

SENGKETA HAK ASUH ANAK DALAM HUKUM KELUARGA PERSPEKTIF KEADILAN JENDER

Ahmad Zaenal Fanani

Hakim Pengadilan Agama Kota Madiun

Email: az.fanani@gmail.com

Abstract

The one of the crucial issues in the Islamic family law in Indonesia is the issue of gender equity including tug of love. It is caused by historical and empirical of Islamic family law which still put unequal status and unequal roles between men and women. That Islamic family law is law that has become the positive law or has become law and regulation in Indonesia. This article will discuss about the provision of tug of love dispute in Islamic family law in Indonesia, and the renewal of provision of tug of love dispute from a gender justice perspective. Based on the review and analysis can be concluded that the provision of tug of love dispute in Islamic family law in Indonesia (particularly Article 105 and 156 KHI) is not gender equitable and should be revised by adding the aspect of morality, aspect of health, the ability to educate and the ability to take care of children as the main parameter in determining the right parent who will possess the custody of the children.

Abstrak

Salah satu persoalan krusial dalam hukum keluarga di Indonesia yang perlu mendapat pembaharuan dewasa ini adalah persoalan keadilan jender dalam hukum keluarga, termasuk hak asuh anak. Hal ini dikarenakan kenyataan historis-empiris hukum keluarga masih menempatkan status dan peran yang tidak setara antara laki-laki dan perempuan. Hukum keluarga yang dimaksud adalah hukum keluarga yang sudah menjadi hukum positif atau menjadi peraturan perundang-undangan di Indonesia. Artikel ini akan membahas tentang bagaimana ketentuan sengketa hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia, serta bagaimana pembaruan ketentuan sengketa hak asuh anak dalam perspektif keadilan jender. Berdasarkan kajian artikel ini, dapat disimpulkan; *Pertama*, ketentuan hukum tentang sengketa hak asuh anak yang diatur dalam pasal 105 dan 156 KHI tidak responsif jender. *Kedua*, aspek moralitas, kesehatan dan kemampuan mendidik dan memelihara anak tidak bisa dimonopoli oleh jenis kelamin tertentu akan tetapi semua aspek tersebut sama-sama bisa dimiliki baik oleh kaum perempuan (ibu) maupun oleh kaum laki-laki (bapak).

Keywords: custody of children, Islamic family law, gender justice

A. Pendahuluan

Secara historis, hukum Islam sudah lama menjadi hukum positif yang berlaku di Indonesia. Diantara hukum Islam yang menjadi hukum positif di

Indonesia adalah dalam bidang hukum keluarga.¹ Sejak zaman penjajahan sampai sekarang hukum keluarga yang bersumber dari hukum Islam sudah diikuti dan hidup di tengah-tengah mayoritas rakyat Indonesia.

Dalam konteks saat ini, upaya pembaharuan hukum Islam di Indonesia, khususnya hukum keluarga, adalah sebuah keharusan. Hal ini dikarenakan adanya tuntutan perubahan zaman, tuntutan perkembangan ilmu pengetahuan, pengaruh globalisasi ekonomi, pengaruh reformasi dalam berbagai bidang hukum, dan juga pengaruh pembaruan pemikiran Islam yang mengharuskan pintu ijtihad selalu terbuka untuk menemukan hukum baru terhadap persoalan baru. Misalnya hak asuh anak yang dilahirkan di luar nikah serta dampak sosialnya di masyarakat.²

Salah satu persoalan krusial dalam hukum keluarga di Indonesia yang perlu mendapat pembaharuan dewasa ini adalah persoalan keadilan gender dalam hukum keluarga, termasuk hak asuh anak. Hal ini dikarenakan kenyataan historis-empiris hukum keluarga masih menempatkan status dan peran yang tidak setara antara laki-laki dan perempuan.³

Hukum keluarga yang dimaksud adalah hukum keluarga yang sudah menjadi hukum positif atau menjadi peraturan perundang-undangan di Indonesia yang terjemakan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan (UU No 1 Tahun 1974), Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Tiga peraturan perundang-undangan tentang hukum keluarga tersebut sumber utama yang mendominasinya adalah hukum Islam, hal ini bisa dilihat dari pasal-pasal yang ada di dalamnya dan sejarah proses pembahasannya.

Jender tidak bersifat kodrati, akan tetapi suatu bentuk rekayasa masyarakat (*social constructions*). Jender adalah suatu konsep yang digunakan untuk mengidentifikasi perbedaan laki-laki dan perempuan dilihat dari segi pengaruh sosial dan budaya. Jender berbeda dengan seks, kalau seks lebih banyak digunakan untuk mengidentifikasi perbedaan laki-

¹ Hukum keluarga disini dimaknai secara umum mencakup hukum perkawinan, hukum wasiat dan hukum kewarisan. Hukum keluarga ini dalam bahasa arab dipadankan dengan istilah *al-ahwal as-syakhsiyah* sebagaimana dikonsepsikan oleh Musthafa Ahmad Az-Zarqa. Lihat Mustafa Ahmad al-Zarqa, *al Fiqh al-Islam wa Madarisuhu* (Damaskus: Dar al-Qalam, Damaskus, 1995), 11-12.

² Usia hukum keluarga dapat dikatakan sama tua dengan usia peradaban manusia itu sendiri. Lihat Muhammad Amin Summa, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010), 4 -5.

³ Mahmud Arif, Keadilan Gender Dalam Perspektif Mahmud Syaltut, *Asy-Syir'ah Jurnal ilmu syariah*, Vol. 35, No. II, 2001, 45.

laki dan perempuan dari segi anatomi biologi seperti perbedaan komposisi kimia dan hormon dalam tubuh, anatomi fisik, reproduksi, dan karakteristik biologis lainnya. Sedangkan gender lebih banyak digunakan untuk aspek sosial, budaya, psikologi dan aspek-aspek non-biologis lainnya.⁴

Jender adalah atribut yang dilekatkan, dikodifikasi dan dilembagakan secara sosial dan kultural kepada perempuan atau laki-laki. Jender berkaitan dengan pikiran dan harapan masyarakat tentang bagaimana seharusnya menjadi laki-laki dan perempuan. Misalnya perempuan itu seharusnya lemah lembut, sementara laki-laki tegas dan keras. Perempuan emosional, laki-laki rasional. Juga berkaitan dengan hal-hal yang lebih luas, misalnya, perempuan seharusnya menjaga dan mendidik anak di rumah, sedang laki-laki seharusnya mencari nafkah di luar.

Laki-laki mengatakan cinta, melamar, menikahi atau nanti menceraikannya, sedangkan perempuan tidak pantas melakukan hal tersebut. Akibatnya, karena merupakan bentukan sosial dari pengalaman masyarakat, gender berubah dari waktu ke waktu yang lain; berbeda dari satu masyarakat ke masyarakat lain. Dari kelas tertentu ke kelas yang lain. Singkatnya, tidak universal. Di samping itu, gender juga bisa dipertukarkan. Misalnya ada laki-laki yang emosional, dan banyak pula perempuan yang rasional. Banyak laki-laki yang pandai memasak, dan banyak pula perempuan yang pandai di bidang rekayasa (*engineering*).⁵

Konsepsi keadilan gender sejatinya selaras dengan prinsip ajaran Islam. Hal ini dikarenakan Islam mengakui akan pentingnya proses dan perlakuan adil terhadap semua manusia tanpa melihat jenis kelamin, perlakuan adil baik untuk perempuan maupun laki-laki. Islam dengan sangat tegas menyatakan bahwa laki-laki dan perempuan memiliki derajat yang sama dan yang membedakan diantara mereka hanyalah kadar ketakwaannya saja. Al-Quran tidak menentukan superioritas dan inferioritas atas dasar jenis kelamin.

