

**IMPLEMENTASI POLA PENGASUHAN BERSAMA DALAM PUTUSAN
0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt TENTANG PENYELESAIAN SENGKETA HAK
ASUH ANAK**

(Studi di Pengadilan Agama Gedong Tataan, Kabupaten Pesawaran)

TESIS

Diajukan kepada Program Pascasarjana
Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung
Untuk Memenuhi Syarat-Syarat Guna Memperoleh
Gelar Magister Hukum (M.H)

Oleh

Masriah Hi. Salasa

NPM: 1974130015

**PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
KONSENTRASI HUKUM KELUARGA ISLAM**



**PROGRAM PASCASARJANA (PPs)
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI RADEN INTAN LAMPUNG
1442 H/2021 M**

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Pada dasarnya perkawinan merupakan peristiwa hukum yang diatur dalam lingkup hukum keluarga Islam. Perkawinan selain mempunyai maksud dan tujuan juga harus dilaksanakan menurut hukum Allah dan hukum negara. Ketentuan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan (selanjutnya disebut UU Perkawinan), menyebutkan perkawinan merupakan ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita, sebagai suami istri dengan tujuan membentuk rumah tangga (keluarga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Perkawinan bertujuan untuk menjaga diri dari perbuatan zina, meneruskan garis keturunan dan bermaksud ibadah¹. Khoiruddin Nasution², menyatakan merujuk pada sejumlah ayat dalam al-Quran dan hadis Nabi saw, disimpulkan paling sedikit ada lima tujuan perkawinan yaitu: mewujudkan keluarga sakinah; meneruskan generasi dan/atau pengembangbiakan manusia (reproduksi), dan secara tidak langsung menjamin eksistensi agama Islam; memenuhi kebutuhan biologis (seksual); memelihara kehormatan; serta tujuan ibadah, kesemuanya hal tersebut dapat dipahami dari kandungan al-Quran dan hadis Nabi.

Tujuan mulia perkawinan, sebagaimana disebutkan di atas, merupakan harapan bagi setiap orang dalam berumah tangga untuk mendambakan adanya keutuhan, kerukunan, bahagia, aman dan damai (*sakinah, mawaddah warahmah*).³ Perkawinan bukan hanya mendekatkan dua pasangan manusia, yang berlainan jenis kelamin (pria dan wanita), melainkan mengikatkan dalam ikatan perjanjian suci atas nama Allah. Kedua mempelai bertekad membangun kehidupan keluarga yang sakinah, rukun dan penuh rasa cinta dan kasih sayang

¹ Khoirul Abror, “*Cerai Gugat Dan Dampaknya Bagi Keluarga*”, Asas Jurnal Politik, Hukum, Ekonomi dan Kebudayaan Islam, Vol. 11, No. 01, 2019, h. 25.

² Ibid.

³ Ibid.

diantara keduanya⁴. Untuk menegakan impian tersebut, perkawinan selain bersandar pada ajaran Allah dalam Al-Quran dan As-Sunnah juga berpedoman pada hukum negara. Perkawinan dinyatakan sah, apabila sudah memenuhi syarat dan rukun sebagaimana yang ditetapkan dalam hukum Allah dan hukum negara⁵.

Ikatan perkawinan yang menyatukan suami istri dalam satu bahtera kehidupan rumah tangga, pada dasarnya lahir dari dua insan yang berbeda latar belakang keluarga, pendidikan, emosional, dan lain sebagainya. Perbedaan tersebut tidak menjadi penghalang bagi mereka untuk membina rumah tangga. Dengan niat yang tulus membina rumah tangga *sakinah mawaddah* dan *rahmah* akan tercapai kebahagiaan. Tetapi tidak jarang pasangan suami istri, mengalami jalan buntu di tengah perjalanannya⁶. Pertikaian dalam rumah tangga tak dapat dihindari, hari demi hari suasana rumah tangga bukan bertambah sejuk, malah menjadi suasana yang menjurus kepada perceraian⁷. Lembaga cerai akhirnya menjadi jalan pintas yang ditempuh untuk mengakhiri kemelut rumah tangga. Saluran perceraian memang didasari kepada kaidah atau ketentuan agama/kepercayaan dari pasangan bersangkutan dan serta tersedia prosedur formal berupa putusan pengadilan yang memberikan legalitas atas perceraian yang ditempuh melalui jalur hukum negara yang berlaku⁸.

Dalam ketentuan hukum tentang perkawinan⁹ menyatakan Perkawinan dapat putus karena: 1) kematian, 2) perceraian dan 3) keputusan Pengadilan. Selain itu, UU Perkawinan¹⁰ juga mengatur:

1. Perceraian hanya bisa dilakukan di depan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang berwenang berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.

⁴ Beni Ahmad Saebani, *Perkawinan Dalam Hukum Islam dan Undang-Undang Perspektif Fiqh Munakahat dan UU No. 1/1974 tentang Poligami dan Problematikanya* (Bandung: Penerbit Pustaka Setia, 2008), h. 15.

⁵ Ibid.

⁶ H. M. Anshary, *Hukum Prkawinan di Indonesia, Masalah-Masalah Krusial* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015), h. 65.

⁷ Ibid.

⁸ Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum, Filsafat, Teori dan Praktik* (Depok: Rajagrafindo Persada, 2018), h. 274.

⁹ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 38.

¹⁰ Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 39

2. Dalam melakukan perceraian harus ada cukup sebab yang menjadi dasar bahwa antara suami istri tidak akan rukun sebagai suami istri.

Putusnya perkawinan karena perceraian yang ditempuh melalui suatu pengadilan, tidak serta merta membuat permasalahan diantara suami-istri otomatis akan berakhir dengan lahirnya suatu putusan cerai. Putusnya suatu perkawinan karena perceraian akan melahirkan akibat hukum baru bagi kedua belah pihak. Akibat hukum tersebut berkaitan dengan hak asuh anak (*haḍānah*) atau hak memelihara dan merawat anak yang lahir dari keduanya setelah terjadi perceraian.

Pemeliharaan anak atau *haḍānah* adalah bagian dari kegiatan mengasuh, memelihara, dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri¹¹. Menurut, Amir Syarifuddin¹² *haḍānah* dalam pengertian sederhana adalah “pemeliharaan” atau “pengasuhan”. Dalam pengertian yang lebih luas, *haḍānah* adalah pemeliharaan anak yang masih di bawah umur yang ditetapkan setelah terjadinya perceraian antara suami dan istri.

Menurut ulama fikih *haḍānah* adalah melakukan pemeliharaan anak yang masih kecil, laki-laki maupun perempuan, atau yang sudah besar, tetapi belum *mumayyiz*, menyediakan sesuatu yang menjadikan kebaikannya, menjaga sesuatu dari yang menyakiti dan merusaknya, mendidik jasmani, rohani dan akalnya, agar mampu berdiri sendiri menghadapi hidup dan memikul tanggung jawab¹³.

Selain itu, *Haḍānah* juga dimaknai sebagai penetapan yang memberikan kewenangan kepada salah satu pihak, untuk melaksanakan tugas dan kewajiban mengurus dan memenuhi kebutuhan seorang anak yang belum *mumayyiz*, baik secara moril maupun materil, guna menjamin terpenuhinya hak-hak dasar anak hingga anak tersebut dewasa dan/atau mandiri¹⁴.

Dengan kata lain, anak yang lahir dalam suatu perkawinan pada dasarnya merupakan kewajiban kedua orang tuanya untuk mengasuh dan memeliharanya,

¹¹ Kompilasi Hukum Islam (KHI), Pasal , huruf g.

¹² Tim Penyusun Pengadilan Agama Banjar Baru. *Kontekstualisasi Hukum Perdata Islam Sinergitas Teks-Konteks* (Yogyakarta: Phoenix Publisher, 2018), h.2.

¹³ Mansari dan Reza Maulana. “*Kepastian Hukum Terhadap Pengasuhan Anak Mumayyiz Pasca Perceraian*,” dalam Jurnal Yudisial. (Vol. 11, No. 1, April 2018), h. 56.

¹⁴ Tim Penyusun Pengadilan Agama Banjar Baru. *op.cit.*, h. 3.

hingga ia tumbuh dewasa, mandiri, kuat dan mampu menjalankan kehidupannya sendiri tanpa bergantung kepada orang lain.

Namun, untuk mendapatkan hak asuh anak atau hak memelihara dan merawat anak (*haḍānah*) terkadang karena sikap ego dan emosional yang berlebihan menyulut potensi konflik yang berkepanjangan hingga tak jarang melibatkan anggota keluarga masing-masing suami istri. Bahkan sering pula masing-masing pihak, suami-istri bersikukuh merasa paling berhak untuk mendapatkan hak asuh anak (*Haḍānah*) hingga mengabaikan hak dan kepentingan terbaik bagi anak untuk mendapatkan hak pemeliharaan atau pengasuhan terbaik dari kedua orangtuanya.

Hak pemeliharaan anak (*haḍānah*) dalam Islam dapat ditemukan ketentuan sebagai pedoman dalam menyelesaikan bila muncul suatu sengketa. Seperti, dalam suatu Hadis Abdullah bin ‘Amr diriwayatkan oleh Abu Dawud menerangkan:

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ السُّلَمِيُّ حَدَّثَنَا الْوَلِيدُ عَنْ أَبِي عَمْرِو يَعْزِي الْأَوْزَاعِيِّ حَدَّثَنِي
عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي
هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَتُدْيِي لَهُ سِقَاءٌ وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَرِعَهُ مِنِّي
فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي

“Telah menceritakan kepada kami Mahmud bin Khalid As Sulami, telah menceritakan kepada kami Al Walid dari Abu ‘Amr Al Auza’i, telah menceritakan kepadaku ‘Amr bin Syu’aib, dari ayahnya dari kakeknya yaitu Abdullah bin ‘Amr bahwa seorang wanita berkata; wahai Rasulullah, sesungguhnya anakku ini, perutku adalah tempatnya, dan putting susu adalah tempat minumnya, dan pangkuanku adalah rumahnya, sedangkan ayahnya telah menceraikannya dan ingin merampasnya dariku. Kemudian Rasulullah saw berkata kepadanya; engkau lebih berhak terhadapnya selama engkau belum menikah”¹⁵ (HR. Abu Dawud).

Dalam pembahasan fikih, hadis di atas dijadikan para ulama sebagai dasar untuk menetapkan bahwa hak *haḍānah*, tetap berada pada kerabat pihak ibu, dengan menggunakan skala prioritas. Artinya, jika si ibu tidak cakap atau tidak

¹⁵ Sunan Abu Daud, hadits No. 1938 dalam *Al-Alamiyah*, no 2276 dalam *Baitul Afkar ad Dauliah* dalam Ensiklopedi Hadis 9.

memenuhi syarat sebagai *hadhin* (pengasuh), maka hak *hadānah* itu beralih kepada kerabat yang lebih jauh. Akan tetapi, jika kerabat dari pihak ibu tidak ada atau tidak memenuhi syarat sebagai *hadhin*/pengasuh, barulah kesempatan itu jatuh kepada pihak ayah dengan skala prioritas pula¹⁶.

Selain itu, hak pengasuhan anak dalam Kompilasi Hukum Islam (baca KHI), diatur dalam Pasal 105, yang berbunyi:

Dalam hal, terjadi perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum *mumaiyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
- b. Pemeliharaan anak yang sudah *mumaiyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;
- c. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Dari ketentuan tersebut di atas, terlihat bahwa prioritas utama kepada ibu untuk memegang hak *Hadānah* sang anak, sampai si anak berusia 12 tahun. Akan tetapi, setelah anak berusia 12 tahun, maka untuk memutuskan *hadānah* tersebut diberikan hak pilih kepada si anak untuk menentukan apakah ia bersama ibu atau ayahnya¹⁷. Meskipun hak asuh anak sampai usia 12 tahun ditetapkan kepada ibunya, tetapi biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Pasal 105 KHI tersebut di atas merupakan rujukan paling umum dalam menetapkan hak asuh anak. Norma ini kemudian diperluas oleh Mahkamah Agung pada tahun 2007 melalui dua putusan kasasi yang pada pokoknya melahirkan kaidah hukum bahwa “penetapan hak pengasuhan anak tidak semata-mata didasarkan pada ketentuan normatif, namun lebih menekankan pada aspek kepentingan terbaik bagi si anak”¹⁸.

Dengan kata lain, walaupun Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam menetapkan hak asuh anak dibawah 12 tahun diprioritaskan utama pada ibunya, tetapi Mahkamah Agung RI dalam yurisprudensinya, memutuskan bahwa untuk kepentingan si anak, maka anak yang masih dibawah umur 12 tahun

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., h. 109.

¹⁸ . Tim Penyusun Pengadilan Agama Banjar Baru. h. 42.

pemeliharaannya, seyogyanya diserahkan kepada orang yang terdekat dan akrab dengan si anak. Ini berarti, jika si anak telah terbiasa hidup bersama dan di lingkungan sang bapak, maka hakim harus menetapkan hak pemeliharaan anak pada bapaknya¹⁹.

Putusan Mahkamah Agung tersebut telah menciptakan suatu warna hukum baru tentang hak *hadānah*, yaitu walaupun prioritas utama pemegang hak *Hadānah* adalah ibu, tetapi hak prioritas itu dapat saja beralih sewaktu-waktu kepada orang lain apabila keadaan menghendakinya. Putusan Mahkamah Agung RI tersebut sekaligus menggeser ketentuan fikih dan Pasal 105 KHI yang mengatur *Hadānah* yang dirasakan tidak relevan lagi dengan tuntutan hukum kini²⁰.

Sengketa *hadānah* menjadi pembahasan yang cukup dinamis mewarnai lingkungan kajian hukum keluarga. Hal tersebut disebabkan karena hasil pembaruan norma Pasal 105 telah membawa implikasi pada putusan-putusan *hadānah* selanjutnya dimana putusan Pengadilan cenderung lebih mendasarkan pada pertimbangan kemaslahatan anak, alih-alih terpaku pada pengaturan dalam Pasal 105 KHI²¹.

Paradigma peradilan dalam memutus perkara *hadānah* ternyata memiliki beberapa aksentuasi baik di dasarkan pada ketentuan fikih dan norma Pasal 105 KHI juga seperti halnya dalam putusan Mahkamah Agung yang mengakomodasi demi kepentingan terbaik si anak, meletakkan hak asuh bukan kepada ibu melainkan bapaknya.

Pada dasarnya seorang hakim, memiliki hak dan kebebasan dalam menggali sumber hukum Islam maupun diskresi dalam memutus suatu perkara *hadānah*. Sehingga dalam praktik peradilan, kita menemukan suatu putusan hakim yang berbeda satu dengan yang lainnya dalam memutus suatu perkara yang sama.

Terdapat putusan yang memiliki penekanan terhadap aspek normatif yang dapat berdampak hak-hak dan kepentingan terbaik anak dapat terabaikan. Sebaliknya, penekanan pada aspek mengupayakan kepentingan terbaik anak

¹⁹ Ibid.,h. 110

²⁰ Ibid.

²¹ . Ibid.

memerlukan pembuktian yang lebih kompleks, melakukan penelusuran terhadap rekam jejak kedua orangtua si anak, dinamika hubungan orangtua dan anak, serta keadaan lain yang perlu diketahui untuk memastikan tujuan pengasuhan anak tersebut tercapai²².

Seiringan dengan berkembangnya kesadaran masyarakat akan hak asasi manusia (HAM) dan kebutuhan akan nilai-nilai yang dapat menciptakan keseimbangan dalam kehidupan keluarga menuntut perlunya pengasuhan anak yang semula cenderung berkuat pada konsep pengasuhan terpisah (*split parenting*) atau pengasuhan sendiri (*sole parenting*) beralih kepada konsep pembagian tanggungjawab pengasuhan anak (*shared parenting responsibility*).

Konsep ini menekankan bahwa pengasuhan anak sebaiknya dilakukan secara bersama, terlepas dari apakah dengan pola pengasuhan bersama yang berpusat pada pembagian waktu tinggal (*shared physical parenting*) atau pengasuhan bersama dengan mengatur pembagian tanggung jawab masing-masing orang tua (*shared responsibility parenting*)²³.

Model pengasuhan demikian dipandang menunjang terpenuhinya hak-hak dasar anak. Selain itu, pola pengasuhan bersama dapat membangun terjalinnya hubungan baik antara ibu dan ayah dan mempererat kerjasama serta tanggung jawab mereka dalam tumbuh kembang dan terwujudnya masa depan anak yang lebih baik.

Dengan kata lain, penyelesaian sengketa *hadānah* seperti diuraikan tersebut di atas, yang dikenal dengan pengasuhan bersama atau *shared parenting* sebagai model baru yang dianggap relevan dalam menyelesaikan sengketa hak asuh anak. Model pengasuhan bersama, yang meletakkan gagasan utamanya tidak hanya berfokus pada perwujudan kepentingan terbaik si anak, namun juga mengupayakan peran maksimal kedua orangtua dalam mengasuh anak-anaknya²⁴.

²² M. Natsir Asnawi. *Penerapan Model Pengasuhan Bersama (Shared Parenting) Dalam Penyelesaian Sengketa Hak Asuh Anak*, E-Jurnal Ekonomi Syariah dan Hukum Ekonomi Syariah, Volume 5, Nomor 1, Juni 2019, h. 61-62.

²³ . Tim Penyusun Pengadilan Agama Banjar Baru. *op.cit.*, h. 42

²⁴ Ibid.

Terkait model pengasuhan bersama (*shared parenting*) telah mengilhami lahirnya putusan Pengadilan Agama Gedong Tataan, melalui putusannya nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt. yang menerapkan pola pengasuhan bersama sebagai model dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak, setelah terjadinya perceraian.

Dalam putusan tersebut hakim dalam amar putusannya²⁵ menetapkan anak Penggugat dan Tergugat (yang berusia 4 tahun 6 bulan) di bawah pengasuhan bersama Penggugat dan Tergugat dengan ketentuan:

- a. Penggugat diberi hak mengasuh anak pada hari Sabtu dan Ahad saat anak sedang tidak bersekolah;
- b. Tergugat diberi hak mengasuh anak pada hari Senin – Jumat (hari sekolah anak);
- c. Bila terdapat hari libur pada hari Senin – Jumat, maka anak tetap diasuh oleh Tergugat, kecuali bila Tergugat dan Penggugat menyepakati hal lain;
- d. Hal-hal mengenai Pendidikan, kesehatan, dan hal lain terkait pengembangan kompetensi dasar maupun keahlian si anak wajib dilaksanakan atas persetujuan bersama Penggugat dan Tergugat.

Berdasarkan amar putusan tersebut di atas, hakim yang mengadili perkara *a quo*, tidak mengabulkan permohonan Penggugat untuk diberikan hak asuh bagi anak Penggugat dan Tergugat yang masih belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun, melainkan menetapkan hak asuh anak berdasar pertimbangan keadilan dan kemanfaatan bagi sang anak, dimana hak asuh anak ditetapkan dalam pengasuhan bersama Penggugat dan Tergugat dan selanjutnya memerintahkan keduanya untuk melaksanakan pengasuhan anak tersebut dengan penuh iktikad baik (*to perform in good faith*)²⁶.

Berdasarkan uraian tersebut di atas menarik perhatian peneliti untuk mengkaji dan menganalisis lebih jauh alasan hukum yang mendasari putusan tersebut menetapkan pola pengasuhan bersama (*shared parenting*) sebagai solusi penyelesaian sengketa hak asuh anak yang diterapkan oleh hakim Pengadilan

²⁵ Putusan Pengadilan Agama Gedong Tataan, nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt, tanggal 26 Desember 2019

²⁶ Ibid.

Agama Gedong Tataan sebagaimana dalam putusannya nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt.

Sehingga judul tesis ini adalah : “Implementasi Model Pengasuhan Bersama Dalam Putusan 0334/Pdt.G/2019/Pa.Gdt tentang Penyelesaian Sengketa Hak Asuh Anak (Studi di Pengadilan Agama Gedong Tataan, Kabupaten Pesawaran, Provinsi Lampung)”.

B. Identifikasi dan Pembatasan Masalah

1. Identifikasi Masalah

Berdasarkan latar belakang tersebut di atas, dapat diidentifikasi beberapa permasalahan sebagai berikut :

- a. Ketentuan hak asuh anak menurut hukum Islam;
- b. Rukun dan syarat hak asuh anak;
- c. Norma penerapan hak asuh anak dalam perundang-undangan;
- d. Norma hukum pengasuhan anak dalam yurisprudensi;
- e. Norma pengasuhan anak dalam *fiqh munakahat*;
- f. Konsep pengasuhan bersama;
- g. Implementasi dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak di pengadilan agama;
- h. Diskripsi putusan hakim terkait hak asuh bersama di Pengadilan Agama Gedong Tataan;
- i. Landasan hukum yang digunakan hakim dalam pertimbangan hukum terhadap model pengasuhan bersama (*shared parenting*) pada Putusan Pengadilan Agama Gedong Tataan Nomor 0334 /Pdt.G/2019/PA.Gdt;
- j. Tinjauan teori Maqasid Syariah terhadap model pengasuhan bersama (*shared parenting*) pada Putusan No. 0334 /Pdt.G/2019/PA.Gdt.

2. Pembatasan Masalah

Untuk memudahkan dalam penelitian ini, perlu dilakukan pembatasan permasalahan agar lebih fokus dalam pembahasannya. Sehingga penelitian ini lebih diarahkan pada kajian tentang dasar pertimbangan hukum Hakim terhadap

Pengasuhan Bersama (*shared parenting*) pada Putusan Pengadilan Agama Gedong Tataan Nomor 0334 /Pdt.G/2019/PA.Gdt; serta tinjauan teori Maqasid Syariah terhadap model pengasuhan bersama pada putusan 0334 /Pdt.G/2019/PA.Gdt .

C. Rumusan Masalah

Berangkat dari latar belakang yang dikemukakan di atas maka yang menjadi pokok masalah dalam penelitian ini adalah:

1. Bagaimana dasar pertimbangan hukum hakim terhadap model pengasuhan bersama (*shared parenting*) pada putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt ?
2. Bagaimana tinjauan teori *Maqasid Syariah* terhadap model pengasuhan bersama (*shared parenting*) pada putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt ?

D. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian ini adalah :

1. Untuk menganalisis dasar pertimbangan hukum hakim terhadap model pengasuhan bersama (*shared parenting*) pada putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt.
2. Untuk menganalisis tinjauan teori *Maqasid Syariah* terhadap model pengasuhan bersama (*shared parenting*) pada putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt.

E. Manfaat Penelitian

Dengan adanya penelitian ini, diharap dapan memberikan beberapa manfaat, baik manfaat secara teoritis maupun praktis, yaitu:

1. Manfaat Teoritis

Adapun manfaat teoritis dari penelitian ini adalah:

- a. Penelitian ini diharapkan dapat menjadi sumbangan pemikiran atau pengetahuan yang bersifat ilmiah yang mengkaji tentang hak asuh anak (*haḍānah*) sebagai salah satu konsep hukum keluarga Islam, khususnya mengenai konsep pengasuhan bersama dalam penyelesaian sengketa hak

asuh anak;

- b. Penelitian ini, dapat menjadi referensi bagi mahasiswa Universitas Islam Negeri (UIN) Raden Intan, Bandar Lampung atau kampus lainnya, sebagai bahan melakukan penelitian lanjutan terkait penerapan model pengasuhan bersama (*shared parenting*) di dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak;
- c. Penelitian ini juga diharapkan dapat memperkaya khazanah keilmuan khususnya di bidang hukum keluarga Islam, serta.
- d. Penelitian ini diharapkan dapat menambah daftar kepustakaan di kampus Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung.

2. Manfaat Praktis

Adapun manfaat praktis dari penelitian ini adalah:

- a. Penelitian ini bermanfaat bagi penulis guna menyelesaikan program studi Hukum Keluarga Islam Pascasarjana Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung;
- b. Penelitian ini diharapkan dapat dijadikan bahan masukan untuk penyempurnaan peraturan dan kebijakan yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa hak asuh anak. Baik dalam lingkup pemerintah maupun lembaga peradilan yang menangani perkara hukum keluarga di Indonesia; serta
- c. Penelitian ini diharapkan menjadi sumber informasi dan pengetahuan bagi masyarakat di dalam memahami konsep model pengasuhan bersama (*shared parenting*) sebagai salah satu pilihan di dalam penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan hak asuh anak, yang merupakan lingkup hukum keluarga.

