

# **BAB I**

## **PENDAHULUAN**

### **1.1 Latar Belakang Masalah**

Islam telah mengatur setiap aspek kehidupan manusia baik yang menyangkut segala sesuatu yang langsung berhubungan dengan Allah SWT maupun terhadap sesama umat manusia. Salah satu aturan Allah yang berhubungan dengan manusia adalah kewarisan.

Dalam kehidupan bermasyarakat, kewarisan merupakan bagian dari hukum kekeluargaan yang memegang peranan penting, bahkan menentukan sistem atau bentuk hukum yang berlaku di masyarakat,<sup>1</sup> dan berhubungan dengan aturan kehidupan manusia baik sebagai makhluk individu maupun bermasyarakat. Islam membimbing manusia menuju kesejahteraan dan keselamatan hidup dunia dan akhirat, semua ketentuan-ketentuan yang ada di dalam Islam merupakan pedoman untuk mengatur hubungan antara manusia dengan Allah SWT, hubungan manusia dengan manusia dan manusia dengan lingkungannya.

Untuk mengatur semua itu Islam telah meletakkan ketentuan-ketentuan hukum yang mengharuskan manusia mengikutinya, hukum-hukum tersebut ada yang dirumuskan secara rinci dan ada yang dimuat secara garis besarnya saja, perumusannya lebih lanjut diserahkan kepada pemimpin/pemuka agama dan hakim atau *qadli* agar melakukan ijtihad untuk selalu menggali hukum-hukum yang tersirat dalam *al-Qur'an* dan *Hadits*. Baik hukum yang diturunkan oleh

---

<sup>1</sup> Hazairin, 1974. *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut Al-Qur'an dan Hadits*, Jakarta: Tinta Mas, hlm. 9.

Allah secara rinci, maupun hukum yang dihasilkan melalui ijtihad, semuanya bertujuan untuk menjamin keselamatan hidup manusia.

Adapun terminologi hukum Islam merupakan terjemahan dari kata *al-fiqh* al-Islam yang dalam literatur barat disebut dengan istilah *the Islamic Law* atau dalam batas-batas yang lebih longgar dikenal dengan istilah *the Islamicjurisprudence* yang pertama lebih mengacu pada syari'ah dan fikih. Secara sosiologis, menurut Satjipto Rahardjo perubahan sosial merupakan ciri yang melekat dalam masyarakat. Hal ini disebabkan karena masyarakat itu mengalami suatu perkembangan.<sup>2</sup>

Oleh karena itu perkembangan tersebut perlu direspon juga oleh hukum Islam, yang pada gilirannya hukum Islam diharapkan mempunyai kemampuan sebagai fungsi *social engineering* sebagai *social control* yang berfungsi untuk membentuk perilaku sosial. Hukum Islam sebagai produk kerja intelektual, perlu dipahami tidak sebatas pada fikih. Persepsi yang tidak proporsional dalam memandang eksistensi sering melahirkan persepsi yang keliru dalam memandang perkembangan atau perubahan yang terjadi dalam hukum Islam.

Selain fikih, setidaknya ada tiga produk pemikiran hukum dalam hukum Islam yaitu, fatwa, keputusan pengadilan, dan perundang-undangan.<sup>3</sup> Dengan demikian maka pemahaman yang tidak proporsional dalam memahami hukum Islam maka kesan yang akan diperoleh adalah bahwa hukum Islam mengalami stagnasi dan tidak dapat untuk menjawab tantangan perubahan zaman

---

<sup>2</sup> Artijo Alkostar dan M Sholeh Amin, 1986. *Pembangunan Hukum dalam perspektif politik Hukum Nasional*, Jakarta: Rajawali Pers, hlm. 35.

<sup>3</sup> M Atho' Mudzhar, 1991. "*Fiqh dan reaktualisasi Ajaran Islam* " Makalah serie KKA 50 TH V/1991, Jakarta: Yayasan Wakaf paramadina, hlm. 1-2.

yang berkembang semakin pesat.

Gerakan pembaharuan hukum Islam dapat diartikan sebagai upaya baik yang bersifat individual maupun secara kelompok pada kurun dan situasi tertentu, untuk mengadakan perubahan dalam persepsi dan praktek yang telah mapan kepada pemahaman yang baru. Pembaharuan yang bertitik tolak dari asumsi atau pandangan yang jelas dipengaruhi oleh situasi dan lingkungan sosial, bahwa hukum Islam sebagai realitas dan lingkungan tertentu tersebut tidak sesuai bahkan menyimpang dengan Islam yang sebenarnya.<sup>4</sup> Berbeda dengan Harun Nasution yang lebih menekankan bahwa pembaharuan hukum Islam diperlukan untuk menyesuaikan pemahaman keagamaan dengan perkembangan baru yang ditimbulkan oleh perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi moderen<sup>5</sup>. Dalam konteks ini, ilmu pengetahuan dan teknologi akan mempengaruhi pola pikir dan perubahan nilai, sistem hukum termasuk hukum Islam.

Hukum Islam sebagai salah satu pranata sosial memiliki dua fungsi, fungsi pertama sebagai kontrol sosial yaitu hukum Islam diletakkan sebagai hukum Tuhan, yang sekaligus juga sebagai *socialengineering* terhadap keberadaan suatu komunitas Masyarakat. Sedang control yang kedua adalah sebagai nilai dalam proses perubahan sosial yaitu hukum lebih merupakan produk sejarah yang dalam batas-batas tertentu diletakkan sebagai justifikasi terhadap tuntutan perubahan sosial, budaya, dan politik.<sup>6</sup> Sehingga dalam konteks ini hukum

---

<sup>4</sup> Azyumardi Azra, *Akar-akar Historis Pembaharuan Islam di Indonesia Neo Sufisme Abad Ke11-12 dalam Tasawuf*, Jakarta: Yayasan Wakaf Paramadina, hlm. 179.

<sup>5</sup> Harun Nasution, 1986. *Pembaharuan dalam Islam Sejarah Pemikiran dan Gerakan*, Cet ke-4, Jakarta: Bintang, hlm. 11-12.

<sup>6</sup> Ahmad Rofiq, 2001. *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, hlm. 98.

Islam dituntut untuk akomodatif terhadap persoalan umat tanpa harus kehilangan prinsip-prinsip dasarnya.

Dinamika hukum Islam terbentuk oleh interaksi antara wahyu dengan rasio. Kombinasi dua paradigma di ataslah yang mendorong berkembangnya tradisi ijtihad. Dalam sejarah perkembangan hukum Islam terdapat dua aliran yang besar diantara para pendiri madzhab. Madzhab pertama adalah yang dikenal dengan *ar-Ra'yu* ( yaitu madzhab yang mengedepankan rasio sebagai panglima dalam memahami al-Qur'an), sedangkan madzhab yang kedua adalah *al-Hadits* yaitu (mereka yang mengedepankan Hadis Dalam Memahami al-Qur'an) yaitu kelompok yang mempertahankan idealitas wahyu tanpa adanya pemikiran rasional.<sup>7</sup> Pemahaman yang tidak proporsional dalam memandang hukum Islam tersebut misalnya yang dipahami hanya fikih saja, maka adalah hukum Islam dianggap mengalami stagnasi atau jumud dan tidak memiliki kesanggupan untuk menjawab tantangan zaman.

