

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Penelitian Terdahulu

Untuk mengetahui keaslian penelitian ini, perlu adanya hasil penelitian terdahulu yang sedikit banyak terkait dengan penelitian ini. Adapun penelitian terdahulu yang dijadikan pendukung dan penguat bagi peneliti adalah sebagai berikut:

1. *Umi Syafa'atin* mahasiswa Universitas Islam Indonesia Sudan Malang Fakultas Syariah Al-Ahwal Al-Syakshiyah pada tahun 2003 dengan judul penelitian *Keterangan Anak di Persidangan dalam Perkara Hadhanah di Pengadilan Agama Kota Malang* (Studi Kasus Perkara No. 537/ Pdt. G/ 2001/PA. Malang).

Penelitian *Umi Syafa'atin* ini lebih fokus terhadap keterangan anak di persidangan dalam perkara *hadhanah*, dalam hal ini anak tersebut langsung diwawancarai di luar persidangan dibantu oleh psikolog anak yang dapat memahami kondisi anak. Wawancara tersebut bertujuan untuk memperoleh bukti baru terhadap perilaku kedua orang tua tersebut, sehingga dari hasil keterangan anak tersebut dapat dijadikan sebagai pertimbangan hakim dalam memutus perkara *hadhanah*.

Dalam hal ini landasan yang digunakan oleh hakim adalah kepentingan anak bukan kepentingan orang tua, hal ini sesuai dengan pasal 41 Undang-undang Perkawinan No. 1974, Undang-undang No. 4 Tahun

1979 tentang kesejahteraan anak serta kondisi dari orang tua yang akan mengasuh anak baik materi maupun non materi.

Penelitian ini sama dengan penelitian yang dilakukan oleh penulis, yaitu sama-sama membahas tentang *hadhanah*, perbedaannya yaitu penulis lebih fokus pada pengabulanya majelis hakim pada putusan *verstek*.

2. *Sofyan Afandi* mahasiswa Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang Fakultas Syariah Al-Ahwal Al-Syakhshiyah pada tahun 2009 dengan judul penelitian *Hak Asuh Akibat Pembatalan Perkawinan Tinjauan Hukum Islam dan KUHPerdara (Burgerlijk Wetboek)*.

Pada penelitian ini, Sofyan Afandi lebih fokus terhadap hak asuh anak yang terlahir dari pembatalan perkawinan. Hasil penelitian ini memberikan kepastian hukum terhadap anak yang dilahirkan dari pembatalan perkawinan, kecuali pembatalan perkawinan itu terjadi akibat hal-hal tertentu yang mengakibatkan hasil dari pembatalan perkawinan itu (anak) tidak diakui secara hukum.

Penelitian ini mempunyai persamaan, yaitu sama-sama meneliti tentang *hadhanah* atau hak asuh anak, perbedaannya yaitu penelitian yang dilakukan oleh penulis lebih fokus pada pengabulanya majelis hakim pada putusan *verstek*.

3. *Nur Hikmah* mahasiswa Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang Fakultas Syariah Al-Ahwal Al-Syakhshiyah pada tahun 2014 dengan judul *Pandangan Hukum tentang Putusan damai atas upaya*

Hukum Verzet terhadap Putusan Verstek dalam perkara perceraian di Pengadilan Agama Jombang (Studi Perkara No. 1455 /Pdt . G /2013 /PA. Jbg)

Penelitian *Nur Hikmah* dalam penelitian ini menjelaskan status perkawinan antara pelawan dan terlawan *verzet* itu tetap menjadi sepasang suami isteri, meskipun sebelumnya telah dijatuhkan putusan *verstek*. Adapun dasar pertimbangan hakim dalam mendamaikan perceraian ini adalah bahwa pelawan dan terlawan telah rukun membina rumah tangganya kembali dan masih tetap dalam ikatan perkawinan, sehingga dalam putusan yang pertama harus dibatalkan.

Penelitian *Nur Hikmah* mempunyai persamaan dengan penelitian yang dilakukan penulis yaitu sama-sama membahas putusan *verstek*, perbedaanya penelitian yang dilakukan oleh *Nur Hikmah* ini lebih kepada upaya damai atas putusan *verzet*, sedangkan penulis lebih kepada pengabulan majelis hakim atas *hadhanah*.

4. *Barokah Indah Sari*, mahasiswa Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta Fakultas Syariah Al-Ahwal Al-Syakhshiyah pada tahun 2009 dengan judul *Pertimbangan Hakim dalam Putusan Verstek atas Pembagian Harta Bersama (Studi Kasus No. 619 /Pdt.G /2006 /PA. Bekasi)*

Pada penelitian ini peneliti mengungkapkan pertimbangan hukum yang digunakan hakim dalam menjatuhkan putusan *verstek* atas

pembagian harta bersama di Pengadilan Agama Bekasi (No. 619 /Pdt.G /2006 /PA. Bekasi) sudah sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku menurut hukum Islam.

Dari penelitian tersebut, mempunyai kesamaan yaitu sama-sama membahas tentang pertimbangan hakim dalam putusan *verstek*, perbedaannya pada penelitian yang dilakukan oleh penulis adalah lebih fokus pada pengabulanya majlis hakim atas *hadhanah*.

Agar mempermudah pembaca dalam memahami penelitian yang berkaitan dengan dengan penelitian yang sedang penulis lakukan, maka penulis akan menyajikan dalam bentuk tabel sebagai berikut:

Tabel 1
Penelitian Terdahulu

No	Nama	Judul	Hasil Penelitian
1.	Umi Syafaatin	Keterangan Anak di Persidangan dalam Perkara <i>Hadhanah</i> di Pengadilan Agama Kota Malang (Studi Kasus Perkara No. 537/ Pdt. G/ 2001/PA. Malang).	Dalam hal ini landasan yang digunakan oleh hakim adalah kepentingan anak bukan kepentingan orang tua, hal ini sesuai dengan pasal 41 Undang-undang Perkawinan No. 1974.
2.	Sofyan Afandi	Hak Asuh Anak Akibat Pembatalan Perkawinan Tinjauan Hukum Islam dan KUHPerdara (<i>Burgerlijk Wetboek</i>).	Memberikan kepastian hukum terhadap anak yang dilahirkan dari pembatalan perkawinan, kecuali pembatalan perkawinan itu terjadi akibat hal-hal tertentu yang mengakibatkan hasil dari pembatalan perkawinan itu (anak)

			tidak di akui secara hukum.
3.	Nur Hikmah	Pandangan Hukum tentang Putusan damai atas upaya Hukum <i>Verzet</i> terhadap Putusan <i>Verstek</i> dalam perkara perceraian di Pengadilan Agama Jombang (Studi Perkara No. 1455/Pdt . G /201 3 /PA. Jbg.	Status perkawinan antara pelawan dan terlawan <i>verzet</i> itu tetap menjadi sepasang suami isteri, meskipun sebelumnya telah dijatuhkan putusan <i>verstek</i> . Adapun dasar pertimbangan hakim dalam mendamaikan perceraian ini adalah bahwa pelawan dan terlawan telah rukun membina rumah tangganya kembali dan masih tetap dalam ikatan perkawinan, sehingga dalam putusan yang pertama harus dibatalkan.
4.	Barokah Indah Sari	Pertimbangan Hakim dalam Putusan <i>Verstek</i> atas Pembagian Harta Bersama (Studi Kasus No. 619 /Pdt.G /2006 /PA. Bekasi)	Pertimbangan hukum yang digunakan hakim dalam menjatuhkan putusan <i>verstek</i> atas pembagian harta bersama di Pengadilan Agama Bekasi (No. 619 /Pdt.G /2006 /PA. Bekasi) sudah sesuai dengan perundang-undangan yang berlaku menurut hukum Islam.

