<sup>95</sup> Ulama mazhab Hanafy dan Maliki berpendapat bahwa hukum yang ditetapkan berdasarkan *'urf* yang *shahih* sama dengan yang ditetapkan berdasarkan dalil *syar'iy*.<sup>96</sup>

### 1.1.1.3. Klasifikasi Hukum Islam: *Dīyānī* dan *Qadhā'ī*

Ziya Gokalp dan Musthafa Ahmad az-Zarqā, yang kemudian dikutip dan dikembangkan oleh Rifyal Ka'bah dalam bukunya *Hukum Islam di Indonesia*, dalam teorinya mengemukakan bahwa pelaksanaan ketentuan Hukum Islam oleh masyarakat/pemeluknya dalam suatu negara, ada yang bersifat *dīyānī* semata dan ada yang bersifat *qadhā'ī*.<sup>97</sup>

Hukum Islam yang bersifat *Dīyānī*, ketentuannya dapat dilaksanakan tanpa kekuasaan negara dalam arti tidak membutuhkan kekuasaan negara untuk penegakkannya; Secara harfiah *Dīyānī* adalah kata sifat yang berasal dari kata *dīn* yang berarti “ketaatan dan ketundukan”. Disebut *dīyānī* karena ia sangat mengandalkan ketaatan individu yang menjadi subjek hukum. Seluruh hukum Islam pada dasarnya bersifat *dīyānī* karena pelaksanaannya terserah kepada kesadaran manusia secara individu, dengan kata lain untuk pelaksanaannya pertama-tama didasarkan kepada keyakinan yang bersifat pribadi di mana seseorang merasa terikat secara keagamaan untuk melaksanakannya.

Hukum Islam yang bersifat *Qadhā'ī*, yakni untuk menegakkan/melaksanakan ketentuannya diperlukan kekuasaan negara, hal

<sup>95</sup> Imam Syaekani, *Rekonstruksi Epistemologi ... Op.cit.*, hlm. 56-57.

<sup>96</sup> Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih ... Op.cit.*, hlm. 442.

<sup>97</sup> Rifyal Ka'bah, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Universitas Yasri, 1999, hlm. 60.

mana tergantung situasi dan kondisi; Secara harfiah *Qadhā'ī* adalah kata sifat dari *qadhā'*, yang antara lain berarti “pengadilan atau keputusan pengadilan”. Disebut *qadhā'ī*, karena ia berhubungan dengan permasalahan yuridis. Hukum Islam yang bersifat *qadhā'ī* tidak lagi terbatas pada keputusan seseorang, melainkan telah menyentuh kepentingan orang lain dan karena itu harus dilaksanakan oleh masyarakat melalui kekuasaan Negara.<sup>98</sup>

Klasifikasi *dīyānī* dan *qadhā'ī* ini, menurut Rifyal Ka'bah, akan selalu berkembang sesuai perkembangan masyarakat. Suatu masalah yang tadinya dipandang *dīyānī* semata pada satu saat mungkin akan dipandang sebagai *dīyānī* dan *qadhā'ī* sekaligus pada waktu yang lain.<sup>99</sup>

Dalam perspektif yang tidak jauh berbeda, Mohammad Daud Ali berpendapat bahwa Hukum Islam di Indonesia ada (1) yang berlaku secara normative, yakni bagian hukum Islam yang mempunyai sanksi kemasyarakatan apabila dilanggar; dalam hal ini pelaksanaan dan kuat tidaknya sanksi kemasyarakatan itu tergantung pada kuat lemahnya kesadaran umat Islam akan norma-norma hukum yang bersifat normative itu; dan (2) ada yang berlaku secara formal yuridis, yakni bagian hukum Islam yang menjadi bagian hukum positif berdasarkan atau karena ditunjuk oleh peraturan perundang-undangan.<sup>100</sup>

#### 1.1.1.4. Karakter Hukum Islam

---

<sup>98</sup> *Ibid.*.

<sup>99</sup> *Ibid.*, hlm. 64.

<sup>100</sup> Dalam: Abd. Shomad, *Hukum Islam, Penorma-an Prinsip Syariah dalam Hukum Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2010, hlm. 12-13.

Ada tiga karakter utama hukum Islam yang bersifat tetap dan tidak berubah, yaitu: *takamul* (lengkap), *wasathiyah* (pertengahan), dan *harakah* (dinamis).<sup>101</sup>

Watak *takamul* memperlihatkan bahwa hukum Islam dapat melayani baik golongan yang tetap bertahan pada apa yang sudah ada (tradisional), maupun golongan yang menginginkan perubahan (modernis). Watak *wasathiyah*, hukum Islam menghendaki dan memperhatikan keselarasan dan keseimbangan unsur kebendaan dan unsur kejiwaan. Sedangkan watak *harakah*, membuat hukum Islam mudah bergerak dan berkembang secara dinamis, sesuai dengan perkembangan zaman; bahkan secara *fiqhiyyah* hukum Islam bisa berubah dengan berubahnya situasi, masa, dan tempat, menjadikan hukum Islam bisa sejalan dengan fitrah manusia dan mudah diamalkan dalam keadaan bagaimanapun.<sup>102</sup>

Kecuali itu, segala hukum yang *dinashkan* oleh al-Qur'an dan as-Sunnah bersifat logis (*ma'qulat al-ma'na*) sesuai dengan akal sehat dan tidak dipengaruhi oleh hawa nafsu dan kepentingan-kepentingan tertentu.<sup>103</sup> Hukum Islam juga mempunyai ciri khas sangat memperhatikan aspek kemanusiaan seseorang, baik menyangkut diri, jiwa, akal, maupun kepercayaan atau keyakinannya, baik perorangan maupun kelompok. Hukum Islam juga berwatak *anthropo centris*, yakni menempatkan manusia sebagai segala sasaran dan tujuan hukum Islam; manusia dihargai karena kemanusiaannya, bukan karena yang lain, seperti jabatan yang disandangnya,

---

<sup>101</sup> Alaidin Kotto, *Op.cit.*, hlm. 27.

<sup>102</sup> *Ibid.*, hlm. 28.

<sup>103</sup> *Ibid.*

kekayaan yang dimilikinya, pendidikan yang ditempuhnya, ketampanan atau kecantikan rupanya. Hukum Islam tidak membenarkan melecehkan harga diri, mengacau atau menumpahkan darah orang lain. Ia juga tidak mendasarkan perintahnya pada pemaksaan kehendak yang dapat menghilangkan kemerdekaan seseorang sebagai manusia.<sup>104</sup>

#### 1.1.1.5. Pembaharuan Hukum Islam

Kata lain yang populer untuk ‘pembaharuan’ adalah ‘modernisasi’ (Bahasa Inggris: *modernization*, atau *renewal*; bahasa Arab: *tajdīd*). Dalam masyarakat Barat kata ‘modernisasi’ mengandung arti: “pikiran, aliran, gerakan dan usaha untuk mengubah paham-paham, adat-istiadat, institusi-institusi lama dan sebagainya agar semua itu dapat disesuaikan dengan pendapat-pendapat dan keadaan-keadaan yang baru yang ditimbulkan ilmu pengetahuan modern”.<sup>105</sup> Bila pengertian pembaruan dibawa kepada hukum Islam, maka pembaruan hukum Islam menurut Suratmaputra dapat diartikan sebagai “suatu upaya dan perbuatan melalui proses tertentu (dengan penuh kesungguhan) yang dilakukan oleh mereka yang mempunyai kompetensi dan otoritas dalam pengembangan hukum Islam (*mujtahid*) dengan cara-cara tertentu (berdasarkan kaidah-kaidah *istinbath* atau *ijtihad* yang dibenarkan) untuk menjadikan hukum Islam dapat tampil lebih segar dan tampak modern (tidak ketinggalan zaman) atau menjadikan hukum Islam senantiasa *shālih fī kulli zamān wa makān*.”<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> Harun Nasution, *Islam Ditinjau Dari berbagai aspeknya*. Jakarta: Universitas Indonesia (UI-Press), 2012, hlm., 91.

<sup>106</sup> Dalam: Imam Syaukani, *Rekonstruksi Epistemologi ...*, *Op.cit.*, hlm. 22.

Hukum Islam sebagai suatu pranata social memiliki fungsi sebagai *social control* dan sebagai nilai baru dan proses perubahan sosial (*social change*). Dalam konteks ini hukum Islam dituntut akomodatif terhadap kondisi sosial dan persoalan umat tanpa harus kehilangan prinsip-prinsip dasarnya; Sebab kalau tidak, hukum Islam akan kehilangan fungsinya bagi kepentingan umat; dan jika para ahli hukum tidak memiliki kesanggupan dan keberanian untuk mengantisipasi setiap persoalan yang muncul dalam masyarakat dan mencari penyelesaian hukumnya, maka hukum Islam akan kehilangan karakteristik utamanya.<sup>107</sup>

Berbicara tentang ‘pembaharuan Hukum Islam’ tidak bisa dilepaskan dari ijtihad. Ijtihad adalah merupakan sarana pembaruan hukum Islam. Antara ijtihad dengan pembaruan hukum Islam satu sama lain saling berkoeksistensi.<sup>108</sup> Dengan kata lain pembaruan hukum Islam tidak lain merupakan gerakan ijtihad untuk menetapkan ketentuan hukum yang mampu menjawab permasalahan dan perkembangan baru yang ditimbulkan oleh kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi modern; Yang dimaksud dengan ketentuan hukum di sini adalah ketentuan hukum Islam kategori *fiqh* yang merupakan hasil ijtihad, bukan ketentuan hukum Islam kategori *Syari’at*.<sup>109</sup>

Mengingat karakter hukum Islam yang bersifat dinamis, adaptif, dan senantiasa relevan dengan perubahan dan perkembangan masyarakat seperti telah dikemukakan di atas, maka perkembangan pemikiran hukum Islam tidak bisa lepas dari wacana modernitas dalam hukum Islam. Bustahami

---

<sup>107</sup> *Ibid.*, hlm. 98-99.

<sup>108</sup> *Ibid.*, , hlm. 35.

<sup>109</sup> Muhammad Syukri Albani Nasution, *Filsafat Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 173.

Muhammad Sa'id dalam *Mafhūm Tajdīd ad-Dīn*, yang dikutip Satria Effendi M. Zein, terkait pembicaraan hukum Islam dan modernitas mengemukakan ada dua kelompok kecenderungan yang secara dikotomis dianggap bertentangan satu sama lain, yaitu:<sup>110</sup>

*Pertama*, kelompok berkecenderungan tradisional yang berpendapat bahwa *syari'ah* normative sangat terbatas jumlahnya, sementara persoalan-persoalan hukum dan kemanusiaan tidak pernah akan berakhir dan terus berkembang (*an-nushush mutanahiyah wa al-waqa'i ghayru mutanahiyah*). Karena itu, *syari'ah* yang merupakan hukum Tuhan harus dijaga supaya tetap berada pada posisi *ilahiyat*-nya, dengan cara melaksanakan secara "harfiyah" apa yang tertulis dalam teks suci itu sementara perkembangan masyarakat dapat diselesaikan melalui jalur pemahaman terhadap teks suci, sesuai dengan perkembangan masyarakat Muslim. Dalam konteks ini dibedakan antara *syari'ah* dan *fiqh*.

*Kedua*, kelompok berkecenderungan modernis yang berpendapat bahwa *syari'ah* normative dengan sendirinya dapat dijadikan acuan oleh setiap masyarakat dalam keragaman tradisi dan budaya dengan memahami norma *syari'ah* yang ada pada periode Madinah sebagai norma dasar yang jiwanya harus digali dan diimplementasikan dalam kehidupan umat Islam, sesuai dengan kondisi yang beragam. Kelompok modernis fokus pada dua hal, yaitu: (1) menjadikan norma *syari'ah* sebagai nilai moral dan etika social, dan (2) mencari akar *kemashlahatan* yang melandasi norma *syari'ah* Madinah.

---

<sup>110</sup> Fathurrahman Djamil, "Karakteristik Pemikiran Fiqh Prof. Dr. H. Satria Effendi M. Zein, M.A.", dalam: Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer: Analisis Yurisprudensi dengan Pendekatan Ushuliyah*, Jakarta: Kencana, 2005, hlm. 524-525.

Sejalan dengan pendapat kelompok modernis, Akhmad Khisni mengemukakan bahwa “untuk menghadapi dan menjawab permasalahan tersebut perlu melakukan *tajdid al-fahmi* (pembaharuan pemahanan),<sup>111</sup> tidak cukup hanya pemahaman tekstual, akan tetapi dibutuhkan pendekatan penggalian ‘ruh’ (jiwa) suatu ayat dengan metode *maqashid al-syari’ah* (tujuan hukum) berupa apa sebenarnya idea atau kehendak Allah yang diwahyukan dalam al-Qur’an itu”.<sup>112</sup>

J.N.D. Anderson, mengemukakan bahwa ada tiga tipe tipologi pembaharuan dalam wacana kritikus hukum Islam, yaitu:<sup>113</sup>

- 1) Negara-negara yang masih menganggap *syari’ah* sebagai hukum dasar dan masih dapat diterapkan seluruhnya;
- 2) Negara yang membatalkan hukum *syari’ah* dan menggantinya dengan hukum yang seluruhnya sekuler atau hukum Barat;
- 3) Negara yang menempuh jalan kompromi antara Syari’ah dan hukum sekuler.

Mengacu tipologi yang dikemukakan Anderson tersebut. apabila diperhatikan cara dan teknis yang ditempuh dalam proses perumusan perundang-undangan dan khususnya Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, maka tipe ketiga

---

<sup>111</sup> A. Khisni, *Transformasi Hukum Islam Ke Dalam Hukum Nasional*, Cet. I, Yogyakarta: Program Doktor Ilmu Hukum Pascasarjana Fakultas Hukum UII, 2011, hlm. IX.

<sup>112</sup> Akhmad Khisni, *Perkembangan Pemikiran Hukum Islam (Ikhtiyar Pendidikan Doktor Membekali Calon Mujtahid Menggali Maqashid al-Syari’ah untuk Mewujudkan Hukum Islam yang Kontekstual)*, Semarang: UNISSULA PRESS, 2015, hlm. 1.

<sup>113</sup> Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 133-136.

tersebut relative representative menunjukkan corak khas pembaharuan hukum Islam di Indonesia.<sup>114</sup>

#### 1.1.1.6. Teori Keberlakuan Hukum Islam di Indonesia

Agama Islam mengajarkan kepada pemeluknya untuk ber hukum dengan hukum Islam.<sup>115</sup> Karena itu dari segi ajaran Islam sendiri - tanpa dikaitkan dengan hukum lain di dalam masyarakat - berlaku prinsip bahwa bagi orang Islam berlaku hukum Islam; Sesuai dengan kesadaran agama - dan hak asasinya - seorang Muslim diperintahkan untuk berusaha menaati hukum Islam walaupun dia hidup di dalam masyarakat dan negara yang tidak menjalankan hukum Islam atau bukan negara Islam.<sup>116</sup> Sebagaimana dikemukakan H.A.R. Gibb dalam bukunya: *The Modern Trends of Islam*, bahwa orang Islam kalau telah menerima Islam sebagai agamanya, otomatis mengakui dan menerima otoritas dan kekuatan mengikuti hukum Islam terhadap dirinya. Dengan demikian ada hubungan yang kuat antara agama Islam dan hukum Islam dengan orang Islam dan masyarakat Islam.<sup>117</sup> Dengan

---

<sup>114</sup> *Ibid.*, hlm. 136-137.

<sup>115</sup> Di dalam Al-Qur'an, terdapat beberapa ayat yang secara konseptual mengandung beberapa prinsip-prinsip Islam yang mencakup penerapan dan penataan ajaran hukum Islam bagi orang Islam.<sup>115</sup> Orang Islam diperintahkan taat kepada Hukum Islam (QS *An-Nisā'* [4]:59, QS *An-Nūr* [24]:51, 52). Orang Islam pada dasarnya diperintahkan untuk taat kepada Allah dan RasulNya (QS *An-Nisā'* [4]:59, QS *An-Nūr* [24]:51). Orang Islam tidak dibenarkan mengambil pilihan lain kalau ternyata Allah dan RasulNya telah menetapkan hukum yang pasti dan jelas (QS *Al-Ahzāb* [33]:36). Mengambil pilihan hukum lain sementara Allah dan Rasul-Nya telah memberikan ketentuan hukum, dianggap zalim, kafir, dan fasik (QS *Al-Mā'idah* [5]:44, 45, 47).

<sup>116</sup> Ichtijanto, S.A., "Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia", dalam: Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan*, Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 1991, hlm. 106.

Konsepsi ajaran Islam mengenai penataan hukum Islam oleh pemeluknya dapat dijumpai dalam beberapa ayat al-Qur'an, antara lain: QS (1):5, QS (2):179, QS (4):13, 14, 49, 63, 105, QS (5):44, 45, 47, 48, 49, 50, QS (24):51, dan 52.

<sup>117</sup> Ichtijanto, S.A., "Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia", dalam: Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan ..., Op.cit.*, hlm. 104.

demikian masyarakat Islam tidak dapat dilepaskan dari agama Islam dan tidak dapat dipisahkan dari hukum Islam.

Hukum Islam sebagai tatanan hukum yang dipegangi (ditaati) oleh mayoritas penduduk dan rakyat Indonesia merupakan hukum yang telah hidup di dalam masyarakat, karenanya ia ada dalam kehidupan hukum nasional serta merupakan bahan dalam pembinaan dan pengembangannya.

Keberlakuan hukum Islam di Indonesia dalam pandangan para sarjana mengalami pasang-surut, sesuai sudut pandang teori yang dikemukakan. Selain ajaran Islam tentang penataan hukum, penerimaan otoritas hukum, terkait keberlakuan hukum Islam di Indonesia berkembang teori *receptio in complexu*, teori *receptive*, teori *receptie exit*, teori *reception a contrario*, dan teori eksistensi.

Pada akhir abad ke-19 dan awal ke-20 berkembang teori *receptio in complexu* yang dipelopori oleh Lodewijk Willem Christiaan van den Berg (1845-1927).<sup>118</sup> *Receptio in complexu* secara bahasa berarti “penerimaan secara utuh”.<sup>119</sup> Teori ini mengajarkan bahwa “hukum yang berlaku bagi rakyat pribumi adalah hukum agamanya”. Dengan kata lain, bagi orang Islam

---

<sup>118</sup> A. Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional ...*, *Op.cit.*, hlm. 153.

L.W.C. van den Berg berada di Indonesia antara 1870-1887, ia adalah seorang ahli dalam hukum Islam dan disebut-sebut sebagai orang yang menemukan dan memperlihatkan berlakunya hukum Islam di Indonesia, walaupun sebelumnya telah banyak penulis lain yang membicarakannya. Ia juga mengusahakan agar hukum kewarisan dan hukum perkawinan Islam dijalankan oleh hakim-hakim Belanda dengan bantuan para penghulu kadi Islam. Sebelumnya, pada zaman VOC, telah diakui berlakunya hukum perdata Islam. Dengan dikeluarkannya Regeerings Reglement tahun 1855, keadaan hukum yang telah ada itu diperkokoh dan diperkuat dengan bentuk undang-undang. (Dalam: Ichtiyanto, S.A., “Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia”, dalam: Juhaya S. Praja (Pengantar), *Hukum Islam di Indonesia, Perkembangan dan Pembentukan*, Bandung: PT Remaja Rosdakarya, 1991, hlm. 117-118).

<sup>119</sup> Yaswirman, *Hukum Keluarga, Karakteristik Dan Prospek Doktrin Islam Dan Adat Dalam Masyarakat Matrilineal Minangkabau*, Jakarta: Rajawali Press, 2013, hlm. 63.

berlaku penuh hukum Islam sebab dia telah memeluk agama Islam walaupun dalam pelaksanaannya terdapat beberapa penyimpangan-penyimpangan.<sup>120</sup>

Kebalikan dari teori *receptio in complexu*, adalah teori *receptive*. Secara bahasa *receptie* berarti “penerimaan, pertemuan”. Dalam hal ini, yang dimaksud adalah hukum adat sebagai penerima, dan hukum Islam sebagai yang diterima.<sup>121</sup> Teori ini dikemukakan oleh Prof. Christian Snouck Hurgronje (1857-1936),<sup>122</sup> yang dikembangkan oleh C. van Vollenhoven (1874-1933) dan Ter Harr Brn. Teori ini mengajarkan bahwa hukum yang berlaku bagi rakyat jajahan (pribumi) adalah hukum adat. Hukum Islam menjadi hukum kalau sudah diterima oleh masyarakat sebagai hukum adat. Teori ini disebut *receptie*, yang berarti bahwa hukum Islam, kalau sudah diterima oleh masyarakat adat, berlaku sebagai hukum adatnya.<sup>123</sup>

Hazairin, dalam bukunya “*Tujuh Serangkai Tentang Hukum*”, antara lain mengemukakan bahwa setelah Indonesia merdeka, setelah Proklamasi dan setelah UUD 1945 dijadikan undang-undang dasar Negara, bahwa dalam Aturan Peralihan menyatakan bahwa hukum yang lama masih berlaku selama jiwanya tidak bertentangan dengan UUD 1945, maka seluruh peraturan perundang-undangan pemerintah Hindia Belanda yang berdasarkan teori

---

<sup>120</sup> Ichtijanto, S.A., “Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia”, dalam: Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia...*, *Ibid.*, hlm. 101.

