

**PENETAPAN HAK ASUH ANAK DI BAWAH
UMUR AKIBAT PERCERAIAN PERSPEKTIF
HUKUM ISLAM¹**

Oleh: Faridaziah Syahrain²

ABSTRAK

Penelitian ini dilakukan dengan tujuan untuk mengetahui bagaimana ketentuan penetapan hak asuh anak di bawah umur akibat perceraian perspektif hukum Islam dan bagaimana penegakan hukum dalam sengketa penetapan hak asuh anak di bawah umur akibat perceraian perspektif hukum Islam. Dengan menggunakan metode penelitian yuridis normatif, disimpulkan: 1. Ketentuan penetapan hak asuh anak di bawah umur akibat perceraian, dalam hukum Islam di Indonesia khususnya dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tidak mengatur secara jelas, namun dalam Pasal 105 dan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam (KHI) Inpres No. 1 Tahun 1991 mengatur dengan tegas dan jelas tentang hal tersebut. Dalam menentukan hak asuh anak didasarkan atas jenis kelamin tertentu. Penentuan pemegang hak asuh anak didasarkan atas aspek moralitas, kesehatan dan kesempatan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah terwujudnya kepentingan terbaik anak. 2. Penegakan hukum dalam sengketa penetapan hak asuh anak, tidak berjalan selaras lagi dengan perkembangan masyarakat dewasa ini, terutama ketentuan hukum hak asuh anak, maka perlu melakukan revisi terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang tidak mengatur hak asuh anak dan KHI hanya diatur 2 pasal, dengan mencantumkan nats Al-Quran dan Hadits secara jelas dan tegas, maka hakim dalam memeriksa dan memutus sengketa tidak hanya menggunakan logika UU saja, tetapi juga menggunakan hati nurani, sosial, intelektual tapi juga kecerdasan spriritual.

Kata kunci: Penetapan, Hak Asuh Anak, di Bawah Umu, Perceraian, Perspektif Hukum Islam.

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Hukum Islam merupakan salah satu sumber hukum nasional, hal ini dapat dipahami melalui ketentuan Pasal 29 ayat (1) dan (2) Undang-Undang Dasar (UUD) 1945. Dalam pasal tersebut ditegaskan bahwa negara Indonesia berdasar atas Ketuhanan Yang Maha Esa dan negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

Ketentuan tentang hak asuh anak dalam hukum keluarga di Indonesia terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan dan KHI. Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan menegaskan bahwa kedua orang tua sama-sama memiliki kewajiban dalam memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban kedua orangtua tersebut menurut ayat (2) berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orangtua putus.³ Penegasan hak asuh pasca perceraian juga dicantumkan dalam Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menegaskan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, maka pengadilan memberi keputusannya.⁴

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan di atas jika terjadi perceraian memberikan pengasuhan anak tetap menjadi tanggung jawab kedua orang tua dan tidak memberikan uraian yang tegas jika terjadi sengketa atau perebutan hak asuh anak maka hak asuh anak diberikan kepada bapak atau Ibu. Berbeda dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, KHI memberikan uraian yang lebih detail tentang hal itu.

KHI setidaknya ada dua pasal yang menentukan pengasuhan anak yaitu Pasal 105 dan 156. Pasal 105 menentukan tentang pengasuhan anak pada dua keadaan. Pertama ketika anak masih dalam keadaan belum

¹ Artikel Skripsi. Dosen Pembimbing : Dr. Abdurrahman Konoras, SH, MH; Alsam Polontalo, SH, MH

² Mahasiswa pada Fakultas Hukum Unsrat, NIM. 14071101231

³ Departemen Agama RI, *Bahan Penyuluhan Hukum*, Depag RI, Jakarta, 2001, hlm. 126.

⁴ *Ibid*, hlm. 125.

mumayyiz(kurang dari 12 tahun) pengasuhan anak ditetapkan kepada ibunya. Kedua ketika anak tersebut *mumayyiz*(usia 12 tahun ke atas) dapat diberikan hak kepada anak untuk memilih diasuh oleh ayah atau ibunya. Adapun Pasal 156 mengatur tentang pengasuhan anak ketika ibu kandungnya meninggal dunia dengan memberikan urutan yang berhak mengasuh anak, yaitu wanita-wanita dalam garis lurus dari Ibu, ayah, wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu, dan wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayahnya.

