

**TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PENETAPAN *HADHANAH* YANG  
BELUM *MUMAYYIZ* KEPADA AYAH PERSPEKTIF TUJUAN HUKUM**

**GUSTAV RADBRUCH**

**(Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS  
Aceh)**

**SKRIPSI**

Oleh:  
Tijar Najmi Putra Sukmawan  
NIM: 17210110



**PROGRAM STUDI HUKUM KELUARGA ISLAM  
FAKULTAS SYARI'AH  
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI  
MAULANA MALIK IBRAHIM  
MALANG  
2021**

**TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PENETAPAN *HADHANAH* YANG  
BELUM *MUMAYYIZ* KEPADA AYAH PERSPEKTIF TUJUAN HUKUM  
GUSTAV RADBRUCH**

(Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS Aceh)

**SKRIPSI**

**Oleh:**

**Tijar Najmi Putra Sukmawan**

**17210110**



**PROGRAM STUDI HUKUM KELUARGA ISLAM**

**FAKULTAS SYARI'AH**

**UNIVERSITAS ISLAM NEGERI**

**MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG**

**2021**

**PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI**

Demi Allah,

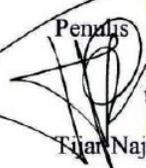
Dengan kesadaran dan rasa tanggung jawab terhadap pengembangan keilmuan,  
Penulis menyatakan bahwa skripsi dengan judul:

**TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PENETAPAN *HADHANAH* YANG  
BELUM *MUMAYYIZ* KEPADA AYAH PERSPEKTIF TUJUAN HUKUM  
GUSTAV RADBRUCH**

**(Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS  
Aceh)**

Benar-benar merupakan skripsi yang disusun sendiri, bukan duplikat atau memindah data milik orang lain, kecuali yang disebutkan referensinya secara benar. Jika di kemudian hari terbukti disusun orang lain, ada penjiplakan, duplikasi atau memindah data orang lain baik secara keseluruhan atau sebagian, maka skripsi dan gelar sarjana yang saya peroleh karenanya, batal demi hukum.

Malang, 8 November 2021

Penulis  
  
Tjia Najwa Putra S.

NIM 17210110

**HALAMAN PERSETUJUAN**

Setelah membaca dan mengoreksi skripsi saudara Tijar Najmi Putra Sukmawan dengan NIM 17210110 Program Studi Hukum Keluarga Islam Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan Judul:

**TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PENETAPAN *HADHANAH* YANG  
BELUM *MUMAYYIZ* KEPADA AYAH PERSPEKTIF TUJUAN HUKUM  
GUSTAV RADBRUCH**

**(Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS  
Aceh)**

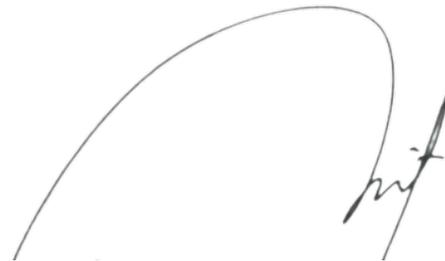
Maka pembimbing menyatakan bahwa skripsi tersebut telah memenuhi syarat-syarat ilmiah untuk diajukan dan diuji pada Majelis Dewan Penguji.

Mengetahui,  
Kepala Program Studi  
Hukum Keluarga Islam

Malang, 8 November 2021

Dosen Pembimbing,

Erik Sabti Rahmawati, MA., M.Ag  
NIP: 197511082009012003



Miftahus Sholehuddin, M.HI.  
NIP: 19840602201608000000

## PENGESAHAN SKRIPSI

Dewan Penguji Skripsi saudara/i TIJAR NAJMI PUTRA SUKMAWAN , NIM 17210110, mahasiswa Program Studi Hukum Keluarga Islam Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dengan Judul:

### **PENETAPAN HADHANAH YANG BELUM MUMAYYIZ KEPADA AYAH PERSPEKTIF TUJUAN HUKUM GUSTAV RADBRUCH (Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS Aceh)**

Telah dinyatakan lulus dengan nilai: A

Malang, 14 Februari 2022

*Scan Untuk Verifikasi*



Dekan,  
  
Dekan, M.A.  
NIP. 197708222005011003

The official stamp of Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, Faculty of Shariah, is a circular seal. It contains the text 'KEMENTERIAN AGAMA' at the top, 'UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG' in the center, and 'FAKULTAS SYARIAH' and 'REPUBLIK INDONESIA' at the bottom.

## MOTTO

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا يَفْسَحَ اللَّهُ لَكُمْ وَإِذَا قِيلَ  
 انشُرُوا فَاَنْشُرُوا يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا  
 تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ

“Wahai orang-orang yang beriman! Apabila dikatakan kepadamu, “Berilah kelapangan di dalam majelis-majelis,” maka lapangkanlah, niscaya Allah akan memberi kelapangan untukmu. Dan apabila dikatakan, “Berdirilah kamu,” maka berdirilah, niscaya Allah akan mengangkat (derajat) orang-orang yang beriman di antaramu dan orang-orang yang diberi ilmu beberapa derajat. Dan Allah Mahateliti apa yang kamu kerjakan.”

(QS. Al-Mujadalah Ayat 11)

## **KATA PENGANTAR**

Segala puji dan syukur hanya milik Allah SWT yang telah memberikan segala nikmat dan karuniaNya yang tak terhingga kepada kita semua, khususnya kepada penulis sehingga penulis dapat menyelesaikan skripsi ini dengan judul:

**TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PENETAPAN *HADHANAH* YANG  
BELUM *MUMAYYIZ* KEPADA AYAH PERSPEKTIF TUJUAN HUKUM  
GUSTAV RADBRUCH**

**(Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS  
Aceh)**

Nabi besar Muhammad SAW, Nabi akhir zaman, Nabi yang telah membawa kehidupan manusia dari zaman kegelapan hingga zaman terang-benderang seperti sekarang ini beserta keluarga, para sahabat serta pengikut beliau sampai akhir zaman.

Penyusunan skripsi ini ditujukan untuk memenuhi salah satu persyaratan dalam menyelesaikan program sarjana di Program Studi Hukum Keluarga Islam Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dan sebagai wujud serta kontribusi penulis dalam pengembangan ilmu pengetahuan yang telah penulis dapatkan selama mengenyam pendidikan di Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.

Tak lupa, penulis ingin mengucapkan terimakasih yang sebesar-besarnya kepada semua pihak yang telah membantu penulis baik dalam bentuk semangat, doa atau apapun itu bentuknya dalam menyelesaikan pembelajaran di bangku perkuliahan,

khususnya dalam menyelesaikan penyusunan skripsi ini. Oleh karena itu, izinkan penulis untuk berterimakasih kepada:

1. Bapak Prof. Dr. M. Zainuddin, MA. selaku rektor Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
2. Bapak Dr. Sudirman, MA selaku dekan Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
3. Ibu Erik Sabti Rahmawati MA., M.Ag., selaku ketua Program Studi Hukum Keluarga Islam Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang.
4. Bapak Miftahus Sholehuddin, M.HI., selaku dosen pembimbing yang telah membimbing, mendorong serta mengarahkan penulis, dalam menyusun skripsi ini.
5. Bapak Dwi Hidayatul Firdaus, M.Si., selaku dosen wali penulis yang telah membimbing penulis selama masa perkuliahan.
6. Segenap Dosen, Staff dan Karyawan Fakultas Syari'ah Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang yang telah mendidik dan membimbing penulis selama penulis belajar di bangku perkuliahan.
7. Kepada keluarga saya terkhususnya Ayah Suwarnoto dan Mama Rr. Arief Surya Kusumawati selaku orang tua yang sangat dicintai penulis yang tidak henti-hentinya memberikan dukungan do'a dan motivasi kepada penulis.
8. Kepada sahabat saya, Inday yang telah membantu dan menemani saya dalam penyusunan skripsi ini.

9. Teman-teman seperjuangan saya selama mengenyam Pendidikan di Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, khususnya teman-teman HKI angkatan 2017.

Semoga apa yang telah penulis dapatkan selama belajar di Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang dapat menjadi ilmu yang berkah dan manfaat bagi semuanya, khususnya bagi penulis pribadi. Karena penulis adalah manusia biasa yang tak pernah luput dari salah dan dosa, maka penulis menyadari bahwa skripsi ini masih jauh dari kata sempurna. Oleh karena itu, kritik dan saran sangat penulis harapkan dari semua pihak dalam rangka *tafaqquh fi 'ilmillah*.

Malang, 5 Oktober 2021

Penulis,

Tijar Najmi Putra Sukmawan

NIM 17210110

## PEDOMAN TRANSLITERASI

### A. Umum

Transliterasi adalah pemindah alihan tulisan Arab ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjemah bahasa Arab ke dalam bahasa Indonesia. Banyak pilihan dan ketentuan transliterasi yang dapat digunakan dalam penulisan karya ilmiah, baik yang standar internasional, nasional maupun ketentuan yang khusus digunakan penerbit tertentu. Transliterasi yang digunakan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang menggunakan EYD plus, yaitu transliterasi yang didasarkan atas Surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Agama Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, 22 Januari 1998, No. 159/1987 dan 0543.b/U/1987, sebagaimana tertera dalam buku Pedoman Transliterasi bahasa Arab (*A Guide Arabic Transliteration*), INIS Fellow 1992.

### B. Konsonan

ا	= tidak dilambangkan	ض	= dl
ب	= b	ط	= th
ت	= t	ظ	= dh
ث	= tsa	ع	= ‘ (koma menghadap ke atas)
ج	= j	غ	= gh
ح	= h	ف	= f
خ	= kh	ق	= q
د	= d	ك	= k

ذ	= dz	ل	= l
ر	= r	م	= m
ز	= z	ن	= n
س	= s	و	= w
ش	= sy	ه	= h

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak diawal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan, namun apabila terletak di tengah atau akhir kata, maka dilambangkan dengan tanda koma di atas (’), berbalik dengan koma (‘) untuk pengganti lambing "ع".

### C. Vokal, Panjang dan Diftong

Setiap penulisan Bahasa Arab dalam bentuk tulisan latin vocal *fathah* ditulis dengan “a” , *kasrah* dengan “i”, *dlommah* dengan “u”, sedangkan panjang masing-masing ditulis dengan cara berikut :

Vokal (a) panjang = â misalnya قال menjadi qâla

Vokal (i) panjang = î misalnya قِيلَ menjadi qîla

Vokal (u) panjang = û misalnya دُونَ menjadi dûna

Khususnya untuk bacaan ya’ nisbat, maka tidak boleh digantikan dengan “i”, melainkan tetap ditulis dengan “iy” agar dapat menggambarkan ya’ nisbat diakhirnya. Begitu juga untuk suara diftong, wasu dan ya’ setelah *fathah* ditulis dengan “aw” dan “ay”. Perhatikan contoh berikut :

Diftong (aw) = و misalnya قَوْلَ menjadi qawlun

Diftong (ay) = يٰ misalnya خَيْرٌ menjadi khayrun

#### D. Ta'marbûthah (ة)

Ta' marbûthah (ة) ditransliterasikan dengan “t” jika berada di tengah kalimat, tetapi ta' marbûthah tersebut berada di akhir kalimat, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya الرسالة للمدرسة menjadi *al risala li-mudarrisah*, atau apabila berada di tengah-tengah kalimat yang terdiri dari susunan *mudlaf* dan *mudlaf ilayh*, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “t” yang disambungkan dengan kalimat berikut, misalnya في رحمة هلاّلا menjadi *fi rahmatillâh*.

#### E. Kata Sandang dan Lafdh al-Jalâlah

Kata sandang berupa “al” (ال) dalam lafadh jalâlah yang berada di tengah-tengah kalimat yang disandarkan (*idhafah*) maka dihilangkan. Perhatikan contoh-contoh berikut :

1. Al-Imâm al-Bukhâriy mengatakan...
2. Al-Bukhâriy dalam muqaddimah kitabnya menjelaskan ...
3. *Masyâ'Allah kânâ wa mâlam yasyâ lam yakun*
4. *Billâh 'azza wa jalla*

#### F. Hamzah

Hamzah ditransliterasikan dengan apostrof. Namun itu hanya berlaku bagi hamzah yang terletak di tengah dan di akhir kata. Bila terletak di awal kata, hamzah tidak dilambangkan, karena dalam tulisan Arab berupa alif.

Contoh : شيء - syai'un                      أمرت - umirtu  
 الذون - an-nau'un                      تأخذون - ta'khudzûna

### G. Penulisan Kata

Pada dasarnya setiap kata, baik *fi'il* (kata kerja), *isim* atau *huruf*, ditulis terpisah. Hanya kata-kata tertentu yang penulisannya dengan huruf Arab sudah lazim dirangkaikan dengan kata lain, karena ada huruf Arab atau harakat yang dihilangkan, maka dalam transliterasi ini penulisan kata tersebut dirangkaikan juga dengan kata lain yang mengikutinya.

: وإن هلا لهو خير الرازقين - wa innalillâha lahuwa khairar-râziqîn.

Contoh

Meskipun dalam sistem tulisan Arab huruf kapital tidak dikenal, dalam transliterasi ini huruf tersebut digunakan juga. Penggunaan huruf kapital seperti yang berlaku dalam EYD, diantaranya huruf kapital digunakan untuk menuliskan oleh kata sandang, maka yang ditulis dengan huruf kapital tetap awal nama diri tersebut, bukan huruf awal kata sandangnya.

Contoh : وما محمد إلا رسول = wa maâ Muhammadun illâ Rasûl

إن أول بيت وضع للأناس = inna Awwala baitin wu dli'a linnâsi

Penggunaan huruf kapital untuk Allah hanya berlaku bila dalam tulisan arabnya memang lengkap demikian dan jika penulisan itu disatukan dengan kata lain sehingga ada huruf atau harakat yang dihilangkan, maka

huruf kapital tidak dipergunakan.

Contoh: نصر من هلا و نوح قريب = nas'run minallâhi wa fathun qarîb

الله الامر جميعا = lillâhi al-amru jamî'an

Bagi mereka yang menginginkan kefasihan dalam bacaan, pedoman transliterasi merupakan bagian yang tidak terpisahkan dengan ilmu tajwid.

## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI.....	ii
HALAMAN PERSETUJUAN.....	iii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iv
MOTTO .....	v
KATA PENGANTAR.....	vii
PEDOMAN TRANSLITERASI.....	ix
DAFTAR ISI.....	xiv
ABSTRAK.....	xvi
ABSTRACT.....	xvii
مستخلص البحث.....	xviii
BAB I.....	xviii
PENDAHULUAN .....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Batasan Masalah .....	8
C. Rumusan Masalah.....	8
D. Tujuan Penelitian .....	8
E. Manfaat Penelitian .....	9
F. Definisi Operasional .....	9
G. Metode Penelitian .....	11
H. Penelitian Terdahulu .....	16
I. Sistematika Pembahasan.....	21
BAB II.....	23
TINJAUAN PUSTAKA .....	23
A. Hadhanah .....	23
1. Pengertian <i>Hadhanah</i> .....	23
2. Syarat-Syarat <i>Hawaadhin</i> .....	25
B. Tinjauan Yuridis <i>Hadhanah</i> dalam Hukum Positif.....	26
1. <i>Hadhanah</i> dalam Undang-Undang Perkawinan .....	26
2. <i>Hadhanah</i> dalam Kompilasi Hukum Islam .....	29

3. <i>Hadhanah</i> dalam Undang-Undang Perlindungan Anak .....	34
C.    Teori Tujuan Hukum.....	37
1.    Ajaran Konvesional (Klasik) .....	38
2.    Ajaran Modern .....	40
3.    Teori Gagasan Gustav Radbruch .....	42
BAB III .....	44
PEMBAHASAN .....	44
A.    Deskripsi tentang Duduk Perkara pada Putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh.....	44
B.    Pertimbangan Hakim pada Putusan Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh tentang <i>Hadhanah</i> Anak yang Belum <i>Mumayyiz</i> Jatuh kepada Ayahnya .....	46
1.    Pertimbangan Hakim <i>Majority Opinion</i> dalam Perkara <i>Hadhanah</i> ...	47
2.    Argumen Hukum yang Menimbulkan <i>Dessenting Opinion</i> dalam Perkara <i>Hadhanah</i> .....	54
C.    Analisis Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh Ditinjau dari Teori Tujuan Hukum (Keadilan, Kemanfaatan, Kepastian Hukum) .....	58
BAB IV .....	64
PENUTUP.....	64
A.    Kesimpulan .....	64
B.    Saran .....	65
DAFTAR PUSTAKA	
LAMPIRAN-LAMPIRAN	

## ABSTRAK

Sukmawan, Tijar Najmi Putra, 17210110, 2017. TINJAUAN YURIDIS TERHADAP PENETAPAN *HADHANAH* YANG BELUM *MUMAYYIZ* KEPADA AYAH DI MAHKAMAH SYAR'YAH ACEH (Studi Kasus Putusan Mahkamah Syar'iyah Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS Aceh). Skripsi. Hukum Keluarga Islam, Fakultas Syariah, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Pembimbing: Miftahus Sholehuddin, M.HI.