<sup>121</sup> Yaswirman, *Hukum Keluarga ...*, *Op.cit.*, hlm. 73.

<sup>122</sup> Snouck Hurgronje adalah penasihat pemerintah Hindia Belanda pada tahun 1898 tentang soal-soal Islam dan anak negeri. Untuk mempelajari agama Islam, ia memasuki Mekkah dengan nama samara Abdul Gaffar pada tahun 1884-1885 (kurang lebih tujuh bulan dan hamper dapat menunaikan ibadah haji), dengan menyamar sebagai dokter mata dan tukang foto. Disamping keahliannya dalam bidang hukum Islam, Snouck Hurgronje juga ahli dalam bidang hukum adat sebagian daerah Indonesia. Tulisanya antara lain: *De Atjehers* dan *De Gajoland* (Ichtijanto, S.A., “Pengembangan Teori Berlakunya Hukum Islam di Indonesia”, dalam: Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia ...*, *Op.cit.*, hlm. 122).

<sup>123</sup> *Ibid.*, hlm. 101.

*receptie* tidak berlaku lagi karena jiwanya bertentangan dengan UUD 1945. Hazairin juga menyebut teori *receptie* sebagai ‘teori iblis’, dan menurutnya teori *receptie* harus *exit* karena bertentangan dengan al-Qur’an dan as-Sunnah.<sup>124</sup> Menurut Hazairin, berdasarkan teori *receptive exit* yang dikemukakannya, maka *teori receptie* yang dikemukakan oleh Snouck Hurgronje, harus keluar dari hukum nasional Indonesia karena bertentangan dengan UUD 1945 serta bertentangan dengan al-Qur’an dan as-Sunnah.<sup>125</sup>

Sayuti Talib (1929-1990), dalam bukunya: “*Receptio A Contrario: Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*”, mengemukakan teori *receptio a contrario*. *Receptio a contrario* secara bahasa berarti “penerimaan yang tidak bertentangan”. Teori *receptio a contrario* disebut dengan nama demikian karena mengandung ajaran yang merupakan kebalikan dari teori *receptie*. Teori *receptio a contrario* mengajarkan bahwa hukum yang berlaku bagi rakyat adalah hukum agamanya; hukum adat hanya berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum agama.<sup>126</sup>

Sayuti Talib mengemukakan bahwa berdasarkan hasil penelitian dan uraiannya tentang hukum yang berlaku (perkawinan dan kewarisan) menyimpulkan inti dari teori *receptie a contrario* sebagai berikut:

- 1) Bagi orang Islam berlaku hukum Islam;
- 2) Hal tersebut sesuai dengan keyakinan dan cita-cita hukum, cita-cita batin dan moralnya;

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, 10

<sup>125</sup> *Ibid.*, hlm. 102.

<sup>126</sup> *Ibid.*, , hlm. 102.

3) Hukum adat berlaku bagi orang Islam kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.<sup>127</sup>

Menurut Ichtiyanto SA, pemikiran-pemikiran yang tertuang dalam teori *receptio in complexu*, teori *receptie*, teori *receptie exit*, dan teori *receptio a contrario*, terlalu melihat hubungan antara orang Islam pribadi dengan hukum adat dan hukum Islam. Sedangkan kenyataan hukum menggambarkan bahwa setelah Indonesia merdeka terlihat bahwa hukum Islam ada di dalam hukum nasional. Adanya hukum Islam di dalam hukum nasional dibuktikan dengan adanya peraturan perundang-undangan (hukum tertulis) dan hukum tidak tertulis serta praktek ketatanegaraan dan sosial keagamaan bangsa Indonesia.<sup>128</sup> Ichtiyanto SA menamakan teori ini ‘teori eksistensi’.<sup>129</sup>

Kenyataan bahwa hukum tertulis Indonesia banyak dipengaruhi dan mengambil ajaran hukum Islam, maka hukum Islam berada (*exist*) di dalam hukum nasional Indonesia. Oleh karenanya hukum nasional Indonesia tidak mungkin meninggalkan hukum Islam, karena Pancasila dan UUD 1945, serta nilai-nilai nasional Indonesia tidak dapat lepas dari agama dan hukum agama. Berdasarkan pemikiran demikian nampak urgensi pentingnya dilakukan rekonstruksi hukum untuk beberapa bidang hukum yang mengenai

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, hlm. 132.

<sup>128</sup> *Ibid.*, hlm. 146.

<sup>129</sup> Bentuk eksistensi hukum Islam di dalam hukum nasional Indonesia, menurut Ichtiyanto SA, ialah bahwa hukum Islam “*exist*” atau “ada” dalam arti:

- 1) sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia;
- 2) adanya dengan kemandiriannya yang diakui adanya dan kekuatan wibawanya oleh hukum nasional dan diberi status sebagai hukum nasional;
- 3) norma hukum Islam (agama) berfungsi sebagai penyaring bahan-bahan hukum nasional;
- 4) sebagai bahan utama dan dasar utama hukum nasional Indonesia

Dalam: *Ibid.*, hlm. 137

pengamalan hukum agama (Islam) oleh para pemeluknya. Dari sinilah pula nampak pentingnya suatu kajian nilai-nilai filosofis yang terkandung dalam hukum Islam untuk membangun hukum nasional Indonesia.

#### **1.1.1.7. Keadilan Hukum Islam**

Dalam ajaran Islam, Tuhan adalah *al-Haqq* yakni “Kebenaran dan Realitas”. Karena itu, hanya Tuhan senyatanya yang merupakan “Keadilan tak berhingga dan sempurna” serta “Pemberi Keadilan yang sempurna”.<sup>130</sup> Dalam Islam, Allah adalah *asy-Syāri’* yakni Penguasa dan Pembentuk hukum paling utama. *Syari’at* yang ditetapkan oleh Tuhan merupakan suatu sistem ideal dan sempurna. Oleh karenanya prinsip-prinsip keadilan yang berasal dari Wahyu bersifat mutlak (sempurna) dan tidak dapat diganggu gugat, berlaku untuk segala zaman dan dapat diaplikasikan kepada seluruh umat manusia. Namun demikian, oleh karena Tuhan tidak memerintah secara langsung kepada orang-orang yang beriman, maka penunjukan *khalifatullah* di muka bumi, yakni kepada siapa otoritas Tuhan didelegasikan menjadi penting sehingga *syari’at* dapat membumi, dan ia memerintah dengan keadilan.<sup>131</sup>

Sumber keadilan dalam Islam adalah: 1) Al-Qur’ân, 2) Hadits atau Sunnah Nabi, dan 3) *Ijtihâd*. Dalam Islam, ‘Keadilan Ilahi’ diabadikan dalam Wahyu yang terwujud dalam Firman Allah yang termaktub dalam al-Qur’ân,

---

<sup>130</sup> Seyyed Hossein Nasr, *The Heart of Islam: Pesan-Pesan Universal Islam untuk Kemanusiaan*, Penerjemah: Nurasiah Fakhri Sutan Harahap, Bandung: Mizan, 2003, hlm.289-290.

<sup>131</sup> Firman Allah dalam QS *Shaad* (38):26, yang artinya: “(Allah berfirman), wahai Daud sesungguhnya engkau Kami jadikan khalifah (penguasa) di bumi, maka berilah keputusan (perkara) di antara manusia dengan adil dan janganlah engkau mengikuti hawa nafsu, karena akan menyesatkan engkau dari Allah. Sungguh orang-orang yang sesat dari jalan Allah akan mendapat azab yang berat, karena mereka melupakan hari perlindungan”.

dan Hikmah Ilahi yang diwahyukan kepada Nabi Muhammad SAW yang selanjutnya dikomunikasikan kepada ummatnya sebagai Sunnah yang kemudian dikenal sebagai Hadits Nabi, kedua sumber tekstual tersebut kemudian menjadi sumber derivatif *Ijtihad* para Ulama (*Mujtahidin*).<sup>132</sup>

Diskursus tentang keadilan Ilahiyah, apakah rasio manusia dapat mengetahui baik dan buruk untuk menegakkan keadilan di muka bumi tanpa bergantung pada wahyu, ataukah sebaliknya manusia hanya dapat mengetahuinya melalui wahyu, perdebatan mengenai hal ini melahirkan dua mazhab utama teologi dialektika Islam, yaitu Mu'tazilah dan Asy'ariyah. Menurut kaum Mu'tazilah – yang didukung kaum Syi'ah, bahwa manusia dikaruniai akal memiliki kebebasan, ia bertanggungjawab di hadapan Allah yang Mahaadil. Karenanya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar. Sebaliknya kaum Asy'ariyah, menolak gagasan akal manusia sebagai sumber otonom pengetahuan etika; Bagi Asy'ariyah, baik dan buruk adalah sebagaimana ditentukan Allah.<sup>133</sup> Namun, sejauh berkenaan dengan pandangan dunia Islam yang umum, pada akhirnya mengarah pada pandangan yang sama, yaitu bahwa Tuhan adalah benar-benar Mahaadil dan Pengelola keadilan yang sempurna bagi seluruh makhluk-Nya.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Menurut Majid Khadduri referensi al-Qur'ân tentang keadilan yang paling penting antara lain dinyatakan dalam: QS *an-Nahl* (16):90, QS *an-Nisâ'* (4):58, dan QS *al-A'raf* (7):181. (Majid Khadduri, *Ibid*, hlm. 14.)

Selain ayat-ayat tersebut terdapat pula beberapa ayat lainnya yang merupakan referensi mengenai perintah berlaku adil atau menegakkan keadilan, yaitu antara lain: QS *an-Nisâ'* (4):135, *al-Mâ'idah* (5):8, dan *asy-Syūrâ* (42):15.

<sup>133</sup> Ahmad Kamil, *Sekelumit Pikiran, Ucapan dan Pandangan: Dalam Pembinaan*, Jakarta: Kencana, 2016, hlm. 108-109.

<sup>134</sup> Seyyed Hossein Nasr, *The Heart of Islam: ...*, *Op.cit.*, hlm.289-290

‘Ali bin Abi Thalib, salah seorang sahabat Nabi, dalam buku *Nahj al-Balâghah* yang membahas masalah keadilan dari segi praktis dan filosofis, menegaskan bahwa oleh karena Tuhan adalah Keadilan (*al-‘Adl*), maka segala sesuatu yang Dia perbuat adalah adil. Manusia wajib berlaku adil kepada Tuhan dan adil kepada makhluk Tuhan. Untuk dapat dikatakan adil kepada Tuhan, maka manusia harus menjadi manusia yang saleh dan bermoral serta memenuhi tujuan penciptaannya yaitu menyembah Tuhan; Dan untuk dapat dikatakan adil kepada makhluk Tuhan, maka manusia harus memberikan kepada setiap makhluk apa yang menjadi haknya dan bertindak terhadap makhluk-makhluk tersebut sesuai dengan hak-haknya.<sup>135</sup> Dalam satu ungkapannya ‘Ali mengatakan, “keadilan adalah meletakkan sesuatu pada tempatnya”.<sup>136</sup> Beliau juga mengungkapkan bahwa keadilan merupakan ibadah dan amal yang luhur.<sup>137</sup>

Dalam pandangan Mahmutarom HR,<sup>138</sup> konsep Islam berbeda dengan konsep Barat dalam menempatkan manusia; Islam menempatkan manusia pada keseimbangan antara individu dan masyarakat, bukan individu dan bukan pula masyarakat. Simpulan demikian dapat dikonfirmasi dari sumber hukum Islam (antara lain: *QS Adz-Dzāriyāt* [51]:56, *Ar-Rūm* [30]:8, *Al-Qalam* [96]:1-5, *Al-Baqarah* [2]:30, *Ar-Ra’d* [13]:12, *Al-Mukminūn* [23]:14, *As-Sajdah* [32]:9, serta beberapa nama *Surat* yang mencerminkan gambaran

---

<sup>135</sup> *Ibid.*, hlm. 300.

<sup>136</sup> *Ibid.*, hlm. 289.

<sup>137</sup> *Ibid.*, hlm. 300.

<sup>138</sup> Mahmutarom HR, *Rekonstruksi Konsep Keadilan (Studi Tentang Perlindungan Korban Tindak Pidana Terhadap Nyawa Menurut Hukum Islam, Konstruksi Masyarakat Dan Instrumen Internasional)*, Semarang: Universitas Diponegoro, 2016, hlm. 48.

watak manusia) sehingga konsep manusia mengacu pada universalitas dan kesamaan derajat manusia yang melampaui batas etnis, ras, agama dan peradaban.<sup>139</sup>

Dengan mengutip Majid Khadduri, lebih lanjut Mahmutarom mengemukakan bahwa dalam kaitan hubungan sesama manusia yang berpegang pada prinsip keadilan dalam Islam didasarkan pada prinsip-prinsip: **kebebasan, persamaan, toleransi, dan persaudaraan.**<sup>140</sup>

Prinsip-prinsip keadilan dalam konsep Islam tersebut dapat dikonfirmasi dari sumber utamanya dalam Al-Qur'an:

Prinsip **kebebasan**, antara lain dapat dilihat dalam QS Al-Baqarah (2):256, yang artinya: *“Tidak ada paksaan dalam (menganut) agama (Islam), sesungguhnya telah jelas (perbedaan) antara jalan yang benar dengan jalan yang sesat ...”*; dan QS Yunus (10):99 yang artinya: *“Dan jikalau Tuhanmu menghendaki, tentulah beriman semua orang yang di muka bumi seluruhnya. Maka apakah kamu (hendak) memaksa manusia supaya mereka menjadi orang-orang yang beriman semuanya”*.

Prinsip **persamaan**, antara lain dapat dilihat dalam QS Al-Hujurat ():13, yang artinya: *“Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia di antara kamu di sisi Allah ialah orang yang paling bertaqwa di antara kamu”*.

---

<sup>139</sup> *Ibid.*, hlm. 48-50.

<sup>140</sup> *Ibid.*

Prinsip **toleransi**, antara lain dapat dilihat dalam QS Al-Kāfirūn (109):6, yang artinya: “*Untukmulah agamamu, dan untukkulah agamaku*”; dan QS Āli ‘Imrān (3):64, yang artinya: “*Katakanlah: “Hai Ahli Kitab, amrilah (berpegang) kepada suatu kalimat (ketetapan) yang tidak ada perselisihan antara kami dan kamu, bahwa tidak kita sembah kecuali Allah dan tidak kita persekutukan Dia dengan sesuatupun dan tidak (pula) sebagian kita menjadikan sebagian yang lain sebagai tuhan selain Allah ...”*”.

Prinsip **persaudaraan**, antara lain dapat dilihat dalam QS Asy-Syūrā (42):13, yang artinya: “*... Tegakkanlah agama dan janganlah kamu berpecah-belah tentangnya ...*”.

Menurut Muhammad Tahir Azhary, konsep keadilan dalam Islam mempunyai karakteristik yang khas dan berbeda dengan prinsip keadilan menurut versi manusia (Barat). Keadilan buatan manusia dengan doktrin humanisme telah mengasingkan nilai-nilai transendental dan terlalu mengagungkan manusia menjadi titik sentral. Sebaliknya keadilan dalam doktrin Islam hanya Allah yang menempati posisi sentral. Manusia dalam rumusan al-Qur’an menempati posisi *hablun min Allāh wa hablun min an-nās*.<sup>141</sup> Dengan kata lain keadilan dalam humanisme Islam bersifat teosentrik, artinya bertumpu dan berpusat kepada Allah SWT Yang Mahabesar dan Mahakuasa.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Lihat: QS Āli ‘Imrān (3):112, yang artinya:

“*Mereka diliputi kehinaan di mana saja mereka berada, kecuali jika mereka berpegang kepada tali (agama) Allah dan tali (perjanjian) dengan manusia ...*”.

<sup>142</sup> Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Jakarta: Bulan Sintang, 2011, hlm. 123-124.

Dengan merujuk kandungan Firman Allah dalam *QS Āli Imrān* (3):110,<sup>143</sup> Kuntowijoyo mengusulkan humanisme teosentris sebagai ganti humanisme antroposentris untuk mengangkat kembali martabat manusia. Dengan konsep ini, manusia memusatkan diri pada Tuhan, dengan tujuannya adalah kepentingan manusia (kemanusiaan) sendiri.<sup>144</sup>

Berdasarkan paparan di atas disimpulkan bahwa nilai keadilan Islam ialah “humanisme yang berkarakter Ilahiyah”. Dalam humanisme Islam terkandung prinsip-prinsip: kebebasan, persamaan, toleransi, dan persaudaraan. Berkarakter Ilahiyah ialah bahwa nilai keadilan Islam bertumpu dan bersumber pada Allah SWT Yang Mahakuasa dan Mahaadil. Nilai keadilan Islam digali dari Al-Qur’an dan As-Sunnah serta pendapat Ulamaayang diderivasi dari sumber utamanya (Al-Qur’an dan As-Sunnah).

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa konsep keadilan dalam Islam mencakup perspektif yang cukup luas, antara lain: politik, teologi, filsafat, etika, legal, di antara bangsa-bangsa, dan keadilan sosial. Menurut Majid Khadduri, keadilan legal atau keadilan menurut hukum (Islam), dikelompokkan ke dalam dua kategori yang merupakan aspek dari keadilan yang satu sama lainnya berbeda, yaitu:<sup>145</sup> *Pertama*: ‘Aspek substantif’ yakni elemen keadilan yang terkandung dalam substansi *Syari’at* (keadilan substantif). Khadduri menegaskan bahwa ‘keadilan substantif’ merupakan

---

<sup>143</sup> Lihat *QS Āli Imrān* (3):110, yang artinya:

“*Kamu adalah umat yang terbaik dilahirkan untuk manusia, menyuruh kepada yang ma’ruf, dan mencegah dari yang munkar, dan beriman kepada Allah ...*”.

<sup>144</sup> Dalam: Khudzifah Dimiyati, *Pemikiran Hukum: Konstruksi Epistemologis Berbasis Budaya Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014, hlm. 135-137

<sup>145</sup> Majid Khadduri, *The Islamic Conception of Justice ...*, *Op.cit.*, hlm. 199-213.

aspek internal dari hukum. Dalam Islam, ‘kebenaran’ adalah ‘halal’, dan sebaliknya ‘kesalahan’ adalah ‘haram’; Merupakan suatu yang sudah dianggap benar bahwa semua perbuatan yang wajib adalah adil, dan sebaliknya setiap yang diharamkan adalah zalim. *Kedua*: ‘Aspek prosedural’ atau keadilan formal (keadilan prosedural), yakni aspek eksternal dari *Syari’at* yang dengan berdasar atasnya keadilan substantif dapat dicapai.

### 1.1.2. Teori Keadilan Menurut John Rawls

John Rawls mengemukakan teorinya mengenai prinsip-prinsip keadilan sebagai alternatif atas teori utilitarianisme.<sup>146</sup> John Rawls menyoroti teori ini dengan merumuskan sebuah teori yang mengakomodir pribadi individu tanpa harus mempertaruhkan hak-haknya demi kebaikan orang lain, sekaligus menawarkan sebuah metode yang konkret mengenai keadilan distributive; Hasilnya adalah “keadilan sebagai kesetaraan” (*justice as fairness*).<sup>147</sup> Keadilan sebagai kesetaraan artinya tidak seorangpun diperbolehkan mendominasi pilihan atau memanfaatkan kesempatan yang tidak adil sebagai kelebihan dari anugerah alamiah atau posisi sosialnya.

---

<sup>146</sup> Menurut faham utilitarianisme, kepuasan yang merupakan tujuan diupayakan untuk semua orang (*everybody to count for one, nobody for than one*); namun demikian mengenai pembagian kepuasan itu tidak mendapat pembahasan yang tuntas, dan manusia sebagai pribadi tidak dipedulikan. Akibatnya, orang-orang yang sudah beruntung akan lebih beruntung lagi, dan keuntungan itu dirampas dari orang yang sudah kurang beruntung.

Aliran Utilitarianisme dipelopori oleh Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873), dan Rudolf von Jhering (1818-1889). Pada dasarnya manusia akan melakukan tindakan untuk mendapatkan kebahagiaan yang sebesar-besarnya dan mengurangi penderitaan. Atas dasar ini baik buruknya suatu perbuatan diukur dari apakah perbuatan itu mendatangkan kebahagiaan atau tidak. (Lihat: Lili Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990, hlm. 44-45).

<sup>147</sup> Karen Lebacqz, *Op.cit.*, hlm. 49-50.

Rawls menegaskan dua prinsip fundamental bagi terbentuknya suatu masyarakat yang adil, yaitu:<sup>148</sup>

1) Prinsip kesamaan;

Pada dasarnya setiap orang mempunyai hak yang sama atas suatu sistem total kebebasan-kebebasan dasar yang sebesar mungkin, sejauh dapat disesuaikan dengan sistem kebebasan yang sama besar bagi orang lain.