Ketentuan hukum tentang hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia, sebagaimana uraian di atas, terdapat dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menegaskan bahwa kedua orang tua sama-sama memiliki kewajiban dalam memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban kedua orangtua tersebut menurut ayat (2) berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orangtua putus. Penegasan hak asuh pasca perceraian juga dicantumkan dalam Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menegaskan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, maka pengadilan memberi keputusannya.⁵

Berbeda dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, KHI memberikan uraian yang lebih detail tentang hal itu. Dalam KHI setidaknya ada dua pasal yang menentukan pengasuhan anak yaitu Pasal 105 dan 156. Pasal 105 di atas menentukan tentang pengasuhan anak pada dua keadaan. Pertama ketika anak masih dalam keadaan belum *mumayyiz*(kurang dari 12 tahun) pengasuhan anak ditetapkan kepada ibunya. Kedua ketika anak tersebut *mumayyiz*(usia 12 tahun ke atas) dapat diberikan hak kepada

anak untuk memilih diasuh oleh ayah atau ibunya. Ketentuan hukum hak asuh anak tersebut dinilai problematic dari aspek keadilan karena memberikan hak asuh anak secara otomatis kepada ibu, berdasarkan jenis kelamin bukan berdasarkan pada kualitas, integritas, moralitas dan kemampuan dalam mewujudkan kepentingan terbaik anak. Redaksi lengkap Pasal 105 KHI tersebut adalah sebagai berikut:

Dalam hal terjadinya perceraian:

- (1) pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
- (2) pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;
- (3) biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.⁶

Dari apa yang penulis paparkan di atas, maka penulis hendak mengkaji dan meneliti secara mendalam hasilnya yang dituangkan dalam bentuk skripsi berjudul “Penetapan Hak Asuh Anak di Bawah Umur Akibat Perceraian Perspektif Hukum Islam”.

B. Perumusan Masalah

1. Bagaimana ketentuan penetapan hak asuh anak di bawah umur akibat perceraian perspektif hukum Islam?
2. Bagaimana penegakan hukum dalam sengketa penetapan hak asuh anak di bawah umur akibat perceraian perspektif hukum Islam?

C. Metode Penelitian

Pada penelitian ini, penulis menggunakan pendekatan penelitian yuridis normatif yang dikenal dengan penelitian norma hukum yang bersifat kualitatif, hal mana berpedoman kepada norma hukum yang terdapat pada peraturan perundang-undangan, yurisprudensi, norma-norma yang hidup dalam masyarakat. Peneliti menggunakan pendekatan ini guna memberikan jawaban atas pertanyaan-pertanyaan yang terdapat pada perumusan masalah di atas.

⁵Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 41 huruf (a).

⁶Kompilasi Hukum Islam, Pasal 105.

PEMBAHASAN

A. Ketentuan Penetapan Hak Asuh Anak di Bawah Umur Akibat Perceraian Perspektif Hukum Islam

Penetapan hak asuh anak dan perceraian, maka kita harus tahu dahulu mengenai proses yang mendahuluinya yaitu suatu perkawinan, karena tanpa diawali perkawinan tidak mungkin terjadi perceraian.

Perkawinan adalah upaya menyatukan dua pribadi yang berbeda satu sama lain. Dalam kenyataannya tidak semua perkawinan dapat berlangsung dengan langgeng dan tentunya tidak ada seorang pun yang ingin perkawinannya berakhir dengan jalan perceraian. Namun apa daya, saat semua upaya dikerahkan untuk menyelamatkan suatu perkawinan ternyata pada akhirnya diputus cerai oleh pengadilan. Dengan putusannya suatu perkawinan berdasarkan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*), maka akan ada akibat-akibat hukum yang mengikutinya, salah satunya adalah mengenai Hak Asuh atas anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut.

