



**BAB III**

**ANALISIS TENTANG *DISSENTING OPINION* DALAM PERKARA  
CERAI GUGAT KUMULASI HADHANAH  
DISKRESI PASAL 105 KHI HURUF (a)**

**A. Deskripsi Posisi Perkara**

Dalam penelitian ini, bahan hukum yang paling utama adalah putusan hakim itu sendiri, yaitu putusan perkara nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg Sebagaimana dijelaskan oleh Peter Mahmud Marzuki, bahwa putusan-putusan pengadilan yang berkaitan dengan isu hukum yang dihadapi merupakan bahan hukum primer yang perlu dirujuk oleh peneliti hukum.<sup>1</sup> Perkara nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg terdaftar di kepaniteraan Pengadilan Agama Kabupaten Malang tertanggal 05 Februari 2014 dalam kasus cerai gugat kumulasi hadhanah. . Perkara yang akan diteliti bernomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg. Setelah perkara *a quo* melalui tahap mediasi, dan ternyata proses mediasi itu gagal maka perkara dapat dilanjutkan untuk

---

<sup>1</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, h. 146.

diperiksa oleh majelis hakim di dalam ruang sidang. Dalam duduk perkaranya dijelaskan bahwa penggugat dan tergugat merupakan suami istri yang sah dan telah hidup bersama selama kurang lebih 13 tahun. Dari pernikahannya telah dikaruniai satu orang anak perempuan yang berumur 9 tahun. Beberapa faktor yang melatar belakangi penggugat untuk mendaftarkan gugatannya yakni antara lain bahwa keadaan rumah tangga penggugat dan tergugat telah tidak harmonis lagi lantaran masalah ekonomi. Sehingga penggugat memutuskan untuk bekerja ke luar negeri sejak tahun 2006 hingga tahun 2011 (5 tahun) tepatnya di Hongkong dan berangkat lagi sejak tahun 2012 hingga bulan Januari tahun 2014 di Taiwan selama (2) Tahun. Maka sejak kepergian penggugat untuk bekerja ke luar negeri anak dari penggugat dan tergugat tinggal bersama dan diasuh oleh tergugat di rumah orangtua penggugat. Dalam hal ini penggugat memohon kepada Ketua Pengadilan Agama Kabupaten Malang untuk mengabulkan gugatan perceraian sekaligus menetapkan hak asuh anak yang masih berada di bawah umur untuk diberikan kepada penggugat.<sup>2</sup>

Bahwasanya tahapan dalam persidangan telah dilalui berdasar hukum acara persidangan di Pengadilan Agama hingga tahap kesimpulan. Pada saat agenda musyawarah majelis ternyata ditemukan suatu perbedaan pendapat yang dikenal dengan *dissenting opinion*. Sehingga dalam putusannya majelis hakim mengabulkan gugatan penggugat sebagian. Yakni menjatuhkan talak satu ba'in sughro tergugat terhadap penggugat. Akan tetapi permohonan

---

<sup>2</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 3.

mengenai hak asuh anak yang diminta oleh penggugat tidak dikabulkan. Alasan dari majelis hakim tidak mengabulkannya di sini karena beberapa pertimbangan hukum pada agenda musyawarah majelis yang menimbulkan perbedaan pendapat.

#### **B. Pertimbangan Majelis Hakim Sehingga Menimbulkan Adanya *Dissenting Opinion* Dalam Perkara Nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg**

Dasar pertimbangan hakim dalam memutus perkara dapat dibagi menjadi dua. Yang *pertama*, pertimbangan hakim dari aspek yuridis, filosofis, dan sosiologis. *Kedua*, hakim membutuhkan suatu metode penemuan hukum yang dipergunakannya dalam menjatuhkan putusan, salah satunya adalah metode penafsiran atau interpretasi hakim. Sehingga keadilan yang dicapai dan diwujudkan, serta dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*), keadilan moral (*moral justice*), dan keadilan masyarakat (*social justice*).<sup>3</sup>

Dari aspek yuridis, di sini hakim menggunakan ketentuan pasal-pasal dalam perundang-undangan yang relevan dengan kasus yang sedang diperiksa dalam memberikan pertimbangan hukumnya. Selain hakim menggunakan ketentuan pasal dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam,

---

<sup>3</sup>Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum oleh Hakim*, h. 126.

juga menggunakan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Aspek filosofis dan sosiologis digunakan dalam memberikan pertimbangan hukumnya. Dalam hal penjatuhan pemeliharaan anak hakim mengulas dasar filosofis bagaimana pentingnya memberikan kepentingan terbaik bagi anak yang menjadi pijakan yang paling utama. Di sisi lain aspek sosiologis dalam hal penjatuhan pemeliharaan anak juga menjadi pertimbangan hukum yang urgen.

Selain pertimbangan hukum dari aspek yuridis, filosofis, dan sosiologis, hakim menggunakan metode penafsiran atau interpretasi hukum yang dipergunakannya dalam menjatuhkan putusan sehingga tujuan dari hukum dapat diklasifikasikan menjadi tiga. Yaitu bertujuan untuk mencapai keadilan (hukum, moral, sosial), menciptakan kemanfaatan, serta memberikan kepastian hukum. Hakim dalam memutuskan suatu perkara selalu dihadapkan pada ketiga aspek tersebut. Dimana ketiganya harus dilaksanakan secara kompromi, yaitu dengan menerapkan ketiganya secara berimbang dan proporsional.<sup>4</sup>

Dalam pertimbangan hukumnya majelis hakim menimbang, bahwa maksud dan tujuan dari gugatan penggugat pada pokoknya adalah memohon kepada Ketua Pengadilan Agama Kabupaten Malang untuk mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya, yakni menjatuhkan talak satu ba'in sughro

---

<sup>4</sup>Sudikno Mertokusumo, dan A. Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, h. 2.

atas tergugat kepada penggugat dan memberikan hak pemeliharaan atas anak yang masih berada di bawah umur kepada penggugat.

Majelis hakim membagi pertimbangan hukumnya dalam putusan menjadi dua bagian yakni:

### **1. Pertimbangan Hukum Tentang Perceraian**

Penggugat dalam gugatannya mendalilkan bahwa di antara penggugat dan tergugat telah melangsungkan pernikahan yang sah dan telah dicatatkan di hadapan Pegawai Pencatat Nikah yang membawahi tempat tinggal penggugat pada tanggal 31 Oktober 2001. Akan tetapi dari perkawinan yang telah dilangsungkan itu telah tidak ada hubungan yang harmonis lagi, oleh karena itu secara yuridis penggugat memiliki *legal standing* untuk mengajukan gugatan perceraian di Pengadilan Agama. Berkenaan dengan hal itu telah diatur dalam Pasal 49 Ayat 1 huruf (a) dan Pasal 73 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.

Dalam proses persidangannya penggugat mewakilkan kepada kuasa hukum. Dimana berdasarkan Pasal 123 HIR setiap orang yang berperkara berhak menunjuk kuasa hukum dengan membuat surat kuasa khusus sesuai dengan ketentuan hukum yang ada. Sehingga majelis hakim perlu untuk mempertimbangkan terlebih dahulu mengenai keabsahan surat kuasa atas Advokat yang memastikan bahwa kuasa hukum penggugat mempunyai hak untuk mewakili kepentingan hukum atas pihak yang berperkara, yang dalam

hal ini adalah penggugat. Maka yang dijadikan landasan dalam menilai keabsahannya adalah Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 2 Tahun 1959 dan Surat Edaran Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 1994 yang mengatur tentang unsur-unsur yang harus ada dalam surat kuasa khusus itu harus menyebutkan secara jelas dan spesifik surat kuasa untuk berperan di pengadilan yang menyebutkan kompetensi relatif, identitas para pihak dengan jelas dan benar, pokok sengketa yang diperkarakan dengan jelas dan konkret, yang kesemua unsur tersebut bersifat kumulatif. Apabila tidak dipenuhinya maka mengakibatkan tidak sahnya kuasa yang diberikan.

Disamping itu keabsahan surat kuasa harus dilengkapi dengan beamatrai yang cukup di mana hal itu sesuai dengan Pasal 7 Ayat (5) dan Ayat (9) Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 13 Tahun 1985. Yang mana setelah surat kuasa itu dinilai telah sesuai dengan ketentuan keabsahan, selanjutnya keterangan profesi Advokat juga harus diperiksa mengenai keabsahannya. Maka yang dijadikan landasan adalah Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2008 tentang Advokat.

Setelah pemeriksaan segala hal ihwal mengenai keabsahan kuasa dan advokat telah dirasa cukup oleh majelis hakim yang bertugas memeriksa dan mengadili perkara itu, maka yang menjadi pertimbangan hukum selanjutnya adalah mengenai asas persona keislaman para pihak yang berperkara. Berdasarkan Pasal 63 Ayat (1) huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan

Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan terakhir diubah dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 jo. Pasal 1 huruf (b) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975, para pihak yang berperperkara adalah beragama Islam, oleh karenanya Pengadilan Agama berhak untuk memeriksa dan mengadili serta memutus perkara *a quo*.

Selain dari itu, majelis hakim menimbang bahwa domisili penggugat harus berada dalam wilayah yurisdiksi Pengadilan Agama tempat penggugat mengajukan gugatannya. Dalam hal ini adalah yurisdiksi Pengadilan Agama Kabupaten Malang. Di mana hal ini telah diatur dalam Pasal 73 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan terakhir diubah dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Kewenangan relatif.