B. Kerangka Teori

1. *Legal Reasoning* Hakim

Legal reasoning merupakan dasar pertimbangan hukum bagi hakim dalam memutus suatu perkara.¹⁸ Dalam suatu putusan, bagian dasar pertimbangan tidak lain berisi alasan-alasan yang digunakan majelis hakim sebagai pertanggung jawaban kepada masyarakat mengapa ia mengambil putusan demikian, sehingga oleh karenanya mempunyai nilai obyektif.¹⁹

a. Penemuan Hukum

Sudikno Mertokusumo mengatakan penemuan hukum lazimnya diartikan sebagai proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas menerapkan hukum terhadap peristiwa-peristiwa hukum yang konkret. Sementara orang lebih suka menggunakan pembentukan hukum dari pada penemuan hukum, oleh karena istilah penemuan hukum memberi sugesti seakan-akan hukumnya sudah ada.²⁰

Bagi hakim dalam mengadili suatu perkara terutama yang dipentingkan adalah fakta dan peristiwanya dan bukan hukumnya.

Peraturan hukumnya adalah alat, sedangkan yang bersifat menentukan

¹⁸Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Yogyakarta: Liberty, 2009), h. 223.

¹⁹Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 223.

²⁰Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2010), h. 210.

adalah peristiwanya. Ada kemungkinannya terjadi suatu peristiwa, yang meskipun sudah ada peraturan hukumnya.

Untuk dapat menyelesaikan atau mengakhiri suatu perkara atau sengketa setepat-tepatnya hakim harus terlebih dahulu mengetahui secara obyektif tentang duduk perkara sebenarnya sebagai dasar putusannya dan bukan secara *a priori* menemukan keputusannya sedang mempertimbangkan baru kemudian dikonstratir. Jadi bukannya putusan itu lahir dalam proses secara *a priori* dan kemudian baru dikonstruksi atau direka pertimbangan lebih dulu tentang terbukti tidaknya baru kemudian sampai pada putusan.²¹

Setelah hakim menganggap terbukti peristiwa yang menjadi sengketa yang berarti bahwa hakim telah dapat mengkonstratir peristiwa yang menjadi sengketa, maka hakim harus menentukan peraturan hukum apakah menguasai sengketa antara kedua belah pihak. Ia harus menemukan hukumnya dan mengkualifisir peristiwa yang dianggap terbukti.

Hakim dianggap tahu oleh hukumnya. Soal menemukan hukumnya adalah urusan hakim dan bukan soalnya kedua belah pihak. Maka oleh karena itu hakim dalam mempertimbangkan putusannya

²¹Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 201.

wajib karena jabatannya melengkapi alasan-alasan hukum yang tidak dikemukakan oleh para pihak (psl 178 ayat 1 HIR, 189 ayat 1 Rbg).²²

1) Prosedur Penemuan Hukum

Penggugat dalam gugatannya mengajukan peristiwa konkrit yang menjadi dasar gugatannya. Peristiwa konkrit itulah yang menjadi titik tolak hakim dalam memeriksa dan mengadili. Tergugat di persidangan mengemukakan peristiwa konkrit juga sebagai jawaban terhadap gugatan penggugat. Dalam hal ini ada 3 kemungkinan. Tergugat mengajukan peristiwa konkrit sebagai jawaban terhadap tergugat penggugat sama dengan peristiwa konkrit yang diajukan oleh penggugat dalam gugatannya. Kemungkinan kedua ialah, bahwa peristiwa konkrit yang diajukan oleh tergugat sama sekali tidak sama dengan peristiwa konkrit tergugat. Sedangkan kemungkinan ketiga, ialah bahwa peristiwa konkrit dari tergugat ada yang tidak sama dengan peristiwa dari penggugat, tetapi ada juga yang sama.²³

Dibukalah kesempatan jawab menjawab di persidangan antara penggugat dan tergugat yang tujuannya ialah agar hakim dapat memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang disengketakan oleh para pihak. Dari jawab-menjawab hakim akan dapat menyimpulkan peristiwa konkrit apakah yang sekiranya

²²Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 201.

²³Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 202.

disengketakan oleh para pihak. Hakim harus pasti akan terjadinya peristiwa konkrit yang disengketakan. Hakim harus mengkonstratir peristiwa konkrit yang disengketakan. Mengkonstratir berarti menyatakan benar terjadinya suatu peristiwa konkrit. Untuk dapat mengkonstratir peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus dibuktikan terlebih dahulu. Tanpa pembuktian hakim tidak boleh mengkonstratir atau menyatakan suatu peristiwa konkrit itu benar-benar terjadi. Baru setelah peristiwa konkrit itu dibuktikan maka dapatlah dikonstratir adanya atau terjadi.²⁴

Kemudian setelah peristiwa konkrit dibuktikan atau dikonstratir, maka harus dicarikan hukumnya. Disinilah dimulai dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Penemuan hukum tidak merupakan suatu kegiatan yang berdiri sendiri, tetapi merupakan kegiatan yang runtut dan berkesinambungan dengan kegiatan pembuktian.

Menemukan atau mencari hukumnya tidak sekedar mencari undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit yang dicarikan hukumnya. Kegiatan ini tidak semudah yang dibayangkan. Untuk mencari atau menemukan hukumnya atau undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus diarahkan pada undang-undangnya, sebaliknya undang-undangnya harus disesuaikan

²⁴Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 202.

dengan peristiwanya yang konkrit. Peristiwanya yang konkrit harus diarahkan kepada undang-undangnya agar undang-undang itu dapat diterapkan pada peristiwanya yang konkrit, sedangkan undang-undangnya harus disesuaikan dengan peristiwanya yang konkrit agar isi undang-undang itu dapat meliputi peristiwanya yang konkrit.²⁵

2) Sumber-sumber menemukan hukum bagi hakim

a) Perundang-undangan

Perundang-undangan menghasilkan peraturan yang memiliki ciri-ciri sebagai berikut:

- (1) Bersifat umum dan komprehensif, yang dengan demikian merupakan kebalikan dari sifat-sifat yang khusus dan terbatas.
- (2) Bersifat universal. Ia diciptakan untuk menghadapi peristiwa-peristiwa yang akan datang yang belum jelas bentuk konkretnya. Oleh karena itu, ia tidak dapat dirumuskan untuk mengatasi peristiwa-peristiwa tertentu saja.
- (3) Ia memiliki kekuatan untuk mengoreksi dan memperbaiki dirinya sendiri.²⁶

b) Hukum yang tidak tertulis

Hukum yang tidak tertulis yang hidup didalam masyarakat merupakan sumber bagi hakim untuk menemukan hukum. Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (pasal 28 UU no.4 tahun 2004). Hakim

²⁵Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 203.