2) Prinsip ketidaksamaan.

Ketimpangan sosial ekonomi harus ditata sedemikian rupa sehingga dapat menguntungkan bagi semua orang dan semua posisi dan jabatan dalam masyarakat.

Hal ini harus memenuhi syarat, yaitu:

- Situasi ketidaksamaan akan menjamin *maximum minimorum* bagi golongan masyarakat yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan keuntungan yang paling tinggi yang paling dimungkinkan bagi golongan orang-orang kecil.
- Ketidaksamaan terkait jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama, dan lain-lain di tolak.<sup>149</sup>

Menurut John Rawls, keadilan bermakna keseimbangan antara manfaat sosial dan manfaat pribadi. Berkaitan dengan manfaat sosial,

---

<sup>148</sup> John Rawls, *A Theory of Justice, (Teori Keadilan: Dasar-dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara)*, Penerjemah: Uziar Fauzan, Heru Prasetyo, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011, hlm. 72.

<sup>149</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum ..., Opcit.*, hlm. 199-200.

keadilan harus difahami dalam arti keuntungan sosial juga harus diberikan peluangnya bagi orang-orang yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya, bukan hanya milik orang-orang yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja. Inilah sebuah kejujuran (*feirness*). Dalam hal ini asas resiprositas sangat ditekankan namun tetap memperhatikan perbedaan-perbedaan objektif di antara anggota masyarakat. Dengan kata lain, keadilan itu mencakup baik secara prosedural bersifat adil, maupun menurut hasilnya bermakna adil pula.<sup>150</sup> Keadilan merupakan suatu nilai yang mewujudkan keseimbangan antara bagian-bagian dalam kesatuan, antara tujuan-tujuan pribadi dan tujuan bersama. Berkat keadilan stabilitas hidup terjamin. Di dalam masyarakat yang adil, ketidakadilan tidak boleh terjadi kecuali untuk menghindarkan suatu ketidak-adilan yang lebih besar.<sup>151</sup>

## 1.2. Teori Negara Hukum

Ide atau cita negara hukum, dalam sejarahnya, berkembang secara bertahap dalam rentang waktu yang cukup panjang.<sup>152</sup> Pemikiran tentang negara hukum sudah dimulai sejak Plato<sup>153</sup> dengan konsepnya "bahwa penyelenggaraan negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan

---

<sup>150</sup> AM Laot Kian, *Berkelana Dalam Filsafat Hukum, ..., Op.cit.*, hlm. 127.

<sup>151</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum ..., Op.cit.*, hlm. 194.

<sup>152</sup> Sebagai produk sejarah, pengertian dan hakikat negara hukum senantiasa berkembang dan berbeda pada tiap zaman dan bagi tiap bangsa. Ide negara hukum sudah dikenal sejak 2500 tahun yang lalu (500 SM) oleh bangsa Yunani Kuno. Sepanjang yang dapat diketahui, ide negara hukum pertama kali dikemukakan oleh Plato (427 SM-347 SM), seorang ahli pikir bangsa Yunani, dalam rangkaian karyanya yang berjudul *Politeia (the Republic)*, *Politicos (the Stateman)*, dan *Nomoi (the Law)*. (Hotma P. Sibuea, *Asas Negara Hukum, ..., Op.cit.*, hlm. 8-11).

<sup>153</sup> Plato mengintrodusir istilah *nomoi* sutau istilah yang pada masa sekarang menunjuk kepada pengertian Negara hukum. (Muntoha, *Negara Hukum Indonesia Pasca Perubahan UUD 1945*, Yogyakarta: Kaukaba, 2013, hlm. 3). Karya utamanya ialah "*Politeia*" (Negara), karya tersebut memuat fikiran Plato tentang Negara dan hukum yang kemudian dilanjutkan "*Politikos*" (ahli Negara), dan "*Nomoi*" (undang-undang). (J.J. Von Schmid, *Ahli-Ahli Pikir Besar tentang Negara dan Hukum (dari Plato sampai Kant)*, Judul Asli: "Grote Denkers Over Staat en Recht (van Plato totKant)", Penerjemah: R. Wiratno dkk., Jakarta: Gunung Sahari, 1980, hlm. 80).

(hukum) yang baik”. Ajaran negara hukum pada intinya merupakan gagasan dalam rangka mengantisipasi ekses-ekses penyelenggaraan dan pelaksanaan kekuasaan penguasa yang absolut.<sup>154</sup> Dalam dinamika perkembangan pemikiran tentang negara hukum dan praktik kenegaraan selanjutnya negara-negara modern di dunia umumnya mengembangkan dan menerjemahkan konsepsi negara hukum itu ke dalam istilah dan sistem hukum masing-masing.<sup>155</sup>

Indonesia, dalam konstitusinya menyatakan bahwa “Negara Republik Indonesia adalah negara hukum”.<sup>156</sup> Sebagai sebuah negara hukum, maka konsep negara hukum Indonesia mempunyai keistimewaan tersendiri sesuai dengan ideologi, sosial, dan budaya, serta latar belakang sejarah yang terkait dengan budaya dan corak masyarakat Indonesia sendiri.<sup>157</sup>

---

<sup>154</sup> (Dalam: Soehino, *Hukum Tata Negara, Perkembangan Sistem Demokrasi di Indonesia*, Yogyakarta: BPFY-Yogyakarta, 2010, hlm. 47.)

<sup>155</sup> Dalam kepustakaan ilmu hukum, konsep negara hukum sudah lazim disebut dengan sebutan teori negara hukum (Yopi Gunawan, dan Kristian, *Perkembangan Konsep Negara Hukum dan Negara Hukum Pancasila*, Bandung: Nurul Falah Atif, 2015, hlm. 18).

<sup>156</sup> Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Dasar 1945.

Menurut sinyalemen Jimly Asshiddiqie, dalam sejarah kenegaraan penduduk nusantara, tradisi kekuasaan berdasarkan aturan hukum tersebut juga telah hidup sejak dahulu. Hal tersebut antara lain nampak dalam kebudayaan Minangkabau, dengan prinsip “*adat basandi syara’, syara’ basandi kitabullah*” melambangkan kuatnya peranan adat dan hukum dalam kebudayaan mereka. Demikian juga dalam tradisi kekuasaan di lingkungan kerajaan-kerajaan lainnya seperti di Sumatera Selatan, Kalimantan, dan juga Kerajaan Gowa di Sulawesi Selatan, kedudukan dan peranan hukum adat itu dikenal sangat kuat, hal itu menggambarkan adanya tradisi supermasi hukum yang berlaku di lingkungan kerajaan-kerajaan di nusantara pada masa lalu. (Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara ...*, *Op.cit.*, hlm. 297-298).

<sup>157</sup> Satjipto Rahardjo mengingatkan betapa pentingnya untuk menyadari bahwa Negara Hukum Indonesia tidak hanya sebuah merk, melainkan benar-benar harus dimaknai sebagai “proses menjadi Indonesia”. Menjadi Indonesia, dalam pandangan Satjipto, adalah membumi ke dalam habitat, tradisi, nilai-nilai, kosmologi serta cita-cita modern Indonesia. Negara Hukum Indonesia adalah proses untuk makin menampilkan ciri keindonesiaan di tengah-tengah banyak negara hukum lain di dunia, yang masing-masing juga memiliki karakteristiknya sendiri. (Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum: Yang Membahagiakan Rakyatnya*, Yogyakarta: Genta, 2009, hlm. 90-91).

Pancasila merupakan falsafah bangsa Indonesia yang merupakan *de zin van wereld en leven* (makna dari dunia kehidupan). Dalam posisi demikian, didapati sebuah justifikasi teoritis filsafati bahwa Pancasila merupakan suatu hal yang tidak perlu dibuktikan lagi kebenarannya dan mutlak harus dijadikan dasar dalam seluruh aspek kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dengan demikian yang harus dianut dan diterapkan di Indonesia bukanlah konsep negara hukum sebagaimana konsep *rechtsstaat* di negara-negara yang menganut sistem hukum *civil law* ataupun konsep *the rule of law* di negara-negara yang menganut sistem hukum *common law*, melainkan menganut dan menerapkan konsep negara hukum yang sesuai dengan kondisi dan jiwa bangsa Indonesia yakni konsep Negara Hukum Pancasila.<sup>158</sup> Sebagaimana dikatakan Oemar Seno Adji<sup>159</sup>, bahwa negara hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia. Karena Pancasila harus diangkat sebagai dasar pokok dan sumber pokok, maka negara hukum Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila.

---

<sup>158</sup> Yopi Gunawan, dan Kristian, *Perkembangan Konsep ...*, *Op.cit.*, hlm. xi.

Menelusuri unsur-unsur negara hukum yang terdapat dalam UUD 1945 sebelum dan sesudah dilakukan perubahan, menurut Moh. Mahfud MD, dapat disimpulkan bahwa negara hukum yang terdapat dalam UUD 1945 pra dan pasca amandemen adalah menggabungkan antara unsur-unsur yang terdapat dalam *rechtsstaat* dengan unsur-unsur dalam konsep *rule of law*; Atau dalam istilah Moh. Mahfud MD disebut dengan konsep “prismatik”, yaitu menggabungkan unsur-unsur yang terdapat dalam berbagai konsep yang berbeda - *rule of law* maupun *rechtsstaat* - ke dalam satu konsep yang menyatu yakni “Negara Hukum Indonesia” yang implementasinya disesuaikan dengan tuntutan perkembangan zaman. (Dalam: Teguh Prasetyo, dan Arie Purnomosidi, *Membangun Hukum ...*, *Op.cit.*, hlm. 46).

Strategi prismaatika sebagaimana diajukan oleh Fred Riggs, yang dilanjutkan oleh Moh. Mahfud MD, bahwa strategi hukum Indonesia ada dua, bisa *legisme (civil law)* dan bisa juga keadilan *substantive (common law)*. Inilah yang mungkin bisa disebut sebagai strategi prismaatika sebagaimana diajukan oleh Fred Riggs. (Moh. Mahfud MD, “Inilah Hukum Progresif Indonesia”, dalam: Moh. Mahfud MD., dkk., *Dekonstruksi dan Gerakan Pemikiran Hukum Progresif*, Thafa Media bekerjasama dengan Konsorsium Hukum Progresif Universitas Diponegoro Semarang, Yogyakarta: 2013, hlm. 10).

<sup>159</sup> Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: ...*, *Op.cit.*, hlm. 93.

Penggunaan istilah negara hukum diberi atribut Pancasila hingga menjadi “Negara Hukum Pancasila”, menurut Philipus M. Hadjon adalah sudah tepat. Penamaan demikian di satu pihak jelas bahwa dalam nama sudah terkandung isinya (*nomen est omen*), dengan demikian negara hukum bukanlah sekedar suatu terminology terjemahan dari *rechtsstaat* ataupun *the rule of law*, melainkan merupakan suatu konsep; di pihak lain tidak terlalu mudah menganggap dan menerima begitu saja “negara hukum (Pancasila)” adalah *rechtsstaat* ataupun *the rule of law*.<sup>160</sup>

Salah satu ciri pokok dalam Negara Hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap kebebasan beragama (*freedom of religion*). Kebebasan beragama dalam konotasi positif ialah bahwa negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu; kebebasan beragama dalam konotasi negatif, artinya tidak ada tempat bagi atheisme atau propaganda anti agama di bumi Indonesia.

---

<sup>160</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, ...*, *Op.cit.*, hlm. 74

Sehubungan dengan penggunaan istilah dan perumusan konsep negara hukum yang diatur dalam Penjelasan UUD 1945, dalam Penjelasan Umum UUD 1945 tentang sistem pemerintahan Negara disebutkan bahwa: “Negara Indonesia berdasar atas hukum (*Rechtsstaat*) tidak berdasarkan kekuasaan belaka (*machtsstaat*)”, Muh. Yamin berpendapat bahwa kata *rechtsstaat* dalam Penjelasan UUD 1945 bukanlah konsep *rechtsstaat* sebagaimana yang diterapkan dalam sistem hukum *civil law*, melainkan hanya istilah yang digunakan untuk menyebutkan Negara hukum. Hal ini dipertegas oleh Padmo Wahyono, bahwa dengan rumusan *rechtsstaat* di antara kurung mengandung makna bahwa pola negara hukum yang diambil tidak menyimpang dari pengertian negara hukum pada umumnya (*genus begrip*), dengan disesuaikan dengan keadaan Indonesia artinya digunakan dengan ukuran pandangan hidup maupun pandangan bernegara Indonesia. (Dalam: Teguh Prasetyo, dan Arie Purnomosidi, *Membangun Hukum ...*, *Op.cit.* hlm. 41-42).

Dengan kata lain, rumusan *rechtsstaat* dalam Penjelasan UUD 1945 hanya merupakan istilah yang digunakan untuk mengartikan konsep Negara hukum bukan sebagai konsep *rechtsstaat* sebagaimana yang diterapkan di negara-negara kontinental. Kecenderungan digunakannya istilah *rechtsstaat* dalam Penjelasan UUD 1945 dikarenakan adanya faktor bahwa Indonesia lama dijajah dan adanya pengaruh kuat dari kolonialisme yang panjang yang dilakukan oleh Belanda yang dalam system hukumnya menganut *civil law*. (*Ibid.*, hlm. 43-44).

Padmo Wahyono menelaah Negara Hukum Pancasila dengan bertitik pangkal dari asas kekeluargaan yang tercantum dalam UUD 1945. Dalam asas kekeluargaan yang diutamakan adalah “rakyat banyak, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai”. Padmo Wahyono memahami hukum adalah suatu alat atau wahana untuk menyelenggarakan kehidupan negara atau ketertiban, dan menyelenggarakan ketertiban sosial. Sehingga Padmo Wahyono menamakan fungsi hukum Indonesia adalah pengayoman.<sup>161</sup>

Sedangkan Philipus M. Hadjon, dalam suatu penelitiannya menyimpulkan elemen atau ciri-ciri Negara hukum Pancasila adalah:<sup>162</sup>

- a. Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
- b. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan-kekuasaan negara;
- c. Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah dan peradilan merupakan sarana terakhir;
- d. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Berdasarkan uraian diatas, meskipun mengenai bentuk negara ideal yang dikonsepsikan oleh para pemikir dan pakar hukum mensyaratkan adanya berbagai unsur atau komponen sebuah negara hukum yang satu sama lainnya terdapat perbedaan - yang disebabkan adanya perbedaan yang melatarbelakangi permikiran masing-masing<sup>163</sup> - akan tetapi pada intinya teori negara

---

<sup>161</sup>Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum: ...*, *Op.cit.*, hlm. 93.

<sup>162</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat ...*, *Op.cit.*, hlm. 90.

<sup>163</sup> A. Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum*, Malang: Bayumedia, 2004, hlm. 39-40.

Perbedaan gagasan mengenai bentuk negara ideal terjadi karena beberapa faktor penyebab. Menurut Hotma P. Sibuea, faktor-faktor tersebut antara lain ialah: 1) perbedaan sejarah peradaban (kebudayaan) bangsa yang bersangkutan, 2) karena perbedaan filsafat kenegaraan bangsa. Selain adanya perbedaan-perbedaan tersebut, ada juga persamaan ide negara hukum yang berkembang pada suatu zaman yang berbeda, antara lain misalnya antara ide negara hukum Yunani Kuno dengan Eropah Barat terdapat persamaan latar belakang motivasi kelahiran ide Negara hukum tersebut, yakni baik ide negara hukum klasik Yunani Kuno maupun ide Negara hukum modern Eropah Barat lahir dari latar belakang kesewenang-wenangan penguasa. (Hotma P. Sibuea, *Asas*

hukum mengajarkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kenegaraan adalah hukum, bukan politik ataupun ekonomi;<sup>164</sup> dan bahwa hukum yang hendak diwujudkan itu tidak lain adalah hukum yang adil serta memberikan perlindungan kepada rakyat.<sup>165</sup>

Dalam sebuah negara hukum tidak ada artinya apabila kekuasaan penguasa negara masih bersifat absolut. Sehingga timbul gagasan dan keinginan untuk mengatur dan membatasi hubungan kekuasaan yang terdapat antara negara dan warganya dan di antara organ-organ negara; dalam sejarahnya, gagasan tersebut semula dikenal dari suatu gerakan konstitusi yang lahir di dunia Barat.<sup>166</sup>

---

*Negara Hukum, Peraturan Kebijakan, dan Asas-asas Umum Pemerintahan Yang Baik*, Jakarta: Erlangga, 2010, hlm. 10).

<sup>164</sup> Jimly Asshiddiqie, *Pokok-pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, Jakarta: PT Bhuana Ilmu Populer, 2008, hlm.297.

<sup>165</sup> Sebagaimana dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon bahwa jika dikaitkan dengan prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia, pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikatakan sebagai tujuan utama dari pada negara hukum (Periksa: Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, Sebuah Studi tentang Prinsip-prinsipnya, Penanganannya oleh Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Administrasi Negara*, Surabaya: PT Bina Ilmu, 1987, hlm. 71).

H. A. Masyhur Effendi, setelah mengutip unsur-unsur *rechtsstaat* yang dikemukakan Stahl, *rule of law* yang dikemukakan A. V. Dicey, dan hasil keputusan dalam permusyawaratan para ahli hukum di Bangkok 1965 yang diselenggarakan oleh *International Commission of Jurists* yang telah memperluas makna atau syarat *rule of law*, menunjukkan adanya persamaan prinsip dengan ide hak asasi manusia, yang pada akhirnya dapat disimpulkan bahwa antara negara hukum dengan penegakkan hak asasi manusia merupakan satu mata uang dengan sisi yang berbeda. (Dalam: H. A. Masyhur Effendi, *Hak Asasi Manusia Dalam Hukum Nasional dan Hukum Internasional*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994, hlm. 33).

<sup>166</sup> Mhd. Shiddiq Tgk. Armia, *Perkembangan Pemikiran Dalam Ilmu Hukum*, Jakarta: PT Pradnya Paramita, 2003, hlm. 65.

Sebenarnya, teori pemisahan kekuasaan (*machten scheidung*) serta gagasan demokrasi telah ada sejak zaman Yunani kuno (abad ke-6 sampai dengan ke-3 SM), namun gagasan ini kemudian lenyap dari dunia Barat ketika berkembang pemikiran bahwa kehidupan sosial dan spiritual rakyat harus tunduk kepada gereja, sedangkan kehidupan politik harus tunduk kepada raja. Suasana kegelapan ini baru terpecahkan dengan munculnya zaman *Renaissance* (1350-1600) yakni dengan timbulnya gagasan perlunya kebebasan dan pengakuan hak-hak rakyat serta pengembangan ilmu pengetahuan dan lahirnya gagasan bahwa kekuasaan pemerintah harus dibatasi dan absolutisme

Format yang paling konkret tentang pembagian kekuasaan negara ke dalam kekuasaan yang masing-masing berdiri sendiri, mula-mula dikemukakan oleh John Locke (1632-1704).<sup>167</sup> Ia memisahkan kekuasaan dalam tiap negara ke dalam: kekuasaan *legislatif*, yaitu kekuasaan membuat perundang-undangan; kekuasaan *eksekutif*, yaitu kekuasaan melaksanakan perundang-undangan; dan kekuasaan *federatif*, yang meliputi kekuasaan mengenai perang dan damai, membuat perserikatan dan aliansi serta segala tindakan dengan semua orang dan badan-badan di luar negeri.<sup>168</sup>

Dengan diilhami oleh konsep tentang pembagian kekuasaan negara dari John Locke tersebut, setengah abad kemudian lahir teori yang dikemukakan oleh Montesquieu (1689-1755)<sup>169</sup> yang intinya mengatakan bahwa dalam setiap pemerintahan terdapat 3 (tiga) jenis kekuasaan yang ketiga-tiganya mesti terpisah satu sama lainnya baik mengenai tugas (*functie*) maupun mengenai organ yang melakukannya. Ketiga kekuasaan negara

---

tidak boleh terjadi (Moh. Mahfud MD., *Hukum Dan Pilar-pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta, 1999, hlm. 290-291).

Rasionalitas yang mendasari perkembangan pemikiran tersebut adalah teori *social contract* (perjanjian masyarakat) yang pada pokoknya mengatakan bahwa ketaatan dan ketundukan orang pada hukum adalah karena adanya perjanjian untuk mentaatinya, hukum dianggap sebagai hasil *consensus* (perjanjian) dari segenap anggota masyarakat. (Lili Rasjidi, *Dasar-dasar Filsafat Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1990, hlm.61). Teori perjanjian masyarakat (*social contract*) itulah yang kemudian mendorong pendobrakan absolutisme pemerintahan untuk diganti dengan demokrasi; Bahwa kekuasaan pemerintah yang demokratis itu harus dibatasi dengan aturan-aturan hukum yang pada tingkat tertinggi disebut konstitusi. Untuk membatasi kekuasaan pemerintah, maka seluruh kekuasaan negara harus dipisah dan dibagi ke dalam kekuasaan yang mengenai bidang-bidang tertentu (Moh. Mahfud MD., *Hukum Dan Pilar-pilar Demokrasi*, ..., *Op.cit.*, hlm. 291-292).

