

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Kekuasaan kehakiman dalam operasionalnya, tidak bisa dipisahkan dari istilah badan peradilan,¹ selain itu ada istilah pengadilan, sehingga ada dua ungkapan yang hampir sama, tetapi mempunyai makna yang berbeda. Peradilan adalah fungsi mengadili atau proses yang ditempuh dalam mencari dan menemukan keadilan, sedangkan istilah pengadilan konotasinya adalah instansi resmi yang merupakan salah satu pelaksana fungsi mengadili tadi, yang dilengkapi oleh aparat resmi yang berprofesi hakim.²

Menurut Cik Hasan Bisri, peradilan adalah kekuasaan negara dalam menerima, memeriksa, mengadili, memutus, dan menyelesaikan perkara untuk menegakkan hukum dan keadilan. Adapun yang dimaksud dengan kekuasaan negara adalah kekuasaan kehakiman yang memiliki kebebasan dari campur tangan pihak kekuasaan negara lainnya. Sedangkan pengadilan adalah penyelenggara peradilan, atau dengan kata lain, pengadilan adalah badan peradilan yang melaksanakan kekuasaan kehakiman untuk menegakkan hukum dan keadilan.³

Di Indonesia secara umum dikenal dua jenis badan peradilan, yaitu Peradilan Umum dan Peradilan Khusus. Peradilan Umum adalah peradilan yang diperuntukkan bagi rakyat pada umumnya, baik menyangkut perkara perdata maupun pidana. Adapun peradilan khusus mengadili perkara bagi golongan

¹ Jaenal Aripin, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2008, hlm. 137.

² Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2011, hlm. 232.

³ *Ibid.*, hlm. 7.

rakyat tertentu.⁴ Mengenai jenis badan peradilan diatur pada Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, disebutkan “Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi”.

Lingkungan peradilan yang dibahas dalam tesis ini adalah lingkungan peradilan umum dan lingkungan peradilan agama. Kewenangan absolut peradilan umum diatur pada Pasal 50 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum⁵, menyatakan “Pengadilan Negeri bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara pidana dan perkara perdata di tingkat pertama.” Jadi pada dasarnya, semua perkara pidana dan perdata menjadi kewenangan peradilan umum (*asas lex generalis*).⁶

Sedangkan kewenangan absolut Peradilan Agama, diatur pada Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang mentukan sebagai berikut:

- (1) Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:
 - a. Perkawinan;
 - b. Kewarisan, wasiat, dan hibah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam;
 - c. Wakaf dan shadaqah.
- (2) Bidang perkawinan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf a, ialah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku.
- (3) Bidang kewarisan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf b, ialah penentuan siapa-siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai

⁴ Muhammad Nasir, *Hukum Acara Perdata*, Jakarta: Djambatan, 2003, hlm. 27.

⁵ Undang-Undang ini telah diubah yang pertama dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2004 dan yang kedua dengan Undang-Undang Nomor 49 Tahun 2009, namun mengenai kewenangan absolut peradilan umum tetap diatur pada Pasal 50 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum.

⁶ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Hukum Perlindungan anak dan Pengangkatan Anak di Indonesia*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2008, hlm. 1.

harta peninggalan, penentuan bagi masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut.

Dari ketentuan dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, dapat diketahui bahwa kekuasaan atau kewenangan Pengadilan Agama terbatas pada perkara-perkara perdata antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:

- 1) Perkawinan yang diatur dalam atau berdasarkan undang-undang perkawinan;
- 2) Kewarisan, wasiat, dan hibah yang dilakukan berdasarkan hukum Islam;
- 3) Wakaf dan shadaqah.⁷

Sebelum diundangkan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, putusan peradilan agama harus dikuatkan dan dieksekusi oleh peradilan umum. Sehingga ada anggapan bahwa peradilan agama masih dikategorikan sebagai peradilan semu (quasi peradilan), dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang memuat kewenangan absolut peradilan agama, maka peradilan agama tidak lagi merupakan peradilan khusus dibandingkan peradilan peradilan umum, melainkan suatu lingkungan peradilan tersendiri seperti halnya peradilan umum.

