

**BAB II**  
**PUTUSAN PENGADILAN DAN PENETAPAN HAK ASUH ANAK**  
**(HADHANAH)**

**A. Telaah Putusan Hakim**

**1. Pengertian, Susunan dan Isi Putusan Hakim**

Putusan disebut *vonnis* (Belanda) atau *al-qada'u* (Arab), yaitu produk pengadilan agama yang dimana terdiri dari dua pihak yang berlawanan dalam berperkara, yaitu “penggugat” dan “tergugat”. Produk peradilan semacam ini adalah produk peradilan yang sesungguhnya (*jurisdiction contentiosa*) (Roihan A. Rasyid, 2013: 203).

Putusan dalam Bahasa Inggris disebut *judgement*, diartikan keputusan resmi dan otentik pengadilan (*official an authentic decision of court of justice*) yang didalamnya terdiri mengenai hak dan tuntutan yang diajukan para pihak (V. Harlen Sinaga, 2015: 208).

Putusan didalamnya memuat perintah yang kalah untuk melakukan sesuatu, untuk melepaskan sesuatu, atau untuk menghukum sesuatu kepada kedua belah pihak yang berperkara yaitu “penggugat” dan “tergugat” (Cik Hasan Bisri, 2003: 255).

Adapun yang disebut putusan bukan hanya yang diucapkan saja dalam persidangan melainkan pernyataan yang telah dituangkan dalam bentuk tertulis dan kemudian diucapkan oleh Hakim di persidangan. Konsep putusan tertulis

tidak mempunyai kekuatan sebelum diucapkan oleh Hakim di persidangan (Sudikno Mertokusumo, 2009: 212).

Adapun putusan yang diucapkan dalam persidangan oleh majlis Hakim (*uitspraak*) tidak boleh berbeda dengan apa yang tertulis (*vonnis*) dalam putusan tersebut (Sudikno Mertokusumo, 2009: 212).

Jika terjadi perbedaan antara yang diucapkan ketika di dalam persidangan dengan apa yang tertulis dalam putusan, maka yang dianggap sah dan benar adalah ketika diucapkan dalam persidangan, karena lahirnya sebuah putusan itu semenjak diucapkan dalam persidangan. Hal ini menghindari kesalahan yang akan menimpa kepada para pihak atas kelalaian yang dilakukan dalam tulisan di dalam suatu putusan tersebut.

Adapun menurut Sudikno Mertokusumo (2009: 212). putusan hakim adalah suatu pernyataan yang oleh Hakim, sebagai pejabat negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan di persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa para pihak.

Menurut Sarwono (2011: 211) yang dimaksud dengan putusan hakim adalah putusan akhir dari suatu pemeriksaan persidangan di pengadilan dalam suatu perkara.

Putusan dijatuhkan, karena tuntutan hak atau kepentingan (*interest*) dari para pihak, terutama dari penggugat yang dikemukakan pada bagian terdahulu. Putusan yang dibuat dan dijatuhkan oleh majlis Hakim harus sesuai dengan peristiwa hukum dalam gugatan baik dalam konvensi, rekonvensi dan intervensi (V. Harlen Sinaga, 2015: 209).

Isi putusan hakim dalam hukum acara perdata diatur dalam (Sarwono, 2011: 224):

- a. HIR dalam Pasal 178, 182, 183, 184, 185, dan Pasal 187 HIR.
- b. Rv dalam Pasal 61 Rv tentang keputusan wajib diucapkan sendiri oleh Hakim dan mengenai beberapa isi.
- c. Rbg dalam pasal 194, 195, 198 Rbg
- d. Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman diatur dalam Pasal 50 dan 51.

Adapun keseluruhan dari suatu putusan mulai dari halaman pertama sampai halaman terakhir, bentuk dan isi putusan Pengadilan secara singkat adalah sebagai berikut (Roihan A. Rasyid, 2013: 204):

- a. Bagian Kepala Putusan

Kepala putusan memiliki kekuatan eksekutorial pada putusan, apabila kepala putusan tersebut tidak dibubuhkan pada suatu putusan Pengadilan, maka Hakim tidak dapat melaksanakan putusan tersebut sebagaimana diatur dalam Pasal 224 HIR dan 258 Rbg (Sudikno Mertokusumo, 2009: 222).

Bagian ini membuat kata PUTUSAN atau kata SALINAN PUTUSAN. Baris kedua setelah kata tersebut adalah Nomor Putusan yang terdiri dari nomor urut pendaftaran perkara, diikuti garis miring dan tahun pendaftaran perkara.

Baris ketiga adalah tulisan huruf besar semua yang berbunyi *BISMILLAHIRRAHMANIRRAHIM*, sebagaimana diatur pada Pasal 57 ayat (2) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989.

Adapun selanjutnya setelah kalimat *BISMILLAHIRRAHMANIRRAHIM*, diikuti dengan tulisan yang berbunyi DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA sebagaimana diatur dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 dan Pasal 57 ayat (2) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989.

b. Nama Pengadilan Agama yang memutus dan jenis perkara.

Setelah mencantumkan kepala putusan, maka dicantumkan pada baris selanjutnya nama Pengadilan Agama yang memutus yang sekaligus disertai menyebutkan jenis perkara.

Penyebutan perkara yang bersifat kumulatif cukup hanya menyebutkan induk perkaranya, misalnya perkara gugatan cerai yang disertai nafkah isteri, nafkah anak, nafkah *iddah*, harta bersama dapat disebut saja “perkara gugatan cerai”.

c. Identitas pihak-pihak

Dalam suatu perkara atau gugatan terdiri dari sekurang-kurangnya dua pihak, maka dari itu di dalam putusan harus dimuat identitas dari para pihak (Sudikno Mertokusumo, 2009: 223).

Penyebutan identitas pihak, dimulai dari identitas penggugat, lalu identitas tergugat. Pemisahan keduanya itu dengan tulisan dalam baris tersendiri yang berbunyi “Berlawanan dengan”.

Identitas pihak ini meliputi nama, bin/binti siapa (nama dan bin/binti ditulis dengan huruf besar semua), alias atau julukan (kalua ada), umur, agama, pekerjaan, tempat tinggal terakhir, sebagai penggugat dan tergugat. Jika berbentuk kumulasi penggugat atau kumulasi tergugat, sebutkan sebagai penggugat atau tergugat ke berapa, misalnya penggugat 1, penggugat 2, penggugat dan sebaliknya. Apabila di dampingi oleh seorang kuasa disebutkan identitas pemegang kuasa itu.

Jika dalam proses *conventie*, *recoventie*, *intervensi* atau *vrijwaring* status pihak tersebut harus disebutkan pula, misalnya “yang dulu sebagai penggugat dalam *conventie*, kini sebagai tergugat dalam *reconventie*”.

d. Duduk Perkaranya (Bagian Posita)

Duduk perkara atau peristiwa hukumnya adalah bahwa suatu putusan hakim harus memuat tentang terjadinya peristiwa hukum yang sebenarnya dialami oleh para pihak yang sedang bersengketa secara detail yang disertai dengan adanya alat bukti yang sah (Sarwono, 2011: 232).

Pada bagian ini, dikutip dari gugatan penggugat, jawaban tergugat, keterangan saksi dan hasil dari berita acara sidang selengkapnya tetapi singkat, jelas dan tepat kronologisnya. Di dalam bagian ini hakim belum melakukan penilaian atas alat bukti yang diajukan hanya mencantumkan

hubungan atau peristiwa hukum serta dalil-dalil yang diajukan oleh kedua belah pihak.

Dengan adanya duduk perkara atau peristiwa hukumnya dalam suatu keputusan sangatlah penting karena dapat dijadikan sebagai bahan pertimbangan hakim untuk mengambil keputusan (Sarwono, 2011: 232).

e. Tentang Pertimbangan Hukum dan Dasar Hukum

Menurut Sarwono (2011: 232) dalam praktik peradilan pertimbangan hukum disebut *considerans*, yang mana *considerans* merupakan dasar dari suatu putusan hakim.

Menurut Yahya Harahap (2014: 809). pertimbangan hukum merupakan jiwa dan intisari putusan. Pertimbangan berisi analisis, argumentasi, pendapat atau kesimpulan hukum dari hakim yang memeriksa perkara.

Bagian ini terdiri dari alasan memutus (pertimbangan) yang biasanya dimulai dengan kata “menimbang” dan dari dasar memutus yang biasanya dimulai dengan kata “mengingat”.

Pada alasan memutus maka apa yang diutarakan dalam bagian “duduk perkaranya” terdahulu, yaitu keterangan pihak-pihak berikut dalil-dalilnya, alat-alat bukti yang diajukannya harus ditimbang semua secara seksama satu persatu, tidak boleh ada yang luput dari ditimbang. Pertimbangan terakhir adalah pihak yang mana yang akan dinyatakan sebagai pihak yang akan dibebankan untuk memikul biaya karena kalah.

