

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **1.1. Latar Belakang Masalah**

Pada dasarnya hubungan perkawinan itu dilakukan untuk waktu selama-lamanya. Ditegaskan dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 pada pasal 1 tentang Perkawinan bahwa “*Perkawinan ialah ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa*” (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, 2015).

Pada ketentuan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 pasal 1 tentang Perkawinan dapat disimpulkan, bahwa ikatan perkawinan idealnya bertujuan agar terbentuknya keluarga (rumah tangga) yang kekal tanpa berakhir dengan suami perceraian atau putusya suatu perkawinan.

Namun dalam keadaan tertentu terdapat hal-hal yang menghendaki putusya perkawinan itu, dalam hal ini bila hubungan perkawinan tetap dilanjutkan, maka kemaudharatan akan terjadi.

Dalam hal ini Islam membenarkan putusya perkawinan sebagai langkah terakhir dari usaha menanutkan rumah tangga. Putusya perkawinan dengan begitu adalah suatu jalan keluar yang baik (Syarifuddin, 2006, hal. 190).

Islam telah memberi ketentuan tentang batas-batas hak dan tanggung jawab bagi suami istri agar perkawinan berjalan *sakinah* dan terjalin dengan *mawaddah* dan *rahmah*. Ketika ada diantara suami istri berbuat diluar haknya maka Islam memberi petunjuk bagaimana cara mengatasinya dan mengembalikannya kepada yang hak. Tetapi ketika dalam suatu rumah tangga terjadi krisis yang tidak dapat lagi diatasi, maka Islam memberi jalan keluar yang terbaik bagi suami istri diantaranya, thalaq dan khulu'. (Bustami, 1999, hal. 107)

Jika permasalahan cinta dan tidak cinta sudah dipindahkan kepada pembangkangan dan lari menjauh, langkah awal yang ditunjukkan Islam bukan talak. Akan tetapi, harus ada langkah usaha yang dilakukan pihak lain dan pertolongan yang dilakukan oleh orang-orang baik. Jika jalan penengah ini tidak didapatkan hasil, permasalahannya menjadi sangat kritis, kehidupan rumah tangga sudah tidak normal, tidak ada ketenangan dan ketentraman, dan mempertahankan rumah tangga ini sia-sia. Pelajaran yang diterima adalah mengakhiri kehidupan rumah tangga sekalipun dibenci Islam. (Hawwas, 2011, hal. 252-253)

Dari beberapa ketentuan di atas dapat disimpulkan, pada dasarnya ikatan perkawinan merupakan ikatan yang mengekalkan yang pada akhirnya diharapkan tanpa berakhir dengan sebuah pertikaian yang kemudian berujung perceraian. Tetapi jika sewaktu-waktu, pada saat menjalani bahtera rumah tangga timbul konflik berkepanjangan, berakibat pada rusaknya keharmonisan rumah tangga. Maka ada salah beberapa solusi atau jalan yang dapat ditempuh oleh pasangan suami istri diantaranya, di dalam Islam dikenal dengan istilah talak yaitu melepaskan ikatan (*hall al-qaid*) atau bisa juga disebut mengurangi pelepasan ikatan dengan menggunakan *lata'at* yang telah ditentukan (Mardani, 2016, hal. 145) atau perceraian yang terjadi atas permintaan suami, dan istilah khuluk yaitu perceraian yang terjadi atas permintaan istri dengan memberikan tebusan atau *iwadl* kepada dan atas persetujuan suaminya (Kompilasi Hukum Islam, 2015, hal. 341).

Ketika telah melangsungkan suatu perkawinan, maka akan menimbulkan beberapa akibat hukum baik itu berupa hak dan kewajiban antara suami dan isteri ataupun hal yang berhubungan dengan perkawinan lainnya. Begitu juga halnya dengan perceraian, ketika rumah tangga sudah tidak dapat dipertahankan lagi sehingga tujuan untuk mendapatkan ketenangan jiwa tidak ditemukan lagi, maka setelah talak

atau perceraian dilangsungkan, akan menimbulkan akibat hukum pula, seperti halnya dengan *hadhanah*.

Dalam kajian disiplin ilmu fiqh, istilah hak asuh anak dikenal dengan sebutan *hadhanah*. Kajian *hadhanah* membahas mengenai penetapan hak asuh anak akibat dari sebuah perceraian.

*Hadhanah* dalam istilah fiqh digunakan dua kata namun ditujukan untuk maksud yang sama yaitu *kaffalah* atau menjadikan dia penanggung bagi seseorang (Yunus, Kamus Arab Indonesia 2010, hal.379). Dalam arti sederhana ialah “pemeliharaan” atau “pengasuhan”. Dalam arti yang lebih lengkap adalah pemeliharaan anak yang masih kecil setelah terjadinya putus perkawinan (Syarifuddin, Hukum Perkawinan Islam di Indonesia 2006, hal.327).