Akibat Hukum Dari Putusnya Perkawinan Karena Perceraian. Berdasarkan ketentuan Pasal 41 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (UU Perkawinan) disebutkan bahwa akibat dari putusannya suatu perkawinan karena perceraian adalah:

- a. Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusannya.
- b. Bapak yang bertanggung jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu, bilamana bapak dalam kenyataannya tidak dapat memberi kewajiban tersebut pengadilan dapat menentukan bahwa Ibu ikut memikul biaya tersebut.
- c. Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isteri.⁷

Berdasarkan Pasal 41 UU Perkawinan, maka jelas bahwa meskipun suatu perkawinan sudah

putus karena perceraian, tidaklah mengakibatkan hubungan antara orang tua (suami dan isteri yang telah bercerai) dan anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut menjadi putus.

Sebab dengan tegas diatur bahwa suami dan istri yang telah bercerai tetap mempunyai kewajiban sebagai orang tua yaitu untuk memelihara dan mendidik anak-anaknya, termasuk dalam hal pembiayaan yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan dari anak tersebut.

Ketentuan di atas juga menegaskan bahwa Negara melalui UU Perkawinan tersebut telah memberikan perlindungan hukum bagi kepentingan anak-anak yang perkawinan orang tuanya putus karena perceraian.

Permohonan Untuk Mendapatkan Hak Asuh. Perlu dicermati bahwa ketentuan Pasal 41 huruf a, UU Perkawinan pada bagian terakhir menyatakan bahwa "bila mana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, pengadilan memberi keputusannya."⁸

Berangkat dari ketentuan tersebut maka dalam suatu gugatan perceraian, selain dapat memohonkan agar perkawinan itu putus karena perceraian, maka salah satu pihak juga dapat memohonkan agar diberikan Hak Asuh atas anak-anak (yang masih dibawah umur) yang lahir dari perkawinan tersebut.

Dalam UU Perkawinan sendiri memang tidak terdapat definisi mengenai Hak Asuh tersebut, namun jika kita melihat Pasal 1 angka 11, Undang-Undang No 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak (UU Perlindungan Anak), terdapat istilah "Kuasa Asuh" yaitu "kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuh kembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan kemampuan, bakat, serta minatnya."⁹

Selain itu juga dalam Pasal 1 angka 10, UU Perlindungan Anak terdapat pula istilah "Anak Asuh" yaitu: "Anak yang diasuh oleh seseorang atau lembaga, untuk diberikan bimbingan, pemeliharaan, perawatan, pendidikan, dan kesehatan, karena orang tuanya atau salah satu

⁸Pasal 41 huruf a UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

⁹Pasal 1 angka 11 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

⁷Pasal 41 UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

orang tuanya tidak mampu menjamin tumbuh kembang anak secara wajar.”¹⁰

Seluk Beluk Pemberian Hak Asuh Anak. Timbul suatu pertanyaan, siapakah diantara bapak atau ibu yang paling berhak untuk memperoleh Hak Asuh atas anak tersebut? Satu-satunya aturan yang dengan jelas dan tegas memberikan pedoman bagi hakim dalam memutus pemberian hak asuh atas anak tersebut terdapat dalam Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menyatakan:

“Dalam hal terjadi perceraian:

- a) pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.
- b) pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaan.
- c) biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.”¹¹

Ketentuan KHI nampaknya tidak dapat berlaku secara universal, karena hanya akan mengikat bagi mereka yang memeluk agama Islam (yang perkaranya diperiksa dan diputus di Pengadilan Agama). Sedangkan untuk orang-orang yang bukan beragama Islam (yang perkaranya diperiksa dan diputus di Pengadilan Negeri), karena tidak ada pedoman yang secara tegas mengatur batasan pemberian hak asuh bagi pihak yang menginginkannya, maka hakim dalam menjatuhkan putusannya akan mempertimbangkan antara lain pertama, fakta-fakta yang terungkap dipersidangan; kedua, bukti-bukti yang diajukan oleh para pihak; serta argumentasi yang dapat meyakinkan hakim mengenai kesanggupan dari pihak yang memohonkan Hak Asuh Anak tersebut dalam mengurus dan melaksanakan kepentingan dan pemeliharaan atas anak tersebut baik secara materi, pendidikan, jasmani dan rohani dari anak tersebut.