Begitu juga dalam mensikapi perkembangan zaman kelompok Madzhab *al-Hadits* cenderung mempertahankan idealitas wahyu tanpa memberikan ruang bagi pemikiran lain. Artinya apa yang tersurat dalam kalam wahyu Illahi adalah sakral dan final serta tidak dapat dirubah disebabkan karena apapun dan dalam kondisi yang bagaimanapun. Madzhab ini masih dianut untuk sebagian besar oleh umat Islam di Indonesia. Sehingga dalam melihat fikih pun masih diidentikkan dengan hukum Islam, sedang hukum Islam identik dengan hukum Allah. Sehingga konsekuensinya hukum fikih dipandang sebagai aturan yang paling benar.

---

<sup>7</sup> Qurtubi Al-Sumanto, 1999. *Era baru Fiqih Indonesia*, Yogyakarta: Cermin, hlm. 5.

Dengan demikian kitab-kitab fikih tersebut bukan hanya disebut sebagai produk keagamaan, tetapi sebagai buku agama itu sendiri. Sehingga fikih dipandang sebagai bagian dari agama dan bukan dari produk dari pemikiran keagamaan.<sup>8</sup>

Lain halnya dengan kelompok *ar-Ra'yu* bagi mereka pemahaman akan suatu hal haruslah sesuai dengan perkembangan dan tuntutan zaman apabila antara wahyu dengan rasio dapat berjalan seiring maka suatu keniscayaan bagi wahyu untuk dapat dibuka bagi segala kemungkinan penafsiran akal. Sebab pada dasarnya wahyu tidak dapat dipahami dengan tanpa adanya akal budi manusia. Sebab wahyu merupakan suatu bahasa yang tidak dapat dipahami menurut bahasanya saja. Sehingga peran akal dibutuhkan untuk memahami bahasa wahyu.

Hukum Islam mempunyai dinamika dan karakter sendiri serta mempunyai ruang lingkupnya sendiri. Sistem hukum Islam mempunyai sistem yang tersendiri yang dikenal dengan hukum fikih.<sup>9</sup> Hukum fikih bukanlah hukum yang sempit tetapi hukum yang masih sangat luas. Hukum Islam dirumuskan sebagai sekumpulan aturan keagamaan yang mengatur perilaku kehidupan manusia dengan segala aspeknya. Baik yang bersifat pribadi maupun kelompok. Karena sifatnya yang serba mencakup inilah yang menempatkan agama Islam dalam tatanan kehidupan umat manusia yang belum pernah dicapai oleh agama atau kepercayaan lain sebelum Islam. Dengan demikian akan sangat sulit memahami Islam tanpa memahami hukum Islam dengan sepenuhnya.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> Ahmad Qodri Azizy, "Memahami Hukum", Majalah Wawasan tanggal 13 Januari 1990.

<sup>10</sup> Taufik Adnan Amal, 1994. *Islam dan tantangan Moderennitas*, Bandung: Mizan, hlm. 33.

Adapun disyariatkannya hukum Islam adalah untuk merealisasikan hukum Islam guna melindungi umat manusia dari segala bentuk kemungkaran dan menciptakan kemaslahatan umat manusia di dunia ini. Kemaslahatan yang diinginkan dalam hukum Islam adalah segala hal yang menyangkut seluruh aspek kehidupan manusia. Terdorong oleh maksud inilah ada bagain yang dinamakan siyasah sya'riah yaitu kebijakan untuk membuat manusia lebih dekat dengan kebiijakan dan menghindari dari segala bentuk keburukan.<sup>11</sup> Bahkan negara Islam pun menurut Abul A'la Al-Maududi bertujuan untuk menegakkan dan menjalankan kekuasaannya yang teroganisir sejalan dengan program reformasi yang telah ditunjukkan Islam demi tegaknya kehidupan yang lebih layak untuk perbaikan umat manusia.<sup>12</sup>

Al-Maududi juga menjelaskan bahwa negara Islam mempunyai tujuan sebagaimana yang diisyaratkan di dalam Al-Qur'an, yaitu: 1) Mengelakkan terjadinya eksploitasi antar-manusia, antar-kelompok atau kelas dalam masyarakat; 2) Memelihara kebebasan ekonomi, politik, pendidikan dan Agama para warga negara dan melindunginya dari invasi bangsa asing; 3) Menegakkan sistem keadilan sosial yang seimbang yang dikehendaki di dalam Al-Qur'an; 4) Memberantas kejahatan dan mendorong setiap kebajikan yang dengan tegas telah digariskan Al-Qur'an; dan 5) Sebagai tempat tinggal yang teduh yang megayomi setiap warga negara dengan jalan memberlakukan hukum tanpa diskriminasi.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> *Ibid.*, hlm. 10.

<sup>12</sup> Abul A'la Al-Maududi, 1990. *Hukum dan Konstitusi: Sistem Politik Islam*, Bandung: Mizan, hlm. 255.

<sup>13</sup> Fuad Muhd. Fachruddin, 1988. *Pemikiran politik islam*, Jakarta : CV Pedoman Ilmu Jaya, hlm. 183-184.

Tetapi apabila semua hukum Islam selalu terikat dengan *nash* yang selalu dikukuh dengan pandangan yang sempit, maka hukum Islam akan mengalami kemunduran dan tidak dapat memenuhi kebutuhan hidup manusia. Pandangan seperti inilah juga penghalang umat Islam untuk bisa sejajar dengan bangsa-bangsa lain dari percaturan kehidupan di dunia. Sehingga prinsip kemaslahatan umat akan menemui ruang kosong yang tidak ada manfaatnya. Kebenaran fikih yang dipersepsikan sebagai kebenaran yang mutlak dianggap telah membelenggu kreatifitas intelektual umat Islam yang merupakan pintu gerbang kemajuan peradaban umat Islam. Pandangan yang tidak proporsional terhadap fikih ini disebabkan tidak adanya penelitian pengembangan secara serius.

Sampai saat ini di Indonesia belum terbentuk hukum kewarisan yang dibuat dalam prangkat hukum nasional dalam arti regulasi (undang-undang) yang mengatur pewarisan secara nasional. Sehingga dalam hukum kewarisan di Indonesia dapat menggunakan berbagai macam sistem pewarisan antara lain: sistem hukum kewarisan menurut KUH Perdata, sistem kewarisan menurut hukum adat dan sistem kewarisan menurut hukum Islam.<sup>14</sup> Ketiga sistem ini semua berlaku dikalangan masyarakat hukum di Indonesia. Terserah para pihak untuk memilih hukum apa yang akan digunakan dalam pembagian harta warisan yang dipandang cocok dan mencerminkan rasa keadilan.