Dasar hukum *hadhanah* tercantum di dalam al-Qur’an surat at-Tahrim ayat 6:

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا قَوْا أَنفُسِكُمْ أَمْ لَكُمْ نَارًا يَرُدُّهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا  
مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ ﴿٦﴾

Artinya:

Hai orang-orang yang beriman, peliharalah dirimu dan keluargamu dari api neraka yang bahan bakarnya adalah manusia dan batu; penjaganya malaikat-malaikat yang kasar, keras, dan tidak mendurhakai Allah terhadap apa yang diperintahkan-Nya kepada mereka dan selalu mengerjakan apa yang diperintahkan.”(Departemen Agama 2004)

Pada ayat ini dijelaskan bahwa orangtua diperintahkan Allah SWT untuk memelihara keluarganya dari api neraka, dengan berusaha agar seluruh anggota keluarganya itu melaksanakan perintah-perintah dan larangan-larangan Allah, termasuk anggota keluarga dalam ayat ini.

Menurut sumber literatur lain disebutkan, *hadhanah* menurut bahasa berarti “meletakkan sesuatu dekat dengan tulang rusuk atau dipangkuan” karena ibu waktu menyusukan anaknya meletakkan anak itu

di pangkuannya, sehingga *hadhanah* dijadikan istilah yang maksudnya: “Pendidikan dan pemeliharaan anak sejak dari lahir sampai sanggup berdiri sendiri mengurus dirinya yang dilakukan oleh kerabat anak itu.” (Ghozali, 2003, hal. hal.175-177)

Dari beberapa pemaparan diatas dapat disimpulkan, *hadhanah* merupakan tahap pemeliharaan, pengasuhan, pendidikan terhadap anak mulai dari ia dilahirkan sampai ia tumbuh dewasa atau *mumayyiz*.

Setelah penulis membaca dan mengamati beberapa putusan mengenai hak asuh anak (*hadhanah*), penulis mendapati salah satu kasus mengenai salah sengketa *hadhanah*. Sengketa *hadhanah* tersebut terjadi beberapa tahun yang lalu, tepatnya di Pengadilan Agama Bukittinggi. Kemudian selang beberapa bulan kemudian, pihak Tergugat (suami Penggugat) mengajukan permohonan banding ke Pengadilan Tinggi Agama Padang.

Tercantum dalam putusan Pengadilan Agama Bukittinggi Nomor:0576/Pdt.G/2014/PA.Bkt tentang Penggugat dan Tergugat. Sesuai dalam fakta persidangan mantan istri yang dalam hal ini disebut dengan Penggugat sudah tidak tinggal bersama mantan suaminya sejak tanggal 17 April 2017 dengan bukti kutipan Akta Cerai Nomor:0143/AC/2014/PA.Bkt.

Setelah perceraian terjadi, maka anak mereka satu-satunya atas nama AZ (inisial) yang masih kecil dan belum *mumayyiz* lahir pada 09 Maret 2013 diasuh oleh mantan istri Tergugat, kemudian pada poin 3 (tiga) tentang duduk perkara, pada tanggal 05 November 2014, Tergugat secara diam-diam membawa anak ke rumah orang tuanya dan anak berada di bawah asuhan Tergugat.

Mantan istri sebagai Penggugat melakukan gugatan untuk mendapatkan *hadhanah* ke Pengadilan Agama Bukittinggi dengan alasan bahwa pada poin 4 (empat) tentang duduk perkara, anak atas nama AZ

masih di bawah umur (belum *mumayyiz*) atau belum berumur 12 tahun, sehingga masih sangat membutuhkan kasih sayang seorang ibu, dan Penggugat sangat khawatir terhadap perhatian, kasih sayang terhadap anak tidak terpenuhi Tergugat.

Menurut Pengadilan Agama Bukittinggi dalam pertimbangan hukumnya menjelaskan, bahwa berdasarkan fakta-fakta hukum, majelis Hakim telah dapat meyakini kebenaran gugatan Penggugat, karena anak Penggugat dengan Tergugat masih kecil dan belum berumur 12 tahun (belum *mumayyiz*), perlu kasih sayang dari ibunya, karena menurut fitrah, bahwa ibu lebih dekat dengan anaknya dari pada bapaknya, sesuai pasal 105 Kompilasi Hukum Islam (KHI), menyebutkan “Bila terjadi perceraian:(a) Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya”, sedangkan alasan-alasan serta bantahan dan tuduhan Tergugat tidak terbukti, maka gugatan Penggugat patut dipertimbangkan dan sesuai pula dengan pendapat ulama dalam kitab al-BajuriII: 195:

Artinya:

“Dan apabila suami menceraikan istrinya dan mereka ada mempunyai anak, isterinya yang berhak memelihara anak tersebut”

Majelis Hakim Pengadilan Agama Bukittinggi dalam amar putusan menyebutkan: “(2) Menetapkan anak yang bernama AZ, perempuan, lahir tanggal 09 Maret 2013 berada di bawah asuhan (*hadhanah*) Penggugat FY(Pengadilan Agama Bukittinggi, 2014, hal. 37).