Terkait keadilan gender, teori *maqasid al-syariah* menegaskan bahwa hukum Islam disyariatkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Pada setiap hukum terkandung kemaslahatan bagi umat manusia baik kemaslahatan itu bersifat duniawi maupun ukhrawi. Oleh

⁴ Nasaruddin Umar, *Argumen Kesetaraan Gender Perspektif Al-Quran*, (Jakarta: Dian Rakyat, 2010), 31-32.

⁵ Moh. Yasir Alimi, *Jenis Kelamin Tuhan Lintas Batas Tafsir Agama*, (Yogyakarta: Yayasan KLIK, 2002), 3-5.

sebab itu, setiap mujtahid dalam meng-*istinbat*-kan (merumuskan) hukum dari suatu kasus yang dihadapi harus berpatokan pada kemaslahatan umat manusia. Relasi yang adil antara laki-laki dan perempuan adalah merupakan syarat mutlak terwujudnya kemaslahatan bagi manusia dalam kehidupan sosial dewasa ini.

Ketidakadilan berbasis gender dinilai bertentangan dengan konsep Hak Asasi Manusia (HAM). HAM adalah hak-hak dasar yang melekat pada diri setiap orang sejak ia dilahirkan. Ia berlaku universal (berlaku bagi semua orang di mana saja dan kapan saja). Hak ini merupakan anugerah Tuhan Yang Maha Esa. Karena sifatnya yang demikian, maka tidak ada kekuatan apapun yang bisa mengurangi atau mencabut hak tersebut.

Keadilan gender dalam hukum keluarga Islam di Indonesia dinilai lebih buruk dibanding hukum keluarga non-Islam.⁶ Padahal secara normatif-doktrinal, Islam dengan tegas mengakui konsep kesetaraan antara laki-laki dan perempuan. Islam mengakui kesetaraan martabat laki-laki dan perempuan tanpa membedakan jenis kelamin, Islam juga mengakui kesetaraan hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan dalam berbagai bidang.⁷

Ada kesenjangan dan ketimpangan antara idealitas agama dan realitas sosial. Ketika idealitas agama memberikan ruang dan peran yang setara dalam konsep relasi laki-laki dan perempuan serta aktualisasi atas hak-hak dasar kaum perempuan, realitas sosial justru membatasi dan membelenggunya.⁸

Menarik ketika diketahui bahwa ‘agama’ telah terlibat dalam arus besar budaya yang tidak bersikap adil terhadap kaum perempuan. Tanpa disadari pula bahwa ternyata telah terjadi tarik menarik yang sulit dipisahkan antara sistem budaya dan “agama” yang memberikan kekuatan besar bagi terciptanya ketidakadilan gender tersebut. Meskipun idealnya agama tidak mungkin memberikan peluang bagi berlangsungnya sistem yang diskriminatif pada semua aspek kehidupan, tetapi realitas sosial

⁶ Hukum keluarga non-Islam yang dimaksud adalah hukum keluarga yang sumber hukum yang mendominasi didalamnya adalah bukan hukum Islam. Terkait komparasi kesetaraan gender dalam hukum Islam dan non-Islam bisa dilihat Valentine M. Moghadam, *Modernizing Women: Gender and Social Change in Middle East*, Lynne Rienner Publisher, London, 1993, 3. Lihat pula Mahmud Arif, *Keadilan Gender Dalam Perspektif Mahmud Syaltut*, 45.

⁷ Ketentuan ini setidaknya terdapat pada Q.S. al-Taubah: 71-72, Q.S. al-Ahzab: 35, dan Q.S. al-Mu'min: 40.

⁸ Husein Muhammad, *Fiqh Perempuan Refleksi Kiai atas Wacana Agama dan Gender*, (Yogyakarta: LkiS, 2012), xxx.

berbicara sebaliknya. Kesenjangan antara idealitas agama dan realitas sosial tersebut perlu dihilangkan melalui upaya intelektual yang kritis dan menerobos terhadap teks-teks keagamaan yang dijadikan pedoman. Kita perlu melakukan reinterpretasi dan rekonstruksi terhadap bangunan pemikiran keagamaan (fikih) dalam konteks sosial sekarang.⁹

Peraturan perundang-undangan yang secara khusus mengatur hukum keluarga di Indonesia belum ada, akan tetapi secara substansial terjemakan dalam peraturan perundang-undangan yang memuat hukum Islam yaitu UU No 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, yang terdiri dari 14 bab dan 67 pasal, PP No 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang KHI yang terdiri dari Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan dan Buku III tentang Hukum Perwakafan.¹⁰ Ketiga peraturan perundang-undangan tersebut merupakan sumber hukum materiil yang menjadi rujukan utama hukum keluarga di lingkungan Peradilan Agama¹¹ sebagai pengadilan yang salah satu kewenangannya menangani masalah-masalah hukum keluarga bagi orang yang beragama Islam.

Sadar betapa luas dan banyaknya yang harus dikaji dalam upaya pembaharuan hukum keluarga yang berperspektif gender, maka artikel ini membatasi diri pada ketentuan hukum hak asuh anak agar mendapatkan pembahasan yang lebih mendalam yakni: ketentuan hukum tentang sengketa hak asuh anak atau yang juga lazim disebut dengan hak *hadlanah* atau pemeliharaan anak yang terdapat dalam hukum keluarga Islam di Indonesia.

Ketentuan hukum sengketa hak asuh anak dipilih untuk dikaji, disamping agar mendapatkan pembahasan yang mendalam dan fokus, juga dikarenakan sengketa hak asuh anak merupakan ketentuan hukum yang perkaranya banyak terjadi di Pengadilan Agama dan umumnya selalu menjadi perhatian publik atau masyarakat luas. Di samping itu, ketentuan

⁹ *Ibid*, xxx.

¹⁰ Bahan Penyuluhan Hukum Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang diterbitkan oleh Departemen Agama RI Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam tahun 2002.

¹¹ Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama UU No. 7 Tahun 1989*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2007). Lihat pula Jaenal Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, (Jakarta: Kecana, 2008).

hukum yang dikaji tersebut belum pernah dikaji secara mendalam dari aspek keadilan jender.

Berdasarkan uraian dalam latar belakang di atas, maka permasalahan dalam artikel ini dapat dirumuskan sebagai berikut: pertama, bagaimana ketentuan sengketa hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia? Bagaimana pembaruan ketentuan sengketa hak asuh anak dalam perspektif keadilan jender?

B. Konsepsi Sengketa Hak Asuh Anak Di Indonesia

Ketentuan hukum tentang hak asuh anak dalam hukum keluarga di Indonesia bisa dilihat dalam UU No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan KHI. Pasal 45 ayat (1) UU No 1 Tahun 1974 menegaskan bahwa kedua orang tua sama-sama memiliki kewajiban dalam memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban kedua orangtua tersebut menurut ayat (2) berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orangtua putus.¹²

Penegasan hak asuh anak bagi kedua orang tua pasca perceraian juga dicantumkan dalam pasal 41 huruf (a) UU No 1 Tahun 1974 yang menegaskan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, maka pengadilan memberi keputusan. Akan tetapi, tanggung jawab atas biaya yang timbul dari pemeliharaan dan pendidikan tersebut, menurut huruf (b), menjadi tanggungjawab bapak, jika bapak tidak mampu memenuhi tanggungjawab tersebut maka ibu dapat dibebani tanggungjawab untuk memikul biaya tersebut.¹³

Menurut Mukhtar Zamzami, ketentuan hak asuh anak dalam UU No 1 Tahun 1974 tersebut telah menggeser ketentuan yang sudah mapan sebelumnya yaitu hukum adat matrilineal, yang berhak dan mempunyai tanggungjawab terhadap pemeliharaan anak adalah ibunya.¹⁴ Akan tetapi Undang-Undang tersebut tidak memperjelas atau tidak mengatur dengan

¹² Departemen Agama RI, *Bahan Penyuluhan Hukum*, (Jakarta: Depag RI, 2001), 126.

¹³ *Ibid*, 125.

