

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Setiap anak belum cakap untuk melakukan tindakan hukum (*'adimu al-ahliyyah*), mereka hanya memiliki kecakapan untuk menerima hak tertentu atau dibebani kewajiban hukum tertentu (*ahliyat al-wujub al-naqisah*). Anak yang belum cakap untuk mengurus keperluan dirinya sendiri membutuhkan keberadaan orang tua atau wali untuk mengurus keperluannya, baik diri (*walâyat al-nafs*) sekaligus juga mengurus hartanya (*walâyat al-mâl*). Kondisi tersebut sesuai dengan kaedah fiqhiyah yang terdapat di dalam *Kitab al-Muwâfaqah fi Ushûli al-Syari'ah*, karangan al-Syathibi, yang bunyinya:

كل من لم يكلف بمصالح نفسه فعلى غيره القيام بمصالحه

*Setiap (orang) yang tidak dibebani untuk (menjaga) kemaslahatan bagi dirinya sendiri, maka orang lain yang wajib menjaga kemaslahatannya.*¹

Secara individu, seorang anak belum matang baik secara fisik maupun psikisnya, hal ini sesuai dengan penjelasan pasal 5 ayat (3) Undang-undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yaitu, seorang anak digolongkan dalam kelompok rentan atau rawan. Dimana dalam kelompok rentan tersebut anak adalah tergolong yang paling rentan terhadap berbagai proses yang sedang berlangsung, untuk itu seorang anak harus dijamin hak hidupnya untuk dapat tumbuh dan berkembang

¹ Abu Ishaq Ibrahim bin Musa bin Muhammad al-Lukhmi al-Syathibi, *al-Muwâfaqat*, Jilid 2 (al-Mamlakah al-Arabiyah al-Su'ûdiyah: Dar al-Affan, 1997), hlm. 438

sesuai dengan fitrah dan kodratnya. Hal ini merupakan komitmen bangsa bahwa menghormati, memenuhi, dan menjamin hak anak adalah tanggungjawab negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua.²

Untuk menjamin kesejahteraan dan perlindungan terhadap anak Pemerintah Indonesia telah mengundangkan Undang-undang Nomor 4 tahun 1974 tentang Kesejahteraan Anak dan Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Undang-Undang Perlindungan Anak ini mewujudkan upaya pemenuhan hak-hak anak agar mereka dapat hidup, tumbuh dan berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berakhlak mulia, dan sejahtera.

Perlindungan anak ditujukan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak, yang telah termuat dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 yaitu, setiap anak berhak untuk hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabatnya, terlindungi dari kekerasan dan diskriminasi, hak atas suatu nama dan status kewarganegaraan, hak untuk beribadah menurut agamanya, berfikir dan berekspresi sesuai tingkat kecerdasan dan usianya, hak untuk mengetahui orang tuanya, dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri, termasuk diangkat sebagai anak asuh atau anak angkat oleh orang lain sesuai peraturan perundang-undangan, hak memperoleh pelayanan

² Agnes Hari Nugraheni, *Pertimbangan Hakim Dalam Menetapkan Status Perwalian Anak Pada Perkara Perceraian Dalam Rangka Perlindungan dan Kesejahteraan Anak (Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)* (Surakarta : UNS. 2009).hlm 1

kesehatan dan jaminan sosial sesuai keutuhan fisik, mental, spiritual dan sosial, hak memperoleh pendidikan dan pengajaran untuk pengembangan kepribadian dan tingkat kecerdasannya dan bagi anak cacat berhak memperoleh pendidikan luar biasa, dan anak yang memiliki keunggulan mendapatkan pendidikan khusus, hak untuk memperoleh bantuan hukum dan bantuan lain, karena menjadi korban atau pelaku tindak pidana.

Dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak juga memberikan jaminan hak kepada anak yaitu, anak berhak atas kesejahteraan, perawatan, asuhan dan bimbingan berdasarkan kasih sayang baik dalam keluarganya maupun dalam asuhan khusus untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar, anak berhak atas pelayanan untuk mengembangkan kemampuan dan kehidupan sosialnya, sesuai dengan kebudayaan dan kepribadian bangsa, untuk menjadi warga negara yang baik dan berguna, anak berhak atas pemeliharaan dan perlindungan, baik semasa dalam kandungan maupun sesudah dilahirkan, anak berhak atas perlindungan terhadap lingkungan hidup yang dapat membahayakan atau menghambat pertumbuhan dan perkembangannya dengan wajar, anak yang tidak mempunyai orang tua berhak memperoleh asuhan Negara atau orang atau badan, anak yang tidak mampu berhak memperoleh bantuan agar dalam lingkungan keluarganya dapat tumbuh dan berkembang dengan wajar, bantuan dan pelayanan, yang bertujuan mewujudkan kesejahteraan anak menjadi hak setiap anak tanpa membedakan jenis kelamin, agama, pendirian politik dan kedudukan sosial.

Disamping itu orang tua bertanggungjawab terhadap kesejahteraan anak. Orang tua adalah yang pertama-tama bertanggung jawab atas terwujudnya kesejahteraan anak baik secara rohani, jasmani maupun sosial, orang tua yang terbukti melalaikan tanggung jawabnya tersebut yang mengakibatkan timbulnya hambatan dalam pertumbuhan dan perkembangan anak, dapat dicabut kuasa asuhnya sebagai orang tua terhadap anaknya. Dalam hal ini ditunjuk orang atau badan sebagai wali.

