

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Anak adalah pilar utama dalam pembangunan suatu bangsa, karena anak merupakan generasi penerus dan cita-cita dari orang tuanya untuk kemaslahatan hidup di dunia maupun akhirat kelak. Untuk menumbuh-kembangkan anak dengan baik, seorang anak memerlukan peran kedua orang tuanya untuk mendidik dan memberikan perlindungan agar dia tetap tumbuh dan berkembang dengan semestinya. Oleh karena itu betapa besar tanggung jawab kedua orang tuanya dalam membentuk pribadi dan perilaku anak-anaknya sampai dewasa.

Secara Filosofis Pengasuhan Anak tidak hanya pada hak asuh anak belaka, melainkan juga mencakup perlindungan, pengasuhan, pengasuhan, dan pendidikan anak yang merupakan kewajiban kedua orang tuanya agar selamat hidup di dunia dan menjadi bekal di akhirat sebagaimana diperintahkan Allah di dalam Al Qur'an Surah At-Tahrim Ayat 06:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا مَلَائِكَةٌ غِلَاظٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ¹

Seorang anak pada permulaan hidupnya sampai umur tertentu memerlukan orang lain dalam kehidupannya, baik dalam pengasuhan fisiknya, maupun pembentukan akhlaknya.² Di atas pundak kedua orang tuanyalah terletak kewajiban untuk tugas pengasuhan tersebut, sebagaimana yang telah ditetapkan

¹Miftachul Chasanah, *Al Quran Dan Terjemah* (Surabaya: Mekar, 2008), h.1063.

²Satria Effendi, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer* (Jakarta: Kencana, 2004), h.166.

hukumnya oleh para ulama.³

Secara yuridis konstruksi pengaturan hak asuh anak terdapat dalam Pasal 41 huruf a Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang telah diubah dengan Undang-Undang No. 16 Tahun 2019, bahwa sebagai akibat putusnya perkawinan karena perceraian:

“baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, pengadilan memberi keputusannya”.

Secara sosiologis pada prakteknya di Pengadilan Agama dalam sengketa pengasuhan anak hakim memutuskan⁴ sesuai dengan ketentuan tersebut, yaitu hak pengasuhan anak jatuh pada ibunya, namun tidak jarang Hakim dalam putusannya memutuskan menjadi hak bapaknya berdasarkan pertimbangan pemeriksaan alat bukti yang diajukan di dalam persidangan. Akibatnya pada pelaksanaan putusannya, anak sangat dirugikan dan sangat tidak adil bagi sang anak, karena hal ini dapat memisahkan anak dengan orang tuanya⁵. Apabila putusan Hakim di Pengadilan, hak asuh anak diserahkan pada ibunya maka anak tersebut terpisah dengan bapaknya. Sebaliknya apabila putusan Hakim memutuskan anak ikut bapaknya, maka anak terpisah dengan ibunya.⁶

³Dasar kewajiban pengasuhan anak terdapat dalam Al Qur'an Surah Al-Baqarah ayat 233 :
 وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ...

Lihat Amir Syarifuddin, *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia Antara Fiqih Munakahat Dan Undang Undang Perkawinan* (Jakarta: Prenada Media, 2006), h.328.

⁴Putusan pengadilan adalah produk Pemikiran hakim tentang hukum, baik hakim tunggal maupun hakim majlis. Proses penemuan hukum dalam Islam disebut ijtihad. Lihat Fakhr al-din al-Râzî, *Al-Mahsûl Fî Ilm Al-Ushûl*, vol. 2 (Beirut: Dâr al-Kutub al-‘Ilmiyah, 1999), h. 427. h. 427. Dan lihat juga Sayf al-Dîn Abû al-Hasan Alî ibn Abî Alî ibn Muḥammad al-Âmîdî, *Al-Ihkâm Fî Ushûl Al-Aḥkâm* (Mekkah: Maktabah Nazzar Mustafa al-Baz, 2000), h. 921.

⁵Pada usia belum mumayyiz ini anak sangat membutuhkan bimbingan, pendidikan dan ayoman dari ayah dan ibunya, baik mental maupun spiritual.

⁶Putusan hak asuh anak menjadi dinding pemisah antara anak dan orang tuanya.

Faktanya putusan pengasuhan anak tersebut banyak menimbulkan problem sosial di masyarakat yang sangat merugikan pada anak, contohnya pada kasus Ayu Ting-Ting yang dilaporkan mantan suaminya Enji kepada Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) karena sejak bercerai tahun 2014 sampai pada Maret tahun 2017 belum bisa bertemu dengan anaknya. Padahal anak secara fisik maupun mental sangat membutuhkan kasih sayang kedua orang tuanya walaupun putusan hak asuh anak ada pada ibunya.⁷

Permasalahan lain juga terjadi pada kasus Maia Estianty di mana putusan Pengadilan Agama hak asuh anak jatuh padanya dengan nomor putusan perkara: 1514/Pdt.G/2007/PAJS tanggal 23 September 2008, namun dia sangat sulit menemui ketiga anaknya yang berada di tangan Ahmad Dhani sebagaimana terjadi pada laporan Maia Estianty kepada Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) pada hari Kamis tanggal 8 Agustus 2011.⁸ Pada kasus ini pun anak yang sangat dirugikan karena terpisah dari ibunya.

Dari fakta tersebut anak sering menjadi korban dari kondisi rumah tangga yang tidak harmonis, sementara putusan-putusan pengadilan agama seperti macan ompong, tidak memiliki daya eksekusi untuk merealisasikan kewajiban yang timbul akibat cerai, begitu juga nasib anak-anak pasca bercerai menjadi anak

⁷Chairul Fikri, "Sulit Temui Anak, Enji Laporkan Ayu Ting Ting Ke Kpai," <http://www.beritasatu.com/hiburan/420015-sulit-temui-anak-enji-laporkan-ayu-ting-ting-ke-kpai.html>, 2017, accessed 17 Maret 2017 2017. Lihat juga Liputan6.com, "Curhat Mengharukan Mantan Suami Ayu Ting Ting Untuk Bilqis," <http://showbiz.liputan6.com/read/2620103/curhat-mengharukan-mantan-suami-ayu-ting-ting-untuk-bilqis>, 2017, accessed 17 Maret, 2017.

⁸Kapanlagi.com, "Sulit Temui Anak, Maia Mengadu Ke Kpai," <https://www.kapanlagi.com/showbiz/selebri/sulit-temui-anak-maia-mengadu-ke-kpai-wvt1ohf.html>, 2007, accessed 8 November 2017, 2017.

yatim swasta⁹.

Permasalahan ini secara sosiologis menjadi problem Pengadilan Agama secara Nasional tentang putusan hak asuh anak adalah dari dulu sampai sekarang sulitnya putusan hak asuh anak untuk dieksekusi (putusan/*non-executable*)¹⁰, hal ini berdasarkan laporan utama Dirjen Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI di Majalah Peradilan Agama edisi 15 Juni 2019 dan merupakan hasil dari Penelitian Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP) pada tahun 2018. Penyebabnya adalah anak pada saat dieksekusi sering tidak berada pada alamat yang tercantum pada putusan hak asuh anak, umumnya anak dibawa pergi atau disembunyikan ke luar dari yurisdiksi Pengadilan Agama pelaksana eksekusi.¹¹

Akibat banyaknya masalah dari pelaksanaan ketentuan tentang sengketa hak asuh anak tersebut, maka menurut Ketua Komisi Perlindungan Anak Indonesia (KPAI) Hadi Supeno, kasus penculikan anak ternyata sebagian besar justru oleh orangtua korban karena berebut kuasa asuh anak, "Data KPAI menunjukkan bahwa sekitar 70 persen kasus penculikan dilakukan oleh orang tua korban itu sendiri, yakni pihak ayah atau pihak korban," Salah satu pihak ingin

⁹Istilah yatim swasta merupakan istilah baru yang dimunculkan berdasarkan fenomena yang terjadi di masyarakat ketika anak-anak yang menjadi korban perceraian, mereka tidak mendapatkan perhatian dan pemenuhan hak-hak dari ayahnya, akibatnya mereka menjadi terlantar dan berpotensi menimbulkan dampak negatif terhadap perkembangan psikologisnya ke depan. Disampaikan Oleh Amran Suadi, "Jaminan Perlindungan Hak-Hak Perempuan Dan Anak Berbasis Interkoneksi Sistem (Sebuah Pemikiran Metabolisme Biological Justice)" (paper presented at the Orasi Ilmiah UIN Sunan Ampel, Surabaya 2022), h.4.

¹⁰Abdul Karim Munthe Farida Prihatini, dan Delila Stefanya Pusparani, "The Problem of the Executing of Child Custody (Hadanah) Decision by the Religious Courts in Indonesia," *Jurnal Syariah* Vol. 27 (30 Agustus 2019 2019): h. 302.

¹¹Ahmad Zainal Fanani, "Problematika Eksekusi Di Pengadilan Agama," *Majalah Peradilan Agama*, Juni 2019, 2019, h.20. baca juga Alfues Jebabun, *Asesmen Awal Permasalahan Eksekusi Putusan Perkara Perdata Di Indonesia* (Jakarta: Lembaga Kajian dan Advokasi Independensi Peradilan (LeIP), 2018), h.27.

menguasai penuh anak. “Karena tidak ditemukan kompromi, dilakukan pemaksaan dengan cara menculik”. Berdasarkan data KPAI, kasus penculikan anak ini relatif banyak pada kasus perceraian yang sudah diputus pengadilan tidak bisa dieksekusi karena ketika putusan terbit, anak berada dalam pengasuhan pihak mantan pasangan yang kalah. Pihak yang menang di pengadilan kemudian menempuh beberapa cara paksa. Kasus lain, juga, karena mantan pasangan merasa dipersulit untuk bertemu dengan anak sehingga dia menempuh cara melarikan atau menculik anak.¹² Kasus-kasus perebutan hak asuh anak tersebut bahkan ada yang berujung pada pemidanaan hal ini terjadi pada kasus seorang ibu yaitu Pransisca pada tahun 2011 yang lalu, didakwa oleh Jaksa Penuntut Umum melanggar pasal 330 ayat 1 KUHP jo Pasal 55 ayat 1 pada Pengadilan Negeri Bandung.¹³

Dari berbagai permasalahan sebagaimana telah dikemukakan, maka peneliti mengambil kesimpulan awal bahwa akibat dari pengaturan sengketa hak asuh anak di dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam ini sangat merugikan terhadap anak-anak di Indonesia.

Seharusnya anak wajib dilindungi, perceraian kedua orang tua bukan alasan untuk mengabaikan hak-hak si anak. Karena secara filosofis hubungan anak dengan orangtuanya adalah abadi tidak ada yang namanya mantan anak, tidak ada pula mantan ayah atau mantan ibu. Anak adalah amanah dari Allah

¹²Editor Hertanto Soebijoto, "Perebutan Kuasa Asuh Pemicu Penculikan," <https://nasional.kompas.com/read/2010/06/07/10435961/perebutan.kuasa.asuh.pemicu.penculikan?page=all>, 2010, accessed 07 Juni 2010, 2010.

¹³Damang Averroes Al-Khawarizmi, "Ketika Anak Menjadi Rebutan," <http://www.negarahukum.com/hukum/ketika-anak-menjadi-rebutan.html> accessed 8 Desember 2011, 2011.

SWT untuk orangtuanya. Amanah itu ialah para orangtua diberi kepercayaan untuk melahirkan, membesarkan, membimbing, dan mengantarkan anak untuk menjadi insan yang baik dan benar sesuai dengan kehendak Allah SWT,¹⁴ sehingga apabila terjadi perceraian terhadap kedua orang tuanya, maka sangat tidak adil bagi anak untuk di abaikan. Anak memiliki hak-hak untuk dipelihara dan dilindungi oleh kedua orang tuanya.

Anak adalah amanah sekaligus karunia Tuhan Yang Maha Esa, yang senantiasa harus kita jaga karena dalam dirinya melekat harkat, martabat, dan hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Anak. Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara, anak adalah masa depan bangsa dan generasi penerus cita-cita bangsa, sehingga setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan.

Anak haruslah diberikan hak yang sama terhadap kedua orang tuanya, hal ini menurut John Rawls prinsip paling mendasar dari keadilan adalah bahwa setiap orang memiliki hak yang sama dari posisi-posisi mereka di masyarakat.¹⁵

Karena anak merupakan bagian terkecil dari masyarakat yang bisa disebut bagian

¹⁴Allah juga memerintahkan kepada kaum Muslimin supaya jangan meninggalkan keturunan yang lemah. Sebagaimana firmanNya dalam Al-Qur'an Surah An-Nisa ayat 9 :

وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ضَعْفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا

Dan hendaklah takut kepada Allah orang-orang yang seandainya meninggalkan dibelakang mereka anak-anak yang lemah, yang mereka khawatir terhadap (kesejahteraan) mereka. oleh sebab itu hendaklah mereka bertakwa kepada Allah dan hendaklah mereka mengucapkan Perkataan yang benar. Lihat Abdullah bin Muhammad, *Tafsir Ibnu Katsir Jilid 2*, trans. M. Abdul Ghoffar (Jakarta: Pustaka Imam asy-Syafi'i, 1994), h.305.

¹⁵John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: the Belknap Press of Harvard University Press, 1999), h.3.

dari keluarga. Oleh karena itu perlindungan hukum bagi anak sangat penting sekali dan merupakan bagian dari perlindungan Hak Asasi Manusia.

Perlunya perluasan makna pasal 41 Undang-Undang Perkawinan tersebut, seharusnya setelah terjadinya perceraian kedua orang tuanya anak wajib diasuh oleh kedua orang tuanya (hak asuh bersama), ibu mengasuh dan mendidiknya dan ayah memberikan nafkah kepadanya. Karena anak adalah merupakan hasil dan akibat dari sebuah perkawinan sebagaimana juga harta yang didapat dari perkawinan tersebut. Maka sangat tidak adil bagi anak apabila terjadi perceraian maka hak asuhnya di perebutkan oleh ibu atau bapaknya sedangkan harta apabila terjadi perceraian maka harta tersebut dibagi menjadi 2 bagian, sinonimnya apabila harta bersama dibagi, maka seyogyanya anak pun hak asuhnya harus bersama-sama juga. Sehingga tidak ada lagi dinding pemisah (putusan pengadilan) antara anak dengan ibu atau bapaknya.

Perlindungan terhadap hak-hak anak pasca perceraian juga harus dibaca dengan pendekatan *maqasid Al-syariah*. Selain alasannya adalah bahwa ada problem besar yang terjadi kepada anak, pasca perceraian kedua orangtua. Anak berpotensi untuk kehilangan hak-haknya dalam kehidupannya. Dalam hal ini negara berkewajiban hadir untuk mengaturnya dalam regulasi-regulasi yang berpihak pada hak-hak anak. Anak-anak mempunyai hak untuk meraih kehidupan yang layak untuk memperoleh kasih sayang dari orang tua, memiliki identitas yang jelas, berhak dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri.

Dalam teori *maqasid Al-syariah*, pengasuhan atas hak atas keturunan (*hifz*

al-nasb).¹⁶ Karena yang terimbas dalam persoalan pengasuhan anak pasca perceraian ini adalah anak, tentu harus dilindungi hak-haknya tersebut dengan cara mengaturnya dalam regulasi pengasuhan anak pasca perceraian. Hal ini dapat dilakukan dengan melakukan perubahan makna pasal 41 Undang-Undang Perkawinan. Perubahan makna tersebut melalui penambahan kata “ayah atau ibu” menjadi ayah dan atau ibu” sehingga hakim dapat secara leluasa untuk memutus hak asuh anak menjadi hak asuh Bersama ibu dan bapaknya.

Konsep pengasuhan bersama telah diimplementasikan di negara-negara *common law* seperti Kanada, Amerika Serikat, Spanyol.¹⁷ Di Kanada misalnya, pengasuhan bersama diatur dalam Undang-Undang perceraian Kanada (1997 *Federal Child Support Guidelines under the Divorce Act*), *shared custody* (pengasuhan bersama) adalah pengaturan mengenai waktu bersama antara anak dengan masing-masing orang tuanya.¹⁸

Hak asuh bersama dalam sistem pengadilan Amerika Serikat, yang dimulai pada pertengahan 1980-an,¹⁹ di banyak negara bagian AS, hak asuh bersama semakin banyak digunakan dengan anggapan tentang pengasuhan bersama yang setara, namun, di sebagian besar negara bagian, hal itu masih dipandang sebagai menciptakan kebutuhan untuk menyediakan masing-masing

¹⁶M. Nurul Irfan, *Nasab Dan Status Anak Dalam Hukum Islam* (Jakarta: Amzah, 2015), h.6-7.

¹⁷Lihat Wikipedia, "Joint_Custody," 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/Joint_custody.

¹⁸M Natsir Asnawi, "Penerapan Model Pengasuhan Bersama (Shared Parenting) Dalam Penyelesaian Sengketa Hak Asuh Anak," *AL IQTISHADIAH JURNAL EKONOMI SYARIAH DAN HUKUM EKONOMI SYARIAH* Vol. 5, No. 1 (2019): h.74.

¹⁹Joan B. Kelly Judith S. Wallerstein, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (Basic Book, 1996), h.121.

orang tua dengan "periode signifikan" hak asuh fisik untuk memastikan anak-anak. "kontak yang sering dan berkelanjutan" dengan kedua orang tua.²⁰

Sedangkan di Aragon Spanyol konsep hak asuh bersama diatur oleh Undang-Undang 2/2010 tentang Kesetaraan dalam Hubungan Keluarga. Di Spanyol, Undang-Undang ini memelopori hak asuh bersama sebagai pilihan yang lebih disukai setelah perceraian.²¹

Berdasarkan latar belakang masalah tersebut maka peneliti sangat berminat untuk meneliti aturan hukum di Indonesia tentang pengasuhan anak pasca perceraian orang tuanya pada Undang-Undang Perkawinan ditinjau dari keadilan hak asasi anak.

B. Perumusan Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah dipaparkan di atas maka dapat dirumuskan bahwa masalah pokok dari penelitian ini adalah:

1. Bagaimana konsep pengasuhan anak di Indonesia pasca perceraian sesuai dengan hak asasi manusia?
2. Bagaimana praktik sebenarnya perlindungan hak asasi anak pasca perceraian kedua orang tuanya di Indonesia?
3. Bagaimana konsep perluasan makna Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan sesuai dengan perluasan konsep hak asasi anak ?

²⁰Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood* (Inggris: Cambridge University Press, 2011), h.45-49.

²¹Comunidad Autónoma de Aragón, "De Igualdad En Las Relaciones Familiares Ante La Ruptura De Convivencia De Los Padres," *Boletín Oficial de Aragón*, 2010.

C. Tujuan dan Signifikansi Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengkaji konsep pengasuhan anak di Indonesia pasca perceraian sesuai dengan hak asasi manusia.
2. Untuk mengkaji bagaimana praktik sebenarnya perlindungan hak asasi anak pasca perceraian kedua orang tuanya di Indonesia.
3. Untuk mengkaji konsep perluasan makna Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan sesuai dengan perluasan konsep hak asasi anak.

Adapun kegunaan dari penelitian ini secara teoritis diharapkan berguna untuk:

1. Memberikan sumbangan pemikiran tentang konstruksi hukum pemeliharaan anak pasca perceraian
2. Menambah khazanah keilmuan di bidang Hukum Perkawinan di Indonesia.
3. Sumbangan pemikiran bagi pengambilan kebijakan dalam pembaharuan hukum keluarga di Indonesia.

