

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Keluarga atau rumah tangga suami isteri yang telah bercerai tentu bukan hanya meninggalkan akibat hukum yang berkaitan dengan harta bersama, nafkah iddah, dan biaya *mut'ah*, melainkan juga berkaitan dengan anak dari hasil perkawinannya, karena perceraian bukan tujuan dari perkawinan dan rumah tangga yang selama ini dibina oleh suami dan isteri, sehingga tidak sedikit keluarga suami isteri yang bercerai telah memiliki anak, dan tentu saja anak merupakan korban dari perceraian yang tidak dapat dipungkiri.¹

Menurut Oyo Sunaryo Mukhlas, agama Islam memberikan perhatian besar terhadap keselamatan, perlindungan, dan pemeliharaan anak-anak yang masih kecil. Al-Quran dan al-hadits memerintahkan dan menganjurkan untuk melindungi anak-anak terutama yang masih kecil. Kehadiran anak dalam keluarga adalah sebagai permata hati, penyejuk jiwa, bahkan perekat bagi kedua orangtuanya.² Oleh karena itu, ketika kedua orangtuanya bercerai dan telah memiliki anak yang belum *mumayyiz* maka keduanya harus memegang teguh kewajiban dan tanggungjawab dalam memelihara anak-anaknya hingga mandiri.

Mungkin tak seorang pun dari keluarga suami-isteri yang menginginkan rumah tangganya putus oleh perceraian. Namun, tak sorang pun juga dapat mengelak dari realitas tersebut dikarenakan semua ada takdir perjodohnya. Dalam hukum Islam, perceraian merupakan perbuatan yang halal akan tetapi paling dimurkai oleh Allah SWT, oleh karena itu harus diberikan batas-batas yang dapat dipertanggung jawabkan, baik dilihat dari segi hubungan suami isteri dan keluarganya pada khususnya maupun pengaruhnya yang langsung terhadap masyarakat pada umumnya. Akan tetapi, apabila suami-isteri berselisih dan mereka sudah sama sepaham, bahwa perselisihannya itu tidak dapat diatasi lagi, maka isteri dapat membebaskan dirinya dari ikatan perkawinan itu dengan jalan mengembalikan sejumlah harta yang dahulu pernah diterimanya sebagai mahar dan suami menyatakan menerimanya, dengan demikian terjadilah *Khulu'*.³

¹Beni Ahmad Saebani, *Fiqh Munakahat jilid 1*, (Pustaka Setia, Bandung, 2018) 120-121.

² Oyo Sunaryo Mukhlas, *Pranata Sosial Hukum Islam*, (Refika Aditama, Bandung, 2015) 142

³ Perceraian secara *khulu'* tidak memungkinkan bekas-suami-isteri untuk kembali lagi, jadi sama dengan *thalaq ba'in*. (Q.al-Baqarah:229)

Dalam hukum Islam hak talak yang ada pada suami disebut dengan cerai talak, sedangkan yang dimiliki oleh isteri adalah cerai gugat. Seorang isteri berhak menggugat cerai suaminya dengan cara membayar kembali mahar yang telah diberikan oleh suaminya. Karena hak talak ada pada suami, maka suami harus berhati-hati dalam menyatakan kata-kata yang dapat berakibat kepada jatuhnya talak. Kata-kata sindiran pun dapat menyebabkan jatuhnya talak jika diucapkan dengan niat menceraikan isterinya. Menurut Sayyid Sabiq, talak yang sah adalah talak yang diucapkan oleh suami yang baligh dan berakal, jika suaminya gila, sedang mabuk sehingga tidak dalam keadaan sadar, maka talaknya sia-sia, seperti talak yang diucapkan oleh suami yang belum baligh. Sedangkan talak yang hukumnya tidak sah bukan hanya karena suaminya gila atau mabuk atau belum baligh. Jika talak diucapkan oleh suami karena paksaan bukan kehendak sendiri, maka talaknya tidak sah. Demikian pula talak yang diucapkan oleh suami yang dalam keadaan marah sehingga kata-katanya tidak jelas dan dia sendiri tidak menyadarinya.⁴

Perempuan yang dapat ditalak adalah perempuan yang berada dalam ikatan suami isteri dan perempuan yang berada pada masa iddah talak raj'i atau iddah talak *ba'in shugra*. Secara hukum perempuan yang dalam kondisi tersebut, masih menjadi isteri sah suaminya hingga masa iddahnya habis. Demikian pula isteri atau suami yang berada dalam keadaan pisah ranjang atau salah satunya melakukan kemurtadan, karena orang muslim haram menikah dengan orang musyrik, termasuk orang yang murtad dari Islam.

Islam memberikan hak talak hanya kepada laki-laki. Karena yang lebih bersikeras untuk melanggengkan tali perkawinannya yang telah dibiayainya dengan hartanya begitu besar, sehingga kalau dia mau bercerai atau kawin lagi suami perlu membiayainya lagi dalam jumlah yang sama atau lebih banyak lagi. Sedangkan perempuan yang dicerai wajib dilunasi sisa maharnya yang belum dibayarkannya, diberi uang hadiah talak dan diberi belanja selama masa iddah.

Suami berhak menjatuhkan talak, sebagaimana para ulama sepakat bahwa suami yang berakal, balig dan merdeka yang boleh menjatuhkan talak dan talaknya dipandang sah. Sedangkan jika suaminya gila, atau masih anak-anak atau dalam keadaan terpaksa, maka talaknya dipandang sia-sia, sekalipun timbul dari keputusan dirinya. Karena talak tergolong tindakan yang mempunyai akibat dan pengaruh dalam kehidupan suami isteri, maka mau tidak mau yang menjatuhkan talak harus sempurna kemampuannya, sehingga tindakan-

⁴ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, (Dar al-Fikr, Beirut, Jilid 1) 23

tindakannya dipandang sah secara hukum. Sempurnanya kemampuan adalah adanya akal sehat, kedewasaan dan kebebasan memilih.

Suami wajib membayar nafkah *'iddah* sampai habis masanya, bahkan dianjurkan untuk suami membayar mut'ahnya sepanjang memiliki kemampuan. Selama masa *'iddah* suami harus memberikan tempat tinggal kepada isterinya demi menjaga kehormatan dan harga dirinya. Hal-hal yang demikian menunjukkan bahwa syari'at Islam bukan hanya menjunjung tinggi hak-hak kemanusiaan, tetapi melindungi manusia dari jatuhnya harga diri dan martabatnya. Perceraian adalah bagian dari hukum duniawi, tetapi setelah perceraian terjadi, dalam ajaran Islam harus tetap memelihara silaturahmi, apalagi isteri yang telah dicerai, sebaliknya suami yang telah mentalak isterinya memiliki keturunan yang wajib dididik dan dipelihara dengan baik dan benar.⁵

Perceraian adalah bagian dari dinamika rumah tangga. Adanya perceraian karena adanya perkawinan, meski tujuan perkawinan bukan perceraian, tetapi perceraian merupakan sunnatullah dengan penyebab yang beragam. Bercerai dapat disebabkan oleh kematian suaminya, dapat pula karena rumah tangga tidak cocok dan pertengkaran suami isteri, bahkan ada pula yang bercerai karena salah satu dari suami isteri tidak lagi fungsional secara biologis, misalnya suaminya impoten atau isterinya mandul.

Perceraian disebabkan oleh karena putusan hakim setelah adanya perpisahan ranjang dan pembukuan pernyataan bubarnya perkawinan dalam putusan yang terdapat pada register catatan sipil sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang berlaku. Dengan demikian perceraian harus sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Undang-undang. Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, alasan-alasan yang dapat mengakibatkan perceraian adalah dan hanyalah sebagai berikut:

1. Zinah;
2. Meninggalkan tempat tinggal bersama dengan itikad jahat;
3. Penghukuman dengan hukuman penjara lima tahun lamanya atau dengan hukuman yang lebih berat, yang diucapkan setelah perkawinan;
4. Melukai berat atau menganiaya, dilakukan oleh suami atau oleh isteri terhadap isteri atau suaminya, yang demikian, sehingga membahayakan jiwa pihak yang dilukai atau dianiaya, atau sehingga mengakibatkan luka-luka yang membahayakan.

⁵ Abdul Wahab al-Sayyid al-Hawwas : *Kunikahi Engkau Secara Islami*, Penerjemah Rosihon Anwar, (Pustaka Setia, Bandung. 2007) 34

Dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada Bab VIII tentang Putusnya Perkawinan serta Akibatnya, dijelaskan oleh Pasal 38 yang menegaskan bahwa perkawinan dapat putus karena: (a) Kematian; (b) Perceraian; dan (c) Atas Keputusan pengadilan.

Dalam Pasal 39 diungkapkan bahwa:

1. Perceraian hanya dapat dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak;
2. Untuk melakukan perceraian harus ada cukup alasan, bahwa antara suami isteri itu tidak akan dapat hidup rukun sebagai suami isteri;
3. Tata cara perceraian di depan sidang pengadilan diatur dalam peraturan perundang-undangan tersendiri.

Dalam perspektif Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan tersebut, perceraian dilakukan oleh suami isteri karena sesuatu yang dibenarkan oleh Pengadilan melalui persidangan. Pengadilan mengadakan upaya perdamaian dengan memerintahkan kepada pihak yang akan bercerai untuk memikirkan segala madharatnya jika perceraian itu dilakukan, sedangkan pihak suami dan pihak isteri dapat mengadakan perdamaian secara internal, dengan musyawarah keluarga atau cara lain yang dianjurkan oleh ajaran Islam. Hanya jika perdamaian yang disarankan oleh majelis hakim di pengadilan dan oleh pihak-pihak lain tidak memberikan solusi, justru rumah tangga akan lebih madharat jika dilanjutkan, maka perceraian pun akan diputuskan meskipun perceraian bukan jalan yang tepat untuk menyelesaikan perselisihan dalam keluarga suami isteri, tetapi ajaran Islam melalui al-Qur'an atau al-Sunnah telah mengatur tata cara perceraian, itu artinya perceraian bukan hal yang terlarang, sepanjang dilakukan dengan tujuan yang lebih maslahat bagi kehidupan kedua belah pihak”.

Dalam Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan pada pasal 19 dikatakan bahwa salah satu alasan perceraian adalah jika antara suami dan isteri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran dan tidak ada harapan akan hidup rukun lagi dalam rumah tangganya.

Perceraian yang disebabkan oleh pertengkaran yang sukar didamaikan adalah akibat dari berbagai faktor, dengan demikian yang harus dicari secara seksama adalah penyebab timbulnya pertengkaran, sehingga dengan diketahui sebabnya, jawabannya tidak perlu mengundang pihak eksternal, cukup diselesaikan oleh pihak internal suami isteri

bersangkutan, sehingga aib rumah tangga tidak diketahui oleh orang lain, terlebih jika kedua belah pihak secara terbuka sudah saling menjelekkkan.

Menurut Undang-undang Perkawinan dan peraturan pelaksanaannya bahwa setiap perceraian hanya dapat dilakukan di depan sidang pengadilan. “seorang suami yang akan menceraikan isterinya yang didasari perkawinan secara agama Islam menyampaikan surat pemberitahuan keinginannya untuk menceraikan isterinya kepada pengadilan sesuai dengan tempat tinggalnya. Surat itu harus disertai dengan alasan-alasan perceraian, sebagaimana terdapat dalam Pasal 14 Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975.

Dalam Hukum Acara Peradilan Agama di samping perceraian dengan cerai talak ada juga perceraian dengan melalui suatu gugatan atau cerai gugat, yakni pihak isteri mengajukan gugatannya kepada pengadilan di daerah hukum kediaman tergugat. Apabila tempat tinggal kediaman tergugat tidak jelas atau tidak memiliki tempat tinggal yang tetap, maka gugatan diajukan di tempat kediaman penggugat. Apabila tergugat berada di luar negeri, maka gugatan diajukan di pengadilan tempat tergugat, dan oleh pengadilan yang menerima gugatan itu disampaikan kepada tergugat melalui perwakilan Republik Indonesia setempat.⁶

Perbedaan dalam perceraian atau jatuhnya talak dalam ajaran Islam secara materil dengan perceraian yang legal dan formal adalah terletak pada tata cara pelaksanaan perceraian itu sendiri. Suami yang sengaja atau tidak sengaja melontarkan kata-kata yang mengandung unsur talak, dapat dikatakan telah jatuh talak. Tetapi, meskipun secara fiqhiyah kata-kata itu telah sah, secara yuridis formal belum dikatakan legal, karena menurut Undang-undang Perkawinan perceraian baru dikatakan legal dan formal atau sah jika dilakukan di depan Pengadilan, setiap putusan Pengadilan harus memiliki kekuatan hukum yang tetap dan mengikat.

Tertibnya hukum berkaitan dengan substansi perbuatan subjek hukum. Sebagaimana dalam hal yang berkaitan dengan perceraian dalam perspektif Undang-undang Nomor 1 tahun 1974. Secara sistematis, undang-undang menetapkan bahwa perceraian adalah bubar atau putusny ikatan perkawinan suami isteri; bahwa putusny ikatan suami isteri disebabkan oleh berbagai alasan; alasan-alasan yang dikemukakan oleh suami isteri disidangkan di depan majelis hakim di Pengadilan, pengadilan memerintahkan agar suami isteri melakukan upaya yang mendamaikan dan memikirkan dampak negatif dari perceraian (mediasi). Pengadilan menyimpulkan bahwa suami isteri yang hendak bercerai sudah tidak dapat didamaikan dan

⁶ Pasal 20, Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1/1974 tentang Perkawinan.

jika perceraian lebih maslahat dibandingkan memertahankan rumah tangganya, maka perceraian pun akan diputuskan. Putusnya ikatan perkawinan dinyatakan sah jika Akta Cerainya telah diterima oleh kedua belah pihak dan telah dicatat di Kantor Pencatatan Sipil.

Perceraian menciptakan hubungan hukum suami dan isteri antara seorang laki-laki dan seorang perempuan, yang menimbulkan hak dan kewajiban masing-masing maupun bersama dalam keluarga, termasuk hubungan hukum pengasuhan anak dari hasil perkawinannya. Ada tiga hak dan kewajiban yang timbul akibat dari perkawinan, yaitu: *pertama*, hak dan kewajiban antara suami istri; *kedua*, hak dan kewajiban suami istri terhadap anaknya; dan *ketiga*, hubungan hukum dalam kaitannya dengan pihak ketiga.⁷

Salah satu yang amat penting adalah mengenai pengasuhan anak yang disebut sebagai korban perceraian, terlebih apabila anaknya belum *mumayyiz* atau masih di bawah umur, atau anak yang belum baligh dan belum mencapai usia 12 tahun. Kewajiban orangtua terhadap anak bukanlah akibat dari kekuasaan orangtua atas anak, akan tetapi merupakan dasar dari kekuasaan orangtua yang harus mencerminkan kesadaran akan kewajiban mereka untuk bertindak bagi kepentingan anak-anaknya dan memertahankan keseimbangan antara hak dan kewajiban mereka untuk kesejahteraan anak-anaknya.⁸

Hak asuh anak adalah satu dari dua perkara yang bisa timbul dari terjadinya perceraian. Pengertian hak asuh anak tidak didefinisikan secara jelas dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan serta di dalam Kompilasi Hukum Islam. Pengertian hak asuh anak atau hak kuasa anak dijelaskan dalam Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yaitu pada BAB I Ketentuan Umum, Pasal 1 ayat (11) yang berbunyi: “Kuasa Asuh adalah kekuasaan orangtua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuhkembangkan Anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan sesuai dengan kemampuan, bakat, serta minatnya”.

Di dalam Kompilasi Hukum Islam dikenal dengan istilah *hadhanah* secara etimologi berarti meletakkan sesuatu dekat tulang rusuk seperti menggendong, atau meletakkan sesuatu dalam pangkuan. Seorang ibu waktu menyusukan, meletakkan anak dipangkuannya, dan melindunginya dari segala yang menyakiti. Erat hubungannya dengan pengertian tersebut,

⁷ Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perorangan Dan Kekeluargaan Di Indonesia*, (Sinar Grafika, Jakarta, 2006) 337.

⁸Soetojo Prawirohamidjojo dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang dan Keluarga*, (Airlangga University Press, Surabaya) 44.

hadhanah secara terminologi ialah tugas menjaga dan mengasuh atau mendidik bayi atau anak sejak dilahirkan hingga mampu menjaga dan mengatur dirinya sendiri. Jadi istilah penguasaan anak-anak, kuasa asuh, hak asuh anak, dan *hadhanah* pada prinsipnya memiliki maksud yang sama.