Pengasuhan anak, terutama menjadi kewajiban dan tanggungjawab orang tua di lingkungan keluarga, akan tetapi demi untuk kepentingan kelangsungan tata sosial maupun untuk kepentingan anak itu sendiri, perlu ada pihak yang melindunginya. Apabila orang tua sudah tidak diketahui adanya atau nyata-nyata tidak mampu untuk melaksanakan hak kewajibannya, maka dapatlah pihak lain baik karena kehendak sendiri maupun karena ketentuan hukum disertai hak dan kewajiban itu.³

Ketentuan mengenai kewajiban dan tanggung jawab orang tua terhadap anak menurut undang-undang perlindungan anak dan undang-undang kesejahteraan anak tersebut sangatlah jelas, bahwa anak sepantasnya mendapatkan perlindungan dari kedua orang tuanya, dan mendapatkan apa yang menjadi hak anak, selain itu orang tua juga mempunyai kewajiban memenuhi apa yang telah tertulis dalam undang-undang perlindungan anak dan undang-undang kesejahteraan anak. Orang tua berkewajiban untuk mengasuh, memelihara, mendidik dan melindungi

³ Abdussalam. *Hukum Perlindungan Anak*, (Jakarta: Restu Agung, 2001), hlm. 24

anak dan bertanggung jawab terhadap terwujudnya kesejahteraan anak baik rohani, jasmani maupun sosial. Termasuk mewakili segala kepentingan hukum anak.

Dalam menentukan perwalian itulah diperlukan penetapan Pengadilan Agama yang berwenang dalam hal tersebut. Sesuai dengan Kompilasi Hukum Islam, Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, dan Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2019, tentang Syarat dan Tata Cara Penunjukan Wali, yang semua peraturan tersebut menyatakan bahwa perwalian ditetapkan oleh Pengadilan Agama. Peradilan Agama adalah salah satu dari tiga peradilan khusus di Indonesia. Sebagai peradilan khusus, peradilan agama yang mengadili perkara-perkara perdata tertentu dan hanya untuk orang – orang tertentu saja. Dengan kata lain, peradilan agama hanya berwenang di bidang perdata Islam tertentu saja dan hanya untuk orang-orang Islam di Indonesia. Oleh karena itu, Peradilan Agama dapat disebut sebagai peradilan Islam di Indonesia, yang pelaksanaannya secara limitatif telah disesuaikan dengan keadaan di Indonesia.⁴

Dalam perkembangan hukum peradilan, telah dirumuskan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009 Tentang Peradilan Agama yaitu “Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang Islam di bidang: a.

⁴ Raihan A. Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, (Jakarta: CV. Rajawali, 1991). Hlm. 6

perkawinan, b. waris, c. wasiat, d. hibah, e. waqaf, f. zakat, g. infak, h. shadaqah, dan i. ekonomi Syariah.⁵

Permohonan perwalian terhadap anak dibawah umur ini merupakan kewenangan absolut Peradilan Agama dalam bidang Perkawinan.

Konsep Perwalian dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang perkawinan diatur dalam pasal 50-54 dalam Bab XI ditentukan bahwa anak yang belum mencapai umur 18 tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua maka berada di bawah kekuasaan wali.

Sedangkan menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dijelaskan bahwa perwalian adalah kewenangan yang diberikan seseorang untuk melakukan suatu perbuatan hukum sebagai wakil untuk kepentingan dan atas nama anak yang tidak mempunyai kedua orang tua, orang tua yang masih hidup tapi tidak cakap melakukan perbuatan hukum.⁶

Di Pengadilan Agama Banjarbaru, pada tahun 2020 ditemukan 2 perkara yang masuk perihal perkara Permohonan Perwalian. Perkara tersebut terdaftar di bagian Kepaniteraan Pengadilan Agama Kota Banjarbaru yang mana pemohon sama-sama Ibu Kandung yang memiliki suatu kepentingan sehingga mengajukan perkara Permohonan Perwalian terhadap anak kandungnya yang masih di bawah umur.

⁵ Chatib Rasyid dan Syaifuddin, *Hukum Acara Perdata Dalam Teori dan Praktik Pada Peradilan Agama*, (Yogyakarta: UII Press, 2009), hlm. 13

⁶ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Kompilasi Hukum Islam*, hlm. 31.

Namun dalam penetapannya, terdapat perbedaan penetapan majelis hakim dalam 2 perkara yaitu perkara nomor 106/Pdt.P/2020/PA.Bjb dan 133/Pdt.P/2020/PA.Bjb. Dimana permohonannya satu dikabulkan dan satu lainnya ditolak. Sehingga kedua perkara tersebut menimbulkan kontradiktif perihal perbedaan amar penetapan yang mana dalam perkara yang sama, tahun yang sama, diajukan oleh orang yang serupa, namun memiliki keputusan yang berbeda. Oleh karena itu perlunya pembedahan terhadap isi penetapan tersebut.