²⁶Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum* (Yogyakarta: UII, 2006), h. 44.

harus memahami kenyataan sosial yang hidup dalam masyarakat dan ia harus memberi putusan berdasar atas kenyataan sosial yang hidup dalam masyarakat itu. Dalam hal ini hakim dapat minta keterangan dari para ahli, kepala adat dan sebagainya.²⁷

c) Yurisprudensi

Yurisprudensi merupakan sumber hukum juga. Ini tidak berarti bahwa hakim terikat pada putusan mengenai perkara yang sejenis yang pernah diputuskan. Suatu putusan ini hanyalah mengikat para pihak (psl 1917 BW).

e) Ilmu pengetahuan

Ilmu pengetahuan merupakan sumber pula untuk menemukan hukum. Kalau perundang-undangan tidak memberi jawaban dan tidak pula ada putusan pengadilan mengenai perkara sejenis yang akan diputuskan, maka hakim akan mencari jawabannya pada pendapat sarjana hukum. Oleh karena ilmu pengetahuan itu obyektif sifatnya, lagi pula mempunyai wibawa karena diikuti atau didukung oleh pengikut-pengikutnya, sedangkan putusan hakim itu harus obyektif dan berwibawa pula, maka ilmu pengetahuan merupakan sumber untuk mendapatkan bahan guna mendukung atau mempertanggung jawabkan putusan hakim.²⁸

²⁷Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 205.

²⁸Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 207.

f) Doktrin

Doktrin adalah pendapat ahli hukum yang mempunyai pengaruh dalam perkembangan dan praktik hukum, yang biasanya dijadikan sebagai acuan bagi hakim maupun pelaku hukum lainnya dalam mengambil suatu keputusan. Batasan atau pengertian sesuatu yang terlalu umum, tidak lengkap atau tidak jelas dalam perundang-undangan, maka doktrin akan melengkapi dan menjelaskan.

g) Perilaku manusia

Hukum tidak hanya berwujud kaidah atau norma saja, tetapi dapat berupa perilaku. Dari perilaku manusia jika digali terdapat atau akan lahir hukumnya. Perilaku manusia ada yang bersifat aktif yaitu perbuatan konkret dan ada pula yang bersifat pasif seperti sikap atau iktikad.²⁹

3) Metode Penemuan Hukum

Hakim dalam menggali perkara yang diajukan kepadanya, harus mengetahui dengan jelas fakta dan peristiwa serta alat-alat bukti yang terdapat dalam perkara tersebut.³⁰ Oleh karena itu, untuk menemukan hukum, dalam suatu peristiwa diperlukan ilmu bantu berupa metode penemuan hukum. Dalam upaya penemuan hukum, terdapat beberapa metode penemuan hukum yang selama ini sudah dikenal yaitu interpretasi (penafsiran), argumentasi (penalaran,

²⁹Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum*, h. 48- 49.

³⁰Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, h. 278.

redenering, reasoning) dan eksposisi (konstruksi hukum). Sedangkan menurut Achmad Ali metode penemuan hukum dibagi menjadi dua, yaitu metode interpretasi dan konstruksi. Dalam hal ini metode argumentasi disamakan dengan metode konstruksi.³¹

a) Metode Interpretasi (Penafsiran)

Metode interpretasi adalah metode untuk menafsirkan terhadap teks perundang-undangan yang tidak jelas, agar sesuai dengan kenyataan sosial, hakim menggunakan beberapa metode penafsiran, yaitu:

- (1) Menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa yaitu interpretasi gramatikal;
- (2) Menafsirkan undang-undang menurut sejarah undang-undang dan menurut sejarah hukum yaitu interpretasi historis;
- (3) Menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Jadi, perundang-undangan keseluruhannya di dalam suatu Negara dianggap sebagai suatu sistem yang utuh. Yang disebut interpretasi sistematis;³²
- (4) Menafsirkan undang-undang menurut cara tertentu sehingga undang-undang itu dapat dijalankan sesuai dengan keadaan sekarang yang ada didalam masyarakat, atau biasa disebut dengan penafsiran sosiologis atau penafsiran teleologis;

³¹Bambang Sutiyo, *Metode Penemuan Hukum*, h. 78-80.

³²Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), h. 129-132.

- (5) Penafsiran Interdisipliner, penafsiran jenis ini biasa dilakukan dalam suatu analisis masalah yang menyangkut berbagai disiplin ilmu. Disini digunakan logika lebih dari satu cabang ilmu hukum;
- (6) Penafsiran Multidisipliner, penafsiran ini seorang hakim harus juga mempelajari suatu atau beberapa disiplin ilmu lainnya diluar ilmu hukum.³³
- (7) Interpretasi Komparatif, yaitu, penjelasan berdasarkan perbandingan hukum yang bertujuan mencari suatu kejelasan mengenai suatu ketentuan undang-undang.
- (8) Interpretasi Futuristis, yaitu, penjelasan ketentuan undang-undang berpedoman pada undang-undang yang belum berkekuatan hukum.
- (9) Interpretasi Restriktif, yaitu, penjelasan atau penafsiran yang bersifat membatasi. Untuk menjelaskan suatu ketentuan undang-undang dan ruang lingkup ketentuan itu dibatasi.
- (10) Interpretasi Ekstensif, yaitu, penjelasan atau penafsiran yang bersifat tidak membatasi, untuk menjelaskan suatu ketentuan undang-undang.³⁴

b) Metode Konstruksi

Metode konstruksi hukum bertujuan agar hasil putusan hakim dalam peristiwa konkret yang ditanganinya dapat memenuhi rasa

³³Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum* (Bandung: Alumni, 2000), h. 9-12.

³⁴Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, h. 224-225.

keadilan serta memberikan, kemanfaatan bagi para pencari keadilan.³⁵ Pada metode konstruksi, hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, dimana hakim tidak lagi berpegang pada bunyi teks, tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.³⁶ Ada tiga syarat utama untuk melakukan konstruksi hukum, yaitu: pertama, konstruksi hukum harus mampu meliputi semua bidang hukum positif yang bersangkutan. Kedua, dalam pembuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya atau tidak boleh membantah dirinya sendiri. Ketiga, konstruksi itu mencerminkan faktor keindahan (estetika), yaitu konstruksi bukan merupakan suatu yang dibuat-buat dan konstruksi harus mampu memberi gambaran yang jelas suatu hal sehingga dimungkinkan penggabungan berbagai peraturan, pembuatan pengertian-pengertian baru dan lain-lain.³⁷ Proses penemuan hukum dengan metode konstruksi dapat dilakukan dengan berbagai cara, yaitu *argumentum per analogiam* (analogi), *rechtervrijning* (penyempitan atau pengkonkretan hukum) dan fiksi hukum.³⁸

³⁵Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h. 74.

³⁶Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, h. 122.

³⁷Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum*, h. 106.