Gugatan perceraian mengundang berbagai permasalahan. Di samping gugatan cerai itu sendiri, timbul permasalahan lain sebagai akibat dari dikabulkannya seperti masalah pembagian harta bersama, dan permasalahan yang berhak melakukan *hadhanah* (pemeliharaan) terhadap anak. Terhadap adanya perbedaan keinginan dari kedua orangtuanya tersebut, timbul berbagai masalah hukum dalam penguasaan anak jika telah bercerai. Sehingga perlu adanya perlindungan anak korban perceraian dengan perlindungan hukum yang pasti, adil, dan manfaat yang dilakukan penegakkan hukum secara konsisten oleh aparat penegak hukum demi tercapainya hak-hak anak.⁹

Seorang anak seharusnya diasuh oleh kedua orangtuanya, meski kedua orangtuanya sudah bercerai (*joint custody*). Namun demikian, dalam praktik, hak asuh bersama sulit dilakukan bagi orangtua yang telah bercerai. Hak asuh bersama mensyaratkan kedua orangtua kompeten dalam mengasuh anak. Jarak tempat tinggal salah satu orangtua yang jauh dari sekolah dan teman-teman sang anak juga dapat menimbulkan persoalan, belum lagi masalah pembagian waktu antara kedua orangtua dalam mengasuh anak, dan yang terpenting adalah hak asuh bersama membutuhkan komunikasi, kerjasama, dan koordinasi antara kedua orangtua yang sudah bercerai, apalagi jika kedua pihak telah menikah lagi dengan pasangannya yang baruj. Kondisi demikian tentu sulit untuk dipenuhi oleh kedua orangtua yang bercerai. Karena dengan perceraian, sebenarnya sudah membuktikan bahwa kedua pasangan sudah sulit untuk membangun sebuah komitmen bersama. Jika dipaksakan, justru akan menimbulkan ketidakpastian dan ketidakstabilan dalam pelaksanaan hak asuh anak, selain dapat menimbulkan konflik antara kedua orangtuanya.

Setelah perceraian dengan putusan pengadilan timbullah hak asuh tunggal (*sole custody*) yang dianggap lebih baik bagi anak dalam mewujudkan kepastian dan stabilitas dalam pelaksanaan hak asuh anak. Di samping dapat melindungi anak dalam masa pertumbuhan dari konflik-konflik yang sering timbul apabila kedua orangtua yang saling bermusuhan dan harus berbagi hak asuh masih sering berinteraksi dalam mengatur jadwal kunjungan dan dalam mengambil keputusan tentang anak. Hubungan orangtua yang

⁹ Muchsin, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Pasca Perceraian Orangtua*, (Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXVI No. 301, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Jakarta, 2010) 8.

bermusuhan dan melibatkan banyak konflik berhubungan dengan gangguan emosional dan kemampuan penyelesaian jangka panjang yang lebih buruk pada anak.¹⁰

Berdasarkan Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 penegasan hak asuh anak bagi kedua orangtua pasca perceraian 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 tanggung jawab bapak, jika bapak tidak mampu memenuhi tanggung jawab tersebut maka ibu dapat dibebani tanggung jawab untuk memikul biaya tersebut.

Ketentuan hukum yang ada dalam Kompilasi Hukum Islam berbeda dengan ketentuan yang ada dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Undang-Undang Perkawinan tersebut jika terjadi perceraian memberikan pengasuhan anak tetap menjadi tanggung jawab kedua orangtua dan Undang-Undang Perkawinan tidak memberikan uraian yang tegas jika terjadi perebutan hak asuh anak maka hak asuh anak diberikan kepada bapak atau ibu.

Adapun Kompilasi Hukum Islam memberikan uraian yang lebih detail tentang hal itu. Dalam Kompilasi Hukum Islam setidaknya ada dua pasal yang menentukan pengasuhan anak yaitu Pasal 105 dan 156. Sebagaimana terdapat pada Pasal 105 dan 156 Kompilasi Hukum Islam adalah sebagai berikut:

Pasal 105 menyatakan bahwa 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 diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharannya;
- 3) biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.¹¹

Pasal 156 menyatakan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- a. anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan hadhanah dan ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 - 1) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;
 - 2) ayah;
 - 3) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
 - 4) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;

¹⁰ Muhamad Isna Wahyudi, *Pembaharuan Hukum Perdata Islam, Pendekatan Dan Penerapan*, (Mandar Maju, Bandung, 2014) 151-152.

¹¹ Pasal 105 dan 156 Kompilasi Hukum Islam

- 5) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu;
 - 6) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.¹²
- 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 Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula;
 - d. semua biaya *hadhanah* dan *nafkah* anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun)
 - e. bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan *nafkah* anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasar huruf (a), (b), dan (d);
 - f. pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.¹³

Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam tersebut 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. Adapun Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam 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.¹⁴

Beberapa pasal yang mengatur operasional penyelesaian sengketa terkait hak asuh anak menyebutkan kata “kepentingan terbaik bagi anak”. Namun dalam pasal-pasal tersebut tidak mencantumkan secara rinci cara hakim menemukan kepentingan terbaik bagi anak, baik dalam proses beracara selama persidangan, maupun yang dijabarkan dalam pertimbangan pada putusan hakim dalam rangka menyelesaikan perkara gugatan hak asuh anak.

Pada tataran praktik adanya disparitas putusan pada pengadilan agama dalam memutus sengketa hak asuh anak. Pada beberapa putusan ada yang menetapkan ibu sebagai pemegang hak asuh anak, kemudian ada juga yang menetapkan pemegang hak asuh anak di

¹² Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam

¹³ Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam

¹⁴ Ahmad Zaenal Fanani, *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh Anak Di Indonesia (Perspektif Keadilan Jender)*, (UII Press, Yogyakarta, 2015) 67.

bawah umur ditetapkan kepada ayahnya, bahkan ada juga pada perkara gugatan hak asuh atas dua orang anak, pengadilan memutuskan memberikan ibu dan ayah masing-masing sebagai pemegang hak asuh anak atas satu orang anak.

Terdapat juga pada praktik pelaksanaan putusan, anak yang ditetapkan kepada ibu sebagai pemegang hak asuh menolak ketika akan dilakukan eksekusi atau memindahkan dari tempat tinggal ayahnya ke tempat tinggal ibunya, kemudian ada juga ayah yang kalah ketika ada gugatan hak asuh anak sehingga hak asuh diberikan kepada ibu, sehingga menghalangi proses eksekusi dengan cara menyembunyikan anak sehingga petugas pengadilan tidak dapat melaksanakan eksekusi atas putusan pengadilan agama.

Memerhatikan permasalahan tersebut dapat dipahami bahwa akibat perceraian dapat menimbulkan sengketa perebutan hak asuh anak antara suami dan isteri hal tersebut terjadi dikarenakan suami-isteri sebagai ayah dan ibu memiliki hak yang sama dalam pengasuhan anak khususnya anak di bawah umur atau di bawah 12 tahun. Hadhanah atau pengasuhan anak ini dalam hukum perdata biasa disebut dengan istilah perwalian. Hak pengasuhan atau perwalian merupakan hak seorang anak dari orangtua dan juga merupakan kewajiban orangtua terhadap anak. Sebagaimana disebutkan pada Pasal 45 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Perkawinan yang memuat ketentuan imperatif bahwa kedua orangtua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban tersebut berlaku sampai anak itu kawin atau dapat hidup mandiri.¹⁵

Berdasarkan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyatakan bahwa: 1) Salah seorang atau kedua orangtua dapat dicabut kekuasaannya terhadap seorang anak atau lebih untuk waktu yang tertentu atas permintaan orangtua yang lain, keluarga anak dalam garis lurus ke atas dan saudara kandung yang telah dewasa atau pejabat yang berwenang dengan keputusan Pengadilan dalam hal-hal: a. Ia sangat melalaikan kewajibannya terhadap anaknya; b. Ia berkelakuan buruk sekali. 2) Meskipun orangtua dicabut kekuasaannya, mereka masih tetap berkewajiban untuk memberi biaya pemeliharaan kepada anak tersebut.

Dengan pasal tersebut terdapat argumentasi pada pertimbangan hakim dalam menangani perkara pemeliharaan atau pengasuhan dan atau perwalian anak di bawah umur. Satu-satunya aturan yang menyatakan secara tegas dan jelas mengenai pelimpahan hak asuh anak pasca perceraian terdapat di dalam Kompilasi Hukum Islam yang pada pasal-pasal

¹⁵ Jurnal Al-Qadaa (Volume 6 Nomor 2 Desember 2019) 184

menggunakan istilah Pemeliharaan anak dan menjelaskan pengasuhan material dan nonmaterial.¹⁶

Dengan alasan yuridis normatif lainnya yang menegaskan bahwa hak asuh pasca perceraian juga dicantumkan dalam pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 yang menyebutkan 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. Dengan demikian, mengacu kepada Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tersebut jika terjadi perceraian di antara suami-isteri, memberikan pengasuhan anak tetap menjadi tanggungjawab kedua orangtuanya. Sedangkan ketentuan Pasal 105 dan 156 Kompilasi Hukum Islam yang menentukan bahwa seseorang diberi hak asuh anak berdasarkan jenis kelamin, bukan berdasarkan aspek moralitas, kesehatan dan kemampuan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah terwujudnya kepentingan terbaik anak. Padahal mestinya kedudukan sebagai pemegang hak asuh anak adalah kedudukan yang mempunyai tanggung jawab dan perang penting bagi masa depan anak. Pemegang hak asuh anak berkewajiban mengasuh, memelihara dan mendidik anak baik yang terkait dengan pendidikan, agama, kesehatan, moralitas dan integritas anak.

Memerhatikan pertimbangan Putusan Pengadilan Agama Bengkulu terkait putusan perceraian, baik dengan cerai talak atau cerai gugat yang kedua belah pihak, suami dan isteri telah memiliki keturunan atau anak, terdapat dinamika pertimbangan majelis hakim dalam memutus biaya untuk kepentingan masa depan anak-anaknya. Dinamika itu di antaranya terdapat putusan yang menetapkan pemegang hak asuh anak kepada ibunya meskipun anaknya sudah berusia di atas 12 tahun atau sudah *mumayyiz*. Ada pula yang menetapkan hak asuh kepada ibunya tanpa menetapkan biaya kepentingan masa depan anak hingga mandiri. Dan putusan yang tidak menetapkan pemegang hak asuh anak juga biaya untuk anak meskipun anaknya masih di bawah umur, dan yang lainnya menunjukkan beragam pertimbangan yang berdasarkan kepada prinsip ketuhanan yang maha esa dan keadilan, serta kemanfaatannya. Ragam besaran biaya yang ditetapkan dalam putusan dengan pertimbangan tertentu.

Dengan latar belakang masalah tersebut, disertasi ini bermaksud meneliti lebih mendalam dan objektif dengan menganalisis mengenai beragam pertimbangan pengadilan

¹⁶ KHI Bab XIV Pasal 98-106

agama dalam memutus dan menetapkan biaya kepentingan masa depan anak hingga hidup mandiri. Oleh karena itu judul yang diajukan untuk proposal disertasi adalah: *Putusan Pengadilan Agama Dalam Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu Tentang Biaya Hidup Anak Pasca Perceraian Hubungannya Dengan Hak-hak Keperdataan Anak.*

B. Perumusan Masalah

Dengan latar masalah tersebut kiranya dapat diidentifikasi masalahnya, yakni sebagai berikut:

- a. Pertimbangan majelis hakim di Pengadilan Agama Bengkulu dalam memutus pemegang hak asuh anak dan biaya untuk kepentingan masa depan anak-anaknya pasca perceraian, baik dengan cerai talak atau cerai gugat terdapat putusan yang menetapkan pemegang hak asuh anak kepada ibunya disertai penetapan biaya kepentingan masa depan anak hingga mandiri.
- b. Terdapat putusan Pengadilan Agama Bengkulu yang tidak menetapkan biaya hak asuh anak;
- c. Terdapat putusan Pengadilan Agama Bengkulu yang menetapkan biaya hak asuh anak hingga mandiri akan tetapi tidak menetapkan jumlah biaya yang harus dibayarkan oleh ayah dari anak-anaknya setiap bulannya;
- d. Penerapan putusan yang digunakan majelis hakim Pengadilan Agama Bengkulu dan implementasinya oleh mantan suami atau ayah anak tersebut berhubungan dengan dengan hak-hak keperdataan anak sekaligus dengan adanya amar putusan supaya mantan suami atau ayah dari anak-anaknya dibiayai sesuai dengan putusan pengadilan agama.

Dengan adanya perbedaan biaya anak pasca orangtuanya bercerai tentu terjadi dinamika pertimbangan hakim dalam memutus perkara ini sehingga kekuatan hukum yang diambil tidak saja memerhatikan dan menjadikan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai syarat kepastian hukum melainkan juga harus mencapai keadilan hukum dalam konteks kepentingan terbaik untuk anak yang menjadi objek pengasuhan sebagai korban dari perceraian orangtuanya.

Di samping itu, landasan yuridis normatif dalam memutus perkara hukum yang dilakukan oleh majelis hakim pada seluruh lembaga peradilan di Indonesia, termasuk Pengadilan Agama harus mengacu kepada paraturan perundangan-undangan yang berlaku

sebagaimana yang diatur dan ditetapkan pada hierarki peraturan perundang-undangan secara sistematis. Karena hierarki tersebut merupakan sistematika legal formal dan regulasi yang telah ditetapkan oleh hukum positif termasuk hukum materilnya yang berlaku di Indonesia yang kemudian disebut juga sebagai hukum terapan.

Putusan Pengadilan Agama dalam menetapkan biaya hidup anak merupakan ketentuan yang harus dilaksanakan oleh pihak suami yang telah menceraikan isterinya atau yang digugat cerai oleh isterinya, akan tetapi pelaksanaan putusan terkait dengan biaya hidup anak tidak ada pengawasan langsung dari pihak pengadilan agama dikarenakan pengadilan agama tidak memiliki kewenangan untuk melakukan hal tersebut, oleh karena itu implementasi putusan yang menetapkan biaya hidup anak masih mengundang permasalahan yang belum sepenuhnya melindungi hak-hak keperdataan anak. Di samping itu, mengenai besaran biaya anak yang dibebankan kepada mantan suaminya sebagai ayah kandung anak tidak ditetapkan oleh peraturan perundang-undangan secara pasti. Oleh karena itulah, dengan rumusan masalah tersebut diajukan beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana dinamika pertimbangan Pengadilan Agama dalam wilayah Pengadilan Tinggi Bengkulu dalam memutuskan dan menetapkan biaya hidup anak hingga mandiri yang dibebankan kepada pihak suami sebagai ayah kandungnya pasca perceraian?
2. Bagaimana implikasi putusan Pengadilan Agama yang menetapkan pemberian biaya hidup anak oleh pihak suami sebagai ayah kandungnya pasca perceraian di wilayah PTA Bengkulu?
3. Bagaimana upaya hukum yang dapat dilakukan oleh pihak isteri kepada mantan suaminya yang tidak melaksanakan putusan Pengadilan Agama di wilayah PTA Bengkulu tentang biaya hidup anak? Dan
4. Bagaimana implementasi kepastian dan keadilan hukum Putusan Pengadilan Agama di wilayah PTA Bengkulu tentang biaya hidup anak serta pengembangannya kepada sistem hukum nasional?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini dilakukan bertujuan untuk menganalisis hal-hal sebagai berikut:

1. Menganalisis dinamika pertimbangan Pengadilan Agama dalam wilayah Pengadilan Tinggi Bengkulu dalam memutuskan dan menetapkan biaya hidup anak hingga mandiri yang dibebankan kepada pihak suami sebagai ayah kandungnya pasca perceraian;

2. Menganalisis implikasi putusan Pengadilan Agama yang menetapkan pemberian biaya hidup anak oleh pihak suami sebagai ayah kandungnya pasca perceraian di wilayah PTA Bengkulu;
3. Menganalisis upaya hukum yang dapat dilakukan oleh pihak isteri kepada mantan suaminya yang tidak melaksanakan putusan Pengadilan Agama di wilayah PTA Bengkulu tentang biaya hidup anak; dan
4. Menganalisis Implementasi kepastian dan keadilan hukum Putusan Pengadilan Agama di wilayah PTA Bengkulu tentang biaya hidup anak pasca kedua orangtuanya bercerai serta pengembangannya kepada sistem hukum nasional.

D. Kegunaan Penelitian

Kegunaan penelitian ini ada dua macam, yaitu sebagai berikut:

1. Kegunaan Teoritik

- a. Secara teoritik penelitian ini berguna untuk mengembangkan pemahaman yuridis normatif dan yuridis empirik yang dianalisis secara teoritik terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bertujuan menemukan teori hukum Islam tentang pertimbangan hakim menetapkan pemegang hak asuh anak dan biaya kepentingan hidup anak hingga mandiri;
- b. Penelitian ini berguna untuk mendorong transformasi hukum Islam melalui upaya pengembangan pemikiran tentang ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang merupakan produk legislasi sehingga menyumbangkan temuan baru atau menguatkan teori yang sudah ada tentang keberlakuan hukum Islam dalam hukum nasional terkait dengan hak dan kewajiban orangtua dalam pengasuhan dan perlindungan hak-hak keperdataan anak dan pihak mantan isterinya.