F. Tinjauan Pustaka

Berikut peneliti akan menguraikan beberapa hasil penelitian terdahulu yang relevan dengan penelitian ini, yang bersumber dari suatu tesis maupun jurnal ilmiah, yang mengkaji tentang hak asuh anak (*haḍānah*) sebagai objek

penelitiannya. Namun, memiliki perbedaan dengan apa yang menjadi fokus kajian dalam peneliti ini. Sebagai berikut:

1. Muchammad, Lc, penelitian tesis pada tahun 2015 di Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta dengan judul : hak Asuh anak akibat perceraian terhadap ibu berstatus gangguan Bipolar (gangguan suasana) Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 0419/Pdt.G/2014/PAJP). Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian *library research* (penelitian kepustakaan). Dengan sumber data yang digunakan yaitu data primer dan data skunder.

Adapun dalam pengumpulan data penyusun menggunakan teknik dokumentasi. Dalam analisis, menggunakan metode deskriptif-analitik, yaitu penggambaran dilakukan dengan menyajikan fakta secara sistematis yang mempermudah dalam memahami dan menarik kesimpulannya. Kemudian, dianalisa dengan menggunakan teori *masalah*, dengan menggunakan pendekatan normatif : *ushul fiqih*, dengan menggunakan teori *masalah* milik Al-Gazali untuk menjelaskan kasus di atas.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwasanya pada pokok masalah pertama ada beberapa pertimbangan dalam menentukan hak asuh anak, diantaranya adalah *mukallaf*, yang bertujuan untuk memberikan kebaikan anak di masa depan. Dalam doktrin agama Islam, hak asuh anak tidak serta merta dapat diberikan dengan mudah, yang diutamakan adalah hasil putusan tentang hak asuh anak tersebut dapat berdampak positif untuk kehidupan anak di masa depan.

Sedangkan pada permasalahan kedua, hak asuh anak yang ibunya menderita gangguan *bipolar* (gangguan suasana), hak asuhnya akan pindah kepada pengasuh yang lain, dikarenakan orang yang menderita *bipolar* termasuk tidak cakap dalam hukum, atau kecakapannya bersifat sesaat, mengandung makna orang tersebut tidak normal. Maka dalam kasus ini hak asuh seorang anak dapat diberikan kepada ayah dengan pertimbangan kenyamanan anak dan lain sebagainya, dimana hal tersebut merupakan *masalah* yang dapat dimasukkan dalam *masalahat mu'tabaroh* sebab adanya

suatu *nash* yang menyebutkan permasalahan tersebut, meskipun tidak secara jelas.

Sementara pada pokok permasalahan ketiga, walaupun salah satu dari orang tua tersebut tidak mendapatkan hak asuh anak, akan tetapi hak mereka sebagai orang tua tidak hilang. Mereka tetap memperoleh hak sebagai orang tua juga saling menopang satu dengan yang lain dalam mendidik dan mencurahkan kasih sayang kepada anak.²⁷

Perbedaannya dengan penelitian ini antara lain : peneliti menggunakan kajian lapangan (studi kasus), terdapat dua rumusan masalah, teori yang digunakan dalam menganalisis hasil penelitian menggunakan teori *Maqasid Syariah* dan sumber data yang digunakan meliputi data primer dan data sekunder, sehingga jelas berbeda dengan penelitian sebelumnya tersebut di atas;

2. Nora Eka Putri, penelitian tesis pada tahun 2017 pada Program Pasca Sarjana Universitas Islam Negeri (UIN) Syarif Hidayatullah Jakarta dengan judul: Hak *Haqānah* pada Ayah (Analisis Yurisprudensi Mahkamah Agung). Tesis ini, menyimpulkan bahwa pertimbangan hakim dalam menetapkan hak pengasuhan anak di bawah umur kepada ayah berlandaskan pada konsep kemashlahatan dan kepentingan terbaik bagi anak. Upaya hakim menggunakan *contra legem* terhadap ketentuan Pasal 105 KHI menjadi pengejawantahan dari sifat progresif dalam hukum yang bermakna hukum tidak terpaku pada legalistik aturan hukum, dan responsif terhadap kepentingan masyarakat. Langkah tersebut dapat dimengerti bahwa ketentuan hukum mengenai pengasuhan anak pada hakikatnya bersifat relatif, alternatif, dan komprehensif. Kesimpulan tersebut diakui oleh penulisnya bersifat mendukung pendapat dari Abdul Manan (2007) dan Jerome Frank yang menyebutkan hakim harus memiliki kemampuan untuk *berijtihad* secara aktual, dan tujuan utamanya adalah menciptakan hukum supaya lebih responsif terhadap kebutuhan sosial masyarakat.

²⁷ Muchammad, “*Hak Asuh anak akibat perceraian terhadap ibu berstatus Bipolar Disorder Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 0419/Pdt.G/2014/PAJP*,” (Tesis, Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015)

Kesimpulan tersebut berlainan dengan apa yang disampaikan Dennis Patterson Rugers (2003) yaitu: hakim dalam menjalankan tugasnya hanya sebagai pelaksana undang-undang, dan hasil *ijtihadnya* tidak dapat dipergunakan sebagai dasar dalam praktek hukum. Penelitian ini juga menolak pendapat Soetandyo Wigjosoebroto (2010) yang mengatakan hakim sebagai pelaksana hukum dan putusan-putusannya tidak bisa menjadi norma hukum. Norma hukum bersumber dari undang-undang yang digunakan sebagai acuan seorang hakim dalam memutuskan perkara.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif *doktrinal* dengan jenis penelitian kualitatif yang bersifat deskriptif - analisis, dan analisis - kritis. Sumber data yang dipergunakan data hukum sekunder, yaitu: 1). bahan hukum primer seperti: Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 210K/AG/1996, 349K/AG/2006, juga 110K/AG/2007; 2). bahan hukum sekunder yang diperoleh dari hasil-hasil penelitian, pendapat pakar hukum, buku-buku, jurnal-jurnal, artikel-artikel yang berkaitan dengan penelitian ini; serta 3). bahan hukum tersier yang terdiri dari kamus (hukum), ensiklopedi dan indeks kumulatif.

Metode pengumpulan data dilakukan dengan melakukan penelitian kepustakaan (*Library Research*) dengan cara meneliti dokumen putusan, mengumpulkan data teoritis, dan menganalisis data dengan *content analysis*.²⁸ Hasil penelitian tersebut di atas jelas mengandung perbedaannya dengan penelitian ini antara lain : peneliti menggunakan kajian lapangan (studi kasus), terdapat dua rumusan masalah, teori yang digunakan dalam menganalisis hasil penelitian menggunakan teori *maqhasid syariah* dan sumber data yang digunakan meliputi data primer dan data sekunder, sehingga jelas berbeda dengan hasil penelitian sebelumnya tersebut di atas.

3. M. Natsir Asnawi, S.Hi.,M.H., Jurnal pada *AL-Iqtishadiyah*, Volume 5, Nomor 1 tahun 2019, Penerapan Model Pengasuhan Bersama (*Shared Parenting*) dalam sengketa hak asuh anak. Legalitas hak asuh anak di

²⁸ Nora Eka Putri. Judul: *Hak Hadhanah pada Ayah (Analisis Yurisprudensi Mahakamah Agung)*, (Tesis Program Pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2017).

Indonesia, dari aspek normatif maupun praktik, pada umumnya masih menggunakan pola pengasuhan terpisah atau pengasuhan yang dilakukan salah seorang dari orangtua anak. Kecenderungan dalam penentuan hak asuh dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak menggunakan dua pendekatan yaitu: *Kesatu*, secara normatif berpedoman pada ketentuan Pasal 105 KHI. *Kedua*, demi kepentingan terbaik sang anak yang didasarkan pada Yurisprudensi Mahkamah Agung. Pengasuhan bersama (*shared parenting*) diarahkan sebagai gagasan yang hendak menengahi perbedaan di antara dua model dan pilihan tersebut di atas, serta menawarkan suatu pola pengasuhan yang tidak semata berfokus pada terwujudnya kepentingan terbaik anak, akan tetapi juga mengusahakan agar peran kedua orangtua maksimal dalam mengasuh anaknya.

Uraian dalam jurnal tersebut di atas memang menerangkan terkait konsep pengasuhan bersama (*shared parenting*) secara normatif. Yang membedakan dengan penelitian ini adalah fokus kajian peneliti adalah penerepan pola pengasuhan bersama (*shared parenting*) yang bersumber dari putusan hakim Pengadilan Agama Gedong Tataan yaitu putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt, serta menggunakan analisis teori *maqhasid al-syariat*, selain itu penelitian ini menggunakan penelitian lapangan (studi kasus) dengan menggunakan sumber data primer dan data sekunder. Sehingga, jelas memiliki perbedaan dengan apa yang menjadi fokus kajian dalam jurnal tersebut di atas.

G. Kerangka Pemikiran

Dalam suatu penelitian kerangka pemikiran sangat diperlukan dalam rangka untuk menjelaskan tata laksana alur logika penelitian dalam menjabarkan konsep dan teori yang melandasi penjelasan atas objek yang menjadi focus penelitian tak terkecuali dalam penelitian masalah hukum.

Secara teoritis pentingnya suatu kerangka konseptual atau teoritis dalam suatu penelitian disebut oleh Soekanto²⁹ yang menyatakan dalam mengalisis hukum, adanya kerangka konseptual atau kerangka teoritis menjadi syarat sangat penting. Sebaliknya konsep merupakan gejala atau fakta yang akan diteliti tetapi abstraksi dari gejala tersebut.³⁰

Dalam kerangka konseptual diungkapkan beberapa konsep atau pengertian yang akan dipergunakan sebagai dasar analisis hukum dan di dalam landasan/kerangka teoritis diuraikan segala sesuatu yang terdapat dalam teori sebagai suatu sistem.³¹ Kerangka konseptual adalah kerangka yang menggambarkan hubungan antara konsep-konsep khusus yang akan dianalisis. Konsep sebagai bagian dari salah satu unsur teori dengan demikian memiliki sifat yang lebih konkret dari teori.³² Penjabaran lebih lanjut dari konsep ini dilakukan dengan memberikan definisi operasionalnya yang untuk ilmu hukum dapat diambil dari peraturan perundang-undangan.

Kerangka teori pada dasarnya dibangun dari hasil tinjauan pustaka, dengan menelaah berbagai sumber, yang di dalamnya menjelaskan berbagai kandungan teori atau konsep, yang dapat digunakan sebagai landasan dalam pemecahan masalah serta dalam rangka menyusun suatu hipotesis. Dalam pandangan Bebbie, teori sebagai penjelasan sistematis tentang fakta-fakta yang diamati yang berkenaan dengan aspek kehidupan tertentu. Pengertian teori menurut ilmu-ilmu sosial tersebut dapat diterapkan dalam penelitian empiris, namun harus dilengkapi dengan kerangka teoritis yang didasarkan kepada kerangka acuan hukum.³³

Selain itu keberadaan teori merupakan salah satu bagian yang memegang peranan penting dalam suatu penelitian, karena teori yang digunakan dalam

²⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007) h. 7.

³⁰ *Ibid.*, h.132

³¹ Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Hukum Pembuktian, Analisis terhadap Kemandirian Hakim sebagai Penegak Hukum dalam Proses Pembuktian* (Bandung: CV Nuansa Aulia, 2016), h.7-8.

³² *Ibid.*, h. 8.

³³ *Ibid.*

penelitian, dapat dijadikan sebagai dasar untuk menjelaskan dan menganalisis permasalahan yang diteliti secara sistematis³⁴.

Analisis terhadap implementasi pola pengasuhan bersama (*shared parenting*) dalam putusan 0334/Pdt.G/2019/Pa.Gdt ini didasarkan pada kerangka pemikiran dengan menggunakan kerangka konseptual atau kerangka teoritis, meliputi teori *Maq sid Syar ah* dan teori Hukum Keseimbangan Kepentingan dari Roscoe Pound.

Teori *maq sid syar ah* adalah tujuan dari pada hukum Islam itu sendiri dan merupakan ujung atau *goal* dari penerapan hukum Islam³⁵ untuk mewujudkan kemaslahatan manusia di dunia dan akhirat³⁶. Sedangkan, teori Hukum Keseimbangan Kepentingan, dicetuskan oleh Roscoe Pound yang pada pokoknya menyebutkan dalam teorinya bahwa hukum tidak boleh dibiarkan mengawang dalam konsep-konsep logis analitis ataupun tenggelam dalam ungkapan-ungkapan teknis yuridis yang terlampaui eksklusif. Sebaliknya, hukum itu mesti didaratkan di dunia nyata, yaitu dunia sosial yang penuh sesak dengan kebutuhan dan kepentingan-kepentingan yang saling bersaing³⁷ yang digunakan sebagai pijakan dalam analisis pemecahan masalah implementasi pola pengasuhan bersama (*shared parenting*) dalam putusan *a quo*.

Kerangka berpikir ini juga menggunakan upaya analisis terhadap permasalahan dalam penelitian tesis ini didasarkan pada ketentuan perundangan tentang Perkawinan, Kompilasi Hukum Islam (KHI) maupun Yurisprudensi Mahkamah Agung, dan ketentuan hukum tentang perlindungan anak yang berlaku sebagai hukum positif di Indonesia.

Salah satu ketentuan yang menjadi dasar analisis dalam penelitian ini yaitu Pasal 4 UU Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, pada intinya menyatakan

³⁴ Khoirul Abror, *Hukum Perkawinan dan Perceraian* (Yogyakarta: Ladang Kata, 2020), h.13.

³⁵ Harun. Al- Rasyid, *Fikih Korupsi Analisis Politik Uang Di Indonesia Dalam Perspektif Maqashid Al Syariah* (Jakarta: Prenada Media Group, 2016), h. 197.

³⁶ Khoirul Abror, *op.cit.*, h.14.

³⁷ Tanya, Bernard I, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang Dan Generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2013), h. 139.

setiap anak memiliki hak untuk hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara wajar berdasarkan harkat dan martabatnya sebagai manusia, serta memperoleh perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, guna terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera.

Demikian pula hukum Islam yang berpedoman pada Al-Quran dan Al-Hadis sebagai sumber tertinggi dalam hukum Islam, menjadi bagian dari landasan analisis. Selain itu analisis pun di dasarkan pada Yurisprudensi Mahkamah Agung yang memberikan terobosan hukum baru dengan menafsir ketentuan Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam (KHI), yang sebelumnya ketentuan Pasal 105 menjadi norma dasar dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak dimana Pasal 105 berbunyi:

Dalam hal terjadi perceraian:

- d. Pemeliharaan anak yang belum mumaiyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
- e. Pemeliharaan anak yang sudah mumaiyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya;
- f. Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Ketentuan tersebut di atas, terlihat bahwa prioritas utama kepada ibu untuk memegang hak *Haḍānah* sang anak, sampai si anak berusia 12 tahun. Akan tetapi, setelah anak berusia 12 tahun, maka untuk memutuskan *Haḍānah* tersebut diberikan hak pilih kepada si anak untuk menentukan apakah ia bersama ibu atau ayahnya³⁸. Walaupun hak asuh hingga usia anak menginjak 12 tahun ditetapkan kepada ibunya, biaya pemeliharaan tetap dibebankan kepada ayahnya.

Melalui yurisprudensinya Mahkamah Agung, memutuskan bahwa untuk kepentingan si anak, maka anak yang masih dibawah umur 12 tahu pemeliharaannya seyogyanya diserahkan kepada orang yang terdekat dan akrab dengan si anak. Hal tersebut mengandung pengertian jika si anak telah terbiasa

³⁸ Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *op.cit.*, h. 109.

hidup bersama di lingkungan sang bapak, maka hakim mesti menetapkan hak pengasuhan anak jatuh kepada bapaknya³⁹.

Putusan Mahkamah Agung tersebut telah menciptakan suatu warna hukum baru tentang hak *Haḍānah*, yaitu walaupun prioritas utama pemegang hak *Haḍānah* adalah ibu, tetapi hak prioritas itu dapat saja beralih sewaktu-waktu kepada orang lain apabila keadaan menghendakinya. Putusan Mahkamah Agung RI tersebut sekaligus menggeser ketentuan fiqih dan Pasal 105 KHI yang mengatur *Haḍānah* yang dirasakan tidak relevan lagi dengan tuntutan hukum kini⁴⁰.

Paradigma peradilan dalam memutus perkara *haḍānah* ternyata memiliki beberapa aksentuasi baik di dasarkan pada ketentuan fikih dan norma Pasal 105 KHI juga seperti halnya dalam putusan Mahkamah Agung yang mengakomodasi demi kepentingan terbaik si anak, meletakkan hak asuh bukan kepada ibu melainkan bapaknya.

Bagi seorang hakim, ia memiliki hak dalam menggali sumber hukum Islam sebagai dasar pandangannya serta memiliki diskresi dalam memutus suatu perkara *Haḍānah*. Penekanan berlebihan terhadap aspek normatif menyebabkan hak-hak dan kepentingan terbaik anak dapat terabaikan. Sebaliknya, penekanan pada aspek mengupayakan kepentingan terbaik anak memerlukan pembuktian yang lebih kompleks, melakukan penelusuran terhadap rekam jejak kedua orangtua si anak, dinamika relasi hubungan orangtua dan anak, serta keadaan lain yang perlu diketahui untuk memastikan tujuan pengasuhan anak tersebut tercapai⁴¹.

Di luar model penyelesaian sengketa *haḍānah* seperti diuraikan tersebut di atas, muncul paradigma baru dalam menyelesaikan sengketa hak asuh anak yang dikenal dengan pengasuhan bersama (*shared parenting*). Model pengasuhan bersama, yang meletakkan gagasan utamanya tidak hanya berfokus pada

³⁹ *Ibid.*, h. 110.

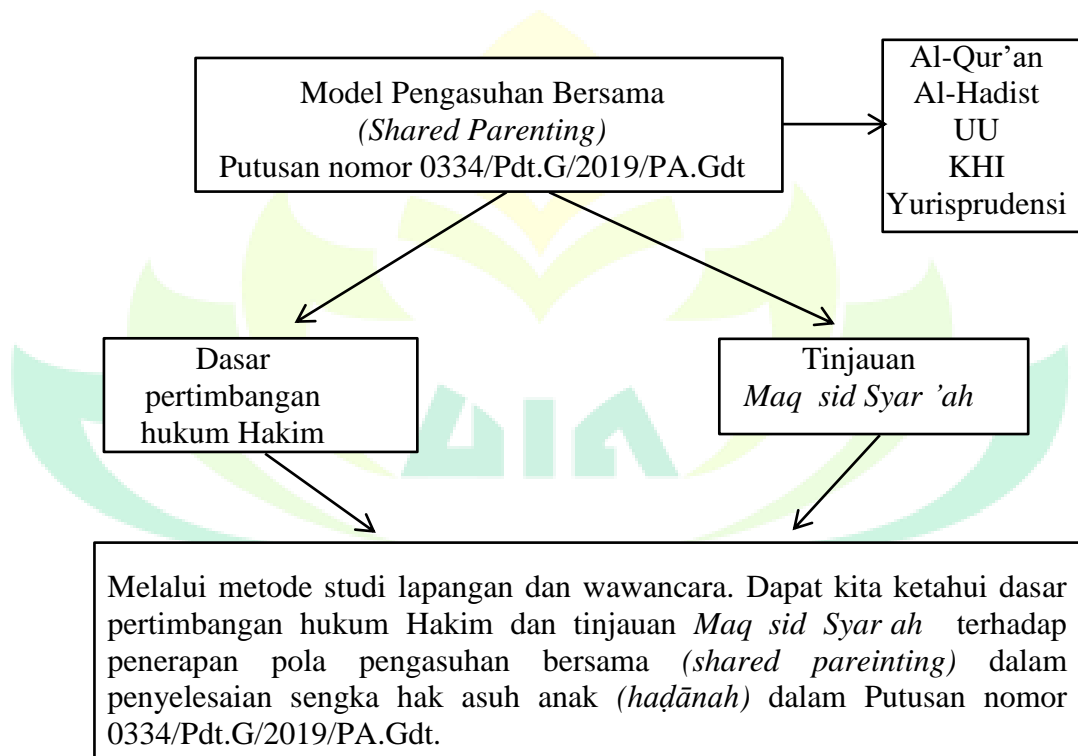
⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ M. Natsir Asnawi. *Penerapan Model Pengasuhan Bersama (Shared Parenting) Dalam Penyelesaian Sengketa Hak Asuh Anak*, E-Jurnal Ekonomi Syariah dan Hukum Ekonomi Syariah, Volume 5, Nomor 1, Juni 2019, h. 61-62.

perwujudan kepentingan terbaik si anak, namun juga mengupayakan peran maksimal kedua orangtua dalam mengasuh anak-anaknya⁴².

Karena itulah, hal di atas adalah sedikit di antara hal-hal lain yang dapat dijadikan dasar untuk merespon lebih lanjut secara ilmiah, Putusan Pengadilan Agama Gedong Tataan Nomor : 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt., terkait dengan perkara perceraian dan penyelesaian sengketa hak asuh anak (*haḍānah*).

Secara sistematis dapat dibuat skema kerangka pemikiran dalam tesis ini sebagai berikut :



H. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif (*normative study*). Penelitian normatif adalah suatu penelitian hukum terhadap aturan-aturan, norma, dan asas-asas hukum, termasuk pula doktrin-doktrin hukum yang berkembang dan relevan dengan tema penelitian). Menurut Soerjono Soekanto penelitian normatif pada dasarnya dimaksudkan kepada penelitian yang

⁴² *Ibid.*

berkaitan dengan asas-asas hukum, sistematika hukum, sinkronisasi peraturan perundang-undangan, perbandingan hukum, serta sejarah hukum.

Metode merupakan hal yang penting untuk dapat tercapainya tujuan dari sebuah penelitian. Untuk mendapatkan data-data yang jelas dan terukur, serta kedalaman dalam menganalisis, dalam penelitian ini digunakan metode sebagai berikut :

1. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum empiris dilakukan di lapangan, termasuk penelitian *library research* (penelitian kepustakaan), yakni sebuah penelitian yang mana metode untuk memperoleh data bersumber dari buku atau karya tulis yang relevan dengan permasalahan yang diteliti. Sumber tersebut diambil dari berbagai karya yang membicarakan mengenai masalah di bidang hukum perceraian agama Islam. Sumber sekunder yang digunakan adalah KHI dan Undang-Undang Perkawinan Indonesia, selain itu yang digunakan diambil dari berbagai keputusan peradilan agama, serta kumpulan karya yang membicarakan mengenai masalah pengasuhan anak. Sebagai dampak dari suatu penelitian yang bersifat kepustakaan, maka pengumpulan data dan penyusunan dilakukan dengan menggunakan teknik dokumentasi⁴³.

Aplikasi metode dokumentasi dalam penelitian ini adalah dengan pelaksanaan pengumpulan data tertulis yang berhubungan dengan ketentuan pengasuhan anak, baik dari sumber data primer maupun skunder dan melacak buku-buku perundang-undangan di bidang hukum perkawinan, serta sumber-sumber disekitar perdebatan perundang-undangan dan pelaksanaannya.

2. Sifat Penelitian

Penelitian ini bersifat deskriptif⁴⁴ kualitatif. Bersifat deskriptif, penelitian ini akan berusaha menggambarkan tentang hak asuh anak

⁴³ Lihat Suharsimi Arikunto, *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktik* (Jakarta: Bina Usaha, 2010), h. 274.

⁴⁴ Riduwan, *Metode dan Tehnik Menyusun Proposal Penelitian* (Bandung: Alfabeta, 2013), h. 8.

bersama kemudian ditinjau dalam perspektif hukum Islam. Dalam penelitian ini akan dilakukan proses analisis sedemikian rupa agar didapatkan hasil yang komprehensif dan mendalam untuk menjawab dan mengambil kesimpulan yang selaras dengan rumusan masalah penelitian ini.