³⁸Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum*, h. 54-55.

b. Dasar Pertimbangan Aspek Filosofis, Yuridis dan Sosiologis dalam Putusan Hakim

Mahkamah Agung RI sebagai badan tertinggi pelaksana kekuasaan kehakiman yang membawahi empat badan peradilan yaitu peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha Negara, telah menentukan bahwa putusan hakim harus mempertimbangkan segala aspek yang bersifat filosofis, yuridis, dan sosiologis, sehingga keadilan yang dicapai, diwujudkan dan dipertanggungjawabkan dalam putusan hakim adalah keadilan yang berorientasi pada keadilan hukum (*legal justice*), keadilan moral (*moral justice*) dan keadilan masyarakat (*social justice*).³⁹

Aspek yuridis merupakan aspek yang pertama dan utama dengan berpatokan kepada undang-undang yang berlaku. Hakim sebagai aplikator undang-undang, harus mencari serta memahami undang-undang yang berkaitan dengan perkara yang sedang dihadapi. Hakim harus menilai apakah undang-undang tersebut adil, ada kemanfaatannya atau memberikan kepastian hukum jika ditegakkan sebab salah satu tujuan hukum adalah menciptakan keadilan.

Mengenai aspek filosofis, merupakan aspek yang berintikan pada kebenaran dan keadilan. Sedangkan aspek sosiologis mempertimbangkan tata nilai budaya yang hidup dalam masyarakat. Aspek filosofis dan sosiologis, penerapannya sangat memerlukan

³⁹Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum*, h. 127.

pengalaman dan pengetahuan yang luas serta kebijaksanaan yang mampu mengikuti nilai-nilai dalam masyarakat. Pencatuman ketiga unsur tersebut tidak lain agar putusan dianggap adil dan diterima masyarakat.⁴⁰

c. Asas Kepastian Hukum, Keadilan dan Kemanfaatan dalam Putusan Hakim

Penekanan pada asas kepastian hukum, lebih cenderung untuk mempertahankan norma-norma hukum tertulis dari hukum positif yang ada. Peraturan undang-undang harus ditegakkan demi kepastian hukum. Sehingga dalam situasi yang demikian hakim harus menemukan hukum untuk mengisi kelengkapan ketentuan tersebut.

Penekanan pada asas keadilan, berarti hakim harus mempertimbangkan hukum yang hidup dalam masyarakat, yang terdiri atas kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis. Dalam hal ini harus dibedakan rasa keadilan menurut individu, kelompok dan masyarakat. Selain itu keadilan dari suatu masyarakat tertentu, belum tentu sama dengan rasa keadilan masyarakat tertentu lainnya. Jadi dalam pertimbangan putusnya, hakim harus mampu menggambarkan hal itu semua, manakala hakim memilih asas keadilan, misalnya sebagai dasar untuk menjatuhkan putusan.⁴¹

⁴⁰Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum*, h. 127.

⁴¹Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum*, h. 134-135.

Kemudian asas kemanfaatan bergerak diantara dua asas keadilan dan kepastian hukum, dan asas kemanfaatan ini lebih melihat kepada tujuan atau kegunaan dari hukum itu kepada masyarakat, karena hakikat sesungguhnya dari hukum itu ada untuk mengabdikan kepada manusia dan bukan manusia ada untuk hukum, sebagaimana dikemukakan dalam konsep hukum progresif.

2. *Hadhanah*

a. Pengertian *Hadhanah*

Hak asuh anak dalam bahasa arabnya *Hadhanah* berasal dari kata *hidhan* yang berarti lambung. Seperti dalam kalimat ‘*hadhanan at-thairu baidhahu*’ burung itu mengempit telur dibawah sayapnya,⁴² begitu juga seorang ibu yang membuai anaknya dalam pelukan atau lebih tepatnya *hadhanah* ini diartikan dengan pemeliharaan dan pendidikan.⁴³

Sedangkan *hadhanah* menurut terminologis syariat Islam adalah:

الحضانة هي الولاية على نفس الطفل لتربيته وتدبير شؤونه

“*Hadhanah* adalah asuhan terhadap seorang anak kecil untuk dididik dan diurus semua urusannya”.⁴⁴

Menurut istilah syara’ berarti mendidik anak bagi yang memiliki hak pemeliharanya. Atau dalam istilah lainnya yaitu, mendidik dan menjaga orang yang tidak mampu mengurus dirinya

⁴²Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah* (Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2007), h. 237.

⁴³Syaikh Hasan Ayyub, *Fiqh Keluarga* (Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2008), h. 443.

⁴⁴Muhammad Rawwas, *Ensiklopedia Fiqh Umar bin Khattab ra*, (Cet. I; Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1999), h. 103.

sendiri dari suatu yang dapat membahayakannya, karena akal pikirannya belum atau tidak sempurna. Misalnya anak-anak dan orang dewasa yang gila.⁴⁵

Para Ulama fikih mendefinisikan *hadhanah* ialah: “melakukan pemeliharaan anak-anak yang masih kecil, baik laki-laki maupun perempuan, atau yang sudah besar tapi belum *mumayyiz*, menyediakan sesuatu yang menjadikan kebajikannya, menjaganya dari sesuatu yang menyakiti dan merusaknya, mendidik jasmani, rohani dan akalannya, agar mampu berdiri sendiri menghadapi hidup dan memikul tanggung jawab”.⁴⁶

Setiap anak dilahirkan memerlukan perawatan, pemeliharaan dan pengasuhan untuk mengantarkannya menuju kedewasaan. Pembentukan jiwa anak sangat dipengaruhi oleh cara perawatan dan pengasuhan anak sejak dilahirkan. Tumbuh kembang anak diperlukan perhatian yang serius, terutama masa-masa sensitif anak, misalnya balita (bayi dibawah umur lima tahun).⁴⁷

Jadi dari beberapa pengertian *hadhanah* yang telah diterangkan diatas dapat disimpulkan bahwa *hadhanah* itu merupakan pemeliharaan anak kecil yang masih membutuhkan orang lain untuk mengurus dirinya sendiri sampai ia dapat menghadapi kehidupan

⁴⁵Abd Rahman Ghazali, *Fiqh Munakahat* (Jakarta: Kencana, 2006), h. 176.

⁴⁶Sayyid Sabiq, *Fikih Sunnah* (Bandung: PT Alma'arif, 2007), h. 173.

⁴⁷Mufidah CH, *Psikologi Keluarga Islam Berwawasan Gender* (Malang:UIN-Press, 2008), h. 308.

sebagai seorang muslim yang dapat membedakan mana yang baik dan buruk.

Oleh karena itu, pemeliharaan anak diwajibkan oleh Islam. Bahkan ketika kedua orang bercerai dan anak tersebut belum *mumayyiz* kewajiban tersebut tetap berlaku. Karena apabila anak yang belum *mumayyiz* tersebut tidak dirawat dan dididik dengan baik, maka akan berakibat buruk pada diri mereka. Bahkan bisa menimbulkan bahaya yang berakibat hilangnya nyawa anak tersebut. Maka dari itu anak yang lahir dari perceraian tersebut wajib dipelihara, dirawat dan dididik dengan baik. Selain diselamatkan dari segala hal yang dapat merusaknya, anak tersebut juga harus tetap diberi nafkah.

Sebagaimana firman Allah dalam surat At Thalaq ayat 6:

فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ
فَعَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ۖ وَأَتَمِّرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِن تَعَاَسَرْتُم
فَسَتَرْضِعْ لَهُنَّ أُخْرَىٰ ﴿٦﴾

“maka berilah nafkah kepada mereka (isteri-isteri yang tertalak) sehingga mereka menyusui untuk anak-anak kamu sekalian, maka bayarlah upahnya kepada mereka. Dan dirundingkan urusannya diantara kamu sekalian dengan baik. Dan jika kamu sekalian berselisih maka bolehlah dia (suami) menyusukannya kepada perempuan-perempuan lain.”⁴⁸

⁴⁸QS. At Thalaq (65): 6.