Bahwasanya setiap perkara perceraian yang diajukan ke Pengadilan Agama harus dilakukan upaya pendamaian dengan menempuh agenda mediasi oleh mediator yang dapat ditunjuk oleh para pihak berperkara itu sendiri. Akan tetapi tidak jarang seorang mediator ditunjuk oleh Ketua Pengadilan Agama setempat dari hakim yang telah mempunyai *legal standing* untuk menjadi mediator dalam membantu para pihak pada proses mediasi, dan hal ini dibenarkan oleh regulasi negara Indonesia. Berkaitan dengan tahapan mediasi yang harus dilalui para pihak yang berperkara telah diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 tentang Mediasi.

Bahwa upaya mediasi telah dilakukan sebagaimana PERMA Nomor 1 Tahun 2008 namun tidak berhasil, maka ketentuan Pasal 130 HIR jo. Pasal 82 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 telah terpenuhi dalam perkara ini. Pertimbangan hakim selanjutnya yakni masuk pada duduk perkaranya, bahwa dalil-dalil gugatan penggugat pada pokoknya telah dijawab oleh tergugat secara lisan yang mengakui sebagian dalil gugatan dan membantah selebihnya. Sehingga majelis hakim berpijak dan mengacu pada prinsip pembuktian yang menegaskan bahwa atas dalil-dalil yang diakui maka dalil tersebut dianggap terbukti, jika diakui sebagian maka dianggap sudah terbukti sebagian dari dalil tersebut. Sehingga dalil yang tidak dijawab harus dianggap pengakuan secara diam-diam dan dalil yang dibantah berarti dianggap belum terbukti dan harus dibuktikan dengan alat bukti yang sah. Bahwasanya kedua belah pihak dibebankan bukti secara seimbang yakni Penggugat dibebankan untuk membuktikan dalil gugatan dan tergugat dibebankan untuk membuktikan dalil jawaban. Dalam hal pembebanan bukti secara seimbang jika terjadi pertentangan dalil maka beban bukti dibebankan pada pihak mengajukan dalil yang bersifat positif bukan pihak yang mengajukan dalil yang bersifat negatif.

Meskipun tergugat telah membenarkan dan mengakui sebagian dalil-dalil gugatan penggugat, yaitu tentang adanya perselisihan dan pertengkarannya bahkan sudah berpisah tempat tinggal, tidak berarti dengan serta merta gugatan penggugat mesti dikabulkan dengan alasan telah memenuhi ketentuan Pasal 174 HIR., karena perkara ini adalah perkara perceraian yang

masuk dalam kelompok hukum perorangan (*personen recht*), bukan masuk dalam kelompok hukum kebendaan (*zaken recht*), karenanya sesuai dengan Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 863 K/Pdt/1990, tanggal 28 Nopember 1991 tidaklah dibenarkan dalam perkara perceraian semata-mata didasarkan pada adanya pengakuan dan/atau adanya kesepakatan saja karena dikhawatirkan timbulnya kebohongan besar (*de grote langen*) ex Pasal 208 BW, karenanya majelis hakim memandang perlu mendengarkan keterangan saksi terutama saksi keluarga atau orang dekat dari kedua belah pihak sesuai kehendak Pasal 54 dan 76 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 dan dalam hukum Islam pernikahan bukanlah sebagai ikatan perdata biasa akan tetapi sebagai ikatan yang akadnya *mitsaqan gholidhon* (ikatan yang kokoh/kuat).

Berkaitan dengan saksi yang dihadirkan dalam persidangan telah diatur dalam Pasal 170, 171, 172 HIR jo. Pasal 76 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo. Pasal 22 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 134 Kompilasi Hukum Islam. Dalam agenda pembuktian yang dilalui penggugat menghadirkan dua orang saksi yang telah memenuhi syarat formil sebagai saksi yang memberikan keterangan di atas sumpahnya. Namun dalam hal ini pihak tergugat tidak menghadirkan saksi dalam persidangan. Sehingga majelis hakim menganggap tergugat tidak memanfaatkan kesempatan yang telah diberikan.

Berdasarkan dalil-dalil penggugat dan jawaban tergugat yang dihubungkan dengan bukti-bukti yang saling bersesuaian, maka telah

ditemukan beberapa fakta hukum yang dapat dianalisis bahwa penggugat dan tergugat merupakan pasangan suami isteri dan telah dikaruniai seorang anak perempuan yang berumur 9 tahun. Sejak awal tahun 2012 hingga perkara itu diajukan ke Pengadilan Agama sudah sering terjadi perselisihan dan pertengkaran secara terus menerus yang disebabkan karena adanya mis komunikasi antara penggugat dan tergugat. Bahwa tergugat telah meninggalkan penggugat dan anaknya dan pulang ke rumah orang tua tergugat, selama itu pula tidak ada lagi hubungan lahir maupun batin antara penggugat dan tergugat dan tergugat tidak memberi nafkah kepada penggugat. Atas dasar itu pihak keluarga telah sering berusaha merukunkan kedua belah pihak antara penggugat dan gtergugat baik sebelum maupun telah pisah tempat tinggal.

Apabila dikaji secara mendalam tujuan syariah (Maqasidh syariah), khususnya mengenai hukum munakahat, dapat disimpulkan bahwa pada hakikatnya hukum asal (dasar) perceraian adalah dilarang dan dibenci, kecuali berdasarkan alasan yang sangat darurat. Mengenai formulasi rumusan alasan darurat sebagai alasan perceraian dalam syariat tidak ditentukan secara terperinci dan *limitatif*, akan tetapi dapat ditemukan melalui hasil ijtihad atau pemahaman fiqh serta peraturan perundang-undangan.

Bahwasanya hakim membaca ketentuan Pasal 39 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, untuk melakukan suatu perceraian harus ada cukup alasan dimana suami isteri tidak akan dapat hidup rukun dan pengadilan telah mengupayakan pendamaian akan tetapi tidak berhasil. Dan

dalam Pasal 19 huruf (f) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 116 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam menegaskan salah satu alasan perceraian yaitu adanya perselisihan yang terjadi secara terus menerus dan tidak ada harapan lagi untuk rukun kembali. Bahwa dalam kasus ini majelis hakim menilai terdapat *disharmoni* atau dalam hukum islam disebut dengan *azzawwaj al-maksuroh* atau dalam hukum lain disebut dengan *broken marriage*. Yang dalam permasalahan keluarga landasannya bukan semata-mata adanya pertengkaran fisik (*physical cruelty*), akan tetapi termasuk juga kekejaman mental (*mental cruelty*) yang menyebabkan tidak terpenuhinya hak dan kewajiban suami isteri sehingga meskipun tidak terjadi pertengkaran mulut atau kekerasan fisik maupun penganiayaan secara terus menerus, akan tetapi telah secara nyata terjadi dan berlangsung kekejaman mental atau penelantaran terhadap salah satu pihak, maka sudah dianggap terjadi *broken marriage*. Jika tetap dipertahankan akan menimbulkan kesusahan dan kesengsaraan, hati penggugat akan diselimuti kesedihan, rumah bagaikan penjara kehidupan yang tidak jelas batas akhirnya yang semakin bertambahnya hari bertambah pula kehancuran hati dan kepahitan penderitaan hidup. Dalam kondisi yang demikian hakim menilai bisa menimbulkan mudharat lahir maupun batin.

Meskipun tergugat telah membenarkan dan mengakui sebagian dalil-dalil gugatan penggugat, yaitu tentang adanya perselisihan dan pertengkaran bahkan sudah berpisah tempat tinggal, tidak berarti dengan serta merta gugatan penggugat mesti dikabulkan dengan alasan telah memenuhi

ketentuan Pasal 174 HIR., karena perkara ini adalah perkara perceraian yang masuk dalam kelompok hukum perorangan (*personen recht*), bukan masuk dalam kelompok hukum kebendaan (*zaken recht*), karenanya sesuai dengan Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor : 863 K/Pdt/1990, tanggal 28 Nopember 1991 tidaklah dibenarkan dalam perkara perceraian semata-mata didasarkan pada adanya pengakuan dan/atau adanya kesepakatan saja karena dikhawatirkan timbulnya kebohongan besar (*de grote langen*) ex Pasal 208 BW, karenanya majelis hakim memandang perlu mendengarkan keterangan saksi terutama saksi keluarga atau orang dekat dari kedua belah pihak sesuai kehendak Pasal 54 dan 76 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 dan dalam hukum Islam pernikahan bukanlah sebagai ikatan perdata biasa akan tetapi sebagai ikatan yang akadnya *mitsaqan gholidhon* (ikatan yang kokoh/kuat).

Berkaitan dengan saksi yang dihadirkan dalam persidangan telah diatur dalam Pasal 170, 171, 172 HIR jo. Pasal 76 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 jo. Pasal 22 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 134 Kompilasi Hukum Islam. Dalam agenda pembuktian yang dilalui penggugat menghadirkan dua orang saksi yang telah memenuhi syarat formil sebagai saksi yang memberikan keterangan di atas sumpahnya. Namun dalam hal ini pihak tergugat tidak menghadirkan saksi dalam persidangan. Sehingga majelis hakim menganggap tergugat tidak memanfaatkan kesempatan yang telah diberikan.

Berdasarkan dalil-dalil penggugat dan jawaban tergugat yang dihubungkan dengan bukti-bukti yang saling bersesuaian, maka telah ditemukan beberapa fakta hukum yang dapat dianalisis bahwa penggugat dan tergugat merupakan pasangan suami isteri dan telah dikaruniai seorang anak perempuan yang berumur 9 tahun. Sejak awal tahun 2012 hingga perkara itu diajukan ke Pengadilan Agama sudah sering terjadi perselisihan dan pertengkaran secara terus menerus yang disebabkan karena adanya mis komunikasi antara penggugat dan tergugat. Bahwa tergugat telah meninggalkan penggugat dan anaknya dan pulang ke rumah orang tua tergugat, selama itu pula tidak ada lagi hubungan lahir maupun batin antara penggugat dan tergugat dan tergugat tidak memberi nafkah kepada penggugat. Atas dasar itu pihak keluarga telah sering berusaha merukunkan kedua belah pihak antara penggugat dan tergugat baik sebelum maupun telah pisah tempat tinggal.