Sebagai contoh dalam hal perwalian, seperti dijelaskan sebelumnya, bahwa orang tua, dalam perundang-undangan di Indonesia yang memiliki kecakapan hukum terhadap anak-anak mereka yang belum cakap hukum, secara otomatis adalah orang yang bertanggung jawab dalam merawat dan memelihara serta mewakili anak tersebut dalam perbuatan hukum baik di dalam maupun diluar pengadilan. Namun dalam kehidupan masyarakat hal tersebut terkadang tidak dapat terealisasi secara langsung, dengan berbagai alasan serta kebutuhan seperti persyaratan untuk berbuat hukum terhadap anak, persyaratan administrasi seperti passport serta untuk kepentingan pendidikan dan lain-lain, orang tua mengajukan permohonan penetapan untuk menjadi wali bagi anak-anak mereka sendiri, padahal dalam peraturan yang ada, mereka secara otomatis adalah wali bagi anak-anak mereka.

Seperti dijelaskan sebelumnya, bahwa orang tua, baik ayah maupun ibu kandung secara otomatis adalah orang yang bertanggung jawab dalam merawat dan memelihara serta mewakili anak tersebut dalam perbuatan

hukum baik di dalam maupun diluar pengadilan. Namun dalam kehidupan masyarakat hal tersebut terkadang tidak dapat terealisasi secara langsung, dengan berbagai alasan serta kebutuhan seperti persyaratan untuk berbuat hukum terhadap anak, persyaratan administrasi dan kepentingan lain, orang tua mengajukan permohonan penetapan untuk menjadi wali bagi anak-anak mereka sendiri, padahal dalam peraturan yang ada, mereka secara otomatis adalah wali bagi anak-anak mereka. Oleh karena itu timbul lah pertanyaan bagaimana pengadilan dan majelis hakim secara spesifik menyelesaikan perkara tersebut, serta apa pertimbangan hukumnya dalam mengabulkan atau menolak penetapan perwalian walaupun bagi anak mereka sendiri. Inilah yang menjadi ketertarikan penulis untuk membahasnya secara analitik antara penetapan Pengadilan Agama yang mengabulkan permohonan tersebut dan penetapan Pengadilan Agama yang menolaknya, karya tulis ini penulis tuangkan dalama tesis ini dengan judul *“Analisis Penetapan Majelis Hakim Perkara Permohonan Perwalian Di Pengadilan Agama Banjarbaru (Nomor Perkara 106/Pdt.P/2020/PA.Bjb dan 133/Pdt.P/2020/PA.Bjb).”*

A. Rumusan Masalah

Bagaimana analisis pertimbangan hukum yang dipakai majelis hakim Pengadilan Agama Banjarbaru dalam memutuskan 2 perkara tersebut?

B. Tujuan Penelitian

Untuk mengetahui hasil analisis pertimbangan hukum yang dipakai majelis hakim Pengadilan Agama Banjarbaru dalam memutuskan 2 perkara tersebut. Bagaimana hasil pengujiannya jika disandingkan dengan asas-asas hukum

acara perdata dalam pemeriksaan perkara dan teori hukum yang berkaitan dengan putusan hakim.

C. Kegunaan Penelitian

Dari tujuan penelitian diatas penelitian ini memiliki nilai guna yang bermanfaat, yaitu :

1. Aspek Teoritis
 - a. Hasil dari penelitian ini bermanfaat untuk memberikan sumbangan pemikiran bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum perkawinan di Indonesia khususnya tentang perwalian di Indonesia. Dan untuk menambah bahan kepustakaan bagi Pascasarjana UIN Antasari dan Perpustakaan UIN Antasari Banjarmasin.
 - b. Mempertajam terhadap analisis dinamika hukum di masyarakat khususnya mengenai peraturan perwalian di Indonesia.
2. Aspek Praktis
 - a. Agar hasil penelitian menjadi bahan perhatian yang dapat digunakan oleh para pihak yang ingin mengajukan perkara perwalian
 - b. Agar penelitian ini menjadi bahan evaluasi dan dapat digunakan oleh pemerintah dan aparatur negara sebagai gagasan yang bisa diambil sekaligus diterapkan sehingga akan memberikan penyempurnaan mengenai peraturan perwalian.
 - c. Agar dapat dibaca oleh masyarakat umum, mahasiswa Pascasarjana Hukum Keluarga UIN Antasari Banjarmasin.

D. Definisi Istilah

Agar tidak terjadi kesalahpahaman terhadap penelitian ini oleh pembaca, maka penulis perlu memberikan penjelasan mengenai maksud istilah-istilah yang digunakan dalam penelitian ini, yaitu :

1. Penetapan Majelis Hakim

Penetapan adalah keputusan pengadilan atas perkara permohonan (*volunter*), misalnya penetapan dalam perkara dispensasi nikah, izin nikah, wali *adhal*, poligami, perwalian, itsbat nikah, dan sebagainya. Penetapan merupakan *jurisdiction voluntaria* (bukan peradilan yang sesungguhnya). Karena pada penetapan hanya ada permohon tidak ada lawan hukum. Dalam penetapan. Hakim tidak menggunakan kata “mengadili”, namun cukup dengan menggunakan kata “menetapkan”.

2. Perkara Pemohonan Perwalian

Perkara permohonan perwalian yang dimaksud dalam penelitian ini adalah perkara permohonan perwalian yang diajukan oleh ibu kandung terhadap anaknya ke Pengadilan Agama untuk mendapatkan penetapan dari Pengadilan Agama.

3. Perwalian

Perwalian (*Voogdij*) adalah pengawasan terhadap anak yang dibawah umur, yang tidak berada dibawah kekuasaan orang tua. Seorang anak yang menurut Undang-Undang dinyatakan belum dewasa dan belum dapat melakukan suatu perbuatan hukum, maka anak tersebut harus diwakili oleh orang tua atau keluarga adat dari salah satu orang tua tersebut yang cakap melakukan perbuatan hukum.