¹⁴ Mukhtar Zamzami, *Perempuan dan Keadilan dalam Hukum Kewarisan Indonesia*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2013), 186. Lihat pula Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2008), 255.

tegas tentang ketentuan hak asuh anak jika terjadi perceraian siapa antara bapak atau ibu yang diberi hak untuk mengasuh anak.

Ketentuan hukum yang ada dalam KHI berbeda dengan ketentuan yang ada dalam UU No 1 Tahun 1974. Undang-Undang Perkawinan di atas jika terjadi perceraian memberikan pengasuhan anak tetap menjadi tanggungjawab kedua orang tua dan Undang-Undang Perkawinan tidak memberikan uraian yang tegas jika terjadi perebutan hak asuh anak maka hak asuh anak diberikan kepada bapak atau Ibu.

Adapun KHI memberikan uraian yang lebih detail tentang hal itu. Dalam KHI setidaknya ada dua pasal yang menentukan pengasuhan anak yaitu Pasal 105 dan 156. Sebagaimana terdapat pada pasal 105 dan 156 KHI yang bunyi lengkapnya adalah sebagai berikut:

Pasal 105

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

Pasal 156

Akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

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

5. Bilamana terjadi perselisihan mengenai hadhanah dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan Huruf (a), (b), (c), dan (d);
6. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak yang tidak turut padanya.¹⁵

Pasal 105 diatas menentukan tentang pengasuhan anak pada dua keadaan. Pertama ketika anak masih dalam keadaan belum *mumayyiz* (kurang dari 12 tahun) pengasuhan anak ditetapkan kepada ibunya. Kedua ketika anak tersebut *mumayyiz* (usia 12 tahun ke atas) dapat diberikan hak kepada anak untuk memilih diasuh oleh ayah atau ibunya.

Adapun Pasal 156 mengatur tentang pengasuhan anak ketika ibu kandungnya meninggal dunia dengan memberikan urutan yang berhak mengasuh anak, yaitu wanita-wanita dalam garis lurus dari Ibu, ayah, wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah, saudara perempuan dari anak yang bersangkutan, wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu, dan wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.

C. Pembaruan Ketentuan Sengketa Hak Asuh Anak Dalam Perspektif Keadilan Jender

Ketentuan hukum tentang hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia, sebagaimana uraian di atas, terdapat dalam pasal 41 dan 45 UU No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan dan pasal 105 dan 156 KHI. Pasal 45 ayat (1) UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan menegaskan bahwa kedua orang tua sama-sama memiliki kewajiban dalam memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya. Kewajiban kedua orangtua tersebut menurut ayat (2) berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orangtua putus.¹⁶ Penegasan hak asuh pasca perceraian juga dicantumkan dalam pasal 41 huruf (a) UU No 1 Tahun 1974 yang menegaskan bahwa akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah baik bapak atau ibu tetap berkewajiban memelihara dan mendidik anak-anaknya, semata-mata

¹⁵ Departemen Agama RI, *Bahan Penyuluhan*, 186

¹⁶ Departemen Agama, *Bahan Penyuluhan*, 126.

berdasarkan kepentingan anak, bilamana ada perselisihan mengenai penguasaan anak, maka pengadilan memberi keputusannya.¹⁷

UU No 1 tahun 1974 diatas menjelaskan, jika terjadi perceraian maka memberikan pengasuhan anak tetap menjadi tanggungjawab kedua orang tua dan tidak memberikan uraian yang tegas jika terjadi sengketa atau perebutan hak asuh anak maka hak asuh anak diberikan kepada bapak atau Ibu.

Berbeda dengan UU No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, KHI memberikan uraian yang lebih detail tentang hal itu. Dalam KHI setidaknya ada dua pasal yang menentukan pengasuhan anak yaitu Pasal 105 dan 156. Pasal 105 KHI menentukan tentang pengasuhan anak pada dua keadaan. Pertama ketika anak masih dalam keadaan belum *mumayyiz* (kurang dari 12 tahun) pengasuhan anak ditetapkan kepada ibunya. Kedua ketika anak tersebut *mumayyiz* (usia 12 tahun ke atas) dapat diberikan hak kepada anak untuk memilih diasuh oleh ayah atau ibunya.

Ketentuan hukum hak asuh anak tersebut dinilai problematis dari aspek keadilan jender karena memberikan hak asuh anak secara otomatis kepada ibu, berdasarkan jenis kelamin bukan berdasarkan pada kualitas, integritas, moralitas dan kemampuan dalam mewujudkan kepentingan terbaik anak.

Jika ibu yang seharusnya mendapatkan hak asuh anak meninggal dunia, maka pasal 156 KHI juga sudah memperinci siapa saja yang berhak menggantikan kedudukan ibu sebagai pemegang hak asuh anak. Urutan yang berhak memegang hak asuh anak jika ibunya meninggal dunia adalah sebagai berikut: wanita-wanita dalam garis lurus dari ibu; ayah; wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah; saudara perempuan dari anak yang bersangkutan; wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu; wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah.¹⁸

Pasal 105 dan 156 KHI tersebut menentukan bahwa seseorang diberi hak asuh anak berdasarkan jenis kelamin, bukan berdasarkan aspek moralitas, kesehatan dan kemampuan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah terwujudnya kepentingan terbaik anak. Padahal kedudukan sebagai pemegang hak asuh anak adalah kedudukan yang mempunyai tanggung jawab dan peran penting bagi masa depan anak. Pemegang hak

¹⁷ *Ibid*, 125.

¹⁸ *Ibid*, 196-197.

asuh anak berkewajiban mengasuh, memelihara dan mendidik anak baik yang terkait dengan pendidikan, agama, kesehatan, moralitas dan integritas anak. Pemegang hak asuh anak akan tinggal bersama dengan anak sehingga setiap hari anak akan potensial dipengaruhi oleh akhlak atau moralitas, perilaku dan kesehatan pemegang hak asuh anak.

Beban pemegang hak asuh anak yang berat itu tentu membutuhkan orang yang baik dari aspek moralitas, kesehatan, kemampuan mendidik dan memelihara anak, sehingga semua aspek tersebut tidak bisa hanya didasarkan pada jenis kelamin tertentu tanpa memperhatikan semua aspek. Seharusnya aspek kualitas, moralitas, kesehatan dan kemampuan mendidik dan memelihara anak yang dijadikan parameter dan patokan dalam penentuan pemegang hak asuh anak jika terjadi perceraian, bukan berdasarkan jenis kelamin tertentu. Aspek kualitas dan kemampuan mendidik dan memelihara anak tidak bisa dimonopoli oleh jenis kelamin tertentu akan tetapi semua aspek tersebut sama-sama bisa dimiliki baik oleh kaum perempuan (ibu) maupun oleh kaum laki-laki (bapak).

Ahmad Rafiq menjelaskan bahwa dasar yang dipakai dalam merumuskan pasal 105 dan 156 KHI tersebut di atas adalah hadis Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan oleh Abdullah bin Amr berikut:

Seseorang perempuan berkata (kepada Rasulullah SAW): “Wahai Rasulullah SAW anaku ini aku yang mengandungnya, air susuku yang diminumnya, dan dibilikku tempat kumpulnya (bersamaku), ayahnya telah menceraikanku dan ingin memisahkannya dari aku”, maka Rasulullah SAW bersabda: “Kamulah yang lebih berhak (memelihara)-nya, selama kamu tidak menikah. (Hadis Riwayat Ahmad, Abu Dawud, dan Hakim mensahihkannya).¹⁹

Hadis tersebut, menurut Ahmad Rafiq, menegaskan bahwa ibulah yang lebih berhak untuk memelihara anaknya, selama ibunya itu tidak menikah dengan laki-laki lain. Apabila ibunya menikah, maka praktis hak asuh anak beralih kepada ayahnya. Alasan yang dapat dikemukakan adalah bahwa apabila ibu anak sudah menikah, maka besar kemungkinan perhatiannya akan beralih kepada suaminya yang baru, dan mengalahkan atau bahkan mengorbankan anak kandungnya sendiri.²⁰ Sependapat dengan itu, Abdurrahman ibnu Umar Ba'alawi menegaskan bahwa ibu yang sudah

¹⁹ Al-San'any, *Subul al-Salam*, juz 3, (Kairo: Dar Ihya' al-Turas al-'Araby, 1379 H./1960 M), 227.