Dalam kehidupan bernegara, salah satu hal yang harus ditegakkan adalah pranata hukum dalam kehidupan masyarakat. Pandangan ini diyakini tidak saja disebabkan negeri ini menganut paham negara hukum, melainkan lebih pada

---

<sup>14</sup> Eman Suparman, 2005. *Hukum Waris Indonesia*, Bandung: Rajawali Press, hlm. 12.

kecenderungan yang akan terjadi dalam kehidupan bangsa Indonesia yang berkembang ke arah suatu masyarakat modern.<sup>15</sup> Kondisi yang demikian menuntut adanya hukum Islam yang tidak terlalu kaku bagi umat Islam di Indonesia, dan perlunya melakukan ijtihad baik yang dilakukan para ulama dalam masyarakat dan hakim di lembaga peradilan atau Mahkamah Agung.

Dari sudut lingkup makna *the ideal law*, kehadiran Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan rangkaian sejarah hukum nasional yang dapat mengungkap ragam makna kehidupan masyarakat Islam Indonesia<sup>16</sup>, terutama mengenai hal-hal berikut:

1. Adanya norma hukum yang hidup dan ikut serta, dan mengatur interaksi social;
2. Aktualnya dimensi normatif terpenuhinya tuntutan kebutuhan hukum;
3. Responsi struktural yang dini melahirkan rancangan Kompilasi Hukum Islam.

Ulama Indonesia mengantisipasi ketiga hal di atas dengan kesepakatan bahwa Kompilasi Hukum Islam adalah rumusan tertulis hukum Islam yang hidup seiring dengan kondisi hukum dan masyarakat Indonesia. Teorisasi dalam konteks membangun hukum waris Islam oleh Mahkamah Agung menjadi lebih penting, ketika Kompilasi Hukum Islam menjadi pijakan pokok dalam memutus perkara di Peradilan Agama. Namun hakim selalu dituntut untuk melakukan ‘menggali’ hukum atau di kenal dengan istilah ijtihad yang mungkin bagi pemikir hukum waris Islam di kalangan ulama jarang melakukannya. Di sinilah tugas berat dan

---

<sup>15</sup> Khudzaifah Dimiyati, 2004. *Teorisasi Hukum Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Di Indonesia 1945 – 1990*, Cetakan III, Surakarta: Muhammadiyah University Press, hlm. 1.

<sup>16</sup> Abdul Gani Abdullah, 1993/1994. *Berbagai Pandangan terhadap Kompilasi Hukum Islam* oleh Tim Ditbinbapera, Jakarta: Yayasan Al Hikmah, yang disajikan pada Seminar Nasional Permasalahannya Inpres No. 1 tahun 1991 pada Fakultas Syari’ah Universitas Islam Indonesia di Yogyakarta tanggal 22 Pebruari 1992.



tanggung jawab para hakim agama karena hasil ijtihad mereka akan menjadi pijakan bagi hakim yang lain dalam memutus perkara yang sama.

Sebagai negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam dimungkinkan banyak dari anggota masyarakat yang menggunakan sistem hukum Islam. Tetapi seiring dengan perkembangan zaman yang ditandai dengan kemajuan dan teknologi prinsip-prinsip dalam hukum Islam terus mengalami kemajuan yang pesat, dan selalu mengikuti perubahan zaman guna untuk kemaslahatan umat dan tanpa membedakan baik laki-laki maupun perempuan.

Asas hukum dalam pewarisan Islam tidak memandang perbedaan antara laki-laki dengan perempuan semua ahli waris baik laki-laki maupun perempuan mempunyai hak yang sama sebagai ahli waris. Tetapi hanyalah perbandingannya saja yang berbeda. Memang didalam hukum waris Islam yang ditekankan keadilan yang berimbang dipakai, bukanlah keadilan yang sama rata sebagai sesama ahli waris. Karena prinsip inilah yang sering menjadi polemik dan perdebatan yang kadang kala menimbulkan persengketaan diantara para ahli waris.

Seiring dengan berkembangnya industri selama kurun waktu tiga puluh lima tahun di Indonesia telah melahirkan berbagai perkembangan sosial. Status sosial perempuan yang hanya sebagai pendamping laki-laki di dalam rumah tangga telah mengalami perubahan, karena sekarang ini perempuan semakin berperan dalam mencari nafkah di luar rumah, sehingga mempengaruhi pola kehidupan dalam masyarakat.

Dengan majunya kapitalisme telah membuka kesempatan kesempatan baru bagi perempuan termasuk kemungkinan untuk eksis di luar keluarga dan

menentang dominasi laki-laki dengan budaya patriarki. Kesetaraan penuh antara laki-laki dan perempuan akan tercapai penuh melalui tercapainya kemajuan teknologi dimana pekerjaan tidak harus menggunakan tenaga yang besar tetapi dapat dilaksanakan dengan kemampuan ilmu dan ketrampilan.<sup>17</sup> Perubahan inilah yang menjadikan perubahan sosial yang dahulu wanita merupakan sebagai makhluk kelas dua kini telah mensejajarkan kedudukannya dengan laki-laki,<sup>13</sup> begitu pula dalam tuntutan dalam pembagian terhadap harta warisan. Sebab didalam sistem hukum kewarisan Islam menempatkan pembagian yang tidak sama antara laki-laki dengan perempuan. Sebagian besar peraturan perundang-undangan yang sekarang masih berlaku adalah warisan dari Pemerintah Belanda/Hindia Belanda yang sudah tidak sesuai dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

Upaya pemberlakuan hukum Islam melalui peraturan perundang-undangan (hukum tertulis), yang merupakan salah satu ciri utama dari bentuk hukum modern dewasa ini, memang bukan perkara mudah yang bisa dilakukan. Tetapi tidak lalu berarti pembentukan undang-undang Islami menjadi sesuatu yang *absurd* (mustahil) di Indonesia.<sup>18</sup> Setelah memakan waktu yang lama, dan jalan perjuangan yang penuh rintangan dan lika-liku, perwujudan hukum Islam ke dalam bentuk hukum tertulis pada akhirnya telah menunjukkan hasil yang mengembirakan. Kehadiran sekian banyak undang-undang yang mengatur hukum perdata Islam di Indonesia, merupakan salah satu indikatornya.

---

<sup>17</sup> Fakih Mansor, 1999. *Analisis Gender dan Transformasi Sosial*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 50.

<sup>18</sup> Amin Suma M, 2004. *Himpunan Undang-undang Perdata Islam & Peraturan Pelaksanaan Lainnya di Negara Hukum Indonesia*, Cet. Pertama, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, hlm. vii.

Hukum Islam khususnya *al-akhwal asy-syahsiyah* (hukum keluarga) telah berlaku dan menjadi hukum positif di Indonesia. Keberlakuan tersebut tidak bisa dipisahkan dari lembaga Peradilan Agama.<sup>19</sup> Istilah pengadilan menurut Cik Hasan Bisri,<sup>20</sup> adalah badan atau organisasi yang diadakan negara untuk mengurus dan mengadili perselisihan-perselisihan hukum. Adanya Peradilan tersebut adalah *fardhu kifayah*.

Di negara kita, badan-badan peradilan sebagai mana dimaksud sesuai dengan ketentuan Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 bahwa kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Tata Usaha Negara, Peradilan Militer dan di bawah Mahkamah Agung. Dari waktu ke waktu terdapat kecenderungan yang kuat dalam masyarakat yang makin lama makin mantap mengingini agar hukum kewarisan Islam diterapkan dalam menyelesaikan masalah kewarisan di Pengadilan Agama.