Apabila dikaji secara mendalam tujuan syariah (maqasidh al-syariah), khususnya mengenai hukum munakahat, dapat disimpulkan bahwa pada hakikatnya hukum asal (dasar) perceraian adalah dibenci, kecuali berdasarkan alasan yang sangat darurat. Mengenai formulasi rumusan alasan darurat sebagai alasan perceraian dalam syariat tidak ditentukan secara terperinci dan *limitatif*, akan tetapi dapat ditemukan melalui hasil ijtihad atau pemahaman fiqh serta peraturan perundang-undangan.

Bahwasanya hakim membaca ketentuan Pasal 39 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, untuk melakukan suatu perceraian

harus ada cukup alasan dimana suami isteri tidak akan dapat hidup rukun dan pengadilan telah mengupayakan perdamaian akan tetapi tidak berhasil. Dan dalam Pasal 19 huruf (f) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 116 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam menegaskan salah satu alasan perceraian yaitu adanya perselisihan yang terjadi secara terus menerus dan tidak ada harapan lagi untuk rukun kembali. Bahwa dalam kasus ini majelis hakim menilai bahwa pernikahan yang telah dibina tidak lagi dapat ditemukan keharmonisan lagi (*disharmoni*) atau dalam hukum islam disebut dengan *azzawwaj al-maksuroh* atau dalam hukum lain disebut dengan *broken marriage*. Yang dalam permasalahan keluarga landasannya bukan semata-mata adanya pertengkaran fisik (*physical cruelty*), akan tetapi termasuk juga kekejaman mental (*mental cruelty*) yang menyebabkan tidak terpenuhinya hak dan kewajiban suami isteri sehingga meskipun tidak terjadi pertengkaran mulut atau kekerasan fisik maupun penganiayaan secara terus menerus, akan tetapi telah secara nyata terjadi dan berlangsung kekejaman mental atau penelantaran terhadap salah satu pihak, maka sudah dianggap terjadi *broken marriage*. Jika tetap dipertahankan akan menimbulkan kesusahan dan kesengsaraan, hati penggugat akan diselimuti kesedihan, rumah bagaikan penjara kehidupan yang tidak jelas batas akhirnya yang semakin bertambahnya hari bertambah pula kehancuran hati dan kepahitan penderitaan hidup. Dalam kondisi yang demikian hakim menilai bisa menimbulkan mudharat lahir maupun batin.

Bahwa tujuan inti hukum Islam dapat dirumuskan dengan kalimat:

درءالمفاسد مقدم على جلب المصالح

“Mencegah kemafsadatan lebih utama dari pada menarik kebaikan”. Kaidah tersebut mengandung pengertian bahwa tujuan disyariatkan hukum Islam dalam hal ini hukum perkawinan adalah untuk kemaslahatan dalam arti untuk kebaikan, keselamatan dan kebahagiaan manusia baik di dunia maupun di akhirat. Kemaslahatan yang dimaksud oleh Islam dalam kaidah ini adalah kebaikan dan kesakinahan perkawinan yang dibangun oleh pasangan suami isteri dengan bumbu-bumbu keharmonisan yang ada dalam rumah tangga. Serta tidak adanya kemadhorotan di dalamnya seperti sikap yang kurang baik sehingga memicu terjadinya perselisihan dan pertengkaran di antara pasangan suami isteri. Dalam hal ini apabila perkawinan antara keduanya tetap dipertahankan maka akan memberikan dampak yang tidak baik bagi masing-masing pasangan. Oleh karena itu dalam rangka mewujudkan tujuan tersebut, karena mudhorot yang dikandung lebih besar daripada maslahat yang diperoleh, maka hakim dapat memutuskan ikatan perkawinan dengan tujuan akan diperoleh maslahat bagi kedua belah pihak daripada mempertahankannya.

Yang *relevant* dengan perkara ini, majelis hakim mengutip hadits Nabi SAW. Yang diriwayatkan oleh Imam Malik yang menegaskan

لا ضرر ولا ضرار من ضرره الله ومن شق شق الله عليه

Yang artinya adalah tidaklah boleh memudharatkan dan dimudharatkan, barangsiapa yang memudharatkan maka Allah akan memudharatkannya dan siapa saja yang menyusahkan maka Allah akan menyusahkannya.

Bertolak dari hadits tersebut, maka seorang suami tidak boleh memberikan mudharat kepada isterinya, begitu pula sebaliknya. Di samping itu majelis hakim juga mengambil alih pendapat pakar hukum Sayyid Sabiq dalam Kitab Fiqhu as Sunnah, Juz II, halaman 249 yang isinya

إذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما  
يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها القاضي طلاقه بائنة إذا ثبت  
الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما.

Artinya adalah jika isteri menggugat cerai karena suaminya memadlorotkan terhadap isteri (misal : memukul, mencaci maki, berkata kasar, melakukan perbuatan yang munkar, seperti berjudi dan lain-lainnya sehingga menggoyahkan keutuhan rumah tangga, maka dibolehkan bagi isterinya tersebut untuk meminta cerai kepada hakim dan bila mudlorot tersebut telah terbukti, sedangkan perdamaianpun tidak tercapai, maka hakim menetapkan jatuh talak satu ba'in.

Akan tetapi dari pihak tergugat mengajukan keberatan untuk bercerai dengan penggugat. Oleh karenanya majelis hakim memberikan pertimbangan bahwa keinginan tergugat untuk tetap mempertahankan rumah tangganya adalah merupakan keinginan yang baik dan mulia, akan tetapi penggugat tidak mau lagi mempertahankan, maka hal tersebut merupakan indikasi bahwa ikatan lahir batin antara keduanya telah pecah. Perkawinan seperti ini

tidak mungkin lagi dapat dipertahankan meskipun salah satu pihak menginginkan tetap utuh, sedangkan pihak yang satu menghendaki berpisah. Apabila perkawinan ini tetap dipertahankan, maka pihak yang menginginkan perkawinannya pecah akan tetap selalu berbuat yang tidak baik agar perkawinannya pecah.

Bahwasanya doktrin yang harus diterapkan dalam perkara perceraian adalah “*broken marriage*” atau pecahnya rumah tangga. Oleh karenanya tidaklah penting menitik beratkan dan mengetahui siapa yang bersalah yang menyebabkan timbulnya perselisihan dan pertengkaran. Akan tetapi yang terpenting bagi Pengadilan adalah mengetahui keadaan senyatanya yang terjadi dalam rumah tangga penggugat dan tergugat. Hal ini sesuai dengan Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 28 PK/AG/1995, tanggal 16 Oktober 1996.

Dari beberapa fakta hukum yang telah dikemukakan dan dianalisis, pada kesimpulannya pertimbangan hakim dalam kasus ini menyatakan bahwa dalam gugatan perceraian telah terbukti dan memenuhi alasan perceraian sebagaimana dimaksud dalam penjelasan Pasal 39 ayat (2) huruf (f) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 jo. Pasal 19 huruf (f) Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 jo. Pasal 116 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam. Oleh karena itu gugatan penggugat untuk dijatuhkan talak satu bain sughro atas tergugat pada penggugat dapat dikabulkan. Selanjutnya majelis hakim akan memerintahkan Panitera Pengadilan Agama Kabupaten Malang untuk mengirim salinan putusan perkara a quo yang telah berkekuatan hukum tetap

kepada PPN yang mewilayahi tempat tinggal penggugat dan tergugat, dan kepada PPN di tempat pernikahan dilangsungkan guna didaftar/dicatat dalam daftar yang disediakan untuk itu.

## **2. Pertimbangan Hukum Tentang Hadhanah**

Dari perkawinan antara penggugat dan tergugat telah dikarunai satu anak perempuan yang berumur 9 tahun, yang menurut regulasi negara Indonesia tergolong anak yang masih di bawah umur. Bahwasanya penggugat memohon kepada Ketua Pengadilan Agama Kabupaten Malang untuk memberikan hak asuh atas anaknya kepada penggugat. Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, menyebutkan bahwa apabila terjadi perceraian antara suami isteri, baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak. Hal ini menunjukkan bahwa perceraian antara suami isteri (ibu dan bapak) tidak mengakibatkan putusannya hubungan antara orang tua dengan anak-anak mereka, karena meskipun kedua belah pihak telah putus ikatan sebagai suami-isteri, namun terhadap anak-anak mereka baik ibu maupun bapak tetap mempunyai hak dan kewajiban yang sama dalam hal memelihara dan mendidik anak-anak mereka, semata-mata demi kepentingan anak tersebut, apakah diasuh secara bergantian atau diasuh oleh salah satu pihak, yang penting kedua belah pihak tetap leluasa untuk mencurahkan kasih sayangnya kepada anak tersebut dan tidak ada upaya saling menghalangi ataupun memonopoli oleh salah satu pihak. Maka majelis

hakim dalam pertimbangan hukumnya mengembalikan pada keadaan sebenarnya rumah tangga penggugat dan tergugat. Sebagaimana analisa hakim pada alat bukti yang diajukan baik alat bukti tertulis maupun lisan yakni keterangan saksi senyatanya penggugat dalam hal ini posisinya sebagai ibu, akan tetapi selama ini tidak hidup bersama anak lantaran penggugat pergi untuk bekerja di luar negeri. Sehingga anak yang masih berada di bawah umur di sini tinggal bersama dan diasuh oleh tergugat sebagai ayahnya di rumah orangtua penggugat.