2. Kegunaan Praktis

Adapun kegunaan praktis penelitian ini adalah sebagai berikut:

- a. Kegunaan untuk peneliti adalah menambah wawasan ilmu pengetahuan hukum Islam dan ilmu perundang-undangan yang dikaji lebih luas dan mendalam berhubungan dengan analisis tentang pertimbangan hakim dalam memutus perkara di pengadilan. Dengan penelitian ini peneliti telah menempuh kewajiban akademik yang sesuai dengan regulasi yang berlaku

untuk mencapai gelar doktor hukum Islam dalam konsentrasi hukum keluarga.

- b. Kegunaan untuk lembaga khususnya PPS UIN Sunan Gunung Djati Bandung, dalam Program Studi Hukum Islam (S3) konsentrasi Hukum Keluarga, hasil penelitian ini akan menambah kajian yang lebih luas yang berkaitan dengan hukum keluarga yang bersumber dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai bahan kajian penelitian yuridis normatif dan empirik dan memberikan transformasi hukum bermanfaat untuk kemaslahatan umum.
- c. Kepada lembaga pemerintahan sebagai penyelenggara negara dan stakeholder yang lainnya, hasil penelitian ini dapat dijadikan bahan pertimbangan untuk membuat kebijakan yang bersifat aspiratif atau naskah akademik dalam kaitannya legislasi hukum keluarga Islam sehingga tidak ada kekosongan hukum terutama berkaitan dengan hak anak dan kepentingan terbaiknya sehingga hak-hak keperdataan anak dan ibunya terlindungi secara hukum;
- d. Kegunaan untuk masyarakat: Hasil penelitian ini bermanfaat untuk masyarakat dalam memberikan pengetahuan informatif dan aplikatif mengenai kedudukan penyelesaian perkara perdata di Pengadilan Agama serta pengetahuan tentang pertimbangan para hakim pengadilan dalam menetapkan dan memutus perkara khususnya perkara perceraian suami-isteri yang memiliki anak serta mempertimbangkan pemegang hak asuh anak dan biaya kepentingan hidupnya yang adil menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku dan atau berdasarkan kepada pertimbangan lainnya demi kepastian dan keadilan hukum.

E. Kerangka Pemikiran

1. *Grand Theory*: Teori *Mashlahah* Imam Al-Ghazali

Teori *mashlahah* yang digunakan adalah dari Imam al-Ghazali. Menurut Imam al-Ghazali, *mashlahah* adalah kata yang secara geneologi merujuk pada konsep “menarik kemanfaatan” (*jalb al-manfa’ah*) dan “menolak kerusakan” (*daf’u al-madlarah*). Menurut Imam al-Ghazali konsep “menarik manfaat” (*jalb al-manfa’ah*) dan “menolak kerusakan” (*daf’u al-madlarah*) bukan merupakan tujuan (*al-maqasid*) tetapi yang dimaksudkan adalah

“memelihara tujuan-tujuan syari’at” (*al-muhafadzah ‘ala maqshud al-syar’i*) yang lima, yakni memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.¹⁷ Kata *mashlahah* yang dimaksudkan oleh Imam al-Ghazali adalah sinonim dengan kata *manfa’ah* yang lawan katanya adalah *mafsadah*. Imam al-Ghazali menegaskan bahwa kemaslahatan menurut adat belum tentu sejalan dengan *mashlahah* secara syari’at. Karenanya Imam al-Ghazali membuat batasan *mashlahah* pada wilayah menjaga atau memelihara tujuan syari’at bukan tujuan buatan manusia.¹⁸

Pendekatan *mashlahat* Imam al-Ghazali dikuatkan oleh pendapat Imam al-Syatibi yang memperkenalkan *mashlahah* dengan sebutan *al-mashlahah al-mursalah* atau *al-istidlal al-mursal* yang didefinisikan bahwa setiap asal syari’at yang tidak ditemukan teks tertentu secara langsung dan berkaitan dengan realisasi syari’at itu sendiri.¹⁹ Adapun Imam al-Thufi menyebutkan bahwa *mashlahah* secara ‘*uruf*’ adalah sebab yang mendatangkan kemaslahatan seperti perdagangan yang mendatangkan keuntungan. Sementara menurut terminologi syariah, *mashlahah* adalah sebab yang mendorong pada pencapaian maksud-maksud syariat; baik berupa ibadah maupun adat kebiasaan .

Sebagaimana Imam Ghazali memaknai *mashlahah* secara adat kebiasaan (‘*urf*’). Perbedaan keduanya pada pernyataan bahwa menurut Imam al-Ghazali, *mashlahah* bukan sebagai *dalil syar’i* sementara menurut al-Thufi, *mashlahah* adalah *dalil syar’i*. Imam Al-Ghazali membagi *mashlahah* kepada tiga macam, yaitu: (1) *mulaghah* (tertolak), (2) *mu’tabarrah* (yang sesuai dengan penunjukan al-Quran dan al-Sunnah) dan (3) *mursalah*. Kategori *al-mursalah* dibagi lagi menjadi dua bagian: yaitu: (1) *mulaimah* dan (2) *gharibah*.

Imam al-Ghazali menegaskan bahwa *al-mashlahah al-mulaghah* dan *gharibah* sama sekali tidak dapat dijadikan *hujjah*. Sementara *al-mu’tabarrah* dimasukkan oleh al-Ghazali pada bab *qiyas* (analogi) yang dikukuhkan oleh teks al-Quran dan al-Sunnah. Kategori *mashlahah mulaimah* menurut al-Ghazali adalah kemaslahatan yang tidak ditunjukkan oleh teks Quran dan Sunnah tetapi dianggap sesuai saja (ملائمة). Sedangkan menurut Imam al-Thufi, *mashlahah* dianggap sebagai *dalil syar’i* dan dia tidak membuat kategori seperti kategorisasi yang dilakukan Imam al-Ghazali. Hanya saja al-Thufi menegaskan bahwa aturan

¹⁷ Husen Hamid Hasan, *Fiqh al-Mashlahah wa Tathbiqatuhu al-Mu’ashirah*, (1413 H) h.6. Tulisan ini berupa artikel yang disajikan Husen Hamid Hasan pada Seminar Ekonomi Islam, dengan tiga agenda pembahasan yang salah satunya adalah aspek kemaslahatan.

¹⁸ Muhammad bin Ya’qub al Fairuz Abadi, *Qamus al-Muhith* (Bairut: Daru Al Fikr,1995),277

¹⁹ Husen Hamid Hasan, *Fiqh al-Mashlahah*, 7

satu-satunya kemaslahatan sebagai *dalil syar'i* adalah harus merujuk kepada tujuan syariat (*al-maqasid al-syar'iyah*).²⁰

Imam al-Ghazali menyatakan bahwa “rasio harus diperhatikan guna pertimbangan kemaslahatan, artinya kemaslahatan itu harus rasional, atau sesuai dengan jalan pikiran yang logis.²¹ Maka dengan demikian, tidak dibenarkan menetapkan kemaslahatan yang irasional dan bertentangan dengan syariat. Menurut Imam Malik bin Anas, kemaslahatan yang memenuhi kepentingan umum itu harus sesuai (*munasib*) dan relevan (*muta'bar*) yang kemudian disebut *al-mashlahah al-mursalah*.²²

Imam Al-Ghazali menempatkan konsep mashlahah dengan menjaga tujuan syariat (*maqashid tasri'iyah*) yang mencakup prinsip menjaga agama, menjaga jiwa, menjaga akal, menjaga keturunan dan menjaga hak milik pribadi dari harta kekayaan. Ciri tersebut dapat dibuktikan sebagai prinsip pasti (*qath'i*) dan universal *kully*, maka penalaran tentang kemaslahatan itu universal yang memastikan demi kepentingan umat Islam pada umumnya bukan hanya sebagian terlayani.

Menurut Imam al-Tufi, dalil syari'at itu terdiri dari sembilan belas macam. Setelah diadakan penelitian, semua pendapat ulama telah tercakup di dalamnya. Sembilan belas dalil tersebut adalah sebagai berikut:

- 1) *Al-Quran*
- 2) *Al-Sunnah*
- 3) *Ijma' al-Ummah*
- 4) *Ijma' ahl al-Madinnah*
- 5) *Qiyas*
- 6) *Aqwal al-Shahabah*
- 7) *Mashalih al-Mursalah*
- 8) *al Istishab*
- 9) *Al-Bara'ah al-Asliyyah*
- 10) *Al-'Awaid*
- 11) *Istiqra'*
- 12) *Saddu al-Zara'i*

²⁰ Husen Hamid Hasan, *Fiqh al-Mashlahah*, 8.

²¹ Wael B. Hallaq, *Sejarah Teori Hukum Islam Pengantar Untuk ushul Fiqih Madzhab Sunni* (Judul Asli *A. Histiry of Islamic Legal Theories*, terj. Kusnadinigrat, (Jakarta: Raja Grafindo, 2000)), 165-167.

²² Wael B. Hallaq, *Logic Formal Arguments and Formalization of Arguments in Suni Jurisprudence Arabica* (Jakarta: Raja Grafindo, 1990), 286-294.

- 13) *Istidlal*
- 14) *Istihsan*
- 15) *Al-Akhzu bi al Akhaffi* (mengambil yang lebih ringan)
- 16) *Aol-'Ismah*
- 17) *Ijma' ahl al kufah*
- 18) *Ijma' ahl al-'Itrah* (keluarga Nabi); dan
- 19) *Ijma' al Khulafa' al Rasyidin*.²³

Dalil terkuat adalah *nash* dan *ijma'*. Keduanya ini terkadang selaras dan terkadang bertentangan dengan *mashlahat*. Jika selaras dengan *mashlahat*, tidak perlu dipertentangkan lagi, hal ini karena telah adanya kesepakatan tiga dalil sekaligus bagi suatu hukum, yakni *nash*, *ijma'* dan *mashlahat*, yang diambil dari pengertian sabda Rasulullah saw. *la dharara wa la dhirara*. Jika antara keduanya bertentangan, yang harus didahulukan adalah penggunaan *mashlahat* daripada *nash* dan *ijma'*. Caranya mengadakan *takhsis* atau *tabyin* terhadap pengertian *nash* dan *ijma'*, bukan membekukan berlakunya salah satu dari keduanya. Sama halnya dengan penjelasan Sunnah terhadap ayat al-Quran, kemudian mengamalkan pengertian Sunnah.²⁴

Adapun tujuan hukum Allah dapat dilihat dari dua sisi yaitu: *Pertama*: dilihat dari segi manusiawinya, yakni tujuan-tujuan dari segi kepentingan manusia atau *mukallaf*. *Kedua*: dilihat dari sisi Allah sebagai pembuat hukum, yaitu tujuan Allah membuat hukum untuk manusia. Tujuan hukum Islam sesuai dengan fitrah manusia dan fungsi daya fitrahnya, yakni untuk mencapai kebahagiaan hidup dan memertahkannya yang disebut *al-tahsil wa al-ibqa* atau mengambil *mashlahat* serta mencegah kerusakan *jalb al-mashalih wa daf'u al-mafasid*.²⁵

Tujuan Hukum Islam ditinjau dari segi pembuat hukum dapat diketahui melalui penalaran induksi atas sumber-sumber *naqliyah*, yaitu wahyu baik al-Qur'an maupun al-Sunnah. Tujuan hukum Islam dilihat dari segi pembuat hukum ada tiga terutama tujuan hukum *taklifi*, yaitu hukum yang berupa keharusan:²⁶

1. Melakukan perbuatan atau tidak melakukannya.
2. Memilih antara melakukan perbuatan atau tidak melakukannya.

²³ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah li al-Imam at-Tuifi*, (Mesir: Dar al-Misriyah li al-Bananiyah, 1993), 13-18.

²⁴ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, 23.

²⁵ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, 24.

²⁶ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, 25.

3. Hukum melakukan atau tidak melakukan karena ada atau tidak adanya sesuatu yang mengharuskan keberadaan hukum tersebut.

Ketiga tujuan tersebut juga dilihat dari tingkat dan peringkat kepentingan bagi manusia itu sendiri yaitu:

- a. Tujuan Primer atau *al-Dharury* (tujuan yang harus ada demi kehidupan, jika tidak ada maka akan menimbulkan ketidak ajegan kemaslahatan hidup manusia).
- b. Tujuan Sekunder atau *al-Haajiy* (Tujuan sekunder bagi manusia seandainya tidak tercapai akan menimbulkan kesulitan atau masyaqah).
- c. Tujuan Tertier atau *al-Tahsiniy* (tujuan hukum untuk menyempurnakan kehidupan manusia dengan akhlak)²⁷

Dalam Ilmu Ushul Fiqh bahwa yang dimaksud *mashlahat* sebagaimana dinyatakan oleh Imam Asy-Syathiby yang telah memberi kriteria *mashlahat* dengan tiga ukuran, yaitu:

- 1) Tidak bertentangan dengan *maqashid al-syari'ah* yang *dharr'iriyyah* (*hifdh al-din, hifdh al-nafs, hifdh al-aql, hifdh al-nasl, dan hifdh al-mal*), *hajjiyah* dan *tahsiniyyah*;
- 2) Rasional dalam arti bisa diterima oleh orang ahli ilmu, ulama atau cendekiawan (*ahl al-dzikh*).
- 3) mengakibatkan *raf' al-haraj* (menghilangkan kesulitan) atas dasar firman Allah SWT, artinya “dan Allah tidak menyempitkan kamu dalam urusan agama (al-Hajr: 78)

Kemaslahatan umat harus memenuhi doktrin Ushul Fiqh yang dikenal dengan sebutan *al-kulliyatul khams* (lima pokok pilar) atau dengan kata lain disebut dengan *Maqashid al-Syari'ah* (tujuan-tujuan universal syari'ah). Lima pokok pilar tersebut adalah;

- a. *Hifdz al-dien*, arti hakikatnya adalah menjamin kebebasan beragama.
- b. *Hifdz al-'aql*, arti hakikatnya adalah menjamin kreatifitas berpikir.
- c. *Hifdz al-nafs*, arti hakikatnya adalah memelihara kelangsungan hidup.
- d. *Hifdz al-nasl*, arti hakikatnya adalah menjamin keturunan dan kehormatan
- e. *Hifdz al-mal*, arti hakikatnya adalah pemilikan harta, properti dan kekayaan jika perjuangan umat Islam mengabaikan hal-hal ini, maka runtuhlah nilai-nilai Islam yang substansial.²⁸

Menurut I. Nurol Aen, landasan kemaslahatan sebagaimana hasil penelitian para ulama yang menjelaskan bahwa syari'ah Islamiyah mengandung kemaslahatan bagi manusia

²⁷ Ahmad Abd al-Rahim al-Sayih, *Risalah fi Ri'ayat al-Maslahah*, 25.

²⁸ Juhaya. S. Praja, *Filsafat Hukum Islam*, (Bandung: PPS UIN, 2005), 100.

dalam mengatur hidup dan kehidupannya di dunia ini²⁹, hal ini ditegaskan di dalam al-Qur'an surat al-Anbiya ayat 107³⁰:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

“Dan tiadalah Kami mengutuskan engkau (wahai Muhammad), melainkan untuk menjadi rahmat bagi sekalian alam.”³¹.

Lalu dalam surat Yunus ayat 57³²:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ

“Hai manusia! Sesungguhnya telah datang kepadamu nasihat dari Tuhan kamu dan penawar bagi (penyakit) yang ada pada dada-dada (kamu) dan (telah datang) petunjuk serta rahmat bagi orang-orang mukmin”.

Dalam surat al-Baqarah ayat 220:

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَيْنَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ

“Dan Mereka menanyakan kepadamu (Muhammad) tentang anak-anak yatim. Katakanlah, “Memperbaiki keadaan mereka adalah baik!” Dan jika kamu memergauli mereka, maka mereka adalah saudara-saudaramu. Allah mengetahui orang yang berbuat kerusakan dan yang berbuat kebaikan. Dan jika Allah menghendaki, niscaya Dia datangkan kesulitan kepadamu. Sungguh, Allah Mahaperkasa, Mahabijaksana”.³³

Nurol ‘Aen menjelaskan bahwa apabila kemaslahatan manusia menjadi maksud syara', maka maslahat terkandung di dalam syariah Islamiyah. Sehubungan dengan kemaslahatan duniawi ini dalam kaitannya dengan nash-nash syari'at ada tiga pendapat:³⁴

1. Ulama yang menetapkan bahwa nash-nash syara' tidak bisa diketahui kecuali semata-mata dari segi dhahirnya. Jadi mereka hanya mengakui maslahat yang secara eksplisit ditegaskan di dalam nash, dan tidak mau menerima apa yang tersirat. Mereka terkenal dengan madzhab *Dhahiriyy* dan logis apabila mereka juga menolak qiyas dan lain sebagainya yang didasarkan kepada apa yang dipahami secara implisit.
2. Ulama yang mau mengambil *mashlahat* dari yang tersirat yaitu dengan mengetahui *illat*, maksud dan tujuannya, hanya mereka membatasi diri yaitu maslahat ini bisa diterima

²⁹ I. Nurol ‘Aen, *Ilmu Ushul Fiqh*, (Gilang Aditya Putera, Bandung, 2002), 89.