---

Kata Kunci : **Putusan Mahkamah Syar'iyah, *Hadhanah*, *Mumayyiz***

Mahkamah Syar'iyah adalah suatu peradilan khusus sebagai Peradilan Syariat Islam dengan kompetensi absolut meliputi seluruh aspek Syariat Islam yang akan diatur dengan qanun. Namun Mahkamah Syar'iyah juga menetapkan hukum formil dan hukum materil tidak dari Qanun. Hal tersebut bilamana perkara masih belum diatur di dalam Qanun Aceh, seperti halnya perkara *Hadhanah*. *Hadhanah* sering menjadi permasalahan yang rumit di dalam terjadinya peristiwa perceraian. Karena hal tersebut akan mengakibatkan baik tidaknya pertumbuhan anak secara jasmani dan rohani. Dalam Hukum Islam Indonesia, Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 105 Huruf (a) menyebutkan bahwa pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya. Akan tetapi dalam perkara Nomor 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh tentang *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* jatuh kepada ayahnya.

Penelitian ini dilakukan untuk mengetahui pertimbangan hakim dalam putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh tentang *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* yang jatuh kepada ayahnya. Serta untuk mengetahui tinjauan yuridis Mahkamah Syar'iyah dalam putusannya Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh dalam teori tujuan hukum Gustav Radbruch.

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif dengan studi pustaka dengan pendekatan kasus (*case approach*). Bahan hukum yang diperoleh dan dianalisis oleh peneliti menggunakan teknik deskriptif analitis.

Hasil penelitian ini ada dua, pertama peneliti memperoleh kesimpulan bahwa pertimbangan hakim atas putusan 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh semata mata demi kepentingan si anak. Kedua, jika dilihat dari teori tujuan hukum Gustav Radbruch telah memenuhi dan membawa tiga nilai dasar di dalam penetapannya, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Keadilan dalam hal ini anak tidak lagi menjadi benda atau objek hukum di dalam perkara *hadhanah*, tapi sebaliknya anak selaku subjek hukum. Kemanfaatan yang diterima oleh anak terhadap putusan pengadilan tersebut ialah anak dapat bermatabat dengan baik tanpa khawatir tidak menerima kasih sayang seorang ibu, dikarenakan hakim telah memberi Hak *Droit De Visite* sebagai bentuk keadilan yang memberikan kemanfaatan bagi si anak. Hal ini pula bukti bentuk kepastian hukum terhadap permasalahan *hadhanah* dalam penerapan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak.

## ABSTRACT

Sukmawan, Tijar Najmi Putra, 17210110, 2017. JURIDICAL OVERVIEW OF THE DETERMINATION OF HADHANAH WHO HAS NOT BEEN MUMAYYIZ TO THE FATHER AT THE SYAR'YAH COURT OF ACEH (Normative Study of Aceh Decision Number: G02/2018/Pdt.). Essay. Islamic Family Law, Faculty of Sharia, Maulana Malik Ibrahim State Islamic University Malang. Supervisor: Miftahus Sholehuddin, M.HI.

---

Keywords: **Decision of the Syar'iyah Court, *Hadhanah*, *Mumayyiz***

The Syar'iyah Court is a special court as an Islamic Sharia Court with absolute competence covering all aspects of Islamic Sharia which will be regulated by qanun. However, the Syaria Court also assign formal law and martial law not from Qanun. Hadhanah case has not been regulated in Aceh Qanun. Hadhanah is often a complicated problem in the occurrence of divorce events. Because this will result in whether or not the child's growth is physically and spiritually. In Indonesian Islamic Law, Presidential Instruction Number 1 of 1991 concerning the Compilation of Islamic Law in Article 105 Letter (a) states that it is the mother's right to take care of a child who is not mumayyiz or not yet 12 years old. However, in case Number 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh concerning Hadhanah, a child who has not been mumayyiz fell to his father.

This research was conducted to find out the judge's considerations in the decision Number: 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh regarding Hadhanah, a child who has not been mumayyiz who fell to his father. And to find out the juridical review of the Syar'iyah Court in its decision Number: 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh in Gustav Radbruch's theory of legal objectives.

This research is a normative legal research with literature study with a case approach. Legal materials obtained and analyzed by researchers using descriptive analytical techniques.

The results of this research first the researcher concludes that the judge's consideration of the decision 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh is solely for the benefit of the child. Second, when viewed from the theory of legal objectives, Gustav Radbruch has fulfilled and brought three basic values in its stipulation, namely justice, expediency, and legal certainty. Justice in this case the child is no longer an object or object of law in the hadhanah case, but on the contrary the child is the subject of the law. The benefit received by the child against the court decision is that the child can have good dignity without worrying about not receiving a mother's love, because the judge has given the Droit De Visite Right as a form of justice that provides benefits for the child. This is also evidence of legal certainty regarding hadhanah issues in the application of Law Number 35 of 2014 concerning Child Protection.

## مستخلص البحث

سكماوان، تجار نجمي فوترا، 17210110، 2017 .. نظرة عامة قانونية على قرار حضانة الذي لم يكن مميّزًا للأب في محكمة آتشييه (دراسة معيارية لرقم قرار آتشييه: G02 / 2018 / Pdt). مقال. قانون الأسرة الإسلامي ، كلية الشريعة ، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية مالانج. المشرف: مفتاح صالح الدين ، الماجستير

### كلمات مفتاحية: حكم المحكمة الشرعية، الحضانة، المميز

المحكمة السورية هي محكمة خاصة بصفتها محكمة شرعية إسلامية ذات اختصاص مطلق تغطي جميع جوانب الشريعة الإسلامية والتي سينظمها قانون. ومع ذلك ، فإن المحكمة الشرعية تحدد القانون الرسمي والأحكام العرفية ليس من قانون. لم يتم تنظيم قضية حضانة في آتشييه قانون. الحضانة غالبًا ما تكون مشكلة معقدة في وقوع أحداث الطلاق. لأن هذا سيؤدي إلى ما إذا كان نمو الطفل جسديًا وروحيًا أم لا. في القانون الإسلامي الإندونيسي ، تنص التعليمات الرئاسية رقم 1 لعام 1991 بشأن تجميع الشريعة الإسلامية في المادة 105 حرف (أ) على أنه من حق الأم رعاية طفل ليس مميّزًا أو لم يبلغ من العمر 12 عامًا. لكن في القضية رقم 02 / MS-Aceh / 2018 / Pdt.G المتعلقة بالحضنة ، سقط طفل لم يكن مميّزًا في يد والده.

تم إجراء هذا البحث لمعرفة اعتبارات القاضي في القرار رقم: 02 / / Pdt.G / MS-Aceh / 2018 بشأن الحضانة ، الطفل الذي لم يكن مميّزًا سقط في يد والده. وللإطلاع على المراجعة القضائية للمحكمة السورية في قرارها رقم: 02 / MS-Aceh / 2018 / Pdt.G في نظرية غوستاف رادبروخ للأهداف القانونية.

هذا البحث هو بحث قانوني معياري مع دراسة الأدبيات مع نهج الحالة. تم الحصول على المواد القانونية وتحليلها من قبل الباحثين باستخدام الأساليب التحليلية الوصفية.

نتائج هذا البحث أولاً خلص الباحث إلى أن نظر القاضي في القرار 02 / / Pdt.G / MS-Aceh / 2018 هو لصالح الطفل فقط. ثانيًا ، عند النظر إليه من نظرية الأهداف القانونية ، يكون غوستاف رادبروخ قد حقق وجلب ثلاث قيم أساسية في نصوصه ، وهي العدالة والنفع واليقين القانوني. العدل في هذه الحالة لم يعد الطفل موضوعًا أو موضوعًا قانونيًا في حالة الحضانة ، بل على العكس من ذلك الطفل موضوع القانون. الفائدة التي يتلقاها الطفل ضد قرار المحكمة هي

أنه يمكن للطفل أن يتمتع بكرامة جيدة دون القلق بشأن عدم تلقي حب الأم ، لأن القاضي أعطى حق دروويت دي فيسيت (Droit De Visite) كشكل من أشكال العدالة التي توفر مزايا للطفل. هذا أيضًا دليل على اليقين القانوني فيما يتعلق بقضايا الحضانة في تطبيق القانون رقم 35 لعام 2014 بشأن حماية الطفل.

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **A. Latar Belakang**

Di dalam mengatur suatu norma hukum, Pemerintah Aceh membentuk suatu peradilan khusus yaitu Mahkamah Syar'iyah sebagai Peradilan Syariat Islam dengan kompetensi absolut meliputi seluruh aspek Syariat Islam yang akan diatur dengan qanun.<sup>1</sup> Mahkamah Syar'iyah pertama kali dibentuk melalui Keputusan Presiden Nomor 11 Tahun 2003 sebagai pelaksana terhadap Undang-Undang Nomor 18 Tahun 2001. Mahkamah Syar'iyah pula pada awalnya merupakan peleburan dari Peradilan Agama yang secara tersurat tertulis di dalam Keputusan Presiden Nomor 11 Tahun 2003 yang berbunyi "Pengadilan Agama yang telah ada di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam diubah menjadi Mahkamah Syar'iyah". Kemudian di tahun 2004 Mahkamah Syar'iyah di dalam kedudukannya berada pada pengadilan khusus sebagaimana pada Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 pasal 15 ayat 2, yang bahwasanya berbunyi,

"Peradilan Syariah Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darrussalam merupakan pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan agama sepanjang kewenangannya menyangkut kewenangan peradilan agama, dan merupakan pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan umum sepanjang kewenangannya menyangkut kewenangan peradilan umum".<sup>2</sup>

Dari paparan di atas Mahkamah Syar'iyah mempunyai dua aspek di dalam kedudukan dan kewenangannya sebagai badan peradilan khusus, yaitu

---

<sup>1</sup> Pasal 3 Ayat (1) Qanun Provinsi Aceh Nomor 8 Tahun 2014 tentang Pokok-Pokok Syariat Islam.

<sup>2</sup> Pasal 15 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

peleburan dari kedudukan dan kewenangan peradilan umum dan juga peradilan agama. Kewenangan Mahkamah Syar'iyah ini telah diatur dalam Qanun Provinsi Aceh Nomor 10 Tahun 2002 pasal 49 Tentang Peradilan Syari'at Islam. Dalam ketentuan pasal tersebut dikatakan bahwa "Mahkamah Syar'iyah bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara – perkara pada tingkat pertama, dalam bidang: *Ahwal Al-Syakhshiyah* (Hukum Keluarga), *Mu'amalah* (Hukum Kebendaan), dan *Jinayah* (Hukum Pidana)".<sup>3</sup>

Di dalam melaksanakan kekuasaan dan kewenangannya yaitu memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di bidang *Ahwal –Al-Syakhshiyah* (Hukum Keluarga), *Mu'amalah* (Hukum Kebendaan) dan *Jinayah* (Hukum Pidana) yang diatur dalam Qanun Aceh Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam Pasal 49 itu, Mahkamah Syar'iyah menggunakan Qanun sebagai hukum formil dan materilnya.<sup>4</sup> Sebagaimana hal itu tertera di dalam Qanun Aceh Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam pada Pasal 53 yang berbunyi "Hukum materil yang akan digunakan dalam menyelesaikan perkara sebagaimana tersebut pada Pasal 49 adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syariat Islam yang akan diatur dengan Qanun" dan Pasal 54 yang berisi "Hukum formil yang akan digunakan Mahkamah adalah yang bersumber dari atau sesuai dengan Syariat Islam yang akan diatur dengan Qanun" pula.

---

<sup>3</sup> Pasal 49, Qanun Provinsi Aceh Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari'at Islam.

<sup>4</sup> Pasal 53-54, Qanun Provinsi Aceh Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam.

Namun Mahkamah Syar'iyah bisa pula menetapkan hukum formil dan hukum materil tidak dari Qanun. Hal tersebut bilamana perkara tersebut masih belum diatur di dalam Qanun Aceh, sebagaimana tertera dalam Qanun Aceh Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam pada Bab VI Ketentuan Peralihan Pasal 58 Ayat 2 yang berisi "Sepanjang Qanun mengenai hukum materil dan formil sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49, Pasal 53 dan Pasal 54 belum ada maka perkara perdata, pidana dan sengketa Tata Usaha Negara diselesaikan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku".<sup>5</sup> Hal ini seperti penetapan *Hadhanah* dalam perkara perceraian yang masih belum diatur hukum formil dan hukum materilnya di dalam Qanun Aceh.

Kita tahu bahwa salah satu tujuan perkawinan ialah untuk memiliki keturunan atau anak, yang setelah itu orang tua berkewajiban untuk menjaga serta merawat anak tersebut dengan baik sebagai salah satu bentuk anugerah dari Allah SWT.<sup>6</sup> Memelihara baik jiwa dan raga serta harta dari anak merupakan kewajiban bagi orang tua, termasuk juga pada akibat perbuatan yang dilakukan oleh anak. Seperti yang disebutkan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 45 bahwa hubungan orang tua dan anak memiliki akibat hukum berupa kewajiban orang tua dalam bertanggung jawab memelihara dan mendidik anak-anak mereka sampai mandiri dan terus berlangsung walau terjadi perceraian.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Pasal 58 Ayat (2) Qanun Aceh Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam.

<sup>6</sup> Ali Ghufroon, *Lahirlah Dengan Cinta, Fikih Hamil & Melahirkan*, (Jakarta: Sinar Grafika Offset, 2007), 61- 63.

<sup>7</sup> Pasal 45 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Atas dasar Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1974, orang tua berkewajiban mendidik dan memelihara anak mereka hingga dewasa. Hal tersebut juga selaras dengan Undang Undang 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak yang disebutkan pada Pasal 26 Ayat 1 bahwasanya orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk : a) Mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak; b) Menumbuhkembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat, dan minatnya; c) Mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak; d) Memberikan pendidikan karakter dan penanaman nilai budi pekerti pada anak.<sup>8</sup> Anak adalah makhluk sosial yang harus diakui keberadaannya, dihargai harkat dan martabatnya sebagaimana orang dewasa. Karena anak merupakan penerus generasi selanjutnya dalam membentuk suatu keluarga, masyarakat, dan Negara. Bagi orang tua, anak adalah aset berharga atau kekayaan yang melebihi kekayaan lainnya, dikarenakan anak akan terus melanjutkan dan menjaga aset kekayaan orang tua.

Orang tua adalah orang yang pertama bertanggung jawab atas pemeliharaan anak, baik memberi makan, membiayai kebutuhan, serta mengajarkan dan mendidik karakter dan kemampuan bakat minat sebagai keberlangsungan di masa yang akan datang.<sup>9</sup> Namun tidak jarang kewajiban tersebut tidak dapat terlaksana akibat perkawinan yang berujung perceraian. Walau demikian tak serta merta orang tua lepas dari tanggung jawab mengasuh anak tersebut, karena hal tersebut harus tetap berjalan dikarenakan

---

<sup>8</sup> Pasal 26 Ayat (1) Undang Undang 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak.

<sup>9</sup> Muhammad Amin Suma, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005), 26.

sudah berakibat hukum bagi orang tua yang bercerai dan meninggalkan seorang anak. Maka kewajiban hak asuh anak dikenal dengan sebutan (*Hadhanah*).

*Hadhanah* sering menjadi permasalahan yang rumit di dalam terjadinya peristiwa perceraian. Karena hal tersebut akan mengakibatkan baik buruknya pertumbuhan anak baik secara jasmani maupun rohani. Sehingga dalam menentukan *Hadhanah* jatuh kepada siapa, perlu kehati hatian agar tidak terjadi kesalahan yang berakibat buruk bagi anak. Jangan sampai ketidaktepatan dalam menentukan *Hadhanah*, mengakibatkan anak akan stress, berbuat kriminal, dan mengakibatkan cacatnya jasmani dan rohani akibat kekerasan atau ketidakpedulian orang tua dalam mendidik anak.

Sebagaimana telah kita ketahui bahwa adanya permasalahan *Hadhanah* adalah karena adanya peristiwa perceraian antara pasangan suami istri yang telah memiliki anak. Permasalahan ini akan lebih besar manakala suami dan istri sama- sama bersikeras menginginkan hak asuh anak jatuh pada dirinya.<sup>10</sup> Sehingga dalam penetapannya tidak menutup kemungkinan hakim memerlukan waktu yang lama dan membutuhkan bukti serta saksi-saksi yang valid terkait kedua orang suami dan istri tersebut, agar nantinya hakim tidak keliru dalam memutuskannya.

Mahkamah Syar'iyah yang notabenenya merupakan suatu lembaga Peradilan Syariat Islam sebagai Pengadilan Khusus di Nanggroe Aceh Darussalam, seringkali hakim memakai hukum Islam di dalam penetapannya.

---

<sup>10</sup> Satria Effendi, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer* (Jakarta : Kencana, 2006), 166.