Pada tahun 2006 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama mengalami perubahan dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang menandai lahirnya paradigma baru peradilan agama.

⁷ Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perorangan dan Kekeluargaan di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2006, hlm. 433.

Paradigma baru tersebut antara lain menyangkut yurisdiksinya, sebagaimana ditegaskan bahwa; “Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai ‘perkara tertentu’ sebagaimana dimaksud dalam undang-undang ini”. Kata-kata “perkara tertentu” merupakan hasil perubahan terhadap kata “perkara perdata tertentu” sebagaimana disebutkan dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989.⁸ Atas dasar ini, maka Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 diubah oleh Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006, sehingga bunyinya menjadi “Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: a. perkawinan; b. waris; c. wasiat; e. hibah; f. wakaf; g. zakat; h. infaq; j. shadaqah; dan k. ekonomi syari'ah.

Perluasan kewenangan peradilan agama pada Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tidak hanya sampai di situ, bahkan untuk sengketa hak milik yang berkaitan dengan sengketa-sengketa pada Pasal 49, sebelumnya terlebih dahulu diselesaikan di peradilan umum, setelah itu peradilan agama baru dapat menyelesaikan perkara-perkara yang ditentukan Pasal 49, namun sekarang penyelesaian sengketa hak milik yang berkaitan dengan Pasal 49 antara orang-orang yang beragama Islam menjadi wewenang peradilan agama sepenuhnya, sebagaimana bunyi Pasal 50 ayat (2) sebagai berikut “Apabila terjadi sengketa hak milik sebagaimana dimaksud pada ayat (1) yang subjek hukumnya antara orang-orang yang beragama Islam, objek sengketa tersebut diputus oleh

⁸ Syamsuhadi Irsyad, “Eksistensi Peradilan Agama Pasca Lahirnya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006”, *Kumpulan Makalah Ekonomi Syariah*, Jakarta: Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama MA-RI, 2007, hlm. 87.

pengadilan agama bersama-sama perkara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49”.

Ketentuan Pasal 2, Pasal 49 dan Pasal 50 ayat (2) Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 menegaskan bahwa peradilan agama menyelesaikan perkara-perkara antara orang-orang yang beragama Islam. Dalam hukum perkataan “orang” atau “*persoon*” berarti pembawa hak, yaitu segala sesuatu yang mempunyai hak dan kewajiban dan disebut subyek hukum yang terdiri dari manusia (*naturlijke persoon*) dan badan hukum (*rechtspersoon*)⁹. Mengenai pengertian orang-orang yang beragama Islam, juga telah dijabarkan pada penjelasan Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 sebagai berikut “Yang dimaksud dengan “antara orang-orang yang beragama Islam” adalah termasuk orang atau badan hukum yang dengan sendirinya menundukkan diri dengan sukarela kepada hukum Islam mengenai hal-hal yang menjadi kewenangan Peradilan Agama sesuai dengan ketentuan Pasal ini”.

Dalam persepektif *common sense*, peradilan agama selama ini dianggap sebagai peradilan Islam terutama dalam menyelesaikan perkara keluarga berdasarkan hukum keluarga berdasarkan asas personalitas keislaman, yakni mengikat antara orang-orang yang beragama Islam. Asas ini menjadi termodifikasi dengan secara objektif terfokus pada orang-orang yang melakukan kegiatan atau mengikatkan diri dalam perikatan berdasarkan nilai-nilai syariat Islam. Pergeseran dari *person* kepada perilaku tampaknya bisa dijawab dengan asumsi bahwa setiap orang yang melakukan tindakan atau akad ekonomi syariah, maka ia telah menundukkan diri secara sukarela kepada

⁹ C.S.T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1989, hlm. 215.

ketentuan syariah. Dengan demikian, asas penundukan diri dan asas personalitas keislaman saling melengkapi.¹⁰

Dengan asas personalitas keislaman, maka pola pengaturan kewenangan peradilan agama tidak bisa ditundukkan oleh lembaga lain di luar peradilan agama. Selain itu telah menunjukkan perkara-perkara yang menjadi kewenangan peradilan agama tidak ada lagi pilihan hukum dan telah jelas bagi yang beragama Islam di pengadilan agama dan non Islam di pengadilan negeri, sehingga tidak lagi melihat mau tunduk terhadap hukum yang mana.¹¹