³⁰ Soenarjo dkk, *Al-Quran dan Terjemahannya*, (Depag RI, Jakarta, 2002) 254.

³¹ Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, 291.

³² Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, 321.

³³ Soenarjo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, 189.

³⁴ I. Nurol ‘Aen, *Ilmu Ushul Fiqh*, 92.

apabila ada dalil atau nash khusus yang merupakan syahidnya atau buktinya. Oleh karena itu, mereka bisa menerima *qiyas* karena di dalam penggunaan *qiyas* ada *syahid* yang merupakan dalil yang khusus. Imam Syafi'i, al-Ghazali termasuk kelompok ini kalau kita lihat alasan-alasan penolakannya terhadap *istihsan* dan *al-mashlahah al-mursalah*.

3. Ulama-ulama yang menetapkan bahwa kemaslahatan adalah termasuk kemaslahatan yang ditetapkan oleh *syari'at Islamiyyah* baik kemaslahatan itu diketahui secara eksplisit maupun implisit dari nash-nash syara', baik diambil dari dalil-dalil yang am maupun dalil yang khas. Ibnu Qayyim murid dari Ibnu Taymiyyah termasuk kelompok ini dalam kitabnya *I'lam al-Muwaqqi'in* juz tiga dalam menentukan hukum mereka menyatakan bahwa syari'ah itu sendi dan dasarnya adalah kebaikan dan kemaslahatan hamba baik untuk kehidupan duniawi maupun untuk kehidupan *ukhrawi*. Syari'ah itu mengandung keadilan, *rahmat* dan *mashlahat* seluruhnya. Setiap masalah yang keluar dari keadilan kepada kedhaliman, dan dari rahmat kepada laknat, dan dari mashlahat kepada mafsadat, dan dari hikmah kepada sia-sia, bukanlah syari'ah. Walaupun dimasukkan ke dalamnya secara takwil.³⁵

Mashlahah haruslah kemaslahatan yang hakiki bukan yang diragukan, dalam arti mengambil masalah tadi nyata-nyata membawa manfaat dan menolak kemadharatan. Kemaslahatan yang bersifat umum bukan kemaslahatan yang sifatnya individual, dalam arti kemaslahatan yang memberi manfaat kepada umumnya umat dan menolak kemadharatan dari umumnya umat. Masalah yang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip umum ajaran Islam yang berupa *maqashid al-syari'ah* dan dalil-dalil yang *kulli* serta nash-nash yang *qath'iy wurud* dan *dalalahnya*.³⁶

Seluruh pertimbangan hakim mengacu kepada kekuasaan kehakiman yang bertitik tolak kepada kemaslahatan yang berarti putusan hakim harus mendatangkan kebaikan atau yang membawa kemanfaatan dan menolak kerusakan. Menarik manfaat menghilangkan *madharat*. Masalah yang *mursalah*, artinya terlepas bebas, tidak terikat dengan dalil agama (al-Qur'an dan al-Hadits) yang membolehkan atau yang melarangnya.³⁷

Menurut Abdul Wahab Khallaf, *mashlahah* adalah sesuatu yang tidak disyari'atkan oleh nash untuk mewujudkannya atau juga tidak terdapat dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya. Sedangkan menurut Muhammad Abu Zahra, definisi

³⁵ Djazuli dan I. Nurol 'Aen, *Ushul Fiqh*, h.91-92.

³⁶ Djazuli dan I. Nurol 'Aen, *Ushul Fiqh*, h.93.

³⁷ Munawar Kholil, *Kembali Kepada Al-Quran Dan As-Sunnah*, (Bulan Bintang, Semarang, 1990) 43.

mashlahah adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan *syari'* (dalam mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.³⁸

Prinsip kemaslahatan ini adalah yang tergolong kepada *al-mashlahah al-mursalah* yang bersumber dari al-Qur'an maupun dari al-Sunnah misalnya al-Quran surat Yunus ayat 57 yang menyebutkan:

يَأَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ

Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman.³⁹

Demikian pula dalam hadits Nabi Muhammad SAW, yang diriwayatkan oleh Ibn Majjah:

حدثنا محمد بن يحيى , حدثنا عبدالرزاق . انبأنا معمر عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار .

Muhammad Ibn Yahya bercerita kepada kami, bahwa Abdur Razzaq bercerita kepada kita, dari Jabir al-Jufiyyi dari Ikrimah, dari Ibn Abbas: Rasulullah SAW bersabda, “ tidak boleh membuat madharat (bahaya) pada dirinya dan tidak boleh pula membuat madharat pada orang lain”. (HR. Ibn Majjah)

Syaih Izzuddin bin Abdul Salam mengatakan bahwa *maslahah fihiyyah* hanya dikembalikan kepada dua kaidah induk, yaitu:⁴⁰

1. درء المفسد . artinya: Menolak segala yang rusak
2. جلب المصالح . artinya: Menarik segala yang maslahat.

Dengan demikian, pertimbangan hakim dalam memutuskan perkara yang berpedoman kepada kemaslahatan sebagai metode hukum yang mempertimbangkan adanya kemanfaatan yang mempunyai akses secara umum dan kepentingan tidak terbatas, tidak terikat. Dengan kata lain *al-maslahah al-mursalah* merupakan kepentingan yang diputuskan bebas, namun tetap terikat pada konsep *syari'ah* yang mendasar. Karena *syari'ah* sendiri ditunjuk untuk memberikan kemanfaatan kepada masyarakat secara umum dan berfungsi untuk memberikan

³⁸ Abdullah Wahab Khallaf, *Ilmu Ushul Fiqh*, terj. Noer Iskandar al-Bansany, Kaidah-Kaidah Hukum Islam, (PT. Raja Grafindo Persada, Cet-8, Jakarta, 2002)123.

³⁹ Soernajo dkk., *Al-Quran dan Terjemahannya*, (Depag RI, Jakarta, 2014) 345

⁴⁰ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Al-Fiqh*, (Dar al-Fikr, Beirut, 1976) 24.

kemanfaatan dan mencegah kemadharatan (kerusakan). Kemudian mengenai ruang lingkup berlakunya masalah mursalah dibagi atas tiga bagian yaitu:⁴¹

- a. *Al-Maslahah al-Daruriyah*, (kepentingan-kepentingan yang esensi dalam kehidupan) seperti memelihara agama, memelihara jiwa, akal, keturunan, dan harta.
- b. *Al-Maslahah al-Hajjiyah*, (kepentingan-kepentingan esensial di bawah derajatnya *al-maslahah daruriyyah*), namun diperlukan dalam kehidupan manusia agar tidak mengalami kesukaran dan kesempitan yang jika tidak terpenuhi akan mengakibatkan kerusakan dalam kehidupan, hanya saja akan mengakibatkan kesempitan dan kesukaran baginya.
- c. *Al-Maslahah al-Tahsiniyah*, (kepentingan-kepentingan pelengkap) yang jika tidak terpenuhi maka tidak akan mengakibatkan kesempitan dalam kehidupannya, sebab ia tidak begitu membutuhkannya, hanya sebagai pelengkap atau hiasan hidupnya.

Untuk menjaga kemurnian metode *al-maslahah al-mursalah* sebagai landasan hukum Islam, maka harus mempunyai dua dimensi penting, yaitu sisi pertama harus tunduk dan sesuai dengan apa yang terkandung dalam nash (al-Qur'an dan al-Hadits) baik secara tekstual atau kontekstual. Sisi kedua harus mempertimbangkan adanya kebutuhan menjadi pertimbangan yang secara cermat dalam pembentukan hukum Islam, karena bila dua sisi di atas tidak berlaku secara seimbang, maka dalam hasil istinbath hukumnya akan menjadi sangat kaku disatu sisi dan terlalu mengikuti hawa nafsu di sisi lain. Sehingga dalam hal ini perlu adanya syarat dan standar yang benar dalam menggunakan masalah mursalah baik secara metodologi atau aplikasinya. manusia yang selalu berkembang sesuai zamannya.⁴²

Menurut Al-Syatibi, *al-maslahah al-mursalah* dapat dijadikan sebagai landasan hukum apabila :⁴³

1. Kemaslahatan sesuai dengan prinsip-prinsip yang ada dalam ketentuan *syari'* yang secara *ushul* dan *furu'*nya tidak bertentangan dengan *nash*.
2. Kemaslahatan hanya dapat dikhususkan dan diaplikasikan dalam bidang-bidang sosial (mu'amalah) di mana dalam bidang ini menerima terhadap rasionalitas dibandingkan dengan bidang ibadah. Karena dalam mu'amalah tidak diatur secara rinci dalam nash.

⁴¹ Jalaluddin al-Suyuti, *Al-Asbah Wa Al-Nazdo 'ir*, (Maktabah Usaha Keluarga, Semarang, 1987) 31.

⁴² Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, 27

⁴³ Muhammad al-Syatibi, *Al-I'tishom* (Dar al-Fikr, Beirut, 1991) 115.

3. Hasil *mashlahah* merupakan pemeliharaan terhadap aspek-aspek *dharuriyyah*, *Hajjiyah*, dan *Tahsiniyyah*. Metode masalah adalah sebagai langkah untuk menghilangkan kesulitan dalam berbagai aspek kehidupan, terutama dalam masalah-masalah sosial kemasyarakatan. sesuai firman Allah surat al-Hajj ayat 78:

وَجُهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ

Menurut Abdul Wahab Khallaf, *masalah mursalah* dapat dijadikan sebagai legislasi hukum Islam bila memenuhi syarat yang diantaranya adalah:⁴⁴

1. Berupa *mashlahah* yang sebenarnya (hakiki) bukan *mashlahah* yang sifatnya dugaan, tetapi yang berdasarkan penelitian, kehati-hatian dan pembahasan mendalam serta benar-benar menarik manfaat dan menolak kerusakan.
2. Berupa *mashlahah* yang bersifat umum, bukan untuk kepentingan perorangan, tetapi untuk orang banyak.
3. Tidak bertentangan dengan hukum yang telah ditetapkan oleh nash (al-Qur'an dan al-Hadits) serta ijma' ulama.

Adapun menurut Al-Ghozali, *masalah mursalah* dapat dijadikan sebagai landasan hukum apabila hal-hal sebagai berikut:⁴⁵

- a. *Mashlahah mursalah* aplikasinya sesuai dengan ketentuan syara'
- b. *Mashlahah mursalah* tidak bertentangan dengan ketentuann nash syara' (al-Qur'an dan al-Hadits).
- c. *Mashlahah mursalah* adalah sebagai tindakan yang dharuri atau suatu kebutuhan yang mendesak sebagai kepentingan umum masyarakat.

Jumhur Ulama menegaskan bahwa *mashlahah mursalah* dapat dijadikan sebagai sumber legislasi hukum Islam apabila memenuhi syarat sebagai berikut:⁴⁶

- a. *Maslahah* tersebut haruslah "*mashlahah haqiqiyah*" bukan hanya yang berdasarkan prasangka merupakan kemaslahatan yang nyata. Artinya bahwa membina hukum berdasarkan kemaslahatan yang benar-benar dapat membawa kemanfaatan dan menolak kemadharatan. Akan tetapi kalau hanya sekedar prasangka adanya kemanfaatan atau

⁴⁴ Abdullah Wahab Khallaf, *Ilmu Ushulul Fiqh*, 125.

⁴⁵ Mukhsin Jamil (ed.), *Kemaslahatan Dan Pembaharuan Hukum Islam* (Walisongo Press, Semarang, 2008) 24.

⁴⁶ Mukhsin Jamil (ed.), *Kemaslahatan Dan Pembaharuan Hukum Islam*, 26.

- prasangka adanya penolakan terhadap kemadharatan, maka pembinaan hukum semacam itu adalah berdasarkan wahm (prasangka) saja dan tidak berdasarkan syari'at yang benar.
- b. Kemaslahatan tersebut merupakan kemaslahatan yang umum, bukan kemaslahatan yang khusus baik untuk perseorangan atau kelompok tertentu, dikarenakan kemaslahatan tersebut harus bisa dimanfaatkan oleh orang banyak dan dapat menolak kemudharatan terhadap orang banyak pula.
 - c. Kemaslahatan tersebut tidak bertentangan dengan kemaslahatan yang terdapat dalam al-Quran dan al-Hadits baik secara *zhahir* atau *bathin*. Oleh karena itu tidak dianggap suatu kemaslahatan yang kontradiktif dengan nash seperti menyamakan bagian anak laki-laki dengan perempuan dalam pembagian waris, walau penyamaan pembagian tersebut berdalil kesamaan dalam pembagian.

Berdasarkan ketentuan pemahaman tersebut dapat dirumuskan bahwa *mashlahah mursalah* dapat dijadikan sebagai landasan hukum serta dapat diaplikasikan dalam tindakan sehari-hari apabila telah memenuhi syarat sebagai tersebut di atas, dan ditambahkan *mashlahah* tersebut merupakan kemaslahatan yang nyata, tidak sebatas kemaslahatan yang sifatnya masih prasangka, yang sekiranya dapat menarik suatu kemanfaatan dan menolak kemudharatan. Dan *mashlahah* tersebut mengandung kemanfaatan secara umum dengan mempunyai akses secara menyeluruh dan tidak melenceng dari tujuan-tujuan yang dikandung dalam al-Quran dan al-Hadits.

2. Middle Rangs Theory : Teori Kepastian dan Keadilan Hukum Gustav Radbruch

a. Kepastian Hukum

Teori kepastian dan keadilan hukum yang digunakan adalah dari Gustav Radbruch yang memaknai hukum sebagai kaidah atau norma. Kaidah atau norma merupakan pedoman perilaku manusia yang dianggap pantas. Atas dasar ruang lingkupnya, dibedakan antara kaidah yang mengatur kepentingan pribadi dan kaidah yang mengatur kepentingan antarpribadi. Selain itu, hukum juga diartikan sebagai tata hukum, sebagai hukum positif yang tertulis. Oleh karena itu hukum positif yang tertulis adalah hukum yang sedang berlaku sekarang yang mengikat dan memaksa dilengkapi sanksi hukum tertentu.⁴⁷

⁴⁷ Pasal 1 ayat (3) Undang-undang Dasar Tahun 1945, yang menyebutkan “Negara Indonesia adalah negara hukum. (MK, Jakarta, 2020).