Perwalian adalah kewenangan yang diberikan kepada seseorang untuk melakukan sesuatu perbuatan hukum sebagai wakil untuk kepentingan dan atas nama anak yang tidak mempunyai kedua orang tua, atau kedua orang tua atau orang tua yang masih hidup tidak cakap melakukan perbuatan hukum.

Dalam menentukan perwalian itulah diperlukan penetapan Pengadilan Agama yang berwewenang dalam hal tersebut. Sesuai dengan KHI pasal 107, Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama, dan Peraturan Pemerintah Nomor 29 Tahun 2019, tentang Syarat dan Tata Cara Penunjukan Wali, yang semua peraturan tersebut menyatakan bahwa perwalian ditetapkan oleh Pengadilan Agama.

E. Penelitian Terdahulu

Melakukan pencarian terhadap penelitian terdahulu yang berkaitan dengan tema penelitian sangatlah perlu, karena hal ini dapat memberikan penegasan serta pemantapan terhadap tema yang diteliti. Sejauh informasi yang diperoleh, pembahasan yang spesifik mengenai analisis perbandingan penetapan majelis hakim terhadap penerimaan dan penolakan perkara permohonan perwalian di Pengadilan Agama Banjarbaru saat ini belum penulis temukan.

Adapun yang berhubungan dengan pembahasan dalam penelitian ini ada beberapa sebagai berikut:

1. Volce Verdian, *Disertasi* yang berjudul *Kajian Pertimbangan Putusan Hakim dalam Penetapan Perwalian Anak di Pengadilan Negeri*

Surakarta. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pertimbangan hakim dalam menetapkan status perwalian anak berdasar pada:

- a. Putusan yang berhak menjadi walinya, berdasar pertimbangan putusan yang seadil-adilnya sehingga tidak akan merugikan salah satu pihak
- b. Hakim memerlukan masukan-masukan dan pengetahuan mengenai kasusnya, sehingga dalam putusan tidak mengikat pada salah satu pihak

Putusan pengadilan menegaskan seperangkat hak, kewajiban dan tanggung jawab yang diterima salah satu pihak terhadap anak mereka.

2. Agnes Hari Nugraheni, *Tesis yang berjudul Pertimbangan Hakim Dalam Menetapkan Status Perwalian Anak Pada Perkara Perceraian Dalam Rangka Perlindungan dan Kesejahteraan Anak (Studi Kasus di Pengadilan Negeri Amlapura)*. Fokus penelitian ini bertujuan untuk mengetahui pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Amlapura dalam menetapkan perwalian anak yang ditetapkan kepada ayahnya. Hasil penelitian menunjukkan pertimbangan hakim dalam menetapkan status perwalian tersebut tidak sesuai dengan tujuan perlindungan dan kesejahteraan anak dikarenakan pengaruh sistem hukum adat yang menganut sistem kebapaan (*Vaderrechtelijk*) sehingga mempengaruhi hakim dalam mengambil keputusan dan kesulitan mendapatkan referensi yang akurat tentang para pihak.

3. Suryandari, *Tesis* yang berjudul *Putusan Hakim dalam Perlindungan Terhadap Anak Karena Perceraian di Pengadilan Negeri Pati*. Fokus penelitian ini adalah menganalisis putusan hakim dalam perkara perwalian yang diberikan kepada ibu kandung. Dimana hasil penelitian menunjukkan dengan pertimbangan bahwa secara ekonomi maupun emosional ibu si anak mampu untuk menjalankan tugas perwalian karena masa depan anak terjamin jika diberikan kepada orang yang paling dekat dan mengerti perkembangan anak.
4. Lia Audina, *Jurnal* yang berjudul *Tinjauan Yuridis Kedudukan Dan Tanggung Jawab Perwalian Terhadap Anak*. Fokus penelitian ini adalah untuk mengetahui Pengaturan mengenai Perwalian Anak menurut Peraturan Perundang-undangan yang berlaku di Indonesia serta Kedudukan dan Tanggung Jawab Perwalian terhadap anak. Dimana hasil penelitiannya menunjukkan bahwa pengaturan mengenai perwalian anak yang berlaku di Indonesia sangat efektif untuk menjadi acuan dalam hal kepengurusan seorang anak di bawah perwalian, sehingga timbul Kedudukan dan Tanggung Jawab yang harus di pikul oleh seorang Wali dalam menjalankan tugasnya. Kedudukan dan Tanggung jawab perwalian dalam hal kepengurusan seorang anak tersebut seperti menggantikan kedudukan orang tua anak, menjadi wali dalam hal anak asuhnya melakukan suatu perbuatan hukum dan menjadi wali apabila anak yang berada dibawah perwaliannya tersebut hendak melangsungkan suatu perkawinan.