Pada dasar memutus, dasar hukumnya terdiri dari dua, yaitu peraturan perundang-undangan negara dan hukum syara'. Peraturan perundang-undangan negara disusun menurut urutan derajatnya. Adapun dasar hukum syara' bersumber dari Al-qur'an, Hadist, *Qaul Fuqaha'* yang diterjemahkan juga menurut Bahasa hukum.

Adapun alasan memutus dan dasar memutus yang wajib menunjuk kepada peraturan perundang-undangan negara atau sumber hukum lainnya berdasarkan aturan dalam Pasal 50 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009.

f. Diktum atau Amar Putusan

Yang dimaksud dengan jawaban terhadap petitum dari pada gugatan adalah amar atau *dictum*. Ini berarti bahwa *dictum* merupakan tanggapan terhadap petitum dalam putusan (Sudikno Mertokusumo, 2009: 225).

Bagian ini didahului oleh kata "mengadili" yang diletakkan di tengah-tengah, dalam baris tersendiri, semua dengan huruf besar.

Isi *dictum* atau amar putusan terdiri dari beberapa point, tergantung kepada petita (tuntutan) penggugat dulunya. Jika perkara *reconventie*, *intervensi* atau *vrijwaring*, maka *dictum* ini harus dipecah dalam dua bagian, yaitu *dictum* dalam bagian *conventie* dan *dictum* dalam *reconventie* atau *dictum* dalam gugatan asal dan *dictum* dalam *interventie* atau *dictum* dalam gugatan asal dan *dictum* dalam *vrijwaring*, kecuali kalau putusan pengadilan memang dijadikan dua putusan (sekali pun diselesaikan bersama dalam satu proses).

Walaupun intinya putusan bersifat *condemnatoir* tetapi biasa juga terdapat unsur *declaratoir* atau *constitutoir*, hal ini tergantung dari petita yang diajukan penggugat.

Adapun amar putusan untuk *dictum* pertama dan terakhir selalu sama. *Dictum* pertama ialah tentang formal perkara yaitu diterima atau tidak oleh Pengadilan berdasarkan syarat-syarat formal pengajuan perkara. *Dictum* terakhir selalu tentang menghukum pihak yang kalah untuk membayar biaya perkara, kecuali untuk perkara di bidang perkawinan. Dan untuk *dictum* ditengah berisi tentang pokok perkara.

Berdasarkan Pasal 178 ayat (3) HIR jo. Pasal 189 ayat (3) Rbg membatasi kebebasan hakim dalam memberikan amar putusan atau *dictum* yang tidak sesuai dengan petitum dan atau melebihi dari pada isi *petitum* yang diajukan oleh penggugat. Karena keputusan yang demikian tersebut dianggap keputusan yang cacat hukum dan dapat batal demi hukum (Sarwono, 2011: 233).

g. Bagian Kaki Putusan

Bagian kaki putusan yang dimaksudkan ialah dimulai dari kata-kata “Demikianlah putusan Pengadilan Agama...”

Yang perlu di perhatikan dalam hal ini adalah dalam hal tanggal diputus perkara dalam permusyawaratan majlis hakim berlainan dengan tanggal putusan diucapkan, sebab hal itu membawa perubahan kepada “bagian kaki” putusan, terlebih jika berlainan hakim yang memutus dalam musyawarah majlis hakim dengan yang mengucapkan keputusan.



#### h. Tanda Tangan Hakim dan Panitera dan Perincian Biaya

Pada asli putusan, semua hakim dan panitera sidang harus bertanda tangan akan tetapi pada salinan putusan, hakim dan panitera hanya “ttd” (tertanda) atau “dto” (ditandatangani oleh) lalu di bawahnya di legalisir (ditandatangani oleh pejabat yang berwenang pada Pengadilan itu dan dibubuhi stempel).

Apabila terdapat kelainan hakim yang memutus dalam permusyawaratan majelis hakim dengan hakim yang mengucapkan keputusan maka yang menandatangani pada asli Putusan adalah hakim-hakim dan panitera sidang pada waktu pengucapan keputusan.

Adapun yang dimaksud dengan perincian biaya di sini ialah perincian biaya yang tercantum di bagian kiri bawah dari keputusan, bukan yang tercantum dalam *dictum*. Yang tercantum dalam *dictum* adalah biaya total sedangkan yang dimaksud disini adalah rinciannya.

Menurut Pasal 90 ayat (1) Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, rincian biaya tersebut meliputi:

- 1) Biaya kepaniteraan dan materai
- 2) Biaya untuk para saksi, saksi ahli, penerjemah, dan pengambil sumpah
- 3) Biaya untuk pemeriksaan setempat dan tindakan-tindakan lain yang diperlukan;
- 4) Biaya pemanggilan, pemberitahuan, dan lain-lain atas perintah Pengadilan

## 2. Macam-Macam Putusan

Secara umum putusan pengadilan diatur dalam Pasal 185 HIR, Pasal 196 RBG, dan Pasal 46-68 Rv. tanpa mengurangi ketentuan lain seperti Pasal 180 HIR, Pasal 191 RBG yang mengatur putusan provisi. Maka berdasarkan pasal-pasal diatas dapat dikemukakan berbagai segi putusan pengadilan yang dapat dijatuhkan hakim (Yahya Harahap, 2014: 872):

### a. Dari Aspek Kehadiran Para Pihak

#### 1) Putusan Gugatan Gugur

Putusan gugatan gugur diatur dalam Pasal 124 HIR, Pasal 77 Rv. adapun yang di maksud dalam hal ini ialah jika penggugat tidak datang pada hari sidang yang ditentukan, atau tidak menyuruh wakilnya untuk menghadiri padahal telah dipanggil dengan patut.

Dalam kasus seperti itu hakim dapat dan berwenang menjatuhkan putusan menggugurkan gugatan penggugat dan berbarengan dengan hal itu penggugat dihukum membayar biaya perkara.

Adapun akibat hukum yang timbul dari putusan tersebut berdasarkan Pasal 77 Rv: 1). pihak tergugat di bebaskan dari perkara yang dimaksud; 2). Terhadap putusan pengguguran gugatan tidak dapat diajukan perlawanan atau *verzet*; 3). Penggugat dapat mengajukan gugatan baru

#### 2) Putusan *Verstek*

Putusan *verstek* adalah putusan tidak hadirnya tergugat dalam suatu perkara setelah dipanggil oleh pengadilan dengan patut tidak

pernah hadir dalam persidangan dan tidak menyuruh wakilnya atau kuasa hukumnya untuk menghadiri persidangan (Sarwono, 2011: 216).

Mengenai putusan *verstek* diatur dalam Pasal 125 ayat (1) HIR, Pasal 78 Rv. Pasal ini memberi wewenang kepada hakim dalam menjatuhkan putusan *verstek* apabila pada sidang pertama pihak tergugat tidak datang menghadiri persidangan tanpa alasan yang sah, padahal sudah dipanggil oleh juru sita secara patut dalam hal itu dapat dijatuhkan putusan *verstek*.

Adapun bentuk hukuman yang dikenakan kepada tergugat akibat enggan menghadiri persidangan yaitu tergugat dianggap mengakui dalil gugatan penggugat secara murni dan bulat berdasarkan Pasal 174 HIR, Pasal 1925 KUHPerdara dan atas dasar anggapan pengakuan itu, gugatan penggugat dikabulkan, kecuali jika gugatan itu tanpa hak atau tanpa dasar hukum.

Akan tetapi terhadap tergugat yang dijatuhi putusan *verstek*, diberikan hak yakni hak untuk mengajukan perlawanan atau *verzet* dan hal itu dapat diajukan dalam tenggang waktu 14 hari dari tanggal pemberitahuan putusan *verstek* kepada tergugat.

### 3) Putusan *Contradictoir*

Putusan *Contradictoir* adalah putusan yang menyatakan bahwa tergugat atau para tergugat pernah hadir dalam persidangan, tetapi dalam persidangan selanjutnya tergugat atau salah satu dari tergugat

tidak pernah hadir walaupun telah dipanggil dengan patut (Sarwono, 2011: 216).

Putusan ini dikaitkan atau ditinjau dari segi kehadiran para pihak pada saat putusan diucapkan. Ditinjau dari segi ini, terdapat dua jenis putusan *contradictoir*:

a) Pada saat Putusan Diucapkan para Pihak Hadir

Pada waktu putusan dijatuhkan dan diucapkan hakim, pihak penggugat dan tergugat atau kuasanya sama-sama datang menghadiri persidangan namun:

- pada saat sidang-sidang yang lalu, salah satu pihak, penggugat atau tergugat pernah tidak datang menghadiri persidangan.
- Dan pada saat putusan diucapkan, kedua belah pihak datang menghadiri persidangan maka bentuk putusan yang dijatuhkan kontradiktor.

b) Pada Saat Putusan Diucapkan salah satu Pihak Tidak Hadir

Pada saat putusan diucapkan, pihak tergugat atau penggugat tidak hadir dalam persidangan, ketidakhadiran itu tidak merubah putusan dari bentuk kontradiktor menjadi verstek. Berdasarkan Pasal 127 HIR dan Pasal 81 Rv bahwa terhadap putusan kontradiktor yang dijatuhkan tanpa dihadiri salah satu pihak:

- Tidak dapat diajukan perlawanan atau *verzet*
- Upaya hukum yang dapat diajukan adalah permintaan banding atau upaya hukum biasa.

b. Putusan Ditinjau dari Sifatnya

1) Putusan *Deklarator*

Putusan *declaratoir* (pernyataan) adalah putusan yang bersifat menegaskan atau menyatakan suatu keadaan hukum semata-mata. Misalnya putusan mengenai keabsahan anak angkat menurut hukum, putusan ahli waris yang sah dan lain-lain (Sarwono, 2011: 212).