Hal ini tidak lain dikarenakan masyarakat Aceh yang menjunjung tinggi Syariat Islam dan nilai-nilai Keislaman.<sup>11</sup> Dalam hal ini sesuai dengan Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman pada Pasal 5 yang mengatakan “Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum, dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.<sup>12</sup> Namun di dalam prakteknya tidak dipungkiri bahwa hakim memiliki ijtihad tersendiri sebagai bentuk pelaksana kekuasaan kehakiman yang merdeka. Hakim berpijak pada keyakinannya bahwa apa yang ia tentukan itu lebih adil dari sekedar melaksanakan undang-undang.<sup>13</sup>

Seperti halnya perkara *Hadhanah* yang peneliti temukan di Mahkamah Syar’iyah Aceh tingkat banding pada putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh. Pada perkara tersebut hakim memberikan putusan bahwa hak asuh anak tetap jatuh kepada ayah walaupun anak masih belum *mumayyiz*. Hal tersebut secara tidak langsung menguatkan putusan sebelumnya yaitu putusan Mahkamah Syar’iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS.Bkj, tanggal 14 November 2017. Serta juga menolak gugatan banding bahwasanya hak asuh jatuh kepada pembanding yaitu Ibu kandung.

Padahal di dalam pengadilan Mahkamah Syar’iyah yang menjunjung tinggi Syariat Islam yang berlandaskan Al Quran dan Al Hadits dalam dasar penetapan hukumnya, *Hadhanah* yang masih belum *mumayyiz* seharusnya

---

<sup>11</sup> Pasal 1 Ayat (1) Qanun Provinsi Aceh Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari’at Islam.

<sup>12</sup> Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>13</sup> Darmoko Yuti Witanto, *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan keadilan substantif dalam perkara-perkara pidana*, (Bandung : Alfabeta, 2013), 67.

jatuh kepada ibunya. Terlebih hal ini sudah diatur di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu dalam pasal 105. Dalam pasal itu disebutkan bahwasanya pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya.<sup>14</sup>

Di dalam putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh yang ingin diteliti, terdapat juga *Dissenting Opinion* atau pendapat yang berbeda yang diajukan oleh Hakim Anggota. Hal tersebut memungkinkan bahwa masih ada kontra di dalam putusan itu. Maka dari itu sebenarnya putusan tersebut masih mengandung pertimbangan hukum bagi pembanding untuk mengambil alih *Hadhanah* jatuh kepada pembanding selaku Ibu kandung, yaitu dengan cara Kasasi di Mahkamah Agung. Bahkan di dalam putusan sebelumnya yaitu putusan Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS.Bkj, hakim menemukan fakta fakta persidangan bahwa penggugat dan tergugat keduanya memiliki kepribadian dan akhlak yang baik, bertanggung jawab, dan keduanya dinilai mampu untuk mengurus dan mendidik anak tersebut menjadi lebih baik.

Berdasarkan paparan di atas, perlu dilakukan kajian mendalam terhadap putusan hakim yang memberikan hak *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* kepada ayahnya, sebagaimana yang tercantum dalam putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh. Penelitian ini merupakan kajian terhadap putusan tersebut dengan menggunakan pisau analisis berupa teori tujuan hukum Gustav Radbruch.

---

<sup>14</sup> Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam.

## **B. Batasan Masalah**

Untuk menetapkan dan mewujudkan penelitian yang terarah, maka disini akan fokus meneliti pertimbangan hakim dalam amar putusan pada putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh. Untuk kemudian dianalisis menggunakan teori tujuan hukum Gustav Radbruch. Adapun *dissenting opinion* pada putusan tersebut bukan merupakan tujuan peneliti untuk menggali hal tersebut. Hal tersebut hanya sebagai penguat, bahwasanya putusan tersebut masih terdapat argument berbeda dalam penetapannya.

## **C. Rumusan Masalah**

Berdasarkan latar belakang di atas maka dapat disusun beberapa rumusan masalah sebagai berikut:

1. Apa dasar pertimbangan hakim dalam menetapkan perkara pada putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh tentang *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* jatuh kepada ayahnya?
2. Bagaimana tinjauan yuridis terhadap putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh di Mahkamah Syar'iyah Aceh dalam perspektif teori tujuan hukum Gustav Radbruch?

## **D. Tujuan Penelitian**

1. Mengetahui dan mendeskripsikan pertimbangan hakim dalam putusan Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh tentang *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* yang jatuh kepada ayahnya

2. Mengetahui tinjauan yuridis dan menganalisis penetapan Mahkamah Syar'iyah dalam putusannya Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh dalam teori tujuan hukum Gustav Radbruch.

#### **E. Manfaat Penelitian**

Manfaat yang diharapkan dari penelitian ini adalah mengandung dua aspek aplikatif yaitu manfaat teoritik dan praktis :

1. Manfaat Teoritik
  - a. Diharapkan dapat menambah wawasan keilmuan bagi para pembaca khususnya dalam fakultas syariah dan hukum yang dimana sesuai kaidah dan prosedur ilmiah.
  - b. Dapat digunakan oleh peneliti yang lain sebagai pertimbangan untuk mengadakan penelitian lebih lanjut mengenai Hak Asuh Anak (*Hadhanah*) yang belum *Mumayyiz* yang jatuh kepada Ayahnya
  - c. Sebagai bahan referensi bagi mahasiswa.
2. Manfaat Praktis
 

Diharapkan dapat memberikan manfaat bagi para pembaca, calon hakim dan orang tua sebagai bahan pembelajaran mengenai *Hadhanah* Anak

#### **F. Definisi Operasional**

Berikut adalah definisi operasional yang berupa kata kunci agar mempermudah dalam memahami penelitian ini

##### *1. Hadhanah*

*Hadhanah* secara bahasa adalah bentuk *masdhar* dari kata (حِضْن) seperti kalimat (الصغير حِضْنَتْ) yang artinya memberi makan dan

memeliharanya. *Hadhanah* atau hak asuh anak adalah tugas tanggung jawab orang tua dalam mengasuh dan menjaga serta mendidik anak kecil sejak ia lahir sampai pada masa dewasa yang mana mampu menjaga dan mengatur dirinya sendiri.<sup>15</sup>

## 2. *Mumayyiz*

*Mumayyiz* (المميز), dari kata sifat (ميز) yaitu menyisihkan, maksudnya adalah seorang anak yang mampu membedakan mana yang baik dan mana yang buruk terhadap dirinya, yakni ketika ia berumur 7 tahun. Mustafa Ahmad al-Zarqa mengemukakan bahwa menurut ushul fiqh, *mumayyiz* adalah periode setelah masa *al-thufu-lah* (anak kecil yang belum bisa menyisihkan antara yang masalah dan mudarat bagi dirinya) dan menjelang masa balig. Dalam kondisi normal, masa *mumayyiz* itu dimulai dari umur 7 tahun sampai datangnya masa akil-balig, yaitu dengan datangnya haid bagi anak perempuan dan mimpi basah bagi anak laki-laki.<sup>16</sup>

## 3. Mahkamah Syar'iyah

Mahkamah Syar'iyah di Aceh merupakan lembaga pengadilan khusus dalam lingkungan peradilan agama, sesuai dengan ketentuan pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang menjelaskan bahwa,

Peradilan syariah di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam  
merupakan pengadilan khusus dalam lingkungan pengadilan

<sup>15</sup> Effendi, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer*, 125.

<sup>16</sup> Rizal Darwis, "Fiqh Anak Di Indonesia", *Jurnal Al-Ulum*, Vol.10 No.1, Tahun (2010): 122  
<https://media.neliti.com/media/publications/184356-none-25a2cfdd.pdf>.

agama sepanjang menyangkut wewenang peradilan agama dan merupakan peradilan khusus dalam lingkup peradilan umum sepanjang menyangkut peradilan umum.<sup>17</sup>

## G. Metode Penelitian

### 1. Jenis Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif, maksudnya yaitu suatu proses menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.<sup>18</sup> Penelitian ini merupakan studi pustaka atau *library research* yaitu penulis meneliti bahan pustaka dan melakukan penelusuran serta telaah mendalam terhadap berbagai literatur dan buku yang berhubungan dengan topik yang akan dibahas.<sup>19</sup> Sehingga peneliti tidak perlu terjun langsung di lapangan untuk mencari informasi penelitian.

Penelitian ini juga termasuk dalam penelitian deskriptif yaitu penulis memaparkan secara terperinci dan sistematis terhadap fakta yang ada lalu dikaji dengan teori-teori yang berkaitan dengan pembahasan penelitian.

### 2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini yang bersifat normatif yaitu, pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan kasus (*case approach*) yaitu menelaah dan menganalisis alasan hukum apa saja

---

<sup>17</sup> Zul Akli, "Eksekusi Tindak Pidana Perjudian (Maisir) Di Mahkamah Syar'iyah Lhokseumawe", *Jurnal Ilmu Hukum*, Vol. 3 No. 2 : 145. <https://media.neliti.com/media/publications/9077-ID-eksekusi-tindak-pidana-perjudian-maisir-di-mahkamah-syar'iyah-lhokseumawe.pdf>.

<sup>18</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cet. XII, (Jakarta: Kencana, 2016), 35.

<sup>19</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, 2006), 13-14.

yang digunakan oleh hakim sehingga dapat menetapkan putusan nomor 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, yang disebut juga dengan *ratio decidendi*.

### 3. Bahan Hukum

Dalam penelitian ini menggunakan beberapa bahan hukum yang terbagi menjadi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, bahan hukum tersier. Sebagaimana berikut;

#### a. Bahan Primer

Bahan Hukum yang mempunyai otoritas atau memiliki kekuatan hukum yang mengikat, termasuk juga perundang-undangan yang terkait dengan putusan tersebut.<sup>20</sup>

1) Peraturan perundang undangan : Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 atas perubahan dari Undang – Undang Nomor 23 Tahun 2002, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, Kompilasi Hukum Islam.

2) Yurisprudensi : Mahkamah Agung RI. Nomor 110 K/AG/2007.

#### b. Bahan Sekunder

Bahan hukum sekunder yaitu literature atau pendapat dari ahli hukum. Yaitu penulis menggunakan buku-buku, karya ilmiah, jurnal, dan dokumen guna untuk membantu mengkaji penelitian ini.<sup>21</sup>

1) Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, (Stuttgart : K.F. Koehler,1961).

---

<sup>20</sup> Marzuki, *Penelitian Hukum*,184.

<sup>21</sup> Marzuki, *Penelitian Hukum*,195.

- 2) Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum (suatu pengantar), (Yogyakarta: Liberty, 1991).
- 3) Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, (Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2000).
- 4) Lukman Santoso Az, Yahyanto, Pengantar Ilmu Hukum, (Malang : Setara Press, 2016).
- 5) Dr. H. Ishaq, Dasar Dasar Ilmu Hukum, (Jakarta : Sinar Grafika, 2016).
- 6) Satjipto Rahardjo, Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, (Yogyakarta : Genta Publishing , 2013).
- 7) Jurnal penelitian terdahulu serta literatur yang berkaitan dengan penelitian.

c. Bahan Tersier

Sedangkan bahan hukum tersier yaitu kamus hukum dan *ensiklopedia*, sebagai sarana menambah wawasan pengetahuan hukum. Bahan hukum tersier antara lain, kamus bahasa, kamus hukum dan *ensiklopedia*.<sup>22</sup>

#### 4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum

Metode pengumpulan bahan hukum merupakan proses yang sangat menentukan baik tidaknya sebuah penelitian. Maka kegiatan pengumpulan bahan hukum harus dirancang dengan baik dan sistematis

---

<sup>22</sup> Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010),119.

dan dihubungkan dengan pendekatan yang digunakan oleh peneliti, agar bahan yang dikumpulkan sesuai dengan permasalahan penelitian.<sup>23</sup> Metode pengumpulan bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah ;

a. Pendekatan Kasus

Dalam pendekatan kasus peneliti mengumpulkan bahan hukum yaitu:

- 1) Putusan Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren Nomor :  
89/Pdt.G/2017/MS.Bkj
- 2) Putusan Mahkamah Sya'iyah Aceh tingkat Banding Nomor :  
02/Pdt.G/2018/MS-Aceh

5. Pengolahan Dan Analisis Bahan Hukum

Bahan Hukum yang didapat selanjutnya akan dilakukan penguraian dan dihubungkan sedemikian rupa untuk dianalisis dan diinterpretasi dengan objek penulisan. Dalam penulisan ini akan dibahas dan ringkas dalam bentuk sederhana dan juga dapat ditarik kesimpulan yang mudah dipelajari. Penulis menggunakan langkah langkah sebagai berikut:

a. *Editing*

Langkah ini berada pada tahapan yang pertama, disini peneliti akan memilah bahan-bahan hukum primer, sekunder dan tersier yang sudah dikumpulkan. Kemudian akan memilih serta

---

<sup>23</sup> Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), 110.

merangkum bahan hukum mana yang memiliki hubungan dengan putusan hakim di Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh nomor: 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh terkait penetapan *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* jatuh kepada ayahnya. Selain itu disini juga akan mengkaji dasar hukum yang digunakan majelis hakim dalam mempertimbangkan putusan Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh nomor: 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh yang merupakan bahan hukum primer dari penelitian ini.

b. *Classifying*

Penulis akan mengelompokkan bahan-bahan yang sudah sesuai dengan poin yang memiliki kesamaan. Bahan-bahan yang dikelompokkan seperti kajian teori mengenai dasar pertimbangan hakim di Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh, putusan nomor: 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh terkait penetapan *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* jatuh kepada ayahnya.

c. *Analyzing*

Dalam tahap ini peneliti akan melakukan proses pemeriksaan, menelaah berbagai data yang telah dikelompokkan, kemudian memprosesnya dengan cara menganalisis data yang telah diperoleh dengan menggunakan teori tujuan hukum yang telah dipaparkan sehingga menghasilkan data yang bermanfaat dan mudah dipahami.

d. *Concluding*

Langkah ini merupakan yang terakhir yang berisikan kesimpulan terhadap bahan yang dikumpulkan pada tahap sebelumnya. Bahan-bahan tersebut yang sudah lengkap kemudian akan dianalisis. Berisikan tentang uraian singkat terhadap beberapa bab sebelumnya secara ringkas dan juga menjawab rumusan masalah yang ada pada pendahuluan.

#### **H. Penelitian Terdahulu**

Sebelum penulis melakukan penelitian tentang permasalahan yang akan dibahas, penulis mengetahui bahwa bukan hanya penulis saja yang mengkaji tentang masalah ini oleh karena itu ada banyak penelitian-penelitian yang membahas tentang permasalahan *Hadhanah* ini. Akan tetapi dalam hal ini penulis lebih mengkaji tentang kedudukan *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* yang jatuh kepada ayahnya. Penulis akan mencoba menelaah penelitian-penelitian terdahulu yang mana penelitian tersebut memiliki beberapa kedekatan atau kesamaan dalam pembahasan yang akan penulis teliti. Diantaranya sebagai berikut :

*Pertama*, skripsi dari peneliti Anas Roniyadi dengan judul “Penetapan Hak *Hadhanah* Bagi Anak Yang Belum *Mumayyiz* Kepada Ayah Yang Beda Agama”. Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek penelitiannya adalah hak *hadhanah* yang jatuh kepada ayah yang beda agama, terlebih anak masih belum *mumayyiz*. Hal ini tertera di dalam putusan nomor 1494/Pdt.G/2018/PA.Kab.Mlg., yang kemudian oleh peneliti dianalisis baik

menggunakan hukum positif dan juga fiqih. Penelitian tersebut juga masuk ke dalam penelitian normatif dengan menggunakan pendekatan kasus.

Jadi di dalam penelitian tersebut dijelaskan bagaimana alasan alasan hakim menetapkan hak *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* yang jatuh kepada ayahnya yang telah murtad. Dengan ini peneliti menemukan pada fakta fakta persidangan, yaitu bahwa ayahnya tidak mengajarkan anaknya untuk mengikuti keyakinannya, seperti ikut ke gereja dan sebagainya. Kemudian ditemukan pula bahwa Ibu kandung dari ayahnya (Nenek) adalah beragama Islam, dan beliau yang mengasuh anak tersebut dalam hal kerohaniannya. Ditemukan pula bahwa Ibu kandung dari anak tersebut pernah melakukan kekerasan terhadapnya, yang mengakibatkan hakim membulatkan putusannya bahwa *Hadhanah* anak tersebut jatuh kepada ayahnya walaupun masih belum *mumayyiz*.

Antara skripsi diatas dengan penelitian yang akan penulis lakukan memiliki kesamaan dan perbedaan. Persamaan dari kedua penilitian ini adalah dari jenis penelitiannya yang sama sama menggunakan penelitian normatif dan pendekatan kasus. Pembedanya adalah bahwa objek yang di teliti dalam skripsi tersebut ialah hak hadhanah anak yang jatuh kepada ayah yang murtad, sedangkan penelitian ini tetap dalam kondisi sang anak dan ayah seagama.<sup>24</sup>

*Kedua*, skripsi oleh peneliti Faridatul Lailia yang berjudul “Pertimbangan Hakim Dalam Putusan Pengasuhan Anak (Hadhanah) Yang

---

<sup>24</sup> Anas Roniyadi, “Penetapan Hak Hadhanah Bagi Anak Yang Belum Mumayyiz Kepada Ayah Yang Beda Agama” (Undergraduate thesis, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, 2020), <http://etheses.uin-malang.ac.id/21115/7/13210102.pdf>.