²⁰ Ahmad Rafiq, *Hukum Islam di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2003), 251

menikah tidak mempunyai hak asuh terhadap anaknya lagi, meskipun suaminya yang baru tersebut memiliki hubungan kerabat dengan anak tersebut.²¹

Hadis lain yang juga dijadikan dasar dalam perumusan pasal 105 dan 156 KHI tersebut adalah hadis yang diriwayatkan Abu Hurairah r.a. yang arti lengkapnya sebagai berikut:

Seorang perempuan berkata: “Wahai Rasulullah SAW suamiku menghendaki pergi bersama anakku, sementara ia telah memberi manfaat kepadaku dan mengambil air minum untukku dari sumur Abi ‘Inbah”. Maka datanglah suaminya, Rasulullah bersabda kepadanya: “Wahai anak kecil, ini ayahmu dan ini ibumu, peganglahmpilk tangan keduanya mana yang kamu kehendaki”. Maka anak itu memegang tangan ibunya, lalu perempuan itu pergi bersama anaknya. (Hadis riwayat Ahmad dan Imam Empat).²²

Hadis diatas dijadikan dasar pasal 105 ayat (2) dimana bagi anak yang sudah bisa memilih (*mumayyiz*) maka anak tersebut disuruh memilih. Namun pendapat Hanafiyah, menegaskan Ibu tetap lebih berhak memeliharanya karena seorang perempuan lebih besar kasih sayangnya terhadap anak.²³

Ketentuan hukum yang ada pada pasal 105 dan 156 KHI tersebut diatas jika ditelisik dari pendapat pakar hukum Islam klasik, maka ketentuan hukum tersebut hanya mengambil alih pendapat mayoritas para pakar hukum Islam tersebut, tanpa melakukan kontekstualisasi dan penafsiran ulang terlebih dahulu dengan kondisi dan tuntutan masyarakat Indonesia dewasa ini. Dominasi pengaruh pendapat pakar hukum Islam klasik tersebut juga bisa dilihat pada dinamika kontroversi penyusunan KHI. Untuk membuktikan bahwa pasal 105 dan 156 KHI tersebut mengambil alih pendapat mayoritas pakar hukum Islam (ulama fikih) klasik, maka berikut ini akan diuraikan beberapa pendapat pakar hukum Islam klasik yang terdapat dalam kitab-kitab fikih.

Ulama fikih sepakat bahwa pada prinsipnya hukum hak asuh anak (*hadlanah*) adalah kewajiban bagi kedua orang tua (ayah dan ibu)²⁴, tanpa

²¹ Abdurrahman Ibn Umar Ba’alawi, *Bughyah al-Mustasyidin*, (Semarang: Usaha Keluarga, t.t.), 245.

²² Al-San’any, *Subul al-Salam*, 227.

²³ Ahmad Rafiq, *Hukum Islam*, 252.

²⁴ Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*, (Jakarta: Pena Media, 2008), 115.

membedakan jenis kelamin. Akan tetapi ulama fikih berbeda pendapat dalam menentukan siapa yang memiliki hak asuh anak pasca terjadi perceraian, apakah hak tersebut menjadi milik mutlak ibu atau yang mewakilinya atau merupakan hak anak yang diasuh.²⁵

Menurut Ibnu Rusyd hak asuh anak diatur tertibnya menurut konsep kedekatan dan kelemahlembutan, bukan dasar kekuatan perwalian, seperti i nikah, mawali, shalat jenazah dan warisan. Bisa saja orang yang tidak mewarisi tetapi berhak *hadlanah* seperti orang yang diberi wasiat, adik perempuan ayah, adik perempuan ibu, anak saudara laki-laki, dan anak saudara perempuan. Bisa saja orang mewarisi tetapi tidak berhak *hadlanah* seperti suami isteri orang yang diasuh, dan perwalian karena memerdekakan budak.²⁶

Adapun ulama Hanafiyah berpendapat bahwa mengasuh, merawat, dan mendidik anak merupakan hak pengasuh baik laki-laki maupun perempuan, akan tetapi lebih diutamakan kepada pihak perempuan, karena menurutnya pihak perempuan lebih bisa mencurahkan kelembutan dan kasih sayang serta membimbing anak, sedangkan laki-laki biasanya hanya punya kemampuan dan kewajiban menjaga, melindungi memberikan yang terbaik kepada anak secara fisik. Akan tetapi ulama Hanafiah mensyaratkan bahwa perempuan yang melakukan *hadlanah* adalah perempuan yang merupakan kerabat dari anak.²⁷ Berbeda dengan Ibnu Rusyd dan Hanafiyyah, Wahbah Zuhaili berpendapat bahwa hak *hadlanah* merupakan hak berserikat antara ibu, ayah, dan anak. Apabila terjadi pertentangan antara ketiga orang ini, maka yang diprioritaskan adalah hak anak yang diasuh.²⁸

Mayoritas ulama fikih seperti mazhab Maliki, Hambali, Syafii dan Hanafi memberikan prioritas hak asuh anak kepada ibu daripada ayah. Argumen mereka adalah perempuan mempunyai naluri yang lebih sesuai untuk merawat dan mendidik anak, serta adanya kesabaran mereka dalam menghadapi permasalahan kehidupan anak-anak lebih tinggi dibanding kesabaran seorang laki-laki. Apabila anak tersebut sudah mencapai usia tertentu maka pihak laki-laki dapat dianggap lebih sesuai dan lebih mampu untuk merawat dan mendidik serta menghadapi berbagai persoalan anak

²⁵ *Ibid*, 116.

²⁶ Ibnu Rusyd, *Muqaddimah Ibn Rusyd*, juz II, (Mesir: Dar al-Fikr, t.t.), 258 -259.

²⁷ Andi Syamsu Alama dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan*, 116-117.

²⁸ Wahbah Zuhaili, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, jilid X, (Beirut: Dar al-Fikr, 1997), 7297.

tersebut sebagai pelindung. Atas dasar itu, dalam memberikan urutan hak asuh anak ulama fikih mendahulukan perempuan daripada laki-laki.²⁹

Wanita yang berhak mengasuh anak, menurut ulama fikih, adalah sebagai berikut:

1. Ibu lebih berhak mengasuh anak apabila bercerai dengan suaminya atau suaminya wafat, kecuali apabila ibu itu seorang pezina, pencuri, dan orang gila sehingga anak terancam tidak terawat dan sering ditinggal.
2. Menurut ulama madzhab Hanafi dan madzhab Syafii (baik dalam *qaul qadim* maupun dalam *qaul jadid*), setelah ibu maka yang berhak mengasuh adalah nenek (ibu dari ibu), kemudian ibu dari ayah dan seterusnya sampai keatas. Setelah itu hak pengasuhan pindah secara berturut-turut kepada saudara perempuan anak itu, saudara-saudara ibu yang wanita, anak-anak wanita saudara perempuan ibu, anak wanita dari saudara ibu yang laki-laki, lalu saudara wanita ayah, kemudian para *ashabah* sesuai dengan urutan hak warisnya.
3. Menurut Madzhab Maliki, setelah nenek (ibu dari ibu), yang berhak mengasuh anak secara berturut-turut adalah saudara perempuan ibunya, ibu dari ayah sampai keatas, saudara perempuan anak, saudara perempuan ayah, anak wanita saudara laki-laki anak itu, orang yang diberi wasiat oleh ayahdan/atau ibunya, kemudian para *ashabah* yang paling baik.
4. Menurut madzhab Hambali, hak pengasuhan anak setelah ibu berpindah secara berturut-turut kepada Ibu dari ibu, ibu dari ayah, nenek dari pihak ayah dan ibu sampai keatas, saudara perempuan kandung, saudara perempuan seibu, saudara perempuan seayah, saudara perempuan seibu dengan ibu, saudara perempuan ayah dari ibu, anak wanita saudara laki-laki anak itu, anak wanita paman anak itu, kemudian berpindah kepada *ashabah* secara berurut yang dimulai dari *ashabah* yang terdekat.³⁰

Apabila para perempuan yang disebut di atas tidak ada, maka hak pengasuhan baru pindah ke laki-laki. Hak pengasuhan bagi pria, menurut ulama madzhab Hanafi, pendapat terkuat dalam madzhab Syafii dan Hambali, secara berurut bagi pria *ashabah* yang mendapat waris adalah

²⁹ Andi Syamsu Alam dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan*, 118.