Menurut Gustav Radbruch, kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum merupakan tujuan hukum yang dijabarkan sebagai berikut:

1. Kepastian yang berarti bahwa kepastian merupakan tuntutan hukum, ialah supaya hukum menjadi positif dalam artian berlaku dengan pasti. Hukum harus ditaati, dengan demikian hukum itu positif, yang artinya kepastian hukum ditujukan untuk melindungi kepentingan setiap individu agar mereka mengetahui perbuatan apa saja yang dibolehkan dan sebaliknya perbuatan mana yang dilarang sehingga mereka dilindungi dari tindakan kesewenang-wenangan pemerintah. Kepastian hukum merupakan salah satu nilai dasar yang menginginkan adanya kejelasan dari fakta hukum yang membuat hukum benar-benar positif untuk berlaku pada suatu negara (*ius constitutum*).
2. Keadilan adalah kondisi dimana kasus yang sama diperlakukan secara sama. Adapun keadilan berhubungan dengan hati nurani. Keadilan bukan tentang definisi yang formal karena berhubungan dengan kehidupan manusia sehari-hari. Hati nurani ini memiliki posisi yang sangat tinggi karena berhubungan dengan rasa dan batin yang paling dalam. Terhadap keadilan, Radbruch menyatakan: "*Summum ius summa iniuria*" yang berarti keadilan tertinggi adalah hati nurani. Radbruch punya penekanan dan mengoreksi pandangannya sendiri, bahwa cita hukum tidak lain adalah keadilan.
3. Kemanfaatan hukum ditujukan pada sesuatu yang bermanfaat atau memiliki manfaat. Hukum pada hakikatnya bertujuan untuk menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan bagi orang banyak. Bahwa negara dan hukum diciptakan untuk manfaat sejati yaitu kebahagiaan mayoritas masyarakat.⁴⁸

Kepastian hukum terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, yakni peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Hukum tertulis dalam arti yang luas mencakup semua peraturan yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu sesuai dengan tingkat dan lingkup kewenangannya yang biasanya disebut peraturan perundang-undangan. Menurut Moh. Mahfud Md., peraturan perundang-undangan adalah berbagai jenis peraturan tertulis

⁴⁸ Gustav Radbruch, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, ed. John H. Wigmore, dkk. (Massachusetts: Harvard University Press, 1950) 112.

yang dibentuk oleh berbagai lembaga sesuai tingkat dan lingkungannya masing-masing merupakan bentuk kepastian hukum.⁴⁹

Di Negara Kesatuan Republik Indonesia selain istilah hukum (*recht*), Undang-undang (*wet*), menurut hukum (*rechtmatig*), sesuai dengan Undang-undang (*wettig* atau *wetmatig*), peraturan perundang-undangan (*wettelijke regeling, wettelijke regels*), dikenal pula istilah lain seperti istilah perundang-undangan (*Gesetzgebung* atau *wetgeving, legislation*), peraturan perundangan, peraturan negara (*staatsregeling*). Menurut Solly Lubis, yang dimaksud dengan perundang-undangan itu ialah proses pembuatan peraturan negara dengan kata lain tata cara mulai dari perencanaan (rancangan), pembahasan, pengesahan atau penetapan dan akhirnya pengundangan peraturan yang bersangkutan, sedangkan yang dimaksud dengan peraturan negara ialah peraturan-peraturan tertulis yang diterbitkan oleh instansi resmi, baik dalam pengertian lembaga atau pejabat tertentu. Sehingga yang dimaksud perundang-undangan meliputi undang-undang (UU), Peraturan pemerintah pengganti Undang-undang (Perpu), Peraturan Pemerintah (Perpem), Peraturan Daerah (Perda), Surat Keputusan (SK), Instruksi (Instr), sedangkan “peraturan perundangan” berarti peraturan mengenai tata cara pembuatan peraturan negara.⁵⁰

Dalam mewujudkan tujuan hukum menurut Gustav Radbruch terdapat tiga nilai dasar dalam tujuan hukum, yaitu 1) kepastian hukum; 2) keadilan hukum; dan 3) kemanfaatan hukum. Hukum itu harus pasti, inilah yang kemudian disebut sebagai teori kepastian hukum. Kepastian yang dimaksudkan adalah suatu keputusan hukum yang hanya berdasarkan kepada hukum yang berlaku secara normatif, artinya menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang mengatur secara pasti dan logis.⁵¹

Secara konkret teori yang dikemukakan Gustav Radbruch yang isinya mengenai 1) kepastian hukum; 2) keadilan hukum; dan 3) kemanfaatan hukum adalah disebut dengan teori tujuan hukum yang secara sederhana ingin menjelaskan bahwa hukum dalam tujuannya perlu berorientasi pada tiga hal tersebut. Teori tujuan hukum apabila ditarik kebelakang tidak akan lepas dari suatu pandangan teologis bahwa segala sesuatu yang bereksistensi pasti memiliki tujuan tertentu. Hal ini juga berlaku terhadap hukum yang tentunya memiliki sesuatu yang hendak dicapai dan bersifat ideal.

⁴⁹ Moh Mahfud Md, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia, 2009) 256.

⁵⁰ Solly Lubis, *Landasan dan Teknik Perundangan*, (Bandung: Mandar Maju, 2003) 1–2.

⁵¹ Cst Kansil, *Kamus Istilah Hukum*, (Jakarta: Gramedia Pustaka, 2009) 385.

Menurut Cst Kansil, untuk mewujudkan keadilan hukum maka harus melaksanakan kepastian hukum sebagai upaya mencapai tujuan hukum, yakni keadilan itu sendiri. Adapun realisasi kepastian hukum adalah penegakan hukum dengan prinsip persamaan dan kesederajatan. Penegakan hukum kepada semua manusia dengan prinsip *equalily before the law*. Dengan cara tersebut maka akan diperoleh kepastian hukum. Hukum tidak tajam ke bawah tumpul ke atas, melainkan hukum tajam ke setiap arah, artinya untuk siapa saja yang melanggarnya akan berhadapan sama di depan hukum. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan substansinya dan tidak memberikan manfaat bagi nilai kemanusiaan universal.⁵²

Menurut beberapa pandangan pakar hukum mengenai teori kepastian hukum, keadilan hukum, dan kemanfaatan hukum adalah sebagai berikut:⁵³

- 1) Gustav Radbruch yang menyatakan bahwa kepastian hukum berkaitan dengan keadilan hukum, yakni perekat tatanan kehidupan bermasyarakat yang beradab. Hukum diciptakan agar setiap individu anggota masyarakat dan penyelenggara negara melakukan sesuatu tindakan yang diperlukan untuk menjaga ikatan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Jika tindakan yang diperintahkan tidak dilakukan atau suatu larangan dilanggar, tatanan sosial akan terganggu karena terciderainya keadilan. Untuk mengembalikan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakkan. Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri. Hukum sebagai pengembalian nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat.
- 2) Keadilan secara umum dimaknai sebagai upaya untuk memberikan kesetaraan. Radbruch mengemukakan unsur hukum, yang diperlukan untuk melengkapi ide keadilan, yakni kemanfaatan.
- 3) Kemanfaatan dimaknai sebagai upaya untuk melayani keinginan yang beragam dari berbagai pihak. Upaya ini dapat dipenuhi secara relatif, karena berbagai pihak memiliki ragam pandangan yang tak dapat disatukan, yang bisa berujung pada perbedaan

⁵² L.j Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir* (Bandung: Refika Aditama, 2006) 82-83.

⁵³ L.j Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum*, 84.

pandangan yang tak berkesudahan. Maka itulah Radbruch kemudian menawarkan unsur terakhir, yakni kepastian hukum, ditetapkan secara positif.

- 4) Menurut Apeldoorn, ada dua aspek kepastian hukum, yaitu: (1) aspek dapat dibentuknya hukum pada sesuatu yang nyata dan setiap pihak bebas mempelajari hukum dan memahaminya demi merasakan keadilan hukum dalam menghadapi perkara hukum; (2) Setiap orang dilindungi oleh hukum, aman karena ada hukum, dan terhindar dari kesewenangan Hakim yang memegang kendali hukum di pengadilan, artinya kepastian hukum adalah segala keputusan hukum sesuai dengan kehendak hukum yang berlaku atau hukum positif dan menolak ketentuan apapun yang bukan hukum atau yang mirip hukum, bahkan suatu Undang-undang yang tidak memiliki kepastian hukum tidak dapat disebut sebagai hukum.
- 5) Jan Michiel Otto memberikan batasan kepastian hukum dengan beberapa ketentuan, yaitu: (1) tersedia aturan-aturan yang konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*); (2) Instansi-instansi penguasa terutama penegak hukum dan atau pemerintah selalu menerapkan aturan hukum secara konsisten, taat, dan tunduk hanya kepada hukum yang berlaku; (3) Secara prinsipil semua masyarakat berperilaku menyesuaikan diri kepada hukum yang berlaku; (4) Hakim dan semua lembaga pradial serta aparat penegak hukum yang lainnya selalu berpedoman, berpegang teguh secara konsisten hanya kepada norma hukum yang berlaku secara mandiri dan tidak ada keberpihakan kepada selain hukum.
- 6) Para hakim dan penegak hukum sebagai penjamin kepastian hukum, sehingga hanya hukum yang berkekuatan dalam menegakkan keadilan untuk seluruh perkara yang ada dalam proses peradilan.⁵⁴

Kepastian hukum berkaitan dengan teori sistem hukum yang berlaku sebagai satu kesatuan hukum yang tersusun dari tiga unsur, yaitu: (1) struktur; (2) substansi; (3) kultur hukum. Menurut Friedman, ketiga unsur hukum tersebut adalah: (1) Struktur adalah keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya yang mencakup: kepolisian, kejaksaan, pengacara, dan pengadilan, hakim dan jaksa; (2) Substansi adalah keseluruhan asas hukum, norma hukum dan aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis,

⁵⁴ Yovita A. Mangesti dan Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2014) 74.

termasuk putusan pengadilan. (3) Kultur hukum adalah kebiasaan, opini, cara berpikir dan cara bertindak, dari para penegak hukum dan warga masyarakat.⁵⁵

Ketiga sub sistem hukum tersebut berfungsi sebagai pedoman berperilaku yang berhubungan dengan hukum, termasuk hukum perpajakan. Pendekatan sistem hukum memiliki kemampuan untuk menggambarkan keutuhan karakteristik objek, juga memiliki kemampuan untuk melakukan analisis terhadap setiap komponen objek hukum. Demikian pula dengan subjek hukumnya. Pendekatan sistem hukum senantiasa mempertimbangkan faktor keterhubungan objek secara internal dan eksternal dan lebih representatif untuk mengikat kuat hak dan kewajiban subjek hukum dalam menerima dan melaksanakan keadilan hukum.⁵⁶

Kapasitas pendekatan sistem terletak pada kemampuannya untuk menembus kelemahan karakteristik hukum dalam suatu negara. Karena itulah, sistem hukum ini merupakan ontologi hukum yang berisi perintah dari penguasa yang berbentuk hukum tertulis atau undang-undang. Kemudian Undang-undang ini harus ditaati oleh masyarakat yang dilengkapi oleh daya paksa perilaku yang menyertai perintah undang-undang. Selain itu ditetapkan secara materil sanksi hukum yang bersifat memaksa kepada masyarakat atau badan hukum sebagai subjek hukum.

Adapun komponen sistem hukum adalah sebagai berikut:

1. Masyarakat hukum: adalah himpunan berbagai kesatuan hukum (*legal unity*) yang satu sama lainnya terikat dalam hubungan yang teratur, masyarakat umum dapat diklasifikasikan menjadi tiga golongan yaitu : (1) Masyarakat sederhana; (2) Masyarakat negara; dan (3) Masyarakat internasional.
2. Budaya hukum, yaitu tradisi hukum yang digunakan untuk mengatur kehidupan masyarakat hukum baik yang tradisional maupun yang modern. Perpajakan merupakan bagian sistem hukum modern yang menjadi kewajiban masyarakat hukum dalam suatu negara yang tunduk dan patuh kepada hukum yang berlaku secara tertulis yang merupakan bentuk hukum tertulis yang derajat pembentuknya dapat dibedakan atas badan yang berwenang membentuk aturan dasar dan badan yang berwenang membentuk aturan organis, dalam masyarakat hukum kenegaraan, bentuk aturan dasar umumnya dibentuk

⁵⁵ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, (New York: Russell Sage Foundation, 1988) 197.

⁵⁶ Lawrence M. Friedman, *The Legal System*, 198.

oleh badan legeslatif yang oleh lembaga administratif dijabarkan dalam bentuk aturan organis bersama.

3. Penerapan hukum: Penerapan hukum pada hakikatnya adalah penyelenggaraan pengaturan hubungan hukum setiap kesatuan hukum dalam suatu masyarakat hukum, pengaturan ini meliputi aspek pencegahan pelanggaran hukum (regulasi aspek) dan penyelesaian sengketa hukum (*settlement of dispute*) termasuk pemulihan kondisi atas kerugian akibat pelanggaran itu (*reparation or compensation*). Komponen ini merupakan kunci terakhir dari proses perwujudan sistem hukum. Komponen penerapan hukum meliputi tiga komponen utama yaitu: pertama komponen hukum yang akan diterapkan, kedua, institusi yang akan menerapkannya, ketiga, personil dari institusi penyelenggara ini umumnya meliputi lembaga-lembaga administratif dan lembaga-lembaga yudisial, seperti polisi, jaksa, hakim dan berbagai institusi yang berfungsi menyelenggarakan hukum secara administratif pada jajaran eksekutif.
4. Evaluasi hukum: Komponen ini merupakan konsekuensi dari pandangan dari ahli-ahli hukum utilitarianis yang menyatakan bahwa kualitas hukum baru dapat diketahui setelah hukum itu diterapkan, hukum yang buruk berakibat buruk sedangkan hukum yang baik berakibat yang baik. Dalam peraktiknya komponen melibatkan hampir seluruh komponen sistem hukum kecuali komponen bentuk hukum, komponen utama yang dapat melakukan fungsi evaluasi ini antara lain adalah komponen masyarakat yang melihat kepada reaksi penerapan hukum, komponen ilmu dan pendidikan hukum melalui fungsi penelitian dan hakim melalui pertimbangan keadilan dalam penerapan ketentuan hukum.⁵⁷

Dengan teori kepastian hukum ini dapat dipahami bahwa seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku mengacu kepada sub sistem yang integral, baik pada hukumnya, subjek hukum, maupun komponen hukum dan penerapannya. Sedangkan dalam evaluasinya lebih melihat kepada akibat yang ditimbulkan oleh penerapan hukum oleh masyarakat dan badan hukum yang merupakan subjek hukum paling utama yang kepastian hukumnya ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.

b. Keadilan Hukum

Keadilan adalah prinsip, asas, dan tujuan seluruh hukum yang ada di muka bumi ini. Keadilan menjadi atas nama putusan majelis hakim dan lembaga peradilan. Keadilan adalah meletakkan hak dan kewajiban secara proporsional. Keadilan secara filosofis merupakan

⁵⁷ Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, 113.

hakikat hukum dan tujuan hukum. Secara praktis keadilan berhubungan dengan penerapan hukum di pengadilan untuk orang yang berperkara, keperdataan atau kepidanaan dengan ragam tindakan yang diperkarakan. Bagi Roland Dworkin yang mempopulerkan teori “moral reading” menegaskan bahwa apabila perundang-undangan belum mampu mengakomodasi segala kepentingan hukum primer yang terdapat dalam masyarakat demi keadilan maka diperlukan mengembalikan misi keadilan hukum dari ground norm sekaligus dengan constitutional norm. Karena harapan tertinggi bagi manusia adalah, menghendaki tegaknya keadilan, tanpa keadilan hukum, kepastian dan ketertiban hukum maka hukum menjadi manakutkan karena tidak menjamin kedamaian dan ketenteraman hidup. Dalam penegakkan hukum, kepastian hukum tidaklah cukup, apabila hukumnya pasti tetapi keadilannya tercederai maka sama dengan kezaliman. dua cita hukum haruslah dikejar yaitu kepastian dan keadilan, yang kemudian diarahkan kepada kemanfaatan hukum.⁵⁸

Keadilan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari tujuan hukum karena merupakan sesuatu yang abstrak, berada dalam dunia *sollen* tumbuh secara filsafati dalam alam hayal manusia, akan tetapi hakikat hukum adalah keadilan karena makna dari hukum adalah kebijaksanaan bukan kepastian. Aristoteles mengatakan bahwa hukum ditegakkan dengan keadilan. Keadilan sebagai keutamaan moral yang menentukan sikap manusia secara normatif. Keadilan menentukan hubungan yang baik antarmanusia pada bidang tertentu. Keadilan adalah keseimbangan hak dan kewajiban. Keadilan adalah persamaan derajat kemanusiaan.

Keadilan mengatur hubungan dengan sesama manusia dapat dibagi menjadi beberapa bidang, yakni sebagai berikut:

- 1) keadilan pembagian jabatan dan harta benda publik
- 2) keadilan dalam bidang transaksi jual beli.
- 3) keadilan dalam hukum pidana.
- 4) keadilan bidang privat yaitu dalam hukum kontrak dan delik privat.
- 5) keadilan bidang penafsiran hukum pada perkara yang konkret. Hakim yang mengambil tindakan *in concreto* hendaknya mengambil tindakan seakan-akan menyaksikan sendiri peristiwa konkret yang diadilinya. Dalam menerapkan hukum pada perkara konkret itu, maka diperlukan epikeia, yaitu rasa tentang yang

⁵⁸ Yovita A. Mangesti dan Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2014) 48.

pantas termasuk prinsip regulatif yang memberi pedoman bagi praktik hidup negara menurut hukum.⁵⁹

- 6) Keadilan distributif dan korektif dipahami bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Ketidaksetaraan yang disebabkan oleh pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan. Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang didapatkan dalam masyarakat. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut.
- 7) Keadilan menentukan hubungan orang dengan orang lain dalam hal *iustum*, yakni mengenai 'apa yang sepatutnya bagi orang lain menurut sesuatu kesamaan proporsional' (*aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*). Filsuf hukum alam, Thomas Aquinas, membedakan keadilan atas dua kelompok, yaitu keadilan umum (*justitia generalis*) dan keadilan khusus. Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak Undang-Undang, yang harus ditunaikan demi kepentingan umum. Selanjutnya keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas.