Putusan yang bersifat *deklarator* atau deklaratif (*declatoir vonnis*) adalah pernyataan hakim yang tertuang dalam putusan yang dijatuhkannya, pernyataan itu berupa penjelasan atau penetapan tentang suatu hak dan pernyataan itu dicantumkan dalam amar atau dictum putusan.

Dengan adanya pernyataan tersebut putusan telah menentukan dengan pasti siapa yang berhak atau siapa yang mempunyai kedudukan atas permasalahan yang disengketakan.

2) Putusan *Constitutief*

Putusan *Constitutief* (pengaturan) adalah putusan yang dapat meniadakan suatu keadaan hukum atau menimbulkan suatu keadaan hukum yang baru. Misalnya: putusan tentang perceraian, putusan kepailitan, putusan tidak berwenangnya pengadilan menangani suatu perkara dan lain sebagainya (Sarwono, 2011: 212).

Adapun antara putusan deklaratif dengan konstitutif hampir tidak memiliki batas. Misalnya putusan konstitutif yang menyatakan perjanjian batal, pada dasarnya amar yang berisi pembatalan perjanjian

adalah bersifat deklaratif yakni berisi penegasan hubungan hukum atau keadaan yang mengikat para pihak dalam perjanjian itu tidak sah, maka perjanjian dinyatakan batal.

### 3) Putusan *Condemnatoir*

Putusan *Condemnatoir* (Menghukum) adalah putusan yang bersifat menghukum pihak yang kalah dalam persidangan untuk memenuhi prestasi (Sarwono, 2011: 212).

Putusan *Condemnatoir* terjadi disebabkan karena dalam hubungan perikatan antara penggugat atau tergugat yang bersumber pada perjanjian atau Undang-Undang telah terjadi wanprestasi dan perkaranya di selesaikan di pengadilan (Sarwono, 2011: 212).

Putusan yang bersifat *condemnatoir* merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari amar deklaratif atau konstitutif, karena amar tersebut tidak dapat berdiri sendiri tanpa didahului amar deklaratif yang menyatakan bagaimana hubungan hukum di antara para pihak.

Maka dari itu amar putusan *condemnatoir* merupakan satu kesatuan yang tidak terpisah dengan amar deklaratif, sehingga amar deklaratif merupakan *condition sine qua non* atau merupakan syarat mutlak untuk menjatuhkan putusan kondemnator dan penempatan amar deklaratif dalam putusan di tempatkan mendahului amar *condemnatoir*.

Adapun ciri-ciri putusan *condemnatoir* di dalamnya tercantum amar atau *dictum* yang berisi kalimat:

- Menghukum untuk membayar, menyerahkan, membongkar, membagi, dan sebagainya.
- Memerintahkan untuk membayar, menyerahkan, membongkar, membagi dan sebagainya.

c. Putusan Ditinjau pada Saat Penjatuhannya

1. Putusan Sela

Putusan sela disebut dengan putusan sementara (*temporary award, interim award*). Mengenai putusan sela diatur dalam Pasal 185 ayat (1) HIR atau Pasal 48 Rv, menurut pasal tersebut bahwasannya hakim dapat menjatuhkan putusan yang bukan putusan akhir (*eind vonnis*) yang dijatuhkan pada saat proses pemeriksaan berlangsung.

Putusan sela berisi perintah yang harus dilakukan para pihak yang berperkara untuk memudahkan hakim menyelesaikan pemeriksaan perkara sebelum dia menjatuhkan putusan akhir. Adapun macam-macam putusan sela sebagai berikut:

a. Putusan *Preparatoir*

Putusan *preparatoir* adalah putusan sela yang digunakan untuk mempersiapkan putusan akhir (Sarwono, 2011: 213). Putusan ini bertujuan mempersiapkan jalannya pemeriksaan.

Misalnya sebelum hakim memulai pemeriksaan, lebih dahulu menerbitkan putusan *preparatoir* tentang tahap-tahap proses atau jadwal persidangan.

Putusan preparatoir ini tidak mempunyai pengaruh atas pokok perkara atau putusan akhir karena putusannya dimaksudkan untuk mempersiapkan putusan akhir (Sarwono, 2011: 213).

b. Putusan *Interlocutoir*

Putusan *Interlocutoir* adalah putusan sela yang berisi tentang perintah untuk mengadakan pemeriksaan terlebih dahulu terhadap bukti-bukti yang sudah ada pada para pihak yang sedang berperkara dan para saksi yang di pergunakan untuk menentukan putusan akhir (Sarwono, 2011: 213).

Putusan *Interlocutoir* dapat mempengaruhi utusan akhir karena hasil dari pemeriksaan terhadap alat-alat bukti dapat dipergunakan sebagai bahan pertimbangan dalam membuat keputusan akhir tersebut (Sarwono, 2011: 213).

Adapun putusan sela (*een interlocutoir vonnis is een special sort tussen vonnis*) dapat berisi bermacam-macam perintah sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai, antara lain sebagai berikut:

- 1) Putusan *interlocutor* yang memerintahkan pendengaran keterangan ahli, berdasarkan Pasal 145 HIR
- 2) Memerintahkan pemeriksaan setempat (*gerechtelijke plaatsopmening*) berdasarkan PAsal 153 HIR
- 3) Memerintahkan pengucapan atau pengangkatan sumpah baik sumpah penentu atau tambahan berdasarkan Pasal 155 HIR,



Pasal 1929 KUH Perdata maka pelaksanaannya dituangkan dalam putusan interlokutor

- 4) Memerintahkan pemanggilan saksi berdasarkan Pasal 139 HIR yakni saksi yang diperlukan penggugat atau tergugat, akan tetapi tidak dapat menghadirkannya berdasarkan Pasal 121 HIR, pihak yang berkepentingan dapat meminta kepada hakim siapa saksi tersebut dipanggil secara resmi oleh jurusita
- 5) Putusan interlokutor dapat juga diterbitkan hakim untuk memerintahkan pemeriksaan pembukuan perusahaan yang terlibat dalam suatu sengketa oleh akuntan *public* yang independen.

c. Putusan Insidentil

Putusan insidentil (*incidenteel vonnis*) adalah putusan sela yang berkaitan langsung dengan gugatan insidentil atau yang berkaitan dengan penyitaan yang membebaskan pemberian uang jaminan dari pemohon sita, agar sita dilaksanakan, yang disebut *cautio judicatum solvi*.

Adapun secara teori dan praktik, pada umumnya dikenal dua bentuk putusan insidentil yaitu:

- 1) Putusan Inseidentil dalam gugatan intervensi

Pasal 279 Rv mengatur tentang lembaga gugatan intervensi yaitu memberi hak kepada pihak ketiga yang berkepentingan untuk menggabungkan diri dalam suatu perkara yang masih

berlangsung proses pemeriksaannya pada pengadilan tingkat pertama.

Adapun mengenai bentuk gugatan intervensi yang dapat diajukan oleh pihak ketiga yang berkepentingan bisa berbentuk *Voeging, Tussenkomst, Vrijwaring*. Serta Pasal 280 Rv mengatur mengenai tata cara yang harus ditempuh oleh pihak ketiga atau penarikan pihak untuk ikut serta bergabung dalam proses pemeriksaan perkara yang sedang berlangsung.

- 2) Putusan insidentil dalam pemberian jaminan atas pelaksanaan sita jaminan.

Putusan insidentil yang dikaitkan dengan pelaksanaan sita jaminan (*Conservatoir Beslag*) disebut *cautio judicatum solvi*. Sebagai contoh Pasal 722 Rv yakni penyitaan atas barang debitur dimana menurut pasal ini, hakim dalam mengabulkan permohonan sita jaminan yang diajukan penggugat, dapat memerintahkan kepada tergugat agar membayar uang jaminan meliputi kerugian dan bunga yang mungkin timbul akibat penyitaan, dengan ketentuan dan ancaman: selama uang jaminan belum dibayar penggugat, penyitaan tidak dilaksanakan. Jika hakim bermaksud menerapkan ketentuan pasal tersebut maka harus dituangkan dalam bentuk putusan insidentil.