Hal ini sejalan dengan maksud dan tujuan pembangunan hukum sebagaimana yang tertuang dalam Garis-Garis Besar Haluan Negara yang menyebutkan bahwa “Pembangunan hukum ditujukan untuk memantapkan dan mengamankan pelaksanaan pembangunan dan hasil-hasilnya, serta menciptakan kondisi yang lebih mantap sehingga setiap anggota masyarakat dapat menikmati iklim kepastian dan ketertiban hukum”.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Abdullah Tri Wahyudi, 2004. *Peradilan Agama di Indonesia*, Cet. I, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 1. Cik Hasan Basri, 1997. *Peradilan Islam dalam Tatanan Masyarakat Indonesia*, Bandung: Remaja Rasdakarya, hlm. 2.

<sup>21</sup> Bahder Johan Nasution dkk, 1997. *Hukum Perdata Islam: Kompetensi Peradilan Agama tentang Perkawinan, Waris, Wasiat, Hibah, Wakaf dan Shodaqah*, Cet. I, Bandung: CV Mandar Maju, hlm. 2.

Ungkapan bahwa UUD ialah hukum dasar yang tertulis sedang disamping itu berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis yang dijumpai di dalam penjelasan umumnya, juga menjadi dasar konstitusional dan sinyal organik keberadaan hukum tidak tertulis dalam tata hukum nasional. Dari sini terlihat keadaan isi tata hukum nasional pada hari-hari awal kemerdekaan yakni, hukum produk legislatif kolonial, hukum adat, hukum Islam dan hukum produk legislatif nasional. Keempat kelompok hukum tersebut adalah terjemahan dari aspirasi normatif dan kebutuhan hukum yang akhirnya terformulasi secara fenomenologis dengan istilah hukum positif.<sup>22</sup>

Oleh karena itu hukum kolonial dan hukum adat di atas dikategorikan menjadi produk *man made law* di mana manusia dipandang kapabel untuk membuat hukum memenuhi kebutuhan normatifnya. Hukum demikian terefleksi secara riil melalui proses improfisasi sosio-yuridis dan fenomena normatif yang dibangun dari dimensi kebenaran Islam<sup>23</sup> dan seakan-akan diantisipasi oleh konstitusi Indonesia dengan norma dasar di dalam Pasal 29 ayat (2) yang bagaimanapun sulit dilepaskan sama sekali dari substansi pasal II Aturan Peralihannya. satu kesatuan yang bulat yang menjadi sifat UUD 1945 menggambarkan keterkaitan bukan saja antara batang tubuh dengan penjelasan tetapi juga antar pasal, dan dalam hal ini pasal agama dan pasal yang menjadikan

---

<sup>22</sup> Pembicaraan mengenai lingkup hukum positif dalam konteks fenomena keislaman dapat juga dijumpai dalam Syaybani Siyar, 1965. *The Islamic Law of Nations*, terjemahan Inggris oleh Madjid Khadduri, Baltimore: *the Johns Hopking Press*, hlm. 7.

<sup>23</sup> Eksplanasi fungsional dari suatu fenomena agama menunjukkan adanya pengertian yang baik sekali sebagai jawaban terhadap bagaimana dapat lebih mungkin eksisnya suatu dimensi normatif, dan itulah yang dapat dimengerti bahwa fungsionalisme adalah sebuah tujuan untuk eksplanasi agama. Keterangan itu dapat dibaca dalam tulisan *Helbert Burhenn "Fungtionalsm and the Explanation of Religion"*, Vol. 19 No. 4, Hal. 350.

kehadiran hukum Islam seperti halnya hukum waris Islam.

Dalam konteks sejarah hukum di Indonesia, bidang kewarisan dicopot dari kewenangan Pengadilan Agama pada tahun 1937 (Stb 1937:116), dan dipindahkan ke Pengadilan Negeri di Jawa, Madura, dan Kalimantan Selatan lengkaplah hasil rekayasa politik hukum Belanda itu. Akibatnya, kesadaran hukum orang-orang Islam menjadi *ambigu*. Artinya, orang-orang Islam Indonesia menjadi “manusia-manusia yang terbelah” antara hukum Islam (*faraidh*) dengan hukum adat. Sebenar di Indonesia konflik yang terjadi bukan hanya antara hukum sipil dengan hukum *syara*, tetapi juga antara tiga sistem hukum: Hukum Islam, Hukum Barat dan Hukum Adat. Konflik antara ketiga sistem hukum itu berawal sejak masa penjajahan Belanda dan terus berlanjut hingga sekarang.<sup>24</sup>

Dari waktu ke waktu terdapat kecenderungan yang kuat dalam masyarakat yang makin lama makin mantap menginginkan agar hukum kewarisan Islam diterapkan dalam menyelesaikan masalah kewarisan di Pengadilan Agama. Karena itu, sangat strategislah pembinaan Peradilan Agama secara baik dan berkesinambungan. Pemasyarakatan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia, haruslah pula diintensifkan. Dengan kata lain, diharapkan Peradilan Agama sebagai peradilan keluarga dan Kompilasi Hukum Islam akan ‘mengutuhkan’ kembali iman dan kesadaran hukum manusia muslim Indonesia.<sup>25</sup>

Pada prinsipnya, syari’at Islam telah menetapkan aturan waris dengan bentuk yang teratur dan adil. Konsep keadilan dalam hukum ditentukan oleh tujuannya. Dengan demikian, konsep keadilan dalam Islam berbeda dengan

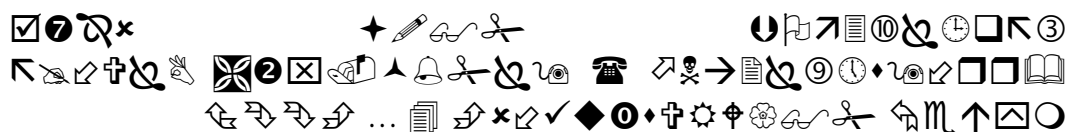
---

<sup>24</sup> Bustanul Arifin, 1996. *Pelebagaan Hukum Islam Di Indonesia Akar Sejarah, hambatan dan prospeknya*, Jakarta: Gema Insani Press, hlm. 33 – 34.

<sup>25</sup> *Ibid.*, hlm. 127.

konsep keadilan dalam hukum sipil, karena tujuan kedua hukum itu berbeda. Keadilan dalam hukum Islam digantungkan kepada keadilan yang telah ditentukan oleh Allah sendiri.<sup>26</sup> Di dalamnya ditetapkan hak kepemilikan harta bagi setiap manusia, tidak mempersoalkan apakah ia laki-laki ataukah perempuan. Syari'at Islam juga menetapkan hak pemindahan pemilikan seseorang sesudah meninggal dunia kepada ahli warisnya dari seluruh kerabat dan nasabnya. *Al-Qur'an* melalui surah an-Nisa telah menjelaskan dan merinci secara detail hukum-hukum yang berkaitan dengan hak kewarisan tanpa mengabaikan hak seorangpun. Bagian yang harus diterima semuanya dijelaskan sesuai dengan kedudukan nasab terhadap waris, apakah ia sebagai anak, ayah, istri, suami, kakek, ibu, paman, cucu, bahkan hanya sekedar saudara seayah atau seibu.