3. Sumber Data

Dalam penelitian ini dibedakan menjadi tiga sumber data, yaitu data primer, sekunder dan tertier :

- a. Data primer adalah data penelitian yang diperoleh secara langsung dari sumber asli (tidak melalui perantara).⁴⁵ Adapun data primer dalam penelitian ini adalah wawancara dengan hakim Pengadilan Agama Gedong Tataan yang memeriksa, mengadili, dan memutus perkara Nomor: 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt.
- b. Pengumpulan data sekunder terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan tertier. Data hukum primer berupa peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan yang menjadi objek penelitian, sedangkan bahan hukum sekunder yang diperoleh berupa teori hukum Islam, publikasi ilmiah lainnya yang relevan dengan pembahasan tesis ini, serta bahan hukum tertier meliputi, kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif.
- c. Data tertier yang berfungsi memberikan penjelasan dan petunjuk terhadap data primer dan data sekunder yang meliputi: kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif, situs internet dan sebagainya.

4. Tehknik Pengumpulan Data

Sebagaimana yang telah diuraikan di atas bahwa penelitian ini merupakan jenis penelitian pustaka yang bersifat kualitatif. Berdasarkan kebutuhan penelitian maka metode pengumpulan datanya dilakukan dengan studi pustaka (*libery research*) dan untuk menguatkan data sekunder tersebut dilakukan

⁴⁵ Saifuddin Azwar. *Metode Penelitian* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1999), h. 91

penggalian informasi melalui wawancara kepada Hakim yang memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang menjadi objek penelitian tesis ini.

5. Pengelolaan Data

Adapun data-data yang berhasil dikumpulkan dalam penelitian selanjutnya akan dilakukan pengolahan. Pengolahan data dilakukan dengan cara :

- a. Pemeriksaan data (*editing*) yaitu memeriksa apakah data yang terkumpul sudah cukup lengkap, sudah benar, sudah sesuai/ relevan dengan masalah.
- b. Penandaan data (*coding*) yaitu memberikan catatan atau tanda yang menyatakan jenis sumber data (buku, literatur, atau dokumen), pemegang hak cipta (nama penulis, tahun terbit) atau urutan rumusan masalah.
- c. Rekonstruksi data (*reconstructing*) yaitu menyusun ulang data secara teratur, berurutan logis sehingga mudah dipahami dan mudah diinterpretasikan.
- d. Sistematisasi data (*systematizing*) yaitu menempatkan data menurut kerangka sistematika bahasa berdasarkan urutan masalah

6. Analisis Data

Setelah semua data terkumpul, data tersebut kemudian dianalisis secara kualitatif, yaitu dengan mengangkat fenomena yang terjadi di masyarakat melalui penggalian kasus-kasus konkrit dan keadaan hukum di lapangan yang mana terfokus pada pengkajian terhadap pemikiran, makna dan cara pandang baik masyarakat, ahli hukum maupun peneliti sendiri mengenai gejala-gejala yang menjadi objek penelitian. Fenomena yang dijabarkan dalam penelitian ini adalah mengenai implementasi pola pengasuhan bersama dalam penyelesaian sengketa hak asuh anak.

7. Sistematikan Penulisan.

Untuk mengetahui secara garis besar mengenai penulisan tesis ini, maka penulis menggunakan sistematika sebagai berikut ;

- BAB I: Pada bab ini penulis membahas tentang pendahuluan yang meliputi latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka pemikiran, jenis penelitian, metode pengumpulan data, pendekatan penelitian, metode analisis data, sistematika pembahasan.
- BAB II: Pada bab ini penulis akan menguraikan landasan teoritis meliputi tinjauan umum tentang hak asuh anak (*Haḍānah*): pengertian *Haḍānah*, rukun dan syarat *Haḍānah*; Hak asuh anak dalam hukum positif, yurisprudensi, dan *fiqh munakahat*; konsep pengasuhan bersama; kajian umum tentang *Maqashid al-Syari'ah*; dan teori Hukum Keseimbangan Kepentingan (Roscoe Pound).
- BAB III: Pada bab ini penulis akan menguraikan gambaran umum lokasi penelitian yaitu Pengadilan Agama Gedong Tataan yang meliputi, sejarah berdirinya Pengadilan Agama Gedong Tataan, kedudukan, tugas pokok dan fungsi pengadilan agama, putusan hakim pengadilan agama Gedong Tataan tentang perkara nomor 0334/Pdt.G/2019/Pa.Gdt.
- BAB IV: Pada bab ini penulis akan membahas hasil analisis tentang dasar pertimbangan hukum Hakim terhadap implementasi pola Pengasuhan Bersama (*shared parenting*) pada putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/PA.Gdt. dan analisis tinjauan teori *Maqasid Syariah* terhadap implementasi pola Pengasuhan Bersama (*Shared Parenting*) pada putusan nomor 0334/Pdt.G/2019/Pa.Gdt.
- BAB V: Pada bab ini merupakan bab penutup yang meliputi kesimpulan dan saran.

BAB II

LANDASAN TEORI

A. Tinjauan Umum Tentang *Haḍānah*

1. Pengertian *Haḍānah*

Haḍānah dalam beberapa literatur mengandung beragam definisi yang ditujukan kepada makna *hadhana* diantaranya dalam ilmu fiqih Islam, pengasuhan anak dikenal istilah *haḍānah*, berasal dari bahasa arab, diambil dari kata *hadana – yahdunu – hadnann* yang bermakna mengasuh anak, memeluk anak, ataupun pengasuh anak *hadhinatun*¹

Sementara dalam kitab Al-Mushtalahat Al-Fiqhiyyah, disebutkan *haḍānah* berasal dari kata *hadhna* dengan *fathah* huruf *ha* merupakan *mashdar* dari kata *hadhana yahdhunu* artinya mengasuh atau memelihara anak kecil. “*hidhnun*” dengan *kasrah* huruf *ha* artinya *Al-janbu* di samping atau di sisi karena seorang pengasuh menjadikan anak itu selalu berkumpul di sisinya².

Selanjutnya pada literature yang lain ditemukan pemaknaan atas *haḍānah* dijelaskan bahwa *haḍānah* merupakan kata dalam bahasa Arab yang berakar pada kata “*al hidln*” yang berarti “rusuk”³, “*al janb*” yang berarti “di samping atau berada di bawah ketiak”⁴. Sehingga kata *haḍānah* selanjutnya jamak digunakan dalam istilah hukum keluarga yang secara etimologis berarti “pengasuhan anak”. Dalam sejarahnya, seorang ibu yang mengasuh anak umumnya menggendong atau mengasuh anaknya dengan meletakkan si anak pada sebelah atau salah satu rusuknya, atau

¹ Mahmud Yunus dalam Vivi Kurniawati, *Pengasuhan Anak* (Jakarta: Rumah Fiqih Publishing, 2018), h. 8.

² *Ibid.*

³ Kamal Muchtar, *Asas-Asas Hukum Islam tentang Perkawinan* (Jakarta: Bulan Bintang, 2004), h. 137

⁴ Satria Efendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer* (Jakarta: Kencana, 2004), h. 166.

juga meletakkan si anak dalam pangkuannya⁵.

Sedangkan secara istilah, beberapa pengertian berikut dapat kita rujuk dari beberapa ahli seperti, Amir Syarifuddin⁶ menyatakan bahwa *haḍānah* dalam pengertian sederhana adalah “pemeliharaan” atau “pengasuhan”. Dalam pengertian yang lebih luas, *haḍānah* adalah pemeliharaan anak yang masih di bawah umur yang ditetapkan setelah terjadinya perceraian antara suami dan istri. Penetapan pengasuhan anak setelah terjadinya perceraian akan menjadi hal mendasar sebab hak anak perlu dilindungi pasca kedua orang tuanya memilih untuk bercerai.

Selanjutnya Muhammad Husain Zahabi mendefinisikan *haḍānah* sebagai upaya melayani kebutuhan dan kepentingan anak yang masih di bawah umur oleh pihak-pihak yang diberi hak untuk melakukan hal tersebut. Melayani kebutuhan anak tidak terbatas pada pemenuhan hak-hak dasarnya semata, namun juga mencakup upaya mendidik kepribadian dan mentalitas anak⁷.

Definisi lain yang memiliki pemaknaan serupa, Andi Syamsu Alam dan Ahmad Fauza⁸ mendefinisikan *haḍānah* sebagai kewenangan yang diberikan kepada pihak tertentu guna melaksanakan tugas merawat dan mendidik anak yang masih belum *mumayyiz* (dewasa). Permasalahan *haḍānah* dapat muncul dikarenakan adanya perceraian dari kedua orang tua si anak atau karena kedua orang tua anak tersebut meninggal dunia.

Sedangkan menurut kementerian wakaf dan urusan agama Kuwait, dalam *mausu'ah fiqhiyah*, sebagaimana dikutip Vivi Kurniawati⁹ menyebutkan *haḍānah* ialah pemeliharaan anak yang belum mampu berdiri sendiri mengurus dirinya, memberikan pendidikan yang layak, serta melindunginya dari segala sesuatu yang dapat membinasakan atau membahayakannya.

⁵ Kamal Muchtar, *loc.cit.*

⁶ Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia: Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan* (Jakarta: Kencana, 2007), h. 327 - 328.

⁷ Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, h. 114.

⁸ Ibid.

⁹ Vivi Kurniawati, *op.cit.*, h. 8.

Sejatinya pemeliharaan anak hakikatnya adalah memberikan pemenuhan berbagai aspek kebutuhan baik primer maupun sekunder anak, meliputi pendidikan, kesehatan, ketentraman, dan segala aspek yang berkaitan dengan kebutuhan sehari-hari yang diperlukan anak.¹⁰

Pentingnya menetapkan pihak yang berhak melakukan tugas dan fungsi *haḍānah* dilatari kenyataan bahwa si anak yang belum *mumayyiz* secara faktual belum dapat memenuhi kebutuhannya sendiri serta belum dapat mengorganisasikan kehidupannya selayaknya orang-orang yang telah dewasa.¹¹

Selain itu, *haḍānah* juga dimaknai sebagai suatu penetapan yang memberikan kewenangan kepada salah satu pihak untuk melaksanakan tugas dan kewajiban mengurus dan memenuhi kebutuhan seorang anak yang belum *mumayyiz*, baik secara moril maupun materil, guna menjamin terpenuhinya hak-hak dasar anak hingga anak tersebut dewasa dan/atau mandiri.¹²

Dengan begitu *haḍānah* mengandung suatu prinsip bahwa yang menjadi aksentuasi *haḍānah* adalah kepentingan terbaik si anak, yaitu bagaimana *haḍānah* mampu menjamin terpenuhinya hak-hak dasar si anak dan memastikan bahwa *haḍānah* dapat menghindarkan si anak dari berbagai kemudharatan yang mungkin dapat menyimpannya.¹³

Haḍānah dari aspek bahasa bermakna “meletakkan sesuatu dekat tulang rusuk atau di pangkuan”, pada saat seorang ibu menyusukan anaknya pada umumnya anak diletakan di pangkuannya, seakan-akan seorang ibu pada saat itu sedang melindungi dan memelihara anaknya, karena itu “*haḍānah*” menjadi istilah yang memiliki tujuan: pendidikan dan pemeliharaan sejak anak lahir hingga ia memiliki kemampuan untuk berdiri dan memenuhi keperluannya sendiri, yang dilakukan oleh kerabat

¹⁰ *Ibid* . h. 9.

¹¹ M. Natsir Asnawi, *Penerapan Model Pengasuhan Bersama (Shared Parenting) Dalam Penyelesaian Sengketa Hak Asuh Anak*, Al-Iqtishadiyah, Jurnal Ekonomi Syariah dan Hukum Ekonomi Islam, Volume 5, Nomor 1, Juni 2019), h. 65.

¹² *Ibid*.

¹³ *Ibid*.

anak tersebut”.

Para ulama fikih mendefinisikan: *haḍānah* yaitu melakukan pemeliharaan anak-anak yang masih kecil, baik laki-laki maupun perempuan, atau yang sudah besar tetapi belum *mumayyiz*, menyediakan sesuatu yang menjadikan kebajikannya, menjaga dari sebab yang dapat menyakitkan dan membinasakannya, membina jasmani, rohani maupun akalannya, agar memiliki kemampuan untuk berdiri sendiri dalam menghadapi kehidupannya dan memikul tanggung jawab.

Pengasuhan (*hadānah*) adalah menjaga anak kecil, orang yang tidak mampu, orang gila, orang ediot dari bahaya yang bisa ditimbulkan sebisa mungkin, merawat dan menjaga kepentingan-kepentingannya, seperti membersihkan, memberikan makan, dan apa yang diperlukan untuk kenyamanannya¹⁴

Haḍānah berbeda maksudnya dengan pendidikan (*tarbiyah*). Dalam *haḍānah* terkandung pengertian pemeliharaan jasmani dan rohani, di samping terkandung pengertian pemeliharaan jasmani dan rohani di samping terkandung pula pengertian pendidikan terhadap anak. Pendidik mungkin terdiri dari keluarga si anak dan ia merupakan pekerjaan profesional, sedangkan *haḍānah* dilaksanakan dan dilakukan oleh keluarga si anak, kecuali jika anak tidak mempunyai keluarga serta ia tidak memiliki kecakapan; dilakukan oleh seorang ibu, serta anggota kerabat yang lain. *haḍānah* merupakan hak dari *hadhin*, sedangkan pendidikan belum tentu merupakan hak dari pendidik.

Dari beberapa pendapat tersebut, dapat disimpulkan bahwa *haḍānah* merupakan hak anak yang belum *mumayyiz* (dewasa) untuk mendapatkan perlindungan, pengasuhan, pelayanan dan kasih sayang terbaik, yang merupakan hak dasar baginya dari kedua orangtuanya, yang berpisah karena perceraian, hingga dirinya dewasa dan mandiri dapat menjalankan kehidupannya sendiri ditengah masyarakat.

¹⁴ Syaikh Abdurrahman Al-Juzairi. *Fikih Empat Mazhab, Jilid 5* (Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2015), h. 1137.

2. Dasar Hukum *Haqānah*

Dalam pandangan Islam memelihara dan mendidik anak adalah kewajiban bagi kedua orang tua, anak yang tidak dipelihara akan terancam masa depannya bahkan keselamatan jiwanya. Kewajiban mengasuh anak bagi kedua orangtua dapat ditemukan penjelasannya di dalam firman Allah SWT, Hadis Nabi dan ketentuan hukum positif yang berlaku di Indonesia.

Al-Quran

Sebagaimana diketahui bahwa pengasuhan anak menjadi kewajiban atau tanggung jawab orang tuanya (suami istri). Untuk masalah biaya pemeliharaan dan pendidikan anak merupakan tanggung jawab ayahnya (suami), sedangkan hak untuk mendapatkan pemeliharaan dari kedua orangtuanya adalah merupakan hak anak, yang harus ditunaikan sebagai kewajiban oleh kedua orangtuanya sebagaimana dijelaskan Allah dalam firmanNya sebagai berikut:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ

Artinya:

“Wahai orang-orang yang beriman, jagalah dirimu dan keluargamu dari api neraka yang bahan bakarnya adalah manusia dan batu. Penjaganya adalah malaikat-malaikat yang kasar dan keras. Mereka tidak durhaka kepada Allah terhadap apa yang Dia perintahkan kepadanya dan selalu mengerjakan apa yang diperintahkan”. (QS. At-Tahrim/66:6)

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلِّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا

أَوْلَادِكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ وَانْتَقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya:

“Ibu-ibu hendaklah menyusui anak-anaknya selama dua tahun penuh, bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Kewajiban ayah menanggung makan dan pakaian mereka dengan cara yang patut. Seseorang tidak dibebani, kecuali sesuai dengan kemampuannya. Janganlah seorang ibu dibuat menderita karena anaknya dan jangan pula ayahnya dibuat menderita karena anaknya. Ahli waris pun seperti itu pula. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) berdasarkan persetujuan dan musyawarah antara keduanya, tidak ada dosa atas keduanya. Apabila kamu ingin menyusukan anakmu (kepada orang lain), tidak ada dosa bagimu jika kamu memberikan pembayaran dengan cara yang patut. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa sesungguhnya Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan. (QS. Al-Baqarah/2:233)

Pada terjemahan kedua ayat tersebut di atas orang tua diperintahkan Allah SWT untuk memelihara keluarganya dari api neraka, dengan berusaha agar anggota keluarganya itu melaksanakan perintah-perintah dan larangan-larangan Allah, termasuk anggota keluarga dalam ayat ini adalah anak. Serta kedua orang tua dianjurkan pula untuk memperhatikan kebutuhan dan masa depan anaknya. Termasuk suami dibebani kewajiban memenuhi kebutuhan istri dan anak-anaknya.

Hadis

Rasulullah SAW, juga menyampaikan ketentuan hukum tentang kewajiban mengasuh anak dalam hadisnya:

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ السُّلَمِيُّ حَدَّثَنَا الْوَلِيدُ عَنْ أَبِي عَمْرٍو يَعْني الْأَوْزَاعِيَّ حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَنُدْبِي لَهُ سِقَاءٌ وَحِجْرِي لَهُ جِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي

“Telah menceritakan kepada kami Mahmud bin Khalid As Sulami, telah menceritakan kepada kami Al Walid dari Abu 'Amr Al Auza'i, telah menceritakan kepadaku 'Amr bin Syu'aib, dari ayahnya dari kakeknya yaitu Abdullah bin 'Amr bahwa seorang wanita berkata: “Wahai Rasulullah, sesungguhnya anakku ini, perutku adalah tempatnya, dan puting susu adalah tempat minumannya, dan pangkuanku adalah rumahnya, sedangkan ayahnya telah menceraikanku dan ingin merampasnya dariku. Kemudian Rasulullah shallallahu 'alaihi wa sallam berkata kepadanya: "Engkau lebih berhak terhadapnya selama engkau belum menikah." (HR. Abu Daud)¹⁵

Hadis tersebut di atas menjelaskan bahwa ibu lebih berhak dalam pengasuhan anak, dengan ketentuan selama belum menikah kembali dengan laki-laki lain. Namun jika anak tersebut telah menginjak usia *tamyiz*, maka si anak berhak memilih kepada siapa ia akan tinggal/ikut antara ayahnya atau ibunya.

حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ عَلِيٍّ الْخُلَوَانِيُّ حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ وَأَبُو عَاصِمٍ عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي زِيَادٌ عَنْ هِلَالِ بْنِ أُسَامَةَ أَنَّ أَبَا مَيْمُونَةَ سَلَّمَ مَوْلَى مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ رَجُلٌ صِدْقٍ قَالَ بَيْنَمَا أَنَا جَالِسٌ مَعَ أَبِي هُرَيْرَةَ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ فَارْسِيَّةٌ مَعَهَا ابْنٌ لَهَا فَادَّعَيْتُهَا وَقَدْ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا فَقَالَتْ يَا أَبَا هُرَيْرَةَ وَرَطَّنْتُ لَهُ بِالْفَارِسِيَّةِ زَوْجِي يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ اسْتَهْمَا عَلَيْهِ وَرَطَّنْ لَهَا بِذَلِكَ فَجَاءَ زَوْجُهَا فَقَالَ مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ اللَّهُمَّ إِنِّي لَا أَقُولُ هَذَا إِلَّا أَنِّي سَمِعْتُ امْرَأَةً جَاءَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا قَاعِدٌ عِنْدَهُ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ زَوْجِي يُرِيدُ أَنْ يَذْهَبَ بِابْنِي وَقَدْ سَقَانِي مِنْ بئر أَبِي عِنْبَةَ وَقَدْ نَفَعَنِي فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَهْمَا عَلَيْهِ فَقَالَ زَوْجُهَا مَنْ يُحَاقُّنِي فِي وَلَدِي فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمُّكَ فَخُذْ بِيَدِ ابْنَيْهِمَا شِئْتَ فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ فَأَنْطَلَقَتْ بِهِ

¹⁵ Imam Abu Daud, dalam Sunan Abu Daud No. 1938

“Telah menceritakan kepada kami Al Hasan bin Ali Al Hulwani, telah menceritakan kepada kami Abdurrazaq, dan Abu “Ashim dari Juraij, telah mengabarkan kepadaku Ziyad dari Hilal bin Usamah, bahwa Abu Maimunah mantan budak penduduk Madinah adalah orang yang jujur, ia berkata: Tatkala aku sedang duduk bersama Abu Hurairah, datang kepadanya seorang wanita Persia yang membawa anaknya -dia dan suaminya mengklaim lebih berhak terhadap anak tersebut-, sedangkan suaminya telah menceraikannya. Wanita tersebut berkata menggunakan bahasa Persia: Wahai Abu Hurairah, suamiku ingin pergi membawa anakku. Kemudian Abu Hurairah berkata kepadanya menggunakan bahasa asing: “Undilah anak tersebut.” Kemudian suaminya datang dan berkata: “Siapakah yang menyelisihkanku mengenai anakku?” Kemudian Abu Hurairah berkata: Ya Allah, aku tidak mengatakan hal ini kecuali karena aku telah mendengar seorang wanita datang kepada Rasulullah shallallahu ‘alaihi wa sallam sementara aku duduk di sisinya, kemudian ia berkata: 'Wahai Rasulullah shallallahu 'alaihi wa sallam, sesungguhnya suamiku hendak pergi membawa anakku, sementara ia telah membantuku mengambil air dari sumur Abu 'Inabah, dan ia telah memberiku manfaat.' Kemudian Rasulullah shallallahu 'alaihi wa sallam bersabda: "Undilah anak tersebut!" kemudian suaminya berkata: "Siapakah yang akan menyelisihiku mengenai anakku?" Kemudian Nabi shallallahu 'alaihi wa sallam berkata: "Ini adalah ayahmu dan ini adalah ibumu, gandenglah tangan salah seorang diantara mereka yang engkau kehendaki!" kemudian ia menggandeng tangan ibunya, lalu wanita tersebut pergi membawanya. (HR. Abu Daud)¹⁶

Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Selanjutnya, ketentuan mengenai *hadānah* dapat dilihat pada Pasal 105 KHI, yang menyatakan bahwa: Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Sementara bagi anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepadanya untuk memilih apakah kepada ayah atau ibunya untuk memegang hak pemeliharaan terhadap dirinya. Segala pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya. Selain itu, dijelaskan dalam Undang-Undang Perkawinan Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan, yang menyatakan bahwa:

Akibat putusya perkawinan karena perceraian ialah :

¹⁶ Imam Abud Daud, dalam Sunan Abu Daud No. 1939

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

Selanjutnya Pasal 45 Undang-Undang tentang Perkawinan, menyebutkan sebagai berikut:

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

Berdasarkan ketentuan di atas, dari dalil al-Qur'an, sunnah, dan UU No. 1 tahun 1974 tentang perkawinan dapat diketahui bahwa *haḍānah* (pemeliharaan anak) pada dasarnya merupakan kewajiban yang harus dilaksanakan kedua orangtua (suami istri), sementara bagi anak merupakan hak baginya untuk mendapatkan pengasuhan yang layak semenjak ia dalam kandungan, hingga ia memiliki kemampuan dan kesadaran untuk bisa bersikap mandiri menentukan kebutuhan dan masa depannya sendiri.

Selain perlunya memperhatikan ketentuan yang mendasari kewajiban *haḍānah* diperlukan pula memastikan pihak-pihak yang memperoleh hak pengasuhan, apakah mereka mampu menjalankan fungsi *ahl- haḍānah* atau justru sebaliknya. Hal tersebut mengingat *haḍānah* semata-mata adalah menjalankan fungsi merawat, mengasuh dan menjaga anak dari kebinasaan. Sehingga apabila pemegang hak *haḍānah* tidak

memiliki kemampuan atau *kafa'ah* untuk hal itu, maka gugurlah haknya karena membahayakan kondisi si anak (*mahdhūn*)¹⁷.

Seorang ibu, misalnya adalah pihak pertama dan paling utama pemegang hak asuh anak, namun bila ia tak memiliki kemampuan pengasuhan seperti sakit keras, hilang akal, atau fasik, disibukan dengan berbagai kegiatan maka hak pengasuhan ini dialihkan pada pihak lain. Untuk itu, diperlukan syarat dan ketentuan yang wajib dipenuhi dalam pelaksanaan hukum *haḍānah*¹⁸.