³⁰ *Ibid*, 119-120.

ayah, ayah dari ibu dan ayah dari ayah sampai keatas, kemudian saudara laki-laki, anak laki-laki dari saudara laki-laki sampai kebawah, dan sudara laki-laki ayah. Apabila anak kecil itu tidak mempunyai ashabah, maka menurut madzhab Hanafi, hak pengasuhan anak berpindah kepada saudara laki-laki seibu dan anaknya, paman ibu dan anaknya, saudara laki-laki ibu sekandung dan anaknya.

Menurut madzhab Maliki, apabila kaum wanita yang tersebut di atas tidak ada maka hak pengasuhan anak berpindah kepada orang yang diberi wasiat oleh orangtuanya, kemudian saudara laki-laki sekandung, saudara laki-laki seibu, saudara laki-laki seayah, kemudian kakek dari pihak ayah, kemudian anak laki-laki dari saudara laki-laki, paman dan anaknya, kemudian *ashabah* yang seketurunan.³¹

Ulama fikih dalam kitab-kitab fikih klasik tentang siapa yang paling berhak mengasuh anak membagi menjadi dua priode, yaitu: periode anak sebelum *mumayyiz* dan periode anak sesudah *mumayyiz*.³²

Periode anak yang belum *mumayyiz* adalah dari waktu lahir sampai menjelang umur tujuh atau delapan tahun. Adapun menurut KHI, definisi *mumazziz* sebelum berumur 12 tahun. Pada periode ini, setelah memenuhi syarat-syarat pengasuhan anak kesimpulan para ulama menunjukkan bahwa ibu lebih berhak terhadap anak untuk diberi hak asuh anak. Adapun pada periode anak setelah *mumayyiz* yaitu dari umur tujuh tahun sampai anak menjelang baligh berakal. Pada masa ini anak dipandang secara sederhana telah mampu membedakan antara yang berbahaya dan yang bermanfaat bagi dirinya.³³

Walaupun ulama fikih sepakat bahwa hak asuh anak yang belum *mumayyiz* jatuh pada ibunya, tapi ibu tersebut menurut para ulama fikih harus memenuhi beberapa syarat untuk mendapatkan hak asuh anak tersebut sebagai berikut: (1) Yang melakukan hadhanah harus sudah akil dan baligh (dewasa). (2) Mempunyai kemampuan dan kemauan untuk memelihara dan mendidik anak. (3) Dapat dipercaya memegang amanah, dan berakhlak baik, sehingga lebih menjamin pemeliharaan anak. (4) Jika

³¹ *Ibid*, 121.

³² Satria Effendi M. Zcin, *ibid*, 170-171.

³³ *Ibid*.

yang akan melakukan *hadanah* adalah ibunya maka ibunya tersebut disyaratkan tidak kawin dengan laki-laki lain. (5) Beragama Islam.³⁴

Ketentuan yang ada dalam KHI dan kitab-kitab fikih klasik yang berperspektif *maternal preference* dinilai bias jender sehingga harus dikritisi dan dimaknai ulang. Jika tidak ada pemaknaan ulang yang lebih sesuai dengan realitas obyektif kekinian akan menjadikan hak asuh sebagai sesuatu yang problematis, khususnya bagi hakim-hakim pengadilan agama selaku pihak yang berwenang menjatuhkan putusan tentang hak asuh anak-anak korban perceraian.³⁵

Jika dikaji dari aspek keadilan jender, maka alasan-alasan yang digunakan oleh ulama atau pakar hukum Islam di atas adalah merupakan alasan yang bersifat jender, yaitu alasan perempuan lebih sabar, lebih lembut, lebih sayang dan lebih banyak mempunyai waktu untuk mendidik dan memelihara anak tersebut merupakan sifat dan atribut yang dilekatkan kepada perempuan secara sosial dan kultural yang sangat mungkin karakter dan konsepsi perempuan semacam itu pada suatu saat pada masyarakat tertentu akan berubah. Hal ini dikarenakan jender berkaitan dengan pikiran dan harapan masyarakat (sosial kultural) tentang bagaimana seharusnya menjadi laki-laki dan perempuan. Jender adalah suatu konsep kultural yang berupaya membuat pembedaan (*distinction*) dalam hal peran, perilaku, mentalitas, dan karakteristik emosional antara laki-laki dan perempuan yang berkembang dalam masyarakat.³⁶

Karakter dan konsepsi perempuan lebih sabar, lebih lembut, lebih sayang dan lebih banyak mempunyai waktu untuk mendidik dan memelihara anak tersebut merupakan bentukan sosial dari pengalaman masyarakat. Jender tersebut berubah dari waktu ke waktu yang lain; berbeda dari satu masyarakat ke masyarakat lain. Dari kelas tertentu ke kelas yang lain.

Dalam pasal 79 ayat (1) KHI dan pasal 31 ayat (3) UU No 1 Tahun 1974 ditegaskan bahwa suami berkedudukan sebagai kepala rumah tangga dan isteri berkedudukan sebagai ibu rumah tangga. Bunyi kedua pasal tersebut sama yaitu: "Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga".³⁷ Pembagian peran jender dalam sektor publik dan domestik,

³⁴ Andi Syamsu Alam dan M Fauzan, *Hukum Pengangkatan*, 121-122. Lihat juga Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga*, 172-173.

³⁵ Reza Indragiri Amriel, "Bingkai Ulang Pemikiran Hak Asuh Anak Dalam Islam," artikel dimuat dalam www.badilag.net, 1, akses pada 11 Desember 2016.

³⁶ Helen Tierney (ed.), *Women's Studies Encyclopedia*, (New York: Green Wood Press), Vol. 1, 153.

³⁷ Departemen Agama RI, *Bahan Penyuluhan Hukum*, 124 dan 181.

menurut kacamata keadilan jender, akan semakin melanggengkan ketimpangan relasi kekuasaan suami dan isteri. Wilayah publik yang ekonomis yang dikuasakan kepada laki-laki membuat kendali ekonomi berada ditangan mereka. Wilayah domestik yang tidak bernilai ekonomis diberikan kepada perempuan sehingga bertugas memasak, mengasuh dan mendidik anak.³⁸

Berdasarkan pembagian peran jender dalam sektor publik dan domestik yang tidak adil jender inilah maka ketentuan hukum hak asuh anak dipengaruhi dimana perempuan selama perkawinan diposisikan pada wilayah domestik yang sehari-hari tugasnya didominasi urusan dalam rumah tangga mulai dari untuk memasak, mengasuh anak, menggendong anak, menyusui anak, menyuapin anak, mengantar anak sekolah, mencuci dan lain sebagainya yang berhubungan dengan wilayah domestik. Peran perempuan semacam itu kemudian menganggap perempuan merupakan pihak yang paling banyak mempunyai waktu dan paling mampu untuk mengasuh anak dan laki-laki adalah pihak yang bertanggungjawab dalam memberi nafkah anak.