Belum Mumayyiz Di bawah Asuhan Ayah”. Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek adalah alasan-alasan hakim atau *ratio decidendi* dalam memutuskan *Hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* yang jatuh kepada ayahnya. Sehingga penelitian ini termasuk kedalam penelitian hukum sosiologis dan empiris dan menggunakan pendekatan kasus. Dan sumber data yang digunakan oleh peneliti yaitu wawancara kepada hakim terkait penelitian tersebut.

Jadi di dalam penelitian di atas, peneliti tersebut ingin mengetahui alasan alasan apa saja yang dipertimbangkan Hakim dalam menetapkan *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* jatuh kepada Ayahnya. Maka di dalam penelitian tersebut peneliti terjun langsung ke lapangan, yaitu tepatnya di Pengadilan Agama Malang. Wawancara yang dilakukan oleh peneliti tersebut memiliki kriteria yaitu wawancara dilakukan kepada hakim yang masih aktif di pengadilan tersebut, hakim yang memeriksa dan mengadili perkara *hadhanah*, dan menjadi hakim lebih dari 5 tahun.

Antara skripsi di atas dengan penelitian yang akan penulis lakukan memiliki kesamaan dan perbedaan. Persamaan dari kedua penelitian ini adalah sama sama meneliti tentang *Hadhanah* Anak yang belum *mumayyiz* yang jatuh kepada Ayahnya dan juga menggunakan pendekatan kasus di dalam pendekatan penelitiannya yaitu pada kasus perkara 0591/Pdt.G/2013/Pa.Mlg. Perbedaannya adalah peneliti di atas lebih memfokuskan pada *ratio decidendi* dalam penetapan putusannya dan juga

penelitian tersebut termasuk pada jenis penelitian hukum empiris dan sosiologis.<sup>25</sup>

*Ketiga*, peneliti selanjutnya diambil dari skripsi dari Sixma Devani dengan judul “Analisis Tentang Dissenting Opinion Dalam Perkara Cerai Gugat Kumulasi Hadhanah Diskresi Pasal 105 KHI Huruf (a)”. Disini peneliti menggunakan metode penelitian hukum normatif yang bersifat deskriptif. Dalam penelitian tersebut, objek yang menjadi peneliti adalah menganalisis *Dissenting Opinion* pada perkara Hadhanah di dalam putusan nomor 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg yang kemudian dikaitkan dengan teori Hukum dan Karakteristik Hukum yang hampir absolut di dalam penelitiannya.

Jadi peneliti di atas mengkaji tentang teori-teori hukum, karakteristik hukum, asas asas hukum dan prinsip penemuan hukum yang kemudian dikaitkan dengan *dissenting opinion* dalam putusan 0791/Pdt.G/2014/PA.Kab.Mlg tentang Hadhanah anak. Dalam penelitian ini diperoleh hasil bahwa *dissenting opinion* yang diajukan oleh Hakim Anggota II dinilai telah sesuai karakteristik hukum yang progresif.

Antara skripsi di atas dengan penelitian yang akan penulis lakukan memiliki kesamaan dan perbedaan. Persamaannya adalah peneliti menggunakan metode penelitian hukum normatif, dan pendekatan kasus, serta sama sama terdapat *dissenting opinion* di dalam *konsideran* yang ditelitinya. Yang menjadi pembeda dari penelitian skripsi di atas adalah

---

<sup>25</sup> Faridatul Lailia, “Pertimbangan Hakim Dalam Putusan Pengasuhan Anak (Hadhanah) Yang Belum Mumayyiz Dibawah Asuhan Ayah” (Undergraduate thesis, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, 2015), <http://etheses.uin-malang.ac.id/7168/1/10210032.pdf>.

peneliti tersebut lebih memfokuskan pada *dissenting opinionnya* yang mengakibatkan *diskresi* hukum pada pasal 105 KHI, yang kemudian dianalisis dengan teori *dissenting opinion* serta kaidah kaidah hukum.<sup>26</sup>

Dari paparan di atas, sebenarnya sudah banyak penelitian terkait *Hadhanah* Anak. Oleh sebab itu penelitian di atas diharapkan sebagai bahan untuk acuan peneliti sesudahnya dalam mempertimbangkan kesamaan penelitian mengenai *Hadhanah* Anak.

**Tabel 1 Penelitian Terdahulu**

NO	Nama Peneliti	Judul Penelitian	Perbedaan	Persamaan
1.	Anas Roniyadi	Penetapan Hak Hadhanah Bagi Anak Yang Belum <i>Mumayyiz</i> Kepada Ayah Yang Beda Agama	Latar belakang Ayah dari objek ialah beda agama atau murtad.	Menggunakan penelitian normatif dan menggunakan pendekatan kasus
2.	Faridatul Lailia	Pertimbangan Hakim Dalam Putusan Pengasuhan Anak ( <i>Hadhanah</i> ) Yang Belum <i>Mumayyiz</i> Dibawah Asuhan Ayah	lebih memfokuskan pada <i>ratio decidendi</i> dalam penetapan putusannya dan juga penelitian tersebut termasuk pada jenis penelitian hukum empiris dan sosiologis	sama sama meneliti seputar <i>Hadhanah</i> anak yang belum <i>mumayyiz</i> , dan juga penelitian tersebut sama sama menggunakan pendekatan kasus

<sup>26</sup> Sixma Devani, "Analisis Tentang Dissenting Opinion Dalam Perkara Cerai Gugat Kumulasi *Hadhanah* Diskresi Pasal 105 KHI Huruf (a)" (Undergraduate thesis, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, 2015), <http://etheses.uin-malang.ac.id/153/7/11210027%20Bab%203.pdf>.

3.	Sixma Devani	Analisis Tentang <i>Dissenting Opinion</i> Dalam Perkara Cerai Gugat Kumulasi Hadhanah Diskresi Pasal 105 KHI Huruf (a)	lebih memfokuskan pada <i>dissenting opinionnya</i> yang mengakibatkan diskresi hukum pada pasal 105 KHI, yang kemudian dianalisis dengan teori <i>dissenting opinion</i> serta kaidah kaidah hukum.	menggunakan metode penelitian hukum normatif, dan sama sama menggunakan pendekatan kasus serta terdapat pula <i>dissenting opinion</i> didalam perkaranya.
----	--------------	---	--	--

## I. Sistematika Pembahasan

Sistematika penulisan dijelaskan agar pembahasan dalam penelitian ini terstruktur dengan baik dan pembaca dapat lebih mudah memahaminya, dalam penelitian ini tersusun dari empat bab yang masing-masing disusun dengan runtut sebagai berikut:<sup>27</sup>

### BAB I : Pendahuluan

Bab pertama ini terdiri dari latar belakang yang menjelaskan bagaimana masalah yang akan dibahas berupa objek yang akan diteliti dan menjelaskan bagaimana alasan penulis meneliti masalah ini. Lalu juga batasan masalah, rumusan, tujuan, manfaat dan definisi operasional. Juga bagaimana metode penelitian yang dipilih.

### BAB II : Tinjauan Pustaka

<sup>27</sup> Tim Penyusun, *Pedoman Penulisan Skripsi*, (Fakultas Syariah UIN Malang, 2019), 17-22.

Dalam bab ini berisi konsep atau gambaran tentang objek yang akan diteliti dan berisi tentang landasan teoritis untuk mengkaji masalah dan menganalisis masalah. Diawali dengan pengertian *Hadhanah*, tinjauan yuridis *Hadhanah* dalam Hukum Positif, dan pengertian Teori Tujuan Hukum Gustav Radbruch.

### BAB III : Hasil Penelitian dan Pembahasan

Bab ini merupakan inti dari penelitian karena pada Bab ini akan menganalisis bahan-bahan yang sudah dikumpulkan. Pada bab ini berisi tentang penguraian masalah dan kemudian ditelaah dan diteliti dengan pisau analisis teori tujuan hukum Gustav Radbruch

### BAB IV : Penutup

Pada bab ini dan merupakan bab yang terakhir berisi tentang hasil dari penelitian (kesimpulan) yang dilakukan atas perumusan masalah yang sudah ditentukan. Di bab penutup ini juga berisikan usulan atau anjuran kepada pihak-pihak terkait atau pihak yang memiliki kewenangan lebih terhadap tema yang diteliti demi kebaikan masyarakat dalam memahami masalah-masalah dalam penelitian yang setopik pada masa-masa mendatang.

## BAB II

### TINJAUAN PUSTAKA

#### A. Hadhanah

##### 1. Pengertian *Hadhanah*

*Hadhanah* berasal dari bahasa Arab (حَضَن - يَحْضِن - حَضْنَا) yang secara etimologi mempunyai arti mengasuh, merawat, memeluk.<sup>28</sup> Dalam buku Subul as-Salam *hadhanah* berasal dari kata الحَضْن dengan *kasrah* huruf “ha” adalah masdar dari kata حَضَن *hadhanah shabiyyah* yang artinya dia mengasuh atau memelihara bayi. *Masdarnya hadhanan wa hidhanah* yaitu asuhan atau pemeliharaan, الحَضْن dengan *kasrah* huruf “ha” juga berarti bagian badan mulai dari bagian bawah ketiak hingga bagian antara pusat dan pertengahan punggung diatas panggul paha, termasuk dada atau dua lengan atas dan bagian antara keduanya.<sup>29</sup>

*Hadhanah* sangat sering diutarakan dalam kalimat “*hadhanah ath-thaairu baidhahu*”, artinya burung itu menggempit telur di bawah sayapnya, perumpaan itu seperti halnya ibu yang menggempit anaknya. Oleh karena itu arti *Hadhanah* secara tersirat memiliki makna melakukan pemeliharaan pada anak yang belum pada usia *tamyiz*, baik laki-laki maupun perempuan, yang padanya membuat sesuatu yang menjadikan kebajikannya, menjaganya dari suatu yang menyakiti dan merusaknya,

---

<sup>28</sup> Ahmad Warson Munawir, *Kamus Arab-Indonesia Al Munawwir*, (Surabaya :Pusataka Progresif, 1997), 274.

<sup>29</sup> Muhammad bin Ismail al-Amir, *Subulus Salam Syarah Bulughul Maram*, Penerjemah Ali Nur Medan, (Jakarta: Darus Sunnah, 2012),191.

mendidik jasmani dan rohani, serta melatih akalinya agar bisa berjalan menghadapi hidup dan memangku tanggung jawabnya sendiri.<sup>30</sup>

Sedangkan para ulama mengemukakan beberapa defenisi tentang *hadhanah* dari segi bahasa yaitu:

- a. Menurut Amir Syarifuddin dalam bukunya *Hukum Perkawinan Di Indonesia* menyebutkan bahwa kata *Hadhanah* yaitu pemeliharaan anak yang masih kecil setelah terjadinya perceraian atau putusnya suatu perkawinan.<sup>31</sup>
- b. Abdul Azis Dahlan mengatakan, *al-hadhanah* adalah di samping atau di bawah ketiak. Merawat dan mendidik seseorang yang belum *mumayyiz* atau yang kehilangan kecerdasannya karena mereka tidak bisa mengerjakan keperluan diri sendiri.<sup>32</sup>
- c. Sayyid Sabiq mendefenisikan *hadhanah* sebagai lambung, seperti kata "*hadhanah ath-tha'iru badhahu*" yang artinya burung itu mengepit telur di bawah sayapnya. Sedangkan dalam kalimat "*hadhanatal-mar'atu waladaha*" yang artinya seorang perempuan menggendong anaknya.<sup>33</sup>

Berdasarkan pernyataan di atas bisa disimpulkan bahwa *hadhanah* adalah sebuah cara maupun tindakan dalam pemeliharaan yang

---

<sup>30</sup> Anas Roniyadi, "Penetapan Hak *Hadhanah* Bagi Anak Yang Belum *Mumayyiz* Kepada Ayah Yang Beda Agama" (Undergraduate thesis, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, 2020), <http://etheses.uin-malang.ac.id/21115/7/13210102.pdf>.

<sup>31</sup> Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia: Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, (Kencana: Prenada Media, 2006), 327.

<sup>32</sup> Abdul Azis Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996), 415.

<sup>33</sup> Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Penerjemah M. Ali Nursyidi Hunainah dan M. Thahir Makmun, (Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2011), 21.

di dalamnya terdapat kasih sayang dalam menjaga dan merawat serta mendidik seorang anak.

## 2. Syarat-Syarat *Hawaadhin*

*Hawaadhin* ialah orang-orang yang berhak memegang tanggung jawab penuh dalam pengasuhan anak. Tentunya di dalam penyerahan hak asuh anak, tidak semua orang bisa mengasuhnya. Adapun syarat-syarat umum yang harus dimiliki oleh seseorang dalam kewajibannya mengasuh anak, yaitu :<sup>34</sup>

- a. Tidak terikat dengan suatu pekerjaan yang menyebabkan kurang berjalannya hadhanah dengan baik. Seperti pekerjaan yang terlalu jauh dengan si anak, ataupun pekerjaan yang terlalu sibuk sehingga mengakibatkan kurangnya perhatian terhadap anak.
- b. Orang yang mengasuh anak harus *mukallaf*, yaitu baligh dan berakal.
- c. Memiliki kemampuan melakukan Hadhanah. Artinya mereka mampu mengurus dirinya sendiri, tidak merasa keberatan dalam mengurus anak, dan mengerti mana yang baik dan yang buruk bagi anak.
- d. Mampu menjamin pemeliharaan dan pendidikan anak. Artinya bisa mengajarkan kepada anak problematika kehidupan yang nantinya anak bisa berkembang dan bertumbuh dewasa.
- e. *Hawaadhin* hendaknya orang yang tidak membenci anak.

---

<sup>34</sup> Abdul Rahman Ghazaly, *Fiqh Munakahat*, (Jakarta: Kencana, 2003), 181-182.

## B. Tinjauan Yuridis *Hadhanah* dalam Hukum Positif

Perlu diketahui bahwa *Hadhanah* dan perwalian itu tidak sama, walaupun tetap saja ada hal-hal yang mempersamakannya. Baik dalam *Hadhanah* atau perwalian, orang tua tetap bertanggung jawab memenuhi kebutuhan nafkah (material) anak, dan tanggung jawab dalam pemeliharaan, seperti: mendidik, mengajari keterampilan dan lain-lain.<sup>35</sup>

Adapun perbedaan yang mendasar dari segi sebab akibat, *hadhanah* merupakan hak memelihara anak yang disebabkan oleh perceraian. Sedangkan perwalian mencakup semuanya tidak hanya sebatas perceraian. Dalam kata lain hal ini tidak menggantikan substansi dan makna dari kata *Hadhanah* sendiri. Berikut tinjauan hukum positif yang ada di Indonesia mengenai hak asuh anak atau *Hadhanah*

### 1. *Hadhanah* dalam Undang-Undang Perkawinan

#### a. Sebab Terjadinya *Hadhanah*

Di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, juga ikut mengatur dalam permasalahan *Hadhanah*. Permasalahan tersebut disebabkan putusnya perkawinan akibat dari perceraian. Sehingga permasalahan *Hadhanah* yang disebabkan dalam perceraian tersebut, memiliki akibat hukum bagi kedua orang tua si anak. Ketentuan tersebut diatur di dalam pasal 41 yang mana menjelaskan dampak akibat putusnya perkawinan yaitu<sup>36</sup> :

---

<sup>35</sup> Rizal Darwis, "Fiqh Anak Di Indonesia", *Jurnal Al-Ulum*, Vol.10 No.1, Tahun (2010): 136  
<https://media.neliti.com/media/publications/184356-none-25a2cfdd.pdf>.

<sup>36</sup> Pasal 41 Undang Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

- 1) 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;
- 2) Bapak yang bertanggung-jawab atas semua biaya pemeliharaan dan pendidikan yang diperlukan anak itu; bilamana bapak dalam kenyataan tidak dapat memenuhi kewajiban tersebut, Pengadilan dapat menentukan bahwa ibu ikut memikul biaya tersebut;
- 3) Pengadilan dapat mewajibkan kepada bekas suami untuk memberikan biaya penghidupan dan/atau menentukan sesuatu kewajiban bagi bekas isteri.

Berdasarkan pada pasal dan ayat ayat di atas, tinjauan yuridis terhadap *Hadhanah* pada Undang-Undang Perkawinan mempunyai akibat hukum pada orang tua yang bercerai.

#### **b. Kewajiban Orang Tua dalam *Hadhanah***

Kemudian selanjutnya pada Bab X tentang hak dan kewajiban orang tua pada anak, tepatnya pada pasal 45 menyebutkan bahwa:

- 1) Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.
- 2) 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.