Ketentuan hukum tentang hak asuh anak dalam hukum keluarga di Indonesia bisa dilihat dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan KHI. Pasal 45 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menegaskan bahwa kedua orang tua sama-sama memiliki kewajiban dalam

memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban kedua orangtua tersebut menurut ayat (2) berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban terus meskipun perkawinan antara kedua orangtua putus.¹²

Penegasan hak asuh anak bagi kedua orang tua pasca perceraian juga dicantumkan dalam Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menegaskan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, maka pengadilan memberi keputusannya. Akan tetapi tanggung jawab atas biaya yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan tersebut, menurut huruf (b), menjadi tanggungjawab bapak, jika bapak tidak mampu memenuhi tanggungjawab tersebut maka ibu dapat dibebani tanggungjawab untuk memikul biaya tersebut.¹³

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan hadhanah dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 1. wanita-wanita dalam garis lurus dari ibu;
 2. ayah;
 3. wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
 4. saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
 5. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu;
 6. wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
- b. Anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan hadhanah dari ayah atau ibunya;
- c. apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan

¹⁰Pasal 1 angka 10 UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

¹¹Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam (KHI)

¹²Departemen Agama RI, *Bahan Penyuluhan Hukum*, Depag RI, Jakarta, 2001, hlm. 126.

¹³Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

- Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula;
- d. semua biaya hadhanah dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);
 - e. bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan Huruf (a), (b), (c), dan (d);
 - f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak yang tidak turut padanya.¹⁴

Pasal 105 menentukan tentang pengasuhan anak pada dua keadaan. Pertama ketika anak masih dalam keadaan belum *mumayyiz* (kurang dari 12 tahun) pengasuhan anak ditetapkan kepada ibunya. Kedua ketika anak tersebut *mumayyiz* (usia 12 tahun ke atas) dapat diberikan hak kepada anak untuk memilih diasuh oleh ayah atau ibunya.¹⁵

Adapun Pasal 156 mengatur tentang pengasuhan anak ketika ibu kandungnya meninggal dunia dengan memberikan urutan yang berhak mengasuh anak, yaitu wanita-wanita dalam garis lurus dari Ibu, ayah, wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu, dan wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

Adapun hak anak dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak, Anak adalah amanah sekaligus karunia Tuhan Yang Maha Esa, yang senantiasa harus kita jaga karena dalam dirinya melekat harkat, martabat, dan hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Anak. Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara, anak adalah masa depan bangsa dan generasi penerus cita-cita bangsa, sehingga setiap anak berhak atas kelangsungan

hidup, tumbuh, dan-berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan.¹⁶

B. Penegakan Hukum Dalam Sengketa Penetapan Hak Asuh Anak di Bawah Umur Akibat Perceraian Perspektif Hukum Islam

1. Penegakan Hukum Dalam Sengketa Penetapan Hak Asuh Anak

Ketentuan normatif hak asuh anak sudah tidak berjalan selaras lagi dengan perkembangan masyarakat Indonesia dewasa ini sehingga harus dilakukan pembaharuan hukum atas ketentuan hukum hak asuh anak. Pembaharuan ketentuan hukum hak asuh anak jika harus dilakukan dengan melakukan revisi KHI dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan memerlukan waktu yang lama dan tidak mudah dilakukan.