<sup>167</sup>John Locke adalah seorang ahli fikir besar tentang negara dan hukum, lahir di Bristol, Inggris. Ia menjadi terkenal karena dua karangannya tentang pemerintahan sipil, yaitu: *Two Treaties on Civil Government* tahun 1690. (J.J. von Schmid, *Ahli-ahli fikir Besar ...*, *Op.cit.*, hlm. 129-130).

<sup>168</sup> Ismail Suny, *Pembagian Kekuasaan Negara*, Jakarta: Aksara Baru, 1985, hlm. 1-2.

<sup>169</sup>Nama lengkapnya Charles Secondat Baron de Labrede et de Montesquieu, ialah seorang ahli fikir Perancis terkemuka, ia menulis buku antara lain *l'Esprit des Lois* tahun 1748. (J.J. von Schmid, *Op.cit.*, hlm. 168-169).

tersebut adalah: Kekuasaan *legislatif* atau kekuasaan perundang-undangan yang dipegang oleh badan perundang-undangan yaitu parlemen, kekuasaan *eksekutif* atau kekuasaan melaksanakan perundang-undangan yang dipegang atau dilaksanakan oleh pemerintah (raja), dan kekuasaan *yudisial* atau kekuasaan pengawasan pelaksanaan perundang-undangan tersebut yang diserahkan kepada badan pengadilan atau hakim.<sup>170</sup> Teori pemisahan kekuasaan dalam tiga poros ini kemudian oleh Immanuel Kant (1724-1804) pemikir yang datang kemudian, diberi nama *Trias Politica*.<sup>171</sup>

Praktik pembagian kekuasaan dengan beberapa kekhususan dan perbedaan, terdapat pula dalam pemerintahan Islam sebelum pemikir-pemikir Barat merumuskan Trias Politika.<sup>172</sup> Ketiga cabang kekuasaan tersebut yaitu *as-Sulthat at-Tanfidziyyah* (eksekutif), *as-Sulthat at-Tasyri'iyah* (legislative), dan *as-Sulthat al-Qadla'iyah* (yudisial) telah berjalan sejak Nabi Muhammad SAW di Madinah. Sebagai Kepala Negara, Nabi Muhammad SAW membagi tugas-tugas tersebut kepada para Sahabat yang mampu dan menguasai bidang-bidangnya. Meskipun secara umum semuanya bermuara kepada Nabi. Dalam perkembangan selanjutnya, pelaksanaan tugas-tugas tersebut berkembang dan berbeda-beda sesuai dengan perbedaan masa dan tempat.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Dalam Ismail Suny, *Op.cit.*, hlm. 2.

<sup>171</sup> Moh. Mahfud MD., *Op.cit.*, hlm. 294.

<sup>172</sup> Di dalam Fikih Siyazah, kekuasaan eksekutif yang menjalankan pemerintahan disebut *as-Sulthat at-Tanfidziyyah*, kekuasaan legislative yang berwenang membentuk undang-undang disebut *as-Sulthat at-Tasyri'iyah*, sedangkan yudikatif yang berkuasa mengadili setiap sengketa disebut *as-Sulthat al-Qadla'iyah*. Ketiga istilah cabang kekuasaan ini muncul pada masa kontemporer sebagai dinamika pemikiran politik yang terus berkembang dala merespon perkembangan ketatanegaraan di Barat. (Ahmad Sukardja, *Hukum Tata Negara & Hukum Administrasi Negara Dalam Perspektif Fikih Siyazah*, Jakarta: Sinar Grafika, 2012, hlm. 126)

<sup>173</sup> Muhammad Iqbal, *Fikih Siyazah: Kontektualisasi Doktrin Politik Islam*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 2001, hlm. 162.

Mengenai sejauh mana ajaran *Trias Politica* dijalankan dalam teori dan praktek ketatanegaraan di Indonesia, dikemukakan oleh Ismail Suny, bahwa baik dalam teori ataupun praktek berdasarkan konstitusi di Indonesia teori *Trias Politica* tersebut tidak dilaksanakan sepenuhnya. Dengan kata lain pemisahan kekuasaan dalam arti materil (*separation of power* = pembagian kekuasaan itu dipertahankan secara tegas ke dalam tiga bagian fungsi-fungsi kenegaraan: legislatif, eksekutif, dan yudisial) tidak terdapat dan tidak pernah dilaksanakan di Indonesia, yang ada dan dilaksanakan di Indonesia adalah pemisahan kekuasaan tidak hanya menjadi tiga (melainkan lebih dari tiga), dan bahwa pemisahan kekuasaan yang ada dan dilaksanakan di Indonesia adalah pemisahan kekuasaan dalam arti formal (*division of power* = pembagian kekuasaan dengan tidak menekankan kepada pemisahannya / tidak dipertahankan secara tegas).<sup>174</sup>

Teori *Trias Politica* memang berpengaruh terhadap penyusunan konstitusi Indonesia sebagaimana nampak dari adanya organ-organ yang melakukan kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudisial. Akan tetapi, dalam UUD 1945 tidak ada pemisahan yang tegas di antara ketiga kekuasaan negara tersebut, melainkan ada hubungan kerjasama. Artinya, kekuasaan legislatif tidak hanya dilakukan oleh parlemen (DPR) tetapi dilakukan juga oleh Presiden, kekuasaan yudisial tidak hanya dilakukan oleh badan peradilan tetapi masalah tertentu dilakukan juga oleh Presiden, dan kekuasaan eksekutif

---

<sup>174</sup> Ismail Suny, *Ibid.*, hlm. 44.

meskipun sebagian besar umumnya dilakukan oleh Presiden, tetapi ada sebagian kecil yang dilakukan oleh badan peradilan.<sup>175</sup>

Khusus mengenai kedudukan kekuasaan kehakiman sebagai salah satu cabang kekuasaan negara menurut UUD 1945, Sri Soemantri mengemukakan bahwa meskipun UUD 1945 tidak sepenuhnya menganut teori *Trias Politica*, akan tetapi pengaruh teori tersebut terlihat terutama dalam bidang kekuasaan kehakiman / peradilan, yakni dengan adanya kekuasaan kehakiman yang bebas dari campur tangan pemerintahan / kekuasaan eksekutif.<sup>176</sup>

## 2. MIDDLE RANGE THEORY

### 2.1. Teori Hukum Kritis

Hukum Kritis merupakan fenomena perkembangan pemikiran yang dikemas dan diusung oleh suatu gerakan pemikiran di Amerika Serikat yang kemudian disebut *Critical Legal Studies Movement (CLSM)*.<sup>177</sup> Teori Hukum

---

<sup>175</sup> SF Marbun & Moh. Mahfud MD., *Pokok-pokok Hukum Administrasi Negara*, Cetakan ke II, Liberty, Yogyakarta, 2000, hlm. 47-49.

<sup>176</sup> Sri Soemantri, *Tentang Lembaga-lembaga Negara Menurut UUD 1945*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 193-194.

<sup>177</sup> *Critical Legal Studies (CLS)* merupakan sebuah gerakan yang muncul pada dasawarsa 1970-an di Amerika Serikat. Gerakan ini merupakan kelanjutan dari aliran hukum realisme Amerika yang menginginkan suatu pendekatan yang berbeda dalam memahami hukum, tidak hanya seperti pemahaman selama ini yang bersifat Socratis. CLSM berkembang terutama melalui *Conference on Critical Legal Studies* pertama kali yang diselenggarakan pada tahun 1977 yang mendapat dukungan dari *Critique du Droit* di Perancis dan *Critical Legal Conference* di Inggris. Gerakan CLS tumbuh dan berkembang dalam periode kekecewaan era pasca perang Vietnam untuk mengembangkan gagasan mengenai hukum dan lembaga hukum dengan menciptakan suatu pandangan alternatif mengenai hukum dan masyarakat guna meningkatkan visi substantif mengenai kepribadian manusia (Mukthie Fadjar, *Teori-Teori Hukum Kontemporer*, Malang: Setara Press, 2013, hlm. 59).

Beberapa nama yang menjadi penggerak CLSM antara lain Roberto Mangabeira Unger, Duncan Kennedy, Karl Klare, Peter Gabel, Mark Tushnet, Kelman, David Trubeck, Horowitz, dan yang lainnya. *Critical Legal Studies Movement* oleh Ifdhal Kasim diterjemahkan dengan istilah bahasa Indonesia Gerakan Studi Hukum Kritis, atau disingkat GSHK (Roberto M. Unger, *Gerakan Hukum Kritis, (Critical Legal Studies)*, terj. Ifdhal Kasim, Jakarta, ELSAM, 1999).

Sudah barang tentu harus disadari bahwa keserjanaan/aliran dalam gerakan ini bervariasi dan terus berkembang. CLSM mempunyai beberapa cabang-cabang atau variannya, antara lain

Kritis pada intinya bertujuan melawan pemikiran yang sudah mapan khususnya mengenai norma-norma dan standar yang sudah *built-in* dalam teori dan praktek hukum yang ada selama ini yang cenderung untuk diterima apa adanya (*taken for granted*).<sup>178</sup>

Roberto Mangabeira Unger, sebagai peletak dasar-dasar teoritis yang memberi kontribusi besar terhadap gerakan ini, melihat sesuatu fenomena hukum dalam perspektif kritis.<sup>179</sup> Unger, dalam bukunya yang bertitel *Law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*,<sup>180</sup> menuliskan:

“Kajian sosial terhadap hukum akhirnya memiliki signifikansi khusus karena pandangan situasi metodologis pemikiran sosial modern. Gap yang sama antara ideal dan kenyataan yang banyak sekali berperan di masyarakat modern dan kebudayaan modern menentukan latar belakang bagi masalah metodologis maupun bentuk hukum yang khas. Kita dikacaukan oleh hubungan antara tindakan dan keyakinan, terutama ketika keyakinan mengandung aspek normatif nyata. Hukum kita tampil sebagai seperangkat peraturan yang menentukan bagaimana seharusnya manusia berperilaku, bukan menjelaskan bagaimana sebenarnya perilaku manusia itu.”<sup>181</sup>

Sekalipun pemikiran para eksponen CLSM tidak dapat dikatakan solid dan monolitik, akan tetapi diantara mereka terdapat sejumlah kesamaan dan

Teori Hukum Feminis (*Feminist Legal Theory/Jurisprudence*) dan Teori Ras Kritis (*Critical Race Theory*). Dalam: Lan McLeod, *Legal Theory*, London: Macmillan Press Ltd, 1999, hlm. 60.

<sup>178</sup> Otje Salman S, dan Anthon F Susanto, *Teori Hukum: Mengingat, Mengumpulkan, dan Membuka Kembali*, Bandung: PT Refika Aditama, 2009, hlm. 125.

Terlepas dari perdebatan di kalangan para pendukung Studi Hukum Kritis mengenai apakah proyek kritis mereka diarahkan kepada pembentukan sebuah *grand theory* atau tidak. Isu ini menjadi perdebatan hangat di kalangan mereka ada yang mendukung pencarian *alternative grand theory*, sebaliknya ada yang menolak usaha pencarian *grand theory alternative*. itu, metode analisis hukum yang mereka kembangkan telah memberi sumbangan yang besar dalam kajian hukum atau *jurisprudence* (Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia, 1945-1990*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010, hlm. 123).

<sup>179</sup> Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2010, hlm. 123.

<sup>180</sup> Buku ini telah diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia oleh Dariyanto dan Derta Sri Widowatie dengan judul “Teori Hukum Kritis: Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern”, cetakan pertamanya terbit April 2007.

<sup>181</sup> Roberto M. Unger, *Teori Hukum Kritis: Posisi Hukum Dalam Masyarakat Modern*, Penerjemah: Dariyanto dan Derta Sri Widowatie, Bandung: Nusa Media, 2011, hlm.329-330.

kesejajaran tesis, bahwa mereka tidak percaya akan paradigma kaum positivis-formalis yang mengidealkan hukum sebagai suatu institusi yang mampu bertindak netral dan dapat ditegakkan oleh badan yudisial yang juga diidealkan sebagai sebuah institusi yang independen dan tidak akan memihak.<sup>182</sup>

Salah satu pokok pikiran penting dari pendapat Unger tentang hukum adalah bahwa hukum tidak dapat dilepaskan dari konteks sosial politik, karena hukum direkonstruksi secara sosial, subjektif dan politis. Dengan kata lain, hukum dari mulai proses pembuatan sampai kepada pemberlakuannya selalu mengandung pemihakan.<sup>183</sup> Bagi CLSM, hukum tidak dapat dipisahkan dari pertempuran ideologi politik dalam masyarakat. Dikatakan pula bahwa "*law and legal reasoning are merely techniques used by those who hold power within society in order to preserve their own position*".<sup>184</sup>

Dasar-dasar filosofis CLSM antara lain bertumpu pada Teori Kritis dari Aliran Frankfurt (*Critical Theory of the Frankfurt School*),<sup>185</sup> yakni sebuah teori yang konsisten menyadari konteks sosial yang memunculkannya dan konteks praktis pengaplikasiannya.<sup>186</sup> Filsafat kritis adalah salah satu aliran filsafat yang berkembang dengan menggunakan pendekatan kritis terhadap realitas sosial. Aliran ini diilhami oleh pemikiran Hegel dan Karl

---

<sup>182</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma dalam Kajian-kajian Sosial dan Hukum*, Malang: Stara Press, 2013, hlm. 134.

<sup>183</sup> F.X. Adji Sameko, *Studi Hukum Kritis, Kritik terhadap Hukum Modern*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2003, hlm. 68.

<sup>184</sup> Lan McLeod, *Legal Theory, op.cit.*, hlm. 128.

<sup>185</sup> Mukthie Fadjar, *Teori-Teori Hukum Kontemporer, ..., Op.cit.*, 2013, hlm. 60.

<sup>186</sup> Axel Honet, "Teori Kritis", dalam: Anthony Giddens, dan Jonathan Turner, eds., *Social Theory Today: Panduan Sistematis Tradisi dan Tren Terdepan Teori Sosial*, Penerjemah: Yudi Santoso, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015, hlm. 612.

Marx. Aliran ini berkembang mulai dari Mahzab Frankfurt sampai dengan Post Modernisme.<sup>187</sup>

Dalam pandangan CLSM, tugas kalangan hukum adalah membawa perubahan cara berpikir hukum dan perubahan masyarakat. Pemikiran ini terinspirasi antara lain oleh pemikiran filsafat kritis dari tokoh-tokoh utama mahzab kritis Jurgen Habermas, Emil Durkheim,<sup>188</sup> Karl Mannheim, Herbert Marcuse,<sup>189</sup> Antonio Gramsci, dan lain-lain.

Dasar-dasar filosofis CLSM juga bertumpu pada ajaran *Relativist Epistemology* yang menolak kepastian tradisional dan mengingkari kepercayaan objektif.<sup>190</sup> Para sarjana CLSM juga mengklaim asal-usul mereka pada Realisme Hukum Amerika (*American Legal Realism*), dengan menerima pendirian tidak menentukan (*indeterminacy contention*) dari kaum Realist bahwa penalaran hukum jarang membutuhkan suatu hasil tertentu, dan

---

<sup>187</sup> Peter Beilharz, *Teori-Teori Sosial, (Social Theory: A Guide to Central Thinkers)*, Terj. Sigit Jatmiko, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2002.

<sup>188</sup> Menurut pemikiran Karl Marx, struktur sosial terdiri dari supra struktur dan infrastruktur. Supra struktur ditentukan oleh infra struktur. Infra struktur adalah kehidupan ekonomi (penguasaan modal) dan supra struktur adalah bidang sosial lainnya (hukum, politik, budaya, dan lain-lain). Lihat: Franz Magnis Suseno, *Pemikiran Karl Marx; Sosialis Utopis Ke Perselisihan Revisionis*, Jakarta: PT. Gramedia, 2001, hlm. 77.. Lihat: Jurgen Habermas, *Knowledge and Human Interest*, Chapter Three, Polity Press, 1968, hlm. 44.

<sup>189</sup>Emil Durkheim, *The Sociology of Knowledge*, <http://www.hewett.norfolk.sch.uk/curric/soc/durkheim/durkw4.htm>, diakses tanggal 22 Oktober 2014.Christian/marcuse.htm, diakses tanggal 22 Oktober 2014, hlm. 66.

Emile Durkheim (1858-1917) pada umumnya dianggap sebagai salah satu tokoh utama dalam perkembangan sosiologi sebagai disiplin akademis. Proyek intelektualnya bertalian dengan dua problem utama. *Pertama*: mengenai otonomi social sebagai level realitas yang khas dan tidak dapat direduksi menjadi wilayah-wilayah psikologis individu, tetapi memerlukan penjelasan berdasarkan kerangkanya sendiri. *Kedua*: mengenai krisis modernitas – putusnya ikatan-ikatan social tradisional karena industrialisasi, pencerahan, dan individualism. Kedua problem tersebut saling berkaitan. Menurut Durkheim, problema-problema yang disebabkan oleh runtuhnya tatanan tradisional hanya akan dapat diatasi dengan berdasarkan pemahaman ilmiah atas bagaimana masyarakat berjalan. (Beryl Langer, “Emile Durkheim”, dalam: Peter Beilharz, *Teori-Teori Sosial: ...*, *Op.cit.*, hlm. 101).

<sup>190</sup> Mukthie Fadjar, *Teori-Teori Hukum ...*, *Op.cit.*, 2013, hlm. 62.

menerima penolakan atas formalisme dari penalaran hukum.<sup>191</sup>

Menurut kelompok CLS hukum dalam berintekarsi selalu berpihak kepada agama, ekonomi, gender, politik, dan social. Hukum yang murni dari anasir sudah tidak relevan dan hanya retorika belaka. Pandangan yang demikian parallel dengan dinamika pemikiran kritis intelektual muslim, bahwa dalam hukum Islam dikenal teori *maqashid al-syari'ah* (tujuan hukum Islam). Hukum Islam bertujuan untuk mewujudkan kemashlahatan dan menolak segala bentuk kemadlaratan.<sup>192</sup>

Sebagaimana dikemukakan Khudzaifah Dimiyati,<sup>193</sup> kajian-kajian Studi Hukum Kritis, sangat relevan untuk digunakan menganalisis proses-proses hukum di Indonesia, menganalisis proses-proses pembentukan dan penerapannya, maupun untuk menganalisis suatu doktrin hukum dan bagaimana studi hukum kritis telah berfungsi mengabsahkan suatu system social atau kebijakan tertentu.

## 2.2. Teori Hukum Progresif

Lahirnya teori hukum progresif, sebagaimana dikemukakan oleh pencetusnya Satipto Rahardjo, antara lain dilatar belakangi semakin buruknya kinerja hukum itu sendiri.<sup>194</sup> Hukum progresif lahir dari refleksi panjang atas kegagalan reformasi hukum di Indonesia, karenanya perlu lebih dikembangkan gerakan aktifitas transformatif secara terencana yang berdasar

---

<sup>191</sup> *Ibid.*, hlm. 66.

<sup>192</sup> Ahmad Syahrus Sikti. 2017. "Dinamika Hukum Islam: Kritik Intelektual Muslim Terhadap Positifisme Hukum Islam", *Varia Peradilan*, Majalah Hukum, Tahun XXXII, No. 378 Mei 2017, hlm. 117.

<sup>193</sup> Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: ..., Op.cit.*, hlm. 123.

<sup>194</sup> Satipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009, hlm. 3.

pada perlindungan hak-hak individu dan kemerdekaan melakukan aktifitas bagi warga masyarakat melalui cara-cara progresif.<sup>195</sup> Progresif bukan hanya pada persoalan penegakkannya (*behavior*), tetapi juga materi/substansi (*rules*) serta cara menggunakan logika (*logic*) hukumnya.<sup>196</sup>

Hukum progresif ditujukan untuk melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum dan menolak *status-quo*, serta tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral.<sup>197</sup> Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, berarti bahwa hukum adalah sebagai alat untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia. Sehingga keadilan substantif harus lebih didahulukan ketimbang keadilan procedural; Hal ini semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.<sup>198</sup> Progresifisme mengajarkan bahwa hukum sebagai alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat *kemaslahatan* kepada dunia dan manusia.

Asumsi yang mendasari hukum progresif, adalah:

- 1) Hukum ada untuk manusia, bukan sebaliknya, dan tidak untuk dirinya sendiri;
- 2) Hukum selalu berada pada status *law in the making*, dan tidak bersifat final;
- 3) Hukum adalah institusi yang bermoral kemanusiaan, bukan teknologi yang tidak berhati nurani.<sup>199</sup>

Atas dasar asumsi tersebut, kriteria hukum progresif adalah:

---

<sup>195</sup> Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2014, hlm. 155-156.

<sup>196</sup> Suteki, *Masa Depan Hukum Progresif*, Dalam Kata Pengantar: "Masa Depan Hukum Progresif: *Never Ending*", Yogyakarta: Thafa Media, 2015, hlm. ix.

<sup>197</sup> Ufran, dalam: Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, ..., Op.cit.*, hlm. vi-vii.