Dan kegunaan penelitian ini secara praktis diharapkan berguna untuk:

1. Menemukan konsep hukum baru pemeliharaan anak pasca perceraian yang pada akhirnya bisa menjadi Hukum Islam yang terkodifikasikan dalam perundangan-undangan Indonesia.
2. Menjadi pedoman bagi Hakim-Hakim Pengadilan Agama memutuskan memeriksa dan mengadili sengketa hak asuh anak.

3. Menjadi wakaf akademik bagi anak-anak korban perceraian di seluruh Indonesia.

D. Definisi Operasional

Terkait judul penelitian ini penulis kemukakan beberapa definisi operasional sebagai berikut:

1. Perluasan Makna

Makna adalah merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari semantik dan selalu melekat dari apa yang dituturkan. Pengertian dari makna sendiri sangatlah beragam. Makna selalu menyatu pada tuturan kata maupun kalimat. Sehingga makna adalah sebagai pengertian atau konsep yang dimiliki atau terdapat pada suatu tanda linguistik.²² Aminuddin mengemukakan bahwa makna merupakan hubungan antara bahasa dengan bahasa luar yang disepakati oleh pemakai bahasa sehingga dapat saling mengerti.²³

Perubahan makna meluas adalah gejala yang terjadi pada sebuah kata atau leksem yang pada mulanya hanya memiliki sebuah 'makna', tetapi karena berbagai faktor seperti sosial, ekonomi, politik dan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, menjadi memiliki makna-makna lain.²⁴

Perluasan makna adalah gejala perluasan sebuah makna kata yang masih hidup dalam suatu medan makna. Dalam pergeseran makna rujukan awal tidak berubah atau diganti, tetapi rujukan awal mengalami perluasan rujukan.²⁵

²²Muzaiyanah, "Jenis Makna Dan Perubahan Makna," *Wardah* Vol. 13, No. 2 (2012), h.146.

²³*Ibid.*

²⁴Abdul Chaer, *Linguistik Umum* (Jakarta: Rineka Cipta, 1994), h.141.

²⁵J.D. Parera, *Teori Semantik* (Jakarta: Erlangga, 2004), h.27.

Pergeseran memiliki arti yang universal (keseluruhan). Tetapi yang dimaksud pergeseran disini yaitu suatu perubahan yang terjadi dari kata yang ada pada pasal dalam Undang-Undang menjadi penambahan makna.

2. Pengasuhan Anak

Pengasuhan anak dalam Hukum Islam disebut Hadhanah berasal dari kata Hidhan artinya Lambung, seperti kata *hadhanah ath-Tairu baidahu*, artinya burung itu mengempit telur di bawah sayapnya, begitu pula dengan perempuan (ibu) yang mengempit anaknya.²⁶

Hadhanah menurut bahasa berarti :

“meletakkan sesuatu di dekat tulang rusuk atau dipangkuan, karena ibu waktu menyusukan anaknya meletakkan anak itu dipangkuannya, seakan-akan ibu saat itu melindungi dan memelihara anaknya sehingga “hadhanah” dijadikan istilah yang maksudnya:” pendidikan dan pengasuhan anak sejak dari lahir sampai sanggup berdiri sendiri mengurus dirinya yang dilakukan oleh kerabat anak itu.²⁷

Para fuqaha mendefinisikan hadhanah yaitu melakukan pengasuhan anak-anak yang masih kecil, baik laki-laki maupun perempuan, atau yang sudah besar tetapi belum *mumayyiz*, menyediakan sesuatu menjadikan kebbaikannya, menjaganya dari sesuatu yang menyakiti dan merusaknya, mendidik jasmani, rohani dan akal nya, agar mampu berdiri sendiri menghadapi hidup dan mengatur tanggung jawab. Hadhanah berbeda maksudnya dengan pendidikan anak. Dalam hadhanah terkandung pengertian pengasuhan jasmani dan rohani secara umum yang mencakup pula pengertian pendidikan terhadap anak, tetapi pendidikan anak ini berada di bawah payung hadhanah. Pendidik mungkin terdiri dari keluarga si

²⁶Sayyid Sabiq, *Fiqhus Sunnah Juz 8*, trans. Muhammad Thalib (Bandung: PT Alma'arif, 1980), h. 173.

²⁷Abdul Rahman Ghozali, *Fiqh Munakahat* (Jakarta: Kencana, 2010), h. 175.

anak dan mungkin bukan dari keluarga si anak, dan ia merupakan pekerjaan sosial, sedangkan hadhanah dilaksanakan dan dilakukan oleh keluarga si anak, kecuali jika anak tidak mempunyai keluarga serta ia bukan professional, dilakukan oleh setiap ibu, serta anggota kerabat yang lain.²⁸ Artinya hadhanah merupakan hak dari hadhin, sedangkan pendidikan belum tentu merupakan hak dari pendidik baik orang tua atau pihak atau pihak yang dipercaya untuk membantu mengasuh dan mendidik anak.

Selain kewajiban orang tua memelihara, dan menjaganya dengan baik, disini juga sangat krusial mengenai kewajiban orang tua terhadap pengarahannya bagi pendidikan anak. Yang dimaksud dengan pendidikan anak adalah kewajiban orang tua untuk memberikan pendidikan dan pengajaran yang memungkinkan anak tersebut menjadi manusia yang mempunyai kemampuan dan kecakapan sesuai dengan bawaan bakat anak tersebut yang akan dikembangkan di tengah-tengah masyarakat. Meskipun cakupan hadhanah sangat kompleks yaitu dengan mengawasi, pelayanan mencukupi semua kebutuhannya, pencukupan nafkah anak sampai anak tersebut mencapai batas umur yang sudah beranjak dewasa (*baligh*) dan mampu untuk berdiri sendiri.²⁹

Hadhanah diatur dalam Pasal 41 huruf a Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang telah dirubah dengan Undang-Undang No. 16 Tahun 2019, bahwa sebagai akibat putusannya perkawinan karena perceraian:

“baik ibu atau bapak tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak; bilamana ada

²⁸Amiur Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata. Islam Di Indonesia Studi Kritis Perkembangan Hukum Islam Dari Fiqh, Uu No. 1/1974 Sampai Khi* (Jakarta: Prenada Media, 2004), h.293.

²⁹Ibid., h.294.

perselisihan mengenai penguasaan anak, pengadilan memberi keputusannya”.

Dan dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 105 huruf a menyebutkan: ”Dalam hal terjadi perceraian:

- a. Pengasuhan anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (dua belas) tahun adalah hak ibunya;
- b. Pengasuhan anak yang sudah *mumayyiz* diserahkan kepada anak untuk memilih diantara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pengasuhannya;
- c. Biaya pengasuhan ditanggung oleh ayahnya;

3. Anak

Anak menurut segi bahasa adalah keturunan dari hasil hubungan antara pria dan wanita.³⁰ Di dalam bahasa Arab terdapat bermacam kata yang digunakan untuk arti “anak” sekalipun terdapat “perbedaan yang positif” di dalam pemakaiannya. Kata-kata “sinonim” ini tidak sepenuhnya sama artinya. Umpamanya kata “*Walad*” artinya secara umum *anak*, tetapi dipakai untuk anak yang dilahirkan oleh manusia atau binatang yang bersangkutan. Jika dikatakan “*Waladi*” artinya “anak kandungku” dan “*Walad hadzal hayawan*” berarti “anak binatang yang dilahirkan induknya”. Di samping itu terdapat kata “*Ibnun*” yang artinya anak juga. Hanya ada perbedaan dalam pemakaian keduanya.³¹

Kata yang terakhir ini dipakai dalam arti yang luas yakni dipakai untuk anak kandung. Anak angkat, anak susu, anak pungut, anak tiri dan lainnya. Dalam memakai kata “*Ibnun*” dalam arti umum yang mencakup : 1. Anak Kandung, 2. Anak Angkat, 3. Anak Susu, 4. Anak Pungut, 5. Anak Tiri dan 6. Anak Zina.³²

³⁰Fuad Mohd. Fachruddin, *Masalah Anak Dalam Hukum Islam* (Jakarta: CV. Pedoman Ilmu Jaya, 1990), h.38.

³¹*Ibid.*

³²*Ibid.*, h.40.

Kemudian anak menurut ketentuan Hukum Perdata pada pasal 330

KUHPerdata disebutkan bahwa anak adalah :

1. Yang belum dewasa adalah mereka yang belum mencapai umur 21 (dua puluh satu) tahun dan tidak kawin sebelumnya.
2. Bila perkawinan dibubarkan sebelum umur mereka genap 21 (dua puluh satu) tahun, maka mereka tidak kembali berstatus belum dewasa.
3. Mereka yang belum dewasa dan tidak di bawah kekuasaan orang tua, berada di bawah perwalian atas dasar dan dengan cara seperti yang diatur dalam bagian 3,4,5 dan 6 bab ini.

Dalam Undang-Undang No. 16 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak langsung mengatur tentang masalah kapan seseorang digolongkan anak, tetapi secara tersirat seseorang dianggap dewasa jika ia telah berumur 21 tahun. Hal ini dapat dilihat pada pasal 6 ayat (2).³³

Sedangkan yang dimaksud anak dalam penelitian ini adalah anak sebagaimana yang dimaksud Undang-Undang Perkawinan dan Pasal 105 huruf a Kompilasi Hukum Islam yaitu anak yang belum *mumayyiz* atau belum berumur 12 (dua belas) tahun.

4. Undang-Undang Perkawinan

Yang dimaksud Undang-Undang Perkawinan dalam penelitian ini adalah Undang-Undang No. 16 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang merupakan dasar Hukum bagi masyarakat Indonesia dan merupakan salah satu sumber materiil bagi hakim

³³Irma Setyowati Soemitro, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, 1 ed. (Jakarta: Bumi Aksara), h.19.

Pengadilan Agama dalam memeriksa dan memutus perkara perceraian di Pengadilan Agama.³⁴

Undang-Undang Perkawinan disahkan oleh DPR RI dalam sidang Paripurna tanggal 22 Desember 1973. Dan diundangkan sebagai Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 pada tanggal 2 Januari 1974 (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 No. 1). Kemudian direvisi melalui Sidang Paripurna DPR RI pada tanggal 16 September 2019 menjadi Undang-Undang No. No. 16 Tahun 2019 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.³⁵

5. Keadilan Hak Asasi Anak

Keadilan hak asasi anak mendasarkan diri pada ide bahwa setiap anak memiliki nilai dan hak yang sama, dan mereka harus diperlakukan secara adil dan sesuai dengan kebutuhan dan kondisi mereka. Hak asasi anak melibatkan hak-hak fundamental yang melekat pada setiap anak sebagai individu yang memiliki martabat dan nilai sebagai manusia.³⁶

Keadilan hak asasi anak mengacu pada prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang mengatur perlindungan dan pemenuhan hak-hak asasi anak secara adil. Prinsip-prinsip ini dinyatakan dalam berbagai instrumen hukum internasional, seperti Konvensi Hak Anak Perserikatan Bangsa-Bangsa (CRC),

³⁴ Syarifuddin, h.20.

³⁵ Sekretariat Jenderal DPR RI, "Paripurna Dpr Sepakat 19 Tahun Jadi Batas Usia Minimal Perkawinan," DPR RI, 2019, <https://www.dpr.go.id/berita/detail/id/25935/t/Paripurna+DPR+Sepakat+19+Tahun+Jadi+Batas+Usia+Minimal+Perkawinan>.

³⁶ Muhammad Fachri Said, "Perlindungan Hukum Terhadap Anak Dalam Perspektif Hak Asasi Manusia," *JCH (Jurnal Cendekia Hukum)* Vol. 4, No. 1 (2018)., h.147.

yang menjadi landasan utama dalam mengartikulasikan dan melindungi hak asasi anak secara global. Beberapa prinsip utama keadilan hak asasi anak adalah:³⁷

- a) Non-Diskriminasi: Anak memiliki hak untuk tidak mengalami diskriminasi berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, kebangsaan, atau asal usul sosial.
- b) Keutamaan Kepentingan Terbaik Anak: Keputusan atau tindakan yang memengaruhi anak harus selalu memprioritaskan kepentingan terbaik anak. Ini adalah prinsip dasar dalam hukum hak asasi anak.
- c) Hak untuk Hidup, Bertumbuh, dan Berkembang: Setiap anak memiliki hak untuk hidup, berkembang, dan tumbuh secara optimal. Ini mencakup hak terhadap kesehatan, pendidikan, dan lingkungan yang mendukung pertumbuhan dan perkembangan anak.
- d) Partisipasi Anak: Anak memiliki hak untuk berpartisipasi dalam keputusan yang memengaruhi kehidupan mereka, sesuai dengan tingkat kematangan mereka. Partisipasi ini perlu diakomodasi dan dihormati.
- e) Perlindungan dari Kekerasan dan Eksploitasi: Anak memiliki hak untuk dilindungi dari segala bentuk kekerasan, eksploitasi, dan penelantaran. Perlindungan ini mencakup hak atas keamanan, privasi, dan perlakuan yang tidak menyakitkan.
- f) Hak atas Identitas dan Kewarganegaraan: Anak memiliki hak untuk memiliki nama, kewarganegaraan, dan identitas mereka sendiri, serta hak untuk

³⁷Rahmah Maulidia, "Agama, Konstitusi, Dan Penguatan Hak Asasi Anak," *Jurnal Ilmu Ushuluddin* Vol. 10, No. 2 (2016), h.210.

mempertahankan hubungan dengan orang tua mereka jika dipisahkan dari mereka.

- g) Akses ke Keadilan: Anak memiliki hak untuk mendapatkan akses ke sistem peradilan yang adil jika hak-hak mereka dilanggar. Ini mencakup hak untuk memiliki bantuan hukum yang memadai dan hak untuk dianggap tidak bersalah sampai terbukti sebaliknya.
- h) Perlindungan di Masa Konflik: Anak-anak yang terlibat dalam konflik bersenjata harus mendapatkan perlindungan khusus dan tidak boleh direkrut atau digunakan dalam konflik bersenjata.

E. Penelitian Terdahulu

Beberapa penelitian yang mengkaji hukum pengasuhan anak atau hak asuh anak sebelumnya adalah :

Ahmad Zainal Fanani Tahun 2014 Disertasi di UNTAG Surabaya, dengan judul “Sengketa Hak Asuh Anak dalam Hukum Keluarga Islam di Indonesia Perspektif Keadilan Gender”.

Hasil temuannya adalah Hukum Islam (KHI) tidak berkeadilan gender karena dalam menentukan hak asuh anak ditentukan atas jenis kelamin tertentu. Padahal seharusnya penentuan pemegang hak asuh anak didasarkan atas aspek moralitas, kesehatan, dan kesempatan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah untuk kepentingan terbaik anak.

Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis. Penelitian tersebut adalah mengenai sengketa hak asuh anak dengan mengkaji dan menganalisis apakah ketentuan yang diatur dalam Pasal 105 dan 106

Kompilasi Hukum Islam berkeadilan gender?. Sedangkan yang dipermasalahkan dalam penelitian penulis adalah ketentuan Pasal 105 butir a Kompilasi Hukum Islam yang mengatur tentang kewenangan hak asuh anak setelah terjadinya perceraian. Namun menurut peneliti bisa menjadi dinding pemisah antara anak dengan salah satu orang tuanya.

Rifatul Hatimah Tahun 2011, Disertasi di IAIN Walisongo Semarang dengan judul “Studi Kritis terhadap pasal 105 Kompilasi Hukum Islam tentang Pengasuhan anak yang Belum/Sudah Mumayyiz.

Hasil temuannya adalah menurut pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam yang menentukan bahwa dalam hal terjadinya perceraian, biaya pengasuhan anak di tanggung oleh ayah. Ketentuan Pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam tentang biaya pengasuhan anak tetap menjadi tanggung jawab ayahnya adalah ketentuan yang tepat. Alasannya karena kewajiban memberi nafkah berada di pundak seorang pria. Tidak ada satu ketentuan pun dalam hukum Islam yang mewajibkan istri mencari nafkah untuk anak dan suaminya. Karena itu Pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam sesuai dengan Hukum Islam dan sesuai pula dengan hak dan kewajiban seorang ayah kepada anaknya.

Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, Penelitian tersebut membahas seputar ketentuan Pasal 105 butir c Kompilasi Hukum Islam yang mengatur bahwa biaya pengasuhan anak ditanggung oleh ayahnya. Sedangkan yang dipermasalahkan dalam penelitian penulis ini adalah ketentuan Pasal 105 butir a Kompilasi Hukum Islam yang

mengatur tentang kewenangan hak asuh anak setelah terjadinya perceraian. Namun menurut peneliti bisa menjadi dinding pemisah antara anak dengan salah satu orang tuanya.

Abdul Manaf Tahun 2017 Disertasi di UIN Syarif Hidayatullah Jakarta dengan judul “Putusan Badan Peradilan di Indonesia dalam Sengketa Perlindungan Anak (Kajian dalam Maqasid al-Syariah dan Hak Asasi Manusia).

Hasil temuannya adalah Putusan Badan Peradilan di Indonesia harus berlandaskan progresivitas hukum *in concreto* dalam mewujudkan maqasid al-Syariah dan perlindungan HAM. Posisi ibu sebagai pelaku utama perlindungan anak bagi anak bagi anak yang belum mencapai batas usia mumayyiz (12 tahun), karena secara kodrati ibu lebih dari pada personal lainnya dalam keluarga. Posisi tersebut hanya bisa didegradasi berdasarkan ketentuan perUndang-Undangan demi kepentingan terbaik anak.

Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, penelitian tersebut mengkaji tentang perlindungan anak menurut kodratnya (maqasid al-syariah dan HAM) adalah pada ibu. Sedangkan yang dipermasalahkan dalam penelitian penulis ini adalah tentang ketentuan pasal 105 butir a Kompilasi Hukum Islam, tidak adilnya bagi anak dijadikan objek sengketa dan jadi bahan rebutan antara ibu dan ayahnya pasca perceraian.

Sulaeman Abdullah Tahun 2017 Disertasi di Universitas Islam Sultan Agung Semarang dengan judul “Rekonstruksi Kewenangan Pengadilan Dalam

Perkara Pengasuhan Anak Akibat Perceraian Berbasis Nilai Keadilan Hukum Islam”.

Hasil temuan penelitiannya berupa implementasi kewenangan pengadilan dalam perkara pengasuhan anak masih bersifat ‘*represif*’ (belum sungguh-sungguh memperhatikan kepentingan anak) dan belum sepenuhnya berbasis nilai keadilan hukum Islam. Berdasarkan teori *eks-officio eksepsional* kewenangan pengadilan, maka secara *ex officio* hakim berwenang menjatuhkan putusan soal pengasuhan anak akibat perceraian sekaligus dan menjadi *asessoir* perkara perceraian; Kewenangan tersebut bersifat *eksepsional* (luar biasa) sebagai pengecualian dari asas hakim pasif yang berlaku pada hukum acara perdata pada umumnya.

Penelitian tersebut berbeda dengan penelitian penulis, penelitian tersebut mengkaji tentang rekonstruksi kewenangan pengadilan dalam perkara pengasuhan anak akibat perceraian, pengadilan secara aktif (*ex officio* hakim) berwenang menentukan putusannya anak ikut ibu atau ayah. Sedangkan yang dipermasalahkan dalam penelitian penulis adalah ketentuan ketentuan Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam yang mengatur tentang kewenangan hak asuh anak setelah terjadinya perceraian. Namun menurut peneliti bisa menjadi dinding pemisah antara anak dengan salah satu orang tuanya.