Hukum Islam yang harus digali dan dikembangkan oleh Hakim Pengadilan Agama adalah nilai-nilai dasar yang universal dan berorientasi pada *maqashid syariah* yaitu terpeliharanya 5 (lima) hal yaitu memelihara agama (*hifdzu al-ddin*), memelihara jiwa (*hifdzu hayat* atau *hifdzu an-Nafs*), memelihara akal (*hifdzu al-'aql*), memelihara keturunan (*hifdzu an-nasb*), dan memelihara harta (*hifdzu al-mal*). *Maqashid syariah* adalah menyelamatkan manusia dari dunia sampai akherat. Salah satu aspek *maqashid syariah* membagi tiga skala prioritas yang saling melengkapi. Pertama, *daruriyat (al-daruriyyat: "keharusan-keharusan" atau "keniscayaan-keniscayaan")*, yaitu sesuatu yang harus ada demi kelangsungan kehidupan manusia; Jika sesuatu itu tidak ada, maka kehidupan manusia pasti akan hancur. Tujuan-tujuan *daruriyat (al-mashalih al-daruriyyat)* itu adalah menyelamatkan agama, jiwa, akal, harta, keturunan dan kehormatan. Kedua, *hajat (al-hajiyyat: "kebutuhan-kebutuhan")*, yaitu sesuatu dibutuhkan demi kelangsungan kehidupan manusia. Jika sesuatu itu tidak ada, maka kehidupan manusia tidak akan hancur, tetapi kesulitan-kesulitan akan menghadang.

¹⁴ Pasal 156 KHI

¹⁵ Ahmad Zaenal Fanani, *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, hlm. 68.

¹⁶ Ahmad Zaenal Fanani, *Ibid*, hlm. 68-69.

Ketiga, tahsiniat (*al-tahsiniyyat* atau proses-proses dekoratif ornamental).¹⁷

Ijtihad dalam hukum Islam, disamping dilakukan dalam hal-hal yang ketentuan hukumnya jelas dalam nash (al-Quran dan Hadist), juga dilakukan dalam rangka mencari solusi atas persoalan baru yang tidak ditemukan secara jelas dan tegas. Ketentuan hukumnya dalam nash. Ijtihad terhadap yang sudah ada ketentuan hukum nash-nya adalah dikarenakan ketentuan hukum yang ada dalam nash mengalami kendala dalam pengaplikasiannya jika dihadapkan pada kondisi sosial yang berubah. Dalam kondisi semacam ini, menurut Amir Syarifuddin, hakim dibolehkan menggali pemahaman lain (ijtihad) yang berbeda dengan nash agar nash tersebut bisa kontekstual dan relevan dengan kondisi sosial yang ada.¹⁸

Meminjam bahasa Satjipto Raharjo, putusan didasarkan atas penerapan hukum yang tidak hanya menggunakan logika peraturan saja tapi juga menggunakan logika sosial dan hati nurani. Bagi Satjipto Rahardjo, untuk membuat putusan semacam itu dibutuhkan orang yang tidak hanya mempunyai kecerdasan intelektual tapi juga kecerdasan spritual. Kecerdasan spritual tidak ingin dibatasi patokan, juga tidak hanya bersifat kontekstual, tetapi ingin keluar dari situasi yang ada dalam usaha mencari kebenaran, keadilan, makna, atau nilai yang lebih dalam. Tidak ingin diikat dan dibatasi patokan yang ada tetapi ingin melampaui dan menembus situasi yang ada (transenden).¹⁹

2. Hakim dalam penanganan sengketa hak asuh anak

Kewajiban konstitusional dapat ditilik dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan bahwa hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.²⁰ Penggunaan frasa "menggali"

secara filosofis dimaknai adanya nilai-nilai hukum yang terpendam dan belum menjadi hukum positif. Sumbernya bisa dari adat istiadat, agama, dan kebudayaan lokal. Nilai itulah yang harus dipahami dan diikuti hakim sehingga hukum menjelma menjadi hukum yang dinamis dan hidup serta mampu menjawab kondisi kekinian.²¹

Kaitannya dengan sengketa hak asuh anak, hakim ketika melihat bahwa ketentuan hukum pasal 105 KH1 tidak adil jonder jdan tidak sesuai dengan kondisi masyarakat dewasa ini serta tidak menjamin terwujudnya kepentingan terbaik anak maka hakim sesuai dengan kewajiban konstitusionalnya harus berani melakukan penemuan hukum atau melakukan pembaharuan hukum hak asuh anak. Salah satu yang bisa dijadikan sebagai pijakan untuk melakukan penemuan hukum atau pembaharuan hukum hak asuh anak.