Namun demikian, membaca Akta Permohonan Banding yang dibuat dihadapan Panitera Pengadilan Agama Bukittinggi, bahwa Tergugat/Pembanding (suami Penggugat) pada tanggal 02 April 2015 telah mengajukan permohonan banding atas putusan Pengadilan Agama Bukittinggi Nomor:0576/Pdt.G/2014/PA.Bkt, tanggal 24 Maret 2015 M bertepatan dengan tanggal 03 Jumadil Akhir 1436 H, permohonan banding tersebut telah diberitahukan kepada pihak Penggugat/Terbanding pada tanggal 08 April 2015.

Bahwa permohonan banding Tergugat/Pembanding yang menyatu dengan berkas perkara telah terdaftar di Kepaniteraan banding Pengadilan Tinggi Agama Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg, pada tanggal 19 Mei 2015, untuk selanjutnya kepada majelis hakim telah memeriksa dan mempertimbangkan ulang perkara tersebut.

Pengadilan Tinggi Agama Padang telah tidak sependapat dengan pertimbangan hukum Pengadilan Agama Bukittinggi tersebut yang telah menetapkan bahwa *hadhanah* berada pada pihak Penggugat/Terbanding (ibunya), dan karenanya Pengadilan Tinggi Agama Padang memberikan pertimbangan sebagai berikut:

Bahwa Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyatakan "bahwa dalam hal terjadi perceraian, pemeliharaan/pengasuhan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya," demikian halnya ketentuan Pasal 156 huruf (a) juga menyatakan "bahwa akibat putusanya perkawinan karena perceraian, maka anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapat *hadhanah* dari ibunya kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh wanita-wanita dalam garis lurus dari ibu, kemudian ayah baru kemudian wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah dan seterusnya."

Dalam pertimbangan hukum Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Padang menjelaskan, bahwa bunyi Pasal 105 huruf (a) dan Pasal 156 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam tersebut dapat diambil pemahaman bahwa pada dasarnya hak *hadhanah* bagi anak yang belum *mumayyiz* atau anak sebelum berumur 12 tahun adalah berada pada ibunya (Penggugat/Terbanding), dengan demikian pasal tersebut dapat diartikan dan diberlakukan *lex specialis*, akan tetapi dalam perkara tersebut dengan melihat fakta-fakta-fakta yang ada Pengadilan Tinggi Agama Padang berpendapat harus menerapkan asas *kontra legem* (Pengadilan Tinggi Agama Padang 2015, hal.5).

Undang-undang atau ketentuan hukum tertulis yang mampu memberikan rasa keadilan tentunya adalah sebuah harapan bagi terciptanya hukum yang mampu memberikan rasa adil bagi para pihak yang berperkara. Pada dasarnya manusia mempunyai kecenderungan dan kebutuhan akan kepastian dan keadilan. Sebab, hanya dalam kepastian berkeadilan manusia mampu mengaktualisasikan segala potensi kemanusiannya secara wajar dan baik. (Fanani A. Z., 2014, hal. 3)

Namun banyak fakta yang sudah terjadi bahwa undang-undang atau ketentuan hukum tertulis, tidak semuanya menghimpun persoalan yang ada di tengah-tengah masyarakat. Dan ketentuan undang-undang atau hukum tertulis tidak selamanya memberikan rasa adil bagi para pihak yang berperkara. Maka sudah menjadi tugas utama hakim untuk menyelesaikan setiap konflik yang dihadapkan kepadanya.

Kewenangan yang telah diberikan undang-undang kepada hakim menjadi sebuah tuntutan bagi hakim, seperti tercantum dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menjelaskan bahwa "Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Dalam hal ini hakim dituntut menerima, memeriksa, memutus suatu perkara secara profesional, bersih, bijaksana serta menguasai dengan teori-teori dalam ilmu hukum, tanpa berdalih ketentuan hukumnya kurang jelas atau tidak ada. (Rifai, Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif, 2011, hal. hal.3-6)

Di dalam kajian disiplin ilmu hukum dijelaskan, hakim dalam putusannya memiliki wewenang untuk mengesampingkan penerapan pasal dalam undang-undang tersebut atau dengan kata lain bertentangan dengan undang-undang yang dikehendaki, istilah pengesampingan ini dikenal dengan *contra legem*.

Ada beberapa sumber literatur yang menjelaskan tentang *contra legem*. *Contra legem* yaitu jika peraturan perundang-undangan sudah tidak sesuai dengan nilai keadilan dan kondisi sosial masyarakat maka hakim bisa mengesampingkan undang-undang tersebut dengan melakukan *contra legem* dengan syarat argumentasi hukum yang rasional (A. Z. Fanani 2014, hal.130).