F. Kajian Teori

Teori hukum merupakan studi tentang sifat dari hal-hal yang penting dalam hukum yang lazim terdapat dalam sistem-sistem hukum, di mana salah

satu objek kajiannya adalah pembahasan mengenai unsur-unsur dasar dari hukum yang membuat hukum berbeda dengan aturan standar lain yang bukan hukum. Tujuannya adalah untuk membedakan mana yang merupakan sistem hukum, dan mana yang bukan sistem hukum.³⁸

Van Apeldoorn memberikan luas cakupan dari teori hukum sebagai berikut:

1. Tentang pengertian-pengertian hukum.
2. Tentang objek ilmu hukum, pembuat Undang-Undang, dan yurisprudensi.
3. Tentang hubungan hukum dengan logika.³⁹

Teori (Ilmu) Hukum obyek telaah atau kajiannya adalah tataran hukum positif sebagai sistem, yaitu:

1. Penguasaan ajaran hukum (*concept of law*) seperti sumber hukum, subyek hukum, dan obyek hukum; analisis konsep yuridik seperti putusan *contra legem* (bertentangan dengan hukum), itikad baik, dan pengaruh hukum (*rechtsverwerking*); dan hubungan antar konsep yuridik tersebut.
2. Hubungan hukum dan logika, berkaitan dengan penalaran hukum dalam pengambilan keputusan, dalam logika klasik dikenal telaah tentang logika-deduktif yakni ajaran silogisme yuridis, pengambilan keputusan melalui tiga langkah yaitu: premis mayor, pernyataan berupa norma

³⁸ Munir Fuady, *Teori Teori Besar (Grand Theory) Dalam Hukum* (Jakarta: Kencana, 2013), h. 2.

³⁹ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, 1999), h. 91.

hukum umum, premis minor berupa fakta yang dihadapi, dan konklusi (kesimpulan sebagai keputusan).

3. Metodologi telaah ajaran metode penelitian hukum, yakni penafsiran hukum, konstruksi hukum, dan fiksi hukum. Filsafat Hukum, bagian dari filsafat umum, telaah refleksi terhadap semua gejala hukum baik gejala hukum yang fundamental maupun gejala hukum yang marginal.⁴⁰

Teori hukum yang digunakan dalam penelitian ini disajikan dalam tiga tataran teori, yaitu: *grand theory* (teori payung), dipilih teori maqasid Al-syariah (tujuan hukum), *middle theory* dipilih teori perlindungan hukum, *applied theory* dipilih teori keadilan, Teori Biological Justice, teori perubahan hukum dan teori masalah.

1. Grand Theory

Teori Maqasid Al-Syariah (Tujuan Hukum)

Seluruh aturan hukum pada prinsipnya didedikasikan untuk mewujudkan tujuan yang dikehendaki oleh pembuat hukum, yaitu menciptakan kemanfaatan dan keteraturan hidup manusia. Dan apabila suatu ketentuan hukum sudah tidak lagi sesuai dan tidak mampu mewujudkan tujuan tersebut, maka ia dipandang tidak efektif dan karena itu perlu ijtihad untuk mereformulasi bentuk baru dari hukum yang lebih dapat menjamin terwujudnya tujuan hukum tersebut.

Van Apeldoorn mengemukakan bahwa tujuan hukum adalah untuk mengatur pergaulan hidup secara damai. Kedamaian di antara manusia dipertahankan oleh hukum dengan melindungi kepentingan-kepentingan manusia,

⁴⁰I Dewa Gede Atmadja dan I Nyoman Putu Budiarta, *Teori Teori Hukum* (Malang: Setara Press, 2018), h. 66.

yaitu: kehormatan, kemerdekaan, jiwa, harta benda, dan sebagainya terhadap yang merugikan. Kepentingan individu dan kepentingan golongan manusia selalu bertentangan satu sama lain. Pertentangan kepentingan selalu akan menyebabkan pertikaian dan kekacauan satu sama lain jika tidak diatur oleh hukum.⁴¹

Dalam ilmu hukum dikenal beberapa teori tentang tujuan hukum, antara lain teori etis, teori utilitas, dan teori yuridis-dogmatik yang oleh Ahmad Ali digolongkan ke dalam ajaran Konvensional, sedangkan yang termasuk ke dalam ajaran modern dikenal teori prioritas. Teori Prioritas ini dibedakan antara teori prioritas baku dan teori prioritas kasuistik.⁴²

Teori etis menyatakan bahwa hukum mempunyai tugas yang suci yaitu memberikan keadilan kepada setiap orang yang ia berhak menerimanya,⁴³ sedangkan menurut teori utilitas hukum bertujuan mewujudkan apa yang berfaedah. Teori ini diajarkan oleh Jeremi Bentham yang diikuti oleh James Mill dan John Stuart Mill. Bellefroid mencoba memadukan dua teori di atas dengan mengemukakan bahwa hukum ditentukan menurut dua asas yaitu keadilan dan faedah. Adapun tujuan hukum menurut teori yuridis-dogmatik adalah untuk menjamin kepastian hukum. Kepastian hukum merupakan sesuatu yang penting dan tidak menjadi persoalan apakah hukum dirasakan tidak adil atau tidak memberikan manfaat bagi masyarakat.⁴⁴

⁴¹Van Apeldoorn, *Inleiding Tot De Studie Van Het Nederlandse Recht*, trans. M. Oetarid Sadino (Jakarta: Noordhoff-Koff, 1957), h.20.

⁴²Ahmad Ali, *Menguk Tabir Hukum: Suatu Kajian Filosofi Dan Sosiologis* (Jakarta: Gunung Agung, 2002), h.73.

⁴³Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia* (Jakarta: Ikhtisar, 1957), h.20.

⁴⁴Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), h.21.

Ketiga teori di atas dianggap konvensional dan ekstrem karena hanya bertujuan untuk mewujudkan salah satu dari tiga tujuan (keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum) sehingga muncullah teori Prioritas yang lebih moderat dengan menerima ketiga-tiganya sekaligus sebagai tujuan hukum. Teori Prioritas ini dibedakan antara Prioritas Baku dan Prioritas Kasuistik. Teori Prioritas Baku dipelopori oleh Gustaf Radburch seorang filosof Jerman. Menurut Radburch ide dasar hukum mencakup tiga unsur yaitu keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum. Radburch mengajarkan asas prioritas di mana keadilan harus mendapat prioritas pertama, barulah kemanfaatan, dan terakhir kepastian hukum.⁴⁵

Teori Radburch yang semula dipandang sebagai teori yang maju dan arif, ternyata dalam kasus tertentu tidak sesuai dengan kebutuhan hukum. Dapat saja dalam satu kasus tertentu keadilan lebih tepat untuk mendapatkan prioritas, namun tidak demikian dalam kasus lain. Adakalanya kemanfaatan harus lebih diutamakan daripada keadilan dan kepastian hukum atau kepastian hukum lebih diutamakan daripada keadilan dan kemanfaatan. Melihat kenyataan semacam itu timbullah teori Prioritas Kasuistik.⁴⁶

Tujuan hukum dalam syariat Islam dikenal dengan istilah *Maqashidusy Syari'ah*⁴⁷ yang penekanannya kepada terwujudnya kemaslahatan

⁴⁵Otje Salman, *Ikhtisar Filsafat Hukum* (Bandung: Armico, 1992), h.9-10.

⁴⁶Ali., *Menguak.*, h.73-75

⁴⁷Menurut Mahmud Syaltut, syari'ah didefinisikan sebagai "aturan-aturan yang diciptakan oleh Allah untuk dipedomani manusia dalam mengatur hubungan dengan Tuhan, dengan manusia baik sesama muslim atau non muslim, alam dan seluruh kehidupan. Lihat Maḥmūd Syaltūt, *Islām: 'Aqīdah Wa Syari'ah* (Kairo: Dār al-Qalām, 1966), h. 12.

Definsi lain kata *syariah* berarti jalan menuju sumber air atau sumber pokok kehidupan. Secara ishtilah, *syariah* adalah ketentuan-ketentuan yang diturunkan oleh Allah swt. kepada hambanya melalui Nabi saw. yang mencakup akidah, muamalah dan akhlak. Lihat juga Totok Jumantoro dan Samsul Munir, *Kamus Ilmu Ushul Fiqih* (Jakarta: Amzah, 2005), h.196.

ummat. Daud Ali mengemukakan bahwa tujuan hukum Islam secara umum dirumuskan untuk kebahagiaan hidup manusia di dunia dan akhirat, dengan mengambil segala yang bermanfaat dan mencegah atau menolak yang mudarat yaitu yang tidak berguna bagi hidup dan kehidupan. Selanjutnya Ali mengemukakan bahwa tujuan hukum Islam adalah kemaslahatan hidup manusia, baik rohani maupun jasmani, individual dan sosial.⁴⁸ Hukum-hukum itu untuk tujuan kemaslahatan manusia. Alasannya, jika hukum-hukum itu kosong dari kemaslahatan, maka hilanglah hikmah dalam perbuatan Allah sehingga menjadi sia-sia. Hal ini paradok dengan sifat keagungan dan kebijaksanaan Tuhan yang Mahakuasa.⁴⁹ Jadi Tujuan hukum Islam adalah mewujudkan kemaslahatan hidup manusia di dunia dan akhirat dengan mengambil segala yang bermanfaat dan menolak segala yang menimbulkan mudharat bagi hidup dan kehidupannya.⁵⁰

Dilihat dari sudut kerasulan Nabi Muhammad SAW, dapat diketahui bahwa tujuan syariat Islam diturunkan oleh Allah adalah untuk mewujudkan kesejahteraan umat manusia secara keseluruhan.⁵¹

Menurut Jasser Auda, bahwa syari'ah pada dasarnya adalah prinsip yang berpijak pada hikmah dan kemaslahatan umat manusia. Hikmah dan kemaslahatan itu harus terwujud di tengah kehidupan mereka. Syariah merupakan keadilan, rahmat, hikmah dan kemaslahatan. Maka, setiap masalah atau hal yang keluar dari keadilan, tidak dapat menghadirkan kerahmatan dan tidak mampu mewujudkan kemaslahatan, bukanlah syariah meskipun didalamnya melibatkan pentakwilan. Lihat juga Jasser Auda, *Maqasid Shariah as Philosophy of Islamic Law: A Sitem's Approach* (Virginia: International Institute of Islamic Thought, 2008)., h.21-22.

⁴⁸Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam, Pengantar Ilmu Hukum Dan Tata Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Pers, 2014)., Hukum Islam., h.54. Lihat juga Abu Yasid, *Lagika Hukum Dari Mazhab Rasionalisme Hukum Islam Hingga Positivisme Hukum Barat* (Yogyakarta: Saufa, 2016)., h.236-237.

⁴⁹Safriadi, "Kontribusi Ibn 'Asyur Dalam Kajian Maqasid Al-Syari'Ah," *Jurnal Ilmiah Islam Futura* Vol. Volume XIII, No. 2 (2014)., h.84.

⁵⁰Ali Imron, *Legal Responsibility: Membumikan Asas Hukum Islam Di Indonesia* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2015)., h.29.

⁵¹Alaiddin Koto, *Ilmu Fiqh Dan Ushul Fiqh* (Jakarta: Rajawali Press, 2014)., h.115.

Maqasid Al-syariah dalam ilmu ushul fiqih bertujuan untuk mengetahui tujuan-tujuan disyariatkannya hukum *syar'i*. Tujuan hukum ini diyakini merupakan salah satu faktor penting dalam menetapkan hukum *syar'i* yang dihasilkan melalui *ijtihad*.⁵² *Maqasid Al-syariah* dapat didefinisikan dengan makna dan tujuan yang dikehendaki Syari' dalam mensyari'atkan suatu hukum bagi kemaslahatan manusia.⁵³ *Maqasid Al-syariah* oleh sebagian ulama' ushul fiqih juga disebut sebagai *asrar Al-syariah*, yang berarti rahasia-rahasia yang terdapat dibalik hukum yang ditetapkan oleh Syari' berupa kemaslahatan bagi umat manusia baik di dunia maupun di akhirat.⁵⁴ Hal ini disebutkan secara jelas dalam Al-Qur'an Surah Al Anbiyya ayat 107:

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

Kata *maqâsid* merupakan istilah yang sangat populer dalam kajian fiqh Islam dan hukum Islam. Terdapat banyak istilah atau nama yang digunakan untuk menyebut *maqâsid*. Di antaranya, *qasd al-syari' bi al-hukm* (istilah ini dipakai oleh misalnya Ibn Rusyd, Ibn Taimiyah, Ibn al-Qayyim dan al-'Amidi), *Gard al-syari'* (istilah ini dipakai oleh misalnya Ibn al-Arabi, al-Sarkhasi dan al-Syaukani), *ma arada al-syari' bi al-hikam* (istilah ini dipakai oleh misalnya al-Syafi'i, al-Jassash dan Ibn al-Qayyim), *ma tasawwafa al-*

⁵²Team Penyusun, *Ensiklopedi Hukum Islam* (Jakarta: Ikhtiar Baru van Hove, 2001), h.1108.

⁵³*Ibid*. Lihat juga Al-Yasa' Abu Bakar, *Ushul Fiqih Dan Fiqih* (Banda Aceh: Bandar Publishing, 1987), h.41.

⁵⁴Menurut 'Abdul Wahhab Khallaf diantara syarat 'illat yang telah disepakati para ulama' adalah adanya kesesuaian antara sifat yang telah diplot sebagai 'illat dengan tujuan hukum atau hikmah. Karena pada dasarnya yang menjadi tujuan penetapan sebuah hukum adalah hikmah itu sendiri yang berupa menarik kemaslahatan dan menolak kemafsadatan. Lihat Forum Kalimasada, *Kearifan Syari'at: Menguak Rasionalitas Syari'at Dari Perspektif Filosofis, Medis, Dan Sosiohistoris*, 1 ed. (Surabaya: Khalista, 2009), h.13.

syari' ilaih (istilah ini dipakai oleh misalnya al-Saiwasi), *munasabat al-qiyas* (istilah ini dipakai oleh misalnya al-Razi, al-Ghozali dan al-'Amidi), *al-hikmah* (istilah ini dipakai oleh misalnya al-Ghazali dan al-Razi), *al-maslahah* (istilah ini dipakai oleh misalnya al-Zurqani, Ibn Qudamah, Ibn al-Qayyim dan al-'Amidi), *al-maslahah al-mursalah* (istilah ini dipakai oleh misalnya al-Ghazali).⁵⁵

Menurut Satria Effendi M. Zein, *maqasid al-syari'ah* adalah tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam merumuskan hukum-hukum Islam. Tujuan itu dapat ditelusuri dalam ayat-ayat al-Qur'an dan hadis sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang berorientasi kepada kemaslahatan manusia. mustahil Tuhan menurunkan hukum tanpa tujuan tertentu, dan tujuan tersebut adalah untuk manusia.⁵⁶

T.M. Hasbi Ash-Shiddieqi, dalam bukunya falsafah hukum Islam mengatakan: "bahwa tujuan hukum hanyalah mewujudkan kemaslahatan masyarakat baik di dunia maupun di akhirat, menolak *kemadharatan* dan *kemafsadatan* serta mewujudkan keadilan yang mutlak. Segala hukum Islam, baik hukum yang *dinaskan* sendiri maupun hukum hasil *ijtihad*, tetap diperhatikan padanya tujuan yang luhur ini."⁵⁷

Mukhtar Yahya dan Fathurrohman, dalam bukunya Dasar-Dasar Pembinaan Hukum Fiqih Islami, menyatakan tentang *maqasid at-tasyri'iyah* yaitu bahwa *Syari'* dalam menciptakan *syari'at* (Undang-Undang) bukanlah

⁵⁵Muhammad Faisol, "Pendekatan Sistem Jasser Auda Terhadap Hukum Islam: Ke Arah Fiqh Post-Postmodernisme," *Kalam: Jurnal Studi Agama dan Pemikiran* Vol. Volume VI, Nomor 1 (2012), h.50-51.

⁵⁶Satria Effendi M. Zein, *Ushul Fiqh* (Jakarta: Kencana, 2005), h.233.

⁵⁷Hasbi Ash-Shiddieqy, *Falsafah Hukum Islam* (Jakarta: Bulan Bintang, 1993), h.123.

serampangan tanpa arah melainkan bertujuan untuk merealisasikan kemaslahatan umum, memberikan kemanfaatan dan menghindarkan *kemafsadatan* bagi umat manusia.⁵⁸

Menurut Amir Syarifuddin, dalam bukunya *Ushul Fiqih*, beliau menyatakan bahwa suruhan dan larangan Allah dalam al-Qur'an dan suruhan dan larangan Nabi dalam sunnah yang terumuskan dalam fiqih akan terlihat bahwa semuanya mempunyai tujuan tertentu dan tidak ada yang sia-sia.⁵⁹ Semuanya mempunyai hikmah yang mendalam, yaitu sebagai rahmat bagi umat manusia. Menurut beliau, para ulama' sepakat bahwa hukum syara' memang mengandung *kemaslahatan* untuk umat manusia.⁶⁰

Menurut telaah historis, Imam al-Haramain al-Juwaini merupakan ahli ushul pertama yang menekankan pentingnya memahami *maqasid syari'ah* dalam menetapkan hukum Islam. al-Juwaini secara tegas mengatakan bahwa seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam sebelum ia memahami benar-benar tujuan Allah mengeluarkan perintah-perintah dan larangan-larangan-Nya. Pada prinsipnya al-Juwaini membagi tujuan tasyri' menjadi tiga macam, yaitu daruriyyah, hajjiyyah dan mukramat. Pemikiran al-Juwaini tersebut dikembangkan oleh muridnya, al-Ghazali, yang menjelaskan maksud syari'at dalam kaitannya dengan pembahasan munasabah al-maslahiyyat dalam qiyas. Maslahat menurut al-Ghazali dicapai dengan cara menjaga lima

⁵⁸Muhtar Yahya dan Fathurrohman, *Dasar-Dasar Pembinaan Hukum Fiqih Islami* (Bandung: Al-Ma'arif, 1986), h.333. Lihat juga Ahmad Sabiq, *Qawaidul Fiqhiyyah: Kaedah-Kaedah Praktis Memahami Fiqih Islami* (Yogyakarta: Pustaka Al-Furqon, 2005), h.29.

⁵⁹Amir Syarifuddin, *Garis-Garis Besar Ushul Fiqih* (Jakarta: Prenada Media Group, 2003), h.21.