Penerapan oleh hakim pengadilan agama agar berjalan dengan baik dan efektif, maka Hakim Pengadilan Agama harus melakukan beberapa langkah berikut dalam proses pemeriksaan dan pembuatan putusan tentang sengketa hak asuh anak: (1) Melakukan penafsiran hukum atas ketentuan hukum hak asuh anak; (2) Kontekstualisasi ketentuan hukum hak asuh anak; (3) Mengutamakan kepentingan terbaik anak; (4) Menggalirekam jejak orang tua anak; dan (5) Melakukan pemeriksaan setempat.²²

Kontekstualisasi yang dimaksud disini adalah hakim Pengadilan Agama dalam membaca ketentuan hukum hak asuh anak yang ada pada Pasal 105 dan 156 KHI secara kritis dengan mengkaji seluruh konteks yang melingkupi pasal tersebut baik itu konteks teks, konteks pembaca, dan konteks masyarakat Indonesia dewasa ini, atau secara hermeneutika hukum teks tersebut harus dibaca dengan mempertimbangkan horison/cakrawala yang melingkupi teks tersebut yaitu horison teks, horison pengarang dan horison pembaca. Hakim harus menganalisa secara kritis seluruh konteks atau horison tersebut dalam proses kontekstualisasi ketentuan hukum hak asuh anak tersebut.

¹⁷ Fahrudin Faiz, *Hermeneutika Qur'an: Antara Teks, Konteks dan Kontekstualisasi*, Qalam, Yogyakarta, hlm. 210.

¹⁸ Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh*, Prenada Media Group, Jakarta, 2001, hlm. 243.

¹⁹ Satjipto Raharjo, *Membedah Hukum Progesif*, Kompas, Jakarta, 2008, hlm. 16 s/d 21.

²⁰ Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

²¹ Majalah Peradilan Agama, Quo Vadis Penemuan Hukum, edisi 2, September-November, 2013, hlm. 7.

²² Waluyadi, *Op Cit*, hlm. 97.

Konteks masyarakat dewasa ini menunjukkan bahwa semua keunggulan kesabaran dan ketelatenan perempuan dalam memelihara dan mengasuh anak tidak dapat dipertahankan lagi sebagai sesuatu yang bersifat umum dan mutlak, maka mengharuskan untuk merekonstruksi dan mereproduksi makna atau konsep *hadlanah* atau hak asuh anak agar lebih sesuai dengan tujuan hukumnya dan konteks sosial-kultural yang ada sehingga parameter utama yang harus dipakai dalam menentukan hak asuh anak bukan atas dasar pemberian hak mutlak kepada jenis kelamin tertentu tapi berdasarkan pada moralitas, kesehatan dan kemampuan untuk mengasuh dan memelihara anak demi terwujudnya kepentingan terbaik anak.

Pengertian kepentingan terbaik bagi anak yang dimaksud disini adalah jaminan akan terlindunginya 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. Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak memberi pengertian tentang asas kepentingan terbaik anak adalah dalam suatu tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif, dan badan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama.²³ Dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak, Hakim harus betul-betul menjadikan kepentingan terbaik anak sebagai landasan utama dalam menentukan siapa yang berhak mendapatkan hak asuh anak. Siapapun, baik Bapak atau Ibu tanpa melihat jenis kelamin, yang mampu menjamin terwujudnya kepentingan terbaik anak maka dia-lah yang diberi hak untuk mengasuh anak.

Kepentingan terbaik anak terwujud dalam bentuk terlindunginya hak-hak anak sehingga anak bisa tumbuh dengan wajar dan normal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan. Oleh karena itu, Hakim perlu memahami dan menganalisa hak-hak anak dengan baik. Hak-hak anak menurut Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002, khususnya Pasal 4 sampai dengan 19 jika diringkaskan

diantaranya adalah sebagai berikut: hak anak untuk hidup, tumbuh, berkembang, berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi; hak anak atas nama dan identitas diri dan status kewarganegaraan; hak anak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir dan berekspresi; hak anak untuk mengetahui orangtuanya, dibesarkan dan diasuh atau diasuh oleh pihak lain apabila karena sesuatu hal orangtua tidak mewujudkannya; hak memperoleh pelayanan kesehatan jasmani dan rohani, jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental spritual dan sosial; hak anak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran dan bagi yang cacat memperoleh pendidikan luar biasa; hak anak untuk didengar pendapatnya, menerima dan mencari informasi dan juga memberi informasi; Hak anak untuk berkreasi, istirahat, memanfaatkan waktu luang, bergaul dengan sebaya dan yang cacat mendapatkan rehabilitasi, bantuan sosial dan memelihara taraf kesejahteraan sosial.²⁴