Terhadap anak yang terlahir dari perceraian, jika anak tersebut belum *mumayyiz* hak asuh anak tersebut diberikan kepada ibunya, selama ibunya belum menikah lagi. Sebab dia lebih mengetahui dan lebih mampu mendidiknya. Juga ibu lebih memiliki kesabaran untuk melakukan tugas ini yang tidak dimiliki oleh bapaknya.

Agar dapat memperjelas dari pengertian *hadhanah* perlu dibandingkan dengan pengertian *hadhanah* menurut Kompilasi Hukum Islam. *Hadhanah* dalam Kompilasi Hukum Islam tercantum dalam buku I hukum perkawinan, pasal 1 huruf (g). Dalam Kompilasi Hukum Islam tidak memakai istilah *hadhanah*, akan tetapi memakai istilah pemeliharaan anak yang juga memiliki makna atau substansi yang sama. Bunyi pasal tersebut yaitu “*pemeliharaan anak atau hadhanah adalah kegiatan mengasuh, memelihara, dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri*”.⁴⁹

Definisi *hadhanah* yang disebutkan dalam Kompilasi Hukum Islam, mengandung arti bahwa pemeliharaan anak adalah suatu upaya yang dilakukan oleh orang yang berhak atas *hadhanah* untuk dapat mengasuh, memelihara dan mendidik hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri.

⁴⁹Kompilasi Hukum Islam, h. 323.

Pengertian *hadhanah* dalam Kompilasi Hukum Islam tidak jauh berbeda dengan pengertian *hadhanah* dalam Fiqh, yaitu sama-sama mengasuh anak yang belum *mumayyiz* sampai dengan dewasa.

b. Dasar Hukum *Hadhanah*

Ulama fikih sepakat menyatakan bahwa hukum merawat dan mendidik anak adalah wajib, karena apabila anak yang belum *mumayyiz*, tidak dirawat dan dididik dengan baik, maka akan berakibat buruk pada diri mereka, bahkan bisa menjurus kepada kehilangan nyawa mereka. Oleh sebab itu mereka wajib dipelihara, dirawat dan dididik dengan baik.⁵⁰

Adapun dasar hukumnya untuk membiayai anak dan isteri dalam firman Allah pada surat Al-Baqarah ayat 233:

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ
الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ

Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, Yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. dan kewajiban ayah memberi Makan dan pakaian kepada Para ibu dengan cara ma'ruf."⁵¹

⁵⁰Abdul Aziz Dahlan, *Ensiklopedi Hukum Islam*, (Cet. I; Jakarta: PT. Ichtiar Baru Van Hoeve, 1996), h. 415.

⁵¹QS. Al-Baqarah (2): 233.

Sebagaimana Hadist Rasulullah SAW:

عن ابي هريرة ر.ع. قال: كنت مع النبي ص.م. فجاءت امرة يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عتبة وقد نفعني فقال رسول الله ص.م. اشتهما عليه فقال البي ص.م. هذا ابوك وهذه امك وخذ بيده فانطلقت. (رواه اصحاب اسنن)

“dari Abu Hurairah r.a. berkata, “Pernah aku bersama-sama Nabi SAW. Lalu datang seorang perempuan dan berkata, “Ya Rasulullah! Sesungguhnya suamiku hendak pergi membawa anakku, dan sesungguhnya ia telah memberi minum dari sumur Abu Inabah. Dan sungguh ia telah berjasa kepadaku.” Maka Rasulullah SAW. Bersabda “Berundingkah kamu atas perkara anak itu”. “maka suaminya berkata, “Siapakah yang berani menghalangi aku dengan anakku ini? “Nabi SAW, bersabda (kepada anak itu): “Ini bapakmu dan ini ibumu. Maka ambillah tangan diantara keduanya yang engkau kehendaki. Lalu diambillah tangan ibunya, maka berjalanlah perempuan itu dengan anaknya”⁵²

c. Rukun dan Syarat-Syarat *Hadhanah*

Hadhanah terkait dengan tiga hak yaitu: wanita yang mengasuh, anak yang diasuh, dan hak ayah. Jika masing-masing dapat dapat disatukan, maka itulah jalan terbaik. Namun jika tidak saling berseberangan, maka hak anak harus didahulukan.⁵³

Oleh karena *hadhanah* tersebut berlaku antara dua unsur yang menjadi rukun dalam hukumnya, yaitu orang tua yang mengasuh yang biasa disebut *hadhin* dan anak yang diasuh disebut *madhun*. Dan keduanya harus memenuhi syarat yang telah ditentukan untuk wajib dan

⁵²Al-imam Muhammad Bin Ismail Al-Amir Al-Yamani Ashon'ani, *Subulus As-Salam Syarah Bulughul Maram Min Jama'I Asallati al-Ahkami*, Juz III (Beirut: Darl al-kotob Al-Ilmiyah, 2006), h. 234.

⁵³Abu Malik, *Shahih Fikih Sunnah*, (Cet. I; Jakarta: Pustaka Azzam, 2007), h. 667.

sahnya tugas pengasuhan tersebut. Dalam satu ikatan perkawinan, kedua orang tua mempunyai kewajiban bersama memelihara anak tersebut baik dari aspek moril maupun materil. Setelah terjadinya perceraian dan keduanya harus berpisah, maka pemeliharaan tersebut dilakukan secara sendiri-sendiri.⁵⁴

Para fuqoha memberikan syarat-syarat bagi para pengasuh anak beraneka ragam. Sehingga penulis menjelaskan beberapa bagian syarat *hadhanah*. Sebagaimana yang akan dijelaskan berikut ini:

Syarat-syarat tersebut antara lain:⁵⁵

- 1) *Berakal sehat*, jadi bagi orang yang kurang akal atau gila, keduanya tidak boleh menangani *hadhanah*. Karena mereka ini tidak dapat mengurus diri sendiri. Sebab itu ia tidak boleh disertai mengurus orang lain. Sebab orang yang tidak punya apa-apa tentulah ia tidak dapat memberi apa-apa kepada orang lain.
- 2) *Dewasa*, sebab anak kecil sekalipun *mumayyiz*, tetapi ia membutuhkan orang lain yang mengurus urusannya dan mengasuhnya. Karena itu dia tidak boleh menangani urusan orang lain.
- 3) *Mampu mendidik*, karena itu tidak boleh menjadi pengasuh orang yang buta atau rabun, sakit yang menular atau sakit yang melemahkan jasmaninya untuk mengurus kepentingan anak kecil,

⁵⁴Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan* (Jakarta, Kencana, 2007), h. 328.

⁵⁵Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, h. 120.

tidak berusia lanjut, yang bahkan dia sendiri perlu diurus, bukan orang yang mengabaikan urusan rumahnya sehingga merugikan anak kecil yang diurusnya, atau bukan orang yang tinggal bersama orang yang sakit menular atau orang yang suka marah kepada anak-anak, sekalipun kerabat anak kecil itu sendiri, sehingga akibat kemarahannya itu tidak bisa memperhatikan kepentingan si anak secara sempurna dan menciptakan suasana yang tidak baik.