3. Rukun dan Syarat *Haḍānah*

a. Rukun

Ada dua rukun dalam pengasuhan (*Haḍānah*), yaitu pengasuh (*hadhin*) dan yang diasuh (*mahdhun*)¹⁹.

a. Pengasuh (*hadhin*)

Pengasuh (*hadhin*) adalah pihak yang ditetapkan (oleh Pengadilan) untuk menjalankan tugas dan kewajiban memelihara dan mengasuh seorang anak yang belum *mumayyiz*. Pengasuh umumnya dianjurkan dari pihak keluarga ibu si anak. Setelahnya baru ke pihak keluarga ayah si anak. Namun demikian, ketentuan ini masih bersifat *ijtihadiy*, dalam arti bahwa jika ada situasi yang mendesak, pihak keluarga si ayah dapat lebih didahulukan.

b. Anak yang diasuh (*mahdhun*)

Mahdhun adalah anak yang memerlukan pengasuhan oleh pihak tertentu akibat perceraian kedua orang tuanya atau karena kedua orang tuanya meninggal dan pada saat yang sama si anak yang belum *mumayyiz* belum dapat memenuhi sendiri kebutuhan-kebutuhan hidupnya. Ukuran *mumayyiz* anak berbeda-beda karena

¹⁷ M. Iwan Januar. *Hadhanah Risalah Agung Pengasuhan Anak Dalam Islam* (Bogor: Al Azhar Fresh Zone Publishing, 2018), h.56

¹⁸ *Ibid.*, h.57.

¹⁹ Amir Syarifuddin, *op.cit.*, h. 328.; Andi Syamsu Alam dan Ahmad Fauzan, h. 121 – 122.; Kamal Muchtar, h. 143 – 144.

ulama memiliki pandangan berbeda mengenai hal ini. Terkait hal tersebut ukuran anak *mumayyiz*, dapat merujuk kepada salah satu ketentuan dalam KHI yaitu Pasal 105 huruf (a) menetapkan usia anak belum *mumayyiz* yaitu belum genap 12 tahun.

b. Syarat bagi pemegang *haḍānah*

Hal yang paling mendasar dalam *haḍānah* adalah penentuan syarat-syarat bagi pemegang *haḍānah*. Hal ini dikarenakan pemegang *haḍānah* haruslah orang yang diperkirakan dapat mengasuh anak dengan baik dan amanah. Tanpa adanya minimal dua hal tersebut maka sulit untuk mewujudkan *haḍānah* yang menjamin kelangsungan dan keterpenuhan hak-hak dasar anak.

Dari sejumlah literatur, dapat dipaparkan beberapa persyaratan yang harus dipenuhi bagi seseorang untuk ditetapkan menjadi pemegang *Haḍānah* atau *hadhin*. Sebagaimana dirangkum oleh Amir Syarifuddin sebagaimana dikutip M. Natsir Asnawi²⁰, berikut dipaparkan persyaratan seseorang dapat ditetapkan sebagai pemegang *haḍānah*:

a. Dewasa

Syarat pertama dan utama bagi seorang *hadhin* adalah ia harus dewasa. Dewasa adalah keadaan seseorang yang memenuhi syarat-syarat atau ketentuan menurut hukum seperti telah berusia di atas 21 tahun, mandiri, mampu memenuhi kebutuhan hidupnya sendiri, cakap melakukan tindakan hukum (*rechtsbekwaamheid*), memiliki kemampuan untuk melakukan tindakan hukum (*rechtsbevoegheid*), tidak berada di bawah pengampuan, serta mempunyai integritas diri yang baik. Tegasnya, dewasa adalah keadaan objektif pada diri seseorang yang membuat ia cakap bertindak hukum untuk kepentingan hukum tertentu, khususnya demi kepentingan terbaik si anak.

²⁰ M. Natsir Asnawi, *op.cit.*, h. 68-70.

b. Berakal sehat

Seseorang yang memiliki akal sehat identitik dengan kemampuan untuk mengorganisasikan potensi pikirannya, sanggup menyinergikan antara kecakapan akal dengan perasaan, dan perilakunya, berpikir logis, serta mumpuni dalam mengenali keadaan lingkungan sekitarnya, dan tidak mengidap gangguan psikologis. Berakal sehat mampu membedakan dengan baik hal-hal yang sesuai dan bertentangan dengan norma.

Dalam konteks *hadānah*, seseorang yang berakal sehat mampu memilah, memilih, dan melaksanakan tindakantindakan yang dianggap terbaik bagi kepentingan si anak.

c. Cakap dalam merawat anak

Pengasuh harus mempunyai kompetensi dalam merawat (mengasuh) anak secara baik. Kemampuan tersebut tergambar dari visinya dalam penatalaksanaan pengasuhan anak, antara lain kemampuannya mengidentifikasi kebutuhan dasar anak, tindakan-tindakan preventif yang diperlukan guna menghindarkan anak dari ke-*mudharat*-an, upaya meningkatkan kualitas hidup anak, menata pola komunikasi dengan anak yang bersifat membangun, maupun menyusun rencana pendidikan anak yang mendukung demi kepentingan masa depannya.

d. Beragama Islam

Terdapat perbedaan pendapat mengenai syarat beragama Islam bagi *hadhin*. *Jumhur* ulama berpendapat bahwa salah satu syarat yang wajib dipenuhi oleh *hadhin* adalah ia harus beragama Islam.

Dasar pemikirannya adalah bahwa tugas pengasuhan tidak hanya terkait dengan pemenuhan kebutuhan fisik si anak, namun juga bersentuhan langsung dengan salah satu tujuan syariat Islam, yaitu *hifz al din* (menjaga agama atau

keyakinan).

Jika seorang anak muslim diasuh oleh orang yang tidak beragama Islam, dikhawatirkan hal tersebut akan mengganggu akidah anak karena besar kemungkinan pengasuh non muslim berupaya memengaruhi akidah si anak untuk mengikuti akidah pengasuhnya.

Tiga madzhab dalam *fiqh* yaitu Syafi'iyah, Hanabilah, dan Hanafiyah cenderung mensyaratkan Islam sebagai prasyarat yang harus ada bagi pemegang hak asuh anak.

Madzhab Hanafiyah secara khusus menekankan prasyarat "Islam" pada pihak laki-laki sementara bagi kalangan perempuan tidak dipersyaratkan demikian. Madzhab Malikiyah secara umum tidak mensyaratkan "Islam" sebagai syarat bagi pemegang hak asuh bagi anak muslim.

Namun demikian, penganut Malikiyah menekankan harus adanya kepastian atau upaya memastikan bahwa si anak diberi makanan yang tidak mengandung bahan-bahan atau unsur-unsur yang diharamkan oleh Islam seperti khamr, babi, atau substrat lain yang tidak sejalan dengan syariat Islam.

Dalam keadaan dimana ada kecenderungan si anak diberi makanan tersebut, maka hak pengasuhan anak diberikan kepada pihak laki-laki.²¹ Secara prinsip, orang non muslim tidak memiliki kewenangan mengasuh anak muslim, demikian secara singkat pandangan madzhab Syafiiyah dan Hanabilah.

Orang non muslim secara syara' tidak berwenang memimpin kaum muslimin. Jika pada kenyataannya tidak ada orang muslim, maka pengasuhan dapat beralih kepada non muslim yang dikategorikan sebagai kafir zimmi, yaitu non muslim yang tidak memusuhi Islam secara terang-terangan.

²¹ Erfani Aljan Abdullah, *Pembaruan Hukum Perdata Islam: Praktik dan Gagasan* (Yogyakarta: UII Press, 2017), h. 110- 111.

Madzhab Malikiyah dan Madzhab Hanafiyah, menurut Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan²² tidak mensyaratkan Islam bagi pengasuh anak muslim. Hal ini didasarkan pada salah satu hadis Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan oleh Abu Dawud: “Ya Allah, tunjuki anak itu, condongkan hatinya kepada ayahnya”.

Dalam hadis tersebut, Rasulullah SAW diperhadapkan pada suatu kasus perebutan hak asuh anak dan Rasulullah memerintahkan kepada si anak memilih di antara ayah (muslim) dan ibunya (non muslim) yang pada akhirnya si anak memilih ibunya yang non muslim. Rasulullah kemudian berdoa seperti redaksi tersebut.²³

e. Adil

Seseorang yang akan ditetapkan sebagai *hadhin* harus memiliki sifat adil. Adil dalam hal ini bermakna bahwa pengasuh anak (*hadhin*) menjalankan syariat Islam dengan baik, antara lain melaksanakan ibadah dengan baik dan rutin, menjauhi sifat-sifat dan perbuatan tercela yang dilarang agama.

Pengasuh memiliki integritas yang baik, dalam arti mampu menjaga amanah dengan sebaik-baiknya. Dalam pengertian lebih jauh, pengasuh merupakan pribadi yang taat pada hukum; menghindarkan dirinya dari perbuatan-perbuatan melawan hukum.

Indikasi-indikasi seseorang adil atau tidak dapat terlihat dari bagaimana relasi sosialnya yang baik dan konstruktif dalam kehidupan bermasyarakat. Untuk mengetahui seseorang dapat berlaku adil atau tidak, misalnya, dapat dilihat dari bagaimana ia berperilaku sehari-hari.

²² M. Natsir Asnawi, *Penerapan Model Pengasuhan Bersama (Shared Parenting) Dalam Penyelesaian Sengketa Hak Asuh Anak* (Al-Iqtishadiyah Jurnal Ekonomi Syariah dan Hukum Ekonomi Syariah E-ISSN: 2621-0274; P-ISSN: 2442-2282 Volume 5, Nomor 1, Juni 2019), h.

²³ *Ibid.*

Seseorang yang “adil” dapat tergambar dari bagaimana ia memberi perhatian dan memegang prinsip-prinsip kebenaran, baik terhadap orang lain maupun terhadap dirinya sendiri. Jika seseorang dapat memperlakukan orang lain sebagaimana mestinya, ia terindikasi kuat dapat berlaku adil, termasuk dalam konteks ia sebagai pemegang *Haḍānah*.

B. Hak Asuh Anak Dalam Norma Hukum Positif, Yurisprudensi dan *Fiqh Munakah*

Hak asuh anak merupakan salah satu bidang hukum penting dalam lapangan hukum keluarga (*family law, al akhwal al syaksiyyah*). Pengaturan mengenai hak asuh anak dalam hukum positif Indonesia eksplisit di atur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pasal 41 huruf (c) menyebutkan: “Baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak-anak, Pengadilan memberi keputusan”

Dari ketentuan tersebut dapat dipahami bahwa pada prinsipnya pengasuhan anak adalah kewajiban kedua orangtua, kewajiban tersebut dapat dilaksanakan dengan optimal manakala kedua orangtua dapat saling bekerjasama dalam melakukan tugas dan fungsi pengasuhan demi kepentingan terbaik sang anak.

Selain itu dapat dimaknai pula bahwa ketentuan tersebut mengandung makna bahwa meskipun suatu penetapan terhadap hak pengasuhan ditetapkan kepada salah satunya, namun kewajiban atau tanggungjawab bagi pihak yang lainnya tetap melekat untuk turut serta melakukan tugas pengasuhan untuk kepentingan terbaik si anak.

Pasal tersebut di atas juga menggariskan bahwa sebagai akibat dari adanya perceraian kedua orang tua anak, hak asuh anak wajib mendapatkan perhatian bagi kedua orang tua tersebut. Perselisihan yang muncul kemudian terkait siapa yang lebih layak diberi hak (kewajiban) mengasuh diselesaikan

oleh Pengadilan melalui putusannya. Ini berarti pula bahwa dalam pelaksanaan hak asuh untuk kepentingan terbaik si anak, peran Pengadilan sangat strategis dalam menetapkan hak (kewajiban) pengasuhan anak dimaksud²⁴.

Dalam terminologi hukum Indonesia hak asuh anak juga sering disebut sebagai kuasa asuh anak. Hal ini antara lain ditemukan dalam Pasal 1 angka (11) Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Kuasa asuh anak menurut undang-undang tersebut adalah kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuhkembangkan Anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan sesuai dengan kemampuan, bakat, serta minatnya.

Pada prinsipnya eksistensi kuasa asuh anak sebagaimana diatur dalam ketentuan hukum adalah untuk memberikan jaminan, perlindungan, dan pemenuhannya oleh pemegang kuasa asuh anak yaitu orang tua. Dengan kuasa asuh anak yang dilaksanakan secara bertanggungjawab tentu sangat mendorong kualitas si anak, dalam kehidupannya juga pengembangan potensi dan keterampilan yang dimilikinya.

Itulah sebabnya ketika membincang hak asuh anak yang selalu akan menjadi fokus perhatian adalah bagaimana memastikan jaminan hak-hak dasar anak, termasuk pula anak yang mengalami disabilitas dapat terpenuhi dengan baik. Hak-hak dasar anak dimaksud meliputi hal-hal berikut²⁵:

- a. Hak untuk diasuh oleh orangtuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan/atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi Anak dan merupakan pertimbangan terakhir;
- b. Dalam hal seorang anak diasuh terpisah oleh orangtuanya, anak berhak untuk bertemu langsung dan berhubungan pribadi secara tetap dengan kedua orang tuanya;

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Tim penyusun Pengadilan Agama Banjarbaru. *Kontekstualisasi Hukum Perdata Islam Sinergitas Teks - konteks* (Yogyakarta: Phoenix publisher, 2018), h. 8.

- c. Hak untuk memperoleh pembiayaan hidup dari kedua orang tuanya
- d. Hak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakat.

Luasnya cakupan mengenai hak-hak dasar anak cukup memberi dasar berpikir yang jelas mengapa penentuan hak asuh anak harus didasarkan pada pertimbangan yang matang. Menetapkan hak asuh anak kecuali dimaknai sebagai menentukan siapa pemegang hak asuhnya merupakan ikhtiar awal yang akan sangat menentukan masa depan anak.

Terkait dengan siapa yang paling berhak mengasuh anak setelah terjadinya perceraian, tidak banyak pasal dalam perundangan yang mengaturnya, Kompilasi Hukum Islam yang diberlakukan melalui instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 mengatur beberapa hal terkait pengasuhan anak. Khusus mengenai penentuan pemegang hak asuh anak diatur dalam Pasal 105 yang pada pokoknya menegaskan hal-hal berikut:

- a. Hak pengasuhan (pemeliharaan) terhadap anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun berada pada ibunya;
- b. Setelah anak *mumayyiz* atau berusia dua belas tahun, anak berhak untuk memilih atau menentukan siapa di antara ayah dan ibunya yang lebih berhak untuk memegang hak pengasuhan terhadapnya;
- c. Biaya pengasuhan atau pemeliharaan anak dibebankan kepada ayah si anak

Secara normatif, norma penetapan hak asuh anak dalam tradisi perundang-undangan kita lebih menekankan hak asuh diberikan kepada ibu kandungnya. Ini di latar belakang oleh kenyataan primordial bahwa seorang anak, terlebih yang masih balita, sangat membutuhkan kasih sayang dari seorang ibu²⁶.

Sedangkan hak asuh anak dalam yurisprudensi Mahkamah Agung dapat terlihat melalui, sejarah penetapan hak asuh anak dalam praktik

²⁶ *Ibid.*

hukum di Peradilan Agama, dapat diklasifikasikan menjadi dua periode²⁷. *Pertama*, periode sebelum tahun 2007 diwarnai dengan penetapan hak asuh anak yang mendominasi oleh penerapan hukum berdasarkan norma dasar yang ada. Dalam periode ini, secara umum dapat dikatakan bahwa hak asuh anak yang masih di bawah umur ditetapkan kepada ibu kandungnya tanpa mempertimbangkan lebih jauh aspek kemaslahatan anak. Dengan lain perkataan, penetapan hak asuh anak murni mengacu pada penormaan dalam Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam sebagaimana dikemukakan tersebut di atas.

Kedua, periode setelah tahun 2007 ditandai dengan terobosan hukum oleh Mahkamah Agung yang tidak secara kaku menerapkan norma dalam Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam, namun mulai beralih pada penetapan hak asuh anak berdasarkan pertimbangan terkait kemaslahatan anak. Terkait dengan hal ini, dapat dikemukakan setidaknya dua putusan Mahkamah Agung yang menandai era pembaruan hukum sengketa hak asuh anak sebagai berikut²⁸:

- a. Putusan Mahkamah Agung Nomor 267 K/AG/2006 tanggal 28 Februari 2007. Perkara ini pada pokoknya merupakan perkara permohonan cerai talak yang dikumulasikan dengan permohonan penetapan hak asuh anak kepada Pemohon. Perkara ini diputus dalam tiga tingkatan peradilan, yaitu tingkat pertama, tingkat banding, dan kasasi.

Pada tingkat pertama, Pengadilan Agama Cibinong dalam Putusan Nomor 777/Pdt.G/2003/PA.Cbn tanggal 19 April 2004 mengabulkan sebagian permohonan Pemohon dengan salah satu diantaranya menetapkan hak asuh anak Pemohon dan Termohon kepada Pemohon selaku ayah kandungnya. Putusan tersebut dikuatkan dalam tingkat banding oleh Pengadilan Tinggi Agama Bandung melalui Putusan Nomor 170/Pdt.G/2004/PTA.Bdg. tanggal 27 Oktober 2005.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Penetapan hak asuh anak kepada Pemohon selaku ayah kandungnya kemudian dikuatkan oleh Mahkamah Agung dalam Putusan Nomor 267 K/AG/2006 tanggal 28 Februari 2007. Mahkamah Agung dalam pertimbangannya menguatkan pertimbangan Pengadilan Agama Cibinong yang menetapkan hak asuh anak kepada Pemohon selaku ayah kandungnya dengan dasar bahwa kemaslahatan anak akan lebih terjamin jika diasuh oleh ayah kandungnya.

- b. Putusan Mahkamah Agung Nomor 110 K/AG/2007 tanggal 13 November 2007. Perkara ini pada pokoknya merupakan gugatan perceraian yang diajukan oleh Penggugat dengan kumulasi gugatan hak asuh anak. Tergugat mengajukan gugatan rekonsvansi yang ada pada pokoknya meminta kepada Pengadilan agar menetapkan hak asuh anak kepada Tergugat selaku ayah kandungnya. Perkara ini diputus pada dalam tiga tingkatan peradilan, yang pengadilan tingkat pertama (Pengadilan Agama Jakarta Selatan), pengadilan tingkat banding (Pengadilan Tinggi Agama Jakarta), dan kasasi (Mahkamah Agung).

Pada pengadilan tingkat pertama, selain mengabulkan gugatan perceraian, Pengadilan Agama Jakarta Selatan melalui Putusan Nomor 50/Pdt.G/2006/PTA.Jk. tanggal 20 Desember 2006. Pengadilan Tinggi Agama menetapkan hak asuh anak kepada Penggugat selaku Ibu kandungnya.

Pada tingkat kasasi, Mahkamah Agung membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta dan menguatkan Putusan Pengadilan Agama Jakarta Selatan. Dalam Putusan Nomor 110 K/AG/2007 tanggal 7 Desember 2007, Mahkamah Agung meneguhkan Putusan Pengadilan Agama Jakarta Selatan yang menetapkan hak asuh anak kepada Tergugat selaku ayah kandungnya. Mahkamah Agung menafsirkan kembali pemakaian Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam yang secara *an sich* mengatur bahwa hak asuh anak yang masih dibawah umur berada pada ibunya.

Mahkamah Agung melakukan *contra legem* dengan menafsirkan Pasal 105 dari aspek tujuan dan kemanfaatan hukum. Dalam pertimbangannya, Mahkamah Agung menyatakan²⁹:

“Bahwa berkaitan dengan pemeliharaan anak tidak serta merta dilihat dari siapa yang lebih berhak, tetapi dilihat dari fakta ikut siapa yang paling menyumbang kerusakan bagi anak, dengan lain kata yang harus dikedepankan adalah kepentingan si anak, bukan siapa yang paling berhak. Dan fakta yang telah diungkapkan Hakim pertama, si anak akan lebih menderita sekiranya ia harus ikut ibunya, karena ibu si anak sering bepergian ke luar negeri dan tidak jelas si anak harus bersama siapa, sedangkan fakta yang ada sekarang si anak tenang dan tenteram bersama ayahnya (Pemohon Kasasi). Bahwa sekalipun anak yang bernama Kiara Andjani Rachman ditetapkan di bawah Haḍānah Pemohon Kasasi/Tergugat”

Pertimbangan Mahkamah Agung tersebut dapat dipahami suatu kaidah hukum bahwa dalam penetapan siapa yang lebih layak mengasuh anak pasca perceraian, Hakim harus mempertimbangkan aspek kemashalahatan dan kepentingan terbaik untuk anak. Pertimbangan tersebut merupakan pertimbangan utaman yang harus menjadi patron Para Hakim alih-alih sekadar bersandar pada pertimbangan normatif yang termuat dalam Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam.

Dua putusan tersebut di atas menjadi pijakan bagi para Hakim dalam memutus perkara mengenai hak asuh anak. Setelah adanya putusan tersebut, penilaian terhadap siapa yang berhak mengasuh anak bukan lagi sekadar menerapkan norma dalam Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam *an sich*, namun lebih menekankan pada ikhtiar melindungi kepentingan dan kemashalahatan si anak karenanya, tidak mengherankan jika dalam pemeriksaan perkara-perkara hak asuh anak di Peradilan Agama senantiasa menelusuri rekam jejak (*track record*) dari kedua orang tua anak, guna memastikan bahwa siapa pun kelak

²⁹ *Ibid.*

yang ditetapkan mengasuh anak benar-benar memiliki tekad dan komitmen kuat dalam memelihara dan mengasuh anak tersebut dengan sebaik-baiknya.

Sementara hak asuh anak dalam *fiqih munakahat* yang merupakan bidang dalam ilmu fiqh membahas permasalahan hukum keluarga Islam. Lebih spesifik secara komprehensif membahas masalah pengasuhan anak atau *Haqānah*. Dimana sumber hukum yang digunakan dalam pengkajian masalah ini merujuk pada ketentuan dalam *nash al Qur'an, al hadist, qiyas, dan ijma*.

Secara umum, ketentuan mengenai kewajiban mengasuh anak terdapat dalam Al Qur'an surah Al Baqarah ayat 233. Allah SWT berfirman, artinya:

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ
 وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا
 لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ
 أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ
 تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا
 اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya:

“Ibu-ibu hendaklah menyusui anak-anaknya selama dua tahun penuh, bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. Kewajiban ayah menanggung makan dan pakaian mereka dengan cara yang patut. Seseorang tidak dibebani, kecuali sesuai dengan kemampuannya. Janganlah seorang ibu dibuat menderita karena anaknya dan jangan pula ayahnya dibuat menderita karena anaknya. Ahli waris pun seperti itu pula. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) berdasarkan persetujuan dan musyawarah antara keduanya, tidak ada dosa atas keduanya. Apabila kamu ingin menyusukan anakmu (kepada orang lain), tidak ada dosa bagimu jika kamu memberikan pembayaran dengan cara yang patut. Bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa sesungguhnya Allah Maha Melihat apa yang kamu kerjakan. (QS. Al-Baqarah/2:233)

Ayat tersebut di atas pada prinsipnya merupakan ketentuan perihal kewajiban seorang ibu menyapih anaknya dengan baik disertai dengan ketentuan perihal kewajiban seorang ayah (suami) untuk memenuhi (menafkahi) ibu (istri) dan anaknya yang masih di bawah umur. Kandungan ayat tersebut mewajibkan kepada kedua orang tua agar mengasuh anaknya secara baik. Sekalipun terjadi perceraian, maka kewajiban tersebut tetap melekat. Permasalahannya hanya pada tidak adanya penegasan mengenai siapa yang lebih berhak mengasuh anak pasca perceraian serta urutan pihak yang lebih berhak atas pengasuhan anak³⁰.

Terkait dengan hal tersebut, Jumhur ulama berpendapat bahwa pengasuhan anak pasca terjadinya perceraian kedua orang tua diutamakan kepada ibu kandungnya. Argumentasi tersebut mengacu kepada pertimbangan bahwa seorang ibu pada umumnya lebih cenderung mengasuh anak dengan lebih baik ketimbang ayahnya. Naluri kasih sayang seorang ibu pada umumnya jauh lebih kuat, demikian pula dengan kedekatan emosionalnya³¹.

Pada masa-masa awal Rasulullah SAW, kecenderungan yang ada kalau tidak mengatakan secara keseluruhan para ibu (perempuan) lebih sering berada dan menghabiskan waktu di rumah sementara para ayah (laki-laki) lebih sering berada di luar rumah untuk mencari nafkah dan/atau melakukan aktivitas lainnya. Keadaan ini secara subjektif melahirkan suatu asumsi dasar bahwa ibu (perempuan) memiliki waktu bersama (*quality time*) yang lebih banyak dalam mengasuh anak, dengannya para ibu lebih memahami keadaan dan kebutuhan faktual anaknya³².