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Ketentuan penetapan hak asuh anak di bawah umur akibat perceraian, dalam hukum Islam di Indonesia khususnya dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tidak mengatur secara jelas, namun dalam Pasal 105 dan Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam (KHI) Inpres No. 1 Tahun 1991 mengatur dengan tegas dan jelas tentang hal tersebut. Dalam menentukan hak asuh anak didasarkan atas jenis kelamin tertentu. Penentuan pemegang hak asuh anak didasarkan atas aspek moralitas, kesehatan dan kesempatan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah terwujudnya kepentingan terbaik anak.
2. Penegakan hukum dalam sengketa penetapan hak asuh anak, tidak berjalan selaras lagi dengan perkembangan masyarakat dewasa ini, terutama ketentuan hukum hak asuh anak, maka perlu melakukan revisi terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang

²³Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak

²⁴Waluyadi, *Op Cit*, hlm. 98-99.

Perkawinan yang tidak mengatur hak asuh anak dan KHI hanya diatur 2 pasal, dengan mencantumkan nats Al-Quran dan Hadits secara jelas dan tegas, maka hakim dalam memeriksa dan memutus sengketa tidak hanya menggunakan logika UU saja, tetapi juga menggunakan hati nurani, sosial, intelektual tapi juga kecerdasan spiritual.

B. Saran

1. Sangat diharapkan kepada warga masyarakat khususnya agama Islam, hindarilah perceraian dalam perkawinan, karena Allah pun tidak menyetujui kecuali terpaksa dan tidak dapat dihindari lagi. Bila terjadi perceraian pasti timbul harta gonogini, hak asuh anak, yang mempengaruhi perkembangan moralitas, perilaku, pendidikan, kesehatan si anak, yang semuanya menjadi masalah dalam proses perceraian.
2. Kepada pemerintah, merasa perlu merevisi Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan KHI Inpres No. 1 Tahun 1999, tidak lagi mengikuti perkembangan masyarakat dewasa ini dengan menjadikan hukum positif yang mampu menjadi acuan yang tidak hanya logika undang-undang saja namun muatan akidah (*maqasid syariah*) dalam Al-Quran dan Hadits sebagai pedoman para hakim pengadilan agama dalam memeriksa dan memutus suatu sengketa (sengketa hak asuh anak).

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- AbdullahM. Amin, *Falsafah Kalam di Era Postmodernisasi*, P.S. Yogyakarta, 1995.
- _____, *Studi Agama: Normativitas atau Historisitas*, Pustaka Pelajar, Cet. III, Yogyakarta, 2002.
- AlGazali, *alMustasfa min Iilm alUsul*, alAmiriyah, Kairo, 1412.
- _____, *alMuwafaqat fi Usul alSyari'ah*, Mustafa Muhammad, II, t.t, Kairo.
- Dahlan Abdul Aziz (et. al), *Ensiklopedi Hukum Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jilid 4, Jakarta, 1996.
- Departemen Agama RI, *Bahan Penyuluhan Hukum*, Depag RI, Jakarta, 2001.