Dalam majalah varia peradilan disinggung mengenai asas *contra legem* yaitu hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, dalam hal ini hakim mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal undang-undang yang bersangkutan. (Majalah Hukum Varia Peradilan, 2006, hal.85)

Menurut sumber literatur lain dijelaskan, Pengertian *contra legem* yaitu, melanggar larangan yang ditentukan dalam pasal undang-undang tertentu dengan cara menyingkirkan penerapan pasal itu. Bukan menyatakan undang-undang yang bersangkutan tidak sah (*invalidated*), tetapi hanya mengesampingkan penerapan pasal tertentu dari undang-undang tersebut. Berbarengan dengan itu, hakim mencipta hukum kasus (*case law*) yang berlawanan arah dengan apa yang dekehendaki pasal yang bersangkutan (Yanra Harahap, 2004, hal.859).

Kalau begitu, jika hakim bermaksud melakukan *contra legem*, hakim mesti mampu mengemukakan dasar-dasar pertimbangan yang rasional, bahwa pasal yang disingkirkan itu benar-benar bertentangan dengan kepentingan umum, kepatutan, peradaban, dan kemanusiaan, sehingga jika pasal itu diterapkan akan menimbulkan keresahan dan ketidakpatutan kepada pencari keadilan.

Dapat dipahami bahwa asas *contra legem* merupakan kewenangan hakim untuk mengesampingkan penerapan pasal dalam undang-undang atau dalam ketentuan hukum tertulis lainnya, hal ini terjadi apabila peraturan perundang-undangan atau hukum tertulis tersebut. Hakim mengesampingkan penerapan dari undang-undang atau bertentangan



dengan undang-undang tersebut tentunya bertujuan untuk mewujudkan putusan hakim yang berkeadilan kepada para pihak.

Tahun 1850 merupakan awal munculnya asas penemuan hukum yang mandiri (otonom). Dalam teori penemuan hukum otonom, hakim disini tidak lagi dipandang sebagai corong undang-undang, tetapi sebagai pembentuk undang-undang yang secara mandiri memberi bentuk kepada isi undang-undang dan menyesuaikan dengan kebutuhan-kebutuhan hukum. Hakim dalam menjatuhkan putusannya dibimbing oleh pandangan-pandangan atau pikirannya sendiri atau menurut apresiasi pribadi. Disini hakim menjalankan fungsi yang mandiri dalam penerapan undang-undang terhadap peristiwa hukum konkrit. Pandangan baru ini yang dipelopori oleh Oskar Bulow dan Eugen Erlich di Jerman, Geny di Perancis, dan Oliver Wendel Holmes dan Jerome Frank di Amerika Serikat (A.Pitlo 1993, hal.7-8).

Dapat dilihat bahwa hakim mempunyai kedudukan yang penting dalam suatu sistem hukum begitu pula dalam sistem hukum di Indonesia, karena hakim melakukan tugas yang pada hakikatnya melengkapi ketentuan-ketentuan hukum tertulis melalui penemuan hukum yang berawal dari penyimpangan terhadap undang-undang hukum yang tertulis (*contra legem*) yang mengarah kepada penciptaan hukum baru (*creation of new law*). Fungsi menemukan hukum tersebut harus diartikan mengisi kekosongan hukum (*recht vacuum*) dan mencegah tidak ditanganinya suatu perkara dengan alasan hukumnya (tertulis) tidak jelas atau tidak ada. (Rifai, Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif, 2011, hal. 7)

Seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, di Pengadilan Tinggi Agama Padang, ada perkara sengketa *hadhanah* yang diselesaikan dengan cara, hakim mengesampingkan penerapan sebuah pasal dari undang-undang atau ketentuan hukum tertulis yang diputus dengan jalan *contra legem*, buktinya Majelis Hakim PTA Padang menerapkan *contra legem*

terhadap Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam putusan Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

Dewasa ini perkara hak asuh anak (*hadhanah*) masih menjadi persoalan yang sangat diperhatikandi lembaga peradilan, disamping penentuan jumlah pembagian harta bersama akibat dari sebuah perceraian, perkara penentuan hak asuh anak (*hadhanah*) juga tidak kalah pentingnya dan tidak bisa dianggap *sepele*, alasannya disini ialah bahwa anak merupakan cikalbakal generasi dalam suatu keluarga, tentunya orang tua anak akan menuntut dan meminta kepastian dan keadilan terhadap pihak yang berhak menerima hak asuhan (*hadhanah*) kepada majelis hakim dalam persidangan. Kendatipun dalam ketentuan peraturan perundang-undangan, KHI sudah diterangkan tetapi apakah sudah mencerminkan prinsip-prinsip dan nilai-nilai keadilan.

Sebenarnya peraturan Perundang-Undangan di Indonesia telah mengatur tentang hak su anak (*hadhanah*) dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan dalam ketentuan BAB X (Hak dan Kewajiban Anak, Orang Tua dan Anak) Pasal 45 ayat (1), UU No. 1 Tahun 1974 menyebutkan bahwa, kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus. (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, 2015, hal.15).

Kemudian pengaturan pemeliharaan anak (*hadhanah*) juga disingung dalam Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bahwa, 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. Tanggung jawab atas biaya yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan tersebut dalam huruf (b), menjadi tanggung jawab bapak,

bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut. (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, 2015)

Dapat disimpulkan, dari penjelasan kedua pasal di atas terlihat masih bersifat umum, tidak secara pasti dan tegas menempatkan kejelasan posisi anak ketika orang tuanya bercerai, apakah di asuh oleh ibu atau bapaknya. Pasal-pasal tersebut hanya menegaskan bahwa baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya.