⁶⁰Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh* (Jakarta: Logos, 1999), h.205.

kebutuhan pokok manusia dalam kehidupannya, yaitu memelihara agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.⁶¹

Ibn ‘Asyur menjelaskan bahwa setiap *al-maqasid*, baik itu berkaitan dengan syariat mau pun hamba, tidak terlepas dari hak Allah, hak hamba, dan kombinasi antara keduanya. Ibn ‘Asyur dalam kitabnya membagi maqasid Al-syariah kepada dua bagian, yaitu maqasid Al-syariah yang bersifat umum (*al-maqasid al-ammah*) dan maqasid Al-syariah yang bersifat khusus (dan *maqasid al-syari’ah* yang bersifat khusus (*al-maqasid al-Khassah*). Ibn ‘Asyur mendefinisikan *al-maqasid al-ammah* sebagai hikmah, dan rahasia serta tujuan diturunkannya syariat secara umum dengan tanpa mengkhususkan pada satu bidang tertentu.⁶²

Menuru Ali Jum’ah, Maqasid Syariah ada lima: menjaga agama, menjaga jiwa, menjaga akal, menjaga keturunan dan menjaga harta. Semuanya mempunyai tiga level; darurat atau mendesak (*dharuriyyat*), butuh (*haiyyat*) dan pelengkap (*tahsiniyyat*) dan setiap levelnya akan terisi penuh, baik dari asalnya (*ashalah*) atau dengan penyempurnanya (*takmil*), semuanya ada kalanya berhubungan dengan wujud (tindakan) atau berhubungan dengan adam (tidak adanya tindakan).⁶³

Pemikir dan ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *maqasid syari’ah* adalah Izzuddin ibn Abdus Salam dari mazhab Syafi’iyah. Abdus Salam lebih banyak menekankan dan mengelaborasi konsep

⁶¹Abû Hamîd Muḥammad al-Ghazâlî, *Al-Mustasfâ Min ‘Ilm Al-Ushûl*, vol. Juz ke 1 (Beirut: Mu’assasat al-Risâlah, 1997)., h.251.

⁶²Muḥammad Tahîr ibn ‘Âsyûr, *Maqâsid Al-Syari’Ah Al-Islâmiyyah* (Tunisia: Maktabah al-Istiqâmah, 1366H)., h.50.

⁶³Ali Jum’ah, *Trikh Ushul Al-Fiqh* (Mesir: Dâr al-Maqthum li al-Nasyir wa al-Tauzi, 2015)., h.130.

masalahat secara hakiki dalam bentuk menolak mafsadat dan menarik manfaat. Menurutnya taklif harus bermuara pada terwujudnya kemaslahatan manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Berdasarkan penjelasan ini, dapat dikatakan bahwa Abdus Salam telah berusaha mengembangkan konsep masalahat yang merupakan inti pembahasan dari *maqasid syari'ah*.⁶⁴

Pembahasan tentang *maqasid syari'ah* secara khusus, sistematis dan jelas dilakukan oleh asy-Syatibi dalam kitabnya *al-Muwafaqat*. Secara tegas asy-Syatibi mengatakan bahwa tujuan Allah menetapkan hukum-hukum-Nya adalah untuk terwujudnya kemaslahatan hidup manusia, baik di dunia maupun di akhirat. Oleh karena itu, taklif hukum harus mengarah pada realisasi tujuan hukum tersebut.⁶⁵

Setiap taklif (bebanan hukum) mengandung kemaslahatan yang memiliki urgensi bervariasi terdiri dari tiga tingkatan yaitu daruriyyah (primer), hajiyyah (sekunder), dan tahsiniyyah (tertier). Kemaslahatan dalam kaitannya dengan nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat pada dasarnya terbatas pada persoalan muamalah dan tingkat kemaslahatannya pada umumnya pada tingkatan *hajiyyah* (sekunder), dan *tahsiniyyah* (tertier).⁶⁶

Kemaslahatan dalam syariat Islam tersebut dapat diibaratkan dengan lampu-lampu pengatur lalu lintas jalan raya. Lampu merah melambangkan larangan (haram) dalam syariat Islam yang jika dilanggar akan menimbulkan bahaya bagi kehidupan manusia. Bukankah pengendara sepeda motor yang nekad

⁶⁴Amir Mu'alim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam* (Yogyakarta: UII Press, 2001), h.51.

⁶⁵Abdullâh Mushthafâ al-Maraghî, *Al-Fath Al-Mubîn Fî Thabâqât Al-Ushûlyîn*, vol. Juz 2 (Beirut: Dâr al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1394H), h.204.

⁶⁶Wahbah al-Zuhaylî, *Ushûl Al-Fiqh* (Beirut: Dâr al-Fikr, 1986), h.1017

melintas saat lampu merah kemungkinan besar akan mengalami bahaya kecelakaan yang umumnya antara masuk rumah sakit atau masuk kubur (meninggal). Lampu kuning melambangkan *syubhat* (antara haram dan halal) dalam syariat Islam yang sebaiknya tidak dilanggar karena jika dilanggar akan menimbulkan bahaya juga walaupun tidak seperti melanggar.⁶⁷

Cara memahami *maqasid syari'ah* dalam pandangan asy-Syatibi adalah dengan memadukan dua pendekatan, yaitu pendekatan zahir al-lafzh dan pertimbangan makna (*'illat*). Untuk merealisasikan pemikiran ini, ada tiga cara:⁶⁸

1. Melakukan analisis terhadap lafal perintah dan larangan.

Diutamakan untuk mengikuti tujuan yang tertulis sedangkan kasus kedua harus melakukan tawaquf (menyerahkan hal ini kepada pembuat hukum) dengan didasarkan pada dua pertimbangan yaitu tidak boleh melakukan *ta'addi* (perluasan cakupan) terhadap apa yang telah ditetapkan *nash* dan dimungkinkan untuk melakukan perluasan cakupan *nash* apabila tujuan hukum dapat diketahui *tabi'ah*.

2. Penelaahan *'illatull-amr* dan *nahy*. *'Illat* ini dapat ditemukan dalam teks secara tertulis maupun yang tidak tertulis.

Beranjak dari landasan di atas asy-Syatibi kemudian merumuskan lima ketentuan:

1. Kepentingan primer (*dharuri*) adalah asal bagi segala kepentingan yang lain.
2. Kerusakan (*ikhtilat*) pada kebutuhan dharuri berarti kerusakan bagi kepentingan yang lain secara mutlak.
3. Kerusakan pada kepentingan yang lain tidak berarti merusak kepentingan *daruriyyah*.

⁶⁷La Jamaa, "Dimensi Ilahi Dan Dimensi Insani Dalam Maqashid Al-Syari'ah " *Asy-Syir'ah Jurnal Ilmu Syari'ah dan Hukum* Vol. Vol. 45 No. II (2011)., h. 1258.

⁶⁸ Munir., h.197-18.

4. Terkadang kerusakan kepentingan *tahsiniyyah* atau *hajiyyah* secara mutlak bisa berakibat rusaknya kepentingan primer,
5. Perlindungan (*muhafazah*) atas kepentingan *tahsiniyyah* dan *hajiyyah* harus dilakukan untuk mencapai kepentingan primer.⁶⁹

Berpijak pada *masalah daruriyyah*, disusunlah lima kategori yaitu menjaga kemaslahatan agama (*ad-din*), jiwa (*an-nafs*), keturunan (*an-nasb*), kekayaan (*al-mal*) dan intelektual (*al-aql*).⁷⁰ Sedangkan kemaslahatan yang bersifat *hajiyyah* disebutkan karena dibutuhkan untuk memperluas maqasid dan untuk menghilangkan kekakuan pengertian literal. Artinya kebutuhan akan *hajiyyah* adalah sebagai pertimbangan manusia dalam merumuskan kemaslahatan yang bersifat daruriyyah. Akan tetapi hancurnya *hajiyyah* tidak menghancurkan keseluruhan *masalah*.⁷¹

Bagian penting dari *maqasid asy-syari'ah* adalah penjelasan tentang tujuan *Syari'* membawa mukallaf ke bawah naungan hukum-Nya. Tujuan utamanya adalah mengeluarkan mukallaf dari dorongan (semata-mata) hawa nafsunya sehingga ia bisa menjadi hamba Allah secara suka rela (*ikhtiyar*) sebagaimana ia adalah hamba Allah secara pasti (*idzraran*). Pengalaman manusia dalam bermasyarakat menunjukkan bahwa masalah keagamaan maupun dunia tidak bisa dicapai dengan cara mengikuti hawa nafsu dan motif-motif egois.

Asy-Syatibi menolak pengidentifikasian masalah dengan syahwat (keinginan-keinginan), hawa (hawa nafsu), dan afraad (kepentingan-kepentingan

⁶⁹Abû Ishâq al-Syathibî, *Al-Muwâfaqat Fî Ushûl Al-Syari'ah* (Beirut: Dâr al-Ma'rifah, 1975), h.324.

⁷⁰Syahrul Anwar, *Ilmu Fiqih Dan Ushul Fiqih* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010), h.76.

⁷¹Muhammad Khalid Mas'ud, *Shatibi's Philosophy of Islamic Law* (Delhi: Adam Publisher and Distributors, 1997), h.21.

pribadi).⁷² Jika perbuatan sesuai dengan tujuan Syari' maka kesesuaian itu mempunyai dua kemungkinan, yakni sesuai dengan tujuan utama (*maqasid asliyah*) dan tujuan sekunder (*maqasid tabi'ah*). Dimaksud tujuan utama adalah tujuan yang tidak memberi tempat bagi keuntungan pribadi mukallaf. Tujuan asal ini adalah lima kepentingan *daruriyyah*, sedangkan tujuan sekunder (*maqasid tabi'ah*) ialah tujuan yang menyediakan keuntungan pribadi bagi mukallaf. Dari arah ini mukallaf bisa mendapatkan tuntutan alamiah (*syahwat*) dan kesenangan yang juga dimaksudkan untuk dipuaskan.⁷³

Asy-Syatibi mengajukan argumentasi bahwa dalam tujuan sekunder, syahwat merupakan sarana untuk mencapai dan mengabdikan untuk kepentingan tujuan asal. Apabila tujuan asal pada dasarnya diwajibkan atas *mukallaf* tanpa memperdulikan apakah ia menerima atau menolak, namun tujuan sekunder bisa mendatangkan keuntungan dan manfaat bagi *mukallaf*. Dengan demikian, sungguhpun perbuatan *mukallaf* dalam tujuan asal bisa mendatangkan tujuan sekunder, namun yang lebih utama hendaknya amal itu diarahkan untuk mencapai tujuan asal. Sebaliknya, perbuatannya dalam memenuhi tujuan sekunder hendaknya diabdikan kepada tujuan asal.⁷⁴

Secara garis besar, apa yang diinginkan asy-Syatibi secara metodologis adalah upaya pergeseran prosedur metodologis dengan menggunakan prosedur induksi sempurna, di mana seseorang dapat bergerak dari aturan-aturan partikular ke arah hukum-hukum universal *syari'ah*. Tujuan utama maupun tujuan sekunder

⁷²al-Syathibî., h.467-471.

⁷³Ibid., h.476.

⁷⁴Khatib Sholeh, "Fiqih Kemaslahatan: Menimbang Maqashid Asy-Syari'Ah Syatibi," *Gerbang Jurnal Pemikiran Agama dan Demokrasi* Vol. 3 Nomor II (1999)., h.106.

dalam hukum Islam, sebagaimana yang diungkapkan asy-Syatibi, hanya dapat diwujudkan dengan mengacu pada pemberlakuan norma yang telah ditetapkan dalam al-Qur'an dan as-sunnah. Pemberlakuan norma ini dikembangkan secara bertingkat sebagai upaya merealisasikan antara idealis dan realistis, antara aturan yang abstrak dan aturan yang praktis. Setidaknya ada tiga tingkatan norma yang dikembangkan sekarang, yaitu nilai-nilai dasar (*al-qiyam al-asasiyyah*), asas-asas umum (*al-usul al-kuliyyah*), dan peraturan-peraturan hukum konkrit (*al-ahkam al-far'iyyah*).

Menurut Al-Syatibi tujuan utama syari'ah adalah untuk menjaga, melindungi dan memperjuangkan tiga kategori hukum yang disebut sebagai *daruriyyat*, *hajiyyat*, dan *tahsiniyyat*. *Daruriyyat* diwujudkan dalam dua pengertian: pertama, kebutuhan itu harus diwujudkan dan diperjuangkan; dan kedua, segala hal yang menghalangi pemenuhan kebutuhan tersebut harus disingkirkan. Seperti lima hal yang harus dijaga, dilindungi dan diperjuangkan yaitu: hak hidup, kekayaan, keturunan, akal, dan agama, rumusan seperti ini tidak ditemukan dalilnya secara tegas baik dalam Qur'an dan sunnah, tetapi pengetahuan akan hak universal ini ada dalam pikiran umat Islam baik sebagai masyarakat maupun individu. Karena fakta ini didukung baragam dalil sehingga menimbulkan kepastian. *Hajiyyat* diwujudkan dalam aspek hukum yang dibutuhkan untuk meringankan beban yang teramat berat, seperti kebolehan jual beli dengan cara (menjual barang/buah yang belum masak tetapi dihitung dengan buah yang sudah masak) yang mengandung resiko, dan kebolehan mempersingkat pelaksanaan ibadah dalam kesukaran/terjepit atau sakit. Dua contoh itu

menunjukkan prinsip penyederhanaan hukum saat keadaan darurat muncul dalam kehidupan sehari-hari. *Tahsiniyyat* diwujudkan pada aspek hukum yang bersifat anjuran (*fakultatif*) dan bukanlah dalam pengertian mendesak apabila tidak melaksanakannya tidaklah merugikan kebutuhan *daruriyyat* atau *tahsiniyyat*. Namun perbuatan itu memberi nilai tambah bagi karakter syari'ah secara umum.⁷⁵

Diskursus *maqasid al-syari'ah* dalam kajian hukum Islam telah mengalami perkembangan dari waktu ke waktu. Perkembangan tidak hanya pada aspek terminologi tetapi juga pada aspek metodologi. Fakta ini menjadi hal yang sangat menggembirakan bagi kajian hukum Islam yang selama ini banyak mengalami stagnasi. Tawaran Jasser Auda untuk melakukan pemaknaan ulang terhadap konsep *maqasid al-syari'ah* menyiratkan sebuah pesan bahwa *maqasid al-syari'ah* dapat dijadikan metode sendiri dalam mengkaji persoalan hukum Islam.⁷⁶

Jasser Auda memberikan catatan kritis atas teori *maqasid* yang dikembangkan pada abad klasik. Menurutnya, di sana terdapat empat kelemahan. Pertama, teori *maqasid* klasik tidak memerinci cakupannya dalam bab-bab khusus sehingga tidak mampu menjawab secara detail pertanyaan-pertanyaan mengenai persoalan tertentu. Kedua, teori *maqasid* klasik lebih mengarah pada kemaslahatan individu, bukan manusia atau masyarakat secara umum; perlindungan diri/nyawa individu, perlindungan akal individu, perlindungan harta individu dan seterusnya. Ketiga, klasifikasi *maqasid* klasik tidak mencakup prinsip-prinsip utama yang lebih luas, misalnya keadilan, kebebasan berekspresi dan lain-lain. Keempat,

⁷⁵Sidik Tono, "Pemikiran Dan Kajian Teori Hukum Islam Menurut al-Syatibi," *Jurnal Al-Mawarid* Vol. Edisi XIII (2005)., h.106.

⁷⁶Alvan Fathony, "Maqashid Al-Syariah Sebagai Konsep Dasar Dalam Teori Pembentukan Hukum Islam Di Indonesia," *Jurnal ISLAM NUSANTARA* Vol. 2, No. 2 (2018)., h.170.

penetapan maqasid dalam teori maqasid klasik bersumber pada warisan intelektual fiqh yang diciptakan oleh para ahli fiqh, dan bukan diambil dari teks-teks utama seperti al-Qur'an dan sunnah.⁷⁷

Jasser Auda berusaha mengkonstruksi ulang konsep Maqasid lama yang bersifat *protection and preservation* menuju pada teori maqasid yang mengacu pada *development and rights*.⁷⁸ Menurut Auda, teori maqasid klasik yang lebih bersifat hirarkis dan lebih terjebak pada kemaslahatan individu tersebut tidak akan mampu menjawab tantangan dan persoalan zaman kekinian. Bagaimanapun juga kemajuan demi kemajuan peradaban umat manusia terus dicapai dan berkembang. Seiring dengan itu, tantangan dan problematika pun selalu muncul ke tengah kehidupan umat manusia. Teks tidak akan pernah berubah, tetapi konteks situasi yang berada di luar dunia teks selalu mengiringi umat manusia dari waktu ke waktu. Maka, konteks menjadi faktor yang menentukan dalam mengiringi tujuan syariah. Kemaslahatan syariah bergantung pada kemajuan realitas yang terus berubah dan peristiwa yang senantiasa baru, namun tidak berarti menjatuhkan diri dalam pendekatan *historis*.⁷⁹

Maqasid al-syari'ah dapat dijadikan sebagai prinsip universal (*al-usul al-kulli*) untuk menghindari pertentangan dalil (*ta'arud al-adillah*) antara makna lafal dengan makna konteks. Ia menjadi metode jalan tengah antara pertentangan

⁷⁷Auda., h.3-4. Lihat juga Moh. Anas Kholish dan Nor Salam, *Epistemologi Hukum Islam Transformatif Sebuah Tawaran Metodologis Dalam Pembacaan Kontemporer* (Malang: UIN Maliki Press, 2015), h.148.

⁷⁸Galuh Nashrullah Kartika Mayangsari R dan H. Hasni Noor, "Konsep Maqashid Al-Syariah Dalam Menentukan Hukum Islam (Perspektif Al-Syatibi Dan Jasser Auda)," *AL IQTISHADYAH JURNAL EKONOMI SYARIAH DAN HUKUM EKONOMI SYARIAH* Vol. 1 (2014), h.56.

⁷⁹Jasser Auda, *Fiqh Al-Maqâsid Ina'at Al-Ahkâm Bi Maqâsidihâ* (London: al-Ma'had al-Alami li al-Fikr al-Islâmî, 2007), h.32-33.

dalil itu agar tidak terjebak pada teks atau terbuai dengan kepentingan konteks. *Maqasid al-syari'ah* hadir dalam rangka keluar dari ketegangan itu, tidak tenggelam dalam ungkapan lafal tetapi pada saat yang sama mampu mewujudkan maksud teks dalam situasi yang shahih sesuai dengan kehendak pembuat syariah.⁸⁰

Maqasid harus difungsikan sebagai landasan untuk menafsirkan teks-teks keagamaan (al-Qur'an dan hadits). Dalam konteks pengambilan keputusan hukum Islam, maqasid harus dikedepankan, untuk itu Auda mengusulkan sebuah prinsip "*taduru al-ahkam al-syar'iyyah al-amaliyyah ma'a maqasidiha wujudan wa 'adaman kama taduru ma'a 'ilaliha wujudan wa 'adaman*".⁸¹

Praktik pengambilan keputusan hukum dengan mempertimbangkan *Maqasid al-syari'ah* seperti itu pernah dilakukan Umar bin Khattab ketika penaklukan Irak, Syam dan Mesir. Umar menolak untuk membagikan ghanimah kepada para panglima perang berdasarkan pertimbangan kemaslahatan publik, yaitu supaya tidak terjadi ketimpangan sosial di mana kekayaan hanya dikuasai oleh kalangan *aghniya'*, melainkan agar terjadi pemerataan tidak saja pada generasi sahabat tetapi juga generasi sesudahnya.⁸²

Menurut Auda, agar syariat Islam mampu memainkan peran positif dalam mewujudkan kemaslahatan umat manusia, dan mampu menjawab tantangan-tantangan zaman kekinian, maka cakupan dan dimensi teori maqasid seperti yang telah dikembangkan pada hukum Islam klasik harus diperluas cakupannya dari kemaslahatan individu menjadi kemaslahatan umum atau masyarakat dengan

⁸⁰Ibid., h.16-17.

⁸¹Ibid., h.54.