Perkara perdata yang telah secara khusus dinyatakan oleh undang-undang sebagai kewenangan peradilan lain, selain peradilan umum, maka perkara perdata tersebut telah berada di luar yurisdiksi kewenangan peradilan umum. Apa yang telah dinyatakan oleh undang-undang sebagai kewenangan peradilan lain, bukan termasuk wewenangan peradilan umum.¹² Selain itu pengertian perkara perdata meliputi baik perkara yang mengandung sengketa (*contentius*) maupun yang tidak mengandung sengketa (*voluntair*). Pada dasarnya dalam mengajukan tuntutan dalam perkara perdata berlaku asas *point d'interet*, *point d'action*, tidak ada kepentingan, tidak ada tuntutan, yang berarti bahwa asas ada kepentingan (hukum) maka seseorang dapat mengajukan tuntutan hak, baik yang merupakan tuntutan yang mengandung sengketa

¹⁰ Hasbi Hasan, *Kompetensi Peradilan Agama dalam Penyelesaian Perkara Ekonomi Syariah*, Jakarta: Gramata Publishing, 2010, hlm. 180.

¹¹ Hosianna M. Sidabalok, "Sengketa Kewenangan Mengadili Pengadilan Agama Limboto dan Pengadilan Negeri Limboto", *Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXXI No. 362*, Jakarta: Ikatan Hakim Indonesia (IKAHI), 2016, hlm. 150.

¹² Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Op.Cit.*, hlm. 7.

maupun tuntutan yang tidak mengandung sengketa yang merupakan permohonan (*request*).¹³

Salah satu bagian dari hukum perdata adalah hukum keluarga. Istilah hukum keluarga berasal dari terjemahan *familierecht* (Belanda) atau *law of familie* (Inggris). Dalam konsep Ali Afandi, hukum keluarga diartikan sebagai keseluruhan ketentuan yang mengenai hubungan hukum yang bersangkutan dengan kekeluargaan sedarah, dan kekeluargaan karena perkawinan (perkawinan, kekuasaan orang tua, perwalian, pengampuhan, keadaan tak hadir).¹⁴

Hukum keluarga pada dasarnya merupakan keseluruhan kaidah hukum baik tertulis maupun tidak tertulis yang mengatur hubungan hukum yang timbul dari ikatan keluarga yang meliputi:

1. Peraturan perkawinan dengan segala hal yang lahir dari perkawinan;
2. Peraturan perceraian;
3. Peraturan kekuasaan orang tua;
4. Peraturan kedudukan anak;
5. Peraturan pengampuhan (*curatele*); dan
6. Peraturan perwalian (*voogdij*).¹⁵

Dengan mencermati definis hukum keluarga di atas maka undang-undang yang memuat semua bagian-bagian dari hukum keluarga dapat ditemukan pada Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan,

¹³ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 2006, hlm. 82-83.

¹⁴ Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian*, Jakarta: PT. Rineka Cipta, 2000, hlm. 93.

¹⁵ Titik Triwulan Tutik, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: Kencana, 2010, hlm. 74-75.

karena undang-undang perkawinan tersebut memuat tentang perkawinan dengan segala hal yang lahir dari perkawinan, perceraian, kekuasaan orang tua, kedudukan anak, pengampuan dan perwalian. Jika ada perkara yang mengandung sengketa (*contentius*) maupun yang tidak mengandung sengketa (*voluntair*) yang materi perkaranya berkaitan dengan undang-undang perkawinan, maka perkara tersebut diajukan ke pengadilan agama bagi orang yang beragama Islam dan ke pengadilan negeri bagi yang lainnya.

Adanya rincian kewenangan absolut peradilan agama yang mencakup perkara tertentu dan golongan rakyat tertentu, adalah untuk menghindari ketidakpastian batas kewenangan masing-masing antara lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama yang menyangkut perkara-perkara sengketa perkawinan. Selain itu rincian ini sekaligus dapat memudahkan para hakim untuk menguji apakah perkara perkawinan yang diajukan kepadanya masih termasuk dalam batas-batas kewenangannya atau tidak.