Dalam Kompilasi Hukum Islam, setidaknya ada dua pasal yang mengatur pengasuhan anak (*hadhanah*), yaitu Pasal 105 huruf (a) dan 156 huruf (a dan b):

Pasal 105: (a) pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya; (b) Pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemenang hak asuh.

Di dalam Pasal 156 dijelaskan: (a) anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: (1) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; (2) ayah; (3) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; (4) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; (5) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. (b) anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya. (KHI Pasal 105, 2015)

Kedua pasal di atas menentukan posisi anak pada dua keadaan. Pertama, ketika anak belum berumur 12 tahun atau belum *mumayyiz*, ditetapkan kepada ibunya. Kedua, ketika anak tersebut sudah *mumayyiz* ditetapkan pada pilihan anak sendiri, apakah mau ikut ayah atau ibunya.

Dalam pertimbangan hukum Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Agama Padang menjelaskan, bahwa bunyi Pasal 105 huruf (a) dan Pasal 156 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam tersebut dapat diambil pemahaman

bahwa pada dasarnya hak *hadhanah* bagi anak yang belum *mumayyiz* atau anak sebelum berumur 12 tahun adalah berada pada ibunya (Penggugat/Terbanding), dengan demikian pasal tersebut dapat diartikan dan diberlakukan *lex specialis*, akan tetapi dalam perkara tersebut dengan melihat fakta-fakta-fakta yang ada Pengadilan Tinggi Agama Padang berpendapat harus menerapkan asas *contra legem* (*contra legem*).

Dalam hal ini, penulis tertarik membaca dan memahami isi salinan putusan PTA Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg tentang penerapan asas *contra legem* oleh hakim PTA Padang terhadap penyelesaian sengketa hak asuh anak (*hadhanah*). Majelis hakim dalam putusannya tidak menerapkan aturan hukum tertulis yang sudah termuat dalam KHI Pasal 105 huruf (a) yang menerangkan pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya, serta penjelasan pasal 156 KHI huruf (a) dapat diambil pemahaman, hak asuh anak (*hadhanah*) yang belum *mumayyiz* berada pada ibu si anak.

Akan tetapi dalam hal ini majelis hakim PTA Padang memiliki pertimbangan lain, yang mengakibatkan hak asuh anak (*hadhanah*) beralih ke suami. Oleh karena itu, penerapan asas *contra legem* oleh Majelis Hakim PTA Padang dalam penyelesaian sengketa *hadhanah* bagi anak yang belum *mumayyiz* perlu diteliti lebih lanjut.

Dari latar belakang inilah penulis ingin lebih memahami alasan dasar hakim memutus perkara penyelesaian sengketa hak asuh anak (*hadhanah*) dengan menerapkan asas *contra legem*, oleh karena itu lebih lanjut penulis akan meneliti permasalahan dengan judul **“Analisis Putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg Tentang Penerapan Asas *Contra Legem* dalam Penyelesaian Sengketa *Hadhanah*.”**

## 1.2. Rumusan Masalah dan Pertanyaan Penelitian

### 1.2.1. Rumusan Masalah

Berdasarkan dari uraian latar belakang masalah yang telah paparkan di atas, maka yang menjadi rumusan masalah dari penelitian ini yaitu: Bagaimana analisis penerapan asas *contra legem* dalam menyelesaikan sengketa *hadhanah* pada putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

### 1.2.2. Pertanyaan Penelitian

Berangkat dari pemaparan di atas, maka yang menjadi pertanyaan penelitian bagi penulis adalah:

1.2.2.1. Bagaimana duduk perkara dalam putusan Nomor:0576/Pdt.G/2014/PA.Bkt dan dalam putusan Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg?

1.2.2.2. Bagaimana analisis dasar hukum penerapan *contra legem* dalam penyelesaian sengketa *hadhanah* pada putusan perkara Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg?

1.2.2.3. Bagaimana analisis penerapan asas *contra legem* dalam putusan Nomor:0012/Pdt.G /2015/PTA.Pdg.?

**UIN IMAM BONJOL  
PADANG**

## 1.3. Tujuan dan Signifikan Penelitian

### 1.3.1. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dan kegunaan dari pembahasan dalam penelitian ini:

1.3.1.1. Untuk mengetahui duduk perkara dalam putusan Nomor:0576/Pdt.G/2014/PA.Bkt dan Putusan Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

1.3.1.2. Untuk menganalisis dasar hukum penerapan *contra legem* dalam penyelesaian sengketa *hadhanah* pada putusan perkara Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

1.3.1.3. Untuk menganalisis penerapan asas *contra legem* dalam putusan perkara Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.pdg.

### 1.3.2. Signifikan Penelitian

1.3.2.1. Secara garis besar sebagai bentuk sumbangsih bagi penulis untuk bahan bacaan atau bahan pengetahuan bagi masyarakat umum.