Pada pasal di atas mengharuskan kedua orang tua wajib sama sama mengasuh anaknya walau telah bercerai, sampai anak tersebut kawin dan dapat berdiri sendiri memangku tanggung jawabnya. Akan tetapi di dalam Undang-Undang Perkawinan, ayah akan lebih dibebankan terhadap segala biaya yang dibutuhkan oleh

anak dalam pemeliharaan dan pendidikannya.<sup>37</sup> Namun jika ayah tidak mampu dalam memberikan biaya kepada anaknya, maka hal tersebut bisa ditentukan oleh Hakim untuk keikutsertaan Ibu dalam membantu membiayai pemeliharaan anak.

### c. Sebab Terputusnya *Hadhanah*

Di lain sisi, jika terdapat perselisihan kedua orang tua atas perebutan anak, maka hakim dapat menentukan *Hadhanah* jatuh kepada siapa yang dikehendakinya dan pencabutan kekuasaan atas pemeliharaan anak bagi dirinya. Hal ini tertera di dalam Pasal 49 Undang-Undang Perkawinan yang berbunyi<sup>38</sup> :

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

Pada prinsipnya, kedua orang tua sama-sama diberikan hak di dalam pemeliharaan dan pendidikan terhadap anak-anaknya setelah terjadi perceraian. Maka sebab itu keduanya sebenarnya bisa bermusyawarah bagaimana perihal pengasuhan anaknya. Akan tetapi

---

<sup>37</sup> Husnatul Mahmudah, Juhriyati, dan Zuhrah, "Hadhanah Anak Pasca Putusan Perceraian (Studi Komparatif Hukum Islam Dan Hukum Positif Indonesia)". *Jurnal Pemikiran Syariah dan Hukum*, Vol. 2 No. 1 (2018) : 68 <https://media.neliti.com/media/publications/335269-hadhanah-anak-pasca-putusan-perceraian-s-834fcfa7.pdf>.

<sup>38</sup> Pasal 49 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

bilamana terjadi perselisihan dan tak kunjung berdamai, maka persoalan diserahkan kepada Pengadilan. Pengadilanlah yang harus memilih dan menetapkan siapa di antara kedua orang tua yang sama-sama berhak akan melaksanakan pemeliharaan, untuk itu Pengadilan harus memeriksa dengan teliti siapakah di antara mereka yang lebih baik mengurus kepentingan anak.<sup>39</sup>

Jadi, pencabutan kekuasaan bisa dilakukan jika salah satu dari kedua orang tua tersebut lalai dalam kewajibannya mengasuh anak ataupun berperilaku buruk.<sup>40</sup> Walau begitu ketetapan atau pencabutan kekuasaan hak asuh anak terhadap salah satu kedua orang tua, tidak melepaskan perihal biaya pemeliharaan pada anak tersebut, seperti halnya pada ayat 2 pasal 49 di atas. Demikian esensi dari Undang-Undang Perkawinan lebih menekankan jaminan perihal materi terhadap keberlangsungan pemeliharaan anak, dan berhentinya atau terputusnya *hadhanah* menurut Undang Undang Perkawinan hanya pada pemeliharaan terhadap anak secara immaterial.

## **2. *Hadhanah* dalam Kompilasi Hukum Islam**

Mengenai masalah *Hadhanah* dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada buku perkawinan diatur beberapa pasal terkait permasalahan *hadhanah*, adapun pasal yang mengatur terkait *hadhanah* ialah :

### **a. Pengertian *Hadhanah***

---

<sup>39</sup> M. Yahya Harahap, *Hukum Perkawinan Nasional*, (Medan: Zahir Trading, 2001), 159.

<sup>40</sup> Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia*, (Bandung: CV Mandar Maju, 1990), 144.

Di dalam Kompilasi Hukum Islam penyebutan kata *Hadhanah* disamakan dengan istilah pemeliharaan anak. Namun hal ini tidak menggantikan substansi dan makna dari kata *Hadhanah*, melainkan hanya untuk mempermudah bagi orang awam yang masih asing dengan kata *Hadhanah*. Pemeliharaan anak dalam KHI memiliki makna yang sama dengan *hadhanah* sebagaimana yang disebutkan di dalam Pasal 1 Huruf g yang berbunyi “Pemeliharaan anak atau *hadhonah* adalah kegiatan mengasuh, memelihara dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri”.<sup>41</sup>

#### **b. Masa *Hadhanah***

Masa *Hadhanah* atau pemeliharaan anak tidak secara tersurat di dalam KHI melainkan tersirat jika kita memahami pada setiap pasal pasal yang terkait dengan *Hadhanah*. Secara garis besar batasan dari *hadhanah* ialah, ketika anak tersebut telah dewasa dan dapat berdiri sendiri. Hal ini tertera di dalam pasal 98 KHI yaitu<sup>42</sup>:

- 1) Batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.
- 2) Orang tuanya mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan.
- 3) Pengadilan Agama dapat menunjuk salah seorang kerabat terdekat yang mampu menunaikan kewajiban tersebut apabila kedua orang tuanya tidak mampu.

Pada pasal 98 ayat (1), dijelaskan arti dari anak yang telah mampu berdiri sendiri dan telah dianggap dewasa yaitu pada batas

<sup>41</sup> Pasal 1 Huruf (g) Kompilasi Hukum Islam.

<sup>42</sup> Cik Hasan Bisri, Kompilasi hukum Islam dan Peradilan Agama (Dalam Sistem Hukum Nasional), (Jakarta : Logos, 1999), 189.

umur 21 tahun. Namun sepanjang anak itu tidak memiliki cacat fisik dan mental serta selama anak itu belum melakukan perkawinan. Secara tidak langsung bahwa anak yang memiliki cacat fisik dan mental mereka tidak dapat berdiri sendiri walaupun telah mencapai umur 21 tahun, maka hal itu yang membuat orang tua selalu mengawasi dan mendampingi. Sedangkan sebaliknya, ketika ada seorang anak yang belum mencapai umur 21 tahun tapi telah melakukan perkawinan, maka hal itu telah dianggap mampu berdiri sendiri atas pemeliharaan dirinya dan keluarganya.<sup>43</sup>

**c. Kewajiban Orang Tua dalam *Hadhanah***

Terkait kewajiban yang harus diemban oleh orang tua terhadap pemeliharaan anak terdapat dalam pasal :

1) Pasal 77 ayat 3

Suami isteri memikul kewajiban untuk mengasuh dan memelihara anak-anak mereka, baik mengenai pertumbuhan jasmani, rohani maupun kecerdasannya dan pendidikan agamanya;

2) Pasal 80 ayat 4

Sesuai penghasilannya suami menanggung :

- a) biaya rumah tangga, biaya perawatan dan biaya pengobatan bagi isteri dan anak;
- b) biaya pendidikan bagi anak.

3) Pasal 104 ayat

---

<sup>43</sup> Nihlatusshoimah, “Hak Hadhanah Anak Yang Belum Mumayyiz Kepada Ayah Kandung” (Undergraduate thesis, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, 2010) [http://etheses.uin-malang.ac.id/1929/1/06210018\\_Skripsi.pdf](http://etheses.uin-malang.ac.id/1929/1/06210018_Skripsi.pdf).

Semua biaya penyusuan anak dipertanggungjawabkan kepada ayahnya. Apabila ayahnya telah meninggal dunia, maka biaya penyusuan dibebankan kepada orang yang berkewajiban memberi nafkah kepada ayahnya atau walinya.

**d. *Hadhanah* dalam Perceraian**

Kemudian perihal pemeliharaan anak dalam kasus perceraian, KHI dengan ketentuannya menetapkan pada pasal 105 yang berbunyi, dalam hal terjadinya perceraian :

- 1) Pemeliharaan anak yang belum mumayyiz atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya;
- 2) Pemeliharaan anak yang sudah mumayyiz diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharannya;
- 3) Biaya pemeliharaan ditanggung oleh ayahnya.

Dengan ketentuan pasal 105 di atas, pemeliharaan anak ketika seorang suami istri bercerai dan meninggalkan anak yang masih di bawah umur 12 Tahun, maka ibunya (istri) yang memiliki tanggung jawab penuh terhadap pemeliharaan anak. Namun jika suami istri meninggalkan anak di atas umur 12 tahun, maka anak berhak memilih diantara ayah dan ibunya untuk pemeliharaan atasnya.<sup>44</sup>

Di dalam pasal 76 Kompilasi Hukum Islam pula dijelaskan bahwa terjadinya perceraian atau batalnya perkawinan tidak menyebabkan putusannya hubungan hukum antara anak dan orang tua.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta : Akademia Presindo, 2007), 293.

<sup>45</sup> Pasal 76 Kompilasi Hukum Islam.

e. ***Hadhanah*** bagi Anak yang Belum *Mumayyiz* dan yang Telah *Mumayyiz*

Adapun lebih jelas pula dipaparkan pada pasal 156 akibat putusanya perkawinan karena perceraian tentang anak yang belum *mumayyiz* maupun yang telah *mumayyiz* ialah<sup>46</sup>:

- 1) anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
  - a) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu;
  - b) ayah;
  - c) wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah;
  - d) saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
  - e) wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
- 2) anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya;
- 3) apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaann kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak *hadhanah* kepada kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula;
- 4) semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun)
- 5) bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a),(b), dan (d);
- 6) pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.

Menurut paparan pasal 156, penetapan dalam pemberian nafkah kepada pemeliharaan anak yang orang tuanya bercerai secara spesifik jatuh kepada ayahnya. Pemberian nafkah tersebut diberikan

---

<sup>46</sup> Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam.

kepada anak selama batas usia 21 tahun atau bisa dibilang anak itu telah dewasa. Kedudukan ayah di dalam KHI atas masalah pemeliharaan anak memang secara mutlak diberi tanggung jawab dalam pemberian nafkah pada si anak.

Namun dalam hal penetapan nafkahnya, pengadilan menyesuaikan batas kemampuan seorang ayah dengan penyesuaian biaya atasnya bagi anaknya, seperti tertera di dalam pasal 156 huruf f yang berbunyi “pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya”.<sup>47</sup>

### **3. *Hadhanah* dalam Undang-Undang Perlindungan Anak**

#### **a. Pengertian Kuasa Asuh**

Di dalam Undang Undang Nomor 35 Tahun 2014 atas perubahan Undang-Undang 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, *hadhanah* lebih dikenal dengan kuasa asuh. Seperti dijelaskan didalam pasal 1 ayat (11) yang menyatakan “kuasa asuh adalah kekuasaan orang tua untuk mengasuh, mendidik, memelihara, membina, melindungi, dan menumbuhkembangkan anak sesuai dengan agama yang dianutnya dan kemampuan, bakat, serta minatnya”. Di dalam pasal tersebut anak yang dimaksud ialah yang belum berusia 18 tahun, dan termasuk pula anak yang masih didalam kandungan.

---

<sup>47</sup> Pasal 156 Huruf (f) Kompilasi Hukum Islam.

Kuasa asuh dalam Undang-Undang Perlindungan Anak, tidak memungkiri di dalam kekuasaannya ialah terlepas dari orang tua kandung. Jika kedua orang tua kandung tidak bisa menjalankan kuasa asuh terhadap anaknya maka kuasa tersebut diserahkan kepada keluarganya. Hal ini telah tertera didalam pasal 26 ayat (2) yang berbunyi “Dalam hal Orang Tua tidak ada, atau tidak diketahui keberadaannya, atau karena suatu sebab tidak dapat melaksanakan kewajiban dan tanggung jawabnya, kewajiban dan tanggung jawab sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat beralih kepada Keluarga, yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”.

Bila manapun kedua orang tua dan keluarga tidak bisa melaksanakan kewajiban mereka sebagai wali dalam kuasa asuh, maka pengadilan yang akan menetapkan wali terhadap anak tersebut. Hal ini disebabkan karena orang tua dan keluarga anak tidak diketahui keberadaannya atau tidak mampu menjalankan kewajibannya sebagai penanggung jawab anak dikarenakan alasan tertentu. Sehingga dilakukan penunjukan kepada seseorang atau badan hukum yang memenuhi syarat.

**b. Kewajiban Wali terhadap Kuasa Asuh**

Seseorang yang akan menjadi wali ditunjuk oleh pengadilan dan disahkan melalui penetapan. Selain itu wali juga harus memiliki agama yang sama dengan anak, serta wajib menjaga keberadaan harta

kekayaan anak yang di bawah perwaliannya.<sup>48</sup> Berikut kewajiban wali di dalam melaksanakan kekuasaan asuh bagi anak ;

1) Kewajiban orang tua sebagai wali, hal ini tertera di dalam pasal 26 ayat (1) yang berbunyi orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk :

- a) mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak;
- b) menumbuhkembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat, dan minatnya; dan
- c) mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak; dan
- d) memberikan pendidikan karakter dan penanaman nilai budi pekerti pada Anak.

2) Kewajiban seseorang yang ditetapkan sebagai wali. Terdapat beberapa persyaratan dan kewajiban bagi seseorang (di luar orang tua) untuk menjadi wali yaitu:

- a) Harus melalui dan disahkan oleh penetapan pengadilan.
- b) harus seagama dengan agama yang dianut anak yang akan diasuhnya.
- c) tidak memutuskan hubungan darah antara anak dan orang tua kandungnya;
- d) tidak menghilangkan kewajiban orang tuanya untuk membiayai hidup anaknya; dan
- e) wajib mengelola harta milik anak yang bersangkutan

---

<sup>48</sup> Rika Saraswati, *Hukum Perlindungan Anak di Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2015), 61.

f) mewakili anak untuk melakukan perbuatan hukum, baik di dalam maupun di luar pengadilan untuk kepentingan yang terbaik bagi anak.

3) Kewajiban lembaga/badan hukum yang ditetapkan sebagai wali. Di dalam kewenangan lembaga terhadap pengasuhan anak, tidak berbeda seperti halnya kewajiban wali atau seorang yang telah ditetapkan untuk menjalankan kuasa asuh. Namun yang menjadi pembeda jika lembaga itu berlandaskan agama, maka anak yang akan diasuh harus seagama dengan lembaga tersebut. Tapi jika lembaga tersebut tidak berlandaskan agama, maka lembaga harus berkewajiban memperhatikan agama yang dianut anak tersebut.

Undang-undang perlindungan anak sangat mengutamakan keamanan anak baik dalam pengasuhan orang tua, wali atau pihak lain yang bertanggung jawab atas pengasuhan anak. Anak harus mendapat perlindungan dari tindak diskriminasi, segala bentuk eksploitasi, penelantaran, kekerasan, penganiayaan, dan segala bentuk tindakan buruk lainnya baik itu fisik ataupun mental yang dapat merugikan anak.

### **C. Teori Tujuan Hukum**

Dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum memiliki tujuan. Hukum harus bisa menjawab segala persoalan yang ada di dalam masyarakat. Sehingga tujuan hukum ialah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, dan diharapkan kepentingan manusia akan dapat

terlindungi. Dalam mencapai tujuannya tersebut diperlukan ketersediaan hukum membagi hak dan kewajiban setiap individu didalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara menyelesaikan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.<sup>49</sup>

Dengan adanya tanggungan hukum yang harus bisa menyelesaikan segala persoalan yang ada pada saat ini dan relevan pula pada masa yang akan datang, maka dibutuhkan konsep hukum yang ideal. Menurut Gustav Radbruch konsep hukum yang ideal harus memperhatikan tiga unsur yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum.<sup>50</sup> Ketiga inilah yang menjadi nilai dasar hukum, bahkan dari beberapa pakar teori hukum dan filsafat hukum ketiganya lah yang menjadi tujuan daripadanya hukum itu diciptakan.

Terkait dengan teori tujuan hukum diatas, Achmad Ali mengklasifikasikan ke dalam dua kelompok teori yaitu :

### **1. Ajaran Konvensional (Klasik)**

Dalam ajaran ini, menganut paham bahwa hukum hanya bisa mengambil satu tujuan saja yaitu antara lain<sup>51</sup> :

- a. Teori etis menyatakan bahwa pada dasarnya tujuan hukum adalah semata-mata untuk mencapai keadilan.
- b. Teori utilitis menyatakan bahwa pada dasarnya, tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat.

---

<sup>49</sup> Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (suatu pengantar)*, (Yogyakarta: Liberty, 1991), 58.

<sup>50</sup> Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung : PT Citra Aditya Bakti, 2000), 19.

<sup>51</sup> Achmad Ali, *Menguak Takbir Hukum*, (Jakarta : Prenadamedia Group, 2009), 88.

- c. Teori normatif-dogmatik menyatakan bahwa pada dasarnya, tujuan hukum adalah semata-mata untuk menciptakan kepastian hukum.