5. Rustam, dan Musthofa. Jurnal yang berjudul *Hak Anak Dan Hak Wali Dalam Penetapan Perwalian*. Fokus penelitian ini adalah untuk mengetahui bagaimana regulasi perwalian di pengadilan dan bentuk-bentuk perlindungan anak dalam peraturan perundang-undangan yang meliputi hak anak maupun juga hak wali dalam penetapan perwalian. Dimana hasil penelitiannya menunjukkan bahwa perwalian hanya dapat dilaksanakan manakala kedua orang tuanya sudah meninggal, kedua orang tua atau orang tua yang masih hidup dicabut kuasa asuhnya berdasarkan penetapan pengadilan, atau dinyatakan tidak cakap bertindak. Regulasi terhadap Perlindungan anak telah diperintahkan dalam ajaran agama Islam dan regulasi dalam peraturan perundang-undangan dengan sangat lengkap Oleh sebab itu, setiap permohonan perwalian yang dimohonkan di pengadilan harus mengedepankan kepentingan terbaik bagi anak. mengenai hak anak dan hak wali, hak mereka di dalam perwalian telah diatur oleh ajaran agama Islam dan peraturan perundang-undangan. Wali dapat mempergunakan harta orang yang berada di bawah perwaliannya, sepanjang diperlukan untuk kepentingannya menurut kepatutan.

Penelitian di atas berbeda dengan penelitian yang penulis lakukan, karena penelitian di atas hanya menganalisis bagaimana regulasi perwalian di pengadilan agama, atau hanya menganalisis satu putusan yang diajukan oleh salah satu orang tua kandung baik pihak ayah maupun pihak ibu. Adapun dalam penelitian ini penulis fokus pada analisis

perbandingan 2 putusan yang dilakukan suatu pengadilan agama, yang diajukan oleh orang yang serupa yaitu sama-sama ibu kandung, di ajukan pada tahun yang sama, namun dalam putusannya berbeda.

F. Kerangka Teori

Teori merupakan suatu prinsip yang dapat dijadikan pisau analisis untuk memecahkan suatu permasalahan dalam suatu penelitian. Kerangka teori bertujuan untuk memberikan gambaran atas batasan-batasan tentang teori-teori yang dipakai sebagai landasan penelitian yang akan dilakukan terhadap permasalahan yang akan diteliti.⁷ Ada beberapa teori yang akan penulis gunakan untuk memecahkan atau menyelesaikan permasalahan dalam penelitian ini:

a. Grand Theory

1) Teori Perlindungan Hukum

Fitzgerald mengutip istilah teori perlindungan hukum dari Salmond bahwa hukum bertujuan mengintegrasikan dan mengkoordinasikan berbagai kepentingan dalam masyarakat karena dalam suatu lalu lintas kepentingan, perlindungan terhadap kepentingan tertentu dapat dilakukan dengan cara membatasi berbagai kepentingan di lain pihak. Kepentingan hukum adalah mengurus hak dan kepentingan manusia, sehingga hukum memiliki otoritas tertinggi untuk menentukan kepentingan manusia yang perlu diatur dan dilindungi. Perlindungan hukum harus melihat tahapan

⁷ Mardalis, *Metode Penelitian: Suatu Pendekatan Proposal* (Jakarta: PT. Bumi Aksara, 2004), hlm. 41

yakni perlindungan hukum lahir dari suatu ketentuan hukum dan segala peraturan hukum yang diberikan oleh masyarakat yang pada dasarnya merupakan kesepakatan masyarakat tersebut untuk mengatur hubungan perilaku antara anggota-anggota masyarakat dan antara perseorangan dengan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan masyarakat.⁸

Menurut Satjipto Rahardjo, Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.⁹

Selanjutnya menurut Phillipus M. Hadjon bahwa perlindungan hukum bagi rakyat sebagai tindakan pemerintah yang bersifat preventif dan resprensif. Perlindungan Hukum yang preventif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, yang mengarahkan tindakan pemerintah bersikap hati-hati dalam pengambilan keputusan berdasarkandiskresi dan perlindungan yang resprensif bertujuan untuk mencegah terjadinya sengketa, termasuk penanganannya di lembaga peradilan.¹⁰

Dari uraian para ahli diatas memberikan pemahaman bahwa perlindungan hukum merupakan gambaran dari bekerjanya fungsi

⁸ Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, (Bandung : PT. Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 53

⁹ *Ibid*, hlm. 69

¹⁰ *Ibid*, hlm. 54

hukum untuk mewujudkan tujuan-tujuan hukum, yakni keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum. Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan kepada subyek hukum sesuai dengan aturan hukum, baik itu yang bersifat preventif maupun dalam bentuk yang bersifat represif, baik yang secara tertulis maupun tidak tertulis dalam rangka menegakkan peraturan hukum.

2) Teori Tujuan Hukum

Ajaran Cita Hukum (*Idee des Recht*) menyebutkan adanya tiga unsur cita hukum yang harus ada secara proporsional, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), keadilan (*gerechtig- keit*) dan kemanfaatan (*zweckmasigkeit*). Sekiranya dikaitkan dengan teori penegakan hukum sebagaimana disampaikan oleh Gustav Radbruch dalam *idee des recht* yaitu penegakan hukum harus memenuhi ketiga asas tersebut.¹¹

Gustav Radbruch, menuturkan bahwa ada tiga tujuan hukum, yaitu kemanfaatan, kepastian, dan keadilan. Dalam melaksanakan ketiga tujuan hukum ini harus menggunakan azas prioritas.