<sup>198</sup> Faisal, *Memahami Hukum Progresif*, Yogyakarta: Thafa Media, 2014, hlm. 89.

<sup>199</sup> Ufran, dalam: Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, ..., Op.cit.*, hlm. vii-viii.

- 1) Mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia;
- 2) Memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat;
- 3) Hukum progresif adalah hukum yang membebaskan meliputi dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik, melainkan juga teori;
- 4) Bersifat kritis dan fungsional, oleh karena hukum progresif tidak henti-hentinya melihat kekurangan yang ada menemukan jalan untuk memperbaikinya.<sup>200</sup>

Mengenai ciri-ciri hukum progresif, Marwan Mas menyimpulkan sebagai berikut:

- 1) Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan pembebas, yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas, dan teori hukum yang legalistic-positivistik;
- 2) Hukum progresif lebih mengutamakan tujuan dari pada prosedur. Aturan prosedural hanyalah alat untuk mencapai tujuan hukum, sehingga keadilan prosedural tidak boleh membelenggu keadilan substansial;
- 3) Hukum progresif menjunjung tinggi moralitas sebagai akar kehidupan masyarakat. Hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong, sekaligus pengendali dalam mengimplementasikan hukum dalam masyarakat.<sup>201</sup>

Semangat hukum progresif berbanding lurus dengan ajaran Islam yang bersumber dari Tuhan (Allah SWT) dan beorientasi pada paradigma kemanusiaan.<sup>202</sup> Dalam QS *Âli Imrân* (3:110), Allah SWT berfirman yang artinya:

*“Kamu (umat Islam) adalah umat terbaik yang dilahirkan untuk manusia, (karena kamu) menyuruh (berbuat) yang makruf, dan mencegah dari yang mungkar, dan beriman kepada Allah. ...”.*

Hukum yang progresif ingin menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, sehingga dapat dikatakan

---

<sup>200</sup> *Ibid.*, hlm. viii.

<sup>201</sup> Marwan Mas, *Op.cit.*, , hlm. 155-157.

<sup>202</sup> Faisal, *Memahami Hukum Progresif*, ..., *Op.cit.*, hlm. 89.

Dalam sejarah Islam, penegakan hukum progresif pernah ditunjukkan oleh Khalifah Umar bin Khattab yang antara lain memberlakukan pembuktian terbalik bagi para pejabat pemerintahan yang ditengarai melakukan korupsi. (M. Syamsudin, *Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, Jakarta: Prenada Media, 2012, hlm. 110).

bahwa hukum progresif ini juga memiliki tipe hukum responsif. Hukum yang progresif akan memberikan respon terhadap perkembangan dan kebutuhan manusia seperti kebutuhan akan kebenaran, keadilan, kesejahteraan, dan kepedulian terhadap manusia pada umumnya.<sup>203</sup>

Perkembangan hukum progresif tidak lepas dari perkembangan tatanan hukum sebagaimana yang dikemukakan oleh Nonet dan Seiznick yaitu: (1) tatanan hukum yang represif, di mana hukum disubordinasikan di bawah tatanan politik dan tatanan ekonomi; (2) tatanan hukum yang otonom/mandiri, di mana hukum berkedudukan setara (koordinatif) dengan tatanan politik, tatanan ekonomi, dan tatanan sosial-budaya; dan (3) tatanan hukum yang responsif, di mana hukum berupaya untuk mendekatkan dirinya pada kebutuhan sosial dari suatu masyarakat.<sup>204</sup>

Menurut Nonet dan Selznick, hukum represif, otonom dan responsive bukan saja merupakan tipe-tipe hukum yang berbeda, tetapi dalam beberapa hal juga merupakan tahapan-tahapan evolusi dalam hubungan hukum dengan tertib social dan tertib hukum.<sup>205</sup>

Dalam perspektif teori hukum responsive, hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih daripada sekedar keadilan procedural. Hukum yang baik harus berkompeten dan juga adil; hukum semacam itu seharusnya mampu mengenali keinginan public dan punya

---

<sup>203</sup> *Ibid.*, hlm. 43.

<sup>204</sup> Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim: Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2010, hlm. 42

<sup>205</sup> Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif, Penerjemah: Raisul Muttaqien*, Bandung: Nusa Media, 2010, hlm. 23.

komitmen bagi tercapainya keadilan substantive.<sup>206</sup>

### 3. *APPLIDE THEORY*

#### 3.1. Teori *Mashlahat*

Pembahasan mengenai tujuan pokok disyari'atkan hukum Islam (*maqâshid asy-syari'ah*) oleh para ahli hukum (Islam) melahirkan teori *mashlahat*. Tujuan pokok disyari'atkan hukum Islam (*maqâshid asy-syari'ah*) tidak lain adalah untuk menjamin terwujudnya *kemashlahatan* manusia secara pasti, baik di dunia maupun di akhirat. Tujuan ajaran agama ini kemudian dirumuskan lebih konkrit dalam suatu ungkapan yang berbunyi: “menarik *kemashlahatan* dan mencegah kerusakan (جلب المصالح ودرؤ المفساد).<sup>207</sup>

Imam Malik, pendiri mazhab hukum Hijazy (mazhab Maliky) dikenal sebagai yang pertama kali menggunakan asas *mashlahah* sebagai suatu basis keputusan-keputusan legal, yang kemudian diikuti oleh ahli-ahli hukum Islam berikutnya.<sup>208</sup> Imam Malik memperkenalkan teori *mashlahat* dengan sebutan *al-mashlahat al-mursalat*. Menurut Imam Malik, *kemashlahatan* atau kepentingan umum adalah salah satu sumber hukum dengan syarat:

- (1) *Kemashlahatan* atau kepentingan umum itu bukan hal-hal yang berkenaan dengan ibadah;
- (2) *Kemashlahatan* atau kepentingan umum itu selaras dengan jiwa syari'ah dan tidak bertentangan dengan salah satu sumber syari'at itu sendiri;

---

<sup>206</sup> *Ibid.*, , hlm. 84.

<sup>207</sup> Abu Yasid, *Islam Moderat*, Jakarta: Erlangga, 2014, hlm. 101.

<sup>208</sup> Majid Khadduri, *Teologi Keadilan ...*, *Op.cit.*, hlm. 202.

- (3) Kemashlahatan atau kepentingan umum itu harus merupakan sesuatu yang bersifat essensial dan bukan yang bersifat kemewahan.<sup>209</sup>

Abu Ishaq al-Syathibiy<sup>210</sup> mengemukakan bahwa kemashlahatan itu akan terwujud dengan terpeliharanya tiga macam kebutuhan manusia, yaitu:<sup>211</sup>

- 1) Kebutuhan yang bersifat *dharuriyat*, yakni segala hal yang menjadi sendi eksistensi kehidupan manusia yang harus ada demi kemashlahatan mereka. Ketiadaannya dapat merusak kehidupan manusia dan mengancam eksistensi manusia;
- 2) Kebutuhan yang bersifat *hajiyyat*, yakni segala sesuatu yang sangat dihajatkan oleh manusia untuk menghilangkan kesulitan dan menolak segala halangan. Prinsip utama dalam aspek *hajiyyat* adalah untuk menghilangkan kesulitan, meringankan beban taklif, dan memudahkan urusan manusia.
- 3) Kebutuhan yang bersifat *tahsiniyat*, ialah tindakan atau sifat-sifat yang pada prinsipnya berhubungan dengan budi pekerti yang mulia, serta pemeliharaan tindakan-tindakan utama dalam bidang ibadat, adat, dan *mu'amalat*. Ketiadaan aspek ini akan menimbulkan suatu kondisi yang

---

<sup>209</sup> Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum ...*, *Op.cit.*, hlm. 9.

<sup>210</sup> Asy-Syathibi menulis buku *Al-Muwaffaqat*; Inti gagasannya terkait pembahasan *al-mashlahah* sangat berpengaruh besar terhadap pemikiran Muslim modern.. Meski secara umum, kegunaan *mashlahat* dan keberlakuannya sebagai sebuah prinsip dalam penalaran hukum Islam telah diperhitungkan oleh pendahulu-pendahulu Asy-Syathibi maupun oleh Sarjana-sarjana kontemporer dengan referensi teori empat sumber pokok hukum Islam: Al-Qur'an, as-Sunnah, Ijma, dan Qiyas. (Muhammad Khalid Masud, *Shatibi's Philosophy Of Islamic Law [A revised and enlarge version of author's Islamic Legal Philosophy]*, Kualalumpur: Islamic Book Trust, 2005, hlm. 127).

<sup>211</sup> Abu Ishaq asy-Syathibi, *al-Muwaffaqat fi ushul al-syari'ah*, Beirrut: Daar al-Ma'rifah, 1975, hlm. 6.

kurang harmonis dalam pandangan akal sehat dan adat kebiasaan, menyalahi kepatutan, sopan santun, dan menurunkan martabat pribadi manusia.<sup>212</sup>

Teori *mashlahat* sebagai tujuan pokok disyari'atkannya hukum Islam dikemukakan pula oleh Imam al-Gazali, yang pada intinya bahwa *mashlahat* itu adalah segala bentuk perbuatan yang mengacu kepada terpeliharanya lima kebutuhan paling mendasar bagi manusia, yaitu: agama, nyawa atau jiwa, akal, keturunan, dan harta. Pemeliharaan kelima sendi utama tersebut diurutkan berdasarkan skala prioritas secara berurutan.<sup>213</sup> Artinya, sendi yang berada pada urutan pertama lebih utama dari pada sendi di urutan kedua, sendi yang berada pada urutan kedua lebih utama dari sendi pada urutan ketiga, demikian seterusnya sampai sendi urutan kelima.<sup>214</sup>

Para cendekiawan Muslim kontemporer mengembangkan terminology *maqāshid asy-syarī'ah* tradisional dalam bahasa masa kini (meskipun ada penolakan beberapa Ulama terhadap ide 'kontemporerisasi' terminology *maqāshid*). Misalnya, Ibn 'Asyur dalam monografinya: *Ushul an-Nizam al-Ijtima'i fi al-Islam*, mengelaborasi *maqāshid* yang berorientasi pada keluarga dan nilai-nilai moral dalam hukum Islam. Perlindungan akal berkembang dengan memasukkan pengembangan pikiran ilmiah, perjalanan menuntut ilmu, melawan mentalitas taklid, dan mencegah mengalirnya tenaga ahli ke luar negeri; Perlindungan kehormatan (*hifdz al-ird*) dan perlindungan jiwa raga (*hifdz an-nafs*) berangsur-angsur diganti oleh perlindungan harkat dan

---

<sup>212</sup> Alaidin Kotto, *Op.cit.*, hlm. 49-54.

<sup>213</sup> Imam al-Gazali, *al-Mustasyfa*, Beirut: Daar al-Kitab al-Ilmiyah, 1983, hlm. 286-287.

<sup>214</sup> Alaidin Kotto, *Op.cit.*, hlm. 50.

martabat manusia, diganti oleh perlindungan hak-hak asasi manusia (HAM) sebagai *maqāshid*.<sup>215</sup> Namun demikian topik-topik HAM dan *maqāshid* membutuhkan riset lebih lanjut dalam rangka memecahkan problem inkonsistensi dalam tataran aplikasi.<sup>216</sup>

### 3.2. Teori Perlindungan Hukum

Teori perlindungan hukum pada dasarnya merupakan teori yang berkaitan dengan pemberian pelayanan kepada masyarakat. Hukum dipandang sebagai alat rekayasa sosial (*law as tool of social engginermg*); karenanya, kepentingan manusia adalah suatu tuntutan yang harus dilindungi dan dipenuhi oleh hukum.<sup>217</sup>

Landasan filosofis dan teoritis dari perlindungan terhadap rakyat berasal dari konsep pemikiran hukum alam yang rasional, di mana pada diri manusia sejak lahir telah melekat hak-hak dasar yang diberikan oleh alam, terlepas di manapun orang itu berada. Hak-hak dasar ini menempati kedudukan yang sangat tinggi dan dijamin oleh hukum yang tertinggi, hukum mana tidak bisa dikesampingkan oleh siapapun termasuk oleh pemerintah yang sah di suatu negara.<sup>218</sup> Satjipto Raharjo merumuskan perlindungan hukum adalah: “Memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat

---

<sup>215</sup> Lihat: Jasser Auda, *Maqasid Al-Shari'ah As Philosophy Of slamic Law: A System Approach*, Kualalumpur: Islamic Book Trust, 2010, hlm. 21-25.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> Salim dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jilid I, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2013, hlm. 266.

<sup>218</sup> Munir Fuady, *Teori Negara Hukum ...*, *Op.cit.*, hlm. 47.

agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum".<sup>219</sup> Dengan demikian dimaksud dengan perlindungan hukum adalah segala bentuk upaya pengayoman terhadap harkat dan martabat manusia.

Hukum memiliki fungsi untuk melindungi hak-hak setiap individu dan bertujuan memberikan keadilan kepada setiap individu. Bila terjadi perbenturan antara hak individu seseorang dengan hak individu orang lain maka hukum berfungsi sebagai pengatur, penengah, pencegah, dan penyelaras agar tercipta perlindungan hukum dan keadilan.<sup>220</sup> Sudikno Mertokusumo mengemukakan pendapatnya terkait fungsi hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia, sebagai berikut:

"Dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum."<sup>221</sup>

Ada tiga hal yang dapat dielaborasi dari pandangan Sudikno Mertokusumo, yang meliputi:

- (1) Fungsi hukum, yaitu melindungi kepentingan manusia;
- (2) Tujuan hukum, yaitu menciptakan tatanan masyarakat yang: tertib, ketertiban, dan keseimbangan.

---

<sup>219</sup> Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum, ..., Op.cit.*, hlm. 54.

<sup>220</sup> A. Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan: Membangun Sistem Peradilan Berbasis Perlindungan Hukum dan Keadilan*, Buku Kesatu, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2017, hlm. 2.

<sup>221</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1999, hlm.71

## (3) Tugas hukum, yaitu:

- membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat;
- membagi wewenang;
- mengatur cara memecahkan masalah hukum; dan
- memelihara kepastian hukum.

Roscou Pound, sebagai mana dikutip Lili Rasjidi, membagi kepentingan manusia yang dilindungi hukum menjadi tiga macam, yaitu:<sup>222</sup>

(1) Kepentingan umum (*public interest*), meliputi:

- kepentingan negara sebagai badan hukum dalam mempertahankan kepribadian dan substansinya; dan
- kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan masyarakat.

(2) Kepentingan masyarakat (*social interest*), meliputi:

- kepentingan masyarakat bagi keselamatan umum, seperti: keamanan, kesehatan, kesejahteraan, jaminan bagi transaksi-transaksi dan pendapatan;
- kepentingan bagi lembaga-lembaga sosial, yang meliputi perlindungan dalam bidang: perkawinan, politik, seperti kebebasan berbicara, atau ekonomi;
- kepentingan masyarakat terhadap kerusakan moral, seperti: korupsi, perjudian, pengumpatan terhadap Tuhan, tidak sahnya transaksi-transaksi yang bertentangan dengan moral yang baik, peraturan yang membatasi tindakan-tindakan anggota *trust*;
- kepentingan masyarakat dalam pemeliharaan sumber sosial, seperti menolak perlindungan hukum bagi penyalahgunaan hak (*abuse of right*);
- kepentingan masyarakat dalam kemajuan umum, seperti perlindungan pada hak milik, perdagangan bebas dan monopoli, kemerdekaan industry, dan penemuan baru;
- kepentingan masyarakat dalam kehidupan manusia secara individual, seperti perlindungan terhadap kehidupan yang layak, kemerdekaan berbicara, dan memilih jabatan.

(3) Kepentingan individual (*privat interest*), meliputi:

- kepentingan kepribadian (*interests of personality*), meliputi perlindungan terhadap integritas (keutuhan) fisik, kemerdekaan kehendak, reputasi (nama baik), terjaminnya rahasia-rahasia pribadi, kemerdekaan untuk menjalankan agama yang dianutnya, kemerdekaan mengemukakan pendapat.

---

<sup>222</sup> Lili Rasyidi, *Filsafat Hukum*. Bandung: Remadja Karya, 1988, hlm. 228-231.

- kepentingan dalam hubungan rumah tangga (*interests in domestic*), meliputi perlindungan bagi perkawinan, tuntutan bagi pemeliharaan keluarga, dan hubungan hukum antara orang tua dan anak-anak.
- kepentingan substansi (*interest of substance*), meliputi perlindungan terhadap harta, kemerdekaan dalam penyusunan testamen, kemerdekaan industri dan kontrak, dan pengharapan legal akan keuntungan-keuntungan yang diperoleh.

Secara teoritis, masyarakat yang disasar pada teori perlindungan hukum ialah masyarakat yang berada pada posisi lemah, baik secara ekonomis maupun lemah dari aspek yuridis.<sup>223</sup> Dalam hal ini, anak-anak dikelompokkan sebagai kelompok rentan (*vulnerable groups*).<sup>224</sup> Anak adalah juga manusia, karenanya menghormati hak asasi anak sama halnya dengan menghormati hak asasi manusia (HAM). Bahkan, Rhona K.M. Smith menyebutkan bahwa keseluruhan instrument HAM internasional justru berada pada jantung hak-hak anak.<sup>225</sup>

Dalam tatanan kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia, ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 bahwa Indonesia adalah negara hukum. Secara konstitusional, hukum yang hendak dibangun di Indonesia haruslah hukum yang dapat merealisasikan semangat dan cita-cita proklamasi. Dinyatakan pada Alinea keempat Pembukaan UUD 1945:

---

<sup>223</sup> H. Salim HS, dan Erlies Septiana Nurbani, *Ibid.*, hlm. 259.

<sup>224</sup> Kelompok rentan (*vulnerable groups*) ialah “*many peoples remain inherently ti exploitation and abuse.*” (Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2005, hlmn. 31)

Indonesia memasukkan anak sebagai kelompok rentan. (I Gede Arya B. Wiranata, “Hak Asasi [Anak] Dalam Realita Quo Vadis?”, *Hak Asasi Manusia: Hakikat, Konsep dan Masyarakat*, Editor: Muladi, Bandung: PT Refika Aditama, 2009, selanjutnya ditulis: Muladi, *Hak Asasi Manusia: Hakikat, Konsep dan Masyarakat*, Bandung: PT Refika Aditama, 2009, hlm. 231).

Pasal 5 ayat (3) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi manusia menyatakan: “Setiap orang yang termasuk kelompok masyarakat yang rentan berhak memperoleh perlakuan dan perlindungan lebih berkenaan dengan kekhususannya”. Dalam Penjelasannya disebutkan bahwa yang dimaksud dengan “kelompok masyarakat yang rentan” antara lain adalah orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil, dan penyandang cacat.

<sup>225</sup> Rhona K.M. Smith, *Ibid.*, hlmn. 33.

*“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu undang-Undang Dasar Negara Indonesia ...”.*

Dengan demikian secara formal tujuan negara Indonesia adalah:

- Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia;
- Memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa;
- Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Amanat konstitusi tersebut sejalan dengan tujuan hukum Islam (*maqashid asy-syari'ah*) sebagaimana dalam teori *mashlahat* (Imam al-Gazali), bahwa hukum Islam bertujuan untuk melindungi lima hal – yang dikemas dalam *al-maqāshīd al-khamsah* - yakni: agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.<sup>226</sup>

Menurut Philipus M. Hadjon, prinsip perlindungan hukum bagi rakyat di Indonesia adalah:

- (1) Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia bersumber pada Pancasila, dan
- (2) Prinsip negara hukum yang berdasarkan Pancasila.<sup>227</sup>

Bernard Arief Sidharta, merumuskan tujuan hukum berdasarkan Pancasila adalah: “mewujudkan pengayoman bagi manusia, yakni melindungi manusia secara pasif dengan mencegah tindakan sewenang-wenang, dan

---

<sup>226</sup> A. Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 78.

<sup>227</sup> Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat...*, *Op.cit.*, hlm. 20.

secara aktif dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan yang manusiawi yang memungkinkan proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga secara adil tiap manusia memperoleh kesempatan yang luas dan sama untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh.”<sup>228</sup>

Dalam system hukum Indonesia, pengadilan sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yakni kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia, mempunyai tanggung jawab dalam mewujudkan system hukum nasional yang dicita-citakan itu. Proses peradilan harus mampu memberi perlindungan hukum dan keadilan kepada para pencari keadilan dan siapapun yang harus dilindungi dalam perkara sebagaimana negara memberi perlindungan kepada segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Itulah yang oleh A. Mukti Arto disebutkan dengan “system peradilan berbasis perlindungan hukum dan keadilan”.<sup>229</sup>

Menguatkan pandangan Mukti, M. Hatta Ali mengatakan bahwa dalam system peradilan yang berbasis pada perlindungan hukum dan keadilan, pengadilan secara aktif membantu pencari keadilan untuk mengatasi segala hambatan baik yang bersifat administrative maupun teknis yuridis untuk mewujudkan peradilan yang cepat, sederhana, dan biaya ringan. Hal ini

---

<sup>228</sup> Bernard Arief Sidharta, *Ilmu Hukum Indonesia: Upaya Pengembangan Ilmu Hukum Sistemik Yang Responsif Terhadap Perubahan Masyarakat*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2013, hlm. 105.