- FaizFahrudin, *Hermeneutika Qur'an: Antara Teks, Konteks dan Kontekstualisasi*, Qalam, Yogyakarta.
- FananiAhmad Zaenal, *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta.
- HadiwijoyoHarun, *Seri Sejarah Filsafat Barat 2*, Kanisius, Yogyakarta, 2000.
- HarahapYahya, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Cetakan ketujuh, Jakarta, 2008.
- Izzuddin ibn Abd alSalam, *Qawaid alAhkam fi Masalih alAnam*, allstiqamat, I,Kairo, t.t.
- KamalTaufik Adnan, *Islam dan Tantangan Modernitas: Studi Atas Pemikiran Hukum Fazlur Rahman*, Mizan, Bandung, 1993.
- KurniawanJoeni Arianto, *Hukum Adat dan Problematika Hukum di Indonesia*, dimuat dalam Majalah Hukum "Yuridika" FH Unair, Volume 23, No. 1 Januari-April 2008.
- LubisNur A. Fadhil, *Hukum Islam dalam Kerangka Teori Fikih dan Tata Hukum Indonesia*, Pustaka Widayarsana, Medan, 1995.
- MananAbdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia: Tinjauan Aspek Metodologis, Legalisasi, dan Yurisprudensi*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Mas'udiMasdar F., "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah" *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an* No. 3 Vol. VI Th. 1995.
- Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat".
- Muhammad Sa'id Ramdan alButi, *Dawabit alMaslahah fi as Syariah allIslamiyah*, Beirut: Mu'assasah arRisalah, 1977.
- Musthafa Ahmad Az-Zarqa dalam Mustafa Ahmad al-Zarqa, *alFiqh al-Islam wa Modarisuhu*, Dar al-Qalam, Damaskus, 1995.
- Najmuddin atTufi, *Syarh alHadis Arba 'in anNawaiyah* dalam Mustafa Zaid, *alMaslahat fi atTusyri'i allIslami wa Najmuddin atTufi*, Dar alFikr alArabi, Mesir, 1954.
- NasutionKhoiruddin, *Status Wanita di Asia Tenggara: Studi Terhadap Perundang-Undangan Perkawinan Muslim*

- Kontemporer di Indonesia dan Malaysia*, Leiden Jakarta, INIS, 2002.
- RaharjoSatjipto, *Membedah Hukum Progesif*, Kompas, Jakarta, 2008.
- RahmanFazlur, "Interpreting the Quran" dalam *Afkar Inquiry Magazine of Events unit Ideas*, Mei 1986.
- _____, *Islam and Modernity: Transformation of an Intellectual Tradition*, Chicago: The University of Chicago Press, 1982, hlm. 20; Fazlur Rahman, *Islam dan Modernitas: Tentang Transformasi Intelektual*, terj. Ahsin Muhammad, cet. 2, Pustaka, Bandung, 1995.
- RatoDaminikus, *Filsafat Hukum, Mencari Menemukan Hukum Islam*, LBY, Ustisia, Surabaya, 2010.
- RifaiAhmad, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Cetakan ke-2, Jakarta, 2011.
- Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, CV. Utomo, Bandung, 2009, cet. Ke-2.
- SuhermanAde Maman, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2004.
- SummaMuhammad Amin, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- SyarifuddinAmir, *Ushul Fiqh*, Prenada Media Group, Jakarta, 2001.
- WahbahZuhaili, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Beirut: Dar al-Fikr, 1997, jilid X, hlm. 7295 dan Abdul Aziz Dahlan, *dkk, Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid I, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 1996.
- Waluyadi, *Hukum Perlindungan Anak*, Mandar Maju, Bandung, 2009.
- WingjosoebrotoSoetandyo, *Hukum Dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah*, Bayumedia, Malang, 2008.
- Yusuf, Abd alMalik ibn.Abu alMa'ali alJuwaini, *AlBurhan fi Usul alFiqh* Dar alAnsar,I, Kairo, 1400H.
- ZamzamiMukhtar, *Perempuan dan Keadilan dalam hukum Kewarisan Indonesia*, Media Group, 2013.

Majalah/Jurnal

- Mahkamah Agung, *Laporan Tahunan Mahkamah Agung Republik Indonesia* dalam Majalah Hukum Varia Peradilan, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI).
- Majalah Peradilan Agama, Quo Vadis Penemuan Hukum, edisi 2, September-November, 2013.

Peraturan Perundang-Undangan

- Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Sumber Lain

- Kompilasi Hukum Islam (KHI)
- Fazlur Rahman adalah seorang filosof, ahli pendidikan, dan pemikir pembaruan hukum Islam asal Pakistan,(1919-1988).
- Fazlur Rahman, *Islam and Modernity*.