Meskipun undang-undang telah secara rinci mengatur kriteria perkara apa saja yang menjadi kewenangan absolut peradilan agama, namun dalam praktik masih ada saja timbul masalah yang berkenaan dengan kewenangan absolut peradilan umum dan peradilan agama. Seperti yang terjadi di Kota Semarang. Pada tahun 2012 Pengadilan Agama Semarang mengeluarkan Penetapan Nomor 0149/Pdt.P/2012/PA.Smg atas permohonan hak asuh anak, yang diajukan oleh seorang ayah terhadap anak kandungnya. Pada tahun 2013 Pengadilan Negeri Semarang mengeluarkan Penetapan Nomor 114/Pdt/P/2013/PN.Smg atas permohonan perwalian, yang diajukan oleh seorang nenek terhadap cucunya. Anak dan cucu tersebut adalah orang yang

sama, jadi ada dua penetapan yang dikeluarkan oleh dua Pengadilan dari dua lingkungan peradilan yaitu Pengadilan Agama Semarang dan Pengadilan Negeri Semarang terhadap objek permohonan yang sama yaitu seorang anak. Dengan uraian di atas, menjadi sangat menarik bagi penulis untuk menulis tesis dengan judul: Analisis Yuridis Dua Penetapan dari Dua Lingkungan Peradilan dengan Objek Permohonan yang Sama (Studi Kasus Penetapan Nomor 0149/Pdt.P/2012/PA.Smg. tentang Hak Asuh Anak dan Penetapan Nomor 114/Pdt/P/2013/PN.Smg. tentang Perwalian).

B. Perumusan Masalah

Sehubungan dengan latar belakang masalah sebagaimana telah diuraikan di atas, maka untuk lebih memfokuskan penulisan tesis ini, penulis merumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Apa saja faktor penyebab terjadi dua penetapan dari dua lingkungan peradilan dengan objek permohonan yang sama dikaitkan dengan asas personalitas keislaman dan kewenangan absolut pengadilan agama?
2. Bagaimana pertimbangan hakim Pengadilan Agama Semarang dalam menetapkan hak asuh anak pada Penetapan Nomor 0149/Pdt.P/2012/PA.Smg dan pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Semarang dalam menetapkan perwalian pada Penetapan Nomor 114/Pdt/P/2013/PN.Smg?

C. Tujuan Penelitian

Sebagaimana perumusan masalah yang telah penulis kemukan di atas, maka tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk mengetahui faktor penyebab terjadi dua penetapan dari dua lingkungan peradilan dengan objek permohonan yang sama dikaitkan dengan asas personalitas keislaman dan kewenangan absolut pengadilan agama.
2. Untuk mengetahui pertimbangan hakim Pengadilan Agama Semarang dalam menetapkan hak asuh anak pada Penetapan Nomor 0149/Pdt.P/2012/PA.Smg. dan pertimbangan hakim Pengadilan Negeri Semarang dalam menetapkan perwalian pada Penetapan Nomor 114/Pdt/P/2013/PN.Smg.

D. Manfaat Penelitian

Adapun hasil dari penelitian ini diharapkan dapat bermanfaat sebagai berikut:

1. Manfaat teoritis

- a. Melatih kemampuan untuk melakukan penelitian secara ilmiah dan merumuskan hasil-hasil penelitian tersebut dalam bentuk tulisan.
- b. Memperkaya wawasan ilmu pengetahuan hukum terutama dibidang hukum perdata khususnya hukum keluarga maupun hukum acara perdata.

2. Manfaat praktis

- a. Merupakan sumbangan pemikiran bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum perdata khususnya tentang permohonan atau gugatan hak asuh anak dan perwalian anak.
- b. Bagi para praktisi hukum, pembentuk undang-undang dan tidak terkecuali para hakim, diharapkan dapat memberikan masukan dalam

melaksanakan tugas sehingga masing-masing agar memperoleh hasil yang maksimal.