Keadilan khusus ini dibedakan menjadi :

- a. Keadilan distributif (*justitia distribution*) Keadilan distributif adalah keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum.
- b. Keadilan komutatif (*justitia commutative*). Keadilan komutatif adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi. Disebut juga dengan keadilan tukar menukar.
- c. Keadilan vindikatif (*justitia vindication*). Keadilan vindikatif adalah keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti kerugian dalam tindak pidana. keadilan ini termasuk dalam keadilan tukar menukar.
- d. Keadilan legal (*justitia legalis*). Keadilan legal menyangkut keseluruhan hukum, keadilan terkandung dalam keadilan legal. Keadilan legal menuntut ketundukan pada semua undang-undang, oleh karena undang-undang itu menyatakan kepentingan umum. Dengan

⁵⁹ Anthon F. Susanto, *Ilmu Hukum Non Sistematis: Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2010) 138.

mentaati hukum dan bersikap baik dalam segala hal, maka keadilan legal disebut keadilan umum (*justitias generalis*).⁶⁰

John Rawls. dalam teorinya menyatakan ada tiga hal yang merupakan solusi bagi problema keadilan, antara lain sebagai berikut:

- 1) Prinsip kebebasan yang sama bagi setiap orang (*principle of greatest equal liberty*), Rumusan ini mengacu pada rumusan Aristoteles tentang kesamaan, oleh karenanya kesamaan dalam memperoleh hak dan penggunaannya berdasarkan hukum alam. Rumusan ini inhern dengan pengertian equal yakni sama atau sederajat di antara sesama manusia.
- 2) Prinsip perbedaan (*the difference principle*). Rumusan ini merupakan modifikasi atau imbalan terhadap rumusan pertama yang menghendaki persamaan terhadap semua orang, modifikasi ini berlaku apabila memberi manfaat kepada setiap orang. Selain itu, rumusan ini juga ditujukan untuk masyarakat modern yang sudah memiliki tatanan yang lengkap untuk memberi pemerataan dalam kesempatan kerja yang sama dan merata suoaya memperoleh kedudukan dan kesempatan dalam kegiatan ekonomi yang sama. Setiap orang memiliki kehormatan yang berdasar pada keadilan, sehingga seluruh masyarakat tidak bisa membatalkannya. Atas dasar hal tersebut, keadilan menolak lenyapnya kebebasan bagi seluruh manusia. Keadilan sebagai kebajikan utama umat manusia, kebenaran dan keadilan tidak bisa diganggu gugat. Pada masyarakat yang telah maju, hukum ditaati apabila mampu meletakkan prinsip-prinsip keadilan.⁶¹

Rawls berpendapat bahwa hukum tidak boleh dipersepsikan sebagai wasit yang tidak memihak dan bersimpati dengan orang lain. Hukum harus menjadi penuntun manusia, dan keadilan adalah struktur dasar masyarakat. Keadilan syarat utama dari hukum yang harus mengerjakan dua hal sebagai berikut:

- a) Prinsip keadilan harus memberi penilaian konkret tentang adil tidaknya institusi dan praktik institusional.

⁶⁰ Theo Huijebbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Sejarah*, Cetakan ke 5 (Yogyakarta: Kanisius, 2005) 29

⁶¹ John Rawls, *Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, (judul asli *A Theory of Justice*), Terjemahan Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006) 502.

- b) Prinsip keadilan harus membimbing dalam mengembangkan kebijakan dan hukum untuk mengoreksi ketidakadilan dalam struktur dasar masyarakat.⁶²

Apabila dapat menempatkan diri pada posisi tersebut, manusia akan sampai pada dua prinsip keadilan fundamental, yaitu sebagai berikut:⁶³

- a) Prinsip kebebasan (*principle of greatest equal liberty*). Menurut prinsip ini setiap orang mempunyai hak atas seluruh keuntungan masyarakat.
- b) Prinsip ketidaksamaan atau perbedaan, yang menyatakan bahwa situasi perbedaan harus diberikan aturan sedemikian rupa, sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Rumusan prinsip kedua ini merupakan gabungan dari dua prinsip, yaitu prinsip perbedaan (*difference principle*) dan prinsip persamaan yang adil atas kesempatan (*the principle of fair equality of opportunity*).

W. Friedmann mengungkapkan bahwa persamaan dipandang sebagai unsur keadilan, di dalamnya terkandung nilai-nilai universal dan keadilan tersebut pada satu sisi dapat diartikan sama dengan hukum, hal ini dapat dilihat dari istilah “justice” yang berarti hukum, akan tetapi pada sisi lain, keadilan juga merupakan tujuan hukum. Dalam mencapai tujuan tersebut, keadilan dipandang sebagai sikap tidak memihak (*impartiality*). Sikap inilah yang mengandung gagasan mengenai persamaan (*equality*) yaitu persamaan perlakuan yang adil terhadap semua orang.⁶⁴

Persamaan merupakan hak yang dapat dilihat dari ketentuan The Universal Declaration Human Rights 1948, maupun dalam International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966 dan International Covenant on Civil and Political Rights 1966. Di dalam ketiga dokumen hak asasi manusia tersebut, dimuat ketentuan yang diawali dengan kata-kata: setiap orang ... dst. Demikian pula halnya di dalam Pasal 27 UUD 1945. Pasal ini pada dasarnya menempatkan persamaan dan kebebasan yang meliputi kepentingan dan tujuan dari hak itu ditetapkan dalam suatu hubungan persamaan dengan kebebasan ini, Friedmann memandang bahwa kebebasan merupakan alat yang membuka jalan bagi pengembangan personalitas untuk memberi kesempatan yang sama kepada setiap orang dalam mengembangkan personalitasnya.

⁶² John Rawls, *Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial Dalam Negara*, 503

⁶³ Darji Darmodiharjo dan Shidarta. *Pokok-Pokok Filsafat Hukum* (Jakarta: Gramedia, 2002,)161

⁶⁴ W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in Mix Economy* (London: Steven & Son, 1971) 385.

Bagi Lon Fuller, membedakan muatan moral pada dua aspek, yakni aspek internal dan aspek eksternal. Aspek internal moralitas hukum menunjuk pada aturan teknik dari perwujudan hukum dalam kaidah hukum sebagai sarana yang memungkinkan aspek eksternal moralitas hukum dapat diwujudkan. Sedangkan aspek eksternal moralitas hukum, menunjuk pada tuntutan moral terhadap hukum yang harus dipenuhi agar berfungsi dengan baik dan adil. Titik tolaknya adalah asas tunggal pengakuan dan penghormatan atas martabat manusia (human dignity), yang merupakan induk dari asas hukum lainnya. Asas ini mengimplikasikan hak setiap manusia yang sangat mendasar.⁶⁵

Lon Fuller menetapkan delapan asas legitimasi dan implementasi asas legalitas, yakni sebagai berikut:⁶⁶

- (1) Hukum dipresentasikan dalam aturan-aturan umum
- (2) Hukum harus dipublikasi
- (3) Hukum harus non retroaktif
- (4) Hukum harus dirumuskan dengan jelas
- (5) Hukum harus tidak mengandung pertentangan antarkhukum yang ada
- (5) Hukum tidak menuntut atau mewajibkan hal yang mustahil
- (7) Hukum harus relatif konstan
- (8) Pemerintah harus berpegang teguh pada aturan-aturan hukum.

Dengan delapan asas tersebut, hukum terus diupayakan diterapkan dengan prinsip keadilan dan persamaan, serta para penegak hukum apalagi pembuat hukum menjadi teladan bagi masyarakat. Hukum juga berfungsi mengontrol kebebasan sosial demi keselarasan masyarakat dan kesejahteraannya. Hukum menjadi panglima dalam kehidupan bernegara dan bermasyarakat. Hukum menjadi makhluk yang ramah dan memberi kebahagiaan kepada manusia.

Kata keadilan dapat menjadi terma analog, sehingga tersaji istilah keadilan prosedural, keadilan legalis, keadilan komutatif, keadilan distributif, keadilan vindikatif, keadilan kreatif, keadilan substantif, dan sebagainya. Keadilan prosedural, sebagaimana diistilahkan oleh Nonet dan Selznick untuk menyebut salah satu indikator dari tipe hukum otonom. Misalnya, ternyata setelah dicermati bermuara pada kepastian hukum demi tegaknya the rule of law. Jadi, pada konteks ini keadilan dan kepastian hukum tidak berseberangan, melainkan justru bersandingan. Keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi

⁶⁵ W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in Mix Economy*, 385.

hukum. Dalam hal ini, keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif.⁶⁷

Hukum mencita-citakan keadilan, selama itu dalam perwujudannya terhenti untuk mewujudkan keadilan. Karena penegakan hukum hanya dipahami dan diyakini sebagai aktivitas menerapkan norma-norma atau kaidah hukum positif (*ius constitutum*) terhadap suatu peristiwa kongkrit. Penegakan hukum saat ini lazimnya bekerja seperti mesin otomatis, dimana pekerjaan menegakan hukum dilihat sebagai variabel yang jelas dan pasti, yang harus diterapkan pada peristiwa yang jelas juga pasti. Penegakan hukum dikonstruksikan sebagai hal yang rasional, logis dan mengikuti kehadiran peraturan hukum. Dimensi-dimensi moral, politik, budaya, lembaga dan manusia sebagai pelaksana penegakan hukum, bukanlah variabel yang diperhitungkan dalam penegakan hukum, karena hukum (Undang-undang) memiliki logika dan cara kerjanya sendiri sesuai dengan logika sylogisme. Hal ini benar adanya, in qasu putusan pengadilan selalu saja menyisakan ketidakadilan di sana. Masih terdapat beberapa orang yang merasakan bahwa putusan hakim yang diwajibkan untuk memutus demi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa oleh komunitas tertentu, ada kalanya menganggap putusan hakim tidaklah memenuhi rasa keadilan bagi dirinya.

Keadilan adalah kehendak yang ajeg. Aristoteles, melihat bahwa keadilan adalah kebajikan yang berkaitan dengan hubungan antarmanusia: keadilan legalis, distributif dan komutatif. Thomas Aquinas, menyebut keadilan terbagi dua yaitu keadilan umum (*justitia generalis*) dan keadilan khusus (*justitia specialis*). W. Friedmann, keadilan yang diformulasikan dari Aristoteles merupakan kontribusi pengembangan filsafat hukum, ia membedakan keadilan menjadi tiga: keadilan hukum, keadilan alam dan keadilan abstrak dan kepatutan. Menurut Notohamidjojo, keadilan ada tiga macam, yaitu keadilan kreatif (*justitia creativa*), keadilan protektif (*justitia protetiva*) dan keadilan sosial (*justitia socia*), sedangkan Rouscoe Pound, membagi keadilan menjadi dua bagian : keadilan bersifat yudicial dan keadilan administrative, dan John Rawl, berpendapat bahwa keadilan adalah keadaan keseimbangan antara kepentingan pribadi dan kepentingan bersama.⁶⁸

Dalam *theory of justice* konsep keadilan menurut Rawls: “Keadilan merupakan nilai utama (*first virtue*) institusi sosial yang ada. Keadilan berkaitan erat dengan keberlangsungan

⁶⁷ Sidharta, *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara, Bunga Rampai Komisi Yudisial, Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan*, (Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta, 2010) 3.

⁶⁸ Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006) 48

hidup manusia dalam mewujudkan martabatnya. Keadilan berfungsi melindungi hak-hak individual dan lebih penting lagi melindungi hak-hak orang miskin. Paul Scholten menyebutkan bahwa keadilan tidak boleh bertentangan dengan hati nurani, hukum tanpa keadilan bagaikan badan tanpa jiwa.

3. *Aplicative Theory* : Kekuasaan Kehakiman

Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka, seperti yang dinyatakan dalam penjelasan Pasal 24 dan Pasal 25 Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yaitu bahwa: “Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Syarat-syarat untuk menjadi dan untuk diberhentikan sebagai hakim ditetapkan dengan undang-undang”.

Hal ini berarti bahwa kedudukan para hakim harus dijamin oleh Undang-Undang. Salah satu ciri dari negara hukum adalah terdapat suatu kemerdekaan hakim yang bebas, tidak memihak dan tidak dipengaruhi oleh Kekuasaan Legislatif dan Eksekutif. Kebebasan hakim tersebut tidak dapat diartikan bahwa hakim dapat melakukan tindakan sewenang-wenang terhadap suatu perkara yang sedang ditanganinya, akan tetapi hakim tetap terikat pada peraturan hukum yang ada.

Fungsi kekuasaan kehakiman diatur dalam Pasal 1 Undang-Undang nomor 48 tahun 2009 yang berbunyi: “Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara Hukum Republik Indonesia.”

Hakim berbeda dengan pejabat-pejabat yang lain, ia harus benar-benar menguasai hukum, bukan sekedar mengandalkan kejujuran dan kemauan baiknya. Wirjono Prodjodikoro berpendapat bahwa perbedaan antara pengadilan dan instansi-instansi lain ialah, bahwa pengadilan dalam melakukan tugasnya sehari-hari selalu secara positif dan aktif memperhatikan dan melaksanakan macam-macam peraturan hukum yang berlaku dalam suatu Negara. Di bidang hukum pidana hakim bertugas menerapkan apa in concreto ada oleh seorang terdakwa dilakukan suatu perbuatan melanggar hukum pidana. Untuk menetapkan ini oleh hakim harus dinyatakan secara tepat Hukum Pidana yang mana telah dilanggar.⁶⁹

Dalam pemeriksaan persidangan di pengadilan, hakim yang memimpin jalannya persidangan harus aktif bertanya dan memberi kesempatan kepada pihak terdakwa yang

⁶⁹ Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Pidana Di Indonesia*, (Refika Aditama, Bandung, 2003) 26-27.

diwakili oleh penasihat hukumnya untuk bertanya kepada saksi-saksi, begitu pula kepada penuntut umum. Dengan demikian diharapkan kebenaran materil akan terungkap, dan hakimlah yang bertanggung jawab atas segala yang diputuskannya.

Masalah kebebasan hakim perlu dihubungkan dengan masalah bagaimana hakim dapat menemukan hukum berdasarkan keyakinannya dalam menangani suatu perkara. Kebebasan hakim dalam menemukan hukum tidaklah berarti ia menciptakan hukum. Tetapi untuk menemukan hukum, hakim dapat bercermin pada yurisprudensi dan pendapat ahli hukum terkenal yang biasa disebut dengan doktrin.

Menurut Muchsin, berhubungan dengan kebebasan hakim ini, perlu pula dijelaskan mengenai posisi hakim yang tidak memihak (*impartial judge*). Istilah tidak memihak disini tidak diartikan secara harafiah, karena dalam menjatuhkan putusannya hakim harus memihak kepada yang benar. Sedangkan Andi Hamzah berpendapat bahwa dalam hal ini, hakim tidak memihak diartikan tidak berat sebelah dalam pertimbangan dan penilaiannya. Hakim tidak memihak berarti juga bahwa hakim itu tidak menjalankan perintah dari pemerintah. Bahkan jika harus demikian, menurut hukum hakim dapat memutuskan menghukum pemerintah, misalnya tentang keharusan ganti kerugian yang tercantum dalam KUHP.

Selain itu hakim dalam mengadili harus mempertimbangkan dan menggali nilai-nilai keadilan yang ada di dalam masyarakat. Dalam Pasal 10 Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.⁷⁰

Hal tersebut secara tegas tercantum dalam Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, bahwa “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.” Berpijak dari Undang-Undang tersebut maka dalam mengadili perkara-perkara yang dihadapinya maka hakim akan bertindak sebagai berikut:

- a) Dalam kasus yang hukumnya atau Undang-Undangnya sudah jelas tinggal menerapkan saja hukumnya.
- b) Dalam kasus dimana hukumnya tidak atau belum jelas maka hakim akan menafsirkan hukum atau Undang-Undang melalui cara/metoda penafsiran yang lazim berlaku dalam ilmu hukum.

⁷⁰ Muchsin. *Kekuasaan Kehakiman yang Merdeka dan Kebijakan Asasi*. (STIH IBLAM, Jakarta, 2004) 20.