⁸²Ibid., h.37-39

segala tingkatannya. Perlindungan keturunan (*hifz an-nasl*) diperluas menjadi perlindungan keluarga (*hifz al-usrah*), perlindungan akal (*hifz al-aql*) menjadi pewujudan berpikir ilmiah atau pewujudan semangat mencari ilmu pengetahuan, perlindungan jiwa (*hifz al-nafs*) menjadi perlindungan kehormatan manusia (*hifz al-karamah al-insaniyyah*) atau perlindungan hak-hak manusia (*hifz huquq al-insan*), perlindungan agama (*hifz ad-din*) menjadi perlindungan kebebasan berkeyakinan (*huriyah al-i'tiqadiyyah*), perlindungan harta kekayaan (*hifz al-mal*) menjadi pewujudan solidaritas sosial.⁸³

Perluasan konsep maqasid dan dimensinya seperti itu dalam ilmu ushul fiqh lebih tepat disebut dengan memperluas qiyas (*tausi' al-qiyas*) dan mengeluarkan qiyas dari persoalan-persoalan parsial menuju hal-hal yang universal".⁸⁴ Upaya ini pada dasarnya telah mendapatkan pendasaran yang nyata dalam praktik ushul fiqh para ulama klasik. Pertimbangan kemaslahatan universal di balik maqasid syari'ah sudah menjadi kunci utama dalam penetapan sebuah hukum Islam masa lalu (klasik). Misalnya, Imam al-Juwaini yang menggunakan metode qiyas *al-kulli*.⁸⁵ Atau Imam asy-Syatibi yang menegaskan untuk berpegang pada prinsip-prinsip universal (*al-kaidah al-kulliyah*).⁸⁶

⁸³ Auda, *Maqasid Shariah as Philosophy of Islamic Law: A Systems Approach.*, h.53.

⁸⁴ Auda, *Fiqh Al-Maqâsid Ina'at Al-Ahkâm Bi Maqâsidihâ.*, h.53.

⁸⁵ Al-Juwaini, *Al-Burhân Fî Ushûl Al-Fiqh* (Qatar: Amir Daulah Qatar, 1399H), h.590.

⁸⁶ Imam asy-Syatibi menyatakan bahwa "Jika prinsip-prinsip universal (*al-qawa'id al-kulliyah*) itu secara jelas ada dalam dharuriyat atau hajiyyat dan atau tahsiniyat, maka salah satu prinsip parsial (*al-qawa'id al-juz'iyah*) tidak dapat menghilangkannya. Begitu juga kami mengatakan: jika prinsip universal itu secara tegas ditemukan (ada) dalam syariah, dalam ketiga hal tersebut (*dharuriyyah* atau *hajiyyah* dan atau *tahsiniyyah*) atau salah satunya, maka prinsip universal itu harus dijaga. Prinsip parsial diberlakukan untuk mengukuhkan prinsip universal sejauh tidak bertentangan dengan prinsip universal itu, sehingga kemaslahatan yang dituju dalam *syari'ah* menjadi terabaikan. Lihat al-Syathibi., 256.

Selain melakukan perluasan dimensi maqasid, teori maqasid klasik perlu direkonstruksi agar dapat keluar dari keterbatasannya. Auda mengajukan konsep baru terhadap teori maqasid. Menurutnya, *maqasid asy-syari'ah* dapat dibagi kedalam tiga level. Yaitu, maqasid umum, maqasid khusus dan maqasid parsial. Yang dimaksud dengan maqasid umum adalah tujuan-tujuan syariah yang keberadaannya dapat ditemukan dalam setiap pembahasan syariah, seperti perlindungan agama (*hifz ad-din*), perlindungan jiwa (*hifz an-nafs*), perlindungan akal (*hifz al-aql*), perlindungan keturunan (*hifz an-nasl*) dan perlindungan harta benda (*hifz al-mal*). Maqasid khusus berarti tujuan-tujuan yang wujudnya dapat ditemukan dalam bab-bab atau cabang-cabang tertentu tentang pembahasan syariah, seperti perlindungan terhadap kemaslahatan anak dalam hukum keluarga, larangan untuk menimbun dalam kaitannya dengan hukum transaksi harta, dan larangan untuk melakukan tindak kriminal dalam legislasi hukum terkait dengan uqubah. Sementara maqasid parsial terkait dengan alasan (*al-illah*) atau tujuan (*al-ghayah*) dari teks atau hukum tertentu, seperti tujuan mengungkap kebenaran ketika sebuah teks mengharuskan untuk menghadirkan sejumlah saksi mata dalam masalah-masalah tertentu, tujuan dalam hal memperingan kesulitan ketika sebuah teks membolehkan berbuka bagi orang yang sakit, larangan menimbun daging hewan kurban, dan lain-lain.⁸⁷

Ketiga kategori maqasid al-syari'ah tersebut harus dilihat secara holistik, tidak terpisah-pisah dan bersifat hirarkis sebagaimana dalam teori maqasid klasik. Kesatuan maqasid ini sepenuhnya harus dilihat dalam spektrum atau dimensi

⁸⁷Auda, *Maqasid Shariah as Philosophy of Islamic Law: A Sistems Approach.*, h.5

yang lebih luas. Inilah pintu masuk untuk melakukan pembaharuan dalam merespon persoalan-persoalan konteks zaman kekinian.

Tujuan pokok disyariatkan hukum Islam (*maqasid al-syaria*) tidak lain adalah untuk menjamin terwujudnya *kemaslahatan* manusia secara pasti, baik di dunia maupun di akhirat. Tujuan ajaran agama ini kemudian dirumuskan lebih konkrit dalam suatu kaidah yang berbunyi: “menarik kemaslahatan dan mencegah kerusakan.”⁸⁸

دَرْءُ الْمَفَاسِدِ أَوْلَىٰ مِنْ جَلْبِ الْمَصَالِحِ

Maqasid al-syari'ah merupakan aspek penting dalam pengembangan hukum Islam. Ini sekaligus sebagai jawaban bahwa hukum Islam itu dapat dan bahkan sangat mungkin beradaptasi dengan perubahan-perubahan sosial yang terjadi di masyarakat. Adaptasi yang dilakukan tetap berpijak pada landasan-landasan yang kuat dan kokoh serta masih berada pada ruang lingkup syari'ah yang bersifat universal. Ini juga sebagai salah satu bukti bahwa Islam itu selalu sesuai untuk setiap zaman dan pada setiap tempat.⁸⁹

Pentingnya teori *Maqasid al-syariah* pada penelitian ini dimaksudkan sebagai pisau analisis untuk menganalisis sejauh mana pentingnya pengasuhan keturunan (*hifzun nasab*) dan pemeliharaan agama (*hifzu al-din*) dalam penelitian pengaturan sengketa hak asuh anak.

⁸⁸Abu Yasid, *Islam Moderat* (Jakarta: Erlangga, 2014), h.101.

⁸⁹Ghofar Shidiq, "Teori Maqashid Al-Syari'ah Dalam Hukum Islam," *Jurnal SULTAN AGUNG* Vol. VOL XLIV NO. 118 (2009)., h.128.

2. *Middle theory*

Teori perlindungan hukum

Teori perlindungan hukum pada dasarnya merupakan teori yang berkaitan dengan pemberian pelayanan kepada masyarakat. Hukum dipandang sebagai alat rekayasa sosial (*law as tool of social engineering*). Karenanya, kepentingan manusia adalah suatu tuntutan yang harus dilindungi dan dipenuhi oleh hukum.⁹⁰

Landasan filosofis dan teoritis dari perlindungan terhadap rakyat berasal dari konsep pemikiran hukum alam yang rasional, di mana pada diri manusia sejak lahir telah melekat hak-hak dasar yang diberikan oleh alam, terlepas dimanapun orang itu berada. Hak-hak dasar ini menempati kedudukan yang sangat tinggi dan dijamin oleh hukum yang tertinggi, hukum mana tidak bisa dikesampingkan oleh siapapun termasuk oleh pemerintah yang sah di suatu negara.⁹¹ Satjipto Rahardjo merumuskan perlindungan hukum adalah: “Memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum”.⁹² Dengan demikian dimaksud dengan perlindungan hukum adalah segala bentuk upaya pengayoman terhadap harkat dan martabat manusia.

Hukum memiliki fungsi untuk melindungi hak-hak setiap individu dan bertujuan memberikan keadilan kepada setiap individu. Bila terjadi benturan antara hak individu seseorang dengan hak individu orang lain maka hukum berfungsi sebagai pengatur, penengah, pencegah, dan penyelaras agar

⁹⁰Salim dan Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis Dan Disertasi, Jilid I* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2013), h.266.

⁹¹Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern* (Bandung: Refika Aditama, 2009), h.47.

⁹²Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2006), h.54.

tercipta perlindungan hukum dan keadilan.⁹³ Sudikno Mertokusumo mengemukakan pendapatnya terkait fungsi hukum sebagai perlindungan kepentingan manusia, sebagai berikut:

“Dalam fungsinya sebagai perlindungan kepentingan manusia hukum mempunyai tujuan. Hukum mempunyai sasaran yang hendak dicapai. Adapun tujuan pokok hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, menciptakan ketertiban dan keseimbangan. Dengan tercapainya ketertiban di dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam mencapai tujuannya itu hukum bertugas membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.”⁹⁴

Secara teoritis, masyarakat yang disasar pada teori perlindungan hukum ialah masyarakat yang berada pada posisi lemah, baik secara ekonomis maupun lemah dari aspek yuridis.⁹⁵ Dalam hal ini, anak-anak dikelompokkan sebagai kelompok rentan. Anak adalah juga manusia, karenanya menghormati hak asasi anak sama halnya dengan menghormati hak asasi manusia (HAM). Bahkan, Rhona K.M. Smith menyebutkan bahwa keseluruhan instrumen HAM internasional justru berada pada jantung hak-hak anak.⁹⁶

Dalam tatanan kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia, ditegaskan dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 bahwa Indonesia adalah negara hukum. Secara konstitusional, hukum yang hendak dibangun di Indonesia haruslah hukum yang dapat merealisasikan semangat dan cita-cita proklamasi.

Dinyatakan pada Alinea keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945:

⁹³Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan: Membangun Sistem Peradilan Berbasis Perlindungan Hukum Dan Keadilan, Buku Kesatu* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2017), h.2.

⁹⁴Mertokusumo, h.71.

⁹⁵Salim dan Erlies Septiana Nurbaiti, *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis Dan Disertasi* (Jakarta: Rajawali Pers, 2017), h.259.

⁹⁶Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2005), h.33.

“Kemudian daripada itu untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar Negara Indonesia ...”.

Dengan demikian secara formal tujuan negara Indonesia adalah:

1. Melindungi segenap bangsa dan seluruh tumpah darah Indonesia;
2. Memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa;
3. Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Amanat konstitusi tersebut sejalan dengan tujuan hukum Islam (*maqasid al-syariah*) sebagaimana dalam teori *maslahat* (Imam al-Ghazali), bahwa hukum Islam bertujuan untuk melindungi lima hal yang dikemas dalam *al-maqasid al-khamsah* yakni: agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.⁹⁷

Menurut Philipus M. Hadjon, prinsip perlindungan hukum bagi rakyat di Indonesia adalah :

1. Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap harkat dan martabat manusia bersumber pada Pancasila.
2. Prinsip negara hukum yang berdasarkan Pancasila.⁹⁸

Bernard Arief Sidharta, merumuskan tujuan hukum berdasarkan Pancasila adalah: “mewujudkan pengayoman bagi manusia, yakni melindungi manusia secara pasif dengan mencegah tindakan sewenang-wenang, dan secara aktif dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan yang manusiawi yang memungkinkan proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar sehingga

⁹⁷Arto, h.78.

⁹⁸Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia* (Jakarta: PT Bina Ilmu, 1987), h.20.

secara adil tiap manusia memperoleh kesempatan yang luas dan sama untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh.”⁹⁹

Dalam sistem hukum Indonesia, pengadilan sebagai pelaku kekuasaan kehakiman yakni kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang Undang Dasar 1945 demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia, mempunyai tanggung jawab dalam mewujudkan sistem hukum nasional yang dicita-citakan itu. Proses peradilan harus mampu memberi perlindungan hukum dan keadilan kepada para pencari keadilan dan siapapun yang harus dilindungi dalam perkara sebagaimana negara memberi perlindungan kepada segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia. Itulah yang oleh A. Mukti Arto disebutkan dengan “sistem peradilan berbasis perlindungan hukum dan keadilan”.¹⁰⁰

Teori Perlindungan Hukum ini merupakan pisau analisis pada penelitian perluasan makna pasal 41 Undang-Undang Perkawinan tentang pengasuhan anak pasca perceraian kedua orang tuanya, anak merupakan bagian terkecil dari masyarakat yang bisa disebut bagian dari keluarga. Oleh karena itu perlindungan hukum bagi anak sangat penting sekali dan merupakan bagian dari perlindungan Hak Asasi Manusia.

⁹⁹Bernard Arief Sidharta, *Ilmu Hukum Indonesia: Upaya Pengembangan Ilmu Hukum Sistemik Yang Responsif Terhadap Perubahan Masyarakat* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2013), h.105.

¹⁰⁰Arto, h.80-82.

3. *Applied Theory*

Teori Keadilan

Suatu penegakan hukum tidak bisa dilepaskan dari keadilan karena output yang ingin dicapai dari penegakan hukum adalah keadilan.

Sebagaimana pendapat Satjipto Rahardjo yaitu :

“Membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan. Dengan demikian setiap pembicaraan mengenai hukum, jelas atau samar-samar, senantiasa merupakan pembicaraan mengenai keadilan pula. Kita tidak dapat membicarakan hukum hanya sampai kepada wujudnya sebagai suatu bangunan yang formal. Kita juga perlu melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan masyarakat”.¹⁰¹

Dalam Filsafat Hukum, keadilan merupakan salah satu tujuan hukum,¹⁰² Sejatinya hukum tidak dapat dipisahkan dari keadilan.¹⁰³ Keadilan adalah mahkota dari setiap tata hukum, ekspektasi masyarakat terhadap tegaknya hukum dan keadilan begitu besar. Hal ini karena salah satu tujuan hukum yang sering dijadikan perhatian adalah keadilan. Menurut para sarjana hukum bahwa tujuan hukum ada tiga yaitu :

- a. Keadilan
- b. Kepastian Hukum
- c. Kemanfaatan Hukum.¹⁰⁴

Dalam teori hukum keadilan adalah tujuan dari terbentuknya hukum, Plato menjelaskan tentang keadilan yang diklasifikasikan dalam tiga hal, yaitu :

¹⁰¹Rahardjo, h.159.

¹⁰²Marwan Mas, *Pengantar Ilmu Hukum* (Bogor: Galia Indonesia, 2011), h.83..

¹⁰³Hukum dan keadilan sebenarnya merupakan dua elemen yang saling bertautan yang merupakan *condition sine qua non*. Hukum adalah manifestasi eksternal keadilan dan keadilan adalah internal autentik dan esensi roh wujud hukum. Lihat Sukarno Aburaera, *Filsafat Hukum, Terori & Praktik* (Jakarta: Kencana, 2013), h.178.-190. Lihat juga Amran Suadi, *Filsafat Hukum Refleksi Filsafat Pancasila, Hak Asasi Manusia Dan Etika*, 1 ed. (Jakarta: Kencana, 2019), h.130.

¹⁰⁴Suadi, *Filsafat Hukum Refleksi Filsafat Pancasila, Hak Asasi Manusia Dan Etika*, h.131.

- a. Keadilan merupakan karakteristik yang secara alami ada pada setiap diri individu manusia;
- b. Dalam keadaan ini, keadilan memungkinkan orang mengerjakan pengkoordinasian serta pengendalian emosi mereka dalam usaha menyesuaikan diri dengan lingkungan tempat ia bergaul;
- c. Dengan demikian, keadilan merupakan hal yang memungkinkan masyarakat menjalankan kodrat kemanusiaannya dalam cara-cara utuh dan semestinya.¹⁰⁵

Aristoteles membuat perbedaan tentang keadilan sebagai berikut: *Pertama*, keadilan distributif, yaitu keadilan yang memberikan kepada setiap orang berdasarkan profesinya atau jasanya. Keadilan ini menghendaki agar orang-orang yang mempunyai kedudukan yang sama memperoleh perlakuan yang sama pula di hadapan hukum. *Kedua*, keadilan komutatif yaitu keadilan yang memberikan hak kepada seseorang sebagai statusnya sebagai manusia.¹⁰⁶

Thomas Aquinas membedakan keadilan pada dua kelompok, yaitu keadilan umum (*justitia generalis*) adalah keadilan menurut kehendak Undang-Undang yang harus ditunaikan demi kepentingan umum. Adapun keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau *proporsionalitas*. Keadilan ini dibedakan menjadi:

- a. Keadilan distributif (*justitia distributiva*) adalah keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum.

¹⁰⁵*Ibid.*, h.132.

¹⁰⁶Singgih Iswara, *Korelasi Filsafat Dalam Bidang Pendidikan Dan Hukum* (Jakarta: Citya Press, 2010), h.63-64.

Sebagai contoh negara akan mengangkat seorang menjadi hakim apabila orang tersebut memiliki kecakapan sebagai hakim.

- b. Keadilan komutatif (*justitia commutativa*) adalah keadilan yang mempersamakan antara prestasi dengan kontraprestasi.
- c. Keadilan vindikatif (*justitia vindicativa*) adalah keadilan dalam hal menjatuhkan hukuman atau ganti kerugian dalam tindak pidana sesuai dengan atas tindak pidana yang dilakukan.¹⁰⁷

Hukum dan keadilan adalah dua elemen saling bertaut “*conditio sine qua non*” bagi yang lainnya. Hukum adalah manifestasi eksternal keadilan dan keadilan adalah internal autentik dan esensi roh wujud hukum. Sehingga supremasi hukum (*supremacy of law*) adalah supremasi keadilan (*supremacy of justice*) begitu pula sebaliknya karena keduanya adalah hal yang komutatif.¹⁰⁸

Tujuan hukum tertinggi adalah keadilan artinya meletakkan sesuatu sesuai dengan proporsinya yang berarti keadilan adalah ketertiban dan kedisiplinan. Segala sesuatu haruslah diarahkan untuk menemukan sebuah sistem hukum yang paling cocok dan sesuai dengan prinsip keadilan. Hukum adalah Undang-Undang yang adil sehingga apabila tidak sesuai dengan prinsip keadilan tidak dapat dikatakan hukum lagi.¹⁰⁹

Murtadha Muttahhari mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal. *Pertama*, adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang tetap ingin bertahan dan mapan, maka masyarakat itu harus dalam

¹⁰⁷Dharji Darmodiharjo dan Sidharta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum, Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2008), h.156.

¹⁰⁸Aburaera, h.179.

¹⁰⁹Suadi, *Filsafat Hukum Refleksi Filsafat Pancasila, Hak Asasi Manusia Dan Etika*, h.133.

keadaan seimbang yang relevan dengan potensi yang seharusnya ada. *Kedua*, adil adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya sama sebab keadilan mewajibkan persamaan. *Ketiga*, adil adalah memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. *Keempat*, adil adalah memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi.¹¹⁰

Menurut M. Quraish Shihab, ada empat makna keadilan:¹¹¹

- a. Adil dalam arti sama sebagaimana tersebut dalam Al-Qur'an surah an-Nisa ayat 58:

﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۗ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ۝ ﴾

- b. Adil dalam arti seimbang sebagaimana tersebut dalam Al-Qur'an surah al-Mulk ayat 3:

الَّذِي خَلَقَ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ طِبَاقًا ۚ مَا تَرَىٰ فِي خَلْقِ الرَّحْمَنِ مِن تَفَوُّتٍ ۚ فَارْجِعِ الْبَصَرَ ۖ هَلْ تَرَىٰ مِن فُطُورٍ

- c. Adil dalam perhatian terhadap hak-hak individual sebagaimana tersebut Al-Qur'an surah Al Maidah ayat 8:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۚ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ آلَاءِ اللَّهِ ۚ تَعَدَّلُوا ۚ أَعْدَلُوهَا ۚ أُولَٰئِكَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

- d. Adil yang dinisbatkan kepada Ilahi sebagaimana tersebut Al-Qur'an surah Al An'am ayat 114:

¹¹⁰Murtadha Muttahhari, *Keadilan Ilahi, Asas Pandangan Dunia Islam* (Bandung: Mizan, 1995), h.53-58.