<sup>229</sup> A. Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam ...*, *Op.cit.*, hlm. 80-82.

juga sebagai manifestasi perlindungan negara kepada pencari keadilan berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.<sup>230</sup>

Lebih lanjut, Mukti Arto menjelaskan bahwa dalam system peradilan yang berbasis perlindungan hukum dan keadilan, maka proses peradilan memiliki fungsi memberikan perlindungan hukum dan keadilan kepada pencari keadilan dan pihak lain yang terkait dalam perkara dan bertujuan untuk mewujudkan keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.<sup>231</sup>

## G. KERANGKA PEMIKIRAN

Hal yang paling essensial dalam setiap pembicaraan hukum adalah soal keadilan, karena hukum tidak bisa dipisahkan dari keadilan. Dalam suatu negara hukum, hukum haruslah adil dan melindungi rakyatnya.

Indonesia adalah negara hukum. Faham negara hukum Indonesia adalah Negara Hukum Pancasila. Dengan dicantumkannya sila Ketuhanan Yang Maha Esa dalam Pancasila memberikan warna unik dan khas dan menjadi alasan bahwa negara Indonesia harus menjadi rahmat bagi rakyatnya.<sup>232</sup> Hal ini parallel dengan tujuan hukum dalam perspektif ajaran Islam, yaitu untuk mewujudkan *kemashlahatan* bagi manusia di dunia dan di akhirat.

Sebagaimana dikatakan Satjipto Rahardjo, bahwa "negara hukum ada bukan untuk negara hukum itu sendiri, melainkan untuk menjadi rumah yang

---

<sup>230</sup> M. Hatta Ali, "Kata Sambutan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia". Dalam: *Ibid.*, hlm. x-xi

<sup>231</sup> *Ibid.*, hlm. 82

<sup>232</sup> Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum: ..., Op.cit.*, hlm. 94.

membahagiakan bagi penghuninya”.<sup>233</sup> Negara hukum merupakan sebuah sosok yang terus menjadi dan mengada, karenanya ia harus terus dimaknai dan diperjuangkan.<sup>234</sup> Senada dengan itu Munir Fuady mengemukakan bahwa memaknai negara hukum merupakan perjuangan tanpa titik akhir.<sup>235</sup> Oleh sebab itu, dalam rangka membangun hukum dan negara hukum Indonesia diperlukan usaha yang sungguh-sungguh secara kritis, konstruktif dan progresif untuk memperjuangkan terwujudnya gagasan negara hukum Indonesia yang membahagiakan rakyatnya dan mendatangkan kemashlahatan bagi manusia.

Tujuan negara hukum Indonesia - yang didasarkan pada cita hukum Pancasila – tidak lain adalah mewujudkan pengayoman bagi manusia;<sup>236</sup> Secara teoritis, masyarakat yang disasar dengan perlindungan yang diberikan oleh hukum, adalah masyarakat yang rentan terhadap pelanggaran HAM, yang diantaranya adalah anak-anak.<sup>237</sup> Merujuk Konvensi Hak Anak yang kemudian diadopsi dalam UU Perlindungan Anak, ada empat prinsip umum perlindungan anak yang menjadi dasar bagi setiap negara dalam menyelenggarakan perlindungan anak, yaitu: prinsip non diskriminasi,

---

<sup>233</sup> Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum: ..., Op.cit.*, hlm. 3.

<sup>234</sup> *Ibid.*, hlm. vi-viii.

<sup>235</sup> Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern ..., Op.cit.*, hlm. 179.

<sup>236</sup> Bernard Arief Sidharta, *Ilmu Hukum Indonesia: ..., Op.cit.*, hlm. 105.

<sup>237</sup> Lihat Penjelasan Pasal 5 ayat (3) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Dalam Undang-Undang Perlindungan Anak, perlindungan anak didefinisikan “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” (Pasal 1 ayat (2) Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak).

prinsip kepentingan terbaik bagi anak, prinsip hak hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan, dan prinsip penghargaan terhadap anak.<sup>238</sup>

Prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak (*the best interest for the children*) memuat keyakinan internasional bahwa anak memiliki kebutuhan khusus. Semua prinsip hukum, aturan hukum yang terkait dengan anak, bertujuan memberikan pengayoman, perlindungan kepada anak; tinggal kemudian bagaimana caranya anak-anak bisa menikmatinya. Perspektif perlindungan anak adalah cara pandang terhadap semua persoalan dengan menempatkan posisi anak sebagai yang pertama dan utama. Implementasinya adalah selalu menempatkan urusan anak sebagai hal yang paling utama.

Jika melihat implementasi ‘asas kepentingan terbaik bagi anak’ dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian dalam sistem perundang-undangan di Indonesia saat ini - sebagaimana nampak dalam konstruksi Pasal 39 dan 41 huruf a UU Perkawinan - tampak bahwa norma tersebut bersifat represif dan mengandung persoalan yakni rawan kepentingan anak dan rawan perlindungan anak. Pasal 39 ayat (2)<sup>239</sup> secara eksplisit hanya mempertimbangkan kepentingan suami isteri, namun sama sekali tidak memperhatikan hak dan kepentingan anak dan tidak memberikan kepastian mengenai pemeliharaan anak akibat perceraian. Padahal puncak konflik yang terjadi antara suami isteri dalam rumah tangga yang menimbulkan pecahnya rumah tangga yang berujung pada perceraian selalu menimbulkan korban

---

<sup>238</sup> Nasir Djamil, *Anak Bukan Untuk Dihukum: Catatan Pembahasan UU Sistem Peradilan Pidana Anak (UU-SPPA)*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013, hlm. 29-31.

<sup>239</sup> Antara lain menentukan bahwa “*untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan bahwa antara suami isteri tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami isteri*”.

pada anak, rebutan kuasa asuh, penelantaran hingga kekerasan. Demikian juga yang diatur dalam Pasal 41 huruf a,<sup>240</sup> ketentuan tersebut dipahami mengandung asas “hakim pasif”, artinya jika suami isteri yang akan bercerai tidak mempersoalkan dan tidak mengajukan tuntutan mengenai penguasaan anak, maka hakim tidak berwenang memberikan keputusannya.

Demikian pula mengenai prosedur pemeriksaan perkara penguasaan anak akibat perceraian yang diatur dalam Pasal 66 ayat (5) dan 86 ayat (1) UU Peradilan Agama, tidak memberikan ketegasan untuk menggabungkan soal pemeliharaan anak dengan perkara perceraian; Konstruksi pasal perundang-undangan tersebut hanya bersifat *fakultatif*, yang berarti soal penguasaan anak akibat perceraian bisa dikumulasikan dengan perkara pokoknya (perceraian) atau bisa juga diajukan, diperiksa, dan diputus secara terpisah (*di-split*) dalam perkara tersendiri setelah terjadi perceraian.

Persoalan substansi hukum yang terumuskan dalam norma positif tersebut tampak bersifat ‘represif’ dan menimbulkan persoalan terkait kewenangan lembaga pengadilan yang bersifat pasif, formalistis, dan kaku; ditambah lagi persoalan budaya masyarakat yang berurusan dengan pengadilan cenderung berorientasi ‘kalah-menang’, tidak peduli kepentingan anak.

Berkaca pada kondisi objektif bahwa hukum seringkali tidak menuntaskan atau menyelesaikan masalah, bahkan justru seringkali menciptakan persoalan baru, maka dalam konteks kewenangan pengadilan

---

<sup>240</sup> Antara lain menentukan bahwa “*bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, pengadilan memberi keputusannya*”.

dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian perlu difikirkan fungsi peradilan yang tidak sekedar mengadili perkara melainkan menyelesaikan dan menuntaskan perkara.

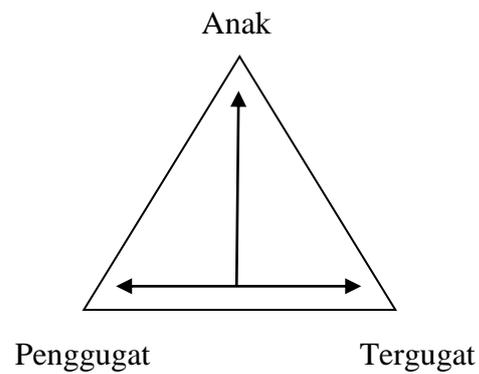
Dalam konteks penghargaan terhadap hak-hak asasi manusia, khususnya terkait hak anak, dan memaknai keadilan sebagai tujuan utama hukum, merealisasikan *kemaslahatan* dan menerapkan hukum progressif dalam pemeliharaan anak pasca perceraian berdasarkan asas kepentingan terbaik bagi anak, maka hukum kewenangan pengadilan dalam pemeliharaan anak akibat perceraian harus direkonstruksi, negara (pengadilan) harus menjamin bahwa kepentingan dan hak-hak anak terlindungi dan dengan adanya perceraian orang tuanya pemeliharaan anak segera mendapat kepastian.

Pola kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang bersifat represif jelas mengandung persoalan, oleh karenanya Pasal 39 dan 41 a UU Perkawinan, demikian juga Pasal 66 ayat (6) dan 86 ayat (1) UU Peradilan Agama, tersebut perlu direkonstruksi untuk memberikan perlindungan kepada anak dan memberi kepastian soal pemeliharaan anak akibat perceraian. Mendasari argumentasi perlunya rekonstruksi, antara lain didukung: (1) nilai-nilai keadilan yang terkandung dalam falsafah Pancasila yang merupakan kearifan local, (2) prinsip ‘kepentingan terbaik bagi anak’ dan hasil studi perbandingan praktik hukum pemeliharaan anak di beberapa negara asing yang dalam praktik hukumnya menunjuk kepada adanya pengaturan campur tangan negara (pengadilan)

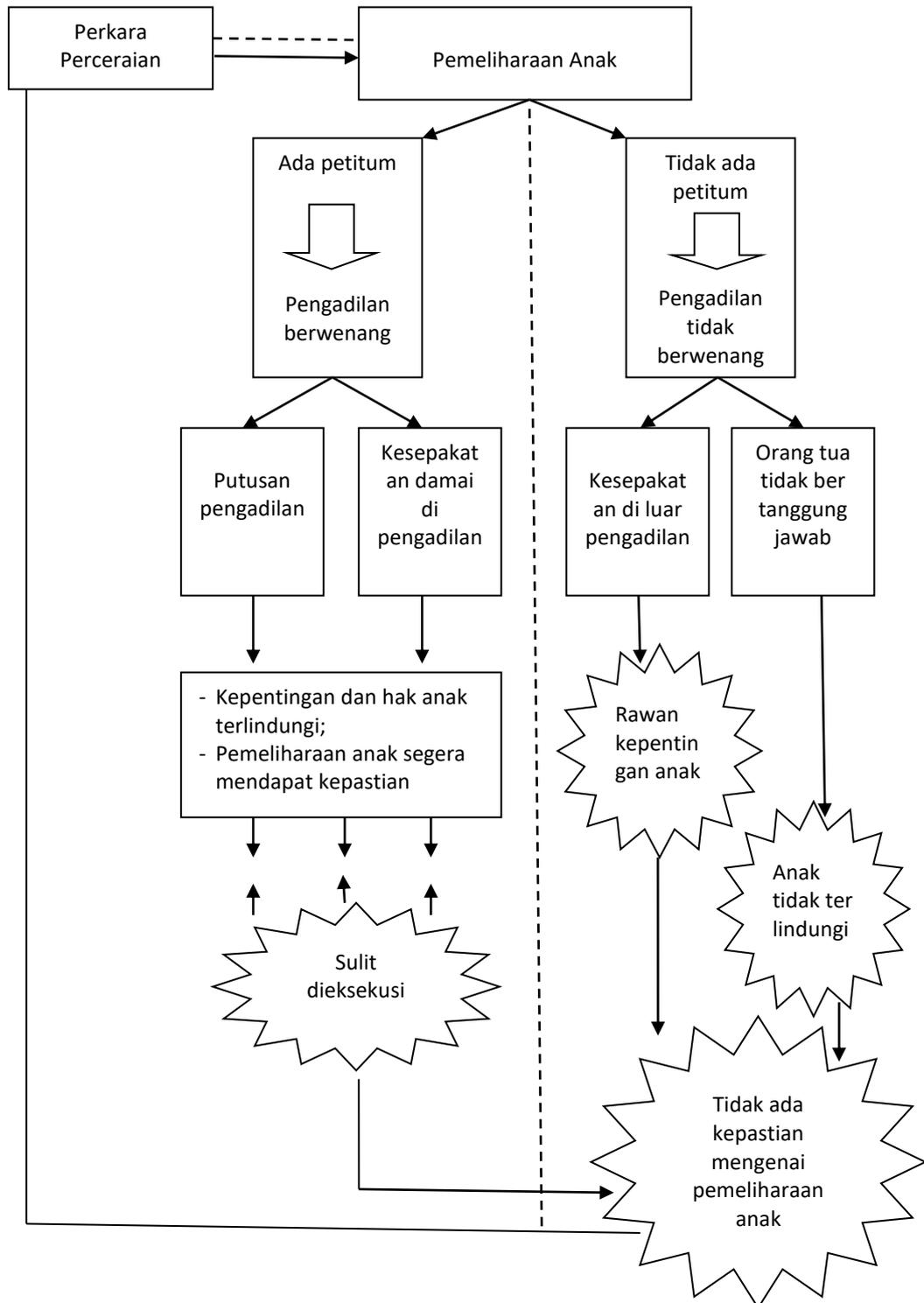
dalam isu-isu perceraian - setidaknya di tiga negara asing - sebagai kearifan internasional, dan (3) dengan secara argumentative didukung pula dengan teori eks-officio eksepsional kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian – sebagai teori baru temuan penulis.

Kerangka pemikiran disertasi sebagaimana diuraikan di atas, selanjutnya secara skematis penulis tampilkan dalam ragaan berikut ini:

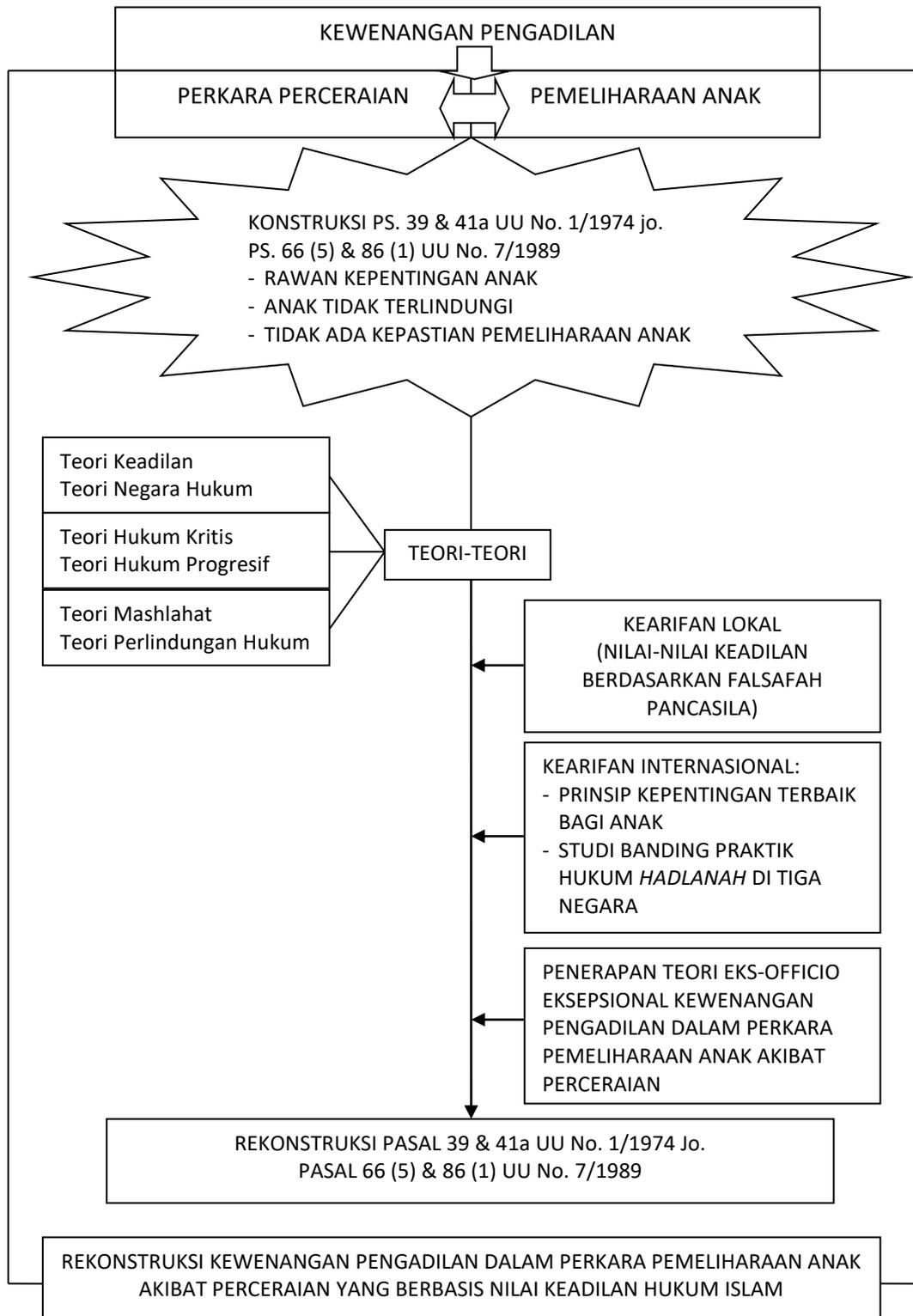
Skema 1.: Pola Sengketa Pemeliharaan Anak Akibat Perceraian



Skema 2: Konstruksi Pola Kewenangan Pengadilan Dalam Perkara Pemeliharaan Anak Akibat Perceraian Berdasarkan Pasal 39 dan 41 huruf a UU Perkawinan *juncto* Pasal 66 ayat (5) dan 86 ayat (1) UU Peradilan Agama.



Skema 3: Alur Kerangka Berpikir REKONSTRUKSI KEWENANGAN PENGADILAN DALAM PERKARA PEMELIHARAAN ANAK AKIBAT PERCERAIAN BERBASIS NILAI KEADILAN HUKUM ISLAM



## H. METODE PENELITIAN

### 1. Paradigma Penelitian

Paradigma<sup>241</sup> yang digunakan dalam penelitian ini adalah konstruktivisme.<sup>242</sup> Konstruktivis (*constructivist*) pada intinya mencoba mendefinisikan ulang apa yang dimaksud dengan realitas sosial.<sup>243</sup> Paradigma konstruktivisme melihat suatu realitas sosial sebagai hasil konstruksi sosial, dan kebenaran suatu realitas sosial bersifat relative berlaku sesuai dengan konteks spesifik yang relevan dengan pelaku sosial.

Paradigma konstruktivisme dalam penelitian ini dimaksudkan untuk menghasilkan suatu rekonstruksi pemikiran atau gagasan serta teori baru mengenai kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian. Gagasan atau teori baru dimaksud akan dibangun dari perspektif nilai keadilan Islam. Dengan gagasan atau teori baru mengenai kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian berbasis nilai keadilan hukum Islam diharapkan ke depan perlindungan hukum terhadap

---

<sup>241</sup> Istilah ‘paradigma’ berasal dari bahasa Yunani ‘paradeigma’ dengan awal pemaknaannya yang filosofik yang berarti “pola atau model berfikir”. Soetandyo Wignjosoebroto memaknai istilah paradigma yang berlaku di kalangan para akademisi sebagai “suatu pangkal(an) atau pola berfikir yang akan mensyarati kepahaman interpretative seseorang secara individual atau sekelompok orang secara kolektif pada seluruh gugus pengetahuan berikut teori-teori yang dikuasainya” (Soetandyo Wignjosoebroto, *Pergeseran Paradigma Dalam Kajian-Kajian Sosial dan Hukum*, Malang: Setara Pres, 2013, hlm. 8-9).

<sup>242</sup> Terdapat empat paradigma yang dikenal dalam kegiatan penelitian, yaitu paradigma positivisme, post-positivisme, kritikal teori, dan konstruktivisme. Lihat Norman K. Denzin and Lincoln Yvana, S. *Handbook of Qualitative Research*, London: Sage Publication, hlm. 165. Pilihan paradigma ini akan berpengaruh pada perbedaan konsep, teori, asumsi, dan kategori tertentu yang melatarbelakangi studi tersebut dan oleh karenanya berujung pada perbedaan hasil simpulan yang diambil. Dalam penetapan dan pilihan paradigma persoalannya bukan pada salah atau benarnya suatu penelitian, melainkan pada landasan paradigmatis apa yang melatar-belakangi penelitian itu dilakukan. (George Ritzer, *Sosiologi Ilmu Pengetahuan Berparadigma Ganda*, Terjemah Alimandan, Jakarta Raja Grafindo Persada, 2013, hlm. 6-7. Lihat juga: Agus Salim (Penyunting), *Teori dan Paradigma Penelitian Sosial*, Yogyakarta: Tiara Wacana, 2006, hlm. 70-71).