- c) Dalam kasus yang belum ada Undang-Undang/hukum tertulis yang mengaturnya, maka hakim harus menemukan hukumnya dengan menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada akhirnya hakim harus memutuskan perkara yang diadilinya semata-mata berdasarkan hukum, kebenaran dan keadilan dengan tiada membeda-bedakan orang dengan berbagai resiko yang dihadapinya. Agar supaya putusan hakim diambil secara adil dan obyektif berdasarkan hukum, kebenaran dan keadilan, maka selain pemeriksaan harus dilakukan dalam sidang yang terbuka untuk umum (kecuali Undang-Undang menentukan lain), juga hakim wajib membuat pertimbangan-pertimbangan hukum yang dipergunakan untuk memutus perkaranya. Demi mencegah subyektivitas seorang hakim, maka Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 menentukan bahwa hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”. Menurut Roeslan Saleh tentu saja menggali dan menemukan nilai-nilai hukum yang baik dan benar yang sesuai dengan Pancasila dan “*According to the law of civilized nations*”.⁷¹

Apabila hakim memutus berdasarkan hukum/undang-undang nasional, maka ia tinggal menerapkan isi hukum/undang-undang tersebut, tanpa harus menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, karena hukum/undang-undang nasional adalah ikatan pembuat Undang-Undang (DPR bersama Pemerintah) atas nama rakyat Indonesia. Akan tetapi bila hukum atau undang-undang tersebut adalah produk kolonial atau produk zaman orde lama, maka hakim dapat menafsirkan agar dapat diterapkan yang sesuai dengan situasi dan kondisi masa kini. Dalam hal ini hakim harus menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Demikian pula dalam hal hukum/undang-undangnya kurang jelas atau belum mengaturnya dan khususnya dalam hal berlakunya hukum adat atau hukum tidak tertulis, maka hakim perlu menggali nilai-nilai hukum dalam masyarakat, hakim harus menemukan hukum yang sesuai dengan kebutuhan zaman.⁷²

Dengan mempertimbangkan nilai-nilai hukum yang baik dalam masyarakat untuk kemudian disaringnya menurut rasa keadilan dan kesadaran hukumnya sendiri, maka hakim berarti telah memutus perkara berdasarkan hukum dan rasa keadilan dalam kasus yang dihadapinya. Seandainya dalam menemukan hukumnya, hakim berpendapat bahwa bila nilai-

⁷¹ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Sinar Grafika, Jakarta, 2010) 20.

⁷² Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum*, 21.

nilai hukum yang hidup dalam masyarakat tidak sesuai dengan Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen I-IV atau perundang-undangan lainnya, maka hakim tidak wajib mengikutinya karena hakimlah yang oleh negara diberi kewenangan untuk menentukan hukumnya bukan masyarakat.

Ahmad Rifai menyatakan bahwa putusan hakim yang baik harus dapat memenuhi dua persyaratan, yakni memenuhi kebutuhan teoritis maupun praktis. Yang dimaksudkan kebutuhan teoritis disini ialah bahwa menitikberatkan kepada fakta hukum beserta pertimbangannya maka putusan tersebut harus dapat dipertanggungjawabkan dari segi ilmu hukum bahkan tidak jarang dengan putusannya, membentuk yurisprudensi yang dapat menentukan hukum baru (merupakan sumber hukum). Sedangkan yang dimaksud dengan kebutuhan praktis ialah bahwa dengan putusannya diharapkan hakim dapat menyelesaikan persoalan/sengketa hukum yang ada dan sejauh mungkin dapat diterima oleh pihak-pihak yang bersengketa, maupun masyarakat pada umumnya karena dirasakan adil, benar dan berdasarkan hukum.

Dengan demikian, tugas hakim menjadi lebih berat karena akan menentukan isi dan wajah hukum serta keadilan dalam masyarakat kita, ia merupakan penyambung rasa dan penyambung lidah, penggali nilai-nilai hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat, ia pula yang diharapkan oleh masyarakat menjadi benteng terakhir dalam menegakkan hukum dan keadilan dalam negara.

Pada kenyataannya hakim dalam memeriksa dan memutus perkara sering menghadapi suatu keadaan, bahwa hukum tertulis tersebut ternyata tidak selalu dapat menyelesaikan masalah yang dihadapi. Bahkan seringkali hakim harus menemukan sendiri hukum itu dan/atau menciptakan untuk melengkapi hukum yang sudah ada, dalam memutus suatu perkara hakim harus mempunyai inisiatif sendiri dalam menemukan hukum, karena hakim tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada, tidak lengkap atau hukum samar-samar.

Di lain pihak diperlukan prosedur pembuatan putusan yang baik agar dapat menjadi referensi terhadap pembaruan hukum, dalam era reformasi dan transformasi sekarang ini. Untuk itulah hakim harus melengkapi diri dengan ilmu hukum, teori hukum, filsafat hukum dan sosiologi hukum. Wildan Suyuti Mustofa menyatakan, hakim tidak boleh membaca hukum itu hanya secara normatif (yang terlihat) saja. Dia dituntut untuk dapat melihat hukum itu secara lebih dalam, lebih luas dan lebih jauh kedepan. Dia harus mampu melihat hal-hal

yang melatarbelakangi suatu ketentuan tertulis, pemikiran apa yang ada disana dan bagaimana rasa keadilan dan kebenaran masyarakat akan hal itu.⁷³

Hakim dalam pemeriksaan dan memutus perkara ternyata seringkali menghadapi suatu kenyataan bahwa hukum yang sudah ada tidak dapat secara pas untuk menjawab dan menyelesaikan sengketa yang dihadapi. Hakim harus mencari kelengkapannya dengan menemukan sendiri hukum itu. Menurut Sudikno Mertokusumo, jumlah dan jenisnya, sehingga tidak mungkin tercakup dalam suatu peraturan perundang-undangan dengan tuntas dan jelas. Maka wajarlah kalau tidak ada peraturan perundang-undangan yang dapat mencakup akan keseluruhan kehidupan manusia, sehingga tidak ada peraturan perundang-undangan yang selengkap-lengkapannya dan yang sejelas-jelasnya. Oleh karena hukumnya tidak jelas maka harus dicari dan ditemukan. Untuk itulah hakim harus menerapkan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undang yang mencakup dua aspek hukum: pertama hakim harus menggunakan hukum tertulis terlebih dahulu, akan tetapi apabila hukum tertulis tersebut ternyata tidak cukup atau tidak pas, maka keduanya barulah peran seorang hakim untuk melakukan, mencari dan menemukan sendiri hukum itu dari sumber-sumber hukum lainnya.

Sumber-sumber hukum tersebut adalah yurisprudensi, doktrin, traktat, kebiasaan atau hukum tidak tertulis. Di sisi lain, hakim di Indonesia berhak untuk melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dan penciptaan atau pembentukan hukum (*Rechts schcpping*) dan tidak hanya sekedar corong dari undang- undang (*rechtstoepassing*) berdasarkan Pasal 5 Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyebutkan bahwa:“Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.⁷⁴

Dalam hal menemukan hukum untuk memutuskan suatu perkara dimana seorang hakim wajib mengadili, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat. Selanjutnya dapat dipahami bahwa ketentuan ini dimaksudkan agar putusan hakim sesuai dengan hukum dan rasa keadilan yang hidup didalam masyarakat.

Dari ketentuan tersebut tersirat secara yuridis maupun filosofis, hakim Indonesia mempunyai kewajiban atau hak untuk melakukan penemuan hukum dan penciptaan hukum, agar putusan yang diambilnya dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

⁷³ Wildan Suyuthi Mustofa, *Kode Etik Hakim*, (Kencana, Jakarta, 2017) 98.

⁷⁴ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Liberty, Yogyakarta, 2006) 49.

Ketentuan ini berlaku bagi semua hakim dalam semua lingkungan peradilan dan dalam ruang lingkup hakim tingkat pertama, tingkat banding maupun tingkat kasasi atau Hakim Agung.

Hal yang sangat menarik ialah : “Dalam memeriksa perkara, Mahkamah Agung berkewajiban mengadili, mengikuti dan memahami rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.” Disebut menarik karena tugas dan tanggungjawab seorang Hakim Agung karena keluhuran jabatannya dapat melakukan penemuan hukum bahkan kalau mungkin terobosan hukum dalam upaya mewujudkan dan memenuhi rasa keadilan masyarakat melalui putusan-putusan yang diambilnya dalam penyelesaian perkara yang disodorkan kepadanya.

Hakim Agung sebagai hakim kasasi, memang tidak merekonsiliasi fakta-fakta, tetapi hanya menilai apakah *judex facti* benar atau salah dalam menegakkan hukum, yakni ketika memasuki tahapan kualifikasi dan tahap konstitusi. Kecuali dalam perkara Peninjauan Kembali (PK) di mana Hakim Kasasi dalam mengabulkan permohonan tersebut dan memutuskan untuk mengadili kembali, maka dalam hal ini Hakim Agung selaku hakim kasasi bertindak tidak semata-mata sebagai *Judex Jurist* tetapi juga bertindak sebagai *Judex Facti*.

Sudikno Mertokusumo, adanya hukum yang tertulis dalam bentuk perundang-undangan sebagai wujud dari asas legalitas memang lebih menjamin adanya kepastian hukum. Tetapi undang-undang sebagai produk politik tidak mudah untuk diubah dengan cepat mengikuti perubahan masyarakat. Disisi yang lain dalam kehidupan modern dan kompleks serta dinamis seperti sekarang ini, masalah-masalah hukum yang dihadapi masyarakat semakin banyak dan beragam yang menuntut pemecahannya segera.⁷⁵

Secara tekstual sebagaimana telah disebutkan undang-undang memang menuntut hakim untuk menggali nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, yang secara filosofis berarti menuntut hakim untuk melakukan penemuan hukum dan penciptaan hukum. Dengan dalih kebebasan hakim atau dengan dalih hakim harus memutus atas alasan keyakinannya, lalu hakim boleh sekehendak hatinya melakukan penyimpangan terhadap undang-undang (*contra legem*) atau memberi interpretasi atau penafsiran terhadap undang-undang jawabnya tentu saja tidak, karena hal itu akan menimbulkan kekacauan dan ketidakpastian hukum. Penemuan dan penciptaan hukum oleh hakim dalam proses peradilan haruslah dilakukan atas prinsip-prinsip dan asas-asas tertentu yang menjadi dasar sekaligus rambu-rambu bagi hakim dalam menerapkan kebebasannya dalam menemukan dan menciptakan hukum.

⁷⁵ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, 75.

Dalam upaya penemuan dan penciptaan hukum, maka seorang hakim mengetahui prinsip-prinsip peradilan yang ada dalam peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan dunia peradilan, dalam hal ini Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen I sampai IV, Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Dari peraturan perundang-undangan tersebut di atas dapat ditemukan beberapa prinsip sebagai berikut:

- a) Putusan pengadilan adalah untuk melindungi segenap bangsa Indonesia serta memajukan kesejahteraan umum dan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Prinsip ini diambil dari alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 yang berisi lima dasar negara yang disebut Pancasila. Prinsip ini merupakan landasan filosofis setiap hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara.
- b) Peradilan dilakukan Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Asas atau prinsip ini terdapat dalam pasal 2 ayat (1) Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang dalam penjelasannya dinyatakan sesuai dengan pasal 29 Undang-Undang Dasar tahun 1945 Amandemen 1 sampai 4. Dalam prakteknya kalimat Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa harus dijadikan kepala putusan (irah-irah) dalam setiap putusan Pengadilan, jika tidak maka putusan tersebut tidak mempunyai daya eksekutorial.
- c) Prinsip Kemandirian Hakim.
 - 1) Prinsip ini tertuang dalam pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar tahun 1945 jo. Pasal 1 dan Undang-Undang No. 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dalam pasal 24 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dan pasal 1 Undang-Undang No. 48 tahun 2009 ditegaskan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka.
 - 2) Dalam penjelasan terhadap pasal 1 tersebut disebutkan bahwa kekuasaan kehakiman bebas dari segala campur tangan pihak kekuasaan extra judicial kecuali dalam hal-hal yang diatur dalam Undang-Undang Dasar tahun 1945, sedangkan pasal 3 Undang-Undang No. 48 tahun 2009, menegaskan hakim harus bersikap mandiri.
- d) Prinsip pengadilan tidak boleh menolak perkara. Prinsip ini tertuang dalam pasal 10 ayat (1) yang menyatakan bahwa pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

- e) Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Prinsip tersebut dimaksudkan agar putusan hakim dapat sesuai dengan hukum dan rasa keadilan bagi masyarakat berkaitan dengan prinsip putusan yang bersifat keadilan restoratif. Menurut Mackenzie ada beberapa pendekatan yang dapat dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yaitu sebagai berikut:⁷⁶

a. Keseimbangan

Yang dimaksud dengan keseimbangan disini keseimbangan antara syarat-syarat yang ditentukan undang-undang dan kepentingan pihak-pihak yang tersangkut atau berkaitan dengan perkara. Dalam perkara perdata khususnya pada perkara gugatan hak asuh anak, maka perlu diperhatikan keseimbangan kepentingan bagi penggugat, tergugat dan anak, dan keseimbangan menurut hakim akan dapat kita lihat pada bagian pertimbangan pada putusannya.

b. Pendekatan seni dan intuisi

Penjatuhan putusan oleh hakim merupakan mutlak kewenangan dari hakim. Salah satu instrument untuk mendapatkan putusan yang sebaik-baiknya, maka hakim dapat melakukan pendekatan seni yang dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan putusan dan pendekatan ini lebih ditentukan oleh instink atau intuisi dari pada pengetahuan dari hakim.

c. Pendekatan keilmuan

Titik tolak dari pendekatan keilmuan adalah seorang hakim dalam memutuskan suatu perkara harus dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian khususnya dalam kaitannya dengan putusan-putusan terdahulu dalam rangka menjamin konsistensi dari putusan hakim. Pendekatan keilmuan ini merupakan semacam peringatan bahwa dalam memutus suatu perkara, hakim tidak boleh semata-mata atas dasar intuisi atau instink semata, tetapi harus dilengkapi dengan ilmu pengetahuan hukum dan juga wawasan keilmuan hakim dalam menghadapi suatu perkara yang harus diputuskannya.

d. Pendekatan Pengalaman

Pengalaman dari seorang hakim merupakan hal yang dapat membantunya dalam menghadapi perkara-perkara yang dihadapinya sehari-hari, dengan pengalaman yang dimilikinya, sehingga seiring dengan bertambahnya pengalaman yang dimiliki oleh hakim, maka kualitas putusannya akan semakin bertambah.

⁷⁶ Bagir Manan, *Hakim dan Pemidanaan* (Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No.249, IKAHI, Jakarta, Bulan Agustus 2006) 7-12.

e. *Ratio Decidendi*

Ratio decidendi merupakan pertimbangan sebagai dasar atau alasan bagi seorang hakim yang dimuat dalam suatu putusan dengan cara mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan, kemudian mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan, serta pertimbangan hakim harus didasarkan pada motivasi yang jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang berperkara.

f. Kebijakanaksanaan

Para perkara yang ada kaitannya dengan anak kebijakanaksanaan seorang hakim sangatlah diperlukan. Aspek ini menekankan bahwa pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua ikut bertanggungjawab untuk membimbing, membina, mendidik dan melindungi anak, agar kelak dapat menjadi manusia yang berguna bagi keluarga, masyarakat dan bagi bangsanya.

Kebijakanaksanaan seorang hakim sangatlah diperlukan dalam memutuskan suatu perkara karena pada dasarnya kebijakanaksanaan seorang hakim akan mengantarkan hakim menemukan keadilan bagi para pihak berperkara yang akan tergambar pada bagian pertimbangan hukum suatu putusan.

Kebijakanaksanaan dapat dikatakan merupakan gabungan dari beberapa hal yang harus dimiliki oleh seorang hakim seperti wawasan ilmu pengetahuan yang luas, intuisi atau instink yang tajam dan peka, pengalaman yang luas, serta etika dan moralitas yang baik dan terjaga dari pengaruh-pengaruh buruk dalam kehidupannya.

F. Definisi Operasional

Untuk memudahkan langkah-langkah penelitian ini peneliti perlu menjelaskan definisi operasional yang berhubungan dengan judul disertasi ini, yakni sebagai berikut:

1. Pertimbangan Hakim Pengadilan Agama, yaitu alasan atau argumen majelis hakim dalam memutus dan menetapkan perkara di Pengadilan Agama;
2. Pengadilan Tinggi Agama Bengkulu, adalah lembaga peradilan yang berada di bawah Kementerian Hukum dan HAM serta Mahkamah Agung, yang melingkupi lembaga Peradilan Agama di wilayahnya;
3. Memutus dan Menetapkan Pemegang Hak Asuh Anak dan Biaya Kepentingan Masa Depan Anak, adalah Putusan Pengadilan Agama setelah memeriksa dan melakukan proses persidang;

4. Pemegang Hak Asuh: artinya yang berhak menjadi pengasuh atau wali sesuai dengan putusan pengadilan;
5. Anak : artinya keturunan biologis atas dasar adanya perkawinan yang sah yang dibuktikan dengan akta nikah dan akta kelahiran;
6. Hingga Hidup Mandiri, adalah kehidupan anak yang sudah dapat menghidupi dirinya tanpa bantuan dari kedua orangtuanya;
7. Implikasinya Terhadap Perlindungan Hak-hak Keperdataan Anak dan Mantan Isterinya Pasca Perceraian, artinya akibat hukum yang diterima oleh para pihak setelah adanya putusan pengadilan agama;
8. Demi Kepastian dan Keadilan Hukum, artinya putusan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan menetapkannya secara proporsional sesuai dengan alat bukti dan saksi-saksi yang sah dan meyakinkan.