*Pertama*, teori etis menurut pahamnya merupakan sebuah pandangan dari sudut pandang filsafat hukum. Bahwa hukum diciptakan hanya semata mata untuk bertujuan mencapai suatu keadilan. Teori ini dilandaskan atas dasar pemahaman etis manusia terhadap apa yang adil dan tidak adil.<sup>52</sup>

Dalam konteks ini Aristoteles berpendapat bahwa keadilan dibedakan menjadi dua, yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif. Keadilan distributif merupakan keadilan yang diberikan setiap seseorang terhadap jasanya, sehingga seseorang itu memiliki hak dan jatahnya. Jatah disini sifatnya proporsional, yang dinilai adil disini ialah memberi kepada setiap orang menurut jasa dan kemampuannya. Sedangkan keadilan komutatif merupakan keadilan yang diberikan kepada setiap orang sama banyaknya, tanpa memperhitungkan kemampuan dan jasa orang tersebut.<sup>53</sup>

*Kedua*, teori Utilitis menurut pahamnya merupakan sebuah pandangan dari sudut pandang sosiologis hukum. Dimana bahwa hukum bertujuan untuk menghasilkan suatu kemanfaatan terhadap setiap orang untuk menciptakan kebahagiaan yang sebesar besarnya. Penganut teori ini antara lain yaitu Jeremy Bentham, John Austin.<sup>54</sup> Bahkan Jeremy Bentham

---

<sup>52</sup> Lukman Santoso Az, Yahyanto, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Malang : Setara Press, 2016), 77-78.

<sup>53</sup> Dr. H. Ishaq, *Dasar Dasar Ilmu Hukum*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2016), 9-10.

<sup>54</sup> Lukman, Yahyanto, *Pengantar Ilmu Hukum*, 78-79.

berpendapat bahwa negara dan hukum semata-mata ada hanya untuk manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat.<sup>55</sup>

*Ketiga*, teori normatif-dogmatik menurut pemahannya merupakan sebuah pandangan dari sudut pandang ilmu hukum (yuridis). Bahwa aliran ini bersumber dari pemikiran positivitis di dunia hukum, yang melihat hukum merupakan sesuatu yang otonom dan berdiri sendiri. Tujuan teori ini tidak lain untuk mewujudkan kepastian hukum.<sup>56</sup> Ilmu hukum dogmatik bersifat normatif yang mengandung arti tidak hanya objeknya yang terdiri atas kaidah kaidah, tapi di dalam menetapkannya juga memiliki aturan norma atau kaidah.<sup>57</sup>

## 2. Ajaran Modern

Berbeda dengan ajaran klasik yang hanya menganggap bahwa tujuan hukum hanya bisa satu diantara mencapai keadilan, mengambil kemanfaatan, ataupun mewujudkan kepastian hukum. Maka dalam perkembangannya hukum menjadi lebih moderat atas ajaran modern. Terdapat dua teori di dalam ajaran modern, yaitu teori prioritas baku dan teori prioritas kasuistis. Pada dasarnya kedua teori ini sama sama menerima ketiga teori tujuan hukum, hanya saja berbeda didalam menentukan prioritas.

### a. Teori Prioritas Baku

---

<sup>55</sup> Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, (Jakarta : Sinar Grafika Offset, 2011), 130.

<sup>56</sup> Lukman, Yahyanto, *Pengantar Ilmu Hukum*, 79.

<sup>57</sup> A'an Efendi, Freddy Poernomo, Indra S. Ranuh, *Teori Hukum*, (Jakarta : Sinar Grafika, 2016), 65-67.

Teori yang digagas oleh Gustav Radbruch, seorang filosof hukum asal Jerman yang mengajarkan konsep tiga ide unsur dasar hukum, yang sebagian pakar identik dengan tujuan hukum. Teori ini menganggap bahwa tujuan hukum harus mencakup semua unsur yaitu unsur keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.<sup>58</sup> Namun di dalam prakteknya selalu terjadi benturan bahkan sering kali bahwa antara ketiganya sering terjadi ketegangan atau pertentangan. Misalnya pertentangan antara keadilan dengan kepastian hukum, kepastian hukum dengan kemanfaatan dan kemanfaatan dengan keadilan hukum itu sendiri.<sup>59</sup>

Maka disini Radbruch mengajarkan bahwa harus ada yang diprioritaskan. Radbruch berpendapat bahwa asas keadilan lebih diutamakan terlebih dahulu, selanjutnya asas kemanfaatan, dan yang terakhir asas kepastian hukum.<sup>60</sup> Hal inilah yang disebut teori prioritas baku, yang artinya keadilan dan kepastian hukum berbenturan maka yang diutamakan adalah keadilan, demikian juga kepastian hukum tidak boleh bertentangan dengan kemanfaatan, jika bertentangan maka kemanfaatan yang lebih diutamakan.

b. Teori Prioritas Kasuistis

Teori ini menganggap bahwa lama kelamaan, karena semakin kompleksnya kehidupan manusia di era modern ini, maka pilihan

---

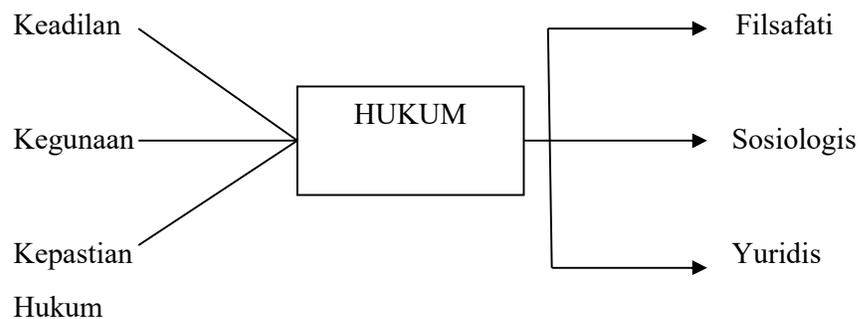
<sup>58</sup> Lukman, Yahyanto, *Pengantar Ilmu Hukum*, 79.

<sup>59</sup> Shinta Agustina, "Asas Lex Specialis Derogat Legi Generali Dalam Penegakan Hukum Pidana" (Doctoral thesis, Universitas Andalas, 2014)  
<http://scholar.unand.ac.id/10694/>.

<sup>60</sup> Lukman, Yahyanto, *Pengantar Ilmu Hukum*, 80.

prioritas yang sudah dibakukan kadang-kadang memunculkan pertentangan antara kebutuhan hukum dalam kasus-kasus tertentu. Sebab adakalanya dalam suatu kasus keadilan yang lebih tepat diprioritaskan ketimbang kemanfaatan dan kepastian hukum, tetapi dalam kasus lain, justru terasa lebih tepat jika kemanfaatan lebih diprioritaskan keadilan dan kepastian hukum, dan mungkin lagi, dalam kasus lainnya justru kepastian hukum yang lebih tepat diprioritaskan ketimbang keadilan dan kemanfaatan. Konsep inilah yang oleh dunia praktik hukum dianggap paling relevan untuk menjawab masalah-masalah hukum dewasa ini.<sup>61</sup>

### 3. Teori Gagasan Gustav Radbruch



Gustav Radbruch menggagas sebuah teori prioritas baku, yakni teori dimana terdapat tiga nilai dasar hukum. Ketiga nilai dasar tersebut adalah : keadilan, kegunaan/ kemanfaatan, dan kepastian hukum.<sup>62</sup> Jika

<sup>61</sup> Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, (Jakarta : Kencana Prenada Media Group, 2012), 289.

<sup>62</sup> Gustav Radbruch, *Einführung In Die Rechtswissenschaft*, (Stuttgart : K.F.Koehler, 1961) 36.

hukum itu bertujuan untuk keadilan maka hukum dilihat dalam sudut pandang filsafati yang berarti memang hukum pada dasarnya diciptakan untuk mencapai kata adil. Sedangkan jika dilihat sudut pandang sosiologis maka hukum harus menghasilkan suatu manfaat bagi orang banyak. Adapun jika hukum bernilai pada kepastian hukum maka disini hukum dipahami sebagai aturan mutlak yang harus ditaati (yuridis).

Menurutnya walaupun ketiganya merupakan nilai dasar dari hukum, namun antara mereka terdapat suatu *spannungsverhältnis*, suatu ketegangan satu sama lain.<sup>63</sup> Maka Gustav Radbruch singkatnya memberikan rumusan bahwa ketika terjadi ketegangan antara satu sama lain, maka hal yang diutamakan adalah nilai dasar keadilan, selanjutnya kemanfaatan, dan yang terakhir ialah kepastian hukum.

---

<sup>63</sup> Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 20.

### BAB III

#### PEMBAHASAN

##### A. Deskripsi tentang Duduk Perkara pada Putusan Nomor :

###### 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh

Dalam salinan putusannya Mahkamah Syar'iyah Aceh yang memeriksa dan mengadili perkara pada tingkat banding dalam persidangan Majelis Hakim telah menjatuhkan putusan dalam perkara *Hadhanah* antara : Santiara binti Syafi'i, tempat tanggal lahir Blangkejeren, 08 Mei 1991, agama Islam, pendidikan SMA, pekerjaan Karyawan Telkomsel, tempat kediaman di Kampung Porang, Kecamatan Blangkejeren, Kabupaten Gayo Lues, dahulu Penggugat sekarang Pemanding;

Melawan

Mahdi Canto bin Khalidsyah, tempat tanggal lahir Cane Toa, 15 Nopember 1988 , agama Islam, pendidikan S.1, pekerjaan Petani, tempat kediaman di Kampung Cane Toa, Kecamatan Rikit Gaib, Kabupaten Gayo Lues, dahulu Tergugat sekarang Terbanding.

Pemanding sebelumnya pernah mengajukan gugatan perkara *hadhanah* di Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren pada tanggal 28 Agustus 2017. Kemudian diputuskan oleh majelis hakim didalam putusan Nomor 89/Pdt.G/2017/MS-Bkj 14 Nopember 2017 M bertepatan dengan tanggal 25 Shafar 1439 H, yang amarnya berbunyi sebagai berikut :

1. Menolak gugatan Penggugat ;

2. Membebaskan kepada Penggugat untuk membayar biaya perkara sejumlah Rp. 271.000,- (Dua ratus tujuh puluh satu ribu rupiah)

Kemudian Pada tanggal 20 Nopember 2017, Pembanding telah mengajukan permohonan banding atas putusan Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS-Bkj. Selanjutnya pada tanggal 22 Nopember 2017, Panitera Mahkamah Syar'iyah Aceh menerima memori banding atas Pembanding, dan telah disampaikan permohonan banding kepada Terbanding pada tanggal 23 Nopember 2017. Kemudian panitera juga menerima kontra memori banding atas Terbanding pada tanggal 04 Desember 2017.

Kemudian Mahkamah Syar'iyah Aceh menyerahkan dan memberitahukan *relas kontra* memori banding Pembanding pada tanggal 06 Desember 2017, dan selanjutnya memberitahukan untuk memeriksa (*inzage*) berkas perkara banding kepada pembanding dan Terbanding tanggal 14 Desember 2017.

Di dalam memori bandingnya Pembanding menyampaikan keberatan terhadap putusan Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren tersebut yang telah menolak gugatan hak asuh (*hadhanah*) satu orang anak bernama Akhmal Maulana bin Mahdi Canto, lahir tanggal 17 Juni 2014 kepada Penggugat (ibunya), yang seharusnya sesuai dengan ketentuan Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan bahwa dalam hal terjadi perceraian, pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah menjadi hak ibunya (Pembanding).

Kemudian dalam persidangan juga terdapat pendapat berbeda (*dissenting opinion*) yang disampaikan Hakim Anggota II dari Majelis Hakim Tingkat Banding Mahkamah Syar'iyah Aceh (Drs. H. M. Anshary MK, S.H., M.H.) dalam pemeriksaan perkara ini di tingkat banding yang menolak hak asuh anak jatuh kepada terbanding, dan mengabulkan gugatan dari pembeding.

**B. Pertimbangan Hakim pada Putusan Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh tentang *Hadhanah* Anak yang Belum *Mumayyiz* Jatuh kepada Ayahnya**

Terkait hukum yang berlaku terhadap permasalahan *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* telah dicantumkan di dalam 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. Tetapi di dalam putusan gugatan banding Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, memutuskan bahwa menolak gugatan pembeding dan menguatkan putusan Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS.Bkj. Maka hal ini dianggap melakukan tindakan *diskresi*, karena dinilai telah keluar dari ketentuan pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam.

Namun kita telah mengetahui semua, bahwa di dalam kekuasaan kehakiman, yang mana seorang hakim tidak hanya sekedar mengambil hukum dari sebuah kotak. Hakim perlu menggali, mengikuti, serta memahami

nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.<sup>64</sup> Hal ini telah sesuai dengan ketentuan pasal 5 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Oleh karena itu esensi dari pasal tersebut bahwa seorang hakim bisa saja berdiskresi dan berijtihad sendiri sebagai pengambilan keputusannya dengan menyampingkan norma dalam peraturan perundang undangan (*contra legem*).

Seperti dijelaskan di dalam putusan Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, terdapat dua pendapat berbeda yaitu pendapat Hakim *Majority Opinion* dan *Dissenting Opinion* oleh Hakim Anggota II. Secara singkat *Majority Opinion* menolak gugatan pembanding terhadap terbanding, dan sebaliknya *Dissenting Opinion* memiliki pendapat menerima gugatan dari pembanding terhadap terbanding. Berikut pertimbangan hukum (*konsideran*) masing masing pendapat di atas :

### **1. Pertimbangan Hakim *Majority Opinion* dalam Perkara *Hadhanah***

#### **a. Pertimbangan Hukum Pertama**

“Menimbang, bahwa dari bunyi pasal tersebut dapat diambil pemahaman bahwa pada dasarnya hak asuh (*hadhanah*) bagi anak yang belum mumayyiz (belum berusia 12 tahun) adalah hak ibu, penerapan pasal tersebut harus diartikan adalah secara *kasuistis*, akan tetapi dalam perkara *a quo* dengan melihat fakta-fakta yang ada Mahkamah Syar'iyah Aceh berpendapat harus menerapkan asas *contra legem* dengan pertimbangan–pertimbangan sebagai berikut ”

Hal ini hakim menerangkan bahwa langkah hakim dalam perkara *hadhanah* ini menerapkan asas *contra legem* yang berarti

---

<sup>64</sup> Pasal 5 Ayat (1) Undang Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

menyampingkan norma dalam peraturan perundang – undangan.<sup>65</sup> Penggunaan asas *contra legem* ini biasanya merupakan kebebasan hakim sepanjang putusan yang dihasilkan melalui *contra legem* tersebut dapat membawa keadilan bagi masyarakat dengan syarat harus didasarkan dengan argumentasi hukum yang rasional. Maka di dalam hal ini walaupun hakim memiliki kebebasan untuk menafsirkan dan berpendapat, tetap harus mendasarkan putusannya dengan alasan alasan yang logis. Hal ini merupakan penerapan kebebasan hakim dalam menggali hukum yang telah tertera pada pasal 5 Ayat 1 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

b. Pertimbangan Hukum Kedua

“Menimbang, bahwa dalam perkara a quo prinsip-prinsip dari Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 23 Tahun 2001 tentang Perlindungan Anak, maka harus juga diperhatikan antara lain Pasal 1 angka 2 menyatakan “perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.”

Jadi di dalam pertimbangan hakim, bukan semata-mata ia memutuskan untuk menerapkan *contra legem* tidak beralaskan Undang-Undang di dalam penetapannya. Harus ada argumentasi hukum yang rasional, seperti halnya pertimbangan kedua di atas.

---

<sup>65</sup> Rian Van Frits Kapitan, Tontji Christian Rafael, “Penerapan Asas Contra Legem Oleh Hakim Dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi” *Jurnal Spektrum Hukum*, no. 1(2020) : 138 <http://dx.doi.org/10.35973/sh.v1i1>.

Disana dimana hakim memutuskan atas dasar Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 pasal 1 ayat 2 tentang Perlindungan Anak, yang mana di dalam Undang-undang ini perlindungan anak sangat lebih diutamakan.<sup>66</sup> Hal ini diperjelas lagi dengan argumen hakim atas dasar pertimbangan hukum yang kedua yakni :

“Menimbang, bahwa prosedur hak asuh anak (hak Hadhanah) saat ini sudah harus berorientasi semata-mata untuk kepentingan anak itu sendiri (*the best interest of the child*) bukan lagi berada pada kepentingan ayah atau ibu anak tersebut, pertimbangan untuk menyerahkan hak asuh (hak hadhnah) itu kepada siapa, tidak bisa dengan bersifat normatif belaka, tetapi harus mempertimbangkan pula aspek-aspek lainnya termasuk suasana kehidupan anak itu secara empiris,...”

Dalam hal ini Mahkamah Syar'iyah Aceh menilai dari keterangan saksi-saksi baik yang diajukan Pembanding maupun saksi dari Terbanding, bahwa selama anak dalam asuhan Terbanding tidak ada sesuatu kekurangan atau hak anak yang terabaikan dan menurut keterangan para saksi Terbanding, asuhan yang diberikan Terbanding terhadap anaknya tidak berbeda dengan asuhan yang diberikan orang tua lain kepada anak-anak mereka yang seusia dengan anak Pembanding dan Terbanding tersebut.