1.3.2.2. Secara praktisme memberikan kontribusi, baik secara langsung atau tidak langsung terhadap persolan yang berkaitan dengan penerapan asas *contra legem* dalam penyelesaian sengketa *hadhanah*.

1.3.2.3. Secara teoritis sebagai bahan rujukan dan sumber literatur berbagai kalangan baik dosen ataupun mahasiswa menyangkut tentang penerapan asas *contra legem* dalam perkara penyelesaian sengketa *hadhanah*.



### 1.4. Tinjauan Pustaka

Untuk menghindari plagiasi dan pengulangan penelitian dengan penulis menaribankan satu buku pembahasan yaitu studi kepustakaan, yang bertujuan untuk melihat kaitan antara yang diteliti dengan permasalahan terdahulu berupa skripsi:

1.4.1. Skripsi yang ditulis oleh Nur Mazidah (NIM:C01213067), mahasiswa jurusan Hukum Perdata Prodi Hukum Keluarga fakultas Syari'ah dan Hukum Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Ampel Surabaya, dengan judul "Analisis Hukum Islam Penerapan Asas *Contra Legem* dalam Putusan Pembagian Harta Bersama Studi Kasus Pengadilan Agama Sidoarjo Nomor:0071/Pdt.G/2013/PA.Sda." Kesimpulan dari penelitian ini adalah, penerapan asas *contra legem* pembagian harta

bersama telah sesuai dan sejalan dengan ajaran Islam yang mana istri lebih dominan dalam menghasilkan harta dalam kehidupan sehari-hari. Sebagaimana penegasan Pasal 229 KHI yang menyatakan bahwa hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup ditengah masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan. Dan Pasal ini menunjukkan suatu kemutlakan yang bersifat memaksa bagi hakim untuk memegang teguh dan menjadikan Pasal tersebut sebagai landasan moral dan menjatuhkan putusan.

- 1.4.1. Skripsi yang ditulis oleh Ahmad Ibrahim (NIM:09210013) mahasiswa jurusan al-Ahwal al-Syakhsiyyah fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang, dengan judul "Penerapan Asas *Ius Contra Legem* dalam Pembagian Harta Bersama di Pengadilan Agama Mojokerto (Studi Putusan Nomor 052/Pdt.G/2013/PA.Mr)."

Kesimpulan dari penelitian ini adalah, penerapan asas *ius contra legem* dalam perkara Nomor 052/Pdt.G/2013/PA.Mr yakni mengenai harta bersama atau gono-gini yaitu 1/3 untuk Penggugat dan 2/3 untuk Tergugat. Dimana seharusnya hakim membagi harta gono-gini tersebut sama besar yakni 50:50 seperti apa yang telah disebutkan dalam Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam bahwasanya ketika terjadi cerai hidup maka pembagiannya sama besar.

Dari dua buah penelitian di atas yang menjadi studi kepustakaan penulis, dalam hal iniberbeda dengan tema yang akan penulis teliti, yaitu perihal penerapan asas *contra legem* dalam penyelesaian sengketa *hadhanah* dalam putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

### 1.5. Kerangka Teori

Berangkat dari judul yang penulis ajukan di awal tadi, maka perlu bagi penulis untuk menjelaskan bagaimana landasan teori dari penelitian ini. Dalam penelitian ini yang akan penulis bahas adalah mengenai tinjauan umum mengenai *hadhanah* dan asas *contra legem* beserta pembuktian dalam persidangan.

Kajian *hadhanah* membahas mengenai ketentuan hak asuh anak (*hadhanah*) akibat dari sebuah perceraian. *Hadhanah* dalam istilah fiqh digunakakan dua kata namun ditujukan untuk maksud yang sama yaitu *kaffalah* atau menjadikan dia penanggung bagi seseorang (Yunus, Kamus Arab Indonesia 2010, hal.379) dalam arti sederhana ialah “pemeliharaan” atau “pengasuhan”. Dalam arti yang lebih lengkap adalah pemeliharaan anak yang masih kecil setelah terjadinya putus perkawinan (Syarifuddin, Hukum Perkawinan Islam di Indonesia 2006, hal.327).

Dalam sumber literatur lain disebutkan, *hadhanah* menurut bahasa berarti “meletakkan sesuatu dekat dengan orang rusuk atau dipangkuan” karena ibu waktu menyusui anaknya meletakkan anak itu di pangkuannya, sehingga *hadhanah* dijadikan istilah yang maksudnya: “Pendidikan dan pemeliharaan anak sejak dari lahir sampai sanggup berdiri sendiri mengurus dirinya yang dilakukan oleh kerabat anak itu” (Ghozali, Fiqh Munakahat 2003, hal.175).

Secara normatif, ketentuan hukum yang mengatur tentang hak suh anak (*hadhanah*) dapat dilihat dalam ketentuan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan dalam ketentuan Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 45 ayat (1), UU No. 1 Tahun 1974 menyebutkan bahwa, kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus. (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, 2015, hal.15).