¹¹¹M Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an* (Bandung: Mizan, 199), h.114.

أَفَعَيَّرَ اللَّهُ أَبْتِغِي حَكْمًا وَهُوَ الَّذِي أَنْزَلَ إِلَيْكُمُ الْكِتَابَ مُفَصَّلًا وَالَّذِينَ آتَيْنَاهُمُ الْكِتَابَ يَعْلَمُونَ
أَنَّهُ مُنَزَّلٌ مِنْ رَبِّكَ بِالْحَقِّ فَلَا تَكُونَنَّ مِنَ الْمُمْتَرِينَ

Prinsip pokok keadilan digambarkan oleh Madjid Khadduri dengan mengelompokkan ke dalam dua kategori, yaitu: *pertama*, aspek keadilan substantif berupa elemen-elemen keadilan dalam substansi hukum. Dan *kedua*, aspek keadilan prosedural berupa elemen-elemen keadilan dalam hukum prosedural yang dilaksanakan.¹¹²

Menurut John Rawls prinsip paling mendasar dari keadilan adalah bahwa setiap orang memiliki hak yang sama dari posisi-posisi mereka yang wajar. Secara konkret, teori keadilan Rawls dapat disimpulkan memiliki inti sebagai berikut :

- a. Memaksimalkan kemerdekaan
- b. Kesetaraan bagi semua orang, baik kesetaraan dalam kehidupan sosial, maupun kesetaraan dalam bentuk pemanfaatan kekayaan alam.
- c. Kesetaraan kesempatan untuk kejujuran dan penghapusan ketidaksetaraan.¹¹³

Prinsip keadilan Rawls yang sering dijadikan rujukan oleh beberapa ahli yakni : prinsip kebebasan (*liberty of principle*) dan prinsip persamaan (*equal of principle*). Dia mencoba menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip kebebasan dan persamaan yang adil itulah sebabnya mengapa Rawls menyebut teorinya tersebut sebagai “*justice as fairness*”.¹¹⁴

¹¹²Madjid Khadduri, *Teologi Keadilan* (Surabaya: Risalah Gusti, 1999), h.119.

¹¹³Rawls, h.3.

¹¹⁴*Ibid.*, h.15.

Keadilan berbasis persamaan tersebut bermakna bahwa keadilan adalah hak semua orang, baik perempuan, laki-laki, orang tua, ataupun anak-anak. Sehingga tujuan hukum untuk pemenuhan hak semua orang secara distributif (Persamaan hak).¹¹⁵

Teori keadilan atas persamaan hak John Rawls inilah yang digunakan peneliti untuk mengkaji perluasan makna pasal 41 Undang-Undang Perkawinan tentang pengasuhan anak pasca perceraian kedua orang tuanya. Anak haruslah diberikan hak yang sama terhadap kedua orang tuanya.

Teori Biological Justice

Biological justice (keadilan biologi) adalah suatu keadilan yang berkomitmen untuk menghantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia. Faktor manusia dan kemanusiaan lebih didahulukan seperti *compassion* (perhatian), *empathy*, *sincerity* (ketulusan), *education*, *commitment* (tanggung jawab) *dare* (keberanian) dan *determination* (kebulatan tekad).¹¹⁶

Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan di atas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari arah legal formal kearah kemanusiaan secara utuh (*holistik*), maka setiap manusia mempunyai tanggungjawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan bagi siapapun.

¹¹⁵ M Syarifuddin, *Aksesibilitas Keadilan Bagi Perempuan Dan Anak (Peran Mahkamah Agung Dalam Mewujudkan Keadilan Bagi Perempuan Dan Anak Berhadapan Dengan Hukum)* (Jakarta: PT Imaji Cipta Karya, 2020), h.22.

¹¹⁶ Amran Suaidi, *Filsafat Keadilan Biological Justice Dan Praktiknya Dalam Putusan Hakim*, 2 ed. (Jakarta: Kencana, 2021), h.100.

Keadilan hukum pada kehidupan manusia dirasakan sebagai darah yang mengalir dalam urat nadi kehidupan itu sendiri sehingga keadilan diperoleh dari metabolisme dalam bangunan hukum dan hasilnya mampu mewujudkan kebahagiaan hidup bagi manusia sebagai suatu yang dihasilkan dari sebuah keadilan hukum.¹¹⁷

Menurut Zippelius, adanya Instansi moral dasar pada manusia mengenai rasa keadilan seperti kasih ibu kepada anaknya sepanjang jalan yang tak pernah berakhir walaupun mungkin balasan yang diperoleh dari anaknya berbeda dari yang diinginkannya (pendekatan sosio-biologis).¹¹⁸

Menurut Kelsen, perasaan keadilan memiliki dua arti, yaitu pertama: sebagai sikap batin yang menghendaki perlakuan adil dan tidak menghendaki perlakuan yang tidak adil. Kedua, sebagai sikap batin yang terlepas dari hukum positif yang menerima perlakuan adil atau menolak perlakuan yang tidak adil.¹¹⁹

Ada empat proses keadilan biologis (*biological justice*) pada manusia jika dikaitkan dengan mekanisme biologis, adalah:

1. Merupakan reaksi dari akibat adanya stimulus terhadap suatu kondisi;
2. Berhubungan dengan lingkungannya
3. Memiliki proses metabolisme
4. Mampu menghasilkan sesuatu dari proses tersebut (berproduksi)¹²⁰

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Reinhold Zippelius, *Rechtphilosophie* (München: Beck, 1982), h.192.

¹¹⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre (Ajaran Hukum Murni)* (Wien: Franze Deuticke, 1982), h.426.

¹²⁰ John M Reiner, *The Organism as an Adaptive Control Sistem* (New Jersey: Prentice Hall Englewood Clift, 1968), h.139.

Itulah sebabnya setiap peraturan perundang-Undangan yang dibuat atau putusan-putusan hakim harus mempertimbangkan keadilan biologis (*biological justice*), harus menempatkan kebahagiaan dan kesejahteraan manusia lebih utama dari hukum itu sendiri.

Teori keadilan biologis (*biological justice*) inilah yang juga digunakan peneliti untuk mengkaji perluasan makna pasal 41 Undang-Undang Perkawinan tentang pengasuhan anak pasca perceraian kedua orang tuanya. Anak haruslah bisa hidup bahagia yang diperoleh dari perhatian kedua orang tuanya. Anak tidaklah boleh dipisahkan atas salah satu orang tuanya. Kedua orang tua wajib bersama-sama memeliharanya sampai dewasa walaupun sudah bercerai.

Teori Perubahan Hukum

Eksistensi hukum sebagai bagian dari kehidupan bermasyarakat senantiasa berkembang sesuai kondisi masyarakat setempat, sebab itu, jika hukum ditelusuri dari segi nilai-nilai yang hidup di masyarakat, maka hukum dari segi ruang lingkungannya dapat dipahami dari berbagai aspek pengertian yang secara tidak langsung terkait dengan proses pengkaidahan dalam masyarakat. Menurut Riduan Syahrani, suatu kaidah hukum berlaku atau hidup di dalam masyarakat, harus memenuhi empat unsur yakni: (1) kaidah itu diketahui, (2) kaidah itu dihargai, (3) kaidah itu ditaati, dan (4) kaidah itu diakui.¹²¹

Dalam persoalan perubahan hukum ada dua hal peran hukum, dimana dalam perannya hukum menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat adanya perubahan sosial (*sosial change*) yaitu hukum berperan pasif, kemudian Sejaht

¹²¹Syahrani., h.224.

mana hukum berperan untuk menggerakkan masyarakat menuju suatu perubahan yang terencana. Hukum berperan aktif. Disini fungsi hukum sebagai *a tool of social engineering*/alat rekayasa masyarakat.

Dalam hukum Islam status hukum sudah jelas dan tegas yang dinyatakan secara eksplisit dalam al-Qur'an dan al-Hadis, tidak akan menimbulkan pro dan kontra di kalangan umat Islam. Akan tetapi, terhadap persoalan-persoalan baru yang belum jelas status hukumnya dalam kedua sumber itu, menuntut para Ulama untuk memberi solusi dan jawaban yang cepat dan tepat agar hukum Islam menjadi responsif dan dinamis yang dapat menyesuaikan diri dengan keadaan.

Di sinilah letak strategisnya posisi ijtihad sebagai instrumen untuk melakukan '*social engineering*'. Hukum Islam akan berperan secara nyata dan fungsional kalau ijtihad ditempatkan secara proporsional dalam mengantisipasi dinamika sosial dengan berbagai kompleksitas persoalan yang ditimbulkannya.

Hugo Sinzheimer menjelaskan bahwa; "*Wanneer er tusschen recht en leven tegenstellingen bestaan, dan komen er steeds krachten in beweging om deze op te fheffen. Dan begint een tijdperk, waarin nieuw recht onstaat....*".¹²² Perubahan hukum senantiasa dirasakan perlu dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan-keadaan, peristiwa-peristiwa, serta hubungan-hubungan dalam masyarakat, dengan hukum yang mengaturnya. Bagaimanapun kaidah hukum tidak mungkin kita lepaskan dari hal-hal yang diaturnya, sehingga ketika hal-hal yang seyogyanya diaturnya tadi telah berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahan hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam

¹²²Achmad Ali, *Menjelajahi Kajian Empiris Terhadap Hukum* (Jakarta: Yarsif Watampone, 1996), h.203.

pengaturannya, hal ini sesuai dengan aliran *Sociological Jurisprudence* sebagaimana yang disebutkan oleh Roscoe Pound, Eugen Ehrlich, Benjamin Cardozo, Kartoriwics, Gurvitch dan lain-lain, mereka mengatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat.¹²³

Kesenjangan yang dimaksud sebagai sumber yang membutuhkan adanya perubahan hukum, adalah terhadap perubahan pada kaidah-kaidah masyarakat. Sedangkan perubahan pada jenis pertama dan kedua belum memaksa hukum untuk segera melakukan penyesuaian terhadapnya.

Dalam keadaan yang telah mendesak, perUndang-Undangan memang harus disesuaikan dengan perubahan masyarakat. Apakah ciri yang menandai adanya kesenjangan antara hukum dan peristiwa yang seyogyanya diaturinya, sehingga mendesak untuk diadakan perubahan hukum, Ciri atau tanda itu menurut Dror: “adalah ditandai dengan tingkah laku warga masyarakat yang tidak lagi merasakan kewajiban-kewajiban yang dituntut oleh hukum, sebagai sesuatu yang harus dijalankan”¹²⁴ Jadi terdapat kesenjangan yang membedakan antara tanggapan hukum di satu pihak dan masyarakat di pihak lain mengenai perbuatan yang semestinya dilakukan. Jadi “*das sollen*” sudah berbeda jauh dari pada “*das sein*”.

Hukum harus menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, sehingga hukum menjadi faktor penggerak ke arah perubahan masyarakat. Inilah yang biasa dinamakan : *law is a tool of sosial engineering*. Yang mula-mula

¹²³Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat Dan Teori Hukum* (Jakarta: Grafika, 2006)., h. 66.

¹²⁴Ibid., h.204.

memperkenalkan konsep hukum sebagai alat rekayasa sosial adalah Roscoe Pound, Bapak Ilmu Hukum Sosiologis dalam tulisannya: *Scope and Purposes of Sociological Jurisprudence*, yang mengemukakan butir-butir penting yang harus diketahui dan diterapkan oleh seorang juris yang berpaham sosiologis.

Perubahan hukum dapat disebabkan beberapa aspek yaitu : Aspek politik yang dapat dipengaruhi oleh penguasa, ORSOSPOL, ORMAS, LSM. Kemudian aspek budaya yang bisa disebabkan perubahan nilai dalam masyarakat, stratifikasi atau juga disebabkan adanya kontak budaya. Faktor pengubah hukum juga dapat disebabkan aspek ekonomi, seperti perdagangan bebas, perjanjian ekonomi, arbitrase, traktat dan lain-lain. Kemudian aspek ilmu pengetahuan dan teknologi dengan berubahnya gaya hidup, kejahatan tingkat tinggi. Juga dapat disebabkan aspek pendidikan.

Sementara cara mengubah hukum adalah

- a. *Fiction* seperti pembuatan definisi atau rekayasa
- b. *Equity* atau kesetaraan
- c. *Legislation* atau berdasarkan penetapan hukum

Dalam kajian hukum Islam pengaruh-pengaruh unsur perubahan dapat menimbulkan perubahan-perubahan sosial dalam sistem pemikiran Islam, termasuk di dalamnya pembaruan hukum Islam. Pada dasarnya pembaruan pemikiran hukum Islam hanya mengangkat aspek lokalitas dan temporalitas ajaran Islam, tanpa mengabaikan aspek universalitas dan keabadian hukum Islam itu sendiri. Tanpa adanya upaya pembaruan hukum Islam akan menimbulkan

kesulitan-kesulitan dalam memasyarakatkan hukum Islam khususnya dan ajaran Islam pada umumnya.¹²⁵

Mengingat hukum Islam merupakan salah satu bagian ajaran agama yang penting, maka perlu ditegaskan aspek mana yang mengalami perubahan (wilayah *ijtihadiah*). Disini dapat ditegaskan bahwa agama dalam pengertiannya sebagai wahyu Tuhan tidak berubah, tetapi pemikiran manusia tentang ajarannya, terutama dalam hubungannya dengan penerapan di dalam dan di tengah-tengah masyarakat, mungkin berubah. Berdasarkan hal tersebut di atas, maka perubahan dimaksud bukanlah perubahan secara tekstual, tetapi secara kontekstual.

Masyarakat dengan berbagai dinamika yang ada menuntut adanya perubahan sosial, dan setiap perubahan sosial pada umumnya meniscayakan adanya perubahan sistem nilai dan hukum. Marx Weber dan Emile Durkheim menyatakan bahwa “hukum merupakan refleksi dari solidaritas yang ada dalam masyarakat”. Senada dengan Marx Weber dan Durkheim, Arnold M. Rose mengemukakan teori umum tentang perubahan sosial hubungannya dengan perubahan hukum. Menurutnya, perubahan hukum itu akan dipengaruhi oleh tiga faktor; pertama, adanya kumulasi progresif dari penemuan-penemuan di bidang teknologi; kedua, adanya kontak atau konflik antara kehidupan masyarakat; dan ketiga, adanya gerakan sosial (*sosial movement*).¹²⁶

Menurut teori-teori di atas, jelaslah bahwa hukum lebih merupakan akibat dari pada faktor-faktor penyebab terjadinya perubahan sosial. Pengaruh-pengaruh

¹²⁵Muhammad Azhar, *Kontemporer Dalam Pandangan Neomodernisme Islam* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1996), h. 59-60.

¹²⁶Soerjono Soekanto, *Pokok-Pokok Sosiologi Hukum* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 1994), h. 96.

unsur perubahan di atas dapat menimbulkan perubahan-perubahan sosial dalam sistem pemikiran Islam, termasuk di dalamnya pembaruan hukum Islam.

Untuk mengawal hukum Islam tetap dinamis, responsif dan punya adaptabilitas yang tinggi terhadap tuntutan perubahan, adalah dengan cara menghidupkan dan menggairahkan kembali semangat berijtihad di kalangan umat Islam. Pada posisi ini ijtihad merupakan metode bagi lahirnya perubahan untuk mengawal cita-cita universalitas Islam sebagai sistem ajaran yang *shalihun li kulli zaman wal makan*.

Umat Islam menyadari sepenuhnya bahwa sumber-sumber hukum normatif–tekstual sangatlah terbatas jumlahnya, sementara kasus-kasus baru di bidang hukum tidak terbatas jumlahnya. Oleh karena itu, Ibnu Rusyd dalam kitab *Bidayat al-Mujtahid* menyatakan bahwa: “Persoalan-persoalan kehidupan masyarakat tidak terbatas jumlahnya, sementara jumlah nash (baik al-Qur’an dan al-Hadis), jumlahnya terbatas. Oleh karena itu, mustahil sesuatu yang terbatas jumlahnya bisa menghadapi sesuatu yang tidak terbatas.¹²⁷

Semangat atau pesan moral yang bisa dipahami dari pernyataan Ibnu Rusyd di atas adalah anjuran untuk melakukan ijtihad terhadap kasus-kasus hukum baru yang tidak secara eksplisit dijelaskan sumber hukumnya dalam nash. Dengan demikian, Ijtihad merupakan jalan untuk mendinamisir ajaran Islam sesuai dengan tuntutan perubahan zaman dengan berbagai kompleksitas persoalannya yang memasuki seluruh dimensi kehidupan manusia.¹²⁸

¹²⁷Ibn Rusyd, *Bidâyat Al-Mujtahid Wa Nihâyat Al-Muqtashid* (Beirut: Dâr al-Kutub al-Arabiyyah, 1994), h. 2

¹²⁸Ash-Shiddieqy., h.444.

Islam meyakini perubahan sebagai suatu realitas yang tidak bisa diingkari. Islam juga memberi posisi yang paling tepat demi memudahkan semua hal untuk berubah secara shahih dan aman. Agama berjalan bersama beriringan dengan lajunya kehidupan. Tugas agama adalah mengawal perubahan secara benar untuk kemaslahatan hidup manusia.

Dalam hukum Islam, perubahan sosial budaya dan letak geografis menjadi variabel penting yang ikut mempengaruhi adanya perubahan hukum. Ibnu Qayyim al-Jauziyah menyatakan bahwa “perubahan hukum adalah dikarenakan perubahan zaman, tempat, keadaan, dan kebiasaan”.¹²⁹ Dalam kaidah fiqh lainnya disebutkan “hukum itu berputar bersama illatnya (alasan hukum) dalam mewujudkan dan meniadakan hukum”.¹³⁰

Salah satu bukti konkret betapa faktor lingkungan sosial budaya berpengaruh terhadap hukum Islam adalah munculnya dua pendapat Imam Syafi’i yang dikenal dengan *qaul qadim* dan *qaul jadid*. Pendapat lama (*qaul qadim*) adalah pendapat hukum Imam Syafi’i ketika beliau berada di Mesir.¹³¹ Perbedaan pendapat hukum dalam masalah yang sama dari seorang Mujtahid Imam Syafi’i jelas disebabkan faktor struktur sosial, budaya, letak geografis yang berada antara daerah Iraq (Baghdad) dan Mesir

Dalam konteks historis, pemikiran bidang hukum Islam sesungguhnya memperlihatkan kekuatan yang dinamis dan kreatif dalam mengantisipasi setiap

¹²⁹Ibn Qayyim al-Jauziyah, *I’lām Al-Muwâqî’in ‘an Rabbi Al-‘Ālamîn* (Bairut: Dâr al-Kutub al-Ilmiyah 1993)., h. 14.