Sifat-sifat dan keadaan para ibu (perempuan) sebagai dikemukakan tersebut sangat diperlukan dalam pengasuhan anak. Ada

³⁰ Ibid.h. 16.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

korelasi yang signifikan antara banyaknya waktu yang dihabiskan bersama anak dengan kualitas pengasuhan yang dilakukan. Dalam kaitan dengan hal ini, Rasulullah SAW pernah menyelesaikan suatu perselisihan antara ayah dan ibu mengenai siapa yang berhak mengasuhnya³³.

Peristiwa tersebut disebutkan dalam hadis yang diriwayatkan oleh Imam Abu Daud sebagai berikut³⁴:

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ خَالِدٍ السُّلَمِيُّ حَدَّثَنَا الْوَلِيدُ عَنْ أَبِي عَمْرٍو يَعْنِي الْأَوْزَاعِيَّ حَدَّثَنِي عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ وَتُدِّي لَهُ سِقَاءً وَحَجْرِي لَهُ جِوَاءٌ وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنِّي فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي

“Telah menceritakan kepada kami Mahmud bin Khalid As Sulami, telah menceritakan kepada kami Al Walid dari Abu 'Amr Al Auza'i, telah menceritakan kepadaku 'Amr bin Syu'aib, dari ayahnya dari kakeknya yaitu Abdullah bin 'Amr bahwa Seorang wanita berkata: "Wahai Rasulullah, sesungguhnya anakku ini, perutku adalah tempatnya, dan putting susu adalah tempat minumannya, dan pangkuanku adalah rumahnya, sedangkan ayahnya telah menceraikanku dan ingin merampasnya dariku. Kemudian Rasulullah shallallahu 'alaihi wa sallam berkata kepadanya: "Engkau lebih berhak terhadapnya selama engkau belum menikah." (HR. Abu Daud)

Ketentuan dalam terjemahan hadis tersebut melahirkan kaidah hukum bahwa keutamaan seorang ibu untuk mengasuh anaknya ditentukan oleh dua persyaratan, yaitu 1) ibu kandung belum menikah lagi dengan laki-laki lain; dan 2) ibu kandung memenuhi syarat-syarat untuk mengasuh anak. Jika salah satu atau kedua syarat tersebut tidak dipenuhi, maka kedudukan ibu kandung untuk mengasuh anak tidak lebih utama dibandingkan ayah si anak.

³³ *Ibid.*, h. 16-17

³⁴ Imam Abu Daud, dalam Sunan Abu Daud No. 1938

Dalam keadaan demikian, hak pengasuhan (dapat) berpindah kepada urutan yang paling dekat, yaitu ayah”³⁵.

Dalam salah satu riwayat pada kitab *al Muwaththa*, disebutkan bahwa Umar bin Khaththab menikah dengan seorang perempuan dari golongan Anshar. Dari perkawinan tersebut lahir seorang anak bernama Ashim bin Umar. Dalam perjalanan rumah tangganya, Umar bin Khaththab bercerai dengan istrinya tersebut. Pada suatu ketika, Umar melakukan perjalanan ke *Ouba'* dan menemui anaknya sedang bermain di dalam masjid setelahnya, Umar mengambil anak tersebut dan menaikkannya ke kuda. Menyaksikan hal tersebut, nenek si anak menyatakan bahwa itu anakku, Umar pun demikian, sehingga terjadi perselisihan di antara mereka terkait siapa yang paling berhak merawat anak tersebut. Setelah dihadapkan kepada Abu Bakar, Abu Bakar memutuskan bahwa anak tersebut ikut (diasuh) oleh ibunya.

Salah satu dasar pertimbangan Abu Bakar dalam menetapkan pengasuhan anak kepada ibunya adalah kecenderungan umum seorang ibu (perempuan) yang memiliki perasaan lebih halus, pemurah (hati), berkarakter penyantun, dan lebih menyayangi anaknya. Penekanannya adalah hak tersebut dibatasi oleh keadaan dimana si ibu belum menikah lagi dengan laki-laki lain, bukan berarti laki-laki tidak memiliki sifat-sifat tersebut, namun oleh karena secara umum laki-laki identik dengan maskulinitas yang berbeda secara diametral dengan karakteristik feminim tersebut, maka cukup beralasan untuk menyatakan bahwa secara umum perempuan lebih lemah lembut, lebih penyayang, dan bermurah hati (mudah tergerak hatinya untuk menolong)³⁶.

Hal yang cukup diperdebatkan dalam penentuan hak asuh anak adalah urutan pihak-pihak yang lebih berhak mengasuh anak,

³⁵ Ibid,

³⁶ Ibid., h. 18.

terutama jika ibu kandung si anak telah tiada (meninggal). Kamal Muchtar³⁷ menyatakan bahwa tidak terdapat satu *nash* yang secara tegas dan terperinci menjelaskan urutan pihak-pihak yang diutamakan mengasuh anak. Namun demikian, *jumbur ulama* berpendapat bahwa pengasuhan anak (pasca terjadinya perceraian) yang paling baik adalah kepada pihak-pihak keluarga ibu kandungnya.

Zakaria Ahmad al-Barry³⁸, mengemukakan bahwa ibu kandung merupakan pihak yang paling pertama dan utama untuk mengasuh anak baik sebelum maupun setelah terjadinya perceraian. Ini dikarenakan ibu pada umumnya merupakan pihak yang paling sayang dan perhatian kepada anaknya. Ibu cenderung lebih sabar terhadap berbagai kesulitan yang dihadapi selama mengasuh anak, terutama dalam periode-periode awal kehidupan anak.

Lebih lanjut, Zakaria Ahmad al-Barry menukil salah satu hadis Rasulullah SAW yang diriwayatkan oleh Imam Tirmidzi.

عَنْ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْحُبُلِيِّ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ -
 ﷺ- يَقُولُ مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ

“Dari Abu ‘Abdirrahman Al-Hubuliy, dari Abu Ayyub, ia berkata: Aku mendengar Rasulullah ﷺ berkata: “Barang siapa memisahkan antara ibu dan anaknya, maka Allah akan memisahkan dia dan orang yang dicintainya kelak di Hari Kiamat.” [HR. Tirmidzi no. 1283]³⁹.

Hadis ini menegaskan bahwa Islam sangat menganjurkan, bahkan memerintahkan, agar pengasuhan anak diberikan kepada ibu kandungnya, terutama sekali pada periode pertama kehidupan si anak⁴⁰.

Dalam beberapa literatur, disebutkan perihal urutan pihak-

³⁷ *Ibid.*,

³⁸ *Ibid.*, h.19.

³⁹ Imam Abu Isa At- Tirmidzi dalam No. 1283

⁴⁰ *Ibid.*

pihak yang berhak mengasuh anak jika ibu kandungnya telah meninggal dunia atau dalam hal ibu kandungnya telah menikah lagi dengan laki-laki lain. Menurut Amir Syarifuddin ” apabila kerabat dari pihak ayah maupun pihak ibu bertemu dan semuanya memenuhi syarat untuk mengasuh anak, maka yang diutamakan hak mengasuh anak berdasarkan *jumbuh ulama* adalah: 1) Ibu, nenek dari ibu, dan seterusnya ke atas, 2) Ayah, nenek dari ayah, dan seterusnya ke atas: 3) Ibu kakek garis keturunan ibu, dan seterusnya ke atas: 4) Ibu kakek garis keturunan ayah, dan seterusnya ke atas: 5) Saudara saudara perempuan dari ibu, dan 6) Saudara-saudara perempuan dari ayah⁴¹.

Sementara itu, Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan merangkum pendapat para ulama fiqh terkait urutan pihak yang berhak mengasuh anak sebagai berikut⁴²:

1. Ibu lebih berhak mengasuh anak setelah terjadinya perceraian dengan ketentuan bahwa ibu tersebut memiliki perilaku yang baik dan memenuhi persyaratan yang telah ditentukan;
2. Menurut Mazhab Hanafi dan Mazhab Syafi'i, urutan pihak yang paling berhak mengasuh anak adalah ibu, nenek dari ibu, ibu dari ayah, dan seterusnya sampai ke atas. Setelahnya hak pengasuhan berpindah kepada saudara perempuan si anak, saudara-saudara perempuan dari ibu, anak-anak perempuan dari saudara perempuan ibu, anak perempuan dari saudara ibu pihak ayah, saudara-saudara perempuan ayah, dan seterusnya;
3. Sementara menurut Mazhab Maliki, urutan pengasuhan anak adalah dari ibu, nenek dari ibu, saudara perempuan dari ibu, ibu dari ayah sampai ke atas, saudara perempuan anak, saudara perempuan ayah, anak perempuan dari saudara laki-laki si anak,

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, h. 20.

orang yang diberi wasiat oleh ibu dan/atau ayahnya, dan kemudian para *ashabah* yang baik;

4. Menurut mazhab Hanbali, hak pengasuhan anak diutamakan kepada ibu, ibu dari ibu, ibu dari ayah, nenek dari pihak ayah, saudara perempuan kandung, saudara perempuan seibu, saudara perempuan seayah, dan seterusnya;
5. Dalam hal kerabat perempuan tidak ada, maka hak pengasuhan berpindah kepada kerabat laki-laki.

C. Pengasuhan Bersama

1. Makna dan Perkembangan Pengasuhan Bersama

Sebagai suatu konsep, pengasuhan bersama memiliki beragam istilah, baik dalam tataran akademik maupun praktik. Pengasuhan bersama dalam bahasa Inggris disebut dengan *joint custody*. Dalam banyak literatur, pengasuhan bersama sering pula disebut dengan *shared parenting*, *dual parenting*, *dual residential placement*, *joint physical custody*, *time sharing*, dan *co-parenting*⁴³.

Kanada yang merupakan negara dengan sistem *common law* menyebut pengasuhan bersama dengan istilah *shared custody*. Dalam undang-undang perceraian Kanada (*1997 Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act*), *shared custody* adalah pengaturan mengenai waktu bersama antara anak dengan masing-masing orang tuanya. Alokasi waktu yang ditetapkan dalam pengasuhan bersama antara anak dengan kedua orang tuanya adalah minimal 40% waktu pengasuhan bagi masing-masing orang tua⁴⁴.

Sementara itu, di Amerika Serikat pengasuhan bersama disebut dengan *joint physical custody*. Para peneliti di Amerika Serikat tidak terlalu membedakan pengertian atau makna dari *joint legal custody* dengan *joint physical custody*, mereka cenderung menganggapnya sama.

⁴³ Sharon Moyer dalam Tim penyusun Pengadilan Agama Banjarbaru. *Kontekstualisasi Hukum Perdata Islam Sinergitas Teks - konteks* (Yogyakarta: Phoenix publisher, 2018), h. 21.

⁴⁴ *Ibid.*

Namun demikian, beberapa pakar membedakan keduanya. Jika disimpulkan, *joint legal custody* adalah pengaturan mengenai pengasuhan anak dalam hal pembagian tanggung jawab dari kedua orang tua anak mengenai keputusan-keputusan penting dia atas kehidupan dan masa depan si anak. Keputusan-keputusan penting dimaksud antara lain terkait dengan *treatment* bagi anak dalam perawatan medis dan pilihan pendidikan atau sekolah yang akan di tempuh anak. *Joint legal custody*, karenanya tidak berkaitan dengan pilihan tempat menginap bagi si anak atau dengan siapa si anak tinggal bersama. Ini berbeda dengan *joint physical custody* yang lebih menekankan dengan siapa si anak tinggal (kedua orang tua secara bergantian dengan pengaturan waktu tertentu)⁴⁵.

Istilah *custody* di berbagai negara telah diganti dengan istilah lain yang dianggap lebih “humanis”. Australia, Inggris, dan Skotlandia telah meninggalkan istilah *custody* dikarenakan kata *custody* lebih berkonotasi pada “ownership” atau kepemilikan, padahal anak bukanlah objek “benda” yang dapat dimiliki. Senada dengan tiga negara tersebut, Amerika Serikat dan beberapa negara persemakmuran (*commonwealth countries*) juga telah meninggalkan istilah *custody* dan beralih kepada istilah lain yang dianggap lebih representatif, yaitu *visitation* atau *contact*. Kanada melalui *Special Joint Committee on Child Custody and Access*, merekomendasikan istilah *parenting* alih-alih *custody* yang kemudian melahirkan istilah *shared parenting*⁴⁶.

Mengapa pengasuhan bersama muncul dan bahkan menjadi pembicaraan hangat di kalangan akademisi dan praktisi hukum keluarga? Terkait dengan hal ini, Mason⁴⁷ mengemukakan:

“the “best interests of the child” standard has historically reflected a struggle between mothers’ and fathers, rights, with children’s needs considered to be commensurate with either position. Children are viewed at different times as fathers’ property, as requiring the “tender care” of mothers, and as rightfully “belonging” to one or the other

⁴⁵ *Ibid*, h. 21-22.

⁴⁶ *Ibid*, h. 22

⁴⁷ *Ibid*.

parent”

Pembicaraan mengenai konsep pengasuhan bersama didasarkan pada kenyataan bahwa pola pengasuhan selama ini cenderung berpusat pada siapa yang lebih berhak di antara ayah dan ibu (yang bercerai) untuk mengasuh anak. Padahal, kepentingan anak seharusnya menjadi preferensi utama dalam penilaian dan penentuan mengenai pola pengasuhan bersama. Anak tidak seharusnya ditempatkan sebagai “objek” dari kepentingan kedua orang tuanya sebagaimana asumsi yang selama ini melekat dalam pola pengasuhan yang terpisah (*split custody, sole custody*)⁴⁸.

Penelitian-penelitian terkini terkait dengan pengasuhan anak dikaitkan dengan hak-hak dasar anak menunjukkan adanya kecenderungan ke arah pengembangan dan pembaruan konsep pengasuhan anak oleh kedua orang tuanya. Edward Kruk⁴⁹ menyimpulkan berbagai penelitian tersebut dengan mengemukakan: “*The most recent research strongly supports a shift away from the “one size fits all, winner take all” sole custody framework toward the notion of shared parental responsibility*”.

Dengan demikian, dapat dipahami bahwa pergeseran pemikiran tersebut tidak sekadar didasari pada adanya ketidakpuasan terhadap pola pengasuhan terpisah (*split custody, sole custody*), namun lebih kepada upaya komprehensif dalam menjamin terpenuhinya hak-hak dan kepentingan si anak⁵⁰.

Dalam pembahasan ini, seperti halnya uraian tersebut diatas dengan tanpa bermaksud mempertentangkan berbagai istilah yang beragam tersebut di atas, maka istilah pengasuhan bersama disebut juga dengan *shared parenting*. Istilah ini dianggap lebih merepresentasikan kehendak untuk merumuskan suatu konsep pengasuhan yang mengacu

⁴⁸ *Ibid*, h. 23.

⁴⁹ *Ibid*.

⁵⁰ *Ibid*.

pada kepentingan terbaik si anak dan pembagian tanggung jawab di antara para orang tua yang bercerai⁵¹.

2. Konsep Pengasuhan Bersama

Pengasuhan bersama merupakan konsep yang dikembangkan oleh para peneliti yang menganggap bahwa konsep pengasuhan terpisah (*sole parenting*) tidak memberikan akses yang komprehensif bagi anak untuk mendapatkan pengasuhan terbaik. Isilah “*winner take all*” dalam putusan-putusan mengenai pengasuhan anak menunjukkan bahwa pengasuhan terpisah lebih merupakan representasi dari hak-hak orang tua, alih-alih upaya mengakomodir kepentingan pengasuhan terbaik bagi si anak⁵².

Menurut Edward Kruk⁵³ dalam penelitiannya terkait *shared parenting* di Kanada menyimpulkan setidaknya empat pilar, dalam konsep pengasuhan bersama. Empat pilar dalam *Shared parenting* adalah sebagai berikut:

a. Legal Presumption Of Shared Parental Responsibility

Pengasuhan bersama merupakan konsep yang didasarkan pada keinginan agar hubungan orangtua anak (*the existing parent-child relationships*) tetap berlanjut setelah terjadinya perceraian. Pengasuhan bersama diharapkan memberi ruang dan kesempatan bagi si anak untuk tetap dapat menikmati waktu bersama dengan kedua orang tuanya secara berimbang (*spending equal time with each of their parents*).

Kerangka pikir demikian merupakan dasar pertimbangan hukum (*legal presumption*) bagi Para Hakim dalam memutus sengketa hak asuh anak. Para Hakim dalam memutus sengketa hak asuh anak memiliki satu kerangka yang padu dan komprehensif dalam menilai kepentingan terbaik anak. Penilaian secara demikian pada akhirnya berimplikasi pada putusan mengenai pengasuhan anak yang, *i.c.* menjaga hubungan harmonis anak dengan kedua orang tuanya

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, h. 23-24.

⁵³ *Ibid.*, h. 24-27.

memaksimalkan kerjasama di antara para orang tua dalam mengasuh anak, mengurangi kemungkinan terjadinya konflik pengasuhan anak, serta mencegah kemungkinan terjadinya kekerasan dalam rumah tangga dan pengabaian hak-hak anak.

Secara normatif, konsep *shared parenting* menghindarkan para orang tua dari persaingan yang tidak sehat selama menjalani persidangan. Para orang tua lebih ditekankan merumuskan model model pengasuhan dalam satu proses mediasi yang terapeutik (*therapeutic family mediation*). Dengan ini, para orang tua yang bercerai untuk menjajagi model pengasuhan bersama yang bersifat konstruktif dan kooperatif. Tidak sebatas pada ayah dan orang tuanya semata, konsep ini memungkinkan adanya kerjasama yang baik dari kedua keluarga besar ayah dan ibu si anak.

b. Parenting Plans, Mediation, And Support/ Intervention In High Conflict Cases

Pengasuhan bersama merupakan konsep yang komprehensif, mencakup upaya-upaya perencanaan pengasuhan anak sebelum, saat, dan setelah proses peradilan. Kedua orang tua diharapkan bersama-sama mengembangkan suatu model atau kerangka pengasuhan bersama sebelum proses persidangan berlangsung. Ini dimaksudkan agar saat proses persidangan berjalan, para orang tua telah memiliki preferensi yang cukup mengenai model pengasuhan pasca terjadinya perceraian (*post-separation parenting*). Peran Pengadilan yang direpresentasikan Hakim dalam hal ini adalah meratifikasi atau mengesahkan kesepakatan awal di antara para orang tua tersebut mengenai konsep pengasuhan anak mereka.

Upaya para orang tua dalam merumuskan model pengasuhan bersama tersebut dapat ditempuh dalam guatu proses negosiasi, mediasi di dalam maupun di luar Pengadilan (*court-based or independent mediaton*), negosiasi dengan perantaraan Advokat (*lawyer negotiation*). Proses-proses dimaksud dilaksanakan dengan mengacu pada prinsip “a

child-focused parenting plan” (rencana pengasuhan berbasis kepentingan anak), Tujuan utama dari proses tersebut adalah menyinergikan kepentingan-kepentingan si anak dan pola pengasuhan yang dapat disepakati oleh kedua orang tua anak tersebut. Inilah yang kemudian akan diajukan para orang tua dalam persidangan dan selanjutnya dinilai oleh Hakim.

Perencanaan seperti model tersebut lebih ditekankan lagi pada kasus-kasus dimana kedua orang tua mengalami konflik rumah tangga yang cukup pelik. Adanya perencanaan awal di antara mereka diharapkan dapat menjadi katalisator bagi kedua orang tua untuk menyepakati suatu model pengasuhan bersama yang mengedepankan kepentingan terbaik bagi si anak, tidak hanya dalam jangka waktu singkat, namun untuk jangka waktu yang panjang.

c. Shared Parenting Education

Shared parenting education merupakan program pembinaan bagi para orang tua dalam mengasuh anak. Pembinaan ini menekankan bagaimana para orang tua yang bercerai menemukan peran masing-masing dalam pengasuhan anak. Dengan demikian, para orang tua tidak lagi hanya berfokus pada siapa yang lebih berhak mengasuh anak namun bagaimana penatalaksanaan pengasuhan demi kepentingan terbaik si anak. *Shared parenting education*, karenanya, harus menjadi satu bagian integral dalam perumusan kebijakan mengenai pemberdayaan konsep pengasuhan bersama, tidak sekadar menekankan proses adjudikasi di Pengadilan serta upaya-upaya mediasi, baik di dalam maupun di luar Pengadilan.

d. Judicial Determination In Cases Of Established Abuse

Konsep pengasuhan bersama berkaitan erat dengan ada tidaknya kekerasan yang dilakukan salah seorang orang tua kepada anaknya. Dalam hal adanya putusan Pengadilan yang menyatakan salah seorang orang tua melakukan tindak pidana kekerasan terhadap anak, maka hal ini dapat menjadi pertimbangan Hakim untuk tidak menerapkan konsep

pengasuhan bersama tadi. Artinya bahwa secara kasuistis konsep pengasuhan bersama tidak diterapkan dalam hal adanya pertimbangan yang urgen terkait dengan kepentingan si anak tersebut. Keadaan-keadaan tersebut memberi dasar legitimatif bagi Hakim untuk memutus perkara dan menetapkan pengasuhan anak menurut pola primordial yang ada, yaitu *split custody* atau pengasuhan terpisah yang dilakukan oleh salah seorang orang tua anak.

e. Teori *Maqâsid Syarî'ah*

1. Pengertian *Maqâsid Syarî'ah*

Sebagai sebuah konsep *maqâsid syarî'ah* terdiri dari dua suku kata yaitu *Maqâsid* dan *syarî'ah*. Kedua kata ini mengindikasikan makna yang berbeda. *Maqâsid* memiliki arti sendiri demikian juga dengan kata *syarî'ah*. Ketika dua kata ini disatukan, maka tidak sekedar menjadi istilah baru melainkan juga melahirkan makna yang baru. Sehingga penulis akan memulai pembahasan ini dengan menguraikan terlebih dahulu arti dua kata ini, selanjutnya makna setelah digabung menjadi satu sebagai suatu istilah atau terminologi baru.

Kata *maq sid* sendiri adalah suatu kata yang merupakan jamak dari kata *maqsad*, yang bermakna maksud, sasaran, prinsip, niat tujuan, tujuan akhir⁵⁴ merupakan mashdar mimi dari kata *qasada yaqshudu qashdan maqshadan*. Selain itu, Ibnu al-Manzhûr sebagaimana dikutip Busyro⁵⁵ menyebutkan kata tersebut secara bahasa dapat berarti *istiq mah al th riq* (keteguhan pada satu jalan) dan *al-i'tim d* (sesuatu yang menjadi tumpuan) seperti misalnya Allah menjelaskan jalan yang lurus dan mengajak manusia untuk mengikuti jalan tersebut, sebagaimana terdapat QS. An-Nahl (16):9 yaitu :

⁵⁴ Jasser Auda, *membumikan Hukum Islam melalui Maqasid Syariah Pendekatan Sistem*, (Bandung: Mizan, 2014), h. 32

⁵⁵ Busyro. *Maqashid Al Syariah Pengetahuan Mendasar Memahami Masalah* (Jakarta: Prenada Media Group, 2019), h. 5-6.

وَعَلَى اللَّهِ قَصْدُ السَّبِيلِ وَمِنْهَا جَائِرٌ وَلَوْ شَاءَ لَهَدَّكُمْ أَجْمَعِينَ

Artinya :

“Allah lah yang menerangkan jalan yang lurus dan di antaranya ada (jalan) yang menyimpang. Jika Dia menghendaki, tentu Dia memberi petunjuk kamu semua (ke jalan yang benar) (QS. An-Nahl/16:9)

Selain itu, kata tersebut juga mempunyai makna *al- dl* (keadilan) dan *al-tawwasuth* ‘*adam al-ifr th wa al tafrith* (mengambil jalan tengah, tidak terlalu longgar dan tidak pula terlalu sempit), seperti pernyataan seseorang, “kamu harus berlaku *qasd* (adil) dalam setiap urusan, baik dalam berbuat dan berkata-kata, artinya mengambil jalan tengah (*al wasath*) dalam dua hal yang berbeda.⁵⁶ Kata ini terpakai dengan arti di atas, sesuai dengan QS. Lukman, ayat 19 yaitu:

وَاقْصِدْ فِي مَشْيِكَ وَاعْضُضْ مِنْ صَوْتِكَ إِنَّ أَنْكَرَ الْأَصْوَاتِ لَصَوْتُ الْحَمِيرِ

Artinya:

“Berlakulah wajar dalam berjalan dan lembutkanlah suaramu. Sesungguhnya seburuk-buruk suara ialah suara keledai.” (QS. Lukman/31:19)

Demikian juga dijelaskan dalam suatu hadis Nabi SAW yang diriwayatkan oleh Imam Muslim yaitu :

وعن أبي عبد الله جابر بن سمرة رضي الله عنهما قال : كُنْتُ أَصَلِّي مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الصَّلَاةِ ، فَكَانَتْ صَلَاتُهُ قَصْدًا وَخُطْبَتُهُ قَصْدًا رَوَاهُ مُسْلِمٌ . قَوْلُهُ : قَصْدًا : أَيَّ تَيْنِ الطُّولِ وَالْقِ

⁵⁶ *Ibid*, h.6.