<sup>243</sup> Otje Salman S dan Anthon F. Susanto, *Teori Hukum: ..., Op.cit.*, hlm. 81.

hak-hak anak dapat terpenuhi dan pemeliharaan anak akibat perceraian mendapat jaminan kepastian sesuai asas kepentingan terbaik bagi anak.

## 2. Metode Pendekatan

Penelitian ini memandang hukum yang menjadi objek kajian yang dikonsepsikan sebagai suatu sistem norma yang tidak dimodelkan sebagai sistem yang tertutup melainkan suatu sistem yang terbuka. Sebagai sistem terbuka, maka hukum akan mudah bertransaksi dengan lingkungan sosial dalam hal meng-*input*-kan fakta sosial, memprosesnya di dalam sistem sebagai *through-puts* yang secara sosial relevan, untuk kemudian meng-*output*-kan kembali sebagai suatu *socio-legal judgements* yang benar-benar fungsional.<sup>244</sup> Dengan demikian, metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini ialah socio-legal.<sup>245</sup>

Pemilihan metode tersebut tidak terlepas dari kaitan cara pandang (paradigma) dan sifat penelitian ini dengan karakteristik metode penelitian socio-legal; yang dalam hal ini dilakukan dengan menganalisis secara kritis pasal-pasal peraturan perundang-undangan, kebijakan dan putusan pengadilan, kemudian menjelaskan makna dan implikasinya terhadap subjek

---

<sup>244</sup> Soetandyo Wignjoseobroto, *Hukum: Konsep dan Metode, ..., Op.cit.*, hlm. 43 – 44.

<sup>245</sup> Esmi Warrasih mengemukakan bahwa: “Penelitian socio-legal dengan landasan filsafat hermeneutic dan teori kritik melalui pendekatan interpretif / verstehen, dengan demikian penelitian hukum lebih berorientasi kepada kemanusiaan. Hukum dilihat bukan sekedar bunyi pasal-pasal/teks-teks yang bebas nilai melainkan hendaknya hukum merupakan karya manusia untuk manusia melalui manusia”. (Esmi Warassih, *Penelitian Socio-legal, Dinamika Sejarah dan Perkembangannya*, Makalah disampaikan pada Workshop Pemutahiran Metodologi Penelitian Hukum, Bandung, 20-21 Maret 2006, hlm. 6).

hukum dan mengkaitkannya dengan faktor non-hukum dan ilmu sosial lainnya.<sup>246</sup>

Dalam konteks ini institusi hukum tidak dipahami sebagai entitas normative semata, melainkan akan dipandang sebagai bagian dari keseluruhan sistem sosial yang berada dalam kondisi saling terkait dengan variabel sosial yang lain, dengan demikian fokus penelitian ini adalah membuat deskripsi tentang realitas sosial dan hukum, serta berusaha memahami dan menjelaskan logika keterhubungan logis antara keduanya.<sup>247</sup> Kenyataan hukum dan kenyataan dalam masyarakat akan dikaji secara bersamaan dan berimbang, pada satu sisi akan diteliti semua keadaan yang ditimbulkan oleh hukum dalam masyarakat, dan pada bagian yang lain akan diteliti proses kemasyarakatan yang mendukung ataupun tidak mendukung atau melemahkan keberlakuan hukum.

Selain itu, dengan merujuk pendapat Sunaryati Hartono, bahwa dalam rangka menganalisis fenomena sosial seringkali dibutuhkan berbagai metode dan pendekatan,<sup>248</sup> maka untuk mencapai tujuan yang diharapkan, penulis

---

<sup>246</sup> Sulistyowati Irianto dan Shidarta menyebutkan bahwa; "... karakteristik metode penelitian sosiolegal dapat diidentifikasi melalui dua hal: *Pertama*, studi sosiolegal melakukan studi tekstual, khususnya terhadap pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan, kebijakan dan putusan pengadilan dengan menganalisisnya secara kritis, dengan tidak lupa menjelaskan makna dan implikasinya terhadap subjek hukum. Kedua, studi sosiolegal mengembangkan metode "baru" hasil perkawinan dengan ilmu social." (Sulistyowati Irianto dan Shidarta (ed.), *Metode Penelitian Hukum: Konstelasi dan Refleksi*, Jakarta: Yayasan Pustaka Obor Indonesia, 2009, hlm. xv – xvi.

<sup>247</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum, Masyarakat dan Pembangunan*, Bandung: Alumni, 1976, hlm. 17

<sup>248</sup> Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia pada Akhir Abad ke-20*, Bandung: Alumni, 1991, hlm. 21

akan menggunakan juga pendekatan-pendekatan penelitian bidang ilmu hukum berikut secara terpadu, yaitu:<sup>249</sup>

- a. Pendekatan peraturan perundang-undangan (*statute approach*), dilakukan dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan dan regulasi yang berkaitan dengan isu hukum yang diteliti;
- b. Pendekatan kasus (*case approach*) digunakan sebagai sarana mengkaji penerapan hukum di Indonesia khususnya terkait kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian;
- c. Pendekatan sejarah (*historical approach*), digunakan untuk menganalisa sejarah pengaturan atau upaya-upaya yang dilakukan dalam perlindungan hak-hak anak di Indonesia, baik dalam sistem hukum nasional maupun instrumen internasional;
- d. Pendekatan perbandingan (*comparative approach*), digunakan untuk mengkaji dan membandingkan hukum pemeliharaan anak akibat perceraian yang berlaku di Indonesia, maupun dalam hukum Islam, dan hukum di beberapa negara tertentu di dunia;
- e. Pendekatan konseptual (*conseptual approach*), digunakan untuk menyusun konsepsi tentang kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian agar hak-hak anak terjamin dan terlindungi, dan pemeliharaan anak akibat perceraian segera mendapat kepastian sesuai kepentingan terbaik bagi anak;

---

<sup>249</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum, ...*, *Op.cit.*, hlm. 93-95.

- f. Pendekatan filosofis (*philosophical approach*), digunakan untuk mengkaji segi filosofis dalam rangka menggali nilai-nilai yang mendasari kewenangan pengadilan dalam pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai-nilai keadilan Islam, yakni yang *amânah*, berkeadilan, dan *ma'rûf*, dengan memperhatikan HAM, perlindungan hak-hak anak, dengan mengingat kepentingan terbaik bagi anak.

### 3. Sifat Penelitian

Sehubungan dengan perumusan masalah dan tujuannya, penelitian ini menggunakan sifat/bentuk penelitian deskriptif analitis<sup>250</sup> dan preskriptif.<sup>251</sup> Dengan penelitian yang bersifat deskriptif analitis,<sup>252</sup> dimaksudkan untuk menggambarkan dan mengkritisi nilai dan norma hukum serta aplikasinya

---

<sup>250</sup> Penelitian deskriptif, menurut Sumadi Suryabrata, adalah penelitian yang bermaksud membuat pencandraan (deskripsi) mengenai situasi-situasi atau kejadian-kejadian (Sumadi Suryabrata, *Metodologi Penelitian*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010, hlm. 76.) Dengan demikian dimaksud dengan penelitian deskriptif adalah penelitian yang tujuannya memaparkan (mendeskripsikan) sesuatu fenomena, yakni untuk menghasilkan gambaran akurat tentang sebuah fenomena, mekanisme sebuah proses, dan menjelaskan seperangkat tahapan atau proses.

<sup>251</sup> Menurut Peter Mahmud Marzuki, ilmu hukum yang mempunyai karakteristik sebagai ilmu yang bersifat preskriptif (disamping sebagai ilmu terapan) adalah “mempelajari tujuan hukum, nilai-nilai keadilan, validitas aturan hukum, konsep-konsep hukum, dan norma-norma hukum”. Sifat preskriptif kelimuan hukum merupakan sesuatu yang substansial di dalam ilmu hukum. Suatu langkah awal dari substansi ilmu hukum adalah memperbincangkan mengenai makna hukum di dalam hidup bermasyarakat; Perbincangan demikian mempersoalkan apa yang menjadi tujuan hukum. Persoalan selanjutnya, yang merupakan suatu *condition sine qua non* dalam hukum adalah masalah keadilan. Gustav Radbruch menyatakan bahwa cita hukum tidak lain dari pada keadilan. Dengan demikian pandangan Hans Kelsen yang memisahkan keadilan dari hukum tidak dapat diterima karena bertentangan dengan kodrat hukum itu sendiri. Persoalan berikutnya adalah mengenai validitas aturan hukum; Dalam hal ini Negara terpanggil untuk menetapkan aturan-aturan yang dipandang dapat menengahi kepentingan manusia sebagai anggota masyarakat dan sebagai makhluk yang memiliki kepribadian. Selanjutnya mempelajari konsep-konsep hukum; Konsep hukum, bentukan hukum ataupun konstruksi hukum merupakan hal sangat diperlukan dalam kehidupan bermasyarakat. Berikutnya mempelajari norma-norma hukum; Mempelajari norma-norma hukum merupakan bagian yang esensial di dalam ilmu hukum. Di sinilah nampak sifat preskriptif ilmu hukum (Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008, hlm. 22 – 24)

<sup>252</sup> Menurut Bambang Sunggono, penelitian deskriptif pada umumnya bertujuan untuk mendeskripsikan secara sistematis, faktual dan akurat terhadap suatu populasi atau daerah tertentu, mengenai sifat-sifat, karakteristik-karakteristik atau faktor-faktor tertentu. Lihat Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2007, hlm. 35.

yang berkaitan dengan kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian. Adapun dengan penelitian yang bersifat perskriptif dimaksudkan untuk mendapatkan saran mengenai apa yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah yang terumuskan dalam regulasi tetapi perlu direkonstruksi, ataupun yang tidak terumuskan dalam regulasi. Sedangkan bentuk analisisnya mengarah pada apa yang sebaiknya sehingga rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan Islam dapat dirumuskan.

#### **4. *Social Setting* dan Metode Penentuan Sampel**

Ruang lingkup dan fokus kajian dalam penelitian ini akan dibatasi pada kewenangan pengadilan dalam menangani kasus pemeliharaan anak akibat perceraian dalam hukum keluarga Islam di Indonesia. Dengan demikian penelitian ini dilakukan pada domain-domain yang telah disebutkan, yaitu pembuat putusan pengadilan (yaitu: Hakim) dan pelaksana putusan dalam kasus pemeliharaan anak akibat perceraian pada lingkungan peradilan agama.<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> Lingkungan peradilan agama merupakan salah satu dari empat lingkungan peradilan (lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, dan lingkungan peradilan tata usaha Negara) di bawah Mahkamah Agung yang melakukan kekuasaan kehakiman di Indonesia (Periksa: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 24 ayat (2) Hasil Amandemen Ketiga). Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Kewenangannya sebagaimana diatur dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, meliputi bidang-bidang: perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syari'ah. Menurut A. Mukti Arto, Peradilan Agama di Indonesia merupakan salah satu lingkungan peradilan yang memiliki spesifikasi dan keunikan tersendiri karena ia tunduk pada dua system hukum yang sumbernya berbeda. Ditinjau dari sudut asal muasal, tujuan dibentuk dan diselenggarakan serta fungsi yang diembannya, maka ia merupakan peradilan syari'ah Islam. Sedang jika ditinjau dari sudut statusnya yang dibentuk dan diselenggarakan oleh Negara, maka ia merupakan peradilan Negara dan karenanya berdasarkan konstitusi ia tunduk pada hukum Negara. (A. Mukti Arto, *Peradilan Agama Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia, Kajian Historis, Filosofis, Ideologis, Politis, Yuridis, Futuristik, Pragmatis*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2012, hlm. 1).

Adapun penentuan sampel digunakan metode purposive sampling, dimana penelitian ini tidak memberikan peluang atau kesempatan yang sama kepada setiap unsur populasi untuk dipilih menjadi sampel, melainkan terfokus pada target/sampel tertentu yang telah ditentukan, dan penentuan sampel dilakukan dengan mempertimbangkan kriteria jabatan tertentu atau kewenangan tertentu dalam menangani perkara pemeliharaan anak akibat perceraian di pengadilan.<sup>254</sup>

Penelitian dilakukan dengan cara melakukan wawancara langsung dan mendalam terhadap beberapa aparat penegak hukum, yakni Hakim yang berkompeten mengadili perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, Panitera atau Jurusita yang bertugas melaksanakan putusan pengadilan dan Ketua Pengadilan tingkat pertama yang memimpin pelaksanaan putusan.

## 5. Sumber Data Penelitian

Sumber data<sup>255</sup> penelitian ini terdiri dari:

### a. Data primer

Data primer,<sup>256</sup> yakni data yang diperoleh dari praktek hukum/hukum empirik yang dilakukan dengan cara wawancara kepada:

---

<sup>254</sup> *Purposive sampling* atau *judgmental sampling* (sampel bertujuan) merupakan teknik penentuan sampel dengan pertimbangan tertentu. Peneliti memilih orang sebagai sampel dengan memilih orang yang benar-benar mengetahui atau memiliki kompetensi dengan topic penelitian (Nanang Martono, *Metode Penelitian Sosial, Konsep-konsep Kunci*, Jakarta: Rajawali Press, 2015, hlm. 318).

<sup>255</sup> Data, menurut Bahder Johan Nasution, adalah “apa yang ditemukan dalam struktur dan materi hukum positif yang diperoleh dari kegiatan mempelajari bahan-bahan hukum terkait (ilmu hukum normative), maupun fakta sosial berupa masalah yang berkembang di tengah masyarakat yang memiliki signifikansi sosiologis (ilmu hukum empiris).” (Bahder Johan Nasution, *Metode Penelitian Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 2008, hlm. 166).

<sup>256</sup> Data primer menurut Soerjono Soekanto, adalah data yang diperoleh dari sumbernya langsung maupun dari sumber pertama, yakni dengan mempelajari tingkah laku warga masyarakat

- Beberapa orang Hakim pada Pengadilan Tinggi Agama;
- Beberapa orang Hakim dan/atau Ketua pada Pengadilan Agama;
- Beberapa orang Panitera atau Jurusita pada Pengadilan Agama.
- Pejabat pada Direktorat Jenderal Peradilan Agama pada Mahkamah Agung Republik Indonesia;
- Pejabat pada Badan Pengawasan Mahkamah Agung Republik Indonesia.

b. Data sekunder

Data sekunder,<sup>257</sup> yakni data yang diperoleh dari studi pustaka dan studi dokumenter guna mendapatkan bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.

- Studi pustaka dilakukan dengan menelaah literatur-literatur hukum yang relevan dengan permasalahan,
- Studi dokumenter dilakukan dengan menelaah dokumen yang diperoleh dari Mahkamah Agung, Pengadilan Tinggi Agama dan Pengadilan Agama yang berkaitan dengan perkara perceraian dan pemeliharaan anak akibat perceraian.

Bahan hukum<sup>258</sup> yang diperlukan meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier, sebagai berikut:

---

setempat dengan melalui penelitian. (Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Press, 1998, hlm. 12).

<sup>257</sup> Data sekunder, menurut Soerjono Soekanto, antara lain mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan, dan sebagainya. Ciri umum data sekunder: 1) dalam keadaan siap dan dapat dipergunakan segera, 2) telah diisi dan dibentuk peneliti terdahulu, 3) tidak terbatas oleh waktu dan tempat (*Ibid.*)

<sup>258</sup> Bahan hukum merupakan bagian terpenting dalam penelitian hukum, karena tanpa bahan hukum tidak mungkin dapat ditemukan jawaban atas isu hukum yang diketengahkan. Dengan kata

## 1. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer<sup>259</sup> yang digunakan dalam penelitian ini berkaitan dengan asas-asas hukum, ketentuan perundang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan hak-hak anak dan kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, Instrumen Hak Asasi Manusia Internasional, antara lain:

- 1.1. Norma atau kaidah dasar yaitu Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 1.2. Peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan aparat penegak hukum yaitu UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, UU Nomor 3 Tahun 2009 tentang Mahkamah Agung, UU Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah pertama dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perbahan kedua UU Nomor 50 Tahun 2009;
- 1.3. Peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan hak-hak anak, yaitu UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak UU sebagaimana telah diubah

---

lain, untuk memecahkan isu hukum yang dihadapi digunakan bahan hukum sebagai sumber penelitian hukum. (Dyah Ochterina Susanti dan A'an Efendi, *Penelitian Hukum (Legal Research)*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014, hlm. 48).

<sup>259</sup> Bahan-bahan hukum primer menurut Soetandyo Wignjosoebroto adalah “semua aturan hukum yang dibentuk dan/atau dibuat secara resmi oleh suatu lembaga Negara, dan/atau badan-badan pemerintahan, yang demi tegaknya akan diupayakan berdasarkan daya paksa yang dilakukan secara resmi pula oleh aparat Negara”. Termasuk didalamnya ialah seluruh produk badan legislative, produk hukum yang dibuat dan dimaklumkan oleh badan eksekutif, keputusan-keputusan komisi-komisi Negara, seluruh amar putusan badan yudisial, aturan-aturan yang berkarakter teknis atau operasional yang dibuat oleh badan-badan administrasi Negara, serta produk-produk hukum dari badan-badan internasional. (Soetandyo Wignjosubroto, *Hukum Konsep dan Metode*,..., *Op.cit.*, hlm. 67-68).

dengan UU Nomor 17 Tahun 2016, UU Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, UU Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak;

- 1.4. Peraturan perundang-undangan mengenai hukum perkawinan, yaitu UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, serta aturan pelaksanaannya yaitu PP Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan;
- 1.5. Instrumen Hak Asasi Manusia Internasional, seperti Deklarasi Universal tentang Hak-Hak Asasi Manusia / DUHAM (*Universal Declaration of Human Rights*) Resolusi Nomor 217A (III) tanggal 10 Desember 1948, dan Konvensi tentang Hak-Hak Anak (*Convention on the Rights of the Child*) Resolusi Nomor 109 Tahun 1990;
- 1.6. Peraturan perundang-undangan mengenai hukum acara perdata, seperti *Het Herziene Indonesisch Reglement* atau Reglemen Indonesia yang Diperbaharui (*HIR/RBg.*) Stb. 1848 Nomor 16, Stb. 1941 Nomor 44 untuk daerah Jawa dan Madura, *Rechtsreglement Buitengewesten* atau Reglemen Daerah Seberang (*RBg./RDS*) Stb. 1927 Nomor 227 untuk luar Jawa dan Madura, *Reglement op de Burgerlijke Rechtsvordering* atau Reglemen Hukum Acara Perdata untuk

Golongan Eropa (*Rv.*), dan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1947 tentang Peradilan Ulangan di Jawa Madura.

1.7. Kompilasi Hukum Islam;

1.8. Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan;

1.9. Ayat-ayat hukum (*āyâtul-ahkâm*) dalam Al-Qur'ân, serta teks-teks Hadîts hukum (*ahâdîtsul-ahkâm*) yang berkaitan dengan hukum keluarga dan peradilan Islam.

1.10. Putusan pengadilan.

## 2. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder yang digunakan dalam penelitian ini ialah berbagai informasi yang relevan dengan permasalahan hukum yang berlaku atau yang pernah berlaku, termasuk antara lain buku-buku teks, laporan penelitian hukum, jurnal hukum, notulen seminar hukum, memori-memori yang memuat opini hukum, monograf, bulletin atau ragam terbitan lain, serta situs-situs internet yang relevan dengan permasalahan hukum utamanya yang berkaitan dengan hukum kewenangan pengadilan dalam pemeliharaan anak akibat perceraian.

## 3. Bahan hukum tersier

Yakni berupa bahan yang memberikan petunjuk, penjelasan ataupun sumber referensi terhadap bahan hukum primer maupun bahan

hukum sekunder, seperti kamus, ensiklopedia, bibliografi, katalog terbitan, buku yang memuat indeks, dan lain-lain.

## **6. Teknik Pengumpulan Data**

Untuk memperoleh dan mengumpulkan data primer, dilakukan dengan cara wawancara langsung dan mendalam kepada beberapa responden yang telah ditentukan. Wawancara langsung dan mendalam dilakukan dengan cara tanya jawab secara langsung di mana semua pertanyaan disusun secara sistematis, jelas dan terarah sesuai dengan isu hukum yang diangkat dalam penelitian ini. Data yang diperoleh kemudian dikumpulkan dan disusun untuk selanjutnya dianalisa.

Sedangkan untuk mendapatkan dan mengumpulkan data sekunder, dilakukan dengan cara studi pustaka dan studi dokumen.

Pengumpulan data sekunder berupa bahan hukum dilakukan dengan cara mencari dan menelusuri berbagai peraturan perundang-undangan yang terkait dengan permasalahan yang diteliti. Bahan hukum tersebut dikumpulkan dengan menelusuri literatur hukum baik cetak maupun on-line; baik hukum tertulis, maupun hukum tidak tertulis. Bahan hukum yang berupa putusan pengadilan diperoleh dari yurisprudensi Mahkamah Agung RI, situs direktori putusan Mahkamah Agung RI, situs publikasi putusan pengadilan, yang berkaitan dengan perkara pemeliharaan anak akibat perceraian.