¹³⁰Mukhtar Yahya dan Fathurrahman, *Dasar-Dasar Pembinaan Hukum Fiqh Islam* (Bandung: PT Al-Ma'arif, 1996)., h.55.

¹³¹M. Atho’ Muzdhar, *Membaca Gelombang Ijtihad Antara Tradisi Dan Liberasi* (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1998)., h.107.

perubahan dan persoalan-persoalan baru. Hal ini dapat dilihat dari munculnya sejumlah mazhab hukum yang memiliki corak sendiri-sendiri sesuai dengan latar belakang sosio-kultural dan politik di mana madzhab itu tumbuh dan berkembang. Warisan monumental yang sampai sekarang masih memperlihatkan akurasi dan relevansinya adalah kerangka metodologi penggalan hukum yang mereka ciptakan.

Teori Masalahah

Tujuan diturunkannya syariat yaitu untuk kemaslahatan hidup manusia di dunia maupun di akhirat. Setiap hukum yang bersumber dari syariat pasti memiliki tujuan yang sama, yaitu untuk kemaslahatan manusia. Eksistensi masalahah dalam syariat sangat penting, begitu pula syariat dalam realisasinya akan sangat memperhatikan mslahat sehingga syariat akan senantiasa relevan dengan perubahan zaman.¹³²

Secara etimologi *masalahah* mempunyai makna yang identik dengan manfaat, keuntungan, kenikmatan, kebahagiaan, kegembiraan atau segala upaya yang mendatangkan hal itu.¹³³ Kata *masalahah* berasal dari Bahasa Arab dan telah dibakukan ke dalam Bahasa Indonesia menjadi kata masalahah, yang berarti mendatangkan kebaikan atau yang membawa kemanfaatan dan menolak kerusakan.¹³⁴ *Maslahah* dapat juga dikatakan sebagai suatu permasalahan atau bagian dari suatu urusan yang menghasilkan kebaikan atau sesuatu untuk

¹³²Acep Zoni Saeful Mubarak, *Argumen Masalahah Dalam Putusan Pengadilan* (Cirebon Jawa Barat: Nusa Litera Inspirasi, 2019)., h.1.

¹³³Abu Yasid, *Islam Akomodatif Rekonstruksi Pemahaman Islam Sebagai Agama Universal* (Yogyakarta: LKiS, 2004)., h.75.

¹³⁴Munawar Kholil, *Kembali Kepada Al-Quran Dan as-Sunnah* (Semarang: Bulan Bintang, 1995)., h.43.

kebaikan.¹³⁵ Menurut bahasa aslinya kata masalah berasal dari kata *salahu*, *yasluhu*, *salahan*, artinya sesuatu yang baik, patut, dan bermanfaat. Bentuk jamaknya adalah *masalih* dan biasanya kata tersebut dibedakan secara dikotomis-antagonistik dengan kata *mafsadah* (jamaknya *mafsadat*), yang berarti buruk atau rusak.¹³⁶

Konsep *masalahah* merupakan sarana bagi perubahan hukum di mana melalui konsep ini para ulama fiqih memiliki kerangka kerja untuk menangani masalah hukum mengenai urusan kehidupan dalam situasi lingkungan yang terus berubah. Dengan demikian, konsep *masalahah* memberi legitimasi bagi aturan hukum baru dan memungkinkan para ulama fiqih mengelaborasi konteks masalah yang tidak ditegaskan oleh *nash syara'* (al-Qur'an dan Hadits). Perubahan hukum dapat dicapai melalui aplikasi konsep *masalahah* tergantung pada pola penalaran hukum berbobot *masalahah* yang diterapkan para ulama fiqih.¹³⁷

Imam Malik, pendiri mazhab hukum Hijazy (mazhab Maliki) dikenal sebagai yang pertama kali menggunakan asas *masalahah* sebagai suatu basis keputusan-keputusan legal, yang kemudian diikuti oleh ahli-ahli hukum Islam berikutnya.¹³⁸

¹³⁵ Muhammad Khalid Mas'ud, *Filsafat Hukum Islam Dan Perubahan Sosial*, trans. Yudian W. Asmin (Surabaya: Al Ikhlas, 1995), h.153.

¹³⁶ Ahmad Warson Munawwir, *Al Munawwir Kamus Arab-Indonesia* (Surabaya: Pustaka Progressif, 1997), h.788. Lihat juga Muhammad Yunus, *Kamus Arab Indonesia* (Jakarta: Yayasan Penyelenggaraan Penerjemah dan Penafsir al-Qur'an, 1973), h. 219.

¹³⁷ Felicitas Opwis, "Maslaha in Contemporary Islamic Legal Theory," *Jurnal Islamic Law and Society* Vol. 12 No. 2 (2005), h.183.

¹³⁸ Khadduri, h.202.

Teori *maslahat* sebagai tujuan pokok disyariatkannya hukum Islam di kemukakan pula oleh Imam al-Ghazali, yang pada intinya bahwa *maslahat* adalah perlindungan terhadap tujuan Syari'ah, segala bentuk perbuatan yang mengacu kepada terpeliharanya lima kebutuhan paling mendasar bagi manusia, yaitu: agama, nyawa atau jiwa, akal, keturunan, dan harta.¹³⁹ Ditegaskan oleh al-Ghazali bahwa setiap sesuatu yang dapat menjamin dan melindungi eksistensi kelima hal tersebut dikualifikasi sebagai *maslahah*; sebaliknya, setiap sesuatu yang dapat mengganggu dan merusak kelima hal tersebut dinilai sebagai *mafsadah*; maka, mencegah dan menghilangkan sesuatu yang demikian dikualifikasi sebagai *maslahah*.¹⁴⁰

Menurut Yusuf al-Qaradawi, bahwa substansi *maslahah* yang dikehendaki oleh Syaria Islam untuk ditegakkan dan dipelihara adalah *maslahah* yang komprehensif, integral dan holistik, yang mencakup perpaduan *maslahah duniawiyah* dan *maslahah ukhrawiyah*, *maslahah maddiyah* dan *maslahah ruhiyah*, *maslahah fardiyah* dan *maslahah mujtama'iyah*, *maslahah qaumiyyah khassah* dan *maslahah insaniyyah ammah*, *maslahah hadirah* dan *maslahah mustaqbalah*. Atas dasar ini, Yusuf al-Qaradawi menegaskan bahwa konsep *maslahah* yang menjwai Syariat Islam, tidak bisa diidentikkan dengan *utilitarianisme* dan *pragmatisme*, yang prinsipnya berhulu pada paham *materialisme*.¹⁴¹

Menurut pandangan al-Ghazali, *maslahah* dibedakan menjadi tiga, yaitu:

¹³⁹al-Ghazâlî, h.286.

¹⁴⁰Hayatullah Laluddin, "Maslahah's Role as an Instrument for Revival of Ijtihad," *International Journal of Islamic Thought* Vol. 8 (2015), h. 31.

¹⁴¹Yûsuf al-Qardhâwî, *Madkhal Li Dirâsat Al-Syari'Ah Al-Islâmiyyah* (Kairo: Maktabah Wabbah, 1990), h.62.

- a. *Maslahah* yang mendapat ketegasan justifikasi Syara' terhadap penerimaannya (*masalah mu'tabarah*);
- b. *Maslahah* yang mendapat ketegasan justifikasi Syara' terhadap penolakannya (*masalah mulgah*);
- c. *Maslahah* yang tidak mendapat ketegasan justifikasi Syara', baik terhadap penerimaannya maupun penolakannya (*masalah mursalah*).¹⁴²

Disisi lain, Al-Ghazali juga mengkategorisasi masalah berdasarkan segi kekuatan substansinya (*quwwatiha fi dzatiha*), di mana *masalah* itu dibedakan menjadi tiga, yaitu (1) *masalah* level darurat, (2) *masalah* level hajat, dan (3) masalah level *tahsinat/tazyinat*. Masing-masing bagian disertai oleh masalah penyempurna/pelengkap (*takmilah/tatimmah*). Pengasuhan lima tujuan/prinsip dasar (*al-usul al-khamsah*) yang berada pada level darurat merupakan level terkuat dan tertinggi dari masalah. Kelima tujuan/prinsip dasar mencakup (1) memelihara agama (*hifz al-din*), (2) memelihara jiwa (*hifz al-nafs*), (3) memelihara akal pikiran (*hifz al-'aql*), (4) memelihara keturunan (*hifz al-nasl*), dan (5) memelihara harta kekayaan (*hifz al-mal*).¹⁴³

Muhammad Muslehuddin melihat bahwa kategorisasi *masalah* dengan trilogi *masalah mu'tabarah-maslahah mulgah-maslahah mursalah* tetap harus mempertimbangkan dimensi kepentingan masyarakat dan realitas sosial yang terus berubah sehingga hukum Islam (Syariah) harus bergerak seiring sejalan

¹⁴²al-Ghazâlî., h.414.

¹⁴³ Ibid., h.417.

dengan perubahan realitas sosial yang terjadi, yang pada gilirannya fleksibilitas hukum Islam (Syariah) dapat dipertahankan.¹⁴⁴

Dalam pemikiran ‘Izz al-Din ibn ‘Abd al-Salam *maslahah* dibedakan menjadi tiga macam, yaitu (1) *maslahah* yang terkandung dalam urusan yang bersifat boleh/halal (*masalih al-mubahat*), (2) *maslahah* yang terkandung dalam urusan yang bersifat *sunnah* (*masalih al-mandubat*), dan (3) *maslahah* yang terkandung dalam urusan yang bersifat wajib (*masalih al-wajibat*). Sedangkan *mafsadah* dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu (1) *mafsadah* yang terkandung dalam urusan yang bersifat makruh (*mafasid almakrahat*) dan (2) *mafsadah* yang terkandung dalam urusan yang bersifat haram (*mafasid al-muharramat*).¹⁴⁵

Dalam pemikiran Najm al-Din al-Tufi *maslahah* merupakan tujuan yang dikehendaki oleh *al-syari’* dalam hukum-hukum yang diterapkannya melalui teks-teks suci syariah berupa al-Quran dan Hadits. Tujuan tersebut mencakup 5 (lima) hal pokok, yaitu pengasuhan atas mereka (makhluk) terhadap agama mereka, jiwa mereka, akal mereka, nasab atau keturunan mereka, dan harta mereka, maka setiap sesuatu yang mengandung atau mencakup pengasuhan atas lima pokok dasar tersebut adalah *maslahat*.¹⁴⁶

Adapun *maslahah* dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu *maslahah* dalam arti *‘urfi* dan *maslahah* dalam arti *syar’i*. Menurut al-Tufi yang disebut

¹⁴⁴ Muhammad Muslehuddin, *Philosophy of Islamic Law and the Orientalists* (New Delhi: Markazi Maktaba Islami, 1985), h.160.

¹⁴⁵ ‘Izz al-Dîn ibn ‘Abd al-Salâm, *Qawâ‘Id Al-Ahkâm Fî Masâlih Al-Anâm*, vol. Juz ke 1 (Beirut: Dâr al-Jail, 1980), h.9.

¹⁴⁶ Miftaakhul Amri, "Konsep Maslahat Dalam Penetapan Hukum Islam (Telaah Kritis Pemikiran Hukum Islam Najamuddin at- Thufi)," *Jurnal Et-Tijarie* Vol. 5, Nomor 2 (2018).

pertama ialah hal penyebab yang membawa kepada kebaikan dan kemanfaatan, seperti perniagaan yang merupakan penyebab yang membawa kepada keuntungan, sedang yang disebut terakhir ialah penyebab yang membawa kepada tujuan *al-Syari'*, baik yang menyangkut ibadah maupun muamalah. Di sisi lain, al-Tufi membedakan masalah itu menjadi dua macam: (1) masalah yang dikehendaki *al-Syari'* untuk hak-Nya, seperti aneka ibadah mahdah, dan (2) masalah yang dikehendaki *al-Syari'* untuk kebaikan makhluk-Nya dan keteraturan hidup mereka, seperti aneka bentuk muamalah.¹⁴⁷

Dalam pada itu, Tahir ibn 'Asyur berpendapat bahwa masalah dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu *masalahah 'ammah* dan *masalahah khassah*. Yang disebut pertama ialah sesuatu yang mengandung kebaikan/kemanfaatan bagi seluruh masyarakat atau mayoritas masyarakat, seperti pengasuhan harta benda dari bahaya kebakaran dan tenggelam. Jenis *masalahah 'ammah* inilah yang merupakan perhatian sebagian besar legislasi al-Qur'an dan Sunnah.¹⁴⁸

Abu Ishaq al-Syatibi mengemukakan bahwa kemaslahatan itu akan terwujud dengan terpeliharanya tiga macam kebutuhan manusia, yaitu:¹⁴⁹

- a. Kebutuhan yang bersifat *dharuriyat*, yakni segala hal yang menjadi sendi eksistensi kehidupan manusia yang harus ada demi kemaslahatan mereka. Ketiadaannya dapat merusak kehidupan manusia dan mengancam eksistensi manusia;
- b. Kebutuhan yang bersifat *hajiyyat*, yakni segala sesuatu yang sangat dihajatkan oleh manusia untuk menghilangkan kesulitan dan menolak segala halangan. Prinsip utama dalam aspek *hajiyyat* adalah untuk menghilangkan kesulitan, meringankan beban taklif, dan memudahkan urusan manusia.
- c. Kebutuhan yang bersifat *tahsiniyat*, ialah tindakan atau sifat-sifat yang pada prinsipnya berhubungan dengan budi pekerti yang mulia, serta

¹⁴⁷Najm al-Dîn al-Thûfi, *Syarh Al-Arba'in Al-Nawawîyyah: Mulhiq Al-Maslahah Fi Al-Tasyri' Al-Islâmî* (Kairo: Dâr al-Fikr al-Arabi, 1980), h.19.

¹⁴⁸Âsyûr., h.63.

¹⁴⁹al-Syathibî, h.6.

pengasuhan tindakan-tindakan utama dalam bidang ibadat, adat, dan *muamalat*. Ketiadaan aspek ini akan menimbulkan suatu kondisi yang kurang harmonis dalam pandangan akal sehat dan adat kebiasaan, menyalahi kepatutan, sopan santun, dan menurunkan martabat pribadi manusia.

Asmawi dalam penelitiannya bahwa dalam rangka pengembangan hukum Islam, harus dipahami 3 (tiga) model kategorisasi masalah. Pertama, kategorisasi *masalah* yang meliputi *masalah mu'tabarah*, *masalah mulgah*, dan *masalah mursalah*. Kedua, kategorisasi masalah yang mencakup *al-masalih al-daruriyyah*, *al-masalih al-hajiyyah*, dan *al-masâlih al-tahsiniyyah*. Ketiga, kategorisasi masalah yang terdiri atas *maslahat al-din*, *maslahat al-nafs*, *maslahat al-aql*, *maslahat al-nasl*, dan *maslahat al-mal*.¹⁵⁰

Teori *al-Maslahah* memberi saham besar bagi terwujudnya panduan yang layak diperhatikan untuk mengetahui hakikat hukum Allah atas perkara yang tidak ditegaskan oleh nash secara eksplisit. Oleh karenanya, masalah menjadi elemen vital bagi hukum Islam, sehingga ia senantiasa memiliki relevansi dengan konteks zamannya; dan ini pada gilirannya menjadikannya tetap *up to date* dan *visible* dalam menyapa persoalan kehidupan manusia. Berkaitan dengan konteks ini, maka paradigma pemikiran hukum Islam kontemporer adalah berikhtiar untuk mengintegrasikan semua khazanah tradisi peradaban Islam ke dalam semangat modern, yang diawali dengan mengakomodasi unsur-unsur positif (*maslahah*), dan pada saat yang bersamaan mengeliminasi unsur-unsur negatif (*madharat*) dalam membangun sebuah teori interpretasi nash berbasis realitas dan

¹⁵⁰ Asmawi, "Konsep Teori Masalahah," *Salam; Jurnal Filsafat dan Budaya Hukum* Vol. 10 (2014)., h.323.

pembebasan sosial yang bermuara pada kemaslahatan manusia (*li al-masalih al-'ibad*).¹⁵¹

Maslahah dalam setiap posisinya, baik sebagai sumber, metode dan tujuan hukum, merupakan suatu keutuhan yang berhubungan satu sama lain. Ada tiga kategori hubungan korelasi *maslahah*, antara lain:

- a. Bahwa aplikasi metode *maslahah mu'tabarah* secara otomatis akan menunjuknya sebagai tujuan hukum atau *maqasid al-syari'ah*. Karena itu masalah ini sering disebut sebagai *maslahah al-khams* (tingkatannya adalah *dharuriat, hajiyat, dan tahsiniyat*). Dalam teori hukum Islam, hubungan ini dikenal dengan teori "setiap syari'at adalah kemaslahatan" (*al-syari'ah maslahah*).
- b. Masalah mursalah merupakan metode tanpa dukungan teks-teks keagamaan. Kendati demikian, metode ini harus terbatas oleh pertimbangan *maqasid al-syari'ah*. Metode ini tetap berdasarkan *maslahah al-khams* kendati hanya bersifat implisit. Dalam teori hukum Islam, hubungan ini dikenal dengan teori "setiap kemaslahatan adalah *Syari'at*" (*al-mashlahsh syari'ah*).
- c. Merupakan aplikasi masalah secara progresif, di mana masalah sebagai suatu prinsip kebenaran dan kebaikan bukan dalam tataran metodis, namun merupakan sumber hukum Islam di samping sumber hukum yang lain. Teori ini merupakan teori alternatif, yang tidak terlalu mementingkan teks keagamaan, tetapi lebih kepada hikmah teks dan tujuan-tujuan kebaikan. Teori ini adalah teori hukum Islam yang meletakkan masalah sebagai poros tujuan syari'ah (*qutb maqasid al-syariah*).¹⁵²

Dari uraian diatas dapat diambil kesimpulan bahwa masalah merupakan tujuan yang dikehendaki oleh *al-Syari'* dalam hukum-hukum yang ditetapkan-Nya melalui teks-teks suci Syariah berupa al-Qur'an dan Hadis. Tujuan tersebut mencakup 6 (enam) hal pokok, yaitu perlindungan terhadap agama, perlindungan terhadap jiwa, perlindungan terhadap akal budi, perlindungan terhadap keturunan, perlindungan terhadap kehormatan diri, dan perlindungan terhadap harta

¹⁵¹Muhammad Harfin Zuhdi, "Formulasi Teori Al-Maslahah Dalam Paradigma Pemikiran Hukum Islam Kontemporer," *Proceeding Annual International Conference on Islamic Studies AICIS* Vol. XIV (2014)., h.214.

¹⁵²Hasnan Bachtiar, "Maslahah Dalam Formasi Teori Hukum Islam," *Jurnal ULUMUDDIN* Vol. IV, Tahun III (2009)., h.284.

kekayaan. Masalah itu bertingkat-tingkat, yakni *daruriyyat*, *hajiyyat* dan *tahsiniyyat*.

Masalah itu mencakup 2 (dua) unsur yang padu dan holistik, yakni *jalb al-manafi'/al-masalih wa dar'al-mafasid/al-madarr* yang mengandung arti “mewujudkan sesuatu yang bermanfaat/baik atau yang membawa kemanfaatan/kebaikan, dan mencegah serta menghilangkan sesuatu yang negatif-destruktif atau yang membawa kerusakan/mudarat, di mana hal ini semua tetap dalam kerangka arahan al-Qur'an dan Hadis. Dalam hal ini, perlu dipertimbangkan segi yang menyangkut kepentingan individual/terbatas (*al-maslahah al-khassah*) dan kepentingan umum/masyarakat luas (*al-maslahah al-'ammah*), dan prioritas diberikan kepada kepentingan umum/masyarakat luas.