Konsep relasi dan kedudukan laki-laki dan perempuan yang tidak adil jender tersebut seharusnya dirubah. Maka pembaruan terhadap ketentuan hak asuh anak yang ada pada pasal 105 dan 156 KHI harus dimulai dengan pembaruan ketentuan hukum tentang kedudukan laki-laki dan perempuan yang ada dalam pasal 79 ayat (1) KHI dan pasal 31 ayat (3) UU No 1 Tahun 1974.³⁹ Al-Qur'an jelas menegaskan bahwa laki-laki dan perempuan mempunyai status yang setara dihadapan Allah SWT. Dengan kata lain, al-Qur'an tidak menciptakan hierarki-hierarki yang menempatkan laki-laki diatas perempuan. Al-Qur'an juga tidak menempatkan laki-laki dan perempuan pada posisi saling bermusuhan.⁴⁰

Prinsip-prinsip kesetaraan jender terdapat dalam beberapa ayat al-Qur'an, diantaranya adalah (1) az-Zariyat (51): 56 yang menerangkan tentang kesamaan laki-laki dan perempuan sebagai hamba Allah; (2) al-An'am (6): 165 yang menerangkan tentang kesamaan laki-laki dan perempuan sebagai khalifah dibumi; (3) al-A'raf (7): 172 yang menerangkan

³⁸ Syahbana, "Wanita Indonesia Dalam Keluarga: Perspektif Islam," *Asy-Syir'ah Jurnal Ilmu Syariah*, Vol. 35, No. II, Th 2001, 143.

³⁹ Syahbana, *Wanita Indonesia*, 145.

⁴⁰ Riffat Hasan, "Perempuan Islam dan Islam Pasca Patriarkhi", dalam Riffat Hasan dan Fatima Mernissi (ed.), *Setara di Hadapan Allah: Relasi Laki-laki dan Perempuan dalam Tradisi Islam Pasca Patriarkhi*, (Yogyakarta: Yayasan Prakarsa), 88.

tentang kesamaan laki-laki dan perempuan menerima perjanjian primordial; dan (4) Ali Imran (3): 195 dan An-Nisa (4): 124 yang menerangkan kesamaan laki-laki dan perempuan untuk meraih prestasi.⁴¹

Ayat al-Qur'an yang sering dijadikan sebagai landasan untuk menjadikan laki-laki sebagai kepala keluarga dan perempuan sebagai ibu rumah tangga adalah surah an-Nisa (4): 34 yang artinya: "Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebagian mereka (laki-laki) atas sebagian yang lain(perempuan), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka".⁴²

Secara makro pemaknaan atas ayat tersebut dibagi kepada dua kategori, yaitu *pertama*, mereka yang menafsirkan ayat tersebut secara teologis normatif, dan yang *kedua*, yang menafsirkan ayat tersebut secara teologis sosiologis.⁴³ Pemaknaan secara teologis normatif dipakai oleh kebanyakan tafsir klasik. Perspektif ini memahami ayat tersebut sebagai sesuatu ketentuan normatif yang tidak dapat dirubah. Menurut kelompok ini, laki-laki (suami) adalah pemimpin bagi perempuan dalam rumah tangga. Hal itu karena adanya kelebihan biologis laki-laki atas perempuan dan juga karena kewajiban nafkah yang suami keluarkan untuk isteri.⁴⁴ Zamakhsyari, misalnya, salah satu tokoh tafsir klasik yang menyatakan ada dua alasan kenapa laki-laki menjadi pemimpin dalam keluarga. *Pertama*, karena kelebihan laki-laki atas perempuan sebagai bunyi ayat an-Nisa (34): 4, yaitu kelebihan akal, keteguhan hati, kemauan keras, kekuatan fisik dan lain-lain. *Kedua*, karena laki-laki membayar mahar dan mengeluarkan nafkah keluarga.⁴⁵

Sementara itu, ayat tersebut secara teologis sosiologis menegaskan bahwa pendekatan kontekstual diperlukan untuk melihat ayat tersebut sebagai jawaban atas tuntutan kebutuhan masyarakat dewasa ini. Fazlur Rahman menegaskan bahwa ayat tersebut bukan menunjukkan perbedaan hakiki melainkan fungsional.⁴⁶ Sejalan dengan itu, Amina Wadud Muhsin menyatakan bahwa ayat itu tidak bermaksud menyebutkan bahwa superioritas itu secara otomatis melekat pada diri setiap laki-laki sebab hal

⁴¹ Syahbana, Wanita Indonesia., 145-146.

⁴² Departemen Agama RI, *Al-Quran dan Terjemahannya*, (Semarang: Toha Putra, 1989), 123.

⁴³ Syahbana, Wanita Indonesia, 147.

⁴⁴ Yunahar Ilyas, *Feminisme dalam Kajian Tafsir al-Quran, Klasik dan Kontemporer*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998), 81. Lihat pula Syahbana, Wanita Indonesia, 147.

⁴⁵ Yunahar Ilyas, *Feminisme dalam Kajian*, 76. Lihat Syahbana, Wanita Indonesia, 148.

⁴⁶ Fazlur Rahman, *Tema Pokok al-Quran*, Terj. Anas Muhyiddin, (Bandung: Pustaka, 1983), 72.

itu hanya terjadi secara fungsional, yaitu selama yang bersangkutan memenuhi kriteria: memiliki kelebihan dan memberikan nafkah. Dan ini jelas tidak hanya berlaku bagi laki-laki tapi juga bagi perempuan.⁴⁷

Asghar Ali Engineer mereinterpretasi ayat tersebut dengan memperhatikan konteksnya. Menurutnya, kelebihan laki-laki dalam ayat tersebut bukan kelebihan biologis (jenis kelamin), tapi keunggulan fungsional. Karena pada saat itu yang dominan laki-laki mencari nafkah dan membelanjakan hartanya kepada perempuan, sedangkan perempuan pada saat itu kesadaran sosialnya sangat rendah dan pekerjaan domestik dianggap kewajiban perempuan. Apabila kesadaran sosial kaum perempuan sudah tumbuh, bahwa peran-peran domestik yang mereka lakukan harus dinilai dan diperhitungkan sebagai pekerjaan produktif secara ekonomi dan bukan semata-mata kewajiban yang harus mereka lakukan, maka perlindungan dan nafkah yang diberikan laki-laki terhadap mereka tidak dapat lagi dianggap sebagai keunggulan laki-laki. Dengan jalan pikiran semacam itu, maka ayat tersebut bukanlah ayat normatif, tapi ayat kontekstual.⁴⁸

Paparan di atas dapat disimpulkan bahwa kedudukan kepala keluarga seharusnya tidak diberikan berdasarkan jenis kelamin, tapi lebih didasarkan pada aspek kualitas, kapabilitas, leadership dan kemampuan seseorang. Laki-laki dan perempuan sama-sama berpotensi menjadi kepala rumah tangga selama memenuhi aspek tersebut. Peran publik dan domestik tidak didasarkan pada jenis kelamin akan tetapi didasarkan pada kualitas, kapabilitas, leadership dan kemampuan seseorang. Berdasarkan pemahaman semacam ini, maka ketentuan yang ada pada pasal 31 ayat (3) dan pasal 34 UU No 1 Tahun 1974 dan pasal 79 ayat (1) KHI harus direvisi dengan memberikan ruang yang setara bagi laki-laki dan perempuan baik dalam wilayah publik maupun domestik agar lebih mencerminkan keadilan jender.

Ayat al-Qur'an surat an-Nisa (4): 34, yang para ahli tafsir menafsirkan bahwa kata *Qawwam* dalam ayat tersebut berarti pemimpin, penanggungjawab, pengatur, dan pendidik. Penafsiran semacam ini sebenarnya tidaklah menjadi persoalan sepanjang ditempatkan secara adil dan tidak didasari oleh pandangan yang diskriminatif. Akan tetapi mayoritas ahli tafsir menyatakan bahwa superioritas laki-laki atas perempuan ini adalah mutlak. Superioritas tersebut diciptakan tuhan

⁴⁷ Syahbana, Wanita Indonesia, 150.