“Saya sangat sering shalat bersama Nabi Shallallahu ‘alaihi wa Sallam. Shalat beliau itu sedang dan khutbahnya juga sedang.”
(HR. Muslim)

Menurut ibn al-Manzhûr (w.711 H) menambahkan dengan *al-kasr fî ayy wajhin k n* (memecahkan masalah dengan cara apapun), misalnya pernyataan seseorang *qashadtu al-‘ûd qashdan kasartuhu* (aku telah menyelesaikan sebuah masalah, artinya aku sudah pecahkan masalah itu dengan tuntas).⁵⁷

Dengan demikian kata maq sid dapat dimaknai sebagai sesuatu yang dilakukan dengan penuh pertimbangan dan ditujukan untuk mencapai sesuatu yang dapat mengantarkan seseorang kepada jalan yang lurus (kebenaran), dan kebenaran yang didapatkan itu mestilah diyakininya serta diamalkannya secara teguh. Selanjutnya dengan melakukan sesuatu itu diharapkan dapat menyelesaikan masalah yang dihadapinya dalam kondisi apapun⁵⁸.

Sedangkan kata *syarî’ah* secara bahasa berarti *maurid al-ma’alladzi tasyra’u fihî al-dawab* (tempat air mengalir, di mana hewan-hewan minum dari sana). Selain itu kata syariah juga bermakna *masyra’ah al-ma’* (tempat tumbuh dan sumber mata air), yaitu *mawrid al-syaribah allati yasyra’uha al-nas fayasyribuhu minha wa yastaquna* (tempat lewatnya orang-orang yang minum, yaitu manusia yang mengambil minuman dari sana atau tempat mereka mengambil air)⁵⁹.

Dalam Al-Qur’an Allah SWT menyebutkan beberapa kata “*syarî’ah*” diantaranya:

ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيعَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

“Kemudian Kami jadikan kamu berada di atas suatu syariat (peraturan) dari urusan (agama itu), maka ikutilah syariat itu

⁵⁷ *Ibid.*, h. 7.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*, h. 8.

dan janganlah kamu ikuti hawa nafsu orang-orang yang tidak mengetahui (QS. Al Jathiyah 45:18)

شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا
 بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى
 الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ

Artinya:

“Dia telah mensyari'atkan bagi kamu tentang agama apa yang telah diwasiatkan-Nya kepada Nuh dan apa yang telah Kami wahyukan kepadamu dan apa yang telah Kami wasiatkan kepada Ibrahim, Musa dan Isa yaitu: Tegakkanlah agama dan janganlah kamu berpecah belah tentangnya. Amat berat bagi orang-orang musyrik agama yang kamu seru mereka kepadanya. Allah menarik kepada agama itu orang yang dikehendaki-Nya dan memberi petunjuk kepada (agama)-Nya orang yang kembali (kepada-Nya)”. (QS. Ash-Shura/42:13)

Pemakaian kata *al-syari'ah* dengan arti tempat tumbuh dan sumber mata air bermakna bahwa sesungguhnya air merupakan sumber kehidupan manusia, binatang, dan tumbuh-tumbuhan. Demikian pula halnya dengan agama Islam merupakan sumber kehidupan setiap muslim, kemaslahatannya, kemajuannya, dan keselamatannya, baik di dunia maupun di akhirat. Tanpa syariah manusia tidak akan mendapatkan kebaikan, sebagaimana ia tidak akan mendapatkan air untuk diminum. Karena itu, syariah Islam merupakan sumber setiap kebaikan, pengharapan, kebahagiaan, baik dalam kehidupan di dunia maupun kehidupan di akhirat nanti.⁶⁰

Berdasarkan pengertian *maqâsid* dan *syarî'ah* tersebut di atas dapat penulis simpulkan *maqâsid syarî'ah* adalah upaya manusia untuk mendayagunakan potensi rasional untuk menemukan solusi atau jalan atas setiap permasalahan hidup menuju kemaslahatan dunia dan akhiratnya

⁶⁰ *Ibid.*, h. 9.

dengan berlandaskan kepada ketentuan ajaran hukum Islam yang bersumber dari Al-Qur'an dan Sunnah Nabi SAW.

Dalam referensi hukum Islam sepanjang penelusuran penulis belum menemukan secara khusus pengertian *maqâsid syari'ah*, akan tetapi yang bermunculan dalam buku-buku usul fiqih kontemporer maupun yang bermunculan saat ini, *maqâsid syari'ah* telah menjadi suatu istilah terminologi. Hal tersebut seperti terlihat dalam bukunya *Al-Sh thib* yang berjudul "*al-Muwafaqat*" mengemukakan bahwa syari'at ditetapkan guna mewujudkan kemaslahatan manusia, dalam kehidupan dunia maupun akhirat⁶¹: Sementara Ibn al-Qayyim melalui metodologi yuridisnya yang didasarkan pada hikmah dan kesejahteraan manusia, menegaskan bahwa:

Syariah didasarkan pada kebijaksanaan demi meraih keselamatan manusia di dunia dan akhirat. Syariat seluruhnya terkait dengan keadilan, kasih sayang, kebijaksanaan dan kebaikan. Jadi, hukum apapun yang mengganti keadilan dengan ketidakadilan; kasih sayang dengan kebalikannya; kemaslahatan umum dengan kejahatan; atau kebijaksanaan dengan omong kosong, maka hukum tersebut bukan bagian dari syariah, meskipun diklaim sebagai bagian dari syariah menurut beberapa interpretasi⁶²

Senada dengan pernyataan tersebut di atas Abi Bakr ibn Ayyub mengemukakan bahwa suatu masalah bukanlah bagian dari syariah bilamana setiap masalah telah berubah dari pelanggaran menjadi ketidakadilan, dari belas kasihan menjadi kebalikannya, dari manfaat menjadi kejahatan, dan dari kebijaksanaan menjadi absurditas/permainan. Itu sesungguhnya bukan bagian dari Syariah, meskipun ada penjelasan terhadap hal tersebut⁶³.

Sedangkan, menurut Imam Muhammad Thahir ibn Asyur dalam bukunya "*Al-Syari'ah al-Islamiyah*" menyatakan bahwa "*maqâsid hukum Islam adalah sasaran-sasaran atau maksud-maksud di balik hukum itu*".⁶⁴ Selanjutnya, ia mengemukakan bahwa tujuan hukum yang dianggap

⁶¹ H. Abu Yasid, *Logika Ushul Fiqh: Interelasi Nalar, Wahyu, dan Maqashid asy-Syari'ah* (Yogyakarta: IRCiSoD, 2019), h. 59

⁶² Jasser Auda, *op.cit.*, h. 54

⁶³ Syamsuddin Abi Abdullah Muhammad Bin Abi Bakr bin Ayyub, *A'laam al-Muwaqqi'in* (Dar al-Kutub al-'ilmiah, cetakan pertama Beirut-Libanon, 2004), h. 483.

⁶⁴ *Ibid.*, h. 33.

sah/benar mengacu kepada dua hal, yaitu makna yang sebenarnya, dan kesepakatan/ketetapan yang dibuat bersama yang harus bersifat konsisten, jelas, disiplin, dan sesuai peraturan yang berlaku⁶⁵.

Menurut Al-Qarafi yang menghubungkan antara kemaslahatan dengan maqâsid menyatakan “suatu maksud tidak sah kecuali jika mengantarkan pada pemenuhan kemaslahatan atau menghindarkan kemudharatan”⁶⁶, demikian pula Alal al-Fasî, menjelaskan bahwa “maksud dari tujuan syari’ah (hukum) adalah untuk memahami rahasia/hasil akhir dibalik setiap keputusan yang telah ditetapkan oleh pembuat peraturan (hukum)”⁶⁷.

Para yuris Islam klasik pada masanya memang sudah menggunakan substansi *maqâsid syari’ah* dalam kerja ijtihadnya, walaupun dengan menggunakan istilah lain, karena dalam wacana yurisprudensi Islam klasik belum terlalu dikenal secara mengakar terminologi *maqâsid syari’ah*. Seperti halnya Ibnu Rusyd (w. 1198 M) dan Qadhi “Iyadh (w. 1149 M), menggunakan istilah *hikmatus syari’ah* sebagai tujuan hukum Islam. Begitu pula para yuris lain, seperti Imam ar-Razi (w. 1210 M), Imam al-Baidhawi (w. 1286 M), dan Imam al-Amidi (w. 1233 M) dalam karya-karya usul fiqh mereka menggunakan istilah yang sama juga. Ibnu Qayyim al-Jauziyah selain menggunakan istilah hikmah juga memadankannya dengan istilah *mashalih al-‘ibad* atau kemaslahatan hamba.⁶⁸

Maqâsid Syari’ah dimaknai juga sebagai upaya manusia untuk mendapatkan solusi yang sempurna dan jalan yang benar berdasarkan sumber utama ajaran Islam, Al-Qur’an dan al-Hadis Nabi SAW⁶⁹.

Istilah lain yang sering digunakan untuk menggambarkan *maqâsid*

⁶⁵ Imam Muhammad Thahir bin Asyur, *Al-Syari’ah al-Islamiyah*, (Penerbit: Darl al-salaam, cetakan ke 2, 2007), h. 49.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Alal al-Fasî, *Maqasid al-Syari’ah al-Islamiyyah wa Makarimuha*.Cet. ke-5.T.tp.: (Dar al Gharb al-Islamiy, 1993), h.7

⁶⁸ H. Abu Yasid, *op.cit.*, h. 58-59

⁶⁹ Busyro, *op.cit.*, h. 61

syari'ah adalah *nafyu al-dharar* (menghilangkan kemudharatan), *daf'u al-masyaqqah* (menolak kesukaran), *raf'u al-haraj* (menghilangkan kesempitan) dan *illah* (alasan hukum)⁷⁰.

Menurut *Thahir ibn Asyur* (w.1973 M), mengatakan *Maq sid Syar 'ah* adalah *al-ma'ani wa al-hikam* (makna-makna dan hikmah-hikmah) yang diinginkan oleh *Syari'* (Allah SWT dan Rasul-Nya) dalam setiap penetapan hukum secara umum⁷¹. Sementara *Alal al-Fasiy* (w. 1973 M) mendefinisikan sebagai sebuah *al-ghayah* (tujuan akhir) dan (*al-asrar*) rahasia-rahasia yang diinginkan oleh *Syari'* pada setiap hukum yang ditetapkan-Nya⁷². Adapun *Manshur al-Khalifiy* mengatakan *Maq sid Syari'ah* sebagai *al-ma'ani* (makna-makna) dan *al-hikam* (hikmah-hikmah) yang dikehendaki oleh *Syari'* dalam setiap penetapan hukum untuk merealisasikan kemaslahatan manusia di dunia dan akhirat⁷³.

Selain itu, menurut *Wahbah al-Zuhaili* menerangkan *maq sid Syar 'ah* olehnya disebutkan sebagai berikut:⁷⁴

مقاصد الشريعة هي المعاني والأهداف
الملحوظة في جميع أحكامه أو معظمها أو
هي الغاية من الشريعة والأسرار التي
وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها

“Maq sid Syar 'ah adalah makna-makna dan tujuan yang dapat dipahami/dicatat pada setiap hukum dan untuk mengagungkan hukum itu sendiri, atau bisa juga didefenisikan dengan tujuan akhir dari syariat Islam dan rahasia-rahasia yang telah ditentukan al-Syari'di dalam setiap hukum yang ditetapkan-Nya”

Ibn al-Qayy m al- Jauz ah menegaskan bahwa *syar 'ah* itu berdasarkan kepada hikmah-hikmah dan masalah-masalah untuk manusia baik di dunia maupun di akhirat. Perubahan hukum yang berlaku

⁷⁰ H. Abu Yasid, *op.cit.*, h. 59.

⁷¹ Busyro, *op.cit.*, h. 10.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Ibid.*, h.10-11.

berdasarkan perubahan zaman dan tempat adalah untuk menjamin syar 'ah dapat mendatangkan kemaslahatan kepada manusia⁷⁵.

Berdasarkan beberapa definisi tersebut di atas, dapat ditegaskan bahwa *Maq sid Syari'ah* dapat juga dipahami sebagai makna-makna dan rahasia-rahasia yang memiliki tujuan akhir guna kemaslahatan yang akan diwujudkan oleh *Syari'* dalam setiap hukum yang ditetapkan-Nya bagi kehidupan manusia baik di dunia maupun akhirat.

Tujuan umum syari'ah tersebut ditujukan semata-mata agar memberikan rahmat kepada sekalian alam dan inti ciptaan alam adalah manusia maka jelaslah bahwa tujuan syariat diturunkan adalah untuk memberi rahmat kepada manusia. Rahmat dalam kehidupan manusia terkait erat dengan kemaslahatan hidup, dan kemaslahatan hidup terkait erat dengan pemenuhan kebutuhan hidup manusia yang oleh para ulama ushul fiqh dirumuskan ada lima kebutuhan pokok yaitu agama, jiwa, akal, keturunan dan harta (*al-diin, al-nafs, al-aql, al-nasl, dan al-maal*)⁷⁶.

Selain itu al-Syatibi juga menegaskan bahwa semua kewajiban diciptakan dalam rangka merealisasikan kemaslahatan hamba. Tidak ada satupun ketentuan hukum Allah yang tidak memiliki tujuan. Hukum yang tidak mempunyai tujuan sama juga dengan *taklif mâ lâ yusta'î*' (membebaskan sesuatu yang tidak dapat dilaksanakan)⁷⁷.

Muhammad Abu Zahrah dalam kitabnya Ushul Fiqh, memutuskan tujuan kehadiran hukum Islam, sebagai berikut⁷⁸:

1. Membina setiap individu agar menjadi sumber kebaikan bagi orang lain, tidak menjadi sumber keburukan bagi orang lain. Untuk merealisasikan hal tersebut adalah dengan ibadah yang telah disyariatkan yaitu: shalat, puasa, zakat, haji dan lainnya. Melalui shalat seorang mukmin akan menyayangi yang lain dan tidak melakukan

⁷⁵ Harun al-Rasyid. *op.cit.*, h. 61-62.

⁷⁶ Kasuwi Saiban, *Metode Penetapan Hukum Islam Membangun Mazhab Fiqih Kontemporer Di Indonesia* (Malang: Setara Press, 2019), h. 50.

⁷⁷ Khoiril Abror, *op.cit.*, h.15

⁷⁸ Amrullah Hayatudin, *op.cit.*, h. 204-206

zalim dan keji, hal ini sebagaimana firman Allah dalam Surah Al-Ankabut ayat 45:

أَتْلُ مَا أُوحِيَ إِلَيْكَ مِنَ الْكِتَابِ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ إِنَّ الصَّلَاةَ تَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ
وَالْمُنْكَرِ ۗ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ ۗ وَاللَّهُ يَعْلَمُ مَا تَصْنَعُونَ

Artinya:

“Bacalah apa yang telah diwahyukan kepadamu, yaitu Al Kitab (Al Quran) dan dirikanlah shalat. Sesungguhnya shalat itu mencegah dari (perbuatan-perbuatan) keji dan mungkar. Dan sesungguhnya mengingat Allah (shalat) adalah lebih besar (keutamaannya dari ibadat-ibadat yang lain). Dan Allah mengetahui apa yang kamu kerjakan. (QS. Al-Ankabut (29): 45)

2. Menegakkan keadilan dalam masyarakat baik sesama muslim maupun non muslim, sebagaimana firman Allah dalam Alquran Surah Al-Ma'idah ayat 80:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۚ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ
شَنَاةُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ
خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

Artinya:

“Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. Dan bertakwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan. (QS. Al-Ma'idah) (5): 8)

Konsep keadilan dalam Islam menurut Abu Zahrah adalah menempatkan manusia pada posisi yang sama di depan hukum. Maka

tidak ada keistimewaan antara si kaya dan si miskin⁷⁹, hal ini sebagaimana firman Allah dalam Alquran Surah Al-Hujurat ayat 13:

يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ
لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَىٰكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ

Artinya:

“Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia diantara kamu disisi Allah ialah orang yang paling takwa diantara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal. (QS. Al-Hujurat (49): 13)

3. Merealisasikan kemaslahatan. Tujuan ketiga ini merupakan tujuan yang utama yang terdapat dalam hukum Islam secara keseluruhan. Tidak ada syariat yang berdasarkan Alqur'an dan Hadis kecuali di dalamnya terdapat kemaslahatan yang hakiki berlaku secara umum. Diutusnya Nabi Muhammad sebagai pembawa syariat Islam, sebagaimana firman Allah bahwa diutusnya beliau merupakan rahmat bagi seluruh alam merupakan indikasi bahwa tujuan dari syariat Islam adalah merealisasikan kemaslahatan. Sebagaimana firman Allah berikut ini:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

Artinya:

“Dan tiadalah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam. (QS. Al-Anbiya (21): 107)

Menurut Satria Efendi⁸⁰, maq sid syar 'ah mengandung pengertian umum dan pengertian khusus. Pengertian yang bersifat umum mengacu pada apa yang dimaksud oleh ayat-ayat hukum atau hadis-hadis hukum, baik yang ditunjukkan oleh pengertian kebahasaannya atau tujuan

⁷⁹ *Ibid.* h. 206

⁸⁰ *Ibid.*

yang terkandung di dalamnya. Pengertian yang bersifat umum itu identik dengan pengertian istilah *maq sid as-syar 'ah* (maksud Allah dalam menurunkan ayat hukum, atau maksud Rasulullah dalam mengeluarkan hadis hukum). Akan tetapi, pengertian yang bersifat khusus adalah substansi atau tujuan yang hendak dicapai oleh suatu rumusan hukum.

Sementara Yusuf Hamid Al' Alim⁸¹ mendefinisikan *maq sid syar 'ah* sebagai tujuan yang akan dicapai oleh penetapan syariat dan rahasia-rahasia yang diletakkan oleh Allah sebagai pembuat syariat yang Maha bijaksana dalam setiap hukum”.

2. Pembagian *Maqâsid Syarî'ah*

Dalam upaya mewujudkan kemaslahatan umat dunia dan akhirat, para ulama Ushul Fiqh merumuskan tujuan hukum Islam kedalam lima misi, semua misi ini wajib dipelihara untuk melestarikan dan menjamin terwujudnya kemaslahatan. Kelima misi tersebut (*Maqâsid al-Syarî'ah/ Maqâsid al-Khamsah*) dimaksud adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta⁸².

Teori *Maq sid Syar 'ah* dalam hukum Islam, *disyar'atkan* oleh Allah dengan tujuan utamanya merealisasikan dan melindungi kemaslahatan umat manusia, baik individu maupun masyarakat. Kemaslahatan yang hendak diwujudkan dalam hukum Islam berkaitan dengan seluruh aspek kepentingan manusia, yang dapat dilihat dalam tiga aspek⁸³ yaitu:

a. *Daruriyyat* (primer);

Jenis *maqâsid* ini merupakan kemestian (mutlak), dan landasan dalam menegakan kesejahteraan manusia di dunia dan akhirat yang mencakup pemeliharaan lima unsur pokok dalam kehidupan manusia, yakni agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Mengabaikan lima unsur pokok tersebut di atas, akan berdampak kepada timbulnya

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Khoirul Abror. *op.cit.*, h. 16.

⁸³ *Ibid.* h.16-19

kerusakan di muka bumi serta kerugian yang nyata di akhirat kelak. Memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta sesungguhnya dapat dilakukan dengan cara memelihara eksistensi kelima unsur pokok tersebut dalam kehidupan manusia serta melindunginya dari segala hal yang bisa merusak atau membahayakannya. Sebagai contoh, menunaikan rukun Islam, pelaksanaan kehidupan manusiawi serta larangan mencuri, masing-masing merupakan salah satu bentuk pemeliharaan eksistensi agama dan jiwa serta perlindungan terhadap eksistensi harta.

Ḍaruriyyat (primer) ini meliputi segala hajat hidup yang bersifat pokok atau mendasar. Kebutuhan dasar atau kebutuhan minimal yang harus dipenuhi manusia agar hidup layak. Apabila tidak dipenuhi, maka kelangsungan hidup manusia akan terganggu; Kebutuhan primer yang lebih utama meliputi 3 hal, yaitu sandang (pakaian), pangan (makanan), dan papan (tempat tinggal).

b. *Hajiyat* (sekunder);

Jenis *maqâsid* ini dimaksudkan untuk memudahkan kehidupan, menghilangkan kesulitan atau menjadikan pemeliharaan yang lebih baik terhadap lima unsur pokok kehidupan manusia. Misalnya, dalam *maqâsid* ini mencakup kebolehan untuk melaksanakan akad atau perjanjian *muḍârabah*, *muzâra'ah* dan *ba'i salâm*, serta segala kegiatan ekonomi lainnya yang memiliki tujuan untuk kemudahan atau menghilangkan kesulitan manusia di dunia. Kebutuhan Sekunder, disebut juga dengan kebutuhan kultural, artinya kebutuhan yang timbul sehubungan dengan meningkatnya peradaban manusia. Kebutuhan sekunder merupakan kebutuhan yang didambakan oleh manusia setelah kebutuhan primernya terpenuhi secara baik. Dan kebutuhan sekunder bersifat menunjang kebutuhan primer. Contoh: pakaian yang baik, makanan dan minuman yang bergizi, tempat tinggal yang baik, dan sebagainya, yang pada prinsipnya kebutuhan ini tidak tergolong kebutuhan mewah (kebutuhan pelengkap).

c. *Tahsiniyyat* (stabilitas sosial).

Aspek *tahsiniyyat*, maksudnya adalah melakukan sesuatu yang termasuk kebaikan dalam tradisi dan menjauhi perilaku buruk yang tercela menurut akal yang benar, contohnya terhimpun dalam kategori akhlak terpuji.⁸⁴ Ibnu Asyur berkata, ”menurut saya ini adalah kemaslahatan yang memberi kesempurnaan dan keteraturan bagi kondisi manusia, sehingga mereka dapat hidup dengan aman, tentram serta tampak indah dalam pandangan orang lain”.⁸⁵ Jadi, ini adalah masalah yang kebutuhan hidup manusia kepadanya tidak sampai tingkat *darurî*, juga tidak sampai tingkat *hajiyyah*; namun kebutuhan tersebut perlu dipenuhi dalam rangka memberi kesempurnaan dan keindahan bagi hidup manusia. Apabila aspek ini terganggu, maka kehidupan akan kacau, bahkan pola kehidupan makhluk berbudaya-pun bisa menjadi musnah bila tanpa stabilitas sosial.

3. Pemeliharaan *al-Daruriyat al-Khams*

Selanjutnya terkait *maqâsid syarî'ah* tentang pemeliharaan dan perlindungan terhadap lima hal pokok (*al-Dharuriat al-Kulliat al-Khams*) diuraikan sebagai berikut:

a. Memelihara atau Melindungi Agama (*Hifzh al-Din*)

Melindungi agama merupakan tujuan utama syari'at. Karena agama merupakan pedoman hidup manusia. Peran agama selain mengajarkan esensi aqidah (tauhid) sebagai sikap hidup setiap muslim, juga ketentuan hukum atau syariah yang menuntun setiap muslim dalam berhubungan dengan Tuhannya maupun dengan sesama manusia lainnya. Karena itulah, hukum Islam wajib melindungi agama yang dianut oleh seorang dan menjamin kemerdekaan setiap orang untuk beribadah menurut keyakinannya⁸⁶.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Harun Al- Rasyid, *Fikih Korupsi Analisis Politik Uang Di Indonesia Dalam Perspektif Maqashid Al Syariah* (Jakarta: Prenada Media Group, 2016), h. 71-86.