Sesungguhnya hukum waris Islam yang dibawa Nabi Muhammad SAW telah mengubah hukum waris Arab pra-Islam dan sekaligus merombak struktur hubungan kekarabatannya, bahkan merombak sistem pemilikan masyarakat arab ketika itu, wanita tidak diperkenankan memiliki harta benda, kecuali wanita dari kalangan elite. Islam menjelaskan, melalui *al-Qur'an al-Karim* bagian tiap-tiap ahli waris dengan tujuan mewujudkan keadilan di dalam masyarakat. Namun, kedudukan wanita Islam di bidang kewarisan mendapat banyak sorotan, terutama pada ketentuan *faraidh* yang menetapkan bagian anak perempuan dan anak laki-laki adalah satu berbanding dua, sebagaimana Firman-Nya:



<sup>26</sup> *Ibid.*, hlm. 45.

Artinya: “Allah mensyari’atkan bagimu tentang (pembagian pusaka untuk) anak-anakmu. Yaitu: bahagian seorang anak lelaki sama dengan bagian dua orang anak perempuan...” (QS. An-Nisa: 11)

Sementara itu Amin Summa M. Menjelaskan,<sup>27</sup> bahwa sebab turunnya surat an-Nisa tersebut jelas mendobrak tradisi hukum Yahudi, hukum Romawi dan hukum adat bangsa Arab pra Islam, bahkan hukum adat manapun yang mengabaikan bagaian waris kaum perempuan. Surat tersebut diturunkan dalam rangka mengatur pembagian warisan diantara anggota keluarga dan saudara yang masih hidup. Wanita sampai sekarang tidak kehilangan hak warisnya.<sup>28</sup>

Berkaitan erat dengan berbagai keinginan ummat Islam dewasa ini yang bukan saja tentang pengharapan pengembangan ide-ide pembaharuan hukum waris Islam tetapi pula dijadikan kerangka acuan yang terbaik dan kongkritmewujudkan keadilan universal dan keadilan hakiki di muka bumi ini. Mustahil terwujud keadilan hakiki di muka bumi ini karena ia hanya dimiliki Tuhan, manusia hanya bisa berusaha mewujudkannya.<sup>29</sup>

Di sisi lain, dalam hal-hal tertentu di kalangan intern ummat Islam sendiri mengenai hukum waris masih menjadi persoalan dan menjadi polemik yang berkepanjangan. Berbagai kritik dan ide pembaharuan merupakan fakta sosial aspirasi sebagian ummat Islam Indonesia seperti halnya ide-ide pemikiran Hazairin, Munawir Sadjali, pandangan Riffat Hasan dan hasil pemikiran para

---

<sup>27</sup> Amin Summa M, 2004. *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, Cet. 1, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm. 121.

<sup>28</sup> Muhammad al-Ghazali, 2004. *Nahwu al-Tafsir al-Maudhu’i li Suwar al-Qur’an*, Terjemahan Qadirun Nur at.al, Jakarta: Gaya Media Pratama, hlm. 49.

<sup>29</sup> Bismar Siregar, 1995. *Hukum Hakim dan Keadilan Tuhan*, Jakarta: Fema Insani Press, hlm. 98.

Hakim Agung dalam memutus suatu perkara waris Islam.

Kebutuhan untuk dapat menampilkan gambar hukum waris Islam Mahkamah Agung, tampaknya akan selalu mengganggu pikiran para mujtahid. Dengan kata lain, dibutuhkan teori hukum waris yang mampu disamping memberikan gambaran hukum waris Islam Mahkamah Agung juga menjelaskan keadaan hukum waris Islam dalam masyarakat dengan seksama. Akhirnya, untuk memenuhi kebutuhan tersebut pula lah pada zaman orde baru diterbitkannya Instruksi Presiden nomor 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

Kompilasi Hukum Islam eksistensinya masih cukup diperhitungkan. Setidaknya membantu para hakim dalam mencari sumber hukum Islam yang tepat dan dapat menghindari disvarietas mazhab. Akan tetapi, terkait permasalahan hukum kewarisan yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam tersebut, masih menimbulkan stigma dalam penerapan hukum Islam di Indonesia, hal tersebut yaitu mengenai penggantian ahli waris yang diatur dalam Pasal 185, dimana substansi yang ditentukan dianggap identik dengan penggantian ahli waris yang diatur dalam Pasal 841 KUHPerdara, yang berbunyi: "*penggantian menurut hak kepada seorang yang menggantikan untuk bertindak sebagai pengganti, dalam derajat dan dalam segala hak orang yang diganti.*"

Menurut sebagian pakar hukum Islam, meskipun tidak sama persis namun ketentuan pasal 185 menyerupai aturan dalam KUHPerdara tersebut terutama pada ayat (1) Pasal 185 tersebut menyatakan yang bahwa: *Ahli waris yang meninggal dunia terlebih dahulu daripada si pewaris, maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173*".



Walaupun demikian fakta yang terjadi, tetapi aturan hukum ahli waris pengganti tetap menjadi dasar rujukan hakim-hakim agama dalam memutus permasalahan maupun sengketa ahli waris di persidangan kendatipun rujukan tersebut (KHI) merupakan produk hukum yang melekatnya kontroversi bahkan polemik hukum pada waktu itu. Seiring berjalannya waktu, putusan-putusan para hakim yang mengadili dan memutus perkara waris berdasarkan KHI hingga saat ini menjadi yurisprudensi bagi hakim-hakim lainnya di periode selanjutnya.

Secara hukum, yurisprudensi merupakan salah satu sumber pembentukan hukum kewarisan yang berlaku di Pengadilan Agama. Di antara putusan masalah waris, seperti ahli waris pengganti cenderung tidak mengacu kepada al-Qurān dan hadis, tetapi menggunakan pertimbangan hukum yurisprudensi yang ditetapkan melalui hakim pada pengadilan lain.<sup>30</sup> Misalnya, kasus kewarisan yang dibahas oleh Zainudin Ali dimana hakim agama menetapkan adanya ahli waris pengganti pada Pengadilan Agama Donggala dalam perkara Amboelu.<sup>31</sup>

Sebenarnya adanya yurisprudensi tentang ahli waris pengganti ini berdasarkan pada hukum yang hidup (*living law*) sejak ratusan tahun yang lalu dipraktekkan secara sukarela dan memuaskan pihak-pihak yang melaksanakannya.<sup>32</sup> Masyarakat sudah melaksanakan aturan tentang ahli waris pengganti, baik melalui musyawarah ahli waris, melalui musyawarah dewan adat,

---

<sup>30</sup> Habiburrahman, 2011. *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, Cet. Ke- 1, Jakarta: Kencana, hlm. 95.

<sup>31</sup> Lihat Zainuddin Ali, 2008. *Pelaksanaan Hukum Waris di Indonesia*, Cet. 1, Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 210-211.