Dan begitu pula seterusnya jika hakim menerapkan Pasal 763 Rv tentang pengangkatan sita yang diletakkan atas pesawat terbang, harus dituangkan dalam putusan insidental.

d. Putusan Provisi

Putusan provisional adalah putusan sela yang dijatuhkan sebelum putusan akhir sehubungan dengan pokok perkara, untuk sementara sambil menunggu putusan akhir dilaksanakan terlebih dahulu dengan alasan yang sangat mendesak demi kepentingan salah satu pihak (Sarwono, 2011: 214).

Putusan provisi diatur dalam Pasal 180 HIR dan Pasal 191 RBg. Putusan provisi tidak boleh mengenai materi pokok perkara, tetapi hanya terbatas mengenai tindakan sementara berupa larangan melanjutkan suatu kegiatan.

Gugatan provisi biasanya diajukan bersama-sama dengan gugatan pokok, dari segi sistematika, diformulasikan mengikuti uraian dalil gugatan pokok dan isinya berupa tuntutan agar sebelum perkara pokok diperiksa, hakim lebih dahulu menjatuhkan putusan sementara sebagai tindakan-tindakan pendahuluan yang dapat menjamin kepentingan penggugat atau kepentingan kedua belah pihak.

Adapun akibat langsung yang melekat pada putusan provisi sebagaimana diatur dalam Pasal 180 HIR dan Pasal 287 Rv yaitu dalam putusan melekat langsung putusan serta merta atau *uitvoebaar bij voorraad* dengan demikian putusan provisi tersebut dapat

dilaksanakan serta merta lebih dahulu meskipun perkara pokok belum diperiksa dan diputus.

## 2. Putusan Akhir

Jenis putusan lain ditinjau dari segi bentuknya atau pada saat menjatuhkannya adalah putusan akhir (*eind vonnis*) atau dalam *Common Law* sama dengan *final judgement*. Putusan akhir diambil dan dijatuhkan pada akhir atau sebagai akhir pemeriksaan perkara pokok.

Menurut Yahya Harahap (2014: 887), putusan akhir merupakan tindakan atau perbuatan hakim sebagai penguasa atau pelaksana kekuasaan kehakiman (*judicative power*) untuk menyelesaikan dan mengakhiri sengketa yang terjadi di antara pihak yang berperkara.

Dalam hukum acara perdata, putusan akhir dalam suatu perkara dan atau sengketa umumnya dapat berupa (Sarwono, 2011: 222):

### a. Gugatan di kabulkan

Setelah melalui proses pemeriksaan dan ternyata bukti-bukti yang diajukan oleh penggugat terbukti kebenarannya (autentik) dan tidak disangkal oleh pihak tergugat, maka gugatan yang terbukti tersebut akan di kabulkan seluruhnya, akan tetapi jika terbukti sebagian, maka gugatan yang dikabulkan oleh hakim hanya sebagian.

Hakim dalam mengambil keputusan pada dasarnya tetap mempertimbangkan kebenaran dari bukti-bukti yang telah diajukan oleh para pihak yang sedang bersengketa.

b. Gugatan Ditolak

Adapun mengenai gugatan ditolak pada umumnya disebabkan karena bukti-bukti yang diajukan ke Pengadilan oleh penggugat tidak dapat dibuktikan kebenarannya (keautentikannya) di dalam persidangan dan gugatannya melawan hak atau tidak beralasan, sehingga gugatan akan ditolak atau akan dinyatakan tidak akan dikabulkan.

c. Gugatan Tidak Dapat Diterima

Suatu gugatan yang diajukan oleh penggugat ke pengadilan dapat dinyatakan “tidak dapat diterima” (*niet onvan kelijk verklaart*) oleh pengadilan dengan alasan bahwa gugatannya tidak beralasan, gugatannya melawan hak dan gugatannya diajukan oleh orang yang tidak berhak.

d. Tidak Berwenang Mengadili

Dalam hal pengadilan menyatakan tidak berwenang mengadili suatu perkara yang diajukan oleh penggugat, umumnya dilihat baik dari kompetensi absolut maupun kompetensi relatif.

Apabila dalam praktik permohonan pengajuan gugatan yang diajukan oleh penggugat ke pengadilan tingkat pertama yang dituju menyatakan tidak berwenang mengadili suatu perkara, maka gugatannya akan dinyatakan tidak dapat diterima karena tidak berwenang untuk mengadili suatu perkara baik berdasarkan kompetensi absolut dan kompetensi relatif.

### 3. Kekuatan Putusan

Putusan pengadilan mempunyai 3 kekuatan, yaitu: (1) Kekuatan mengikat (*bindende kracht*). (2) kekuatan pembuktian (*bewijzende kracht*). (3) kekuatan eksekutorial (*excecutoriale kracht*) (Abdul Manan, 2005: 309):

#### a. Kekuatan Mengikat

Suatu putusan dikatakan memiliki kekuatan mengikat dan memiliki kekuatan bukti setelah putusan tersebut memperoleh kekuatan hukum yang tetap (*in kracht*). suatu putusan dikatakan *in kracht* apabila upaya hukum seperti verzet, banding, kasasi tidak dipergunakan dan tenggang waktu untuk itu sudah habis (Roihan A. Rasyid, 2013: 213).

Putusan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap bersifat final atau tidak dapat di ganggu lagi. Dalam peribahasa hukum disebut “*res judicata pro veritate habitur*” artinya putusan pasti dengan sendirinya mengikat, apa yang diputus oleh hakim dianggap benar dan pihak-pihak yang berperkara berkewajiban untuk memenuhi isi putusan tersebut.

Dalam pasal 1917-1920 BW menjelaskan bahwasannya para pihak harus patuh dan menghormati putusan itu dan tidak boleh melakukan tindakan yang bertentangan dengan putusan tersebut, karenanya putusan memiliki kekuatan mengikat terhadap para pihak-pihak yang berperkara, inilah yang dimaksud kekuatan mengikat dari arti negatif.

Dalam arti positif dikatakan mengikat ialah bahwa hakim tidak boleh memutus perkara yang pernah diputus sebelumnya antara pihak yang sama serta mengenai pokok perkara yang sama. Pada dasarnya sifat mengikat dari putusan itu

bertujuan untuk menetapkan suatu hak atau suatu hubungan hukum antara para pihak yang berperkara.

b. Kekuatan Pembuktian

Putusan harusnya dibuat secara tertulis, hal ini agar dapat dipergunakan sebagai alat bukti oleh para pihak, yang mungkin dipergunakan untuk keperluan banding, kasasi atau juga untuk eksekusi. Putusan merupakan akta otentik yang dapat dipergunakan sebagai alat bukti.

Putusan hakim yang telah memiliki kekuatan hukum tetap dapat di jadikan alat bukti (*bewijs evidence*) oleh pihak-pihak yang berperkara, sepanjang mengenai peristiwa yang telah di tetapkan dalam putusan itu. Karena putusan hakim membentuk secara konkret (*concreto*) maka peristiwa yang telah di tetapkan itu di anggap benar, dan memiliki bukti yang sempurna untuk para pihak maupun pihak ketiga.

c. Kekuatan eksekutorial

Putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, mempunyai kekuatan untuk dilaksanakan (*executionary power*). Bagi pihak yang kalah berkewajiban melaksanakan putusan tersebut secara sukarela, jika pihak yang kalah tersebut tidak mau melaksanakan isi putusan secara sukarela, maka putusan tersebut dapat dilaksanakan secara paksa oleh Ketua Pengadilan.

Putusan pengadilan dapat dilaksanakan apabila terdapat titel eksekutorialnya sebagaimana di atur dalam Pasal 2 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 jo. Pasal 57 ayat (1) Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989) yang berbunyi

“Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhana Yang Maha Esa” apabila tidak dicantumkan maka putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan.

Eksekusi dapat dilaksanakan pada putusan yang bersifat *condemnatoir* (menghukum), terhadap putusan *declaratoir* dan *constitutif* tidak memerlukan adanya eksekusi.

## **B. Proses Pengambilan Putusan**

### **1. Musyawarah Majelis Hakim**

Musyawarah Majelis Hakim merupakan perundingan yang dilaksanakan untuk mengambil keputusan dalam suatu perkara yang diajukan kepadanya dan sedang diproses dalam persidangan Pengadilan Agama yang berwenang. Musyawarah Majelis Hakim ini bersifat rahasia yaitu hanya diketahui oleh anggota majelis hakim yang memeriksa perkara tersebut sampai putusan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum (Abdul Manan, 2005: 275).

Tujuan diadakannya Musyarah Majelis Hakim tersebut untuk menyamakan persepsi agar terhadap perkara yang sedang diadili itu dapat dijatuhkan putusan yang seadil-adilnya sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku (Abdul Manan, 2005: 275).

Ketua Majelis memimpin rapat permusyawaratan tersebut dengan memberikan kesempatan pertama berbicara kepada anggota Majelis yang junior untuk mengemukakan pendapatnya, kemudian baru hakim yang senior dan terakhir ketua manjelis hakim itu sendiri (Abdul Manan, 2005: 275).