Adapun alasan pertimbangan hakim selanjutnya yaitu menurut keterangan saksi saksi yang mengatakan bahwa anak Pembanding dan Terbanding itu sudah dalam asuhan Terbanding

---

<sup>66</sup> Husnatul Mahmudah, Juhriati, Zuhrah, “Hadhanah Anak Pasca Putusan Perceraian Studi Komparatif Hukum Islam Dan Hukum Positif Indonesia” *Jurnal Pemikiran Syariah dan Hukum*, Vol.2, No.1 (2018) : 71 <http://ejournal.iaimbima.ac.id/index.php/sangaji>.

selama kurang lebih 2 1/2 tahun, dari sejak Pembanding dengan Terbanding belum bercerai, tetapi sudah pisah tempat tinggal dan selama itu pula Pembanding hanya satu kali datang untuk menjemput anak tersebut. Kemudian meskipun Pembanding mendapat kendala menemui anaknya tetapi Pembanding tidak pernah melibatkan aparat desa untuk membantu sebagai *fasilitator* yang memfasilitasi Pembanding untuk menemui anaknya.

Begitu juga hakim menemukan fakta fakta di persidangan bahwa anak yang bernama Akhmal Maulana bin Mahdi Canto tersebut sudah hidup dan dibesarkan dengan penuh kasih sayang oleh Terbanding sebagai ayah kandungnya dan dibantu oleh ibu Terbanding. Oleh karna itu sudah pasti telah terjadi hubungan emosional yang sangat kuat antara anak tersebut dengan Terbanding selaku ayah kandungnya. Maka sebab itu hakim berargumen jika anak itu dipisahkan oleh ayah kandungnya yang selaku Terbanding maka sangat mungkin menimbulkan dampak *psychology* yang merugikan perkembangan jiwa anak itu sendiri, seperti depresi dan lain sebagainya.

Hal itu tentunya pembanding secara tidak langsung telah dianggap tidak memenuhi kewajiban dan tanggung jawab terhadap anak sebagai orang tua. Maka atas pertimbangan itu hakim melemparkan hak asuh anak kepada terbanding dan di bantu oleh ibu terbanding atau selaku nenek bagi si anak. Hal ini selaras dengan

ketentuan Pasal 26 Ayat 2 UU Nomor 35 Tahun 2014 atas perubahan UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang berbunyi :

Pasal 26

1. Orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk :
  - a. mengasuh, memelihara, mendidik, dan melindungi anak;
  - b. menumbuhkembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat, dan minatnya; dan
  - c. mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak.
2. Dalam hal orang tua tidak ada, atau tidak diketahui keberadaannya, atau karena suatu sebab, tidak dapat melaksanakan kewajiban dan tanggung jawabnya, maka kewajiban dan tanggung jawab sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat beralih kepada keluarga, yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Maka dengan demikian pertimbangan hakim atas dasar itu memiliki argumen hukum yang jelas.

c. Pertimbangan Hukum Ketiga

“Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan di atas dengan mempedomani kaedah Hukum dan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI. Nomor 110 K/AG/2007 tanggal 13 November 2007 Mahkamah Syar’iyah Aceh berpendapat bahwa demi kepentingan anak itu maka pemegang hak asuh (Hadhanah) tetap berada dalam asuhan Tergugat sebagai ayah kandungnya sampai anak tersebut mumayyiz (berumur 12 tahun) yang sudah memungkinkan anak itu mampu menentukan pilihannya sendiri (Vide Pasal 105 huruf (b) Kompilasi Hukum Islam )”

Dalam pertimbangan di atas hakim juga menggunakan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI. Nomor 110 K/AG/2007, yang artinya hakim memutuskan untuk menggunakan putusan atau

penetapan hakim terdahulu atas perkara yang sama. Surojo Wignjodipuro menyatakan jika putusan hakim terhadap persoalan hukum tertentu menjadi dasar keputusan hakim-hakim lain, sehingga keputusan ini menjelma menjadi putusan hakim yang tetap terhadap persoalan/peristiwa hukum tertentu dimaksud, maka hukum yang termuat di dalam keputusan semacam itu dinamakan hukum yurisprudensi.<sup>67</sup>

Sehingga di dalam konsederan keputusannya Hakim menguatkan dengan kaidah hukum dan yurisprudensi, yaitu Yurisprudensi Mahkamah Agung RI. Nomor 110 K/AG/2007. Disana tertuliskan kaidah hukum bahwasannya pertimbangan masalah hadhanah (pemeliharaan anak) adalah kemaslahatan dan kepentingan si anak, bukan semata mata yang secara normatif paling berhak. Jadi jelas bukan kepentingan tergugat ataupun penggugat yang menjadi landasan hakim memutuskan suatu perkara hadhanah, melainkan faktor kemaslahatan dan kepentingan anaklah yang menjadi patokan.

d. Pertimbangan Hukum Keempat

“Menimbang, bahwa walaupun pemegang hak asuh (Hadhanah) adalah Tergugat, akan tetapi sesuai dengan ketentuan Pasal 76 Kompilasi Hukum Islam agar anak itu tidak putus dan hilang hubungan kasih sayangnya dengan Penggugat *in cassu* ibunya selaku orang tua kandung dari anak itu, maka Mahkamah Syar’iyah Aceh harus menyatakan bahwa Tergugat selaku penanggung jawab hak asuh anak (*Hadhanah*) berkewajiban untuk memenuhi “ Hak *Droit De Visite*”, yaitu memberikan kesempatan kepada ibu kandung

---

<sup>67</sup> Surojo Wignjodipuro, *Pengantar ilmu Hukum*, (Jakarta: Gunung Agung, 1982), 56.

anak itu (Penggugat) untuk menemui dan mencurahkan kasih sayangnya, bahkan Tergugat sewaktu-waktu bersedia memfasilitasi untuk mempertemukan anak Penggugat dan Tergugat tersebut dengan Penggugat sebagai ibu kandungnya”

Dalam hal ini hakim dengan itikad baiknya memberikan kesempatan terhadap pembanding yakni selaku ibu kandung dari si anak untuk bisa mendapatkan Hak *Droit De Visite* (Hak menemui anak anak). Hal ini berdasarkan dari pasal 76 Kompilasi Hukum Islam yang berisi “Batalnya suatu perkawinan tidak akan memutuskan hubungan hukum antara anak dengan orang tuanya.” Oleh sebab itu, esensi dari pasal tersebut ialah walaupun terjadi suatu perceraian bukan berarti orang tua lepas tanggung jawabnya terhadap anak yang ia tinggalkan.

Dalam hal ini hakim tidak menyampingkan hak anak dalam mendapatkan perhatian dan kasih sayang seorang ibu. Di samping itu, anak pula mempunyai hak untuk bersama (*unifikasi*) dengan keluarganya. Anak pula mempunyai hak pribadi untuk dapat bermain, berhati nurani, mendapatkan informasi, serta hak untuk mengakses informasi. Termasuk tentang proses hukum perceraian kedua orang tuanya di Pengadilan. Jadi anak mempunyai hak untuk berpendapat. Ini penting, mengingat selanjutnya dapat mempengaruhi pola

perkembangan juga pandangan anak terhadap apa yang tengah terjadi pada kedua orang tuanya.<sup>68</sup>

e. Pertimbangan Hukum Kelima

“Menimbang, bahwa apa yang telah dipertimbangkan Judex Factie Hakim Mahkamah Syar’iyah Blangkejeren sebagaimana tercantum dalam putusan Nomor 89/Pdt.G/2017/MS-Bkj tanggal 14 November 2017 M bertepatan dengan tanggal 25 Shafar 1439 H, dengan pertimbangan hukumnya sudah tepat dan benar dan memenuhi syarat serta ketentuan hukum, maka pertimbangan tersebut sepenuhnya dapat disetujui untuk dijadikan sebagai pertimbangan dan pendapat Mahkamah Syar’iyah Aceh sendiri dalam memutus perkara ini pada tingkat banding”

Dalam hal ini hakim telah menelaah putusan Mahkamah Syar’iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS-Bkj sebagai bahan pertimbangan hukum dan Yurisprudensi. Kemudian selanjutnya Menimbang, bahwa berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut di atas, Majelis Hakim Mahkamah Syar’iyah Aceh, telah cukup alasan untuk menguatkan, Putusan Mahkamah Syar’iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS. Bkj pula yang bertepatan pada tanggal 14 November 2017.

## 2. Argumen Hukum yang Menimbulkan *Dissenting Opinion* dalam

### Perkara *Hadhanah*

Dalam pertimbangan Hakim Anggota II dari Majelis Hakim Tingkat Banding Mahkamah Syar’iyah Aceh (Drs. H. M. Anshary MK,

---

<sup>68</sup> Sahtanta Eka Prananta Tarigan, “Akibat Hukum Pertimbangan Hakim Dalam Menetapkan Perceraian terhadap Hak Asuh Anak Yang Masih Minderjarig” (Undergraduate skripsi, Universitas Pembangunan Nasional Veteran Surabaya, 2010) [http://eprints.upnjatim.ac.id/324/1/File\\_1.pdf](http://eprints.upnjatim.ac.id/324/1/File_1.pdf).

S.H., M.H.) dalam pemeriksaan perkara ini di tingkat banding mempunyai pendapat berbeda (*dissenting opinion*), berikut argumen hukum hakim *dissenting opinion*.

a. Pertimbangan Hukum Pertama

“Menimbang, bahwa pada dasarnya apabila terjadi perceraian antara suami istri, maka menurut ketentuan Pasal 105 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam, anak yang belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya, maka secara yuridis ketentuan pasal ini menghendaki hak dasar pemeliharaan anak (*hadhanah*) adalah ibunya, apabila ayah dan ibu telah bercerai, oleh karena itu hak prioritas pemeliharaan anak harus ditetapkan pada ibunya (Penggugat) dan hak ibu tidak boleh dihilangkan begitu saja, sesuai dengan putusan Mahkamah Agung RI No. 373.K/AG/2016 tanggal 26 Juli 2016”

Hakim yang memiliki pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) memiliki pertimbangan hukum berdasarkan Pasal 105 Huruf (a) Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi “Pemeliharaan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya”.

b. Pertimbangan Hukum Kedua

Di dalam pertimbangan hukum yang kedua ini hakim berpendapat bahwa “hak ibu tidak boleh dihilangkan begitu saja, sesuai dengan putusan Mahkamah Agung RI No. 373.K/AG/2016 tanggal 26 Juli 2016”.

Namun disini penulis belum bisa menemukan putusan Mahkamah Agung RI No. 373.K/AG/2016 yang ditetapkan pada tanggal 26 Juli 2016. Tapi walaupun begitu, secara tersirat hakim anggota II yang berbeda pendapatnya (*dissenting opinion*) memiliki

argumen hukum dengan putusan Yurisprudensi Mahkamah Agung RI No. 373.K/AG/2016. Kemudian untuk mendukung dalam argumennya, Hakim Anggota II berpendapat bahwa apabila setelah hak asuh anak diberikan kepada ibu ternyata ibu terbukti orang yang tidak baik dalam mengasuh anak, lalai dan sikap serta tindakan lain yang merugikan anak, baik dari tumbuh kembangnya maupun dari segi fisik dan psikis, maka baru terbuka peluang bagi ayah untuk memperoleh hak mengasuhnya, dan hak ibu boleh dihilangkan.

Adapaun di dalam pertimbangannya hakim mempunyai alasan alasan yang normal yang pantas untuk dipertimbangkan.

Berikut pertimbangannya ;

- 1) “Menimbang, bahwa dari aspek psikologis yang merupakan hukum alam (*naturalisme theory*) seorang anak akan selalu merindukan belaian dan kasih sayang seorang ibu.”
- 2) “Menimbang, bahwa berdasarkan fakta dalam proses persidangan Mahkamah Syar’iyah Blangkejeren menurut keterangan saksi Tergugat, terbukti anak tersebut tinggal bersama Tergugat selaku ayahnya di rumah orang tua Tergugat, dan selama dalam asuhan Tergugat anak tersebut terlihat nyaman, aman dan tidak kurang sedikitpun, penilaian saksi tersebut bersifat semu dan saksi tidak mengetahui hakikat yang sebenarnya dari perkembangan psikis anak yang hidup tanpa kasih sayang seorang ibu.”

Disini hakim berpendapat sudah semestinya atau hukum alam jika seorang anak yang masih belum *mumayyiz* perlu kasih sayang seorang ibu. Dikarenakan secara realistis ibu adalah orang yang merawat dan menjaga anak dari kandungan dalam 9 bulan, sehingga memiliki keekatan perasaan yang lebih dekat dari pada seorang Ayah.

Di sisi lain, hakim berpendapat bahwa keterangan saksi saksi di dalam persidangan bersifat semu atau bisa dikatakan samar. Dikarenakan mungkin anak yang belum *mumayyiz* masih belum bisa berpendapat dan berfikir untuk mengambil suatu keputusan, sehingga saksi tidak mengetahui hakikat yang sebenarnya dari perkembangan psikis anak yang hidup tanpa kasih sayang seorang ibu.

Sehingga Hakim Anggota II dengan pendapat berbeda (*Dissenting Opinion*) beranggapan dengan pertimbangan di atas berpendapat bahwa untuk kepentingan si anak, baik aspek fisik maupun psikis, maka hak hadhanah terhadap anak *a quo* harus diberikan kepada peminggiran sebagai ibu kandungnya. Oleh karena itu Putusan Mahkamah Syar'iyah Blangkejeren Nomor 89/Pdt.G/2017/MS.Bkj tanggal 14 Nopember 2017 Miladiyah bertepatan dengan tanggal 25 Shafar 1439 Hijriyah atas dasar-dasar apa yang telah dipertimbangkan oleh Majelis Hakim tersebut, maka menurut Hakim Anggota II harus dibatalkan dan selanjutnya mengabulkan gugatan peminggiran.

### C. Analisis Putusan Majelis Hakim Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah

**Aceh Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh Ditinjau dari Teori Tujuan**

**Hukum (Keadilan, Kemanfaatan, Kepastian Hukum)**



Catatan : di dalam bagan di atas kepastian hukum anak yang belum mumayyiz jatuh kepada ibunya (Pasal 105 Kompilasi Hukum Islam) disampingkan, dikarenakan yang dikedepankan ialah keadilan anak yaitu prinsip-prinsip dasar konvensi hak-hak anak yang diatur dalam Pasal 2 UU No 35 tahun 2014, sehingga dengan mengedepankan keadilan tersebut, diharapkan anak dapat mengambil suatu kemanfaatan (Pasal 3 UU No 35 Tahun 2014) atas putusan tersebut.

Di dalam teori tujuan hukum, penulis disini menganalisis menggunakan ajaran modern dan teori prioritas baku sebagai pisau analisisnya. Dimana di dalam teori tersebut harus terdapat tiga nilai dasar dari tujuan diciptakannya hukum, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum, yang di dalamnya disusun dengan urutan struktural yang baku antara ketiganya. Pertama Keadilan yang menekankan setiap individu harus diperlakukan adil di depan pengadilan, kedua kemanfaatan yang menekankan

penghormatan terhadap hak setiap individu, dan yang terakhir yaitu kepastian hukum yang menekankan harus ada keseimbangan antara pelanggaran dengan hukuman.<sup>69</sup>

Dalam teori prioritas baku, keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian bagian yang tetap dari hukum. Sedangkan kemanfaatan mengandung unsur relativitas karena tujuan keadilan (sebagai isi hukum) untuk menumbuhkan nilai kebaikan bagi manusia, lebih sebagai suatu nilai etis dalam hukum.<sup>70</sup> Nilai kebaikan manusia yang dimaksud, dapat disambungkan dalam tiga subjek hukum (yang hendak dimajukan kebaikannya), yakni individu, kolektivitas, dan kebudayaan.

Pada tujuan diciptakannya suatu hukum tentang permasalahan *Hadhanah*, Hakim berpacu pada kemaslahatan si anak. Bukan lagi semata mata siapa yang berhak mengasuh si anak. Hal ini telah dicantumkan di dalam Undang Undang Nomor 35 Tahun 2014 atas perubahan Undang Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, yang mana pada Bab II tentang Asas dan Tujuan dari Undang-Undang tersebut yaitu :

#### Pasal 2

Penyelenggaraan perlindungan anak berasaskan Pancasila dan berlandaskan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 serta prinsip-prinsip dasar Konvensi Hak-Hak Anak meliputi :

1. Non diskriminasi;
2. Kepentingan yang terbaik bagi anak;
3. Hak untuk hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan; dan

<sup>69</sup> Satjipto Rahardjo, Bernard L. Tanya, Yoan N. Simanjuntak, Markus Y. Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, (Yogyakarta : Genta Publishing , 2013), 130-131.

<sup>70</sup> Rahardjo, Tanya, Simanjuntak, Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*,130.

#### 4. Penghargaan terhadap pendapat anak.

##### Pasal 3

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 Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia, dan sejahtera.