<sup>32</sup> Ahmad Rofiq, *Op.cit.*, hlm. 132.

melalui Pengadilan Negeri maupun Pengadilan Agama.<sup>33</sup> Jika ditinjau dari kata “*living law*”, maka menurut Penulis hal ini dapat dianalogikan dengan adat yang dapat menjadi hukum atau dalam bahasa ushul fiqh adalah al-addah al-muhakkamah, yaitu “*Adat kebiasaan itu ditetapkan menjadi hukum*”.<sup>34</sup>

Konsep ahli waris pengganti di dalam Kompilasi Hukum Islam ini sebagaimana dalam BW dikenal dengan istilah *Plaatsvervulling*. Pemberian bagian kepada ahli waris pengganti (terutama bagi para cucu), walaupun tidak seperti *Plaatsvervulling* dalam BW, ini sejalan dengan doktrin *mawali* Hazairin dan cara *succession perstrepsi* dan prinsip representasi yang dapat dipakai oleh golongan Syi’ah. Namun demikian, dalam Kompilasi Hukum Islam tersebut bagian ahli waris pengganti dibatasi, tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan ahli waris yang diganti.<sup>35</sup>

Apabila dilihat ketentuan Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam ayat (1), maka dapat dikatakan bahwa seorang cucu dapat bertindak sebagai ahli waris pengganti untuk menggantikan kedudukan orang tuanya yang telah meninggal dunia terlebih dahulu daripada pewaris. Dari kalimat “dapat menggantikan kedudukan” tersebut Penulis berpendapat bahwa cucu juga berhak atas bagian yang seharusnya diterima oleh orang tuanya apabila masih hidup. Dari ketentuan tersebut menurut pendapat Penulis akan menimbulkan permasalahan lain. Permasalahan tersebut adalah pada ketentuan ayat (2), yang menegaskan bahwa bagian dari ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang

---

<sup>33</sup> Zainuddin Ali, *Op cit*, hal. 154.

<sup>34</sup> Al-Imam Jalaluddin Abdul Rahman al-Suyuti, tth. *Al-Asybah wa Al-Nadza’ir*, Indonesia: Maktabah Nur Asia, hlm. 63

<sup>35</sup> Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, 2008. *Fiqh Mawaris*, Jakarta: Gaya Media Pratama, hlm. 199.

sederajat dengan yang diganti.

Misalnya ahli waris yang digantikan adalah laki-laki dan ahli waris yang sederajat dengannya adalah perempuan. Apabila ahli waris laki-laki tersebut meninggal lebih dahulu dari pewaris, maka menurut ayat (1) anaknya berhak menggantikan kedudukannya dan menerima bagian yang seharusnya dia terima yaitu dengan ketentuan 2 : 1. Seperti diketahui bahwa bagian ahli waris laki-laki adalah dua kali bagian ahli waris perempuan. Dalam hal ini, cucu dari anak laki-laki tersebut karena dia bertindak sebagai ahli waris pengganti menggantikan kedudukan orang tuanya, maka dia akan mendapatkan bagian lebih banyak dari bibinya (ahli waris yang sederajat dengan ayahnya). Hal tersebut tentu saja bertentangan dengan ketentuan ayat (2) Kompilasi Hukum Islam.

Beranjak dari pemikiran itu pula, Penulis melihat bahwa dalam rumusan pasal 185 tentang penggantian ahli waris yang ditetapkan oleh KHI masih perlu dilakukan pengkajian yang lebih mendalam dan lebih komprehensif agar aturan hukum tersebut dapat menjadi aturan yang benar-benar mencerminkan nilai-nilai keadilan, baik itu dalam konteks keadilan hukum maupun keadilan sosial masyarakat muslim di Indonesia.

Bahkan DR. H. A. Sukris Sarmadi, MH., dalam bukunya: *“Dekonstruksi Hukum Progresif Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam”*, menyarankan agar aturan hukum mengenai ahli waris Pengganti tetapi dipertahankan. Meskipun begitu beliau tetap berhadapan dengan ke depannya ada penyempurnaan terhadap konsep aturan penggantian ahli waris yang diatur oleh

KHI tersebut.<sup>36</sup>

Menindaklanjuti pendapat tersebut, Penulis mencoba mengkaji lebih mendalam terhadap aturan penggantian ahli waris dalam KHI, ternyata ada hal yang sangat penting untuk dilakukan pengkajian, yaitu adanya imbiguitas dalam teks ayat pada pasal 185 yang termaktub dalam KHI. Penulis melihat bahwa imbiguitas yang melekat pada pasal 185 KHI pada gilirannya akan melahirkan multitafsir dalam penerapan hukum pembagian bagi ahli waris-ahli waris pengganti. Karena tidak pernah dirumuskan bagian yang jelas dan tegas tentang bagian bagi keturunan ahli waris yang menggantikan ahli waris yang telah meninggal dunia terlebih dahulu. Multi tafsir tersebut dalam dunia hukum pastinya akan melahirkan dis-harmonisnya putusan-putusan hakim-hakim pengadilan agama di Indonesia. Dari sinilah pula Penulis menilai bahwa untuk menguraikan dan memberikan solusi terhadap ketidakpastian hukum yang ada tersebut, maka progresivitas hukum sangat berperan dalam mengembangkan aturan-aturan hukum mengenai penggantian ahli waris dalam KHI guna melahirkan keadilan hukum dalam bentuk aturan-aturan hukum yang benar-benar berdasarkan konseptualisasi hukum yang berdasarkan pada asas-asas pembentukan hukum atau peraturan perundang-undangan.

Selain daripada itu, keadaan hukum ahli waris pengganti menurut Penulis sudah terjadi status quo, meskipun menimbulkan banyak polemik, terutama dalam hal intepretasinya maupun status hukumnya namun masih dipertahankan. Masih dipertahankan karena belum ada inovasi ke arah yang lebih

---

<sup>36</sup> A. Sukris Sarmadi, 2012. *Dekonstruksi Hukum Progresif Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam*, Jakarta: Aswaja Pressindo, hlm. 285-286.

baik yang lebih progresif untuk membentuk suatu atura baru. Dalam konteks inilah, teori hukum progresif menurut Penulis harus diterapkan. Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif yang dapat dipandang sebagai konsep yang sedang mencari jati diri, bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum dimasyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum Indonesia akhir abad ke-20.<sup>37</sup>

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, maka Penulis tertarik melakukan rekonstruksi hukum kewarisan yang terdapat dalam KHI khususnya terkait ahli waris pengganti. Untuk itu Penulis akan menganalisis tentang konsepsi hukum ahli waris pengganti dalam hukum kewarisan yang dimuat dalam KHI secara komprehensif berkaitan dengan hal-hal yang telah digambarkan di atas dalam disertasi ini yang berjudul: **“REKONSTRUKSI AHLI WARIS PENGGANTI DALAM HUKUM KEWARISAN BERDASARKAN INSTRUKSI PRESIDEN NOMOR 1 TAHUN 1991 TENTANG KOMPILASI HUKUM ISLAM YANG BERBASIS NILAI KeadILAN”**.

## **1.2 Rumusan Masalah**

Rumusan masalah dalam penelitian yang diteliti oleh Penulis ini dengan bertolak dari latar belakang masalah di atas sebagai berikut:

1. Mengapa ahli waris pengganti harus dimuat dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi

---

<sup>37</sup> Mukhidin, *“Hukum Progresif Sebagai Solusi Hukum yang Mensejahterakan Rakyat”*, *Jurnal Pembaharuan Hukum*, Volume I No. 3 September – Desember 2014, hlm. 278.