Menurut Abdul Manan (2005: 275) dalam permusyawaratan majelis hakim itu setiap hakim mempunyai hak yang sama dalam hal:

- a. Mengonstatir peristiwa hukum yang diajukan oleh para pihak kepadanya dengan melihat, mengakui, atau membenarkan telah terjadinya peristiwa yang telah diajukan tersebut
- b. Mengkualifisir peristiwa hukum yang diajukan pihak-pihak kepadanya. Peristiwa yang telah dikonstatirnya itu sebagai peristiwa yang benar-benar terjadi harus dikualifisir. Mengkualifisir berarti menilai peristiwa yang dianggap benar-benar terjadi itu termasuk hubungan hukum mana dan hukum apa, dengan kata lain harus ditemukan hubungannya bagi peristiwa yang telah dikonstatir itu.
- c. Mengkonstituir yaitu menetapkan hukumnya atau memberikan keadilan kepada para pihak yang berperkara.

Jika dua orang hakim anggota majelis berpendapat sama terhadap hal tersebut, maka hakim yang kalah (termasuk ketua majelis hakim) harus menerima pendapat yang telah sama tersebut. Hakim yang kalah suara tersebut dapat menuliskan pendapatnya dalam sebuah buku (catatan hakim) yang khusus disediakan yang disimpan oleh Ketua Pengadilan Agama yang bersifat rahasia (Abdul Manan, 2005: 276).

Dalam buku catatan tersebut harus memuat: (1) nama hakim yang tidak sependapat itu, (2) kedudukannya dalam majelis, (3) nomor perkara yang tidak sependapat, (4) tanggal putusan perkara yang tidak sependapat, (5) pendapat

hakim yang bersangkutan serta alasan-alasan pendapat hakim yang tidak sependapat itu, (6) paraf hakim yang tidak sependapat (Abdul Manan, 2005: 276).

Akan tetapi jika masing-masing anggota majelis hakim berbeda pendapat satu sama lain dan masing-masing anggota majelis mempunyai pendapat yang sama kuat dan sama akurat analisis yuridis, serta satu sama lain tidak mendukung dalam perkara yang dihadapinya, sedangkan para pihak memohon agar perkara tersebut segera diputus. Maka permasalahan tersebut dapat diselesaikan dengan cara (1) persoalan tersebut dibawa ke rapat pleno hakim yang di pimpin oleh Ketua Pengadilan Agama, (2) Ketua Majelis Hakim karena jabatannya dapat mempergunakan hak vetonya dalam menyelesaikan perkara tersebut (Abdul Manan, 2005: 276).

Kehadiran panitera sidang dalam rapat permusyawaratan hakim itu dapat dibenarkan jika Ketua Majelis Hakim memandang kehadiran panitera sidang itu diperlukan, hal ini berdasarkan fungsi panitera/ panitera pengganti adalah membantu Majelis Hakim sebagaimana diatur dalam Pasal 11 ayat (3) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dan Pasal 97 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama (Abdul Manan, 2005: 276).

## **2. Metode Penemuan Hukum Hakim**

Penemuan hukum merupakan suatu wadah yang dapat digunakan oleh hakim untuk mengisi kekosongan hukum atau menafsirkan suatu kaidah peraturan perundang-undangan yang tidak atau kurang jelas (Marwan Mas, 2004: 157).

Hakim harus mengadili dengan benar terhadap perkara yang diajukan kepadanya, ia tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada atau belum jelas, melainkan ia wajib mengadilinya. Sebagai penegak hukum ia wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai hukum yang hidup dalam masyarakat (Abdul Manan, 2005: 278).

Hakim dalam mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya harus mengetahui dengan jelas tentang fakta dan peristiwa yang ada dalam perkara tersebut. Majelis hakim harus mengonstatir dan mengkualifisir peristiwa dan fakta tersebut sehingga ditemukan peristiwa/ fakta secara objektif, maka majelis hakim berusaha menemukan hukumnya secara tepat dan akurat terhadap peristiwa yang terjadi itu (Abdul Manan, 2005: 278).

Metode penemuan hukum oleh hakim dapat dilakukan dalam dua bentuk yaitu dengan interpretasi hukum dan konstruksi hukum. Interpretasi hukum yaitu penafsiran perkataan dalam Undang-Undang, tetapi tetap berpegang pada kata-kata atau bunyi peraturannya. Sedangkan konstruksi hukum merupakan penalaran logis untuk mengembangkan suatu ketentuan dalam Undang-Undang yang tidak lagi berpegang pada kata-katanya, tetapi tetap harus memperhatikan hukum sebagai suatu sistem (Marwan Mas, 2004: 169).

Penemuan hukum dengan metode interpretasi dapat di bedakan jenis-jenisnya (Abdul Manan, 2005: 279) sebagai berikut:

a. Metode penafsiran substantif

Metode penafsiran ini adalah di mana hakim harus menerapkan suatu teks Undang-Undang terhadap kasus *in konkreto* dengan belum memasuki rapat penggunaan penalaran yang lebih rumit, tetapi sekedar menerapkan silogisme.

Dalam penggunaan metode interpretasi substantif ini hakim hanya berfikir secara deduktif, yaitu hanya sekedar memasukkan atau mencocokkan peristiwanya ke dalam peraturan perundang-undangan yang dilanggar (Marwan Mas, 2004: 169).

b. Metode penafsiran gramatikal

Metode ini dimana peraturan perundang-undangan dituangkan dalam bentuk bahasa tertulis, putusan pengadilan juga disusun dalam bahasa yang logis sistematis, hal ini bertujuan untuk mengetahui makna ketentuan undang-undang yang belum jelas perlu ditafsirkan dengan menguraikannya menurut bahasa umum sehari-hari.

c. Metode penafsiran sistematis atau logis

Menafsirkan peraturan perundang-undangan dengan menghubungkannya dengan peraturan hukum atau undang-undang lain atau dengan keseluruhan sistem hukum. Dalam metode ini, hukum dilihat sebagai satu kesatuan yang utuh, tidak merupakan bagian yang berdiri sendiri tetapi bagian dari suatu sistem.

Misalnya suatu peristiwa hukum yang tidak ada ketentuannya dalam undang-undang, maka hakim harus mencari ketentuan lain yang sesuai

atau mirip dengan peristiwa konkret yang ditanganinya (Marwan Mas, 2004: 171).

d. Metode penafsiran historis

Penafsiran historis adalah penafsiran yang didasarkan kepada sejarah terjadinya, peraturan tersebut. Penafsiran historis pada umumnya terbagi menjadi dua yaitu penafsiran menurut sejarah lahirnya undang-undang dan penafsiran menurut sejarah hukum.

Penafsiran menurut sejarah undang-undang (*wetshistorisch*) adalah dengan mencari maksud dari perundang-undangan itu seperti apa yang dilihat oleh pembuat undang-undang ketika undang-undang itu dibentuk dulu, disini kehendak pembuat undang-undang yang menentukan.

Interpretasi menurut sejarah hukum (*rechtshistorisch*) adalah metode interpretasi yang ingin memahami undang-undang dalam konteks seluruh ajaran hukum.

e. Metode penafsiran sosiologis atau teleologis

Metode ini menafsirkan makna atau substansi undang-undang untuk diselaraskan dengan kebutuhan atau kepentingan warga. Substansi yang di tekankan pada metode ini terletak pada tujuan kemasyarakatan, sehingga suatu peraturan perundang-undangan yang sudah tidak sesuai lagi dengan dinamika masyarakat dapat diabaikan oleh hakim atau ketentuan itu membahayakan kehidupan masyarakat secara luas (Marwan Mas, 2004: 172).

Peraturan perundang-undangan yang telah usang, disesuaikan penggunaannya dengan menghubungkan dengan kondisi dan situasi saat ini atau situasi sosial yang baru.

f. Metode penafsiran komperatif

Metode penafsiran komperatif adalah metode penafsiran undang-undang dengan membandingkan antara berbagai sistem hukum. Menurut Marwan Mas (2004: 172) yaitu membandingkan antara berbagai sistem hukum yang ada di dunia, sehingga hakim bisa mengambil putusan yang sesuai dengan perkara yang ditanganinya.

g. Metode penafsiran restriktif

Adalah penafsiran untuk menjelaskan undang-undang dengan cara ruang lingkup ketentuan undang-undang dibatasi dengan mempersempit arti suatu peraturan dengan bertitik tolak pada artinya menurut bahasa.

h. Metode penafsiran ekstensif

Adalah metode interpretasi yang membuat penafsiran melampaui batas yang diberikan oleh penafsiran gramatikal. Seperti halnya perkataan menjual dalam Pasal 1576 KUHPerdara, ditafsirkan bukan hanya jual beli semata, tetapi juga memiliki arti “peralihan hak”.

i. Metode penafsiran futuristis

Adalah metode penafsiran undang-undang yang bersifat antisipasi dengan berpedoman kepada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*).

Menurut Marwan Mas (2004: 173), yaitu menjelaskan suatu undang-undang yang berlaku sekarang (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada undang-undang yang akan diberlakukan (*ius constituendum*).