⁴⁸ Asghar Ali Engineer, *Hak-Hak Perempuan dalam Islam*, terj. Farid Wajidi dan Cici Farkha Arsyaf, (Yogyakarta: Yayasan Bentang Budaya), 62-63.

sehingga tidak akan berubah. Kelebihan laki-laki atas perempuan dalam ayat tersebut oleh para mufassir dikarenakan karena akal dan fisiknya. Para mufassir yang berpandangan semacam itu adalah ar-Razi, az-Zamakhshari, Ibnu Katsir, al-Qurtubi, Muhammad Abduh, Muhammad Rasyid Ridla dan Muhammad Thahir.⁴⁹

Husein Muhammad berpendapat bahwa dewasa ini semua superioritas laki-laki tersebut tidak dapat dipertahankan lagi sebagai sesuatu yang bersifat umum dan mutlak. Artinya, tidak setiap laki-laki pasti lebih berkualitas dari pada perempuan. Menurutnya, hal ini bukan hanya saja karena dipandang sebagai bentuk diskriminasi yang tidak sejalan dengan dasar-dasar kemanusiaan universal, melainkan juga karena fakta-fakta sosial sendiri telah membantahnya. Ini merupakan keniscayaan yang tidak bisa dingkari oleh siapapun sekarang telah banyak perempuan yang memiliki potensi dan bisa melakukan peran-peran yang selama ini dipandang hanya dan harus menjadi peran laki-laki. Banyak perempuan yang sukses dalam kepemimpinan domestik dan publik, dalam bidang politik, ekonomi, dan sosial. Oleh karena itu, karakteristik yang menjadi dasar argumen bagi superioritas laki-laki atas perempuan bukanlah sesuatu yang tetap dan berlaku sepanjang masa, melainkan ia merupakan produk dari sebuah proses sejarah, yakni sebuah proses perkembangan yang terus bergerak maju dan berlangsung secara evolutif dan dinamis.⁵⁰

Jika konsep relasi dan kedudukan laki-laki dan perempuan di atas disepakati maka ketentuan hukum tentang hak asuh anak pasal 105 dan 156 KHI juga harus direvisi agar lebih adil dan responsif gender. Pasal tersebut menentukan bahwa seseorang diberi hak asuh anak berdasarkan jenis kelamin, bukan berdasarkan aspek moralitas, kesehatan dan kesempatan mendidik dan memelihara anak. Terlebih, sejak awal syari'ah Islam hadir bagi manusia tidak memiliki tujuan lain kecuali kemaslahatan manusia.

Berangkat dari kerangka berpikir tentang kemaslahatan diatas jika dikaitkan dengan ketentuan hukum hak asuh anak, maka ketentuan hukum hak asuh anak harus berorientasi pada terwujudnya kemaslahatan anak. Kemaslahatan anak tersebut, sebagaimana pemahaman maslahat yang diuraikan oleh Syatibi, adalah memelihara lima hal pokok, yaitu: memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara ketur-

⁴⁹ Husein Muhammad, *Fiqh Perempuan: Refleksi Kiai atas Wacana Agama dan Gender*, (Yogyakarta: LKiS, 2012), 23-24.

⁵⁰ *Ibid*, 25-27.

unan dan memelihara harta.⁵¹ Untuk itu, penentuan pemegang hak asuh anak dalam konteks penerapan keadilan jender berperspektif maqashid syariah harus berorientasikan pada memelihara lima hal pokok tersebut, yaitu: memelihara agama anak, memelihara jiwa anak, memelihara akal anak, memelihara keturunan anak dan memelihara harta anak. Berikut uraian tentang lima hal tersebut.

Pertama, memelihara agama (*hifdzu al-ddin*) anak artinya pemegang hak asuh anak harus mampu menjamin bahwa anak akan mendapatkan pendidikan agama yang baik dan bisa mengaktualisasikan agama dalam perilaku kesehariannya. *Kedua*, memelihara jiwa (*hifdzu hayat* atau *hifdzu an-Nafs*) memberikan pengertian bahwa anak mempunyai hak hidup yang harus dihormati. *Ketiga*, memelihara akal (*hifdzu al-'aql*) anak memberi pengertian bahwa anak mempunyai hak untuk mengembangkan akal atau kecerdasannya, hak untuk mendapatkan pendidikan yang baik dan sekolah setinggi-tingginya, hak untuk berpikir dan berpendapat, dan hak untuk menjadi pemimpin.

Keempat, memelihara keturunan (*hifdzu an-nasb*). Memelihara keturunan memberi pengertian bahwa anak mempunyai hak untuk dijamin bisa tumbuh kembang sebagai keturunan orang tuanya menjadi anak yang berkualitas, baik dan sehat, serta dijaga hak-hak perkawinannya. Disamping itu, *hifdzu an-nasab* ini juga memberi pemahaman bahwa laki-laki (ayah) dan perempuan (ibu) sama-sama mempunyai hak dan peluang yang sama untuk mengasuh dan memelihara anak dan keturunannya. Dan *kelima*, memelihara harta (*Hifdzu al-mal*) anak memberikan pengertian bahwa setiap orang termasuk anak berhak atas kekayaan yang menjadi haknya untuk terjaga dengan baik. Jika anak tersebut mempunyai harta atau kekayaan maka pemegang hak asuh anak harus mampu menjamin terjaganya hal tersebut.

Uraian 5 (lima) prinsip kemaslahatan anak (*maqashid syariah*) di atas maka dapat disimpulkan bahwa ketentuan hukum hak asuh anak yang secara otomatis memberi hak asuh anak kepada isteri, sebagaimana pasal 105 KHI, dinilai bertentangan dengan prinsip-prinsip tersebut. Seharusnya pasal 105 KHI tersebut mengatur penentuan pemberian hak asuh anak adalah kepada siapa diantara ayah atau ibu yang paling mampu menjamin terpeliharanya kelima prinsip kemaslahatan anak tersebut diatas.

⁵¹ Al-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Syari'ah*, (Kairo: Mustafa Muhammad, t.t), 5.

Ketentuan tersebut mengandung makna bahwa hak asuh sesungguhnya adalah hak anak.⁵²

Membaca ulang secara kritis ketentuan hak asuh anak tersebut berimplikasi pada persidangan di pengadilan agama, ada kewajiban bagi hakim untuk terlebih dahulu melakukan pengukuran (*assessment*) atas ayah maupun ibu sebelum menjatuhkan putusan tentang hak asuh. Konsekuensinya, persidangan tentang hak asuh dapat berlangsung lebih panjang dan kompleks, karena menuntut kecermatan hakim.⁵³ Terlebih Undang-Undang perlindungan anak memberi amanat bahwa orang yang diberi hak untuk memegang hak asuh anak harus bisa menjamin bahwa hak-hak anak sebagaimana yang diuraikan pada pasal 4 sampai dengan 19 UU No 23 Tahun 2002 terpelihara dengan baik sehingga anak bisa tumbuh kembang secara normal dan baik. Di samping itu, pemegang hak asuh anak juga harus mampu menjaga dan memelihara hak-hak asasi anak sebagaimana diuraikan dalam pasal-pasal UU No 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

D. Kesimpulan

Berdasarkan kajian tentang ketentuan sengketa hak asuh anak dalam hukum keluarga Islam di Indonesia dalam perspektif keadilan jender, dapat dirumuskan beberapa kesimpulan. *Pertama*, ketentuan hukum tentang sengketa hak asuh anak yang diatur dalam pasal 105 dan 156 KHI, tidak responsif jender. Hal ini dikarenakan dalam menentukan bahwa seseorang diberi hak asuh anak berdasarkan jenis kelamin, bukan berdasarkan aspek moralitas, kesehatan, kemampuan mendidik dan memelihara anak yang ujungnya adalah terwujudnya kepentingan terbaik anak. *Kedua*, aspek moralitas, kesehatan, kemampuan mendidik dan memelihara anak tidak bisa dimonopoli oleh jenis kelamin tertentu akan tetapi semua aspek tersebut sama-sama bisa dimiliki baik oleh kaum perempuan (ibu) maupun oleh kaum laki-laki (bapak).