Begitu pentingnya peran agama bagi kehidupan manusia sehingga seorang filosof pernah berkata, banyak komunitas bisa hidup tanpa ilmu, seni, dan filsafat, tetapi tidak pernah ditemukan sebuah kelompok manusia yang hidup tanpa agama⁸⁷.

Allah SWT memerintahkan manusia untuk berusaha menegakkan agama dalam firmanNya:

﴿ شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلَا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَنْ يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَنْ يُنِيبُ ﴾
(الشورى/42:13)

Artinya:

“Dia (Allah) telah mensyariatkan bagi kamu agama yang Dia wasiatkan (juga) kepada Nuh, yang telah Kami wahyukan kepadamu (Nabi Muhammad), dan yang telah Kami wasiatkan kepada Ibrahim, Musa, dan Isa yaitu: tegakkanlah agama (keimanan dan ketakwaan) dan janganlah kamu berpecah-belah di dalamnya. Sangat berat bagi orang-orang musyrik (untuk mengikuti) agama yang kamu serukan kepada mereka. Allah memilih orang yang Dia kehendaki pada (agama)-Nya dan memberi petunjuk pada (agama)-Nya bagi orang yang kembali (kepada-Nya). (Asy-Syura/42:13)

b. Memelihara atau Melindungi Jiwa (*Hifzh al-Nafs*)

Terkait pemeliharaan atau perlindungan terhadap jiwa yang merupakan tujuan yang kedua syari'at Islam. Untuk tujuan ini, Islam melarang penghilangan jiwa (pembunuhan) dan terhadap pelaku penghilangan jiwa (pembunuhan) diancam dengan hukuman *qishas* (pembalasan yang seimbang), sehingga dengan demikian diharapkan agar orang sebelum melakukan pembunuhan, berpikir panjang karena apabila orang yang dibunuh itu mati, maka si pembunuh juga akan mati atau jika orang yang dibunuh itu tidak mati tetapi hanya cedera,

⁸⁷ Amrullah Hayatudin, *op.cit.*, h. 211.

maka si pelakunya juga akan cedera⁸⁸.

Peristiwa historis yang terjadi di tanggal 9 Dzulhijjah tahun 10 H, menggambarkan Nabi SAW ketika beranjak ke Padang Arafah, disana beliau memberikan khotbah, yang intinya beliau menyatakan Islam adalah risalah langit yang terakhir, semenjak empat belas abad yang silam sudah mensyariatkan (mengatur) hak-hak asasi manusia secara komprehensif dan mendalam. Islam mengaturnya dengan segala jaminan untuk menjaga hak-hak asasi tersebut. Islam telah membentuk entitas masyarakatnya di atas landasan dan dasar yang menguatkan dan memperkukuh hak-hak asasi manusia.

Allah SWT adalah zat yang mencipta kehidupan dan kematian. Menghilangkan nyawa manusia sama artinya dengan menghancurkan sifat (keadaan) dan mencabut roh manusia yang merupakan hak Allah. Padahal, Allah adalah yang memberikan kehidupan dan hanya Allah yang memberikan hak untuk mencabut kehidupan tersebut.

Dalam kaitan dengan hal tersebut Allah SWT berfirman:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ بِالْحُرِّ وَالْحُرِّ وَالْعَبْدِ
بِالْعَبْدِ وَالْأَنْثَى بِالْأُنْثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ
إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ
عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ

“Wahai orang-orang yang beriman, diwajibkan kepadamu (melaksanakan) kisas berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh. Orang merdeka dengan orang merdeka, hamba sahaya dengan hamba sahaya, dan perempuan dengan perempuan. Siapa yang memperoleh maaf dari saudaranya hendaklah mengikutinya dengan cara yang patut dan hendaklah menunaikan kepadanya dengan cara yang baik.48) Yang demikian itu adalah keringanan dan rahmat dari Tuhanmu. Siapa yang melampaui batas setelah itu, maka ia

⁸⁸ Harun Al- Rasyid. *op.cit.*, h.72.

akan mendapat azab yang sangat pedih. Dalam kisah itu ada (jaminan) kehidupan bagimu, wahai orang-orang yang berakal agar kamu bertakwa. (Al-Baqarah/2:178-179)

c. Memelihara atau Melindungi Akal (*Hifzh Al- 'aql*)

Eksistensi manusia karena akal pikirannya. Begitu pentingnya akal dalam menjamin eksistensi manusia, Islam mensyaratkan keberadaan akal (berakal sehat) menjadi salah satu syarat sah sebuah perintah (ibadah) dalam Islam. Ungakapan dalam Islam “la dina liman la ‘aqla lahu” atau “tidak ada agama bagi orang yang tidak mempunyai akal”, menunjukkan bahwa betapa pentingnya akal bagi tegaknya agama⁸⁹.

Pentingnya fungsi akal bagi manusia, ajaran Islam sangat menghargai dan menekankan agar ia dilindungi dari berbagai faktor yang dapat merusaknya.

Akal merupakan sumber hikmah (pengetahuan), sinar hidayah dan media kebahagiaan manusia di dunia dan akhirat. Dengan akal, pesan yang mengandung perintah dari Allah disampaikan, dengannya juga manusia berwenang menjadi pemimpin di muka bumi, serta bersamanya manusia akan menjadi sempurna, mulia, dan berbeda dengan makhluk ciptaan Tuhan lainnya. Karena itulah, akal paling penting dalam pandangan Islam. Allah pun selalu memuji orang yang berakal⁹⁰. Hal ini tergambar dalam firman Allah SWT:

إِنَّ فِي خَلْقِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافِ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ وَالْفُلْكِ
الَّتِي تَجْرِي فِي الْبَحْرِ بِمَا يَنْفَعُ النَّاسَ وَمَا أَنْزَلَ اللَّهُ مِنَ السَّمَاءِ مِنْ
مَاءٍ فَأَحْيَا بِهِ الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا وَبَثَّ فِيهَا مِنْ كُلِّ دَابَّةٍ وَتَصْرِيفِ
الرِّيَاحِ وَالسَّحَابِ الْمُسَخَّرِ بَيْنَ السَّمَاءِ وَالْأَرْضِ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ

⁸⁹ Amrullah Hayatudin, *op.cit.*, h. 214-215.

⁹⁰ Harun Al-Rasyid. *op.cit.*, h.74.

“Sesungguhnya dalam penciptaan langit dan bumi, silih bergantinya malam dan siang, bahtera yang berlayar di laut membawa apa yang berguna bagi manusia, dan apa yang Allah turunkan dari langit berupa air, lalu dengan air itu dia hidupkan bumi sesudah mati (kering)-nya dan dia sebarkan di bumi itu segala jenis hewan, dan pengisaran angin dan awan yang dikendalikan antara langit dan bumi; sungguh (terdapat) tanda-tanda (keesaan dan kebesaran Allah) bagi kaum yang memikirkan. (QS. Al-Baqarah: 164)

Dengan akal nya, manusia memperoleh petunjuk yang dapat menuntun nya ke arah *ma'rifat* kepada Allah SWT sang maha pencipta. Dengan akal nya, dia menyembah dan menaati-Nya, menetapkan kesempurnaan dan keagungan untuk-Nya, menyucikan-Nya dari segala kekurangan dan cacat, membenarkan para Rasul dan para Nabi, dan memercayai bahwa mereka adalah perantara yang akan memindahkan kepada manusia apa yang diperintahkan Allah, membawa kabar gembira untuk mereka dengan janji, dan membawa peringatan dengan ancaman. Maka, manusia mengoperasikan akal mereka, mempelajari yang halal dan yang haram, yang berbahaya dan bermanfaat, serta yang baik dan buruk. Berdasarkan pentingnya akal bagi kehidupan manusia, yang merupakan ciri pembeda manusia dengan binatang, maka pemeliharaan dan perlindungan akal (*al aql*) menjadi tujuan *syari'ah* yang sangat penting dalam Islam (*Maqasid Syariah*)⁹¹.

d. Memelihara atau Melindungi Keturunan (*Hifzh al-Nasb*)

Islam mensyariatkan perkawinan dengan tujuan menyalurkan naluri seksual secara halal dan sah. Perkawinan memelihara keturunan dan kehormatan. Melindungi keturunan adalah melestarikan dan memelihara nasab agar jelas. Islam menentang pergaulan bebas yang seringkali membawa kepada hal-hal yang tidak dikehendaki, seperti kehamilan diluar nikah, yang secara sosial menimbulkan aib bagi

⁹¹ *Ibid.*, h.76

pelaku dan keluarganya⁹².

Perlindungan Islam terhadap keturunan adalah dengan mensyariatkannya pernikahan dan mengharamkan zina, menetapkan siapa-siapa yang tidak boleh dikawini, bagaimana cara-cara perkawinan itu dilakukan dan syarat-syarat apa yang harus dipenuhi, sehingga perkawinan itu dianggap sah dan pencampuran antara dua manusia yang berlainan jenis itu dianggap sah dan menjadi keturunan yang sah dari ayahnya. Islam bahkan tidak hanya melarang zina saja tetapi juga melarang hal yang membawa kepada zina⁹³.

Islam juga memberikan jalan bagi laki-laki yang berkehendak untuk menikahi wanita lebih dari satu untuk menjaga agar dirinya tidak terjerumus ke lembah perzinahan. Sebagaimana firman Allah:

وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ
النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعًا فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا
مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا

“Dan jika kamu takut akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya. (Q.S an-Nisa’(4):3)

وَأْتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا
فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا

“Berikanlah maskawin (mahar) kepada wanita (yang kamu nikahi) sebagai pemberian dengan penuh kerelaan. Jika mereka

⁹² Amrullah Hayatudin, *op.cit.*, h. 216

⁹³ Harun Al- Rasyid. *op.cit.*, h.76

menyerahkan kepada kamu sebagian dari maskawin itu dengan senang hati, maka makanlah (ambillah) pemberian itu (sebagai makanan) yang sedap lagi baik akibatnya. (QS.an-Nisa (4):4)

Hukum keluarga dan kewarisan dalam Islam merupakan perangkat hukum yang secara khusus diciptakan Allah untuk merawat kemurnian darah dan kemaslahatan keturunan. Dalam hubungan ini, perlu dicatat bahwa dalam hukum Islam ini diatur lebih terperinci dan pasti dibandingkan dengan ayat-ayat hukum lainnya. Maksudnya adalah agar pemeliharaan dan kelanjutan dapat berlangsung dengan sebaik-baiknya⁹⁴.

e. Memelihara atau Melindungi Harta Benda (*Hifzh al-Mal*)

Harta merupakan salah satu yang dibutuhkan dalam kehidupan ini. Sebagai sebuah kebutuhan, maka harta menurut pandangan Islam harus dicari dan didapatkan. Karena harta merupakan sebuah kebutuhan, maka manusia juga termotivasi untuk mencari harta demi menjaga eksistensinya dan demi menambah kenikmatan materi dan religi, dia tidak boleh berdiri sebagai penghalang antar dirinya dengan harta. Namun semua motivasi ini dibatasi dengan tiga syarat, yaitu harta yang dikumpulkan dengan cara yang halal, digunakan untuk hal-hal yang halal, dan dari harta ini harus dikeluarkan hak Allah dan manusia lainnya⁹⁵.

Islam meyakini bahwa semua harta di dunia ini adalah milik Allah, dan manusia hanya berhak untuk memanfaatkannya saja. Meskipun demikian, Islam juga mengakui hak pribadi seseorang. Oleh karena manusia itu sangat tamak kepada harta benda, sehingga mau mengusahakannya dengan jalan apapun, maka Islam mengatur supaya jangan sampai terjadi bentrokan antara satu sama lain. Untuk itu, Islam mensyariatkan peraturan-peraturan mengenai muamalah, seperti jual beli, sewa menyewa, dan gadai menggadai, serta melarang penipuan,

⁹⁴ *Ibid.*, h. 77

⁹⁵ *Ibid.*

riba dan mewajibkan kepada orang yang merusak barang orang lain untuk membayarnya, harta yang dirusak oleh anak-anak yang di bawah tanggungannya, bahkan yang dirusak oleh binatang peliharaannya sekalipun⁹⁶.

Perlindungan Islam terhadap harta benda seseorang tercermin dalam firman-Nya:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ
تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ
رَحِيمًا

“Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu saling memakan harta sesamamu dengan jalan yang batil, kecuali dengan jalan perniagaan yang berlaku dengan suka sama-suka di antara kamu. Dan janganlah kamu membunuh dirimu. Sesungguhnya Allah adalah maha penyayang kepadamu. (QS. An-Nisa (4):29)

وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ عُدْوَانًا وَظُلْمًا فَسَوْفَ نُصَلِّيهِ نَارًا ۚ وَكَانَ ذَلِكَ
عَلَى اللَّهِ يَسِيرًا

“Dan barang siapa berbuat demikian dengan melanggar hak dan aniaya, maka kami kelak akan memasukannya ke dalam neraka. Yan demikian itu adalah mudah bagi Allah. (QS. An-Nisa (4):30)

Memelihara harta ditinjau dari kepentingannya dibagi menjadi tiga peringkat⁹⁷:

- (1) Memelihara harta pada peringkat *al-dhar riyah*, seperti disyari’atkan tata acara pemilikan harta melalui jual beli, kewajiban berusaha mencari rezeki, kewajiban menjaga amanah terhadap harta orang lain yang berada di tangannya, dan disyari’atkannya pembagian harta melalui hukum kewarisan. Begitu juga diwajibkan mengeluarkan zakat apabila harta sudah mencapai nisab dan

⁹⁶ *Ibid.*, h.78

⁹⁷ Busyro, *op.cit.*, h. 126-127

haulnya. Sebaliknya syari'at Islam melarang mengambil harta orang lain dengan cara tidak benar seperti mencuri dan merampok, juga dilarang melakukan riba, menipu, memakan harta anak yatim dengan zalim, melakukan suap (*risywah*), dan sebagainya. Apabila aturan-aturan ini tidak diindahkan akan menghasilkan kemudharatan yang jelas berkenaan dengan pemeliharaan harta.

(2) Memelihara harta pada peringkat *al-h jiyah*, seperti disyari'atkannya jual beli dengan cara salam, dibolehkan melakukan transaksi sewa-menyewa, hutang-piutang, mudarabah, musaqah, dan sebagainya. Sebaliknya dilarang melakukan monopoli atau menimbun barang perdagangan (*ihtiker*) menyongsong petani sebelum sampai ke pasar, dan dilarang melakukan jual beli pada waktu salat Jumat. Apabila ketentuan ini tidak dihiraukan tidak akan merusak kehidupan seseorang berkenaan dengan harta tetapi membuat kehidupannya yang berhubungan dengan harta mengalami kendala dan kesulitan. Oleh karena itu keberadaan aturan-aturan tersebut dibutuhkan untuk memberikan kemudahan dalam kehidupan.

(3) Memelihara harta pada peringkat *al-tahs niyah*, seperti adanya ketentuan *syuf'ah* dalam melakukan transaksi harta benda, dan mendorong seseorang untuk bersedekah, walaupun hartanya tidak mencapai nisab dan haul. Hal ini berupa etika bermuamalah dan sama sekali tidak akan merusak eksistensi kepemilikan harta dan tidak pula menimbulkan kesulitan. Sebaliknya dilarang melakukan perbuatan mubazir atau terlalu kikir dengan hartanya karena sikap boros dan kikir dalam hidup akan menjatuhkan kewibawaan dan kemuliaannya.

f. Memelihara atau Melindungi Kehormatan Diri (*Hifzh al-Arid*)

Maqashid al-syari'ah selain untuk menjaga dan melindungi lima kebutuhan dasar/pokok sebagaimana telah dijelaskan di atas, menurut Imam Shibab al-Din al-Qarafi juga untuk memelihara dan

melindungi satu tujuan dasar lagi, yaitu memelihara kehormatan diri (*hifzh al-'arid*).

Allah menciptakan manusia sebagai makhluk yang paling berharga dan mulia. Namun dewasa ini, tidak sedikit manusia yang dengan sendirinya merusak kehormatan dan harga dirinya dengan melakukan perbuatan-perbuatan yang tidak sesuai dengan norma-norma agama. Karena itu, kemudian yang terdapat dalam diri manusia ini haruslah dijaga dari pada hal-hal yang dapat merusaknya, baik berupa sikap dan perbuatan yang dilakukan oleh diri sendiri, maupun yang dilakukan oleh orang lain terhadap pribadinya.

Agar kita bisa dapat menjaga harga diri, maka dibutuhkan sifat *'iffah* (menahan diri), yakni menahan diri sepenuhnya dari perkara-perkara yang Allah SWT haramkan. Dengan demikian, seorang yang *'afif* adalah orang yang bersabar dari perkara-perkara yang diharamkan walaupun jiwanya cenderung kepada perkara tersebut dan menginginkannya Allah SWT berfirman:

لِلْفُقَرَاءِ الَّذِينَ أَحْصَرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ لَا يَسْتَطِيعُونَ ضَرْبًا فِي الْأَرْضِ
يَحْسَبُهُمُ الْجَاهِلُ أَغْنِيَاءَ مِنَ التَّعَفُّفِ تَعْرِفُهُمْ بِسِيَاهِهِمْ لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ
الْحَقَاقًا وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ (البقرة/2: 273)

Artinya:

“Apa pun yang kamu infakkan) diperuntukkan bagi orang-orang fakir yang terhalang (usahanya karena jihad) di jalan Allah dan mereka tidak dapat berusaha di bumi. Orang yang tidak mengetahuinya mengira bahwa mereka adalah orang-orang kaya karena mereka memelihara diri dari mengemis. Engkau (Nabi Muhammad) mengenal mereka dari ciri-cirinya (karena) mereka tidak meminta secara paksa kepada orang lain. Kebaikan apa pun yang kamu infakkan, sesungguhnya Allah Mahatahu tentang itu. (Al-Baqarah/2:273)

Abu Sa'id al-Khudri⁹⁸ mengabarkan bahwa orang-orang dari kalangan Anshar pernah meminta-minta kepada Rasulullah SAW. Tidak ada seorang pun dari mereka yang minta kepada Rasulullah SAW melainkan beliau berikan hingga habislah apa yang ada pada beliau. Rasulullah bersabda kepada mereka ketika itu:

“Apa yang ada padaku dari kebaikan (harta) tidak ada yang aku simpan dari kalian. Sesungguhnya siapa yang menahan diri dari meminta-minta, maka Allah akan memelihara dan menjaganya, dan siapa yang menyabarkan dirinya dari meminta-minta, maka Allah akan menjadikannya sabar. Dan siapa yang merasa cukup dengan Allah dari meminta kepada selain-Nya, maka Allah akan memberikan kecukupan padanya. Tidaklah kalian diberi suatu pemberian yang lebih baik dan lebih luas kesabaran.” (HR. al-Bukhari no.6470 dan Muslim no. 1053)

Al-Imam an-Nawawi⁹⁹ mengatakan: “Dalam hadis ini ada anjuran untuk *ta'affuf* (menahan diri dari meminta-minta), *qana'ah* (merasa cukup), dan bersabar atas kesempitan hidup dan selainnya dari kesulitan (perkara yang tidak disukai) di dunia.” (Syarah Shahih Muslim, 7/145)

f. Teori Hukum Keseimbangan Kepentingan

Adalah seorang Roscoe Pound yang menggagas teori Hukum Keseimbangan Kepentingan. Pragmatisme Amerika, merupakan basis ideologi teori Pound tentang keseimbangan kepentingan. Seturut pragmatisme di negerinya, Pound cenderung menghindari konstruksi-konstruksi teori yang terlampau abstrak seperti umumnya teori-teori yang muncul di Eropa. Bagi Pound, hukum tidak boleh dibiarkan mengawang dalam konsep-konsep logis analitis ataupun tenggelam dalam ungkapan-ungkapan teknis yuridis yang terlampau eksklusif. Sebaliknya, hukum itu

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

mesti didaratkan di dunia nyata, yaitu dunia sosial yang penuh sesak dengan kebutuhan dan kepentingan-kepentingan yang saling bersaing.¹⁰⁰

Pada dasarnya, 'kondisi awal' struktur suatu masyarakat selalu berada dalam kondisi yang kurangimbang. Sebagian terlalu dominan, dan bagian lainnya terpinggirkan. Untuk menciptakan 'dunia yang beradab', ketimpangan-ketimpangan struktural itu perlu ditata ulang dalam pola keseimbangan yang proporsional. Dalam kaitannya dengan keperluan tersebut, hukum yang bernilai logis-analitis serta bersifat abstrak (hukum murni) atau yang berisi realitas apa adanya (sosiologis), mustahil untuk diandalkan. Hukum dengan tipe tersebut, paling-paling hanya mengukuhkan apa yang ada. Ia tidak merubah keadaan. Karena itu, perlu langkah progresif yaitu memfungsikan hukum untuk menata perubahan. Dari sinilah muncul teori Pound tentang *law as a tool of social engineering*¹⁰¹.

Pertanyaan lalu muncul, apa yang harus digarap oleh hukum dalam konteks *social engineering* itu? Jawabannya adalah "menata kepentingan. kepentingan yang ada dalam masyarakat". Kepentingan tersebut harus ditata secara komprehensif agar terwujud keseimbangan yang proporsional. Manfaatnya adalah terbangunnya suatu struktur masyarakat sedemikian rupa hingga secara maksimum mencapai kepuasan akan kebutuhan dengan seminimum mungkin menghindari benturan dan pemborosan¹⁰². Pound kemudian mengajukan tiga kategori kelompok kepentingan di masyarakat, yaitu kepentingan umum, sosial, dan kepentingan pribadi¹⁰³.

Lebih lanjut tiga kategori kepentingan tersebut diuraikan sebagai berikut¹⁰⁴:

¹⁰⁰ Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang Dan Generasi* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2013), h.139.

¹⁰¹ *Ibid.*, h. 140.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ M. Natsir Asnawi, *Hermeneutika Putusan Hakim Pendekatan Multidisipliner Dalam Memahami Putusan Peradilan Perdata* (Yogyakarta: UII Press, 2020), h. 60.

¹⁰⁴ *Ibid.*, h. 61

- a. Kepentingan umum, terdiri atas dua, yaitu:
- 1) Kepentingan-kepentingan negara sebagai badan hukum dalam mempertahankan kepribadian dan hakikatnya; dan
 - 2) Kepentingan-kepentingan negara sebagai penjaga kepentingan-kepentingan sosial.
- Sementara yang tergolong kepentingan pribadi/perorangan adalah:
- b. Kepentingan sosial, mencakup:
- 2) Kepentingan sosial dalam soal keamanan umum. Meliputi kepentingan untuk melindungi ketentraman dan ketertiban, kesehatan juga keselamatan, serta keamanan atas transaksi-transaksi dan pendapatan.
 - 3) Kepentingan sosial dalam hal keamanan institusi sosial meliputi:
 - a) Perlindungan hubungan-hubungan rumah tangga dan lembaga-lembaga politik serta ekonomi yang sudah lama diakui dalam ketentuan-ketentuan hukum yang menjamin lembaga perkawinan atau melindungi keluarga sebagai lembaga sosial.
 - b) Keseimbangan antara kesucian perkawinan dan hak untuk bercerai.
 - c) Perbuatan-perbuatan yang tidak diinginkan antara suami dan istri terhadap hak bersama untuk menuntut ganti rugi karena perbuatan yang tidak patut,
 - d) Keseimbangan antara perlindungan lembaga-lembaga keagamaan dan tuntutan akan kemerdekaan beragama.
 - e) Menyangkut kepentingan keamanan lembaga-lembaga politik, maka perlu ada keseimbangan antara jaminan kebebasan berbicara dan kepentingan keselamatan negara.
 - 4) Kepentingan sosial menyangkut moral umum. Ini meliputi perlindungan masyarakat terhadap merosotnya moral seperti korupsi, judi, fitnah, transaksi-transaksi yang bertentangan dengan kesusilaan, serta ketentuan-ketentuan yang ketat mengenai tingkah laku wali.