Maka telah jelas putusan tentang *Hadhanah*, hukum yang disusun untuk tujuan ini bersifat individualistis, yang artinya nilai kebaikan dalam putusan di atas ialah semata mata untuk kepentingan si anak sebagai subjek hukum. Dalam hal ini, individu dan martabatnya tidak saja diagungkan tetapi juga diberi perlindungan khusus.

Di dalam putusan Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, hakim telah memutuskan bahwa hak *hadhanah* anak yang belum *mumayyiz* dijatuhkan kepada ayahnya. Hal ini disebabkan dengan pertimbangan atau argumen hukum atas dasar masalah demi kepentingan terbaik si anak. Hal ini telah sesuai dengan Pasal 2 Ayat (2) UU Nomor 35 Tahun 2014 atas perubahan UU Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Dalam teori prioritas hukum, Radbruch mengatakan bahwa nilai keadilan merupakan materi yang harus menjadi isi aturan hukum. Sedangkan hukum adalah bentuk yang harus melindungi nilai keadilan.<sup>71</sup> Pada perkara ini keadilan disini ialah anak memiliki hak yang sama sebagaimana hak kedua

---

<sup>71</sup> Rahardjo, Tanya, Simanjuntak, Hage, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, 129.

orang tuanya, yaitu sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan. Maka dibutuhkanlah aspek kepastian hukum yang menunjuk pada jaminan bahwa hukum berisikan keadilan dan norma norma yang memajukan keadilan. Hal ini sebagaimana pasal di atas yang melindungi hak anak dengan aturan hukum yang berlaku.

Di dalam keputusannya dijelaskan bahwa anak yang bernama Akhmal Maulana bin Mahdi Canto, telah diasuh terbanding selaku ayahnya semenjak konflik sampai dengan perceraian. Berdasarkan keterangan para saksi anak tersebut tidak ditemukan perubahan yang mengkhawatirkan terkait jasmani dan rohaninya. Karena faktanya anak tersebut dapat bertumbuh dengan normal dengan seantaran anak seusianya. Hal ini bukti bahwa terbanding telah mengasuh serta mendidik dengan kasih sayang, dan dapat memberikan nilai kebaikan bagi anak atas haknya.

Kemudian fakta di persidangan pula diketahui, bahwa pembanding selama ini lalai memperhatikan perkembangan fisik dan psikis dari anak tersebut. Indikasi ini telah dilihat dari pengakuan pembanding sendiri dan juga jawaban dari terbanding serta keterangan saksi-saksi di persidangan yang mengetahui bahwa pembanding hanya menjumpai anaknya 1 kali bahkan ketika masih dalam status suami istri. Pembanding tidak menunjukkan upaya yang sungguh-sungguh dan maksimal untuk kembali menjemput, menjumpai atau sekedar bertemu dengan anaknya. Dalam pertimbangan di atas perlu diberikan tekanan lebih dalam perlakuan perlindungan anak yaitu terkait 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 penyampaian aspirasi anak. Maka orang tua atau wali diharuskan seseorang 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.<sup>72</sup>

Maka bersamaan dengan hal itu, pembanding dianggap tidak bisa atau lalai di dalam bertanggung jawab atas *hadhanah* anak. Dengan ini berdasarkan Pasal 49 Ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, hak kekuasaan pembanding dicabut kekuasaannya terhadap seorang Anak atau lebih untuk waktu yang tertentu. Waktu disini yaitu ketika Anak telah mencapai usia dewasa atau *mumayyiz*. Dengan hal ini pemegang hak asuh (*Hadhanah*) tetap berada dalam asuhan Terbanding sebagai ayah kandungnya sampai anak tersebut *mumayyiz* (berumur 12 tahun) yang sudah memungkinkan anak itu mampu menentukan pilihannya sendiri.

Walaupun gugatan Pembanding telah ditolak, namun tidak serta merta menghilangkan atau mengurangi sedikitpun hak Pembanding selaku ibu kandungnya untuk bertemu langsung dan berhubungan pribadi secara

---

<sup>72</sup> Sixma Devani, "Analisis Tentang Dissenting Opinion Dalam Perkara Cerai Gugat Kumulasi Hadhanah Diskresi Pasal 105 KHI Huruf (a)" (Undergraduate thesis, Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang, 2015), <http://etheses.uin-malang.ac.id/153/7/11210027%20Bab%203.pdf>.

tetap dengan anak yang bernama Akhmal Maulana, karena hal ini sebagaimana telah diatur pada pasal 76 Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan bahwa batalnya suatu perkawinan tidak menyebabkan putusannya hubungan hukum atas anak dengan orang tuanya. Hal ini juga semata-mata untuk melindungi hak anak (keadilan) terhadap kedua orang tuanya sebagai bentuk dari kemanfaatan hukum.

Hal ini secara tidak langsung di dalam *konsideran* (pertimbangan hukum) yang ada di putusan tersebut, hakim memiliki argumentasi hukum yang rasional. Maka hal ini *contra legem* terhadap putusan tersebut bisa dibenarkan dan mempunyai landasan hukum atas pertimbangan hakim *majority opinion*. Kemudian amar putusan yang telah tercantum didalam putusan Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, bagi penulis jika ditinjau dengan teori prioritas baku, maka sudah memuat tiga nilai dasar yaitu, Keadilan, Kemanfaatan, dan Kepastian Hukum.

Adapun pendapat Hakim Anggota II (*dissenting opinion*), penulis disini menekankan bahwasanya di dalam batasan masalah yang telah tertulis didalam skripsi ini, tidak ikut menggali di dalam pertimbangan *dissenting opinion* yang diajukan Hakim Anggota II. Dikarenakan yang penulis teliti yaitu amar putusan Mahkamah Syar'iyah Aceh Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, yang telah menolak gugatan pembanding, yang seharusnya di dalam Kompilasi Hukum Islam anak yang belum Mumayyiz jatuh kepada ibunya.

## BAB IV

### PENUTUP

#### A. Kesimpulan

Berdasarkan analisis yang telah dipaparkan penulis pada bab sebelumnya, penulis dapat mengambil kesimpulan sebagai berikut:

1. Dalam perkara *Hadhanah* yang tertera di dalam putusan Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh, yaitu pada Nomor perkara : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh. Hakim telah memutuskan untuk menerapkan (*contra legem*), yang berarti menyampingkan peraturan perundang-undangan. Hal ini yaitu menjatuhkan hak asuh anak yang belum *mumayyiz* jatuh kepada seorang ayah. Dalam argumen hukum rasionalnya hakim menggunakan dasar hukum Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 atas perubahan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2001 dan juga sebuah Yurisprudensi Mahkamah Agung RI. Nomor 110 K/AG/2007. Bahwa prosudur hak asuh anak (hak *Hadhanah*) saat ini sudah harus berorientasi semata-mata untuk kepentingan anak itu sendiri (*the best interest of the child*) bukan lagi berada pada kepentingan ayah atau ibu anak tersebut. Adapaun pendapat Hakim *Dissenting Opinion*, tidak bisa dijadikan sebagai acuan dalam keputusan, karna terlalu kaku (normatif) dan masih mementingkan perasaan terhadap hubungan anak dengan ibunya tanpa memandang realistis terhadap fakta fakta di persidangan.

2. Putusan Pengadilan Tinggi Mahkamah Syar'iyah Aceh, Nomor : 02/Pdt.G/2018/MS-Aceh, jika dilihat dari teori tujuan hukum telah memenuhi kriteria ajaran modern yang membawa tiga nilai dasar di dalam penetapannya, yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Keadilan dalam hal ini anak tidak lagi menjadi benda atau objek hukum didalam perkara *hadhanah*, tapi sebaliknya anak selaku subjek hukum. Anak berhak diperlakukan sama didalam haknya di depan hukum, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Sedangkan kemanfaatan yang diterima oleh anak terhadap putusan pengadilan tersebut ialah anak dapat bermatabat dengan baik tanpa khawatir tidak menerima kasih sayang seorang ibu, dikarenakan hakim telah memberi Hak *Droit De Visite* sebagai bentuk keadilan yang memberikan kemanfaatan bagi si anak. Hal ini pula menjadi bentuk kepastian hukum, bahwa UU No 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak, UU No 1 Tahun 1974, dan Kompilasi Hukum Islam telah berorientasi melindungi hak anak semata mata demi kepentingannya.

## **B. Saran**

Pada akhir skripsi ini peneliti ingin menyarankan terkait pada permasalahan *hadhanah* :

### 1. Hakim

Sebaiknya Majelis Hakim di dalam memutuskan suatu perkara *Hadhanah* hendaknya mendahulukan hak dan kepentingan anak.

Mendahulukan kemanfaatan hukum dan menghindari segala kerusakan yang akan terjadi demi terjaganya pemeliharaan rohani dan jasmani anak. Bukan lagi sebatas mengambil hukum dari dalam kotak, melainkan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup di masyarakat.

## 2. Orang Tua

Bagi orang tua, Anak haruslah dipelihara dan dirawat dengan kasih sayang. Walaupun dalam keadaan *broken home*, anak tetap berhak mendapat kasih sayang kedua orang tuanya. Jangan sampai di dalam kepentingan orang tua mengakibatkan kurangnya kasih sayang terhadap anak, sehingga berindikasi pada tindakan pelantaran.

## DAFTAR PUSTAKA

### BUKU :

- Abdurrahman. (2007). *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: Akademia Presindo.
- Al-Amir, M. b. (2012). *Subulus Salam Syarah Bulughul Maram*. Jakarta: Darus Sunnah.
- Ali, A. (2009). *Menguak Takbir Hukum*. Jakarta: Prenadamedia Group.
- Ali, A. (2012). *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*. Jakarta: Kencana Prenada Media Group.
- Ali, Z. (2013). *Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Amiruddin, & Asikin, Z. (2010). *Pengantar Metode Penelitian Hukum*. Jakarta: Raja Grafindo.
- Bisri, C. H. (1999). *Kompilasi hukum Islam dan Peradilan Agama (Dalam Sistem Hukum Nasional)*. Jakarta: Logos.
- Dahlan, A. A. (1996). *Ensiklopedi Hukum Islam*. Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve.
- Effendi, S. (2006). *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer*. Jakarta: Kencana.
- Efendi, A., Poernomo, F., & Ranuh, I. S. (2016). *Teori Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Ghazaly, A. R. (2003). *Fiqih Munakahat*. Jakarta: Kencana.
- Ghufron, A. (2007). *Lahirlah dengan inta, Fikih Hamil & Melahirkan*. Jakarta: Sinar Grafika Offset.
- Hadikusuma, H. (1990). *Hukum Perkawinan Indonesia*. Bandung: CV Mandar Maju.
- Harahap, M. Y. (2001). *Hukum Perkawinan Nasional*. Medan: Zahir Trading.
- Ishaq, D. H. (2016). *Dasar Dasar Ilmu Hukum*. Jakarta: Sinar Grafika.
- Lukman Santoso Az, Yahyanto. (2016). *Pengantar Ilmu Hukum*. Malang: Setara Press.
- Marzuki, P. M. (2016). *Penelitian Hukum Cetakan XII*. Jakarta: Kencana.
- Mertokusumo, S. (1991). *Mengenal Hukum (suatu pengantar)*. Yogyakarta: Liberty.

- Munawir, A. W. (1997). *Kamus Arab-Indonesia Al Munawwir*. Surabaya: Pusataka Progresif.
- Radbruch, G. (1961). *Eiinführung In Die Rechtswissenschaft*. Stuttgart: K.F.Koehler.
- Rahardjo, S. (2000). *Ilmu Hukum*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Rahardjo, S., Tanya, B. L., Simanjuntak, Y. N., & Hage, M. Y. (2013). *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Yogyakarta: Genta Publishing.
- Rifai, A. (2011). *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika Offset.
- Sabiq, S. (2011). *Fiqh Sunnah*. Jakarta: Pena Pundi Aksara.
- Saraswati, R. (2015). *Hukum Perlindungan Anak di Indonesia*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti.
- Soekanto, S., & Mamudji, S. (2006). *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada.
- Suma, M. A. (2005). *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*. Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Syarifuddin, A. (2006). *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia: Antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*. Kencana: Pranada Media.
- Tim Penyusun. (2019). *Pedoman Penulisan Skripsi*. Malang: Fakultas Syariah UIN Malang.
- Wignjodipuro, S. (1982). *Pengantar ilmu Hukum*. Jakarta: Gunung Agung.
- Witanto, D. Y. (2013). *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana*. Bandung: Alfabeta.

#### **JURNAL ONLINE :**

- Akli, Z. (2013). Eksekusi Tindak Pidana Perjudian (Maisir) di Mahkamah Syar'iyah Lhokseumawe. *Jurnal Ilmu Hukum Vol. 3 No. 2*, 145. <https://media.neliti.com/media/publications/9077-ID-eksekusi-tindak-pidana-perjudian-maisir-di-mahkamah-syarriyah-lhokseumawe.pdf>.
- Darwis, R. (2010). Fiqh Anak di Indonesia. *Jurnal Al-Ulum Vol. 10 No. 1*, 122. <https://media.neliti.com/media/publications/184356-none-25a2cfdd.pdf>.

Kapitan, R. V., & Rafael, T. C. (2020). Penerapan Asas Contra Legem Oleh Hakim Dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi. *Jurnal Spektrum Hukum*, 138 <http://dx.doi.org/10.35973/sh.v17i1>.

Mahmudah, H., Juhriyati, & Zuhrah. (2018). Hadhanah Anak Pasca Putusan Perceraian (Studi Komparatif Hukum Islam Dan Hukum Positif Indonesia). *Pemikiran Syariah dan Hukum*, 68. <https://media.neliti.com/media/publications/335269-hadhanah-anak-pasca-putusan-perceraian-s-834fcfa7.pdf>.

### **SKRIPSI :**

Agustina, S. (2014). Asas Lex Specialis Derogat Legi Generali Dalam Penegakan Hukum Pidana. *Doctoral Thesi Universitas Andalas*, <http://scholar.unand.ac.id/10694/>.

Devani, S. (2015). Analisis Tentang Dissenting Opinion Dalam Perkara Cerai Gugat Kumulasi Hadhanah Diskresi Pasal 105 KHI Huruf (a). *Undergraduate thesis UIN Maulana Malik Ibrahim*, <http://etheses.uin-malang.ac.id/153/7/11210027%20Bab%203.pdf>.

Lailia, F. (2015). Pertimbangan Hakim Dalam Putusan Pengasuhan Anak (Hadhanah) Yang Belum Mumayyiz Dibawah Asuhan Ayah. *Undergraduate thesis UIN Maulana Malik Ibrahim Malang*, <http://etheses.uin-malang.ac.id/7168/1/10210032.pdf>.

Nihlatusshoimah. (2010). Hak Hadhanah Anak Yang Belum Mumayyiz Kepada Ayah Kandung. *Undergraduate thesis UIN Maulana Malik Ibrahim Malang*, [http://etheses.uin-malang.ac.id/1929/1/06210018\\_Skripsi.pdf](http://etheses.uin-malang.ac.id/1929/1/06210018_Skripsi.pdf).

Roniyadi, A. (2020). Penetapan Hak Hadhanah Bagi Anak Yang Belum Mumayyiz Kepada Ayah Yang Beda Agama. *Undergraduate thesis UIN Maulana Malik Ibrahim Malang*, <http://etheses.uin-malang.ac.id/21115/7/13210102.pdf>.

Tarigan, S. E. (2010). Akibat Hukum Pertimbangan Hakim Dalam Menetapkan Percerain terhadap Hak Asuh Anak Yang Masih Minderjarig. *Undergraduate skripsi, Universitas Pembangunan Nasional Veteran Surabaya*, [http://eprints.upnjatim.ac.id/324/1/File\\_1.pdf](http://eprints.upnjatim.ac.id/324/1/File_1.pdf).

### **PERATURAN UNDANG-UNDANG**

*Kompilasi Hukum Islam*. (n.d.).

*Qanun Provinsi Aceh Nomor 10 Tahun 2002 Tentang Peradilan Syari'at Islam*. (n.d.).

*Qanun Provinsi Aceh Nomor 8 Tahun 2014 tentang Pokok-Pokok Syariat Islam.*  
(n.d.).

*Undang Undang 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak .* (n.d.).

*Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.* (n.d.).

*Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.* (n.d.).

*Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.* (n.d.).

## **DAFTAR RIWAYAT HIDUP**

**Nama** : **Tijar Najmi Putra S.**  
**Nomer Induk Mahasiswa** : **17210110**  
**Tempat, Tanggal Lahir** : **Banyuwangi, 30 Januari 1999**  
**Jenis Kelamin** : **Laki-laki**  
**Agama** : **Islam**  
**Alamat** :  
**E-mail** :

**Pendidikan Formal** :

SDN Kepatihan	: 2005-2011
SMP Negeri 1 Giri Banyuwangi	: 2011-2014
SMA Negeri 1 Glagah Banyuwangi	: 2014-2017
UIN Maulana Malik Ibrahim	: 2017-2021