Masalah yang terdapat di dalam nas-nas dapat dipahami dengan meneliti kandungan makna *nass-nass* itu. Di sini perlu diterapkan langkah interpretasi berorientasi masalah terhadap nash dan aplikasi berorientasi masalah terhadap nash. Dalam menghadapi kasus/masalah yang tidak ditentukan hukumnya secara eksplisit oleh nass yang spesifik, perlu merujuk kepada nass yang bersifat umum, diiringi dengan langkah interpretasi berorientasi-masalah terhadap nash dan aplikasi berorientasi-masalah terhadap nash.

Di samping itu, masalah dapat ditemukan dan diaplikasikan: (1) melalui penerapan analisis *jalb al-manafi'/al-masalih wa dar' al-mafasid/al-madarr*; (2) melalui penerapan metode/dalil Syara' sekunder seperti al-qiyas, al-maslahah al-mursalah, *sadd al-dzari'ah*, dan al-'urf.; dan (3) melalui penerapan *al-qawaid al-fiqhiyyah*. Dalam konteks ini, upaya mengkualifikasi sesuatu sebagai masalah

harus mengacu kepada parameter nass yang berupa garis-garis besar haluan nass sehingga terhindar dari kesimpulan hukum yang kontradiktif dengan nash.

G. Metode Penelitian

Istilah penelitian berasal dari Bahasa Inggris yaitu *research*. Kata *research* berasal dari kata *re* (kembali) dan *to search* (mencari). *Research* berarti mencari kembali. Oleh karena itu penelitian pada dasarnya adalah merupakan suatu upaya pencarian.¹⁵³

Penelitian adalah suatu kegiatan terencana yang dilakukan dengan metode ilmiah, bertujuan untuk mendapatkan data baru guna membuktikan kebenaran ataupun ketidak benaran dari suatu gejala atau hipotesa yang ada.¹⁵⁴ Penelitian adalah suatu pencarian fakta menurut metode objektif yang jelas untuk menemukan hubungan antar fakta dan menghasilkan dalil atau hukum.¹⁵⁵

Menurut Soerjono Soekanto penelitian adalah suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisis dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis dan konsisten. Adapun yang dimaksud metodologis adalah sesuai dengan metode atau cara tertentu, sistematis adalah berdasarkan suatu sistem, sedangkan konsisten adalah tidak adanya hal-hal yang bertentangan dalam suatu kerangka tertentu.¹⁵⁶

¹⁵³Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2022)., h. 1.

¹⁵⁴Suratman dan Philips Dillah, *Metode Penelitian Hukum* (Bandung: Alfabeta, 2020)., h.34.

¹⁵⁵Faisar Ananda Arfa, *Metodologi Penelitian Hukum Islam* (Jakarta: Prenada Media Group, 2016)., h.12.

¹⁵⁶Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 2014)., h.42.

Menurut W.J.S. Poerwadarminta, penelitian adalah pemeriksaan yang teliti, penyelidikan. Meneliti, memeriksa, menyelidiki dan sebagainya dengan cermat, misalnya memperhatikan, mempelajari perkembangan Bahasa Indonesia.¹⁵⁷

Munir Fuady dalam menyebut metode penelitian sebagai metode riset dengan definisi adalah suatu cara yang paling dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah, yang dilakukan secara hati-hati, sistematis, terorganisir, valid dan verifikatif untuk mencari suatu kebenaran dari suatu persoalan dengan menggunakan teknik-teknik tertentu yang sudah terbukti keampuhannya sehingga dapat ditemukan jawaban-jawaban terhadap masalah, fakta dan fenomena tertentu yang terdapat dalam bidang-bidang pengetahuan tertentu, dengan cara mengumpulkan, menganalisis dan menginterpretasi fakta, data dan keterangan, untuk membuktikan kebenaran teori atau membantah teori yang sudah ada dan/atau menciptakan teori baru, dan dengan menggunakan metode statistik atau tidak, dengan tujuan akhir untuk dapat mengembangkan ilmu pengetahuan dan teknologi sehingga memberikan manfaat bagi umat manusia.¹⁵⁸

Fungsi metode penelitian adalah alat untuk mengetahui sesuatu masalah yang akan diteliti, baik ilmu-ilmu sosial, ilmu hukum, maupun ilmu lainnya.¹⁵⁹ Oleh sebab itu metode penelitian merupakan suatu sarana ilmiah bagi pengembangan dan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi, maka

¹⁵⁷Dillah., h. 34.

¹⁵⁸Munir Fuady, *Metode Riset Hukum Pendekatan Teori Dan Konsep* (Depok: Rajawali Pers, 2018), h. 2.

¹⁵⁹Ali., h. 21.

metodologi penelitian yang diterapkan harus senantiasa disesuaikan dengan ilmu pengetahuan yang menjadi induknya.

Adapun penelitian yang dilakukan pada penelitian ini adalah penelitian hukum, yang merupakan suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika dan pemikiran tertentu yang bertujuan untuk mempelajari suatu atau beberapa gejala hukum tertentu dengan jalan menganalisisnya. Permasalahan pada fakta-fakta hukum dianalisis secara mendalam dan diusahakan suatu pemecahannya.¹⁶⁰

Penelitian hukum adalah suatu perbuatan atau kegiatan yang dilakukan oleh si peneliti untuk berbagai kepentingan hukum, langsung dan/atau melalui internet, mengumpulkan, memverifikasi, dan menganalisis data, menganalisis hubungan antara kaidah hukum dan antar sumber hukum, mengambil kesimpulan dan memprediksi terhadap masalah, asas, prinsip, kaidah dan aturan hukum melalui suatu penelitian perpustakaan dengan mengambil data berupa peraturan perUndang-Undangan, putusan pengadilan, perintah penguasa, perjanjian-perjanjian, dan dokumen hukum lainnya serta pendapat ahli hukum dalam kaitannya dengan persoalan hukum tertentu, meskipun tentang urutan kepentingan data, akan berbeda pandangan tergantung kepada paham dan aliran yang dianut oleh si peneliti.¹⁶¹

¹⁶⁰Soekanto. h. 43

¹⁶¹Fuady, *Metode Riset Hukum Pendekatan Teori Dan Konsep.*, h.19.

Pada penelitian hukum yang dicari adalah jawaban bagaimana seharusnya bertingkah laku (sifatnya preskriptif) dan tujuannya adalah untuk mengatur dan merealisasikan peraturan.¹⁶²

1. Jenis Penelitian dan Pendekatan Penelitian

Dalam penelitian hukum ini menggunakan jenis penelitian hukum normatif,¹⁶³ yaitu jenis penelitian yang didasarkan atas kajian terhadap bahan-bahan kepustakaan seperti buku-buku, literatur, majalah, surat kabar, brosur atau dokumen-dokumen resmi seperti peraturan perUndang-Undangan dan sejenisnya¹⁶⁴ yang tentu saja berkaitan dengan/ berhubungan dengan rekonstruksi ketentuan pengasuhan anak pasca perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan.

¹⁶²Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Metode Penelitian Hukum Langkah Langkah Untuk Menemukan Kebenaran Dalam Ilmu Hukum* (Bandung: Refika Aditama, 2018), h. 46

¹⁶³Penelitian hukum yang normatif haruslah mempelajari hukum sampai ke detail-detailnya, karena ketentuan dalam perundang-undangan, putusan pengadilan, perintah penguasa, ataupun doktrin (pendapat ahli) adalah bersifat unik satu sama lain sehingga dengan penelitian hukum normatif tersebut akan diketahui hukum yang berlaku umum (*general rule*), hukum yang merupakan pengecualian (*exception rule*), hukum yang hanya atau masih didukung oleh minoritas sarjana atau minoritas pengadilan (*minority rule*), hukum yang literal yakni yang sesuai apa adanya yang tertulis (*black letter law*) dan hukum yang sesuai konteks (*contextual law*) serta hukum yang sudah diinterpretasikan (hukum progresif) untuk menghilangkan unsur kekakuan bahkan kenaifan hukum, dan dari penelitian hukum normatif tersebut akan diketahui pula apa yang merupakan norma hukum, teori hukum dan filsafat hukum, di samping juga apa aturan konkret yang dapat diterapkan terhadap masalah hukum yang bersangkutan. Fuady, *Metode Riset Hukum Pendekatan Teori Dan Konsep*, h.130-131.

Penelitian hukum normatif atau juga penelitian hukum doktrinal dapat diklasifikasikan sebagai berikut: a. inventarisasi hukum positif, b. menemukan asas dan doktrin hukum, c. menemukan hukum untuk suatu perkara *in concreto*, d. penelitian terhadap sistematika hukum, e. penelitian terhadap taraf sinkronisasi, f. penelitian perbandingan hukum dan g. penelitian sejarah hukum. Lihat Dillah., h. 54.

Penelitian hukum Islam normatif meliputi: a. penelitian hukum Islam pada ranah sumber, b. penelitian hukum Islam pada ranah doktrin, c. penelitian asas-asas hukum Islam, d. penelitian istinbath hukum, e. penelitian hukum Islam perbandingan dan d. penelitian sejarah hukum Islam (*tarikh tasyri'*). Lihat Arfa., h. 47-59.

¹⁶⁴Soerjono Soekanto, *Metode Penelitian Hukum Normatif* (Jakarta: Universitas Indonesia, 1987), h.15. Lihat juga Soejono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif : Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: Rajawali Pers, 2013), h.13-14. Lihat juga Soekanto, h.50.

Penelitian hukum normatif adalah suatu penelitian hukum baik bersifat murni maupun bersifat terapan, yang dilakukan oleh seorang peneliti hukum untuk meneliti suatu norma (karena itu disebut normatif) seperti dalam bidang-bidang keadilan, kepastian hukum, ketertiban, kemanfaatan, dan efisiensi hukum otoritas hukum, serta norma dan doktrin hukum, yang mendasari diberlakukannya unsur-unsur tersebut ke dalam bidang hukum yang bersifat prosedural dan substantif, baik dalam bidang hukum publik, seperti prinsip-prinsip negara, kekuasaan dan kewenangan alat-alat negara, hak-hak warga negara, prinsip-prinsip perbuatan pidana atau pemidanaan dan hukuman maupun dalam bidang hukum perdata, seperti dalam bidang hukum orang, keluarga dan perkawinan, hukum benda dan perhutangan, hukum kontrak, kewarisan, dan sebagainya.¹⁶⁵

Penelitian normatif bersifat yuridis-normatif atau teoritis-rasional, penelitian ini juga sering disebut penelitian yuridis-dogmatis. Dalam penelitian normatif, penelitian yang ingin menemukan kebenaran hukum yang bersifat dogmatis, membutuhkan data sekunder yang bersumber dari hukum positif (*das Sollen*).¹⁶⁶

Pada umumnya pendekatan dalam penelitian hukum normatif terdiri dari:

- 1) Pendekatan Perundang-Undangan (*statute approach*)
- 2) Pendekatan konseptual (*conceptual approach*)
- 3) Pendekatan Sejarah Hukum (*historical approach*)

¹⁶⁵Fuady, *Metode Riset Hukum Pendekatan Teori Dan Konsep*., h.130.

¹⁶⁶Butarbutar., h. 71.

- 4) Pendekatan kasus (*case approach*)
- 5) Pendekatan perbandingan (*comparative approach*).¹⁶⁷

Sedangkan pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan Perundang-Undangan (*statute approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

Pendekatan Perundang-Undangan (*statute approach*) adalah pendekatan penelitian dengan memahami dan mempelajari suatu fakta dengan menggunakan ligeslasi dan regulasi. Dan dalam pendekatan penelitian ini peneliti perlu memahami hierarki dan asas-asas dalam peraturan Perundang-Undangan.¹⁶⁸

Sedangkan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) adalah pendekatan penelitian yang membangun suatu konsep untuk dijadikan acuan. Dalam pendekatan penelitian ini, peneliti perlu merujuk pada prinsip-prinsip hukum oleh para sarjana-sarjana hukum ataupun doktrin-doktrin hukum.¹⁶⁹

2. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan dilaksanakan dengan menggunakan teknik dokumentasi, yaitu dengan mengumpulkan data-data yang bersumber dari tulisan. Teknik dokumentasi juga disebut studi dokumenter, yaitu studi yang mengkaji tentang berbagai dokumen-dokumen, baik berkaitan

¹⁶⁷I Made Pasek Diantha, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Group, 2019)., 156. Baca juga Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2017)., h. 133

¹⁶⁸Marzuki., h.137

¹⁶⁹Ibid., h. 178.

dengan peraturan perUndang-Undangan maupun dokumen-dokumen yang sudah ada.¹⁷⁰

Data yang dikumpulkan berupa data primer dan data sekunder. Data primer dikumpulkan melalui wawancara sebagai data pendukung data sekunder. Data sekunder terdiri dari bahan hukum Primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier.

3. Bahan Hukum

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer, adalah bahan-bahan hukum yang mengikat,¹⁷¹ dan bersifat autoritatif (mempunyai otoritas).¹⁷² Bahan hukum primer seperti dikatakan oleh Cohen & Olson, adalah:

*"Those recorded rules which will be enforced by the state. They may be found in decision of appellate court, statutes passed by legislatures, executive decrees and regulations, and ruling at administrative agencies."*¹⁷³

Yaitu semua aturan tertulis yang ditegakkan oleh negara, semua itu bisa ditemukan dalam putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap, Undang-Undang yang ditetapkan parlemen, keputusan dan peraturan eksekutif, dan putusan hukum agen-agen administrasi.

Terdiri dari Al-Qur'an, Hadis Rasulullah SAW, Ijtihad dan segala bentuk peraturan perUndang-Undangan yang tentu saja berhubungan dengan

¹⁷⁰ Nurbaiti., h. 19

¹⁷¹ Soekanto., h. 52.

¹⁷² Marzuki., h. 181.

¹⁷³ Morris L. Cohen dan Kent C. Olsen, *Legal Reaserch in Nutshell* (St. Paul Minn: West Publishing, 2007)., h. 3.

rekonstruksi ketentuan pengasuhan anak pasca perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan seperti:

- Undang-Undang Dasar 1945
- Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- Peraturan Pemerintah No. 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak.
- Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.
- Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
- Putusan-putusan Hakim Pengadilan Agama.

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer,¹⁷⁴ berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi,¹⁷⁵ meliputi literatur-literatur dan publikasi-publikasi tentang hukum yang berkaitan dengan hukum perkawinan, hukum keluarga, hukum perdata, materi kuliah dan referensi yang berkaitan dengan rekonstruksi ketentuan pengasuhan anak pasca perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan.

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Adapun teknik pengumpulan bahan hukum yang dilakukan dengan cara Studi “studi dokumenter” dan *card sistem*,¹⁷⁶ yaitu dengan melakukan

¹⁷⁴Soekanto.

¹⁷⁵Marzuki., h.181.

¹⁷⁶Mamuji, h.53.

penelusuran terhadap bahan-bahan hukum yang ada relevansinya dengan rekonstruksi ketentuan pengasuhan anak pasca perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan yang menjadi kajian dalam penulisan ini. Kemudian diinventarisasi dan dikumpulkan sebelum dijadikan acuan dalam penulisan hukum ini.

5. Langkah-langkah dalam Melakukan Penelitian Hukum

Dalam melakukan penelitian hukum ini, langkah-langkah yang dilakukan adalah:

- a. Perumusan topik dan judul penelitian
- b. Perumusan masalah
- c. Penegasan maksud dan tujuan
- d. Penyusunan kerangka teoritis
- e. Penyusunan kerangka konseptual dan definisi-definisi operasional
- f. Perumusan hipotesis
- g. Pemilihan dan penetapan metodologi
- h. Penyajian hasil penelitian
- i. Analisa data yang telah dihimpun
- j. Penyusunan ikhtisar hasil-hasil penelitian
- k. Perumusan kesimpulan
- l. Penyusunan saran-saran

6. Pengolahan dan Analisa Bahan Hukum

Penganalisaan yang ditempuh adalah dengan cara analisis kualitatif,¹⁷⁷ adalah analisis dengan memberikan gambaran (deskripsi)¹⁷⁸ dengan kata-kata atas temuan penelitian, dimana dalam tahap awal penulis mencoba untuk mengumpulkan segala bentuk bahan hukum, baik bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder yang mempunyai hubungan dengan permasalahan yang dibahas. Kemudian penulis mengklasifikasikan kedua bahan hukum tersebut berdasarkan jenisnya apakah bahan hukum tersebut berupa peraturan Perundang-Undangan, literatur, majalah, koran, ataupun dokumen-dokumen resmi. Kemudian langkah selanjutnya penulis mencoba menganalisa bahan-bahan hukum tersebut yang tentu saja hanya pada bagian yang berkaitan dengan rekonstruksi ketentuan pengasuhan anak pasca perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan. Kemudian langkah terakhir setelah melakukan analisa maka dimulailah suatu pembahasan terhadap masalah-masalah rekonstruksi ketentuan pengasuhan anak pasca perceraian dalam Undang-Undang Perkawinan yang

¹⁷⁷Analisa kualitatif dapat dipergunakan untuk penelitian hukum yang bersifat normatif. Lihat Dillah., h 146.

Analisis kualitatif merupakan analisis data yang tidak menggunakan angka, melainkan memberikan gambaran (deskripsi) dengan kata-kata atas temuan-temuan, dan karenanya ia lebih mengutamakan mutu/kualitas dari data bukan kuantitas. Lihat juga Nurbaiti, h.19.

Penelitian dengan analisis pendekatan kualitatif adalah suatu penelitian yang ditujukan untuk mendeskripsikan dan menganalisis fenomena, peristiwa, aktivis social, sikap kepercayaan, persepsi, pemikiran orang secara individual maupun kelompok. Lihat juga Suteki dan Galang Taufani, *Metodologi Penelitian Hukum (Filsafat, Teori Dan Praktik)* (Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 2022)., h.139.

¹⁷⁸Analisis deskriptif adalah analisis yang bertujuan untuk melukiskan sesuatu permasalahan pada fakta tertentu atau keadaan tertentu. Lihat Taufani., h.133. Tujuan analisis deskriptif adalah untuk memberikan gambaran yang rinci dan akurat tentang suatu fenomena, fakta, kejadian-kejadian secara sistematis, faktual dan akurat. Lihat Sumadi Suryabrata, *Metodologi Penelitian* (Depok: PT Rajagrafindo Persada, 2019)., h. 75.

didasarkan atas analisis terhadap bahan-bahan hukum yang telah diperoleh tersebut.

H. Sistematika Penulisan

Penulisan penelitian ini terdiri dari 5 (lima) bab dengan sistematika penulisan sebagai berikut :

Bab I Pendahuluan, yang memuat latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan dan signifikansi penelitian, desain operasional, penelitian terdahulu, kajian teori, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab II Konsep Keadilan Hak Asasi Anak Pasca Perceraian di Indonesia dan Konsep Pengasuhan Anak di Berbagai Negara.

Bab III Keadilan Hak Asasi Anak Pasca Perceraian Kedua Orang Tuanya di Indonesia.

Bab IV Konsep Perluasan Makna Pasal 41 Undang-Undang Perkawinan Tentang Pengasuhan Anak Pasca Perceraian Di Indonesia.

Bab V Penutup, yang memuat kesimpulan dan saran.