Pengaturan pemeliharaan anak (*hadhanah*) akibat putusnya hubungan perkawinan orang tua karena perceraian juga dijelaskan dalam Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 bahwa, 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. Tanggung jawab atas biaya yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan tersebut dalam huruf (b), menjadi tanggung jawab bapak, bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut (Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 2015, hal.13-14).

Kedua Pasal di atas masih bersifat umum, tidak secara pasti dan tegas menempatkan kejelasan posisi anak ketika orang tuanya bercerai, apakah di asuh oleh ibu atau bapaknya. Pasal-pasal tersebut hanya menegaskan bahwa baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya.

Dalam Kompilasi Hukum Islam setidaknya ada dua pasal yang mengatur pengasuhan anak, yaitu Pasal 105 dan 156:

Pasal 105: (a) pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun dan tidak mempunyai ayah; (b) Pemeliharaan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak asuh; (KHI Pasal 105, 2015).

Di dalam Pasal 156 dijelaskan: (a) anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh: (1) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu; (2) ayah; (3) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; (4) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; (5) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah. (b) anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya.

Kedua pasal di atas menentukan posisi anak pada dua keadaan. Pertama, ketika anak belum berumur 12 tahun atau belum *mumayyiz*, ditetapkan kepada ibunya. Kedua, ketika anak tersebut sudah *mumayyiz* ditetapkan pada pilihan anak sendiri, apakah mau ikut ayah atau ibunya.

Dalam ketentuan Kompilasi Hukum Islam pada Pasal 105 huruf (a) menerangkan anak yang belum *mumayyiz* berada di bawah asuhan ibu. Ketetapan pemberlakuan pasal tersebut tentu sudah melalui beberapa pertimbangan oleh para pakar yang sudah merancang hingga terbentuknya kompilasi ini.

Pada bahasan penerapan asas *contra legem* ini, secara normatif Pengadilan Tinggi Agama Padang mengesampingkan penerapan KHI Pasal 105 huruf (a) tersebut. Dalam hal ini pengenyampingan penerapan KHI Pasal 105 huruf (a) oleh hakim yang penulis garis bawahi atau menjadi fokus utama, karena dalam hal ini, Hakim PTA Padang mengenyampingkan penerapan pasal tersebut dengan jalan *contra legem*. Disini penulis melihat dan memahami hakim berupaya melakukan usaha penemuan hukum.

Penulis juga akan mengkaji tentang pengertian asas *contra legem* dan beberapa aliran-aliran dalam teori hukumnya. Dalam beberapa defenisi dijelaskan *contra legem* yaitu jika peraturan perundang-undang sudah tidak sesuai dengan nilai keadilan dan kondisi sosial masyarakat maka hakim bisa mengesampingkan undang-undang tersebut dengan melakukan *contra legem* dengan syarat argumentasi hukum yang rasional (A. Z. Fanani 2014, hal.130).

Dalam majalah varia peradilan disinggung mengenai asas *contra legem* yaitu hakim bebas dan berwenang melakukan tindakan *contra legem*, dalam hal ini hakim mengambil putusan yang bertentangan dengan pasal undang-undang yang bersangkutan. (Majalah Hukum Varia Peradilan, 2006, hal.85)

Tidak hanya mengenai asas *contra legem* yang akan penulis teliti, tetapi akan lebih dikerucutkan mengenai usaha penemuan hukum (*rechtsvinding*) kemudian mengarah kepada penciptaan hukum baru (*creation of new law*). Fungsi menemukan hukum tersebut harus diartikan mengisi kekosongan hukum (*rechtvacuum*) dan mencegah tidak ditanganinya suatu perkara dengan alasan hukumnya (tertulis) tidak jelas atau tidak ada. (Rifai, Penemuan Hukum oleh Hakim dalam perspektif hukum progresif 2011, hal.7)

Penelitian ini akan melihat usaha dan metode yang digunakan hakim Pengadilan Tinggi Agama Padang dalam penemuan hukum yang berawal dari upaya hakim mengesampingkan ketentuan hukum tertulis (*contra legem*).

Dalam hal penegakan hukum tersebut, setiap orang selalu mengharapkan dapat ditetapkannya hukum dalam hal terjadinya peristiwa kongkrit, dengan kata lain bahwa peristiwa tersebut tidak boleh menyimpang dan harus ditetapkan sesuai dengan hukum yang ada (berlaku), yang pada akhirnya nanti kepastian hukum dapat diwujudkan. Namun perlu diingat bahwa dalam hal penegakan hukum ada tiga unsur yang selalu harus diperhatikan guna mewujudkan hakikat dari fungsi dan tujuan dan tujuan itu sendiri, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigheit*).