- 5) Kepentingan sosial menyangkut pengamanan sumber daya sosial. Ini diuraikan oleh Pound sebagai tuntutan yang berkaitan dengan kehidupan sosial dalam masyarakat beradab agar orang jangan boros dengan apa yang ada. Penyalahgunaan hak atas barang yang dapat merugikan orang, termasuk dalam kategori ini¹⁰⁵.
 - 6) Kepentingan sosial menyangkut kemajuan sosial. Ini berkaitan dengan keterjaminan hak manusia memanfaatkan alam untuk kebutuhannya, tuntutan agar rekayasa sosial bertambah banyak dan terus bertambah baik, dan lain sebagainya. Menurut pandangan Pound¹⁰⁶, kelompok ini terdiri dari empat kebijaksanaan pokok, yakni kebebasan memiliki, kebebasan perdagangan dan perlindungan terhadap monopoli, kebebasan perindustrian dan dorongan untuk melakukan penemuan. Pound memasukkan dalam kategori yang sama kepentingan dalam perkembangan politik melalui perlindungan atas kritik bebas, komentar yang jujur, kebebasan pendidikan, dan lain-lain.
 - 7) Kepentingan sosial menyangkut kehidupan individual (pernyataan diri, kesempatan, kondisi kehidupan). Ini berkaitan dengan tuntutan agar tiap individu mampu menjalani kehidupannya sesuai dengan patokan-patokan masyarakat. Kepentingan tersebut oleh Pound digambarkan sebagai “hal yang sangat urgen dari semuanya” dimana hal itu diakui dalam perlindungan hukum bagi kebebasan berbicara, kebebasan bekerja, serta kebebasan berusaha sesuai ukuran normal dalam masyarakat.
- c. Kepentingan pribadi, mencakup
- 1) Pribadi (integritas fisik, kebebasan berkehendak, kehormatan/nama baik, privacy, kebebasan kepercayaan, dan kebebasan berpendapat. Kepentingan-kepentingan ini biasanya menjadi bagian dari hukum pidana yang mengatur centang

¹⁰⁵ Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage, *op.cit.*, h. 141

¹⁰⁶ *Ibid.*

- penganiayaan, fitnah, dan lain sebagainya;
- 2) Kepentingan-kepentingan dalam hubungan rumah tangga/domestik (orang tua, anak, suami istri). Kepentingan-kepentingan ini meliputi soal-soal seperti perlindungan hukum atas perkawinan, hubungan suami-istri, hak orang tua untuk memberi mendidik anak, termasuk lewat hukuman fisik, serta pengawasan orang tua atas penghasilan anak, dan lain sebagainya;
 - 3) Kepentingan substansi meliputi perlindungan hak milik, kebebasan menyelesaikan warisan, kebebasan berusaha dan mengadakan kontrak, hak untuk mendapatkan keuntungan yang sah, pekerjaan dan hak untuk berhubungan dengan orang lain.

Berangkat dari konsep kepentingan tersebut di atas, Pound selanjutnya merumuskan dua hal, yaitu¹⁰⁷:

- a. *Pertama*, hukum perlu didayagunakan sebagai sarana menuju tujuan sosial dan sebagai alat dalam perkembangan sosial.
- b. *Kedua*, pengelompokan semacam itu sangat membantu untuk memperjelas kategori kepentingan yang ada dalam masyarakat secara keseluruhan, berikut bagaimana menyeimbangkannya secara tepat sesuai dengan aspirasi dan tuntutan yang berkembang di masyarakat.

Sudah tentu, kategori kepentingan seperti diajukan Pound, tidak saja bermanfaat bagi kepentingan legislasi, tetapi juga berguna bagi dunia praktik dengan mengaitkan prinsip-prinsip dan nilai-nilai dalam suatu kepentingan dengan kepentingan yang lainnya. Dalam dunia praktik, problema pokok yang lebih mendesak adalah problema metode yang memungkinkan para penegak hukum sampai pada keseimbangan dan penilaian keseimbangan-keseimbangan dimaksud¹⁰⁸.

Implementasi dari konsep Pound tersebut kemudian tergambar dalam pendirian Benjamin N. Cardozo, lewat penelitiannya mengenai sifat proses pengadilan. Pendirian dimaksud adalah menekankan pada perlunya

¹⁰⁷ M. Natsir Asnawi, *op.cit.*, 61-62

¹⁰⁸ Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage, *op.cit.*, h. 142

kesadaran pengadilan akan nilai-nilai dan kepentingan-kepentingan sosial yang dipertaruhkan dalam setiap kasus atau sengketa yang ditangani atau diadili. Kepentingan masyarakat yang dilayani oleh kepastian hukum harus diseimbangkan dengan kepentingan masyarakat yang dilayani dengan kepatutan dan kejujuran, atau bagian lain dari kesejahteraan sosial. Semua ini mewajibkan hakim untuk menarik garis pada tiap sudut kepentingan sehingga dicapai titik keseimbangan yang proporsional¹⁰⁹.

Bagaimana hakim mengetahui bahwa suatu kepentingan lebih utama dari kepentingan lain? Ada beberapa sumber yang dapat dipakai, yaitu maksud dari pembuat UU, pengalaman, studi, dan dari kehidupan sendiri¹¹⁰.

Apa yang dibutuhkan oleh hukum dan kehidupan sosial, adalah hakim yang membantu pembuat undang-undang sebagai pemikir pembantu, dan yang tidak hanya menaruh perhatian pada kata-kata dan perintah-perintah. Para hakim harus mengerti keinginan-keinginan pembuat undang-undang dan mengungkapkan penilaian-penilaian hukum, juga untuk keadaan-keadaan yang tidak secara khusus diatur oleh pembuat undang-undang, seperti bagaimana menyeimbangkan kepentingan-kepentingan yang dipertaruhkan dalam sebuah kasus. Persis di titik ini, para hakim butuh bantuan ilmu hukum yang menyediakan informasi yang cukup lewat riset hukum dan keadaan kehidupan yang relevan¹¹¹.

Selain teori tentang tugas hukum seperti tergambar di atas, Pound juga merumuskan postulat-postulat hukum (khususnya hukum perdata) dalam apa yang disebut Pound, masyarakat “beradab.” Dalam masyarakat yang demikian, tiap orang harus berpegang pada asumsi bahwa¹¹²:

- a. Orang lain tidak akan melakukan penyerangan yang sewenang-wenang terhadap dirinya;

¹⁰⁹ M. Natsir Asnawi, *op.cit.*, h. 62.

¹¹⁰ Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage, *op.cit.*, h. 143.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*, h. 144-145.

- b. Tiap orang bisa menguasai apa yang mereka peroleh dalam tata tertib sosial dan ekonomi yang ada, dan menggunakannya untuk kepentingan mereka sendiri;
- c. Orang lain akan bertindak dengan itikad baik, sehingga akan:
 - 1. Memenuhi apa yang diharapkan
 - 2. Melakukan usaha sesuai dengan harapan masyarakatnya
- d. Ada jaminan bahwa tiap orang akan mengembalikan secara sepadan apa yang mereka peroleh secara tidak wajar yang merugikan orang lain;
- e. Tiap orang akan bertindak sangat hati-hati, agar tidak menimbulkan kerugian bagi orang-orang lain.

Sebagai eksponen *sociological jurisprudence*, Pound mendorong supaya para ahli hukum yang bermazhab sosiologis perlu memperhitungkan fakta dalam pekerjaannya, baik dalam pembuatan hukum, penafsiran, maupun penerapan peraturan. Bagi Pound, kehidupan hukum terletak pada pelaksanaannya. Dan karenanya Pound menolak studi hukum yang hanya diarahkan sebagai studi tentang peraturan, melainkan keluar dari hal itu dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum. Tentang ini, dikatakan oleh Pound¹¹³:

‘...to enable and to compel law making, and also interpretation and application of legal rules, to make more account, and more intelligent account, of the social fact upon which law must proceed and to which to be applied’

Fokus utama Pound dengan konsep *social engineering* adalah *interet balancing*¹¹⁴, dan karenanya yang terpenting adalah tujuan akhir dari hukum yang diaplikasikan dan mengarahkan masyarakat ke arah yang lebih maju. Antara hukum dan masyarakat mempunyai hubungan yang fungsional. Karena kehidupan hukum terletak pada nilai yang dihasilkannya bagi kehidupan sosial, maka tujuan *social engineering* yang utama yaitu menjadi kompas bagi kehidupan sosial ke arah yang lebih

¹¹³ *Ibid.*, h. 145.

¹¹⁴ *Ibid.*, h. 145-146.

maju. Disamping itu, baginya hukum tidak menciptakan kepuasan, tetapi hanya memberi legitimasi atas kepentingan manusia dalam mewujudkan keseimbangan.

Hukum sebagai instrument *social engineering*, dimaknai sebagai penggunaan hukum secara sadar guna mencapai keadaan tertib masyarakat sebagaimana yang dicita-citakan, atau untuk melakukan perubahan sesuai yang diinginkan. Hukum tidak lagi dilihat sekedar sebagai tatanan penjaga *status quo*, tetapi juga diyakini sebagai sistem pengaturan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu secara terencana¹¹⁵.

Senada dengan pernyataan tersebut dikaitkan dengan keberadaan Hakim sebagai aktor utama dalam menjalankan fungsi hukum perlu menyadari sepenuhnya bahwa putusannya tidak hanya diproyeksikan dalam menerapkan perundang-undangan belaka, melainkan lebih dari itu, ada agenda yang lebih besar dan perlu diperhatikan. Agenda dimaksud adalah menjadikan putusan-putusan hakim tersebut sebagai jembatan dalam mewujudkan ketertiban di masyarakat maupun membawa perubahan dalam dinamika masyarakat menuju dinamika yang lebih konstruktif. Ketertiban dimaksud tersebut dimaknai sebagai sebuah keadaan yang seimbang, dimana setiap kepentingan di masyarakat terakomodir secara patut. Dinisinal letak dan peran hukum melalui putusan hakim yang sebenarnya, sehingga hukum bukan lagi sebuah entitas mati yang *a priori*, melainkan entitas yang dinamis dan responsive terhadap tuntutan zaman¹¹⁶.

Optimisme Pound terkait efektifitas hukum dalam melakukan perubahan sosial, dilandaskan pada pemikiran, bahwa hukum yang merupakan lembaga sosial yang bersifat *by design*, sesungguhnya merupakan produk cendikia yang terencana dan bersifat sistematis. Karena sifatnya sebagai produk *by design* intelektual-ilmiah, maka niscaya mudah

¹¹⁵ *Ibid.* 146

¹¹⁶ M. Natsir Asnawi, *op.cit.*, h. 62

disempurnakan setiap kali demi fungsional sebagai instrumen perubahan sosial¹¹⁷.

Sifat hukum sebagai produk *by design* intelektual-ilmiah dalam konsep *social engineering*, terlihat jelas dalam rincian persoalan yang menurut Pound wajib dilakukan oleh seorang ahli hukum sosiologis agar hukum dapat benar-benar efektif sebagai alat perubahan sosial. Secara sistematis Pound mengemukakan 6 (enam) langkah yang harus dilakukan dalam mewujudkan hukum sebagai sarana perubahan sosial, yaitu¹¹⁸:

- a) Mempelajari efek sosial yang nyata dari lembaga-lembaga serta ajaran-ajaran hukum,
- b) Melakukan studi sosiologis dalam rangka mempersiapkan perundangundangan untuk mempelajari pelaksanaannya dalam masyarakat serta efek yang ditimbulkan, untuk kemudian dijalankan;
- c) Melakukan studi tentang bagaimana peraturan hukum menjadi efektif;
- d) Memperhatikan sejarah hukum, artinya mempelajari efek sosial yang ditimbulkan oleh ajaran-ajaran hukum pada masa yang lalu dan bagaimana cara menimbulkannya. Studi itu dimaksudkan untuk menunjukkan bagaimana hukum pada masa yang lalu itu tumbuh dari kondisi sosial, ekonomi, dan psikologis, dan bagaimana ia menyesuaikan diri pada kesemuanya itu, dan seberapa jauh kita dapat mendasarkan atau mengabaikan hukum itu guna mencapai hasil yang kita inginkan;
- e) Pentingnya melakukan penyelesaian individual berdasarkan nalar, bukan berdasarkan peraturan hukum semata. Artinya, hakim diberi keleluasaan untuk memutuskan perkara berdasarkan nalar yang umum untuk memenuhi tuntutan keadilan dari pihak-pihak yang bersengketa;
- f) Mengusahakan secara lebih efektif agar tujuan-tujuan hukum dapat tercapai.

¹¹⁷ Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage, *op.cit.*, h, 146-147.

¹¹⁸ *Ibid.*, h. 147.

Menurut Podgorecki yang pada intinya menyatakan *social engineering* sebagai ilmu sosial terapan memiliki fungsi untuk menuntun praktisi menemukan cara yang efektif di dalam mewujudkan tujuan sosial yang dikehendaki, bilamana diterima suatu perangkat nilai-nilai tertentu serta diketahui adanya seperangkat proposisi yang sudah teruji yang menggambarkan tentang tingkah laku manusia¹¹⁹.

Karakter ilmu sosial terapan dalam *social engineering*, tercermin dalam empat azas yang dikembangkan Podgorecki¹²⁰, sebagai berikut:

- a) *Social engineering* harus merupakan suatu penggambaran yang baik mengenai situasi yang dihadapi;
- b) Membuat suatu analisis mengenai penilaian-penilaian yang ada dan menempatkannya dalam suatu urutan hirarki. Analisis dimaksud meliputi pula perkiraan mengenai apakah cara-cara yang akan dipakai tidak akan menimbulkan efek yang lebih memperburuk keadaan
- c) Melakukan verifikasi hipotesa-hipotesa, seperti apakah suatu cara yang dipikirkan untuk dilakukan, pada akhirnya nanti memang akan membawa pada tujuan sebagaimana dikehendaki;
- d) Pengukuran terhadap efek peraturan-peraturan yang ada.

Berkenaan dengan penerapan hukum, Roscoe Pound mengemukakan tiga langkah atau tahapan yang perlu dilakukan oleh hakim, sebagai berikut¹²¹:

- a. Menemukan kaidah atau norma hukum dari sekian banyak kaidah atau norma dalam sistem hukum . hakim akan menetapkan norma hukum yang paling relevan dengan konteks kasus;
- b. Menafsirkan norma hukum yang dipilih atau ditetapkan dalam penyelesaian kasus yang diperiksa dan diadili. Dalam tahap ini diperlukan keahlian dalam menafsirkan sebagaimana dikenal dalam dan dikembangkan dalam ilmu hukum. Menafsirkan adalah memberi

¹¹⁹ *Ibid.* h. 148

¹²⁰ *Ibid.*, h. 148.

¹²¹ I Dewa Gede Atmadja. *Filsafat Hukum: Dimensi Tematis dan Historis* (Malang: Setara Press, 2013), h. 99

- makna atau arti yang tepat terhadap teks-teks undang-undang;
- c. Menerapkan norma hukum terhadap sengketa yang sedang diadili. Hakim akan mengemukakan argumentasinya sebagai landasan dari putusan yang diambil.

Peran hukum sebagai alat perubahan sosial, berkaitan erat dengan fungsi hukum dalam pembangunan, bahkan meningkat korelasinya menjadi hubungan antara perubahan hukum dan perubahan masyarakat. Hubungan timbal balik antara keduanya berkaitan dengan masalah pada bidang kehidupan yang manakah peranan hukum lebih besar daripada bidang kehidupan lainnya, dan sebaliknya. Juga apakah hukum dipandang sebagai alat yang mendukung perubahan atau bahkan mungkin yang menghambatnya. Ihtwal hubungan antara hukum dan perubahan sosial, telah menjadi isu sentral dalam wacana hukum modern. Bahkan Hart, seorang ahli hukum penganut positivisme kontemporer mengakui hal tersebut. Dikatakan oleh Hart, fungsi melayani perubahan-perubahan yang ada, merupakan salah satu ciri dari adanya sistem hukum¹²².

¹²² Bernard L Tanya, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage, *op.cit.*, h, 149.

DAFTAR PUSTAKA

- Abror, H. Khoirul. *Hukum Perkawinan Dan Perceraian*, Yogyakarta: Penerbit Ladang Kata, 2020.
- *Dispensasi Perkawinan di Bawah Umur*, Yogyakarta: DIVA Press, 2019.
- “*Cerai Gugat Dan Dampaknya Bagi Keluarga*”, *Asas Jurnal Politik, Hukum, Ekonomi dan Kebudayaan Islam*, Vol. 11, No. 01, 2019.
- Ali, Mohammad Daud. *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia*, Depok: Rajawali Pers, 2019.
- Al- Rasyid, Harun. *Fikih Korupsi Analisis Politik Uang Di Indonesia Dalam Perspektif Maqashid Al Syariah*, Jakarta: Prenada Media Group, 2016.
- al-Fasî, Alal. *Maqasid al-Syari’ah al-Islamiyyah wa Makarimuha*.Cet. ke-5.T.tp.: Dar al Gharb al-Islamiy, 1993.
- Asnawi, M Natsir. *Hermeneutika Putusan Hakim Pendekatan Multidisipliner Dalam Memahami Putusan Peradilan Perdata*, Yogyakarta: UII Press, 2020.
- Asnawi, M Natsir. *Pembaruan Hukum Perdata Pendekatan Tematik*, Yogyakarta: UII Press, 2019.
- Al-Juzairi, Syaikh Abdurrahman. *Fikih Empat Mazhab, Jilid 5*, Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2015.
- Atmadja, I Dewa Gede. *Filsafat Hukum: Dimensi Tematis dan Historis* Malang: Setara Press, 2013.
- Azwar, Saifuddin. *Metode Penelitian*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1999.
- Arikunto, Suharsimi. *Prosedur Penelitian Suatu Pendekatan Praktik*, Jakarta: Bina Usaha, 2010.
- Anwar, Syamsul. “*Metodologi Hukum Islam*”, Diktat Matakuliah Ushul Fikih Pasca Sarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta.
- al-Gazali, Abu Hamid. *Syifa’ al-Galil fi Bayan asy-Syabah wa al-Mukhil wa Masalik at- Ta’lil*, Bagdad: Matba’ah al-Irsyad, 1971.
- Aljan Abdullah, Erfani. *Pembaruan Hukum Perdata Islam: Praktik dan Gagasan*, Yogyakarta: UII Press, 2017.
- Arifin, Bustanul. *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah Hambatan dan Prospeknya*, Jakarta: Gema Insani press, 1996.
- Auda, Jasser. *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqashid Syariah*, Yogyakarta: Mizan, 2007.
- Arto, H. A. Mukti. *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan, Penerapan Penemuan Hukum, Ultra Petita Dan Ex Officio Hakim Secara Proporsional*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2018.

- *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan Membangun Sistem Peradilan Berbasis Perlindungan Hukum Dan Keadilan (Buku Kesatu)*, Jogjakarta: Pustaka Pelajar, 2017.
- *Pembaruan Hukum Islam Melalui Putusan Hakim*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015.
- Ali, Achmad dan Wiwie Heryani. *Asas-asas Hukum Pembuktian Perdata*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2012.
- Busyro. *Maqashid Al Syariah Pengetahuan Mendasar Memahami Masalah*, Jakarta: Prenada Media Group, 2019.
- Butarbutar, Elisabeth Nurhaini. *Hukum Pembuktian Analisis Terhadap Kemandirian Hakim Sebagai Penegak Hukum Dalam Proses Pembuktian*, Bandung: CV Nuansa Aulia, 2016.
- Bahder Johan, Nasution. *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Bandung: Mandar Maju, 2008.
- Diantha, I Made Pasek. *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum*, Jakarta: Prenada Media Group, 2019.
- Eka Putri, Nora. judul: *Hak Haḍānah pada Ayah (Analisis Yurisprudensi Mahakamah Agung*, tesis program pascasarjana UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2017.
- Efendi M. Zein, Satria. *Problematisa Hukum Keluarga Islam Kontemporer*, Jakarta: Kencana, 2004.
- Fakhira, Efa Laela. *Kapita Selekta Hukum Acara Perdata Indonesia*, Bandung: CV. Mandar Maju, 2019.
- Fuad Said, Ahmad. *Perceraian Menurut Hukum Islam*, Jakarta: Pustaka al-Husna, 1994.
- Ghazaly, Abd. Rahman. *Fiqh Munakahat*, Bogor: Kencana, 2003.
- Hayatudin, Amrullah. *Usul Fiqh Jalan Tengah Memahami Hukum Islam*, Jakarta: Amzah, 2019.
- HS, Salim dan Erlies Septiana Nurbani. *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2013.
- Januar, M. Iwan. *Haḍānah Risalah Agung Pengasuhan Anak Dalam Islam*, Bogor: Al Azhar Fresh Zone Publishing, 2018.
- Minhaji, H.Akh. *Ijtihad Dan Legislasi Muslim Kontemporer*, Jogjakarta: UII Press, 2004.
- MK, M. Anshary. *Hukum Perkawinan Di Indonesia Masalah Masalah Krusial*, Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2015.
- Minhaji, Akh. *Strategies For Social Research: The Methodological Imagination In Islamic Studies*, Yogyakarta: Sunan kalijaga Press, 2009.

- Muchammad, Lc. *hak Asuh anak akibat perceraian terhadap ibu berstatus Bipolar Disorder Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 0419/Pdt.G/2014/PAJP*, (tesis Program Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015.
- Muchtar, Kamal. *Asas-Asas Hukum Islam tentang Perkawinan*, Jakarta: Bulan Bintang, 2004
- Mertokusumo, Sudikno dan A. Pitlo. *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Yogya: PT Citra Aditya Bakti, 2013.
- Muchammad, “*Hak Asuh anak akibat perceraian terhadap ibu berstatus Bipolar Disorder Studi Terhadap Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat Nomor 0419/Pdt.G/2014/PAJP*,” Tesis, Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2015.
- Manan, H. Abdul. *Aspek-aspek Pengubah Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2005.
- Nasor, M., Eva Rodiah Nur. “*Metode Dakwah Dalam Membina Keluarga Sakinah (Studi Pada Kelompok Pengajian di Kecamatan Jati Agung Kabupaten Lampung Selatan)*”, *Asas Jurnal Politik, Hukum, Ekonomi dan Kebudayaan Islam*, Vol. 11, No. 01, 2019.
- Nur, Efa Rodiah. “*Dialektika Ilmu Hukum Indonesia Dalam Dominasi Positifisme Ilmu Hukum (Studi Pergeseran Paradigma Ilmu Hukum Indonesia dari Teks Menuju Realitas Hukum yang Berkeadilan)*”, *Asas Jurnal Politik, Hukum, Ekonomi dan Kebudayaan Islam*, Vol. 9, No. 1, 2017.
- Rahmat, Jalaludin dan Muhrat Gandaatmadja. *Keluarga Muslim dalam Masyarakat Moderen*, cet.ke-2, Bandung: PT. Remaja Roesdakarya, 1994.
- Riduwan. *Metode dan Tehnik Menyusun Proposal Penelitian*, Bandung: Alfabeta, 2013.
- Rasjidi, H. Lili dan Liza Sonia Rasjidi. *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung: PT Citra Aditya Baukti, 2016.
- Saebani, Beni Ahmad. *Perkawinan Dalam Hukum Islam dan Undang-Undang Perspektif Fiqh Munakahat dan UU No. 1/1974 tentang Poligami dan Problematikanya*, Bandung: Pustaka Setia, 2008.
- Sarwono, Jonathan. *Metode Penelitian Kuantitatif dan Kualitatif*, Yogyakarta: Graha Ilmu 2006.
- Syarifuddin, Amir. *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia: Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, Jakarta: Kencana, 2007.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007.
- Saiban, Kasuwi. *Metode Penetapan Hukum Islam Membangun Mazhab Fiqih Kontemporer Di Indonesia*, Malang: Setara Press, 2019.

- Syamsudin, M. dan Salman Luthan, *Mahir Menulis Studi Kasus Hukum*, Jakarta: Prenada Media Group, 2018.
- Tim penyusun Pengadilan Agama Banjarbaru. *Kontekstualisasi Hukum Perdata Islam Sinergitas Teks - konteks*, Yogyakarta: Phoenix publisher, 2018.
- Tanya, Bernard I, Yoan N. Simanjuntak dan Markus Y Hage. *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang Dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2013.
- Yasid, H. Abu. *Logika Ushul Fiqh Interelasi Nalar, Wahyu, Dan Maqashid Asy-Syari'ah*, Yogyakarta: IRCiSoD, 2019.