4) *Beragama Islam*, Allah tidak membolehkan seorang mukmin dibawah perwalian orang kafir. Sebagaimana firman Allah surat An-nisa ayat 141

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾

“dan Allah sekali-kali tidak akan memberi jalan kepada orang-orang kafir untuk memusnahkan orang-orang yang beriman.”⁵⁶

Dari ayat diatas dijelaskan bahwa ditakutkan anak kecil yang diasuh akan dibesarkan dengan agama pengasuhnya sehingga sukar bagi anak tersebut meninggalkan agamanya. Begitu juga menurut *Syafi'iyah* dan *Imamiyah*, mereka berpendapat: seorang kafir tidak

⁵⁶QS. An-nisa (4):141.

boleh mengasuh anak yang beragama Islam. Sedangkan Ulama madzhab lain tidak mensyaratkannya.⁵⁷

- 5) *Amanah* dan *berbudi*, sebab orang yang curang tidak dapat dipercaya untuk menunaikan kewajibannya dengan baik. Bahkan dikhawatirkan bila nantinya si anak dapat meniru atau berkelakuan seperti kelakuan orang yang curang ini.⁵⁸ Seperti dijelaskan dalam Al-Qur'an surat Al-Anfal 27:⁵⁹

يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا
أَمْنَتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٢٧﴾

Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu mengkhianati Allah dan Rasul (Muhammad) dan (juga) janganlah kamu mengkhianati amanat-amanat yang dipercayakan kepadamu, sedang kamu mengetahui.

- 6) *Ibunya Belum Menikah Lagi*, jika di ibu menikah lagi dengan laki-laki lain, maka hak *hadhanahnya* hilang.

Sebagaimana Hadis Nabi SAW:

عن عبد الله ابن عمر ر.ع. ان امرأة قالت: يا رسول الله ص.م. ان ابني هدا كان
بطني له وعاء وحجري له حواء و إن أباه طلقني و أراد أن ينزعه مني فقال لها

⁵⁷Slamet Abidin dan Aminuddin, *Fiqih Munakahat*, (Cet. I; Bandung: Pustaka Setia, 1999), h. 179.

⁵⁸Slamet Abidin dan Aminuddin, *Fiqih Munakahat*, h. 176.

⁵⁹QS. Al-Anfal (8): 27.

رسول الله ص.م. أنت أحق به ما لم تنكحي (رواه احمد وابو داوود والبيهقي
والحاكم وصححه)

“Dari Abdullah bin Umar r.a. bahwa seorang perempuan berkata. “ya rasulullah, sesungguhnya anakku ini adalah perutku yang mengandungnya, dan susuku yang menjadi minumannya, dan pangkuanku yang memeluknya, sedang ayahnya telah menceraikan aku dan ia mau mengambilnya dariku.” Lalu Rasulullah SAW. Bersabda kepadanya, “Engkau yang lebih berhak dengan anak itu, selama engkau belum menikah.”⁶⁰

Hadis diatas menjelaskan bahwa, seorang ibu adalah orang yang paling berhak untuk mengasuh anaknya jika ia diceraikan oleh ayahnya. Namun apabila ia menikah lagi, maka gugurlah hak untuk mengasuhnya. Karena dikhawatirkan ayah yang baru tersebut tidak dapat mengasahi dan memperhatikan kepentingan anak tersebut dengan baik. Namun bila ia menikah dengan kerabat anak tersebut, misalnya dari paman dari ayahnya maka hak *hadhanah* tersebut tidak hilang. Sebab paman tersebut masih punya hak *hadhanah*. Hal ini sesuai dengan Hadis Nabi:

عن ابي هريرة ر.ع. قال: كنت مع النبي ص.م. فجاءت امرة يا رسول الله ان زوجي يريد ان يذهب بابني وقد سقاني من بئر ابي عتبة وقد نفعني فقال رسول الله ص.م. اشتهما عليه فقال البي ص.م. هذا ابوك وهذه امك وخذ بيده فانطلقت. (رواه اصحاب اسنن)

“dari Abu Hurairah r.a. berkata, “Pernah aku bersama-sama Nabi SAW. Lalu datang seorang perempuan dan berkata, “Ya Rasulullah! Sesungguhnya suamiku hendak pergi membawa anakku, dan sesungguhnya ia telah memberi minum dari sumur Abu Inabah.

⁶⁰Al-imam Muhammad Bin Ismail Al-Amir Al-Yamani Ashon’ani, *Subulus As-Salam Syarah Bulughul Maram Min Jama’I Asallati al-Ahkami*, Juz III (Beirut: Darl al-kotob Al-Ilmiyah, 2006), h. 234.

*Dan sungguh ia telah berjasa kepadaku.” Maka Rasulullah SAW. Bersabda “Berundinglah kamu atas perkara anak itu”. “maka suaminya berkata, “Siapakah yang berani menghalangi aku dengan anakku ini? “Nabi SAW, bersabda (kepada anak itu): “Ini bapakmu dan ini ibumu. Maka ambillah tangan diantara keduanya yang engkau kehendaki. Lalu diambillah tangan ibunya, maka berjalanlah perempuan itu dengan anaknya”.*⁶¹

Dalam hal ini Ulama madzhab sepakat bahwa ibu yang menikah lagi tidak akan mendapat haknya sebagai *hadhin* gugur. *Imamiyah* berpendapat: Hak asuh bagi ibu gugur secara mutlak karena perkawinannya dengan laki-laki lain, baik suaminya itu memiliki kasih sayang kepada si anak maupun tidak. *Hanafi, Syafi’I, Hambali* dan *Imamiyyah* berpendapat: apabila ibu si anak bercerai pula dengan suaminya yang kedua, maka larangan bagi haknya untuk mengasuh si anak dicabut kembali, dan hak itu dikembalikan sesudah sebelumnya menjadi gugur karena perkawinannya dengan laki-laki yang kedua itu. Sedangkan madzhab *Maliki* berpendapat: hak tersebut tidak bisa kembali dengan adanya perceraian itu.⁶²

- 7) *Merdeka*, sebab seorang budak biasanya sangat sibuk dengan urusan-urusan tuanya, sehingga ia tidak mempunyai kesempatan untuk mengasuh anak kecil.⁶³
- 8) *Menetap*, Ibu anak yang telah diceraikan tidak boleh berpergian dengan anaknya ke tempat yang jauh, kecuali dengan izin si anak. Demikian pula si ayah tidak boleh merebut anak dari ibunya dan berpergian

⁶¹Al-imam Muhammad Bin Ismail Al-Amir Al-Yamani Ashon’ani, *Subulus As-Salam Syarah Bulughul Maram Min Jama’I Asallati al-Ahkami*, h. 234.

⁶²Muhammad Rawwas, *Ensiklopedia Fiqh Umar bin Khattab ra* , h. 103.