Atas dasar itu bahwa perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang, dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi demi terwujudnya anak yang berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera. Sesuai dengan perintah Allah QS. an Nisa' ayat 9 yang menegaskan:

وليشالذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم

“Dan hendaklah takut kepada Allah orang-orang yang seandainya meninggalkan di belakang mereka anak-anak yang lemah yang mereka khawatir terhadap (kesejahteraan mereka)”

Di samping itu hakim juga menggunakan landasan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Dalam ketentuannya menegaskan prinsip-prinsip yang harus diperhatikan dalam penyelenggaraan perlindungan anak yakni non diskriminasi, kepentingan yang terbaik bagi anak, hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan, serta

penghargaan terhadap pendapat anak. Begitu pula kaitannya dengan pengasuhan anak Pasal 13 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 telah menggariskan setiap anak selama pengasuhan orangtua, wali, atau pihak lain manapun yang bertanggungjawab atas pengasuhannya, maka anak mendapat perlindungan dari perlakuan diskriminasi, eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual, penelantaran, kekejaman, penganiayaan, ketidakadilan dan perlakuan lainnya.

Sehingga dinilai dari fakta-fakta hukum selama anak berada dalam asuhan tergugat tidak ditemukan indikasi yang menunjukkan adanya pelanggaran atau hal-hal yang bertentangan dengan patokan standar nilai atau kaidah hukum yang telah dijelaskan di atas. Maka berdasar pertimbangan majelis hakim (*majority opinion*) sepanjang penggugat tidak dapat membuktikan gugatannya, maka gugatannya terkait hadhanah patut ditolak.

Dengan adanya diktum bahwa hakim *majority opinion* menolak gugatan terkait hadhanah, maka hal ini lah yang memicu adanya *dissenting opinion* yang dilakukan oleh hakim anggota II. Pada prinsipnya hakim diperbolehkan melakukan *dissenting opinion*, sebagaimana bunyi Pasal 14 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, “dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib di muat dalam putusan”. Dalam putusan ini pendapat hakim *dissenting opinion* dimuat pada bagian akhir putusan.

### 3. Analisis Tentang Pertimbangan Hakim *Majority Opinion* Dalam Perkara Hadhanah

Dalam amar putusannya majelis hakim mengabulkan gugatan penggugat sebagian. Adapun gugatan penggugat mengenai hadhanah ditolak. Pada penelitian ini, selain pertimbangan hukum yang umum terkait hadhanah penulis menganalisis pertimbangan hukum yang disampaikan oleh hakim *majority opinion* yang didasarkan pada bukti-bukti dan fakta-fakta selama persidangan. Berikut penulis menguraikan analisis pertimbangan hukum yang dituangkan:

#### a) Analisis Pertimbangan Hukum Pertama

“Menimbang, bahwa berdasarkan ketentuan dalam Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, menyebutkan bahwa apabila terjadi perceraian di antara suami isteri, baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, hal ini menunjukkan bahwa perceraian antara suami-isteri (ibu dan bapak), tidak mengakibatkan putusannya hubungan antara orang tua dengan anak-anak mereka, karena meskipun kedua belah pihak telah putus ikatan sebagai suami-isteri, namun terhadap anak-anak mereka baik ibu maupun bapak tetap mempunyai hak dan kewajiban yang sama terhadap anak-anak mereka dalam hal memelihara dan mendidik anak-anak mereka, semata-mata demi kepentingan anak tersebut, apakah diasuh secara bergantian atau diasuh oleh salah satu pihak, yang penting kedua belah pihak tetap leluasa untuk mencurahkan menghalangi ataupun memonopoli oleh salah satu pihak”<sup>5</sup>

Pasal 41 huruf (a) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tersebut merupakan ketentuan yang digunakan rujukan bagi para hakim dalam memutus sengketa hadhanah. Sesungguhnya pasal tersebut memberikan pengayoman hukum yang di dalamnya terdapat tujuan hukum itu sendiri

---

<sup>5</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 23-24.

yakni mendamaikan dan penyelesaian sengketa, bagi orang tua yang telah bercerai maupun bagi anak. Di mana jika telah terjadi perceraian orang tua bukan berarti mengakibatkan putusannya hubungan antara orang tua dan anak. Artinya orang tua mempunyai kesempatan yang sama dalam pemenuhan hak dan kewajiban terhadap anak-anak mereka dalam hal memelihara dan mendidik anak-anak mereka, semata-mata demi kepentingan anak tersebut, apakah diasuh secara bergantian atau diasuh oleh salah satu pihak, yang penting kedua belah pihak tetap leluasa untuk mencurahkan menghalangi ataupun memonopoli oleh salah satu pihak. Akan tetapi hal ini dinilai kurang sesuai dengan kondisi riil di lapangan. Bahwasanya orang tua yang telah bercerai dan terdapat sengketa terkait hadhanah di dalamnya sangat sulit ditemukan bahwa mereka akan tetap menjalin hubungan yang baik di antara keduanya.

#### b) Analisis Pertimbangan Hukum Kedua

“Menimbang bahwa dalam kaitannya dengan pengasuhan anak dalam Pasal 13 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 telah menggariskan setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain mana pun yang bertanggungjawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan; diskriminasi; eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual; penelantaran; kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan; ketidakadilan; dan perlakuan salah lainnya”<sup>6</sup>

Undang-Undang Perlindungan Anak Pasal 13 Ayat (1) tersebut memberikan ketentuan dengan menggariskan bahwa selama anak yang dalam pengasuhan orang tua ataupun wali berhak mendapat perlindungan dari

---

<sup>6</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 24.

perlakuan; diskriminasi; eksploitasi, baik ekonomi maupun seksual; penelantaran; kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan; ketidakadilan; dan perlakuan salah lainnya. Yang perlu diberikan tekanan lebih dalam perlakuan perlindungan anak di sini adalah mengenai penelantaran. Ketika anak berada dalam asuhan atau pemeliharaan orang tua atau wali, maka anak yang belum mumayyiz mempunyai hak jaminan pemeliharaan yang maksimal. Mulai dari pendampingan agama dan belajar anak, pemenuhan kebutuhan sehari-hari, hingga tempat pengaduan anak ataupun menyampaikan aspirasi anak. Maka orang tua atau wali diharuskan sosok orang yang selalu ada di samping anak. Artinya orang tua atau wali bukanlah orang yang bertempat tinggal terpisah dengan anak. Jika hal itu terjadi maka perlindungan serta pemeliharaan anak dapat berindikasi pada tindakan penelantaran.

c) Analisis Pertimbangan Hukum Ketiga

“Menimbang bahwa berdasarkan konsep pertimbangan hukum yang demikian, maka Majelis Hakim berpendapat sepanjang tentang Hadhanah, Penggugat tidak dapat membuktikan gugatannya, oleh karenanya gugatan Penggugat patut ditolak”.<sup>7</sup>

Gugatan ditolak merupakan gugatan yang diajukan oleh penggugat dalam pengadilan dan di depan sidang pengadilan penggugat tidak dapat mengajukan bukti-bukti tentang kebenaran dalil gugatannya.<sup>8</sup> Dalam perkara ini penggugat memanfaatkan kesempatan yang diberikan oleh majelis hakim untuk menghadirkan saksi dalam agenda pembuktian. Menurut keterangan

<sup>7</sup> Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 25.

<sup>8</sup> Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan PA*, h. 302-303.

kedua saksi bahwa selama penggugat bekerja di luar negeri (Taiwan dan Hongkong) selama 7 tahun anak penggugat dan tergugat tinggal bersama tergugat dan diasuh dengan penuh tanggung jawab oleh tergugat. Dalam keterangan saksi tergugat merupakan sosok ayah yang baik dalam mendidik anak dari aspek ketaatannya dalam beragama serta penyayang terhadap anak.

#### 4. Analisis Tentang *Dissenting Opinion* dalam Perkara Hadhanah

Agenda musyawarah majelis dilakukan dalam sidang tertutup untuk umum, yang merupakan bagian yang tak terpisahkan dari hukum acara dalam persidangan. Namun ternyata ditemukan sebuah perbedaan pendapat. Dalam tata hukum peradilan di Indonesia hakim diperbolehkan melakukan *dissenting opinion*, sebagaimana Pasal 14 Ayat (3) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi “dalam hal sidang permusyawaratan tidak dapat dicapai mufakat bulat, pendapat hakim yang berbeda wajib di muat dalam putusan”.<sup>9</sup>

Pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) ini dikemukakan oleh Hakim Anggota II. *Dissenting opinion* ini disampaikan karena hakim anggota II tidak sependapat dengan ketua majelis hakim dan hakim anggota I (*majority opinion*) yang menolak gugatan terkait hadhanah berdasarkan konsep pertimbangan hukum bahwa penggugat tidak dapat membuktikan gugatannya. Bahwasanya selama anak tinggal bersama dan diasuh oleh tergugat pada saat penggugat bekerja di luar negeri selama 7 tahun, kebutuhan

---

<sup>9</sup>Pasal 14 Ayat (3) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

anak terjamin dan telah tercukupi dengan pengasuhan dan pemeliharaan tergugat.