G. Hasil Penelitian Terdahulu

Terdapat beberapa penelitian yang terkait dengan sengketa hak asuh anak, diantaranya sebagai berikut:

1. Ahmad Zaenal Fanani, disertasi pada Program Doktor Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 (UNTAG) Surabaya pada tahun 2014 dengan judul: Sengketa Hak Asuh Anak Dalam Hukum Keluarga Islam di Indonesia Perspektif Keadilan Gender. Penelitian ini mengungkapkan bahwa sengketa hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia khususnya yang diatur dalam Pasal 105 dan 156 Kompilasi 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 terwujudnya kepentingan terbaik anak. Kemudian berdasarkan penelitian Ahmad Zainal Fanani diungkapkan bahwa untuk 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) Kontekstualisasi ketentuan hukum hak asuh anak; (3) Mengutamakan kepentingan terbaik anak; (4) menggali rekam jejak orang tua anak; dan (5) Melakukan pemeriksaan setempat.

2. Rosalinda Elsina Latumahina, disertasi pada Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya pada tahun 2019 dengan judul: Prinsip Kepentingan Terbaik Bagi Anak Dalam Perlindungan Hukum Anak Luar Kawin. Disertasi ini mengungkapkan bahwa prinsip kepentingan yang terbaik bagi anak belum terwujud sepenuhnya bagi anak luar kawin dalam peraturan yang telah ada sehingga perlu adanya aturan yang baru. Putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 belum dapat mewujudkan keadilan distributive bagi anak luar kawin, dan pasca putusan MK tersebut ratio decidendi hakim dalam memutus perkara didasarkan pada Fatwa MUI Nomor 11 tahun 2012, dimana anak luar kawin dianggap mempunyai hubungan keperdataan yang sempurna dengan ibu, namun hanya mempunyai hubungan keperdataan yang terbatas dengan ayah biologisnya. Putusan yang menolak pengesahan anak beralasan bahwa putusan MK tersebut tidak berlaku surut, dan hanya berlaku bagi anak-anak yang dilahirkan sesudah putusan MK tersebut keluar. Jadi terlihat jelas pada disertasi ini meneliti prinsip kepentingan terbaik bagi anak pada perkara anak luar nikah.
3. Haris Sanjaya, Artikel hasil penelitian pada jurnal YURIDIKA Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Volume 30 No.2, Mei-Agustus 2015, dengan judul penelitian Keadilan Hukum Pada Pertimbangan Hakim Dalam Memutus Hak Asuh Anak. Tulisan Haris Sanjaya ini mengkaji tentang bagaimana hakim memberikan pertimbangan hukumnya dalam memutus hak asuh anak. Dan yang dijadikan bahan kajian adalah tiga putusan Mahkamah Agung yaitu Putusan MA No. 232 /K/Pdt/2010 yang memberikan hak asuh kepada ayahnya, Putusan MA No. 226/K/Pdt/2010 yang memberikan hak asuh kepada ibunya dan Putusan MA No. 234/K/Pdt/2010 memberikan hak asuh kepada kedua orang tua.
4. Aziah Risma Jheria. Artikel hasil penelitian pada Jurnal Serambi Hukum Vol. 08 No. 02 Agustus 2014 Januari 2015. Fakultas Hukum Univeritas Sebelas Maret Surakarta .Judul Jurnal tersebut adalah : Pertimbangan Hakim dalam Memutus Perkara Hak Asuh Anak Akibat Terjadinya Perceraian (Studi Kasus Putusan Nomor: 0536/PDT.G/2012/PA.SKA). Hasil penelitian ini menjelaskan bahwa setiap putusan di Pengadilan Agama mengandung pertimbangan hukum yang didalamnya tercantum dasar-dasar hukum ataupun ijtihad berdasarkan pemahaman para hakim. Dalam Perkara Nomor 0536/Pdt.G/2012/PA.Ska dasar hukum yang digunakan untuk menjadi pertimbangan hakim adalah Kompilasi Hukum Islam dan UndangUndang Nomor 1

Tahun 1974 tentang Perkawinan. Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan disimpulkan berdasarkan bukti dan fakta yang terungkap, anak anak perempuan terbukti merupakan anak sah Penggugat dan Tergugat yang berusia 10 tahun (belum mummayiz) pada saat perkara diajukan atau berlangsung dan selama Penggugat dan Tergugat pisah tempat tinggal anak perempuan selalu bersama-sama dengan Penggugat, sehingga ditetapkan anak perempuan berada dalam pengasuhan dan pemeliharaan Penggugat (Ibu). Selain itu dalam duplik, Tergugat tidak keberatan hak pemeliharaan dalam Penggugat asal Tergugat diberi kebebasan untuk menjenguk, membantu mendidik dan mencurahkan kasih sayang terhadap anak perempuan, sehingga Majelis Hakim menetapkan Tergugat mempunyai hak tersebut selama tidak mengganggu waktu belajar/sekolah anak.

5. Irfan Islami. 2019. Artikel hasil penelitian berjudul Legalitas Penguasaan Hak Asuh Anak Dibawah Umur (Hadhanah) Kepada Bapak Pasca Perceraian. Jurnal Al-Qadau (Peradilan dan Hukum Keluarga Islam. Hasil penelitian ini menjelaskan bahwa salah satu akibat dari perceraian adalah penguasaan hak asuh anak kepada salah satu pasangan yang berpisah, yaitu baik kepada ibu (mantan isteri) atau kepada bapak (mantan suami). Tidak ada Undang-Undang yang mengatur secara tegas dan jelas mengenai kewajiban hak asuh anak diberikan kepada ibu kandung atau bapak kandung pasca terjadinya perceraian, satu-satunya aturan yang mengatur hal demikian terdapat pada Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 105 dimana disebutkan bahwa penguasaan Hak Asuh Anak bagi anak dibawah umur 12 tahun diberikan kepada ibu kandung. Namun terkadang dalam kasus perceraian tidak sedikit sengketa penguasaan hak asuh anak dibawah umur diberikan kepada bapak kandung. Penelitian ini dilakukan secara normatif dengan menganalisis beberapa kasus yang ada mengenai legalitas penguasaan hak asuh anak di bawah umur oleh bapak atau mantan suami pasca perceraian ditinjau dari hukum positif yang berlaku di Indonesia. Dalam Pasal 105 KHI ini dijelaskan bahwa hak asuh anak yang masih berusia di bawah 12 tahun adalah hak ibunya. Namun, pemeliharaan anak juga mengandung arti sebuah tanggung jawab orangtua untuk mengawasi, memberi pelayanan yang semestinya serta mencukupi kebutuhan hidup dari seorang anak oleh orang tua. Selanjutnya, tanggung jawab pemeliharaan berupa pengawasan dan pelayanan serta pencukupan nafkah anak tersebut bersifat kontinyu sampai anak tersebut mencapai batas umur yang legal sebagai orang dewasa yang telah mampu berdiri sendiri. Dan pelimpahan

tanggungjawab biaya pemeliharaan anak atau nafkah anak ada pada ayahnya meskipun hak asuh anak ada pada ibunya. Pada Kompilasi Hukum Islam mengatur tentang kekuasaan orangtua terhadap anak pasca perceraian dengan kriteria umur 12 tahun, karena usia ini anak dianggap telah aqil balig. Berdasarkan kriteria 12 tahun ini, maka anak yang belum memasuki usia 12 tahun akan berada dibawah kekuasaan ibunya. Setelah melewati usia 12 tahun, anak diperbolehkan menentukan pilihan sendiri, apakah ikut ibu atau ayah. Namun demikian angka 12 tahun ini bukan angka mati berdasarkan kriteria manfaat atau madharat, majelis hakim dapat menentukan keputusannya sendiri menyesuaikan keadaan dan fakta dalam persidangan. Penelitian tersebut lebih banyak memperlmasalahakan mengenai tidak adanya Undang-Undang yang menegaskan keharusan anak diasuh oleh ibunya karena alasan di bawah umur, sementara Kompilasi Hukum Islam bukanlah undang-undang dan tidak termasuk kepada hierarki peraturan perundang-undangan yang berlaku. Juga, penelitian mempersoalkan adanya ketentuan perundang-undangan tentang kewajiban kedua orang tua dalam mengasuh dan membimbing anak-anaknya, sebagaimana dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

6. Harvin, *Pengaturan Hukum Pemberian Nafkah Anak Setelah Perceraian Orangtua dalam Undang-Undang Perkawinan*. Dalam penelitiannya, diuraikan bahwa anak sebagai subjek hukum yang masih bergantung kepada orang dewasa, tidak boleh dirugikan karena perbuatan-perbuatan yang dilakukan oleh orang dewasa. Dalam suatu perceraian, salah satu pihak yang paling dirugikan adalah anak hasil perkawinan dari kedua pasangan tersebut. Banyak hal yang belum diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia mengenai pemberian nafkah anak setelah pasangan suami istri bercerai, kecuali bagi bapak yang bekerja sebagai Pegawai Negeri Sipil. Kekosongan hukum ini dapat menimbulkan permasalahan terutama bagi kepentingan anak yang seharusnya diutamakan dan dilindungi oleh negara. Kekosongan hukum ini memungkinkan timbulnya permasalahan karena memungkinkan orangtua dari anak tersebut membayar jumlah yang jauh di bawah kemampuan finansialnya, atau malah sebaliknya jauh di atas kemampuan finansial orangtua tersebut. Indonesia juga tidak mengatur sampai kapan nafkah anak tersebut akan diberikan, tidak adanya mekanisme peninjauan ulang apabila ada perubahan keadaan finansial orangtua, penyesuaian biaya nafkah anak dengan laju inflasi, dan tidak adanya suatu lembaga pengawas yang

mengawasi kelancaran pemberian nafkah anak.⁷⁷ Penelitian menganalisis mengenai batas minimal dan maksimal biaya anak yang harus dibebankan kepada suami setelah bercerai dengan isterinya. Hal tersebut tidak ada dalam ketentuan perundang-undangan yang berlaku.

7. Miftahur Rohman, *Kebijakan Hukum Pidana terhadap Bapak yang Tidak Menafkahi Anaknya Setelah Perceraian di Indonesia*. Peneliti menguraikan bahwa salah satu keadaan yang perlu mendapat perhatian khusus yang secara nyata terjadi di dalam masyarakat terkait dengan masalah anak adalah “perceraian”. Terkait masalah perceraian, pemeliharaan anak maupun pendidikan, keduanya harus mendapatkan perhatian serius oleh kedua orang tua si anak. Namun dalam kenyataannya, hampir setiap kasus perceraian yang terjadi di dalam masyarakat selalu berdampak negatif bagi anak-anaknya bahkan bisa terjadi penelantaran anak, diperparah lagi mantan suami selaku bapak dari anak tersebut tidak lagi memenuhi kewajibannya berupa memberi nafkah terhadap anaknya setelah perceraian itu terjadi. Memang masalah sanksi bagi bapak yang tidak memenuhi nafkah terhadap anaknya setelah perceraian tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Menurut penulis, hal inilah yang menyebabkan seorang bapak yang telah bercerai dengan istrinya seringkali mengabaikan kewajibannya dalam memenuhi nafkah terhadap anaknya sehingga membawa akibat anaknya terlantar, bahkan ada yang sampai putus sekolah. Oleh karena itu, diperlukan kebijakan hukum pidana berkenaan dengan bapak yang tidak menafkahi anaknya setelah perceraian di masa yang akan datang sehingga anak tidak menjadi korban penelantaran. Melalui metode pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan penelitian hukum normatif diperoleh kesimpulan, bahwa kebijakan hukum pidana yang berlaku saat ini tidak mengatur masalah pemberian sanksi pidana bagi bapak yang tidak memenuhi nafkah terhadap anaknya setelah perceraian, termasuk Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, sehingga hal inilah yang menyebabkan bapak yang telah bercerai dengan istrinya seringkali mengabaikan kewajibannya dalam memenuhi nafkah terhadap anaknya. Kebijakan hukum pidana di masa mendatang terhadap bapak yang tidak menafkahi anaknya setelah perceraian dapat dilakukan dengan 2 (dua) cara, yakni: (1) Dalam setiap putusan cerai yang dibuat oleh Majelis Hakim dicantumkan sanksi pidana bagi bapak yang tidak

⁷⁷ Harvin, *Pengaturan Hukum Pemberian Nafkah Anak Setelah Perceraian Orangtua dalam Undang-Undang Perkawinan*. (Jurnal Kertha Semaya, Vol. 9 No. 12 Tahun 2021) 2466-2478

memenuhi kewajibannya dalam menafkahi anaknya setelah perceraian dengan dasar unsur perbuatan (daad) dan unsur kesalahan yang berakibat pada penelantaran anak. Dengan dasar unsur perbuatan (daad) dan unsur kesalahan tersebut, maka bapak yang tidak memenuhi kewajibannya dalam menafkahi anaknya setelah perceraian dapat dimintakan pertanggungjawaban secara pidana. Sanksi pidana ini bisa mengadopsi dari ketentuan Undang-Undang Perlindungan Anak. Artinya, Majelis Hakim yang menyidangkan perkara proses perceraian di Pengadilan Agama tidak hanya mengacu pada ketentuan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tetapi juga mengacu pada Undang-Undang Perlindungan Anak yang berkaitan dengan kewajiban bapak dalam memenuhi nafkah anaknya setelah perceraian; (2) Membuat peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur masalah unsur-unsur perbuatan pidana, pertanggungjawaban pidana dan sanksi pidana bagi bapak yang tidak memenuhi kewajibannya dalam menafkahi anaknya setelah perceraian agar anak yang menjadi korban perceraian tidak terlantar dan memperoleh perlindungan secara hukum. Di samping itu, dengan adanya pemberian sanksi pidana bagi bapak yang tidak memenuhi kewajibannya dalam menafkahi anaknya setelah perceraian bisa memberikan efek jera.⁷⁸

8. Eni Putri Sari, *Pemenuhan Hak Nafkah Anak Akibat Perceraian di Kabupaten Seluma Perspektif Hukum Islam*. Pelaksanaan Pemenuhan Hak Nafkah Anak Akibat Perceraian Di Kecamatan Ulu Talo Kabupaten Seluma Perspektif Hukum Islam. Menurut Kompilasi Hukum Islam Perkawinan tentang Pemeliharaan Anak Pasal 156 (d) jika terjadinya perceraian “Semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun)”. Artinya seorang ayah harus tetap memenuhi kewajibannya untuk menafkahi sampai anak sekurang-kurangnya berusia 21 tahun atau dianggap dewasa, dan mampu menghidupi dirinya sendiri.

Dari delapan hasil penelitian terdahulu itu, terdapat kesamaan dalam objek yang diteliti, yaitu mengenai hak asuh anak kepada orangtuanya yang bercerai. Pengadilan memutus untuk anak yang masih di bawah umur hak asuh diserahkan kepada ibunya sesuai dengan Kompilasi Hukum Islam Pasal 105 bahwa hak asuh anak yang masih berusia di bawah 12 tahun adalah hak ibunya. Selain itu, segala kebutuhan materil pembiayaan untuk

⁷⁸ Miftahur Rohman, *Kebijakan Hukum Pidana terhadap Bapak yang Tidak Menafkahi Anaknya Setelah Perceraian di Indonesia*. Nestor Jurnal Hukum (Universitas Tanjung Pura, Vol 15, No 1 (2019) 14.

anak dibebankan kepada ayahnya sebagai orang yang wajib membiayai anaknya hingga dapat hidup mandiri atau telah menikah.

Penelitian ini memiliki perbedaan sebagai berikut:

- a. Mengeksplorasi pertimbangan hakim dalam memutuskan pemegang hak asuh anak dan penetapan biaya kepentingan anak hingga hidup mandiri;
- b. Menganalisis berbagai pertimbangan hukum yang dilakukan oleh hakim dalam memutuskan perkara pemegang hak asuh anak dan penetapan biaya kepentingan anak hingga hidup mandiri dan menganalisis putusan yang tidak ada penetapan hak asuh anak dan biaya kepentingan anak;
- c. Menganalisis pendekatan yang digunakan hakim dalam mempertimbangkan putusannya, terutama dari perspektif sosiologis dan filosofisnya.
- d. Menganalisis pertimbangan hakim yang dapat dikatakan sebagai penemuan hukum yang mengedepankan kemaslahatan implikasinya kepada hak-hak keperdataan pihak ibu dan anak-anaknya pasca perceraian; dan
- e. Menganalisis aspek kepastian dan keadilan hukum dari putusan pengadilan agama.