Misalnya suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses perundangan, tetapi pasti akan diundangkan.

Adapun penemuan hukum dengan metode konstruksi, mengandung arti pemecahan atau menguraikan makna ganda, kekaburan, dan ketidakpastian dari undang-undang sehingga tidak bisa diterapkan dalam peristiwa konkrit yang diadilinya (Abdul Manan, 2005: 282).

Hakim bahwasannya ketika melakukan konstruksi dalam penemuan hukum, harus mengetahui tiga syarat utama yaitu: (1) konstruksi harus mampu meliputi semua bidang hukum positif yang bersangkutan, (2) dalam pembuatan konstruksi tidak boleh ada pertentangan logis di dalamnya, (3) konstruksi kiranya mengandung faktor keindahan, tetapi dengan adanya konstruksi persolan yang belum jelas dalam peraturan-peraturan itu diharapkan muncul kejelasan (Abdul Manan, 2005: 282).

Menurut Ahmad Ali yang dikutip oleh Abdul Manan (2005: 282) tujuan dari konstruksi hukum ini sendiri adalah agar putusan hakim dalam peristiwa konkrit dapat memenuhi tuntutan keadilan dan bermanfaat bagi pencari keadilan. Adapun bentuk-bentuk dari metode penemuan konstruksi ini (Abdul Manan, 2005: 282) sebagai berikut:

a. Argumen Peranalogian

Konstruksi ini dapat disebut dengan “analoji” yang dalam hukum Islam dikenal dengan “qiyas”. Konstruksi hukum model ini dipergunakan apabila hakim harus menjatuhkan putusan dalam suatu konflik yang tidak tersedia peraturannya, tetapi peristiwa itu mirip dengan yang diatur dalam undang-undang.

Adapun inti dari penemuan hukum ini adalah mempersamakan dengan cara memperluas makna atau eksistensi suatu ketentuan undang-undang yang khusus menjadi ketentuan umum, serta tidak lagi berpegang pada bunyi ketentuannya tetapi tetap menyatu dalam sistem hukum (Marwan Mas, 2004: 173).

Adanya analogi, akibat dibutuhkan perluasan hukum dengan menyesuaikan tempat, waktu dan situasi. Pada prinsipnya analogi berlaku untuk masalah-masalah hukum perdata (*privat*), terutama sekali dalam hukum perikatan (*verbintenissenrecht*), sedangkan untuk hukum publik yang sifatnya memaksa (*dwingend recht*) tidak boleh dilakukan adanya analogi karena terikat akan Pasal 1 KUHPidana yang berbunyi bahwa seseorang tidak dapat dihukum selain atas ketentuan-ketentuan pidana dalam undang-undang (R. Soeroso, 2009: 112)

b. Metode *Argumentum A'Contrario*

Yaitu penalaran terhadap suatu ketentuan Undang-Undang pada peristiwa hukum tertentu, sehingga secara *a'contrario* ketentuan tersebut tidak boleh diberlakukan pada hal-hal lain atau kebalikannya



(*expressive unius est exclusion alterius the mention of one is the exclusion of another*) (Marwan Mas, 2004: 174).

Pada hakikatnya penafsiran *a' contrario* adalah sama dengan penafsiran analogis hanya hasilnya berlawanan, penafsiran *a' contrario* membawa hasil negatif adapun kedua cara menjalankan undang-undang ini sama-sama berdasarkan konstruksi hukum. Penafsiran berdasarkan *argumentum a contrario* mempersempit perumusan hukum atau perundang-undangan (R. Soeroso, 2009: 115).

Tujuan *argumentum a' contrario* ini adalah untuk mengisi kekosongan hukum atau ketidaklengkapan undang-undang, jadi *argumentum a' contrario* ini bukan merupakan argumentasi untuk membenarkan rumusan peraturan tertentu. Melainkan mempertegas adanya kepastian hukum sehingga tidak menimbulkan keraguan (R. Soeroso, 2009: 115).

c. Pengkonkretan Hukum (*Rechtsverviijnings*)

Konstruksi model ini dapat di artikan penyempitan atau penghalusan hukum, yaitu mengkonkretkan suatu ketentuan dalam undang-undang yang abstrak atau terlalu luas cakupannya sehingga perlu dikonkretkan oleh hakim (Marwan Mas, 2004: 174).

Penghalusan hukum merupakan penyempurnaan sistem hukum oleh hakim, sifat dari penghalusan hukum ini dengan tidak mencari kesalahan dari para pihak dan apabila satu pihak disalahkan maka akan timbul adanya ketegangan (R. Soeroso, 2009: 114).

Penghalusan hukum bermaksud, mengisi kekosongan dalam sistem Undang-Undang, dalam sistem Undang-Undang terdapat ruangan kosong apabila sistem Undang-Undang tidak dapat menyelesaikan masalah secara adil dan sesuai dengan kenyataan social (*social werkelijkheid*) (R. Soeroso, 2009: 114).

Hakim tidak dapat menjalankan ketentuan tertentu, meskipun ketentuan itu menyebut dengan jelas perkara yang diajukan kepada hakim, apabila ketentuan tersebut dijalankan maka perkara tersebut tidak terselesaikan secara adil atau tidak sesuai dengan "*werkelijkheid*" / kenyataan di dalam masyarakat (*positiviet* tidak sama dengan *werkelijkheid*) (R. Soeroso, 2009: 114).

Dalam hal tersebut maka hakim terpaksa mengeluarkan perkara yang bersangkutan dari lingkungan ketentuan dan selanjutnya diselesaikan menurut perauran sendiri (R. Soeroso, 2009: 114).

Tujuan dari konstruksi ini agar dapat dipergunakan dalam menemukan hukum terhadap suatu perkara yang sedang diperiksa, masalah hukum yang sangat luas itu dipersempit ruang lingkungannya sehingga dapat diterapkan dalam suatu perkara secara konkrit.

#### d. Fiksi Hukum

Metode fiksi sebagai penemuan hukum ini sebenarnya berlandaskan asas "*in dubio pro reo*" yaitu asas yang menyatakan bahwa setiap orang dianggap mengetahui hukum. Menurut Ahmad Ali yang dikutip Abdul Manan, pada fiksi hukum pembentuk Undang-

Undang dengan sadar menerima sesuatu yang bertentangan dengan kenyataan sebagai kenyataan yang nyata.

Metode fiksi hukum yaitu penemuan hukum dengan menggambarkan suatu peristiwa kemudian menganggapnya ada sehingga peristiwa tersebut menjadi suatu fakta baru (Marwan Mas, 2004: 174).

Menurut Ahmad Ali yang dikutip oleh Abdul Manan (2005: 284) harus dibedakan antara fiksi yang sudah tertuang dalam putusan hakim, bukan lagi fiksi melainkan telah menjadi *judge made law*, telah menjadi kenyataan. Dalam kaitan ini Scholten berpendapat bahwa fiksi itu hanya berfungsi pada saat-saat peralihan, dan manakala peralihan usai berakhir pula fungsi fiksi itu.

Fiksi hukum bertujuan untuk mengajukan hukum, yaitu untuk mengatasi benturan antara tuntutan-tuntutan baru dan sistem yang ada.

### **3. Teknik Pengambilan Putusan**

Dari segi metodologi, para hakim di lingkungan Peradilan Agama dalam mengambil keputusan terhadap perkara yang diperiksa dan diadili hendaknya melalui proses tahapan-tahapan sebagai berikut (Abdul Manan, 2005: 286):

#### **a. Perumusan Masalah atau Pokok Sengketa**

Perumusan masalah atau sengketa dari suatu perkara dapat disimpulkan dari informasi baik dari Penggugat maupun dari Tergugat, yang termuat dalam gugatannya dan jawaban Tergugat.

Persidangan tahap jawab menjawab inilah hakim yang memeriksa perkara tersebut memperoleh kepastian tentang peristiwa konkrit yang disengketakan oleh para pihak, adapun peristiwa yang di sengketakan ini merupakan pokok masalah dalam suatu perkara.

Perumusan pokok masalah dalam proses pengambilan keputusan oleh hakim merupakan kunci, kalau dalam perumusan pokok masalah maka proses selanjutnya juga akan salah, karena satu bagian ke bagian yang lainnya saling mempengaruhi.

b. Pengumpulan Data Dalam Proses Pembuktian

Adapun setelah hakim merumuskan pokok masalahnya, langkah selanjutnya ialah hakim menentukan siapa yang dibebani pembuktian untuk pertama kali. Dari pembuktian inilah, hakim akan mendapatkan data untuk diolah untuk menemukan fakta yang dianggap benar atau di anggap salah. Dalam tahap ini hakim melakukan mengkonstatir.

c. Analisa Data untuk Menemukan Fakta

Data yang telah diolah akan melahirkan fakta yang akan di proses lebih lanjut sehingga melahirkan suatu keputusan yang akurat dan benar. Fakta di dasarkan pada pembuktian. Fakta berbeda dengan hukum, hukum merupakan tentang hak dan kewajiban sedangkan fakta merupakan kejadian yang sesuai atau bertentangan dengan hukum.

d. Penemuan Hukum dan Penerapannya

Setelah fakta yang dianggap benar tersebut, selanjutnya hakim menemukan dan menerapkan hukumnya. Menemukan hukum tidak hanya

sekedar mencari undang-undangnya untuk dapat diterapkan pada peristiwa yang konkrit, tetapi yang dicarikan hukumnya untuk diterapkan pada suatu peristiwa yang konkrit.