Adapun tujuan dasar hukum adalah menciptakan tatanan masyarakat yang tertib, dan seimbang dalam kehidupan bermasyarakat. Dapat dicapainya ketertiban dalam masyarakat diharapkan kepentingan manusia akan terlindungi. Dalam mencapai

¹¹ Tata Wijayanta. *Asas Kepastian Hukum, Keadilan Dan Kemanfaatan Dalam Kaitannya Dengan Putusan Kepailitan Pengadilan Niaga*. Dalam Jurnal Dinamika Hukum Vol. 14 No. 2 Mei 2014 Hlm 219

tujuannya itu hukum bertugas untuk membagi hak dan kewajiban antar perorangan di dalam masyarakat, membagi wewenang, dan mengatur cara memecahkan masalah hukum serta memelihara kepastian hukum.¹²

Soedjono Dirdjosisworo berpendapat bahwa dalam pergaulan hidup manusia, kepentingan-kepentingan manusia bisa senantiasa bertentangan satu dengan yang lain, maka tujuan hukum adalah untuk melindungi kepentingan-kepentingan itu.¹³

b. Middle Theory

1) Teori Kemanfaatan Hukum

Jeremy Bentham berpendapat, bahwa hukum itu tujuannya semata-mata untuk kemanfaatan. Hukum dibuat harus mengandung manfaat bagi masyarakat. Tujuan hukum selain teori utilities, ada juga teori etis dan teori campuran. Dalam teori etis hukum semata dibuat untuk menciptakan keadilan. Sedangkan teori campuran, adalah gabungan dari teori etis dan teori utilities, bahwa hukum dibuat selain harus adil juga harus mengandung manfaat. Dengan demikian menurut teori utilities ini hukum yang benar adalah hukum yang di dalamnya mengandung manfaat bagi

¹² Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, (Yogyakarta: Liberty 2003), hlm. 77

¹³ Soedjono Dirjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta, Raja Grafindo Persada, 1983), hlm. 11

masyarakat, bahkan kebenaran dari hukum itu sendiri diukur dari aspek kemanfataannya.¹⁴

Kemanfaatan dapat diartikan sebagai kebahagiaan (*happiness*). Baik buruknya suatu hukum bergantung pada apakah hukum itu memberikan kebahagiaan atau tidak pada manusia. Hukum yang baik adalah hukum yang dapat memberi manfaat kepada setiap subjek hukum. Hukum sudah dapat dikategorikan baik apabila mampu memberikan kebahagiaan kepada bagian terbesar masyarakat. Masyarakat mengharapkan manfaat dalam pelaksanaan dan penegakan hukum.

Hukum adalah untuk manusia maka pelaksanaan hukum atau penegakan hukum harus memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat. Pelaksanaan dan penegakan hukum harus dapat menghindarkan timbulnya kerusuhan di dalam masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang membawa kemanfaatan bagi manusia. Kemanfaatan disini dapat juga diartikan dengan kebahagiaan. Masyarakat akan mentaati hukum tanpa perlu dipaksa dengan sanksi apabila memang masyarakat merasakan manfaat.¹⁵

c. Applied Theory

1) Teori Keadilan Hukum

Keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi ke dalam dua:

distributief dan keadilan *commutatief*. *Distributief* ialah keadilan

¹⁴ Gusti Muzainah. *Asas-asas kemanfaatan tentang kedudukan perempuan dalam hukum waris adat masyarakat banjar.* (Yogyakarta : Pustaka Akademika, 2016) hlm. 28

¹⁵ Tata Wijayanta, *Op.Cit.* hlm 222

yang memberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya. Sedangkan keadilan commutatif ialah keadilan yang memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membedakan prestasinya.¹⁶

Keadilan hukum menurut L.J Van Apeldoorn artinya peraturan di mana terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang dilindungi, dan setiap orang memperoleh sebanyak mungkin yang menjadi bagiannya. Dalam pengertian lain, menurut Satjipto Rahardjo merumuskan konsep keadilan berarti bisa menciptakan keadilan yang didasarkan pada nilai-nilai keseimbangan atas persamaan hak dan kewajiban. Keadilan tidak boleh dipandang sama arti dengan penyamarataan, keadilan bukan berarti bahwa tiap-tiap orang memperoleh bagian yang sama. Maksudnya keadilan menuntut tiap-tiap perkara harus ditimbang tersendiri, artinya adil bagi seseorang belum tentu adil bagi yang lainnya.

Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya.¹⁷

2) Teori *Maslâhah Mursalah*

¹⁶ Ana Suheri. *Wujud Keadilan Dalam Masyarakat Di Tinjau Dari Perspektif Hukum Nasional*. Dalam Jurnal Morality Juni 2018, Volume 4 Nomor 1. hlm 62

¹⁷ *Ibid*, hlm 64.

Mashlâhah al-Mursalah yaitu kemashlahatan yang keberadaannya tidak didukung *syara'* dan tidak pula dibatalkan atau ditolak *syara'* melalui dalil yang rinci. *Mashlahat* ini dikatakan *mursalah* karena ia terlepas dari dalil yang mengesahkan ataupun membatalkannya. Ia merupakan *mashlâhat al-mutlaq*, yang tidak memiliki kaitan atau gantungan khusus pada teks *syari'at*. Dalam bahasa al-Ghazali, *mashlâhat* seperti ini disebut dengan *Istislâh*, sementara Abdul Wahab Khalaf menamakannya dengan *Munâsib al-mursal*.