Pada dasarnya dalam pokok sengketa, penggugat meminta hak asuh anak yang masih di bawah umur untuk diberikan kepadanya. Selain pertimbangan hukum yang bersifat umum terkait hadhanah, berikut penulis menguraikan analisis pertimbangan hukum oleh hakim *dissenting opinion* yang dituangkan dalam lampiran putusan:

a) Analisis Pertimbangan Hukum Pertama:

“Menimbang, bahwa tugas pokok hakim adalah menerima, memeriksa, dan memutus serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya dengan berdasarkan pada asas bebas, jujur, adil dan tidak memihak. Hakim dalam memutus perkara harus memperhatikan serta mengusahakan secara maksimal agar putusan yang dijatuhkan akan menyelesaikan masalah dan tidak menimbulkan perkara baru.”<sup>10</sup>

Bahwasanya tugas pokok hakim adalah menerima, memeriksa, dan memutus serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya dengan berdasarkan pada asas bebas, jujur, adil dan tidak memihak. Hakim dalam memutus perkara harus memperhatikan serta mengusahakan secara maksimal agar putusan yang dijatuhkan akan menyelesaikan masalah dan tidak menimbulkan perkara baru. Sebagaimana aliran etis, utilitis, dan normatif yuridis.<sup>11</sup> Pada prinsipnya tujuan hukum itu semata-mata hanya untuk mencapai keadilan, menciptakan kemanfaatan, serta memberikan kepastian hukum. Dalam hal terjadinya perebutan atau sengketa hak asuh anak antara penggugat dan tergugat, sehingga hakim berkewajiban memberikan putusan

<sup>10</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 28.

<sup>11</sup>Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 130.

yang adil yang mampu menyelesaikan kasus sengketa hak asuh anak tersebut demi terwujudnya kepentingan terbaik anak dan tidak menimbulkan permasalahan baru.

b) Analisis Pertimbangan Hukum Kedua:

“Menimbang, bahwa apabila dikaji dari sudut pandang norma hukum positif, sebagaimana ketentuan yang ada pada pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam (KHI), maka hak asuh anak yang belum mumayyiz adalah hak ibunya.”<sup>12</sup>

Berdasarkan pasal 105 KHI huruf (a) pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum mencapai umur 12 tahun adalah hak ibunya. Bertolak dari hal itu tergugat merasa keberatan jika hak asuh anak diberikan kepada penggugat. Sehingga dari gugatan penggugat, jawaban tergugat, serta keterangan dua orang saksi yang dihadirkan dalam persidangan dapat dirumuskan fakta-fakta hukum yang relevan, di antaranya adalah bahwa sejak tahun 2006 hingga awal tahun 2014 (Bulan Januari) penggugat sering pulang pergi bekerja ke luar negeri. Selama penggugat di luar negeri, anak penggugat dan tergugat yang berumur 9 tahun tinggal bersama dan diasuh dengan baik serta penuh tanggung jawab oleh tergugat. Menurut keterangan saksi dari segi personalitasnya dapat diketahui penggugat dan tergugat sama-sama berakhlak baik, tidak pernah terlibat masalah kriminalitas dan kesusilaan, sama-sama rajin beribadah dan mempunyai perilaku yang santun serta penyayang terhadap anak.

---

<sup>12</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 29.

c) Analisis Pertimbangan Hukum Ketiga:

“Menimbang, bahwa Hakim Anggota II berpendapat bahwa pasal 105 KHI tersebut perlu dikaji terlebih dahulu apakah ketentuan hukum sengketa hak asuh anak tersebut masih relevan atau tidak dengan konteks kasus yang dihadapi sehingga perlu penafsiran lain atau kontekstualisasi untuk mencapai tujuan dari suatu bunyi pasal atau norma tentang sengketa hak asuh anak tersebut.”<sup>13</sup>

Apabila dikaji dari sudut pandang norma hukum positif, sebagaimana ketentuan yang ada pada Pasal 105 KHI huruf (a), maka pemeliharaan anak yang belum mumayyiz adalah hak ibunya. Akan tetapi Pasal 105 KHI huruf (a) juga perlu dikaji terlebih dahulu apakah ketentuan hukum sengketa hak asuh anak tersebut masih relevan atau tidak dengan konteks kasus yang dihadapi sehingga perlu penafsiran lain atau kontekstualisasi untuk mencapai tujuan dari bunyi pasal atau norma tentang sengketa hak asuh anak tersebut. Pasal 105 KHI terkonsep sesuai dengan konstruk sosial masyarakat pada saat pasal tersebut dirumuskan. Bahwasanya perumusan KHI beberapa puluh tahun silam. Seiring berjalannya waktu, perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi yang begitu pesat maka sangat berpengaruh besar terhadap pola pikir serta konstruk sosial masyarakat dewasa ini. Sehingga Pasal 105 KHI huruf (a) dinilai tidak relevan dengan konteks kasus hadhanah dalam perkara nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg.

d) Analisis Pertimbangan Hukum keempat:

Menimbang, bahwa Hakim Anggota II berpendapat bahwa pasal 105 KHI tersebut problematis dari aspek keadilan jender. Hal ini dikarenakan parameter dalam menentukan bahwa seseorang diberi hak asuh anak berdasarkan jenis kelamin, bukan berdasarkan pada siapa

---

<sup>13</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 29.

yang paling mampu memberi jaminan terwujudnya kepentingan terbaik anak;”<sup>14</sup>

Atas dalih harus terwujudnya kepentingan terbaik untuk anak, maka harus ada kejelasan hukum atas status anak akan diberikan kepada siapa hak asuh anak itu nantinya. Apakah akan diberikan kepada penggugat sebagai ibunya atau tergugat sebagai ayahnya. Sebelum menentukan siapa yang diberi hak asuh anak, perlu terlebih dahulu dikaji secara mendalam tentang parameter yang dijadikan landasan dalam penentuannya, yang nantinya akan dijadikan patokan dalam menilai dan menentukan pemegang hak asuh anak.

Sesungguhnya Pasal 105 KHI tersebut problematis dari aspek keadilan gender. Jika ditelisik secara mendalam makna dari gender itu sendiri adalah perbedaan antara laki-laki dan perempuan yang dibentuk secara sosial, bukan merupakan suatu kodrati (jenis kelamin) dalam diri manusia.<sup>15</sup> Keadilan gender dalam Pasal 105 KHI ini dinilai kurang seimbang, konstruk sosial kaum perempuan zaman dahulu dengan zaman sekarang (modern) sangatlah berbeda. Dimana perempuan zaman dahulu identik dengan pekerjaannya yang berada dilingkup rumah sendiri bahkan perempuan dahulu tidak bekerja melainkan mereka mendedikasikan dirinya hanya untuk mengurus anak dan suaminya serta mengabdikan dirinya untuk membangun rumah tangga yang sakinah mawaddah wa rahmah. Namun hal ini sangat berbeda dengan konstruk sosial masyarakat modern, bahwa perempuan (kaum ibu) dewasa ini tidak jarang yang *go publik*, sedangkan para suami banyak berperan di rumah

---

<sup>14</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 29.

<sup>15</sup>Siti Musdah Mulia, *Muslim Reformis*, (Bandung: Mizan Pustaka, 2005), h.416.

dan mengurus anak. Artinya kaum ibu banyak yang berkiprah di luar rumah disamping tujuannya adalah membantu para suami dalam pemenuhan nafkah, pengabdian serta penerapan ilmu yang dimiliki kaum perempuan juga menjadi alasan yang logis dan dapat diterima oleh banyak pihak. Hal ini menjadi rujukan dengan adanya kesetaraan gender yang mulai diperkenalkan oleh kelompok feminis di London sejak paruh abad ke-20, tepatnya tahun 1977.<sup>16</sup> Seiring dengan semakin masyhurnya kesetaraan gender, maka predikat kaum perempuan modern dewasa ini tidak dapat lagi dinilai seperti halnya konstruk sosial kaum perempuan sebelum aliran gender berkembang pesat. Yang sejatinya anak itu mempunyai kedekatan psikologis dengan ibunya, karena ibu mempunyai banyak kiprah di luar rumah maka tidak jarang dari anak-anak mempunyai kedekatan psikologis dengan ayahnya. Begitu pula dalam hal penjatuhan putusan pengadilan mengenai pemberian hak asuh anak. Jika parameter dalam menentukan bahwa seseorang diberi hak asuh anak berdasarkan jenis kelamin, bukan berdasarkan pada siapa yang paling mampu memberi jaminan terwujudnya kepentingan terbaik anak. Jika ditelisik secara mendalam tujuan dari adanya Pasal 105 KHI yang memberikan hak asuh anak kepada ibu. Pada prinsipnya saat pasal tersebut dirumuskan adalah agar kepentingan terbaik anak terjamin dan anak bisa tumbuh kembang dengan baik, karena ibu lebih sayang dan memiliki waktu luang untuk memelihara anak. Jika tujuan pasal tersebut adalah seperti itu, maka dalam menggunakan pasal tersebut harus berpedoman pada tujuan hukum tersebut. Namun tidaklah

---

<sup>16</sup>Siti Musdah Mulia, *Muslim Reformis*, (Bandung: Mizan Pustaka, 2005), h.415.

semata-mata hanya pada teks pasal 105 KHI. Jika teks normatif dinilai tidak bisa atau tidak relevan lagi untuk terwujudnya tujuan hukum tersebut, maka harus menafsirkan teks tersebut dengan berpedoman pada tujuan hukumnya bukan pada bunyi teks normatifnya.

e) Analisis Pertimbangan Hukum Kelima:

“Menimbang, bahwa pasal 105 KHI tersebut tidak boleh dimaknai sebagai ketentuan hukum yang berdiri sendiri, tapi harus dimaknai bahwa pasal 105 KHI tersebut sebagai salah satu ketentuan hukum tentang hak asuh anak yang tidak bisa dilepaskan dengan ketentuan hukum anak yang ada pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Undang-Undang nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak dan Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Jika semua ketentuan hukum yang terkait dengan anak tersebut dipahami dan dimaknai sebagai sistem hukum anak yang antar satu dengan yang lain saling berkait erat maka akan dapat disimpulkan bahwa kepentingan terbaik anak yang harus dijadikan pijakan dalam proses penentuan pemegang hak asuh anak.”<sup>17</sup>

Pasal 105 KHI tidak boleh dimaknai sebagai ketentuan hukum yang berdiri sendiri, akan tapi harus dimaknai bahwa pasal 105 KHI tersebut sebagai salah satu ketentuan hukum tentang hak asuh anak yang tidak bisa dilepaskan dengan ketentuan hukum anak yang ada pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Undang-Undang nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Dalam Pasal 47 Ayat 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dijelaskan bahwa anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, berada di bawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut kekuasaannya. Salah satu penyebab pencabutan

---

<sup>17</sup>Putusan No. 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, h. 30.

kekuasaan sebagaimana pasal 49 Ayat 1 huruf (a) adalah karena kelalaian dalam menjalankan kewajiban terhadap anaknya. Begitu pula prinsip-prinsip yang harus ditegakkan dalam perlindungan anak sebagaimana Pasal 2 huruf (b) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, kepentingan terbaik bagi anak harus dijadikan prinsip yang paling mendasar. Dimana kesemua pasal yang terdapat pada Undang-undang di atas juga tidak terlepas dari nilai-nilai luhur penghargaan hak asasi manusia sebagaimana Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 Tentang Hak Asasi Manusia. Jika semua ketentuan hukum yang terkait dengan anak tersebut dipahami dan dimaknai sebagai sistem hukum anak yang antar satu dengan yang lainnya saling berkait erat maka akan dapat disimpulkan bahwa kepentingan terbaik anak yang harus dijadikan pijakan dalam proses penentuan pemegang hak asuh anak.

f) Analisis Pertimbangan Hukum Keenam:

“Menimbang, bahwa pasal 105 KHI jika dikaji dengan interpretasi historis maka akan ditemukan pemahaman bahwa pasal tersebut banyak didominasi oleh ketentuan hukum Islam klasik yang bias jender oleh pembuat Undang-Undang, hukum Islam tersebut diambil saja tanpa melalui proses kontekstualisasi dengan perkembangan hukum dan tuntutan masyarakat Indonesia dewasa ini.”

Jika dikaji dengan interpretasi historis, dalam perumusan KHI itu sendiri merujuk pada 13 kitab fiqh sebagai referensi hukum materilnya. Maka akan ditemukan pemahaman bahwa pasal tersebut banyak didominasi oleh ketentuan hukum Islam klasik yang bias jender oleh pembuat Undang-Undang. Yang mana hukum Islam klasik ini tidak lain merupakan hukum

fiqh hasil interpretasi para ulama' pada abad kedua hijriyah dan abad-abad sesudahnya. Hukum Islam tersebut diambil begitu saja tanpa melalui proses kontekstualisasi dengan perkembangan hukum dan tuntutan masyarakat Indonesia dewasa ini. Bahwasanya yang dimaksud dengan kontekstualisasi di sini adalah membaca ketentuan hukum hak asuh anak yang ada pada pasal 105 KHI secara kritis dengan mengkaji seluruh konteks yang melingkupi pasal tersebut baik itu konteks teks, konteks pembaca, dan konteks masyarakat Indonesia dewasa ini, atau secara hermeneutika hukum teks tersebut harus dibaca dengan mempertimbangkan horison/cakrawala yang melingkupi teks tersebut, yaitu horison teks, horison pengarang dan horison pembaca.

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

Kontekstualisasi hukum hak asuh anak juga harus berorientasikan pada memelihara lima hal pokok sebagaimana Maqasidh al-syariah, yaitu: memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan

dan memelihara harta. Berdasarkan konsep maqashid al-syariah itu maka agama anak dapat terjaga dengan perlindungan, pengajaran, serta contoh-contoh yang diberikan oleh orang tuanya. Kejiwaan anak dapat terpenuhi dengan kasih sayang yang diberikan oleh orang tuanya, sehingga dalam hal pendidikan anak dapat berjalan dengan baik serta tidak ada beban baik itu pembiayaan kehidupan anak serta kebutuhan anak dapat terpenuhi. Demikian pula perkembangan psikologis anak juga mengalami fase-fase yang memiliki karakteristik yang berbeda-beda yang sesuai dengan tingkat perkembangan jiwanya. Terutama lingkungan orang tua yang memiliki andil yang cukup besar dalam menentukan tumbuh kembang anak. Keteladanan langsung dari orang tua baik ayah maupun ibu dalam membentuk kepribadian anak menjadi kata kunci yang harus ditekankan.<sup>18</sup> Oleh karena itu, ketentuan hukum hak asuh anak yang secara otomatis memberi hak hak asuh anak kepada ibu, sebagaimana pasal 105 KHI huruf (a), jika pasal tersebut diterapkan maka dinilai bertentangan dengan 5 prinsip tersebut diatas.

Sehingga Pasal 105 KHI tersebut seharusnya dibaca dan dipahami bahwa parameter penentuan pemberian hak asuh anak adalah kepada siapa diantara ayah atau ibu yang paling mampu menjamin terpeliharanya kemaslahatan dan kepentingan terbaik anak, bukan berdasarkan jenis kelamin tertentu. Maka harus digali rekam jejak kepribadian orang tua anak yakni penggugat dan tergugat. Dari keduanya siapa yang mampu menjamin

---

<sup>18</sup>Mufidah Ch, *Psikologi Keluarga Islam*, (Malang: UIN Press, 2012), h. 277-278.

terwujudnya kepentingan terbaik anak maka dialah yang diberi hak untuk mengasuh anak.

Yang terpenting dan sangat erat hubungannya dengan kepribadian (*personality*) orang yang bisa menjamin terwujudnya kemaslahatan dan kepentingan terbaik anak adalah: aspek moralitas, aspek kesehatan, dan aspek kesempatan mendidik dan memelihara anak. Berdasarkan fakta-fakta hukum tergugat dinilai lebih memenuhi kriteria dari ketiga aspek di atas sebagai indikator standar nilai orang yang bisa menjamin terwujudnya kemaslahatan dan kepentingan terbaik bagi anak.

Sedangkan jika hak asuh anak diberikan pada penggugat, pada prinsipnya penggugat hanya memenuhi dua aspek dari kriteria orang yang bisa menjamin terwujudnya kemaslahatan dan kepentingan terbaik anak. Yaitu memenuhi aspek moralitas dan kesehatan. Sedangkan aspek kesempatan mendidik anak, penggugat dinilai tidak mempunyai waktu yang luang untuk mendidik anak, karena dipertimbangkan selama beberapa tahun terakhir penggugat pergi bekerja ke luar negeri. Secara fisik dan psikologis, maka anak tidak memiliki kedekatan dengan ibu. Dalam hal ini dapat merujuk pada Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia 349/K/AG/2006 yang menegaskan bahwa seorang yang sangat sibuk dengan pekerjaannya, sering berangkat pagi pulang sore, bahkan sampai malam, sehingga jika anak ditetapkan di bawah pemeliharanya maka anak akan kurang mendapat perhatian dan kasih sayang karena kesibukannya, dan hal itu tentu saja akan

mempengaruhi perkembangan jiwa seorang anak. Orang yang sibuk semacam itu tidak layak diberi hak asuh anak.

Di sisi lain kepentingan terbaik bagi anak harus dijadikan pijakan yang penting. Bukan siapa yang berhak atas hak asuh anak itu. Sebagaimana Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 110/K/AG/2007 menegaskan bahwa mengenai pemeliharaan anak bukan semata-mata dilihat dari siapa yang paling berhak, akan tetapi harus melihat fakta ikut siapa yang lebih tidak mendatangkan kerusakan bagi si anak. Atas dasar itu hak asuh anak lebih patut diberikan pada tergugat yakni bapak. Walaupun hak asuh anak diberikan pada tergugat, tergugat harus memberikan kesempatan terhadap penggugat sebagai ibunya jika ingin menjenguk atau bertemu dengan anaknya. Dengan kata lain tergugat tidaklah boleh memutus tali silaturahmi anak dengan ibu dan keluarga ibunya.

Atas dasar beberapa alasan yang menjadi pertimbangan diatas, maka seharusnya dalam putusan mengenai hadhanah ditambahkan diktum dalam amar putusannya tentang menghukum penggugat atau siapa saja yang menguasai anak di bawah umur tersebut untuk menyerahkannya kepada tergugat. Hal ini merupakan salah satu bentuk antisipasi jika pada waktu yang akan datang penggugat ataupun orang lain akan mengambil anak tersebut secara melawan hukum.

Letak pertimbangan hukum yang menimbulkan adanya *dissenting opinion* yang dilakukan oleh Hakim Anggota II dalam putusan No 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg mengenai hadhanah ini pada prinsipnya adalah

mengenai putusan pengadilan yang harus memberikan kepastian hukum bagi para pencari keadilan.

Aspek tersebut merupakan pokok permasalahan yang menjadikan *dissenting opinion* dalam agenda musyawarah majelis. Sehingga dalam putusannya dituangkan pendapat dari hakim *dissenting opinion* dalam lampiran bagian akhir putusan. Pada prinsipnya dalam menjalankan tugas pokok dan fungsi kekuasaan kehakiman hakim wajib menjaga kemandirian peradilan melalui integritas kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara. Salah satu bentuk kebebasan di sini hakim diperbolehkan mempunyai pendapat yang berbeda yang dikenal dengan istilah *dissenting opinion*.