Untuk menemukan hukumnya atau undang-undang agar dapat diterapkan pada peristiwa konkrit, peristiwa konkrit itu harus di arahkan kepada undang-undangnya, sebaliknya undang-undang harus di sesuaikan dengan peristiwa yang konkrit. Jika peristiwa konkrit telah ditemukan hukumnya, maka hakim harus mengadakan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan tersebut.

e. Pengambilan Keputusan

Pengambilan putusan ini dilakukan jika penemuan hukum dan penerapan hukum telah dilaksanakan oleh hakim, maka selanjutnya ia harus menuangkannya dalam bentuk tertulis yaitu putusan. Dengan adanya putusan tersebut diharapkan dapat menimbulkan keyakinan atas kebenaran peristiwa hukum dan penerapan peraturan perundang-undangan secara tepat dalam perkara yang di adili.

Menurut H. Taufiq yang dikutip oleh Abdul Manan, proses pengambilan keputusan sebagaimana yang telah dikemukakan di atas, dapat dirumuskan dalam bentuk matematis yaitu  $FXR = C$

F = *Fact* atau peristiwa/ kejadian

C= *Conclusion* atau kesimpulan

R = *Rule* atau peraturan

X = Operasional atau penalaran hukum

Kalkulasi rumus tersebut adalah:

F	R	C
T	T	T
F	T	F
T	F	F
F	F	F

Jadi dapat disimpulkan bahwa hasil proses keputusan akan benar jika fakta, hukum, dan penalaran hukumnya benar, kalau salah satunya salah, maka hasilnya akan salah. Karena dalam kenyataannya R (hukum) selalu berubah, maka keputusan juga akan selalu berubah meskipun faktanya tidak berubah.

### C. Hak Asuh Anak (*Hadhanah*)

#### 1. Pengertian *Hadhanah* dan Dasar Hukum *Hadhanah*

Pemeliharaan anak dalam Bahasa Arab disebut dengan *Hadhanah* yang mempunyai arti memelihara, mendidik, mengatur mengurus segala kepentingan atau urusan anak anak yang belum *mummayiz* (belum dapat membedakan baik buruknya sesuatu atau tindakan bagi dirinya) (M. A. Tihami, 2010: 215). Atau *hadhanah* berarti memelihara seorang anak untuk terhindar dari segala sesuatu yang dapat merusak dan mendatangkan madharat kepadanya (Mardani, 2016: 127).

*Hadhanah* di ambil dari kata *al-hidnu* yang artinya sampung atau merengkuh ke sampung. Adapun *hadhanah* secara *syara'* memiliki arti pemeliharaan anak bagi orang yang berhak untuk memeliharanya atau dapat diartikan memelihara

atau menjaga orang yang tidak mampu mengurus kebutuhannya sendiri karena tidak *mummyiz* seperti anak-anak, orang dewasa yang sakit ingatan (gila) (Wahbah Az-Zuhaili, 2011: 59).

Adapun menurut ahli fikih *Hadhanah* adalah aktifitas merawat anak yang masih kecil baik laki-laki maupun perempuan, atau anak belum dewasa yang tidak mampu mengurus dirinya sendiri, melakukan yang terbaik untuk dirinya, menjaga mereka dari sesuatu yang menyakiti dan menimbulkan madharat baginya, memberikan pendidikan baik secara jasmani, emosional dan akal nya sampai mereka mampu berdiri sendiri dalam menghadapi kehidupan dan memikul tanggung jawabnya (Sayyid Sabiq, 2012: 138).

Hadhanah dapat disebut juga dengan kaffalah yaitu pemeliharaan anak yang masih kecil setelah terjadinya putus perawinan (Mardani, 2016: 127). Jadi dapat di pahami dari pengertian di atas bahwasannya *hadhanah* adalah hak asuh atas anak-anak yang belum *mummyiz* atau orang dewasa yang gila dimana ia masih belum bisa menjaga, melindungi dan mengurus kebutuhannya atau belum cakap hukum.

Adapun hukum melakukan *hadhanah* ialah wajib, karena anak yang tidak dipelihara akan terancam keselamatannya. Karena hal itu, *hadhanah* hukumnya wajib sebagaimana juga wajib untuk memberikan adanya nafkah kepadanya. Hal tersebut menjadi wajib dengan berdasarkan kepada firman Allah (Q.S Al-Tahrim ayat 6):

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا فُؤَا أُنْفُسِكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ عَلَيْهَا

مَلَائِكَةٌ غِلَاطٌ شِدَادٌ لَا يَعْصُونَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ

*Hai orang-orang yang beriman, peliharalah dirimu dan keluargamu dari api neraka yang bahan bakarnya adalah manusia dan batupenjaganya malaikat-malaikat yang kasardan keras yang tidak durhaka kepada Allah terhadap apa yang dia perintahkan kepada mereka dan selalu mengerjakan apa yang diperintahkan (Darus Sunnah Al-Kamil Qur'an dan Terjemahan, 2007: 561).*

Pada ayat ini dijelaskan bahwasannya orang tua diperintahkan untuk memelihara keluarganya dari api neraka, dengan berusaha agar seluruh anggota keluarganya itu melaksanakan perintah-perintah dan larangan-larangan Allah, dalam ayat ini anggota keluarga tersebut ialah anak (M. A. Tihami, 2010: 217).

Adapun terhadap pengasuhan anak ia merupakan hak bagi anak yang masih kecil karena ia masih memerlukan adanya pengawasan, penjagaan. Pemeliharaan dari seseorang yang berhak mendidiknya dalam hal ini ialah orang tua (Sayyid Sabiq, 2012: 139).

## **2. Syarat-Syarat *Hadhanah***

Adapun untuk kepentingan anak dalam pemeliharaan diperlukan adanya syarat-syarat bagi orang yang berhak memeliharanya atau melakukan *hadhanah* dalam hal ini terbagi menjadi tiga yaitu syarat umum untuk laki-laki dan perempuan, syarat khusus untuk perempuan, dan syarat khusus laki laki (Wahbah Az-Zuhaili, 2011: 66) sebagaimana berikut:

### **a. Syarat-Syarat Umum untuk Laki-laki dan Perempuan**

Adapun terhadap orang yang hendak memelihara atau menjadi *hadhin*, baik laki-laki maupun perempuan ditetapkan adanya syarat yaitu:



1) Baligh

Anak kecil atau yang belum baligh tidak boleh menjadi *hadhin*, karena ia sendiri pun belum bisa mengurus segala sesuatu kebutuhan dirinya dengan sendiri dan masih memerlukan orang lain untuk megurusnya.

2) Berakal

Orang gila atau idiot tidak boleh manjadi *hadhin*, karena keduanya juga masih memerlukan orang lain dalam mengurus keperluan mereka. Adapun menurut Ulama Malikiyyah, mensyaratkan seorang *hadhin* haruslah cerdas dan tidak boleh boros hal ini agar harta milik anak yang dipelihara tidak dibelanjakan untuk hal-hal yang sifatnya tidak diperlukan.

Ulama Malikiyyah dan Hanabillah mensyaratkan seorang *hadhin* tidak mengidap penyakit yang membuatnya dijauhi orang contohnya seperti kusta, lepra dan sejenisnya yang membuatnya di jauhi oleh orang lain.