'Ali 'Abd Rabbih mendefinisikan *mashlâhah al-mursalah* yaitu gambaran menetapkan suatu hukum berdasarkan mashlahat atau menolak kemafsadatan dari manusia, yang belum jelas dalilnya dari *syar'i*, diterima atau ditolak.¹⁸

Menurut Abdul Wahab Khallaf, *maslâhah al-mursalah* adalah *maslâhah* di mana *syar'i* tidak mensyari'atkan hukum untuk mewujudkan *maslâhah*, juga tidak terdapat dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya.¹⁹

Sedangkan menurut Muhammad Abu Zahra, definisi *maslâhah al-mursalah* adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan *syar'i* (dalam mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya

¹⁸ Misran. *Al-Mashlahah Mursalah*. (Suatu Metodologi Alternatif Dalam Menyelesaikan Persoalan Hukum Kontemporer) Dalam Jurnal, hlm 11.

¹⁹ Abdullah Wahab Khallaf, *Ilmu Ushulul Fiqh*, terj. Noer Iskandar al-Bansany, *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, Cet-8, 2002), hlm. 123.

tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.²⁰

Dengan definisi tentang *maslâhah al-mursalah* di atas yaitu menetapkan hukum dalam hal-hal yang sama sekali tidak disebutkan dalam al-Quran maupun al-Sunnah, dengan pertimbangan untuk kemaslahatan atau kepentingan hidup manusia yang bersendikan pada asas menarik manfaat dan menghindari kerusakan.

G. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Pada dasarnya, penelitian dikelompokkan menjadi beberapa kategori, Pengelompokan tersebut dibagi berdasarkan sifatnya, fokus kajian sudut penerapan, dan bentuknya.²¹ Penelitian berdasarkan fokus kajiannya, dapat dibedakan menjadi penelitian normatif dan penelitian empiris atau socio-legal.²²

Karena penelitian ini menjadikan hukum yang dimuat dalam penetapan pengadilan sebagai pusat kajiannya, maka jenis penelitian ini adalah penelitian hukum normatif.

Penelitian normatif dipahami sebagai penelitian untuk menguji suatu norma atau ketentuan yang berlaku. Juga dapat dikatakan sebagai penelitian yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder. Dikarenakan penelitian ini fokus pada bahan pustaka maka

²⁰ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, terj. Saefullah Ma'shum, et al., *Ushul Fiqih*, (Jakarta: Pustaka Firdaus, Cet. 9, 2005), hlm. 424

²¹ Irwansyah, *Penelitian Hukum, Pilihan Metode dan Praktik Penulisan Artikel*. (Yogyakarta: Mirra Buana Media. 2020) hlm. 35

²² *Ibid*, hlm. 42

seringkali penelitian normatif disebut juga penelitian doktriner atau penelitian perpustakaan.²³

2. Pendekatan Penelitian

Dalam perspektif penelitian hukum, memecahkan suatu isu hukum melalui penelitian hukum memerlukan pendekatan-pendekatan tertentu sebagai dasar pijakan untuk menyusun argumentasi hukum yang tepat, logis, dan akurat. Penelitian hukum di dalamnya terdapat beberapa pendekatan, dan dengan pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari atau dipecahkan permasalahannya. Suatu pendekatan penting dalam mengarahkan penelitian, karena bobot ilmiah suatu kajian banyak tergantung kepada ketepatan memilih pendekatan. Karena pendekatan penelitian adalah rencana konsep dan prosedur untuk sebuah penelitian.²⁴

Ada beberapa pendekatan penelitian yang dapat digunakan dalam penelitian hukum. Dalam penelitian ini, penulis menggunakan dua pendekatan, yaitu pendekatan kasus (*Analytical approach*) dan pendekatan komparatif (*Comparative approach*)

a. Pendekatan Analitis

Pendekatan ini dilakukan jika penelitian ditujukan untuk menelaah makna suatu istilah hukum dan dilihat dalam praktik hukum dan putusan pengadilan. Penelitian ini menelaah pengertian, asas, kaidah, sistem, dan konsep yuridis. Maksud utama analisis

²³ *Ibid*, hlm. 42

²⁴ *Ibid*, hlm. 133

terhadap bahan hukum adalah mengetahui makna yang dikandung oleh istilah-istilah yang digunakan dalam aturan perundang-undangan secara konsepsional, sekaligus mengetahui penerapan dalam praktik dan putusan-putusan hukum. Hal ini dilakukan melalui dua pemeriksaan: pertama, peneliti berusaha memperoleh makna baru yang terkandung dalam aturan hukum yang bersangkutan. Kedua, mengkaji istilah-istilah hukum tersebut dalam praktik melalui analisis terhadap putusan-putusan hukum.²⁵

Dalam penelitian ini penulis menggunakan penetapan perkara perwalian nomor perkara 106/Pdt.P/2020/PA.Bjb dan 133/Pdt.P/2020/PA.Bjb yang ditetapkan oleh majelis hakim Pengadilan Agama Banjarbaru dalam menelaah isi pertimbangan hukum dalam penetapan tersebut.

b. Pendekatan Komparatif

Pendekatan komparatif ini dilakukan dengan membandingkan peraturan hukum ataupun putusan pengadilan di suatu negara dengan peraturan hukum di negara lain, satu negara atau lebih. Pendekatan perbandingan ini merupakan jenis pendekatan yang peneliti mencoba untuk membandingkan baik dengan negara-negara lain maupun dengan peristiwa-peristiwa yang pernah terjadi dalam satu negara.²⁶

Dalam penelitian ini penulis menggunakan 2 penetapan perkara perwalian nomor perkara 106/Pdt.P/2020/PA.Bjb dan

²⁵ *Ibid*, hlm. 152

²⁶ *Ibid*, hlm. 144

133/Pdt.P/2020/PA.Bjb yang ditetapkan oleh majelis hakim Pengadilan Agama Banjarbaru dalam membandingkan isi pertimbangan hukum dalam penetapan tersebut.