Hukum Islam?

2. Bagaimana problematika hukum ahli waris pengganti yang belum berkeadilan dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam?
3. Bagaimana akibat hukum dari penerapan ketentuan ahli waris pengganti dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang belum berkeadilan?
4. Bagaimana rekonstruksi ahli waris pengganti dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang berbasis nilai keadilan?

### **1.3 Tujuan Penelitian**

Berdasarkan rumusan permasalahan diatas, maka tujuan penelitian ini sebagai berikut:

1. Untuk menganalisa kenapa ahli waris pengganti harus dimuat dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam.
2. Untuk menganalisa problematika hukum ahli waris pengganti yang belum berkeadilan dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.
3. Untuk menganalisa akibat hukum dari Penerapan ketentuan ahli waris pengganti dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang belum berkeadilan.

4. Untuk merekonstruksi ahli waris pengganti dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang berbasis keadilan.

#### **1.4 Kegunaan Penelitian**

Penelitian ini dilakukan dalam rangka penyusunan disertasi oleh Penulis diharapkan memiliki 2 (dua) kegunaan, yakni kegunaan secara teoritis dan praktis, sebagai berikut:

1. Kegunaan secara teoritis:
  - a. Penulis berharap hasil penelitian ini dapat menemukan teori baru atau konsep baru yang merupakan sinergi, hukum Islam dan hukum positif di Indonesia.
  - b. Penulis berharap hasil penelitian ini dapat menjadi bahan rujukan penelitian yang akan datang yang berkaitan dengan sistem konsep hukum kewarisan Islam di Indonesia.
  - c. Penulis berharap hasil penelitian ini dapat menjadi bahan rujukan bagi kegiatan pengkajian yang teraktualisasi dari kegiatan pengajaran, diskusi dan seminar yang dilaksanakan didunia akademis dan praktis.
2. Kegunaan secara praktis:
  - a. Penulis berharap hasil penelitian ini dapat menjadi masukan-masukan pemikiran bagi pihak yang berkepentingan, masyarakat luas serta penentu kebijakan, dalam kaitannya dengan hukum kewarisan Islam di Indonesia.
  - b. Penulis berharap hasil penelitian ini dapat menjadi sumber rujukan bagi

pelaksanaan hukum waris Islam di Indonesia.

## 1.5 Kerangka Konseptual

Konsep adalah gambaran yang dibangun dengan menggeneralisasi suatu pengertian. Kerangka konsep merupakan susunan logika yang diatur dalam rangka menjelaskan variabel ataupun obyek permasalahan yang diteliti.<sup>38</sup> Kerangka konseptual dalam penelitian dapat dipahami sebagai suatu hubungan atau kaitan antara konsep satu terhadap konsep yang lainnya dari masalah yang ingin diteliti. Kerangka konsep ini gunanya untuk menghubungkan atau menjelaskan secara panjang lebar tentang suatu topik yang akan dibahas.

Dengan begitu, maka selanjutnya Penulis akan menguraikan beberapa konsep yang berhubungan dengan penelitian disertasi ini.

### 1.5.1 Konsep tentang Hukum Kewarisan

Hukum waris adalah suatu hukum yang mengatur peninggalan harta seseorang yang telah meninggal dunia diberikan kepada yang berhak seperti: keluarga dan masyarakat yang lebih berhak.<sup>39</sup> Istilah waris belum ada kesatuan arti, baik yang ditemui dalam kamus hukum maupun sumber lainnya. Istilah waris ada yang mengartikan dengan “harta peninggalan, pusaka atau hutang piutang yang ditinggalkan oleh seorang yang meninggal dunia seluruh atau sebagian menjadi hak para ahli waris atau orang yang di tetapkan dalam surat wasiat”. Selain itu ada yang mengartikan waris “yang berhak menerima harta pusaka dari

---

<sup>38</sup> <http://renirespita.blogspot.com/2015/05/>, “Metode Penelitian: Kerangka Konseptual”, diakses tanggal 20 Desember 2018.

<sup>39</sup> Martosedono, 1998. *Hukum Waris*, Semarang: Dahara Prize, hlm. 3.



orang yang telah meninggal’.

Kata “warisan” yang sudah populer di dalam bahasa Indonesia, sebagaimana yang dijelaskan oleh TM. Hasbi Ashidqy,<sup>40</sup> asalnya dari bahasa Arab sebagai fiil. Di dalam Al-Qur’an ada beberapa lafadz “warosa” yang diterjemahkan sebagai berikut: 1) “Menggantungkan kedudukan”, seperti tersebut dalam QS. An Naml 16; 2) “Menganugerahkan”, seperti tersebut dalam QS. az Zumar 74; 3) “Menerima warisan”, seperti tersebut dalam S. Maryam 6.

Pengertian hukum "waris" sampai saat ini baik para ahli hukum Indonesia maupun di dalam kepustakaan ilmu hukum Indonesia, belum terdapat keseragaman pengertian sehingga istilah untuk hukum waris masih beraneka ragam. Misalnya saja Wirjono Prodjodikoro, mempergunakan istilah hukum "warisan" Hazairin, mempergunakan istilah hukum "kewarisan"<sup>41</sup> dan Soepomo mengemukakan istilah "hukum waris".<sup>42</sup>

Menurut Soepomo bahwa "hukum waris" itu memuat peraturan-peraturan yang mengatur proses meneruskan serta mengoperkan barang-barang harta benda dan barang-barang yang tak berwujud benda dari suatu angkatan manusia kepada turunannya.<sup>43</sup> Di dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 171 (a) dinyatakan bahwa hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan (*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagian masing-masing.

---

<sup>40</sup> TM Hasby Ash Shidiqy, 1996, *Fiqhul Mawaris*, Jakarta: Bulan bintang, hlm. 18.

<sup>41</sup> Hazairin, *Hukum Kewarisan Bilateral menurut AlQur'an*. Jakarta: Tintamas, hlm. 1.

<sup>42</sup> Soepomo, 1966. *Bab-Bab tentang Hukum Adat*, Penerbitan Universitas, hlm. 72.

<sup>43</sup> *Ibid.*

Dengan demikian, konsep tentang hukum kewarisan dalam hal ini yakni dalam Islam, yaitu hukum yang mengatur segala yang berkenaan dengan peralihan hak dan kewajiban atas harta kekayaan seseorang setelah ia meninggal dunia kepada ahli warisnya.<sup>44</sup>

### 1.5.2 Konsep tentang Ahli Waris Pengganti

Ahli waris pengganti disebutkan dalam Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam (KHI) Inspres nomor 1 Tahun 1991, merupakan hasil ijtihad para mujtahid Indonesia yaitu Keputusan bersama tanggal 21 Maret 1985 Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama Republik Indonesia yang membentuk panitia untuk mengumpulkan bahan-bahan dan merancang Kompilasi hukum Islam menyangkut hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan untuk selanjutnya akan dipergunakan oleh Pengadilan Agama dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya.<sup>45</sup>

Landasan hukum Ahli Waris Pengganti tidak lepas dari pokok-pokok permasalahan yaitu mengenai hukum ahli waris pengganti dan untuk sampai pada kedudukan ahli waris pengganti perlu melihat mengenai hukum waris yang ada dan berlaku di Indonesia sampai saat ini masih merupakan *unifikasi* hukum.<sup>46</sup>

Menurut Sofyan Mei Utama<sup>47</sup> Kedudukan ahli waris pengganti dalam hukum Islam berlandaskan pada Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam

---

<sup>44</sup> Amir Syarifudin, 2000. *Hukum Kewarisan Islam*, Jakarta: Kencana, hlm. 4.