Tanpa kepastian hukum orang tidak mengetahui apa yang harus diperbuat yang pada akhirnya akan menimbulkan keresahan. Akan tetapi terlalu menitik beratkan pada kepastian hukum, terlalu ketat mentaati peraturan hukum akibatnya juga akan kaku serta tidak menutup kemungkinan akan dapat menimbulkan rasa ketidakadilan. Apapun yang terjadi peraturannya adalah demikian dan harus ditaati dan dilaksanakan. Dan kadang undang-undang itu sering terasa kejam apabila dilaksanakan secara ketat (*lex dura sed tamen scripta*). (A. Z. Fanani 2014, hal. 3-4)

Kemudian mengenai pembuktian dalam persidangan. Salah satu tugas hakim ialah menyelidiki apakah hubungan yang menjadi dasar perkara benar-benar ada atau tidak. Hubungan inilah yang harus terbukti di muka hakim dan tugas kedua belah pihak yang berperkara ialah memberi bahan-bahan bukti yang diperlukan hakim.

Yang dimaksud dengan membuktikan ialah meyakinkan hakim tentang kebenaran dalil-dalil yang dikemukakan dalam suatu persengketaan (Rasaid, 2008, hal. 36).

Berdasarkan keterangan di atas, maka penulis akan mengarahkan penelitian ini berdasarkan teori yang dikemukakan oleh beberapa kalangan ilmunan terkait dengan penerapan asas *contra legem* hakim terhadap ketentuan hukum tertulis yang tercantum dalam Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam. Kemudian dari teori tersebut, peneliti juga akan menganalisis putusan yang dijatuhkan oleh Pengadilan Tinggi Agama Padang, sehingga hakim Pengadilan Tinggi Agama Padang menemukan sumber lain untuk penentuan hak asuh anak (*hadhanah*) terhadap perkara perceraian pada salinan putusan Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

## 1.6. Metode Penelitian

### 1.6.1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penulisan skripsi ini adalah penelitian kepustakaan (*library research*). Analisis terhadap Putusan Pengadilan Tinggi Agama (PTA) Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg yang ditelaah berdasarkan buku-buku perpustakaan, kitab-kitab, buku-buku yang berhubungan dengan penelitian penulis, seperti buku fiqh munakahat, hukum perkawinan Islam di Indonesia, penemuan hukum yang memiliki keterkaitan dengan pembahasan skripsi ini. Menemukan sumber-sumber yang diperlukan untuk memprediksi apa yang dilakukan oleh pengadilan dengan

demikian dapat mengambil tindakan tertentu. (Marzuki, 2005). Penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka. Dokumen utama yang digunakan adalah berkas putusan Majelis Hakim PTA Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg dan putusan PA Bukittinggi Nomor:0576/Pdt.G/2014/PA.Bkt.

#### 1.6.2. Sumber data

Untuk memperoleh data dalam penelitian ini terdiri dari:

##### 1.6.2.1.Data Primer

Bahan hukum primer diperoleh sesuai yang ditetapkan sebelumnya, antara lain: Dalam penelitian ini, yang dipakai adalah putusan Pengadilan Tinggi Agama Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg dan putusan Pengadilan Agama Bukittinggi Nomor:0576/Pdt.G/2014/PA.Bkt. Fokus penelitian penulis dalam hal ini, tentang penyelesaian perkara *hadhanah* yang diputus *contra rem* oleh Majelis Hakim PTA Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

##### 1.6.2.1.Data Sekunder

Data sekunder adalah sumber penunjang (Soekanto 2007, Hal.155). Dalam arti lain data sekunder adalah data yang telah lebih dahulu dikumpulkan dan dilaporkan oleh orang atau instansi di luar penelitian sendiri, walaupun yang dikumpulkan itu adalah data yang asli. Data sekunder lainnya untuk penelitian ini dapat penulis ambil dari buku-buku yang berkaitan dengan topik yang dibahas maupun buku-buku, kamus, maupun sumber literatur lain sebagai penunjang terhadap penelitian ini.

#### 1.6.3. Teknik pengumpulan data

Dalam upaya pengumpulan data, penulis menggunakan teknik dokumentasi yaitu:

1.6.3.1. Dokumentasi ialah mengadakan penelitian atau pengumpulan data yang bersumber pada tuisan dokumen. Selanjutnya penulis membaca dan memahami putusan yang telah dikeluarkan hakim Pengadilan Agama Bukittinggi Nomor:0576/Pdt.G/2015/PA.Bkt dan hakim Pengadilan Tinggi Agama Padang Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

#### 1.6.4. Teknik Analisis Data

Teknik analisis data yang digunakan adalah *content analysis* (analisis isi). *Content analysis* dapat diartikan sebagai dokumen atau transkrip yang telah ditulis dengan rekaman komunikasi verbal. Diartikan pula sebagai suatu teknik untuk membuat suatu kesimpulan/keputusan dengan mengidentifikasi secara sistematis dan objektif suatu pesan yang ingin diketahui (A.Muri, 2005, hal. 80). Penelitian ini dilakukan dengan menganalisis Putusan Majelis Hakim PTA Padang tentang penerapan asas *contra legem* dalam putusan Nomor:0012/Pdt.G/2015/PTA.Pdg.

**UIN IMAM BONJOL  
PADANG**