E. Kerangka Teoritis dan Konseptual

1. Kerangka teoritis

Landasan teoritis berupa teori yang diterapkan dalam analisis permasalahan tesis ini, yaitu teori kepastian hukum dan teori kewenangan.

Syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh sebuah teori adalah:

- a. Logis dan konsisten, yaitu dapat diterima oleh akal yang sehat dan tidak adanya hal-hal yang saling bertentangan dalam kerangka pemikiran itu.
- b. Teori terdiri dari pernyataan-pernyataan yang mempunyai interrelasi yang serasi mengenai gejala tertentu.
- c. Pernyataan di dalam sebuah teori mencakup semua unsur-unsur dari gejala yang termasuk ruang lingkupnya.
- d. Tidak boleh terjadi duplikasi dalam pernyataan-pernyataan itu.
- e. Teori harus dapat diuji kebenarannya secara empiris.¹⁶

Dalam tesis ini menggunakan dua teori yaitu teori kepastian hukum dan teori kewenangan.

a. Teori kepastian hukum

Teori kepastian hukum oleh Gustav Radbruch menyatakan bahwa "sesuatu yang dibuat pasti memiliki cita atau tujuan"¹⁷. Jadi, hukum dibuat pun ada tujuannya, tujuannya ini merupakan suatu nilai yang ingin diwujudkan manusia, tujuan hukum yang utama ada tiga, yaitu: keadilan

¹⁶ Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1990, hlm. 41-42.

¹⁷ Gustav Radbruch dalam Muhamad Erwin, *Filsafat Hukum: Refleksi kritis terhadap hukum*, Jakarta: PT. Raja Garfindo Persada, 2011, hlm. 123.

untuk keseimbangan, kepastian untuk ketetapan, kemanfaatan untuk kebahagiaan.

Pemikiran para pakar hukum, bahwa wujud kepastian hukum pada umumnya berupa peraturan tertulis yang dibuat oleh suatu badan yang mempunyai otoritas. Kepastian hukum sendiri merupakan salah satu asas dalam tata pemerintahan yang baik, dengan adanya suatu kepastian hukum maka dengan sendirinya warga masyarakat akan mendapatkan perlindungan hukum.

Suatu kepastian hukum mengharuskan terciptanya suatu peraturan umum atau kaidah umum yang berlaku secara umum, serta mengakibatkan bahwa tugas hukum umum untuk mencapai kepastian hukum (demi adanya ketertiban dan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia). Hal ini dilakukan agar terciptanya suasana yang aman dan tentram dalam masyarakat luas dan ditegakkannya serta dilaksanakan dengan tegas.¹⁸

b. Teori kewenangan

Dalam literatur ilmu politik, ilmu pemerintahan, dan ilmu hukum sering ditemukan istilah kekuasaan, kewenangan, dan wewenang. Kekuasaan sering disamakan begitu saja dengan kewenangan, dan kekuasaan sering dipertukarkan dengan istilah kewenangan, demikian pula sebaliknya. Bahkan kewenangan sering disamakan juga dengan wewenang. Kekuasaan biasanya berbentuk hubungan dalam arti bahwa

¹⁸ Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, Bandung: Bina Cipta, 1983, hlm. 15.

“ada satu pihak yang memerintah dan pihak lain yang diperintah” (*the rule and the ruled*).¹⁹

Berdasarkan pengertian tersebut di atas, dapat terjadi kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum. Kekuasaan yang tidak berkaitan dengan hukum oleh Henc van Maarseven disebut sebagai “*blote match*”²⁰, sedangkan kekuasaan yang berkaitan dengan hukum oleh Max Weber disebut sebagai wewenang rasional atau legal, yakni wewenang yang berdasarkan suatu sistem hukum ini dipahami sebagai suatu kaidah-kaidah yang telah diakui serta dipatuhi oleh masyarakat dan bahkan yang diperkuat oleh Negara²¹.

Dalam hukum publik, wewenang berkaitan dengan kekuasaan²². Kekuasaan memiliki makna yang sama dengan wewenang karena kekuasaan yang dimiliki oleh Eksekutif, Legislatif dan Yudikatif adalah kekuasaan formal. Kekuasaan merupakan unsur esensial dari suatu Negara dalam proses penyelenggaraan pemerintahan di samping unsur-unsur lainnya, yaitu: a) hukum; b) kewenangan (wewenang); c) keadilan; d) kejujuran; e) kebijakbestarian; dan f) kebajikan.²³

¹⁹ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1998, hlm. 35-36.