⁶³Slamet Abidin dan Aminuddin, *Fiqh Munakahat*, h. 181.

dengannya ketika si anak masih dalam asuhan ibunya. Hal ini disebabkan karena ayah memiliki kekuasaan wilayah atas anaknya yang si anak tidak boleh dijauhkan darinya. Sehingga tidak mungkin menjaga kedua hak tersebut kecuali dengan cara yang telah disebutkan diatas.⁶⁴

Adapun syarat untuk anak yang akan diasuh (*madhun*) itu adalah. Pertama, ia masih berada dalam usia kanak-kanak dan belum dapat berdiri sendiri dalam mengurus hidupnya sendiri. Kedua, ia berada dalam keadaan tidak sempurna akalannya dan oleh karena itu tidak dapat berbuat sendiri, meskipun telah dewasa, seperti orang idiot. Orang yang telah dewasa dan sehat sempurna akalannya tidak boleh berada dibawah pengasuhan siapapun.⁶⁵

Syarat-syarat *hadhanah* didalam KHI tidak dijelaskan secara eksplisit. Hanya saja dalam pasal 156 (c) dijelaskan bahwa “*Apabila pemegang hadhanah ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan hadhanah telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat yang bersangkutan Pengadilan Agama dapat memindahkan hak hadhanah kepada kerabat lain yang mempunyai hak hadhanah pula*”.⁶⁶

Dari pasal tersebut dapat dipahami bahwa seorang yang berhak dalam pengasuhan anak harus dapat menjamin keselamatan dan rohani

⁶⁴Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Imam Ja'far Shadiq 'ardh wa istidhal*, terj. Abu Zainab dan Fiqh Imam Ja'far Shadiq, (Jakarta: Penerbit Lentera, 2009), h. 449.

⁶⁵Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia antara Fiqh Munakahat dan Undang-Undang Perkawinan*, h. 329.

⁶⁶Kompilasi Hukum Islam, h. 370.

terhadap anak untuk dapat tumbuh dan kembang sebagaimana mestinya. Sehingga apabila orang tua asuh tidak dapat menjamin kemaslahatan terhadap anak tersebut maka hak *hadhanah* tersebut dapat diambil alih oleh keluarga lain yang memiliki hak yang sama dalam pengasuhan anak.

d. *Hadhanah* dalam KHI

Hadhanah dalam Kompilasi Hukum Islam tercantum dalam buku I hukum perkawinan, pasal 1 huruf (g). Kompilasi Hukum Islam tidak memakai istilah *hadhanah*, akan tetapi memakai istilah pemeliharaan anak yang juga memiliki makna dan substansi yang sama. Bunyi pasal tersebut yaitu “*Pemeliharaan anak atau hadhanah adalah kegiatan mengasuh, memelihara, dan mendidik anak hingga dewasa atau mampu berdiri sendiri*”.

Dari pengertian diatas terkandung bahwa *hadhanah* adalah mengasuh anak yang belum *mumayyiz*, hal ini dikarenakan anak tersebut akan menjadi rusak apabila tidak ada yang mengasuhnya.

Dalam Kompilasi hukum Islam dijelaskan secara terperinci dalam Pasal 105 dan 156 yang berbunyi.⁶⁷

Dalam hal terjadinya perceraian:

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

⁶⁷Kompilasi Hukum Islam, h. 354.

Dalam pasal ini dijelaskan, dengan adanya perceraian, *hadhanah* bagi anak yang belum *mumayyiz* dilaksanakan oleh ibunya, namun ketika anak tersebut sudah *mumayyiz* dan mengerti dengan dirinya sendiri, ia boleh memilih siapakah yang akan mengasuhnya. Apakah ibunya atau ayahnya. Keterangan lain menyatakan pula:

Sedangkan Pasal 105 huruf (c) Kompilasi Hukum Islam biaya pemeliharaan tersebut tetap dipikulkan kepada ayahnya, meskipun hak *hadhanah* nya tanggung jawab ayah.

Pasal lain yang menerangkan tentang pemeliharaan anak adalah pasal 156 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi:⁶⁸

- a. Anak yang belum *mumayyiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya telah meninggal dunia, maka kedudukannya digantikan oleh:
 1. Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ibu
 2. Ayah
 3. Wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah
 4. Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan
 5. Wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.
- b. Anak yang sudah *mumayyiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya;
- c. Apabila pemegang *hadhanah* ternyata tidak dapat menjamin keselamatan jasmani dan rohani anak, meskipun biaya nafkah dan *hadhanah* telah dicukupi, maka atas permintaan kerabat lain yang mempunyai hak *hadhanah* pula;
- d. Semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggung jawab ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dapat mengurus diri sendiri (21 tahun).

⁶⁸Kompilasi Hukum Islam, h. 370.

3. Akibat Hukum

a. Pengertian Akibat Hukum

Akibat hukum adalah akibat yang diberikan oleh hukum atas suatu tindakan subjek hukum.⁶⁹ Tindakan yang dilakukan subjek hukum merupakan tindakan hukum yakni tindakan yang dilakukan guna memperoleh sesuatu akibat yang dikehendaki hukum.⁷⁰ Akibat hukum merupakan sumber lahirnya hak dan kewajiban bagi subyek-subyek hukum yang bersangkutan. Misalnya, mengadakan perjanjian jual beli maka telah lahir suatu akibat hukum dari perjanjian jual beli tersebut yakni ada subjek hukum yang mempunyai hak untuk mendapatkan barang dan mempunyai kewajiban untuk membayar barang tersebut. Dengan kata lain, akibat hukum dapat dikenakan baik pada:

- 1) Tindakan hukum atau perbuatan hukum
- 2) Delik, baik delik dalam bidang hukum privat (perbuatan melawan hukum).

b. Ruang Lingkup Akibat Hukum

Perbuatan yang dilakukan subjek hukum terhadap obyek hukum menimbulkan akibat hukum. Adapun akibat hukum dapat berwujud:⁷¹

- 1) Akibat hukum berupa lahirnya, berubahnya atau lenyapnya suatu kaidah hukum tertentu, misalnya mencapai usia 21 tahun melahirkan

⁶⁹Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, h. 192.

⁷⁰R. Soeroso, *Pengantar Ilmu Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 1996), h. 295.

⁷¹Pipin Syarifin, *Pengantar Ilmu Hukum* (Bandung: Pustaka Setia, 1999), h.71.

keadaan hukum baru yaitu dari tidak cakap untuk bertindak menjadi cakap untuk bertindak.⁷²

- 2) Akibat hukum berupa lahirnya, berubahnya atau lenyapnya suatu hubungan hukum tertentu, misalnya sejak debitur dengan kreditur memperjanjikan akad kredit (secara tertulis), maka sejak itu melahirkan suatu hubungan hukum yaitu hubungan hukum utang-piutang antara keduanya.
- 3) Akibat hukum berupa sanksi, baik sanksi pidana maupun sanksi di bidang hukum keperdataan, misalnya dalam bidang hukum perdata dikenal sanksi, baik terhadap perbuatan melawan hukum maupun *wanprestasi*. Yaitu akibat kelalaian seseorang tidak melaksanakan kewajibannya tepat pada waktunya, atau tidak dilakukan secara layak sesuai perjanjian, sehingga ia dapat dituntut memenuhi kewajibannya bersama keuntungan yang dapat diperoleh atas lewatnya batas waktu tersebut.⁷³
- 4) Akibat hukum yang timbul karena adanya kejadian-kejadian darurat oleh hukum yang bersangkutan telah diakui atau dianggap sebagai akibat hukum, meskipun dalam keadaan yang wajar tindakan-tindakan tersebut mungkin terlarang menurut hukum. Misalnya dalam keadaan kebakaran dimana seorang sudah terkepung api,

⁷²Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, h. 193.