3. Bahan Hukum

Bahan hukum adalah segala sesuatu yang dapat dipakai atau diperlukan untuk tujuan menganalisis hukum yang berlaku. Bahan hukum yang dikaji dan dianalisis dalam penelitian hukum normatif terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.²⁷

a. Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas, seperti perundang-undangan, catatan-catatan resmi dan putusan-putusan hakim.²⁸ Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang memiliki kekuatan mengikat.²⁹

Dalam penelitian ini, bahan hukum primernya adalah penetapan perkara perwalian nomor perkara 106/Pdt.P/2020/PA.Bjb dan 133/Pdt.P/2020/PA.Bjb yang ditetapkan oleh majelis hakim Pengadilan Agama Banjarbaru.

b. Bahan Hukum Sekunder

²⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2010), hlm. 13.

²⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Prenadamedia Grup, 2014), hlm. 141

²⁹ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbanim, *Penerapan Teori Hukum pada Penelitian Tesis dan Disertasi* (Jakarta: Rajawali Press, 2016), hlm. 16

Bahan hukum sekunder merupakan semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi.³⁰ Bahan hukum sekunder dapat memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer. Diantara bahan hukum sekunder adalah teori-teori hukum asas-asas hukum yang berkaitan dengan putusan hakim, dokumen-dokumen yang berkaitan dengan penelitian, buku-buku, jurnal ilmiah, dan berita internet.³¹

c. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti misalnya kamus, ensiklopedia dan lain-lain.³²

Dalam penelitian ini penulis menggunakan kamus Besar Bahasa Indonesia, Kamus Hukum, Ensiklopedia dan lain-lain.

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam penelitian hukum normatif, bahan hukum yang dikaji adalah bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Teknik untuk mengumpulkan ketiga bahan hukum tersebut adalah dengan menggunakan studi dokumenter. Studi dokumenter merupakan kajian tentang berbagai dokumen-dokumen, baik yang berkaitan dengan peraturan perundang-undangan maupun dokumen-dokumen yang lain.³³

5. Analisis Bahan Hukum

³⁰ Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit*, hlm. 141

³¹ Mukti Fajar dan Yulianto achmad, *Dualisme Penelitian Hukum Normatif dan Empiris* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), hlm. 157

³² Salim HS dan Erlies Septiana Nurbanim, *Op.cit*, hlm. 16

³³ *Ibid*, hlm. 16

Analisis bahan hukum diartikan sebagai proses mengorganisasikan dan mengurutkan bahan hukum ke dalam pola, katagori, dan satuan uraian dasar sehingga dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti yang disarankan oleh bahan hukum.³⁴ Secara sederhana analisis bahan hukum ini disebut sebagai kegiatan memberi telaah, yang dapat berarti menantang, mengkritik, mendukung, menambah atau memberi komentar dan kemudian membuat suatu kesimpulan terhadap hasil penelitian dengan pikiran sendiri dan bantuan teori yang sudah dikuasainya.³⁵

Dalam penelitian, analisis bahan hukum dikelompokkan menjadi dua macam, yang meliputi, analisis kuantitatif dan analisis kualitatif.³⁶ Dalam penelitian ini yang adalah hukum normatif maka analisis yang digunakan adalah analisis kualitatif. Yaitu dengan cara deskriptik menggambarkan temuan-temuan dalam penelitian.

H.Sistemika Penulisan

Untuk memperoleh gambaran yang terpadu, maka penulis menyusun sistematika pembahasan:

BAB I berisi pendahuluan yang memuat: latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, definisi istilah, penelitian terdahulu, kerangka teori, metode penelitian dan sistemika penulisan.

³⁴ *Ibid*, hlm. 16

³⁵ Mukti Fajar dan Yulianto achmad, *Op.cit*, hlm. 19

³⁶ Salim HS dan Erlies Septiana Nurbanim, *Op.cit*, hlm. 16

BAB II memuat pengertian tentang perwalian dan dasar hukumnya, materi tentang definisi penemuan hukum, metode penemuan hukum oleh hakim, penemuan hukum dalam perspektif hukum Islam dan teori-teori hukum yang berkaitan dengan putusan hakim

BAB III memuat tinjauan tentang putusan peradilan agama meliputi pertimbangan hukum dan asas-asas hukum dimana di dalamnya terdapat pembahasan mengenai putusan pengadilan dan pertimbangan hukum, kebebasan hakim dan kekuasaan kehakiman, dan asas hirarki dalam peraturan perundang-undangan.

BAB IV merupakan analisa terhadap isi pertimbangan hukum dalam putusan majelis hakim yang menetapkan perkara nomor 106/Pdt.P/2020/PA.Bjb dan 133/Pdt.P/2020/PA.Bjb.

BAB V merupakan bab penutup yang memuat kesimpulan dari seluruh pembahasan dan memuat tentang saran-saran yang relevan yang dapat disampaikan kepada pihak terkait.