²⁰ Henc van Maarseven dalam Suwoto Mulyosudarmo, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia, Suatu Penelitian Segi-Segi Teoritik dan Yuridis Pertanggungjawaban Kekuasaan*, Surabaya: Universitas Airlangga, 1990, hlm. 30.

²¹ A. Gunawan Setiardja, *Dialektika Hukum dan Moral dalam Pembangunan Masyarakat Indonesia*, Yogyakarta: Kanisius, 1990, hlm. 52.

²² Philipus M. Hadjon, *Tentang Wewenang*, Makalah, Universitas Airlangga, Surabaya, tanpa tahun, hlm. 1, dalam <http://sonny-tobelo.blogspot.co.id/2011/01/teori-kewenangan.html>.

²³ Rusadi Kantaprawira, *Hukum dan Kekuasaan*, Makalah, Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia, 1998, hlm. 37-38, dalam <http://sonny-tobelo.blogspot.co.id/2011/01/teori-kewenangan.html>.

Ada perbedaan antara kewenangan (*authority, gezag*) dengan wewenang (*competence, bevoegheid*). Kewenangan adalah apa yang disebut kekuasaan formal, kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang, sedangkan wewenang hanya mengenai suatu “*onderdeel*” (bagian) tertentu saja dari kewenangan. Di dalam kewenangan terdapat wewenang-wewenang (*rechtsbevoegdheden*). Wewenang merupakan lingkup tindakan hukum publik, lingkup wewenang pemerintahan, tidak hanya meliputi wewenang membuat keputusan pemerintah (*bestuur*), tetapi meliputi wewenang dalam rangka pelaksanaan tugas, dan memberikan wewenang serta distribusi wewenang utamanya ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan.²⁴

2. Kerangka konseptual

Agar penelitian ini lebih terarah, maka penulis merasa perlu memberikan batasan terhadap penelitian ini, sehingga penulis akan lebih terarah dalam meneliti dan yang membaca hasil penelitian ini akan lebih mudah memahami batasan-batasan dari tesis ini. Sehingga kata-kata yang menjadi bagian dari kerangka konseptual adalah sebagai berikut:

a. Penetapan

Penetapan disebut *al-isbat* (Arab) atau *beschiking* (Belanda). Yaitu produk pengadilan dalam arti bukan peradilan yang sesungguhnya, yang diistilahkan *jurisdictio voluntaria*.²⁵ Disebut peradilan yang tidak sesungguhnya karena di sana hanya ada permohonan yang memohon

²⁴ Ateng Syafrudin, “Menuju Penyelenggaraan Pemerintahan Negara yang Bersih dan Bertanggung Jawab”, *Jurnal Pro Justisia Edisi IV*, Bandung: Universitas Parahyangan, 2000, hlm. 22.

²⁵ H. Roihan A. Rasyid, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006, hlm. 214.

untuk ditetapkan sesuatu, sedangkan ia tidak berperkara dengan lawan. Penetapan ini muncul sebagai produk pengadilan atas permohonan pemohon yang tidak berlawanan, maka diktum penetapan tidak akan pernah berbunyi “menghukum”, melainkan hanya bersifat menyatakan (*declaratoire*) atau menciptakan (*constitutive*). Apabila dilihat dari sisi kemurnian bentuk *voluntaria* dari suatu penetapan, maka penetapan ini dapat kita bagi menjadi dua macam, yaitu:

1) Penetapan murni dalam bentuk *voluntair*;

Sebagaimana telah dijelaskan bahwa penetapan merupakan hasil dari perkara permohonan (*voluntair*) yang bersifat tidak berlawanan dari para pihak. Inilah yang dimaksud dengan perkara murni *voluntair*. Secara singkat cirinya adalah:

- a) Merupakan gugat secara “sepihak” atau pihaknya hanya berdiri dari pemohon.
- b) Tidak ditujukan untuk menyelesaikan suatu persengketaan. Tujuannya hanya untuk menetapkan suatu keadaan atau status tertentu bagi diri pemohon.
- c) Petitum dan amar permohonan bersifat “*deklatoir*”

2) Penetapan bukan dalam bentuk *voluntair*;

Selain penetapan dalam bentuk murni *voluntair*, di lingkungan Peradilan ada beberapa jenis perkara di bidang perkawinan yang produk Pengadilan berupa penetapan, tapi bukan merupakan *voluntair* murni. Meskipun di dalam produk penetapan tersebut ada pihak pemohon dan termohon, tetapi para pihak tersebut harus dianggap

sebagai penggugat dan tergugat, sehingga penetapan ini harus dianggap sebagai putusan.²⁶

b. Lingkungan peradilan

Badan peradilan di bawah Mahkamah Agung dalam lingkungan peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, peradilan tata usaha negara, serta pengadilan khusus yang berada dalam lingkungan peradilan tersebut.²⁷

Dalam tesis ini maksud dari lingkungan peradilan adalah pengadilan agama dalam lingkungan peradilan agama dan pengadilan negeri dalam lingkungan peradilan umum.

c. Objek permohonan

Objek artinya hal, perkara, atau orang yang menjadi pokok pembicaraan²⁸, sedangkan permohonan adalah suatu permohonan yang diajukan ke pengadilan, yang di dalamnya berisi tuntutan hak perdata oleh pihak yang berkepentingan dan tidak mengandung sengketa. Jadi objek permohonan disini adalah suatu hal atau perkara atau orang yang menjadi pokok tuntutan hak perdata oleh pihak yang berkepentingan, dalam bahasan tesis ini yang menjadi objek permohonan adalah anak.

d. Hak asuh anak

Hak asuh terdiri dari tiga suku kata, yang pertama “hak” artinya kekuasaan, kewenangan yang diberikan oleh hukum kepada subjek hukum; tuntutan syah agar orang lain bersikap dengan cara tertentu;

²⁶ Gemala Dewi, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama di Indonesia*, Jakarta: Kencana, 2005, hlm. 164.

²⁷ M. Marwan dan Jimmy P, *Kamus Hukum*, Surabaya: Reality Publisher, 2009, hlm. 412.

²⁸ <http://kbbi.web.id/objek>, diakses pada 03 Maret 2016.

kebebasan untuk melakukan sesuatu menurut hukum.²⁹ Kata yang kedua “asuh”, kata asuh dalam perkara ini adalah padanan dari kata *hadanah* dalam bahasa Arab. *Hadanah* sendiri artinya merawat dan mendidik seseorang yang belum *mumayyiz* atau yang kehilangan kecerdasannya, karena mereka tidak bisa memenuhi kebutuhannya sendiri.³⁰ Kata yang ketiga “anak”, maksud kata anak dari judul tesis ini adalah anak yang masih di bawah kekuasaan orang tuanya atau anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan, sebagaimana ketentuan Pasal 47 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974. Jadi hak asuh anak dalam tesis ini adalah kewenangan yang diberikan oleh hukum kepada pemegang hak asuh anak untuk merawat dan mendidik anak yang belum mencapai umur 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah melangsungkan perkawinan.

e. Perwalian

Istilah perwalian berasal dari bahasa Arab derivatif dari kata dasar, *waliya*, *wilayah* atau *walayah*. Kata *wilayah* atau *walayah* mempunyai makna etimologis lebih dari satu, di antaranya dengan makna, pertolongan, cinta (*mahabbah*), kekuasaan atau kemampuan (*al-sulthah*) yang artinya kepemimpinan seseorang terhadap sesuatu. Berdasarkan pengertian etimologis tersebut, maka dapat dipahami bahwa perwalian adalah suatu bentuk perlindungan dengan otoritas penuh atas dasar tanggung jawab dan cinta kasih, untuk memberikan pertolongan

²⁹ M. Marwan dan Jimmy P, *Op.Cit.*, hlm. 230.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 229.

atas ketidakmampuan seseorang dalam melakukan perbuatan-perbuatan hukum, baik yang berhubungan dengan harta maupun dengan dirinya.