Setelah penulis membaca dan mengkaji serta menganalisis putusan, maka dapat disimpulkan pikiran hakim yang melakukan *dissenting opinion*. Maksud dari ketentuan Pasal 105 KHI huruf (a) harus dimaknai secara normatif kontekstual di sini adalah, dari pokok pikirannya yang dituangkan dalam putusan, pada saat formulasi Pasal 105 Huruf (a) Kompilasi Hukum Islam secara sosio kultural, masyarakat yang terbentuk pada masa itu khususnya kaum ibu mempunyai integritas yang tinggi dalam hal pemeliharaan anak karena mempunyai waktu yang luang untuk mendidik serta mencurahkan kasih sayang terhadap anak-anak mereka. Akan tetapi kita ketahui pada masyarakat Indonesia dewasa ini, budaya seperti itu tidak lagi dapat dijunjung tinggi. Kemudian mengenai penjatuhan hak asuk anak harus dipertimbangkan kualitas kepribadian (*personality*) orang yang diberi hak pemeliharaan anak, dimana kepribadian itu dapat diukur melalui parameter

aspek moralitas, kesehatan, serta kesempatan untuk mendidik dan memelihara anak. Apabila dalam menjatuhkan putusan perkara Nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg, hakim hanya membaca Pasal 105 KHI huruf (a) secara teks maka aspek terbaik bagi anak tidak dapat terwujud. Melainkan siapa di antara ibu atau bapaknya yang lebih berhak diberikan hak asuh anaknya.

Berkaitan dengan tujuannya, para pencari keadilan yang mengajukan perkara ke Pengadilan Agama adalah untuk mencari kepastian hukum atas perkara yang menjadi pokok sengketa. Maka merujuk dari tugas pokok hakim di sini adalah memeriksa, mengadili, serta memutus perkara secara bijak dan adil yang tidak menimbulkan masalah baru. Dalam putusan No 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg setelah hakim *majority opinion* memberikan pertimbangan hukumnya, dalam amar putusannya menyatakan bahwa perkara mengenai hadhanah ditolak. Dengan pertimbangan bahwa penggugat tidak dapat membuktikan dalil gugatannya. Oleh karena itu hakim *dissenting opinion* berpendapat bahwa diktum mengenai penjatuhan hak asuh anak yang masih berada di bawah umur harus dicantumkan dalam amar putusan dengan pertimbangan untuk memberikan kepastian hukum bagi para pencari keadilan.

**C. Diskresi Pasal 105 KHI Huruf (a) dalam Memutus Perkara Nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg**

Terkait dengan pemeliharaan anak secara yuridis-formal, Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, Pasal 105 huruf (a)

menyatakan bahwa pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau masih di bawah umur 12 tahun adalah hak ibunya. Akan tetapi hakim yang melakukan *dissenting opinion* dalam perkara Nomor 0791/Pdt.G/2014/Pa.Kab.Mlg mengesampingkan pasal ini dengan menginterpretasikan sendiri dan memberikan tafsiran lain. Yakni berpendapat walaupun anak yang masih belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun, dalam kasus ini masih berumur 9 tahun seharusnya hak asuhnya patut diberikan kepada ayahnya. Maka menurut pendapat penulis, setelah membaca, mengkaji, dan mengkritisi putusan, hal ini termasuk suatu tindakan diskresi. Karena dinilai telah keluar dari ketentuan pasal 105 huruf (a) Kompilasi hukum Islam.

Sebagaimana Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman disebutkan bahwa: “Hakim dan Hakim Konstitusi wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.<sup>19</sup> Berdasarkan bunyi pasal tersebut berarti seorang hakim tidak hanya sekedar mengambil hukum dari sebuah ‘kotak’. Namun esensinya, hakim diberi keleluasaan oleh undang-undang untuk berdiskresi atau berijtihad. Dimana tindakan diskresi hakim melalui *dissenting opinion* merupakan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan keputusan dengan pertimbangan yang dilakukan secara merdeka, mandiri, dan kontekstual. Hakim boleh memutus suatu perkara dengan mengesampingkan ketentuan perundang-undangan dan menentukan sendiri hukumnya yang adil menurut ukuran hakim. Artinya tidaklah haram

---

<sup>19</sup>Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman

bagi hakim menyimpangi ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut. Dengan berdiskresi, maka membuka kesempatan bagi hakim dalam membentuk putusan sesuai dengan rasa keadilannya.

Tindakan diskresi diperbolehkan dengan syarat sesuai dengan batasan-batasan toleransi diskresi yang telah ditentukan. Batasan toleransi berdiskresi ada tiga, yaitu:<sup>20</sup>

1. Kebebasan hakim bertindak atas inisiatif sendiri dalam hal pemenuhan aspek keadilan
2. Diskresi untuk persoalan yang mendesak
3. Diskresi tidak boleh mengakibatkan kerugian.

Dalam perkara ini hakim bertindak sesuai inisiatifnya sendiri yakni dengan menggunakan metode interpretasi historis dan sosiologis. Dengan memberikan hak asuh atas anak kepada ayahnya, hakim menganggap bahwa aspek keadilan dapat ditegakkan karna Pasal 105 dinilai tidak dapat diterapkan secara leterlek dalam perkara nomor 0791/ Pdt.G/ 2014/ PA.Kab.Mlg. Sehingga tindakan diskresi hakim dinilai telah memenuhi aspek keadilan yang ditandai dengan adanya penambahan diktum mengenai kepada siapa hak asuh anak diberikan sebagai wujud dari pemberian kepastian hukum bagi para pencari keadilan.

Di samping itu, diskresi hakim ini dilakukan untuk persoalan yang mendesak. Artinya, dalam perkara yang dihadapi senyatanya selama ibu berada di luar negeri sedangkan anak tinggal bersama dan diasuh oleh ayah di

---

<sup>20</sup>Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim*, h. 72.

rumah orang tua ibu. Apabila dalam diktum putusan tidak disebutkan siapa yang berhak atas pemeliharaan anak, maka dikhawatirkan anak akan menjadi perebutan dan objek sengketa. Hakim yang melakukan *dissenting opinion* memberikan pertimbangan bahwa oleh karena hak asuh anak diberikan kepada tergugat (ayahnya) dan anak berada dalam kekuasaan ayahnya, maka perlu ditambahkan diktum dalam amar putusan tentang siapa saja yang menguasai anak tersebut harus dihukum untuk menyerahkannya kepada ayahnya. Hal ini diperlukan untuk mengantisipasi jika pada waktu yang akan datang ibu, orang tua ibu, atau orang lain akan mengambil anak tersebut secara melawan hukum.

Di sisi lain diskresi yang dilakukan oleh hakim tidak boleh mengakibatkan kerugian serta harus dapat dipertanggung jawabkan oleh hakim yang berwenang memberikan putusan. Dengan memberikan hak asuh anak kepada ayahnya, maka kerugian-kerugian yang ditimbulkan akibat penjatuhan putusan tersebut terhadap anak dapat dihindari. Salah satu kerugian yang dapat dihindari itu adalah penelantaran anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun (9 tahun), karena telah menjatuhkan putusan yang kurang tepat.

Sedangkan sifat dari diskresi itu sendiri, dalam perkara ini merupakan diskresi bebas.<sup>21</sup> Yakni diskresi bebas yang timbul karena ketentuan KHI Pasal 105 Huruf (a) bersifat sangat kaku sehingga tidak bisa diterapkan dalam persoalan ini apa adanya. Pasal 105 KHI Huruf (a) menentukan bahwa anak

---

<sup>21</sup>Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim*, h. 71.

yang masih berada di bawah umur pemeliharaannya adalah hak ibunya. Namun jika pasal ini dikontekskan dengan perkara yang sedang dihadapi dinilai tidak lagi relevan. Karena jika di tengok sejarahnya, pada saat pasal ini dirumuskan konteks sosio-kultural masyarakat Indonesia khususnya kaum ibu adalah orang yang mempunyai peran dominan dalam hal pemeliharaan anak. Sedangkan konteks sosio-kultural masyarakat Indonesia dewasa ini budaya seperti itu tidak dapat dipertahankan lagi. Sehingga hakim bebas menentukan sikap lain di luar apa yang ditentukan oleh Kompilasi Hukum Islam Pasal 105 huruf (a) tentang hadhanah berdasarkan yang terbaik menurut interpretasi historis dan sosiologisnya dengan tujuan dapat memberi manfaat hukum yang lebih baik dan menjamin aspek keadilan yang diberikan.

Dalam menjatuhkan putusan, hakim tidak boleh mengartikan suatu pasal hanya dengan membaca satu pasal itu secara parsial tanpa mengaitkan dengan pasal-pasal yang lain. Hakim *dissenting opinion* selain membaca pasal 105 KHI huruf (a) juga tidak terlepas mengaitkan dengan pasal-pasal yang ada pada Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Pasal 2 huruf (b) menyatakan bahwa prinsip perlindungan anak yang terpenting adalah kepentingan terbaik bagi anak. Begitu pula dengan pengasuhan anak dalam Pasal 13 Ayat (1) telah menggariskan setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali, atau pihak lain manapun yang bertanggung jawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan: diskriminasi, eksploitasi baik ekonomi maupun seksual,

penelantaran, kekejaman, kekerasan, dan penganiayaan, dan perlakuan salah lainnya.