Bahan-bahan hukum yang telah diperoleh tersebut, kemudian dilakukan inventarisasi, kualifikasi, pemahaman, penafsiran. Selanjutnya, bahan-bahan hukum tersebut digunakan sebagai dasar untuk mengkaji dan

menganalisa permasalahan dalam penelitian ini, menggali teori-teori dasar dan konsep-konsep dasar, mengikuti perkembangan teori dalam bidang yang terkait dengan permasalahan yang akan diteliti guna memperoleh orientasi yang lebih luas dan holistik terhadap permasalahan yang akan diteliti, dan untuk menghindari duplikasi penelitian.<sup>260</sup>

## **7. Analisa Data**

Analisa data primer dalam penelitian ini dilakukan dengan cara: (1) mengelompokkan data dan informasi yang sama menurut sub-aspek, setelah data yang diperoleh dari lapangan dikumpulkan, selanjutnya (2) melakukan interpretasi untuk memberi makna terhadap tiap sub-aspek dan hubungannya satu sama lain, kemudian (3) melakukan analisis atau interpretasi keseluruhan aspek untuk memahami makna hubungan antara aspek yang satu dengan yang lainnya dan dengan keseluruhan aspek yang menjadi pokok permasalahan penelitian yang dilakukan secara induktif (analisa kualitatif induktif). Analisa data dilakukan dengan berbagai cara interpretasi, yaitu interpretasi gramatikal, interpretasi sistematis, historis, fungsional, futuristik, dan interpretasi secara hermeneutika hukum. Sehingga memberikan gambaran hasil secara utuh.

Analisa data bahan hukum dalam penelitian ini akan menggunakan cara berpikir secara induktif, dan komparatif.

- Cara berpikir induktif merupakan suatu proses yang bertitik tolak pada unsur-unsur yang bersifat konkret menuju pada hal-hal yang abstrak.

---

<sup>260</sup> Masri Singarimbun dan Sofian Efendi, *Metode Penelitian Survey*, Jakarta:, LP3ES, 1983, hlm. 102.

Fakta-fakta konkret tersebut digunakan untuk menyusun kesimpulan umum, berwujud konsep-konsep atau proposisi-proposisi dari fakta tersebut. Cara berpikir induktif, digunakan untuk menganalisa dan membandingkan premis minor kondisi khusus hasil penelitian dengan teori dan postulat umum yang digunakan.<sup>261</sup>

- Cara berpikir komparatif dilakukan dengan cara membandingkan antara norma, gejala, atau kasus pemeliharaan anak akibat perceraian yang terjadi selama ini. Cara berpikir komparatif, juga digunakan untuk membandingkan antara ketentuan hukum yang mengatur tentang kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian dalam hukum nasional dengan hukum Islam, antara hukum positif di Indonesia dengan beberapa ketentuan hukum pemeliharaan anak menurut beberapa negara di dunia.

## 8. Validitas Data

Dari berbagai terma-terma yang berkembang di seputar validitas,<sup>262</sup> atau berbagai macam teknik pemeriksaan keabsahan data dalam penelitian

---

<sup>261</sup> Induksi merupakan cara berfikir dimana ditarik suatu kesimpulan yang bersifat umum dari berbagai kasus yang bersifat individual. Penalaran secara induktif dimulai dengan mengemukakan pernyataan-pernyataan yang mempunyai ruang lingkup yang khas dan terbatas dalam menyusun argumentasi yang diakhiri dengan pernyataan yang bersifat umum. (Jujun S. Suriasumantri, *Filsafat Ilmu, Sebuah Pengantar Populer*, Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2013, hlm. 48).

<sup>262</sup> Sebagaimana disebut Guba & Lincoln, sampai saat ini terdapat empat terma di seputar validitas penelitian kualitatif, yakni: *Credibility* (derajat kepercayaan), *Transferability* (keteralihan), *Dependability* (kebergantungan), dan *Confirmability* (kepastian). (Norman K. Denzin and Lincoln Yvana, S, *Handbook..., Op. Cit.*, hlm. 114. Bandingkan dengan Sugiyono, *Memahami Penelitian Kualitatif Dilengkapi Contoh Proposal dan Laporan Penelitian*, Bandung: Alfabeta, 2008, hlm. 120).

kualitatif, sebagaimana yang diintrodusir oleh berbagai ahli,<sup>263</sup> maka dalam penelitian ini digunakan beberapa teknik pemeriksaan keabsahan data yang disesuaikan dengan kriterianya, antara lain:

a. Triangulasi

‘Triangulasi’ sebagaimana dikemukakan oleh Lexy J. Moleong,<sup>264</sup> adalah “teknik pemeriksaan keabsahan data yang memanfaatkan sesuatu yang lain di luar data itu untuk keperluan pengecekan atau sebagai pembanding terhadap data itu”. Teknik triangulasi yang digunakan dalam penelitian ini adalah:

- 1) Triangulasi dengan sumber, yakni dengan membandingkan dan mengecek derajat kepercayaan suatu informasi yang diperoleh melalui waktu dan alat yang berbeda.
- 2) Triangulasi dengan metode, yakni dengan pengecekan derajat kepercayaan penemuan hasil penelitian beberapa teknik pengumpulan data dan pengecekan derajat kepercayaan sumber data dengan metode yang sama.
- 3) Triangulasi dengan teori yang didasarkan pada anggapan bahwa derajat kepercayaan fakta tertentu tidak dapat diperiksa dengan satu teori atau beberapa teori.

b. Pemeriksaan sejawat melalui diskusi

---

<sup>263</sup> Lexy J. Moleong mengintrodusir sepuluh macam teknik pemeriksaan keabsahan data, yakni: perpanjangan keikutsertaan, ketekunan pengamatan, triangulasi, pengecekan sejawat, kecukupan refrensial, kajian kasus negative, pengecekan anggota, uraian rinci, audit kebergantungan, dan audit kepastian. (Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Bandung: Remaja Rosdakarya, 1995, hlm. 175).

<sup>264</sup> *Ibid.*, hlm. 178-181.

Teknik pemeriksaan sejawat melalui diskusi dimaksud adalah dengan melakukan ekspose hasil sementara atau hasil akhir penelitian yang diperoleh dalam bentuk diskusi analitik dengan teman sejawat.

c. Analisis kasus negatif

Teknik analisis negative dilakukan dengan jalan mengumpulkan contoh kasus yang tidak sesuai dengan pola dan kecenderungan informasi yang telah dikumpulkan sebagai bahan pembanding.

## I. ORISINALITAS PENELITIAN

Sepanjang penelusuran, belum ada penelitian disertasi ataupun tesis yang judulnya sama persis dengan judul penelitian ini. Meskipun ada beberapa penelitian yang berkaitan dengan isu hukum pemeliharaan anak, akan tetapi judul, pokok permasalahan, maupun uraian analisisnya berbeda sehingga orisinalitas penelitian disertasi ini dapat dipertanggungjawabkan. Beberapa penelitian yang mengkaji isu hukum pemeliharaan anak atau hak asuh anak sebelumnya ditampilkan dalam Tabel berikut:

Tabel 2: Daftar Penelitian Sejenis

Nomor, Peneliti, Tahun	Judul, Jenis Penelitian	Hasil Temuan	Perbedaan
1. Ahmad Zaenal Fanani, 2014.	<i>Sengketa Hak Asuh Anak dalam Hukum Keluarga Islam di</i>	Ketentuan sengketa hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia khususnya yang diatur dalam Pasal 105 dan 106 Kompilasi	Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis. Penelitian tersebut adalah mengenai

	<p><i>Indonesia Perspektif Keadilan Jender.</i> (Disertasi, Untag Surabaya, 2014)</p>	<p>Hukum Islam (KHI) tidak berkeadilan jender karena dalam menentukan hak asuh anak didasarkan atas jenis kelamin tertentu. Padahal seharusnya penentuan pemegang hak asuh anak didasarkan atas aspek moralitas, kesehatan dan kesempatan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah kepentingan terbaik anak. Upaya penegakan keadilan jender yang harus dilakukan hakim pengadilan agama dalam menangani sengketa hak asuh anak adalah hakim pengadilan agama harus menggunakan analisis keadilan jender berperspektif maqashid syariah dengan berpedoman pada 5 (lima) hal: (1) Melakukan penafsiran hukum atas ketentuan hukum hak asuh anak; (2) Kontektualisasi ketentuan hukum hak asuh anak; (3) Mengutamakan kepentingan terbaik bagi anak; (4) Menggali rekam</p>	<p>hak asuh anak dengan mengkaji dan menganalisis apakah ketentuan yang diatur dalam Pasal 105 dan 106 Kompilasi Hukum Islam berkeadilan jender?. Sedangkan yang dipermasalahkan dalam penelitian penulis antara lain bagaimana rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam?.</p>
--	---	--	---

		jejak orang tua anak; dan (5) Melakukan pemeriksaan setempat. <sup>265</sup>	
2. Muhammad Sulhan, 2009.	<i>Gugurnya Hak Hadhanah bagi Ibu yang Sudah Menikah Lagi Perpspektif Mazahib al-Arba'ah.</i> (Tesis IAIN Walisongo Semarang, 2009)	Persepsi para ulama tentang hak pemeliharaan anak ( <i>hadhanah</i> ) bagi ibu yang sudah menikah lagi berpedoman pada pendapat satu golongan tertentu yakni mazhab Syafi'i, sehingga mereka berpendapat bahwa hak <i>hadhanah</i> bagi ibu akan menjadi terhalang atau gugur; jika ibu tersebut menikah lagi. Pendapat tersebut didasarkan pada hadis yang diriwayatkan oleh Ahmad dan Abu Dawud yang menyebutkan adanya batasan pemeliharaan bagi ibu yang sudah menikah lagi. Praktek yang berlangsung tentang hak pemeliharaan anak bagi ibu yang sudah menikah lagi cenderung mengikuti pendapat dan pemikiran ulama golongan Dzahiri	Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, Penelitian tersebut hanya membahas seputar pendapat-pendapat para Imam Madzhab (Syafi'i, Maliki, Hanafi, Hambali, dan Dzohiri) mengenai hak hadlanah. Sedangkan isu khas dan krusial terkait kewenangan pengadilan dalam memeriksa perkara pemeliharaan anak akibat perceraian sama sekali tidak dibahas.

<sup>265</sup><http://www.badilag.net/component/content/article/315-berita-kegiatan/21373...>,  
 “Mengkaji Sengketa HakAsuh Anak, Hakim PA Kab. Malang Menjadi Doktor”, diakses tanggal 17 September 2014, pukul 15:44.

		dalam hal ini pendapat Ibn Hazm. <sup>266</sup>	
3. Rizky Andryan, 2013.	<i>Pertimbangan Hakim dalam Memutuskan Hak Asuh Anak yang Belum Mumayyiz Jatuh Kepada Ayah (Studi di Pengadilan Agama Mataram).</i> (Jurnal Ilmiah: Fakultas Hukum Universitas Mataram, 2013)	Hak asuh anak jatuh kepada ayah adalah karena ibu tidak memenuhi syarat-syarat <i>hadhanah</i> . Dasar hukumnya adalah kitab <i>Kifayatul Akhyar</i> dan <i>Qawaninus Syari'iyah</i> , sehingga hakim mempertimbangkan bahwa ibu tidak memenuhi syarat-syarat <i>hadhanah</i> yaitu tidak tinggal di daerah tertentu dan untuk kepentingan pendidikan serta kelangsungan hidup anak. <sup>267</sup>	Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, Penelitian tersebut hanya membahas seputar pertimbangan hakim dalam memutuskan hak asuh anak yang belum mmayyiz yang jatuh kepada ayahnya. Sedangkan bagaimana konstruksi hukum kewenangan pengadilan dalam memeriksa perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, serta bagaimana problematika implementasi kewenangan

<sup>266</sup> Muhammad Sulhan, *Gugurnya Hak Hadhanah bagi Ibu yang Sudah Menikah Lagi Perspektif Mazahib al-Arba'ah* (Disertasi), Semarang: IAIN Walisongo Semarang, 2009.

<sup>267</sup> *Jurnal Hukum Islam*, volume 1 No. 1, 2012: 82, diakses tanggal 2 Oktober 2014.

			pengadilan tersebut sama sekali tidak dibahas.
4. Rifatul Hatimah. 2011.	<i>Studi Kritis terhadap Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam tentang Pemeliharaan Anak yang Belum/Sudah Mumayyiz.</i> (Disertasi IAIN Walisongo Semarang 2011).	Menurut Pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam yang menentukan bahwa dalam hal terjadinya perceraian, biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayah. Ketentuan Pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam tentang biaya pemeliharaan anak tetap menjadi tanggungjawab ayahnya adalah merupakan ketentuan yang tepat. Alasannya karena kewajiban memberi nafkah berada di pundak seorang pria. Tidak ada satu ketentuan pun dalam hukum Islam yang mewajibkan seorang istri mencari nafkah untuk suaminya. Meskipun para Imam hanya mewajibkan pada suami memberi nafkah kepada mantan istrinya, namun demikian adalah	Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, Penelitian tersebut hanya membahas seputar ketentuan Pasal 105 butir c KHI yang mengatur bahwa biaya pemeliharaan anak ditanggung oleh ayahnya. Sedangkan isu krusial terkait kewenangan pengadilan dalam memeriksa perkara pemeliharaan anak akibat perceraian sama sekali tidak dibahas.

		<p>sudah sewajarnya seorang ayah juga berkewajiban memberi biaya pemeliharaan untuk anaknya meskipun sudah bercerai dengan ibu si anak. Sebab seorang isteri bisa menjadi istilah "mantan", namun seorang anak adalah tetap anak. Tidak ada kata "mantan anak". Karena itu Pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam sesuai dengan hukum Islam dan sesuai pula dengan hak dan kewajiban seorang ayah pada anaknya.<sup>268</sup></p>	
<p>5. A. Choiri. 2015.</p>	<p><i>Perlindungan Hukum Terhadap Hak- hak Anak Akibat Perceraian Yang Tidak Dicantumkan Dalam Putusan Hakim Dihubungkan</i></p>	<p>Sekitar 99% Hakim Pengadilan Agama di Jawa Timur, dan sekitar 85 % Hakim Pengadilan Tinggi Agama Surabaya di dalam putusan perceraian, tidak mencantumkan hak-hak anak yang menjadi korban perceraian, karena terbelenggu oleh doktrin "ultra petitum partium" di dalam Hukum Acara Perdata</p>	<p>Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, Penelitian tersebut antara lain menekankan perlunya hakim untuk agar dalam mengadili sengketa perceraian selalu bersifat responsive</p>

<sup>268</sup> Ritatul Hatimah, *Studi Kritis terhadap Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam tentang Pemeliharaan Anak yang Belum/Sudah Mumayyiz*, (Disertasi), Semarang: IAIN Walisongo Semarang, 2011.

	<p><i>Dengan Azas Keadilan, Kepastian Hukum dan Kemanfaatan (Studi Kasus Terhadap Putusan Perceraian di Pengadilan Agama se-Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya Tahun 2012).</i> (Disertasi, Universitas Islam Bandung, 2015)</p>	<p>yang melarang kepada hakim untuk memberikan putusan yang tidak diminta atau tidak digugat oleh pihak berperkara. A. Choiri kemudian menyimpulkan bahwa Hakim peradilan agama yang akan memutus perkara perceraian kemudian menemukan fakta adanya anak yang akan menjadi korban perceraian, wajib mempertimbangkan hak pemeliharaan anak, guna memberikan perlindungan hukum dan kepastian hukum terhadap anak dan para pihak berperkara, tentang siapa di antara kedua orang tua anak itu yang harus bertanggung-jawab atas pemeliharaannya, dan memberikan perlindungan hukum dan kepastian hukum tentang siapa yang harus bertanggung-jawab terhadap nafkah anak, guna dapat memberikan keadilan dan kemanfaatan bagi kelangsungan hidup anak atau anak-anak tersebut,</p>	<p>dengan memperhatikan hak-hak anak, sedangkan dalam penelitian yang dilakukan penulis tidak sekedar menekankan perlunya penegakan hukum yang bersifat responsive, melainkan juga perlunya cara ber hukum yang progresif, serta merumuskan bagaimana rekonstruksi hukum kewenangan hakim dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam.</p>
--	--	--	---

		dengan berpedoman pada nilai-nilai keadilan yang berlandaskan al-Qur'an, konstitusi Negara dan berbagai peraturan perundangan yang memberikan perlindungan hukum kepada anak. <sup>269</sup>	
6. Abdul Manaf, 2017.	<i>Putusan Badan Peradilan Di Indonesia Dalam Sengketa Perlindungan Anak (Kajian Dalam Perspektif Maqasid al- Shari'ah dan Hak Asasi Manusia).</i> (Disertasi, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah	Progresivitas hukum <i>in-concreto</i> dalam mewujudkan <i>maqasid al-shari'ah</i> dan perlindungan HAM: memposisikan ibu sebagai pelaku utama perlindungan anak bagi anak yang belum mencapai batas usia mumayyiz, 12 tahun, karena secara kodrati ibu lebih dari pada personal lainnya dalam keluarga. Posisi tersebut hanya bisa didegradasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan demi kepentingan terbaik bagi anak.	Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, Penelitian tersebut antara lain mengemukakan progresivitas hukum <i>in-concreto</i> dalam mewujudkan <i>maqasid al-shari'ah</i> dan perlindungan HAM dalam sengketa perlindungan anak. Penelitian tersebut belum

<sup>269</sup> A. Choiri, *Perlindungan Hukum Terhadap Hak-hak Anak Akibat Perceraian Yang Tidak Dicantumkan Dalam Putusan Hakim Dihubungkan Dengan Azas Keadilan, Kepastian Hukum dan Kemanfaatan (Studi Kasus Terhadap Putusan Perceraian di Pengadilan Agama se-Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya Tahun 2012)*, Ringkasan Disertasi, Diajukan untuk memenuhi salah satu syarat ujian Guna Memperoleh Gelar Doktor Dalam Bidang Ilmu Hukum pada Program Pascasarjana Universitas Islam Bandung, tahun 2015.

	Jakarta, 2017).	Hukum <i>in-concreto</i> ternyata lebih maju dari pada peraturan perundang-undangan yang ada antara lain ternyata dari produk Mahkamah Balai Agama Pontianak tahun 1953 yang telah mendengar pendapat anak yang telah mencapai batas usia mumayyiz di persidangan guna menentukan pilihan untuk tinggal bersama ayah atau ibunya. <sup>270</sup>	menyinggung perlunya rekonstruksi hukum kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam.
--	-----------------	--	---

## J. SISTEMATIKA URAIAN

Penulisan disertasi ini disusun dalam suatu sistematika penulisan yang terdiri dari 6 (enam) bab, yaitu:

Bab I sebagai bab pendahuluan, berisi uraian mengenai latar belakang masalah, perumusan masalah, kegunaan penelitian, kerangka konseptual, kerangka teori, kerangka pemikiran, metode penelitian yang dipakai dalam penelitian ini, orisinalitas / keaslian penelitian, yang diakhiri dengan sistematika uraian.

---

<sup>270</sup> Abdul Manaf, *Putusan Badan Peradilan Di Indonesia Dalam Sengketa Perlindungan Anak (Kajian Dalam Perspektif Maqasid al-Shari'ah dan Hak Asasi Manusia)*, Disertasi Diajukan untuk memenuhi sebagai persyaratan guna memperoleh gelar Doktor dalam bidang Ilmu Syari'ah, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah Jakarta, 2017.

Bab II berupa kajian pustaka yang merupakan penghubung antara bab pendahuluan dengan uraian penelitian dan analisa serta pandangan penulis yang akan disajikan pada bab-bab berikutnya, berisi uraian mengenai konsep kewenangan pengadilan, konsep hukum perceraian, konsep hukum pemeliharaan anak, dan konsep hukum pemeliharaan anak akibat perceraian yang berkeadilan, diakhir dengan uraian kecenderungan internasional tentang perlindungan hak anak.

Bab III berupa uraian dan analisis implementasi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, yang berisi uraian dan analisis tentang proses pemeriksaan perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, analisis putusan pengadilan, dan diakhiri dengan uraian dan analisis pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak.

Bab IV mengungkap dan menganalisis problematika kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, berisi uraian dan analisa mengenai definisi anak, perlindungan hak-hak anak, dan problematika kewenangan hakim dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian.

Bab V menyajikan rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian yang berbasis nilai keadilan hukum Islam, berisi uraian dan analisa tentang nilai-nilai keadilan berdasarkan falsafah Pancasila, studi perbandingan praktik hukum pemeliharaan anak akibat perceraian di tiga negara asing, penerapan teori eks-officio eksepsional kewenangan pengadilan dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian, dan diakhiri dengan uraian mengenai rekonstruksi kewenangan pengadilan

dalam perkara pemeliharaan anak akibat perceraian berbasis nilai keadilan hukum Islam.

Bab VI sebagai bab penutup, terdiri dari kesimpulan, implikasi kajian, dan diakhiri dengan saran-saran.