⁷³Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), h. 37-38.

orang tersebut merusak dan menjebol tembok, jendela, pintu dan lain-lain untuk jalan keluar menyelamatkan diri.⁷⁴

4. Putusan *Verstek*

a. Pengertian Putusan *Verstek*

Putusan *verstek* adalah putusan tidak hadirnya tergugat dalam suatu perkara setelah dipanggil oleh pengadilan dan tidak menyuruh wakilnya atau kuasa hukumnya untuk menghadiri dalam persidangan.⁷⁵

Berdasarkan pasal 126 HIR, didalam hal terjadinya tersebut diatas, Pengadilan Agama sebelum menjatuhkan sesuatu putusan, dapat juga memanggil sekali lagi pihak yang tidak datang itu. Ini bisa terjadi jikalau misalnya hakim memandang perkaranya terlalu penting buat diputus begitu saja diluar persidangan baik digugurkan maupun *verstek*. Ketentuan pasal ini sangat bijaksana terutama bagi pihak yang digugat, lebih-lebih jika rakyat kecil yang tidak berpengetahuan dan tempat tinggalnya jauh.⁷⁶

Dalam Pasal 125 (1) HIR, hakim diberi wewenang menjatuhkan putusan di luar hadir atau tanpa hadirnya tergugat, dengan syarat:⁷⁷

- 1) Apabila tergugat tidak datang menghadiri sidang pemeriksaan yang ditentukan tanpa alasan yang sah.

⁷⁴Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, h. 193.

⁷⁵Sarwono, *Hukum Acara Perdata Teori dan Praktik* (Jakarta: Sinar Grafika, 2011), h.216.

⁷⁶M. Nur Rasaid, *Hukum Acara Perdata* (Jakarta: Sinar Grafika, 2005), h. 26-27.

⁷⁷M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, (Cet. IV; Jakarta: Sinar Grafika, 2006), h. 382.

2) Dalam hal seperti itu, hakim menjatuhkan putusan *verstek* yang berisi diktum:

- a) Mengabulkan gugatan seluruhnya atau sebagian
- b) Menyatakan gugatan tidak dapat diterima apabila gugatan tidak mempunyai dasar hukum.

Ada kemungkinan pada hari sidang yang telah ditetapkan tergugat tidak datang dan tidak pula mengirimkan wakilnya menghadap di persidangan, sekalipun sudah dipanggil dengan patut oleh juru sita. Tidak ada keharusan bagi tergugat untuk datang di persidangan, HIR memang tidak mewajibkan tergugat untuk datang di persidangan. Putusan *verstek* tidak selalu dikabulkannya gugatan penggugat.⁷⁸

b. Syarat-Syarat *Verstek*

Menurut Erfaniah Zuhriah⁷⁹ putusan *verstek* yang diatur dalam pasal 125 HIR dan 196-197 HIR, pasal 148-153 R.Bg dan 207-208 R.Bg UU Nomor 20 Tahun 1947 SEMA Nomor 9 Tahun 1946. Putusan *verstek* dapat dijatuhkan apabila telah dipenuhi syarat-syarat, berikut:

1. Tergugat telah dipanggil secara resmi dan patut;
2. Tergugat tidak hadir dalam sidang dan tidak mewakilkan kepada orang lain serta tidak ternyata pula bahwa ketidakhadirannya itu karena suatu alasan yang sah;
3. Tergugat tidak mengajukan tangkisan atau eksepsi mengenai kewenangan;
4. Penggugat hadir dipersidangan;
5. Penggugat mohon keputusan.

⁷⁸Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, h. 103.

⁷⁹Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama di Indonesia*, h. 275.

c. Akibat Putusan *Verstek*

Kehadiran para pihak pada suatu persidangan merupakan hak, bukan kewajiban yang bersifat imperatif. Dan hukum telah menyerahkan sepenuhnya kepada tergugat untuk mempergunakan haknya untuk membela kepentingannya. Hakim dalam acara peradilan dapat menerapkan acara *verstek* jika syarat-syaratnya terpenuhi maka hakim secara langsung dapat memutus *verstek*. Tindakan tersebut dapat dilakukan berdasarkan jabatan atau *ex officio*.⁸⁰

Apabila hakim hendak memutus dengan *verstek* maka bentuk putusan yang dapat dijatuhkan berdasarkan pasal 125 ayat (1) HIR dapat berupa mengabulkan gugatan penggugat, pada prinsipnya hakim yang memutus secara *verstek* harus menjatuhkan putusan harus mengabulkan gugatan penggugat. Namun tanggung jawab dari seorang hakim dalam penerapan acara *verstek* adalah berat. Yaitu tanpa melalui pemeriksaan yang luas dan mendalam terhadap fakta-fakta yang melekat pada sengketa. Maka dalam mengabulkan gugatan ada beberapa pendapat yaitu:⁸¹

- 1) Mengabulkan seluruh gugatan, maksudnya mengabulkan seluruh gugatan persis seperti apa yang dirinci dalam petitum gugatan.
- 2) Mengabulkan sebagian gugatan, maksudnya adalah ketika seorang hakim dalam memeriksa sebuah perkara dan salah satu pihak tidak hadir maka bukti yang diperoleh tidak sempurna maka apabila

⁸⁰M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h. 397.

⁸¹M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h. 397-398.

cukup alasan yang dapat dikabulkan hanya untuk sebagian, hakim boleh memutus dengan mengabulkan sebagian saja.

Setelah putusan tersebut dijatuhkan maka yang terjadi adalah eksekusi dari putusan tersebut, berdasarkan pasal 128 HIR yang mengatur kapan kekuatan eksekutorial melekat pada putusan *verstek*. Dalam Pasal 128 terdapat beberapa batasan dalam melakukan eksekusi dari putusan *verstek* yaitu:

- 1) Selama jangka waktu mengajukan upaya *verzet* belum dilampaui, dilarang menjalankan eksekusi *verstek*.
- 2) Jangka waktu larangan adalah 14 hari dari tanggal pemberitahuan putusan *verstek* kepada tergugat.⁸²

Namun dalam keadaan yang sangat perlu maka putusan *verstek* dapat dijalankan meskipun tenggang waktu mengajukan perlawanan belum lewat, pengecualian ini diatur dalam Pasal 128 HIR ayat (2). Ketika tergugat melakukan perlawanan terhadap putusan *verstek* (*verzet*) maka:

- 1) Mengakibatkan putusan ini mentah kembali, dan perkara diperiksa kembali dari keadaan semula sesuai dengan gugatan penggugat.
- 2) Dengan demikian perlawanan langsung meniadakan eksistensi putusan *verstek*, sampai dijatuhkan putusan *verzet*.
- 3) Apabila putusan *verzet* menolak perlawanan maka eksistensi putusan *verstek* baru timbul kembali dengan sifat yang permanen.⁸³

Putusan *verstek* memang sangat merugikan kepentingan tergugat, karena tanpa hadir melakukan pembelaan ketika putusan dijatuhkan. Tetapi kerugian itu wajar dibebankan kepada kepada tergugat karena sikap yang tidak mentaati tata tertib beracara.

⁸²M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h. 415.

⁸³M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, h. 416.