Dalam literatur-literatur fikih klasik dan kontemporer, kata *al-wilayah* digunakan sebagai wewenang seseorang untuk mengelola harta dan mengayomi seseorang yang belum cakap bertindak hukum. Dari kata inilah muncul istilah wali bagi anak yatim, dan orang yang belum cakap bertindak hukum.³¹

Mengenai perwalian, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan memiliki bab tersendiri dalam mengaturnya, yaitu pada Bab XI, dari Pasal 50 sampai dengan Pasal 54.

F. Metode Penelitian

Penelitian pada dasarnya merupakan tahapan untuk mencari kembali sebuah kebenaran. Sehingga dapat menjawab pertanyaan-pertanyaan yang muncul tentang suatu objek penelitian.³² Dan untuk tercapainya tujuan dan manfaat penulisan sebagaimana yang telah ditetapkan maka diperlukan suatu metode yang berfungsi sebagai pedoman dalam melaksanakan penulisan, yang terdiri dari:

1. Pendekatan dan Sifat Penelitian

Penelitian ini menggunakan pendekatan hukum yuridis normatif yang menekan kepada materi hukum. Penelitian yuridis normatif adalah penelitian yang mengacu pada norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dan putusan/penetapan pengadilan.³³ Dengan

³¹ Ahmad Kamil dan Fauzan, *Op.Cit.*, hlm. 175-176.

³² Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2001, hlm. 29.

³³ Zainuddin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Sinar Grafika, 2011, hlm. 105.

pendekatan tersebut, peneliti akan mendapatkan informasi dari berbagai aspek mengenai isu yang sedang dicoba untuk dicari jawabnya.³⁴ Penelitian yang mengkaji ketentuan-ketentuan hukum positif maupun asas-asas hukum.

Sedangkan sifat dari penelitian yang dilakukan adalah deskriptif yaitu menggambarkan suatu kondisi atau keadaan yang sedang terjadi dan berlangsung dan tujuannya agar dapat memberikan data seteliti mungkin mengenai objek yang diteliti.³⁵ Sehingga mampu menggali hal-hal yang bersifat ideal, kemudian dianalisis berdasarkan teori hukum atau perundang-undangan yang berlaku.

2. Teknik Dokumentasi Bahan Hukum

Untuk mempermudah penulis dalam mendokumentasi bahan hukum, maka dalam melakukan penelitian ini, maka bahan hukum yang digunakan dikelompokkan ke dalam tiga kelompok:

a. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, antara lain terdiri dari:

- 1) Norma (dasar) atau kaidah dasar, yaitu Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945;
- 2) Peraturan Dasar;
- 3) Peraturan Perundang-undangan;
- 4) Bahan hukum yang tidak dikodifikasi, seperti hukum adat;
- 5) Yurisprudensi;
- 6) Traktat;

³⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, 2011, hlm. 93.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 223.

- 7) Bahan hukum dari zaman penjajahan yang hingga kini masih berlaku;
- b. Bahan hukum sekunder, yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum dan seterusnya.
- c. Bahan hukum tersier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder; contohnya adalah kamus, esiklopedia, indeks kumulatif dan seterusnya.³⁶

3. Alat Pengumpulan Bahan Hukum

Dalam melakukan penelitian ini, penulis mengumpulkan data dengan cara melakukan studi kepustakaan yaitu melakukan penelitian terhadap dokumen-dokumen yang merupakan bahan hukum primer, melanjutkannya dengan melakukan penelitian terhadap bahan hukum sekunder.

4. Pengolahan dan Analisis Bahan Hukum

Berdasarkan bahan hukum yang dikumpulkan maka penulis akan melakukan analisis secara kualitatif, yaitu dengan cara menafsirkan gejala yang terjadi. Analisis data yang dilakukan dengan cara mengumpulkan semua bahan yang diperlukan yang merupakan bukan angka-angka dan kemudian menghubungkannya dengan permasalahan yang ada.³⁷

³⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2006, hlm. 13.

³⁷ Burhan Ashofa, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: PT. Rineka Cipta, 2004, hlm. 20.