Yang perlu diberikan tekanan lebih dalam perlakuan perlindungan di sini adalah mengenai penelantaran. Ketika anak berada dalam asuhan atau pemeliharaan orang tua atau wali, maka anak yang belum mumayyiz mempunyai hak jaminan pemeliharaan yang maksimal. Mulai dari pendampingan belajar anak, pembelajaran ibadah anak, pemenuhan kebutuhan sehari-hari, hingga tempat pengaduan anak ataupun menyampaikan aspirasi anak. Maka orang tua atau wali diharuskan sosok orang yang selalu ada di samping anak. Artinya orang tua atau wali bukanlah orang yang bertempat tinggal terpisah dengan anak. Jika hal itu terjadi maka perlindungan serta pemeliharaan anak dapat berindikasi pada tindakan penelantaran.

Hakim yang melakukan diskresi melalui *dissenting opinion* memberikan pertimbangan hukum pada putusan itu tidak terlepas dari teori-teori penemuan hukum yang mencakup penafsiran atau interpretasi serta penggunaan hermeneutika hukum. Penggunaan istilah penemuan hukum oleh hakim dapat diartikan bahwa karena hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, maka seharusnya hakim dapat merasakan dan mampu menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dengan demikian, hakim dapat memberikan putusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat.

Mengenai penemuan hukum itu sendiri terdapat dua unsur penting yang harus digunakan oleh hakim, yaitu unsur hukum atau sumber hukum serta identifikasi fakta. Dimana sumber hukum yang dijadikan landasan hakim dalam hal ini adalah Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan serta Inpres Nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam Pasal 105 Huruf (a). Sedangkan fakta-fakta hukum dapat diidentifikasi oleh hakim melalui membaca surat gugatan, agenda jawab-menjawab dalam persidangan, serta agenda pembuktian dengan menghadirkan para saksi.

Sebagaimana dipaparkan pada kajian teori bab II, interpretasi serta penggunaan hermeneutika hukum merupakan suatu kewajiban bagi hakim dalam menemukan apa yang dapat menjadi hukum, sehingga melalui keputusannya, hakim dapat dianggap sebagai salah satu faktor pembentuk hukum. Jadi, tugas penting dari hakim adalah menyesuaikan undang-undang dengan hal-hal nyata yang ada di masyarakat. Apabila undang-undang tidak dapat dijalankan menurut arti katanya, hakim harus menafsirkannya sehingga ia dapat membuat suatu keputusan yang adil dan sesuai dengan maksud hukum yaitu mencapai kepastian hukum.

Metode interpretasi yang digunakan hakim *dissenting opinion* di sini adalah interpretasi historis dan interpretasi teleologis atau sosiologis.<sup>22</sup> Yaitu hakim menelisik ketentuan Pasal 105 KHI dari segi sejarahnya. Sehingga dari sejarah ketentuan KHI itu dirumuskan, hakim dapat mengetahui maksud dari

---

<sup>22</sup>Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 65.

pembuatnya. Yang mana metode interpretasi historis ini sangat erat kaitannya dengan penggunaan metode hermeneutika hukum. Esensinya pengertian hermeneutika di sini adalah merupakan suatu ilmu sekaligus seni yang digunakan oleh hakim dalam memahami dan menginterpretasikan makna teks.<sup>23</sup> hermeneutika hukum teks Pasal 105 KHI huruf (a) ini harus dibaca dengan mempertimbangkan horison atau cakrawala yang melingkupi teks tersebut. Yaitu horison teks (pasal 105 KHI Huruf (a)), horison pengarang atau perumus ketentuan KHI dan horison pembaca yakni hakim dan masyarakat.

Sesungguhnya jika teks Pasal 105 KHI huruf (a) secara hermeneutika diinterpretasikan dengan pendekatan historis, maka tujuan pemberian hak asuh anak pada saat pasal tersebut dirumuskan adalah agar kepentingan terbaik anak terjamin dan anak bisa tumbuh kembang dengan baik karena Ibu lebih sayang dan memiliki waktu luang yang banyak untuk memelihara anak. Akan tetapi tujuan pasal ini dinilai tidak sesuai lagi dengan konteks sosio-kultural pada masyarakat dewasa kini. Sebagaimana kita ketahui bersama, budaya seperti itu tidak lagi dapat dijunjung tinggi.

Di samping interpretasi historis, hakim tidak terlepas dari penggunaan interpretasi teleologis atau dikenal dengan interpretasi sosiologis. Dimana pengertian dari interpretasi sosiologis suatu interpretasi atau penafsiran untuk memahami suatu peraturan hukum. Sehingga peraturan hukum itu dapat diterapkan sesuai dengan keadaan dan kebutuhan para pencari keadilan.

---

<sup>23</sup>Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 87.

Penafsiran ini menjadi sangat penting apabila hakim menjalankan suatu undang-undang dimana keadaan masyarakat ketika undang-undang itu ditetapkan berbeda sekali dengan saat undang-undang itu dijalankan.

Sesungguhnya secara tekstual pasal 105 KHI huruf (a) menyatakan bahwa anak yang masih di bawah umur, pengasuhannya adalah hak ibunya. Sekali lagi pasal tersebut tidak bisa dimaknai secara teks normatif saja. Melainkan pasal tersebut juga memerlukan pengkajian terhadap sosio kultural ataupun interpretasi sosiologis sehingga peraturan hukum itu dapat diterapkan sesuai dengan keadaan dan kebutuhan masyarakat. Jika dikembalikan pada penafsiran historis, keadaan masyarakat ketika peraturan atau regulasi itu ditetapkan berbeda sekali dengan saat peraturan itu dijalankan.

Setelah tahapan penemuan hukum dilaksanakan dengan beberapa metode yang telah digunakan oleh hakim, maka putusan dapat dijatuhkan dengan menggunakan suatu teori yang telah dipilih secara tepat dan sesuai. Dalam penjatuhan putusan mengenai hadhanah di sini hakim menggunakan teori *ratio decidendi*.<sup>24</sup> Yaitu teori yang didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar, yang mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan. Kemudian dari situ hakim mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan, yaitu Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam dan Pasal 2 huruf (b) Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak. Serta pertimbangan

---

<sup>24</sup>Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 110

hakim harus didasarkan pada motivasi yang jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang berperkara.

Di lain sisi, dalam penjatuhan putusan mengenai hadhanah di sini hakim tidak dapat terlepas dari kebebasan dan kemerdekaan hakim sendiri dalam menjatuhkan putusan. Hal ini sesuai dengan intisari yang diamanatkan oleh Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009. Pengadilan Agama dalam hal ini sebagai badan pelaksana kekuasaan kehakiman memiliki tugas pokok untuk menerima, memeriksa dan mengadili serta menyelesaikan setiap perkara yang diajukan kepadanya, hal ini sesuai dengan pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang kemudian diubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 1999 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman serta Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.<sup>25</sup> Bahwasanya kebebasan ini merupakan diskresi atau kewenangan dari hakim. Dengan berdiskresi melalui *dissenting opinion*, hakim akan menyesuaikan dengan keadaan dan putusan yang wajar bagi pihak yang berperkara. Pendekatan seni dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan suatu putusan, yang lebih ditentukan oleh *instink* atau intuisi daripada pengetahuan hakim.

Kendatipun putusan mengenai hadhanah dijatuhkan dengan diskresi hakim melalui *dissenting opinion*, tujuan dari putusan itu sendiri harus

---

<sup>25</sup>Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Indonesia*, (Malang: UIN Press, 2009), h. 37.

memenuhi aspek keadilan. Keadilan yang dipenuhi dari putusan di sini adalah mengenai siapa yang paling berhak dan patut untuk diberikan hak asuh anak. Dimana ayah yang diberikan hak pemeliharaan atau pengasuhan anak telah memenuhi parameter kepribadian yang digunakan tolak ukur oleh hakim. Yaitu parameter aspek moralitas, kesehatan, dan kesempatan memelihara serta mendidik anak. Di sisi lain dengan memberikan hak pemeliharaan anak kepada ayah maka lima unsur sebagaimana maqasidh al- syariah dapat diwujudkan. Maka hal penjatuhan hak asuh anak dalam putusan ini dinilai telah memenuhi aspek kepastian hukum, keadilan (*justice*), dan kemanfaatan dalam putusan hakim.

Dalam hukum Islam sendiri, pada prinsipnya para fuqaha' menempatkan kaum wanita dalam hal ini ibu sebagai pemegang hak asuh anak atau hadhanah pada urutan yang pertama, kemudian urutan selanjutnya adalah orang yang mempunyai kedekatan dengan anak baik kedekatan psikologis maupun fisik, dan yang terakhir adalah orang laki-laki atau dalam hal ini adalah ayah. Menurut Wahbah Zuhaili orang laki-laki (ayah) pada usia dan urusan-urusan tertentu lebih mampu dalam memelihara anak dari pada kaum wanita.<sup>26</sup>

Sehingga diskresi melalui dissenting opinion hakim dalam memberikan pertimbangan hukum dalam putusan ini yakni dengan memberikan hak asuh anak kepada ayah telah sesuai dengan karakteristik

---

<sup>26</sup>Wahbah Zuhaili, *Fiqhul Islam wa Adillatuhu*, h. 61

hukum progresif.<sup>27</sup> Apabila hukum progresif itu dirujuk pada asal katanya yaitu berasal dari kata “progress“ yang berarti kemajuan, maka diharapkan hukum atau putusan ini mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perkembangan konteks sosio-kultural masyarakat dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia sebagai penegak hukum itu sendiri. Karena berfikir secara progresif berarti harus berani keluar dari mainstream pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Dengan demikian hukum progresif akan selalu melekat etika dan moralitas kemanusiaan yang sangat kuat, yang sesuai dengan berlakunya asas kepastian hukum, keadilan, serta kemanfaatan dalam suatu putusan hakim.

---

<sup>27</sup>Ahmad Rifa'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h.89.