3) Memiliki kemampuan untuk mendidik anak yang dipelihara

Memiliki kemampuan untuk mendidik anak yang dipelihara dan juga mampu untuk menjaga kesehatan dan kepribadian anak

4) Mempunyai sifat amanah

Orang yang tidak amanah tidak berhak untuk mengurus pendidikan dan akhlak anak, adapun yang termasuk dalam kategori orang yang tidak amanah adalah rang yang fasik baik laki-laki atau perempuan, pemabuk, pezina, sering melakukan perkara haram

5) Orang yang mengurus hadhanah anak disyaratkan harus beragama Islam menurut Syafiiyah dan Hanabillah

Orang kafir tidak berhak untuk melakukan *hadhanah* anak orang Islam, karena orang kafir tidak memiliki kuasa atas orang Islam. Selain itu dikhawatirkan adanya pengafiran terhadap anak tersebut, Akan tetapi menurut madzhab Hanafiyyah dan Malikiyyah tidak mensyaratkan harus orang Muslim, Non-Muslim boleh menjadi *hadhinah* atau pemelihara, baik ia ibu sendiri maupun orang lain.

b. Syarat khusus untuk perempuan (*Hadhinah*)

- 1) Perempuan yang sudah cerai, namun masih punya anak kecil boleh memelihara anaknya dengan syarat ia belum menikah lagi dengan lelaki lain atau lelaki yang terhitung kerabat namun bukan mahram
- 2) Perempuan yang jadi *hadhinah* itu syaratnya harus memiliki hubungan mahram dengan anak yang dipeliharanya, seperti ibu si anak, saudara perempuan si anak, dan nenek si anak.
- 3) Perempuan yang jadi *hadhinah* tidak pernah berhenti meskipun tidak diberi upah *hadhanah* karena memang ekonomi ayah si anak sedang kesulitan sehingga tidak mampu membayar upah *hadhanah*.
- 4) *Hadhinah* tidak tinggal bersama orang yang dibenci oleh anak asuhnya, meskipun orang itu kerabat dekat si anak sendiri karena hal ini akan menimbulkan dampak negative pada diri anak asuh

c. Syarat khusus untuk laki-laki

Adapun bagi seorang *hadhin* (laki-laki) harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- 1) Seorang *hadhin* harus termasuk mahramnya anak yang diasuh jika anak tersebut cantik dan usianya tujuh tahun menurut Hanabillah dan Hanafiyyah, hal ini bertujuan agar tidak terjadi khalwat antar keduanya.
- 2) Di rumah seorang *hadhin*, baik ayah maupun yang lainnya harus ada seorang perempuan yang mampu mengurus *hadhanah* anak seperti istri, ibu, bibi dan tante.

### 3. Pihak-pihak yang Berhak dalam *Hadhanah*

Apabila terjadi perceraian sedangkan mereka memiliki anak, maka yang lebih berhak untuk mengasuh anak-anak tersebut adalah ibu, selama tidak ada suatu hal yang mencegahnya untuk merawat dan mengasuh anaknya tersebut, ibu lebih diutamakan untuk mengasuh dan merawat anak karena dia lebih berhak untuk mengasuh, ibu juga lebih mengetahui bagaimana memberikan pendidikan, lebih sabar dan memiliki waktu yang lebih dibanding ayah (Sayyid Sabiq, 2012: 140).

Menurut M. A Tihami (2010: 220) dasar urutan orang-orang yang berhak melakukan *hadhanah* adalah:

- a. kerabat pihak ibu didahulukan atas kerabat pihak bapak jika tingkatannya dalam kerabat adalah sama,
- b. nenek perempuan didahulukan atas saudara perempuan karena anak merupakan bagian dari kakek, karena itu nenek lebih berhak dibanding dengan saudara perempuan,

- c. kerabat sekandung didahulukan dari kerabat yang bukan sekandung dan kerabat seibu lebih didahulukan atas kerabat seayah,
- d. dasar urutan ini ialah urutan kerabat yang ada hubungan mahram, dengan ketentuan bahwa pada tingkat yang sama pihak ibu didahulukan atas pihak bapak
- e. apabila kerabat yang ada hubungan mahram tidak ada, maka hak hadhanah pindah kepada kerabat yang tidak ada hubungan mahram.

**4. Hadhanah Dalam Perspektif Kompilasi Hukum Islam, Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak**

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pemeliharaan hak asuh anak (*hadhanah*) diatur dalam beberapa pasal. Pasal 98 KHI menjelaskan bahwa “batas usia anak yang mampu berdiri sendiri atau dewasa adalah 21 tahun, sepanjang anak tersebut tidak bercacat fisik maupun mental atau belum pernah melangsungkan perkawinan.

Dalam Pasal 106 ayat (a) Kompilasi Hukum Islam mengatur orang tua berkewajiban merawat dan mengembangkan harta anaknya yang belum dewasa atau dibawah pengampuan, dan tidak diperbolehkan memindahkan atau menggadaikannya kecuali karena keperluan yang mendesak jika kepentingan dan kemaslahatan anak itu menghendaki atau suatu kenyataan yang tidak dapat dihindarkan lagi.

Pasal 105 KHI dalam hal terjadi perceraian:

- a. Pemeliharaan anak yang belum *mummyiz* atau belum berumur 12 tahun adalah hak ibunya

- b. Pemeliharaan anak yang sudah *mummayiz* diserahkan kepada anak untuk memilih di antara ayah atau ibunya sebagai pemegang hak pemeliharaannya
- c. Biaya pemeliharaan di tanggung oleh ayahnya

Dan sebagaimana di atur dalam Pasal 156 Kompilasi Hukum Islam Bagian

Ketiga Akibat Perceraian, akibat putusnya perkawinan karena perceraian ialah:

- g. Anak yang belum *mummayiz* berhak mendapatkan *hadhanah* dari ibunya, kecuali bila ibunya meninggal dunia maka kedudukannya diganti oleh:
  - 7) Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas ke ibu;
  - 8) Ayah;
  - 9) Wanita-wanita dalam garis lurus ke atas dari ayah
  - 10) Saudara perempuan dari anak yang bersangkutan;
  - 11) Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ibu;
  - 12) Wanita-wanita kerabat sedarah menurut garis samping dari ayah;
- h. Anak yang sudah *mummayiz* berhak memilih untuk mendapatkan *hadhanah* dari ayah atau ibunya;
- i. 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;
- j. Semua biaya *hadhanah* dan nafkah anak menjadi tanggungan ayah menurut kemampuannya, sekurang-kurangnya sampai anak tersebut dewasa dan dapat mengurus diri sendiri (21 tahun);
- k. Bilamana terjadi perselisihan mengenai *hadhanah* dan nafkah anak, Pengadilan Agama memberikan putusannya berdasarkan huruf (a), (b), (c), dan (d).
- l. Pengadilan dapat pula dengan mengingat kemampuan ayahnya menetapkan jumlah biaya untuk pemeliharaan dan pendidikan anak-anak yang tidak turut padanya.

Dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dalam bab X terdapat beberapa pasal yang membahas akan hak asuh anak, adapun salah satu pembahasan yang terdapat dalam Undang-Undang tersebut yaitu menjelaskan hak dan kewajiban orang tua dan anak yang terdapat dalam Pasal 45 dan 46 yang berbunyi:

Pasal 45:

- 1) Kedua orang tua memiliki kewajiban memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.

- 2) Kewajiban tersebut berlaku sampai anak itu menikah atau dapat berdiri sendiri dan kewajiban tersebut berlaku terus meskipun pernikahan antara kedua orang tua putus.

Pasal 46:

- 1) Anak wajib menghormati orang tua dan mentaati kehendak mereka yang baik
- 2) Jika anak telah dewasa, ia wajib memelihara menurut kemampuannya orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas bila mereka memerlukan bantuan.

Adapun Pasal 47 dan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974

menjelaskan tentang kekuasaan orang tua terhadap anak, seperti:

Pasal 47:

- 1) Anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan ada di bawah kekuasaan orang tuanya selama mereka tidak dicabut dari kekuasaannya
- 2) Orang tua mewakili anak tersebut mengenai segala perbuatan hukum di dalam dan di luar Pengadilan

Pasal 48:

Orang tua tidak diperbolehkan memindahkan hak atau menggandakan barang-barang tetap yang dimiliki anaknya yang belum berumur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, kecuali apabila kepentingan anak itu menghendakinya.

Akan tetapi kekuasaan orang tua terhadap anaknya dapat dicabut tanpa mengurangi kewajiban orang tua dalam memberi pemeliharaan, sebagaimana diatur dalam Pasal 49, yang berbunyi:

Pasal 49:

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

Dalam Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak, terdapat beberapa pasal yang berkaitan dengan hak asuh anak ini sebagaimana Pasal 26 bagian

keempat mengatur tentang kewajiban dan tanggung jawab keluarga dan orang tua yang berbunyi:

Pasal 26:

- 1) Orang tua berkewajiban dan bertanggung jawab untuk:
  - a. Mengasuh, memelihara mendidik, dan melindungi anak;
  - b. Menumbuhkembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat, dan minatnya; dan
  - c. Mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak
  - d. Memberikan pendidikan karakter dan penanaman nilai budi pekerti pada anak.
- 2) Dalam hal orang tua tidak ada, atau tidak diketahui keberadaannya, atau karena suatu sebab, tidak dapat melaksanakan kewajiban dan tanggung jawabnya, maka kewajiban dan tanggung jawab sebagaimana di maksud dalam ayat (1) dapat beralih kepada keluarga, yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan perundang-undangan.

Tidak hanya itu kewajiban dan tanggung jawab terhadap anak tidak hanya diberikan oleh keluarga dan orang tua melainkan negara dan pemerintah serta masyarakat memiliki tanggung jawab yang sama sebagaimana di atur dalam Pasal 21, Pasal 22, Pasal 23, Pasal 24 dan Pasal 25 Undang-Undang No. 35 Tahun 2014 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.

Dan Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak juga memberikan perhatian yang sangat detail kepada anak sebagaimana adanya perlindungan khusus kepada anak yang diatur dalam bagian kelima dimulai dari Pasal 59 sampai dengan 71 tentang jenis-jenis perlindungan anak dengan tipe-tipe yang berbeda.