⁵² Reza Indragiri Amriel, *Bingkai Ulang Pemikiran Hak Asuh Anak Dalam Islam*, artikel yang dimuat dalam www.badilag.net, 2.

⁵³ *Ibid.*

Daftar Pustaka

- Al-Zarqa, Mustafa Ahmad, *al-Fiqh al-Islam wa Madarisuhu*, Damaskus: Dar al-Qalam, 1995.
- Summa, Muhammad Amin, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2010.
- Arif, Mahmud, *Keadilan Gender Dalam Perspektif Mahmud Syaltut*, dalam jurnal ilmu syariah *Asy-Syir'ah*, Vol. 35, No. II, 2001.
- Umar, Nasaruddin, *Argumen Kesetaraan Jender Perspektif Al-Quran*, Jakarta: Dian Rakyat, 2010.
- , *Kodrat Perempuan dalam Islam*, Jakarta: Lembaga Kajian Agama dan Jender, 1999.
- Fanani, Ahmad Zaenal, *Berfilsafat Dalam Putusan Hakim: Teori dan Praktik*, Bandung: Mandar Maju, 2014.
- , *Pembaruan Hukum Sengketa Hak Asuh di Indonesia Perspektif Keadilan Jender*, Yogyakarta: UII Press, 2015.
- Alimi, Moh. Yasir, *Jenis Kelamin Tuhan Lintas Batas Tafsir Agama*, Yogyakarta: KLIK R, 2002.
- Moghadam, Valentine M., *Modernizing Women: Gender and Social Change in Middle East*, London: Lynne Rienner Publisher, 1993
- Muhammad, Husein, *Fiqh Perempuan Refleksi Kiai atas Wacana Agama dan Gender*, Yogyakarta: LkiS, 2012.
- Harahap, Yahya, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama UU No. 7 Tahun 1989*, Jakarta: Sinar Grafika, 2007.
- , *Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Sinar grafika, 2008.
- Aripin, Jaenal, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: Kecana, 2008.
- Manan, Abdul, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia: Tinjauan Aspek Metodologis, Legalisasi, dan Yurisprudensi*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007.
- Manshur, Ibnu, *Lisan al-Araby*, Mesir: Dar al-Ma'arif, t.t.
- Zein, Satria Efendi M., *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer*, Jakarta: Kencana, 2004.
- Zuhaili, Wahbah, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, jilid X, Beirut: Dar al-Fikr, 1997.
- Dahlan, Abdul Aziz dkk, *Ensiklopedi Hukum Islam*, jild 1, cet 1, Jakarta: Ichtisar Baru van Hoeve, 1996.
- Agama RI, Departemen, *Bahan Penyuluhan Hukum*, Jakarta: Depag RI, 2001.
- Zamzami, Mukhtar, *Perempuan dan Keadilan dalam hukum Kewarisan Indonesia*, Jakarta: Prenada Media Group, 2013.

- Soekanto, Soerjono, *Hukum Adat Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2008.
- Soenarjo, dkk. *al-Qur'an Dan Terjemahnya*, CV. Toha Putra, Jakarta: Yayasan Penyelenggara Penerjemah Al Qur'an, 1989.
- Yanggo, Huzaemah T., *Hukum Keluarga Dalam Islam*, Palu: Yayasan Masyarakat Indonesia Baru, 2013.
- Mulyo, Mufrod Teguh, *Ringkasan Disertasi tentang Aspek Jender Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan*, Program Doktor Ilmu hukum Program Pascasarjana Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya, 2011.
- Al-San'any, *Subul al-Salam*, juz 3, Kairo: Dar Ihya' al-Turas al-'Araby, 1379 H./1960 M.
- Rafiq, Ahmad, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, 2003.
- Ba'alawi, Abdurrahman Ibn Umar, *Bughyah al-Mustarsyidin*, Semarang: Usaha Keluarga, t.t..
- Alam, Andi Syamsu dan M. Fauzan, *Hukum Pengangkatan Anak Perspektif Islam*, Jakarta: Pena Media, 2008.
- Rusyd, Ibnu, *Muqaddimah Ibn Rusyd*, Mesir: Dar al-Fikr, t.t., juz II.
- Zuhaili, Wahbah, *al-Fiqh al-Islam wa Adillatuhu*, Beirut: Dar al-Fikr, 1997, jilid X.
- Tierney, Helen (Ed.), *Women's Studies Encyclopedia*, Green Wood Press, New York, Vol. 1.
- Hasan, Riffat dan Fatima Mernissi (ed.), *Setara di Hadapan Allah: Relasi Laki-laki dan Perempuan dalam Tradisi Islam Pasca Patriarkhi*, Yogyakarta: Yayasan Prakarsa.
- Agama RI, Departemen, *Al-Quran dan Terjemahannya*, Edisi Baru, Semarang: Toha Putra, 1989.
- Ilyas, Yunahar, *Feminisme dalam Kajian Tafsir al-Quran, Klasik dan Kontemporer*, Cet II, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998.
- Rahman, Fazlur, *Tema Pokok al-Quran*, Alih Bahasa Anas Muhyiddin, Bandung: Pustaka, 1983.
- Enggineer, Asghar Ali, *Hak-Hak Perempuan dalam Islam*, alih bahasa Farid Wajidi dan Cici Farkha Arsyaf, Yogyakarta: Yayasan Bentang Budaya.
- Muhammad, Husein, *Fiqh Perempuan: Refleksi Kiai atas Wacana Agama dan Jender*, Yogyakarta: LKiS, cet. VI, 2012.
- Al-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Usul al-Syari'ah*, Kairo: Mustafa Muhammad, t.t, II.
- Shidarta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung: CV. Utomo, 2009, cet. Ke-2.
- Huijbers, Theo, *Filsafat Hukum dalam Lintasan Sejarah*, Yogyakarta: Kanisius, 1982.

- Rifai, Ahmad, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011.
- Mertokusumo, Sudikno dan A. Pitlo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, Jakarta Citra Aditya Bakti.
- Agung, Mahkamah, *Laporan Tahunan Mahkamah Agung Republik Indonesia Periode 2009*, Majalah Hukum Varia Peradilan, Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), Tahun XXV No. 293 April 2010.
- Agung, Mahkamah, *Laporan Tahunan Mahkamah Agung Republik Indonesia Periode 2010-2013*.
- Syahbana, “Wanita Indonesia Dalam Keluarga: Perspektif Islam” dalam *Jurnal Ilmu Syariah* Vol. 35, No. II, Th 2001, Fak Syariah IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2001.
- Kurniawan, Joeni Arianto, Hukum Adat dan Problematika Hukum di Indonesia, dimuat dalam *Majalah Hukum “Yuridika” FH Unair*, Volume 23, No. 1 Januari-April 2008.
- Majalah Peradilan Agama, Quo Vadis Penemuan Hukum*, edisi 2, September – November 2013.
- Wahyudi, Yudian, RUU Hukum Materil Peradilan Agama Bidang Perkawinan : Dari Maqashid Syariah ke Fikih Indonesia (Sebuah Catatan Metodis), Makalah Seminar Nasional Hukum Materiil Peradilan Agama, Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani (PPHI2M) dan *Majalah Mimbar Hukum*, Jakarta, 19 Februari 2010.
- Amriel, Reza Indragiri, “Bingkai Ulang Pemikiran Hak Asuh Anak Dalam Islam,” artikel, www.badilag.net, *Akses pada 11 Desember 2013*.