<sup>45</sup> Abdurrahman, 1992. *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Akademika Pressindo, hlm. 8.

<sup>46</sup> Eman Suparman, 2007. *Hukum Waris Indonesia, Dalam Perspektif Islam, Adat, dan BW*, Bandung: Refika Aditama, hlm. 5.

<sup>47</sup> Sofyan Mei Utama, "Kedudukan Ahli Waris Pengganti dan Prinsip Keadilan dalam Hukum Waris Islam", *Jurnal Wawasan Hukum*, Vol. 34, No. 1, Februari 2016, hlm. 84

di Indonesia dengan berpegang pada prinsip *tauhid*, suatu ketaatan pada aturan Tuhan dengan tetap tidak melupakan *Itihad* karena *ijtihad* merupakan salah satu disebut dalam Al-Qur'an surat dalam An-Nisa:(59).

Dan hubungannya dengan prinsip keadilan dalam hukum Islam terdapat dalam rangka mendapatkan keadilan dengan penuh *hikmah*, serta mengandung aspek manfaat, atau *keamaslahatan* sesuai dengan kaidah hukum (fqh) bahwa: “*Perubahan hukum itu terjadi karena perubahan waktu ruang, niat serta manfaat*” dan menjadi tanggung jawab negara untuk mengaturnya, dalam realisasinya negara sudah mengatur bagiannya dengan hadirnya KHI”.

### **1.5.3 Konsep tentang Kompilasi Hukum Islam**

Kompilasi berasal dari bahasa *Latin* yaitu diambil dari kata *compilare* yang mempunyai arti mengumpulkan bersama-sama, contohnya adalah mengumpulkan berbagai peraturan yang tersebar dan berserakan dimana-mana.<sup>48</sup> Istilah inikemudian dikemukakan menjadi *compilation* (dalam bahasa Inggris) atau *copilatie* (dalam bahasa Belanda), istilah-istilah tersebut kemudian diserap atau diadopsi kedalam bahasa Indonesia dengan nama “Kompilasi”.<sup>49</sup> Dengan demikian, maka Kompilasi Hukum Islam dapat diartikan sebagai kumpulan produk hukum yang berdasarkan dari ajaran agama Islam.

Adapun konsep yang Penulis maksud disini, adalah Kompilasi Hukum Islam yang ditetapkan oleh Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI), terkhusus tentang aturan ahli waris pengganti yang diatur dalam pasal 185 KHI tersebut.

---

<sup>48</sup> Abdurrahman, *Op.cit.*, hlm. 10.

<sup>49</sup> *Ibid.*

#### 1.5.4 Konsep tentang Keadilan

Kata keadilan berasal dari kata “Adil”, sebagaimana yang dikemukakan oleh Kahar Kahar Masyhur “Adil” adalah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran”.<sup>50</sup>

Adapun keadilan dalam penelitian ini adalah keadilan dalam sudut pandang hukum. Jadi, dalam hal ini yaitu pandangan keadilan menurut kaidah-kaidah atau aturan-aturan hukum yang berlaku di Indonesia atau hukum positif.<sup>51</sup> Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu, namun sering didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.<sup>52</sup>

Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi: “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab. Hubungan adil dan beradab dapat diumpamakan sebagai cahaya dan api, bila

---

<sup>50</sup> Kahar Masyhur, 1985. *Membina Moral dan Akhlak*, Jakarta: Kalam Mulia, hlm. 71.

<sup>51</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, 2000, *Pengantar Ilmu Hukum, Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Bandung: Alumni, hlm. 4.

<sup>52</sup> Carl Joachim Friedrich, 2004, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, hlm. 239.

apinya besar maka cahayanya pun terang: jadi bila peradabannya tinggi, maka keadilan pun mantap.<sup>53</sup>

Hukum nasional mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan di dalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensesuaikan atau menselaraskan keadilan-keadilan yang bersifat umum diantara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada di dalam kelompok masyarakat hukum.

## 1.6 Kerangka Teori

Untuk membahas mengenai permasalahan penelitian disertasi tentang Rekonstruksi Ahli Waris Hukum kewarisan berdasarkan Kompilasi Hukum Islam ini, Penulis menggunakan beberapa teori. Suatu hal yang penting dan harus dipahami tentang teori adalah bahwa semakin tinggi tingkat keilmuan atau semakin abstrak suatu konsep, maka konsep tersebut semakin teoritis. Hal ini berarti semakin teoritis suatu konsep maka makin jauh pernyataan yang dikandungnya bila dihubungkan dengan gejala-gejala atau fakta-fakta yang ada dalam kenyataan.<sup>54</sup>

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia disebutkan, bahwa teori: 1. Pendapat yang didasarkan pada penelitian dan penemuan, didukung oleh data dan argumentasi; 2. Penyelidikan eksperimental yang mampu menghasilkan fakta

---

<sup>53</sup> Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, 1982, *Renungan Tentang Filsafat Hukum*, Jakarta: Rajawali, hlm. 83.

<sup>54</sup> Bahder Johan Nasution, 2008. *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Bandung: CV. Mandar Maju, hlm. 142.

berdasarkan ilmu pasti, logika, metodologi, argumentasi; 3. Asas dan hukum umum yang menjadi dasar suatu kesenian atau ilmu pengetahuan; 4. Pendapat, cara, dan aturan untuk melakukan sesuatu.

Teori juga merupakan serangkaian konsep, definisi dan proposisi yang berkaitan dan bertujuan untuk memberikan gambaran secara sistematis tentang suatu gejala. Jadi teori adalah pengetahuan ilmiah yang mencakup mengenai penjelasan sesuatu fakta tertentu dan suatu disiplin ilmu. Melalui teori dapat disusun suatu pernyataan yang konsisten tentang berbagai hal yang bersifat universal yang secara keseluruhan membentuk suatu system teori keilmuan.<sup>55</sup>

Adapun fungsi teori dalam suatu penelitian, sebagaimana yang dikemukakan oleh Keneth R. Hoover, yaitu:<sup>56</sup>

1. Teori menyediakan pola-pola bagi interpretasi data;
2. Teori mengaitkan antara satu studi dengan studi lainnya;
3. Teori memeberikan kerangka dimana konsep-konsep memperoleh keberartian yang khusus;
4. Teori membuka kemungkinan untuk menafsirkan makna yang lebih luas dari temuan-temuan, baik bagi si peneliti sendiri maupun bagi orang lain.

Pada prinsipnya, ada 3 (tiga) teori penelitian hukum:

1. *Grand theory* (teori dasar), teori keseluruhan atau yang secara garis besar menjelaskan suatu permasalahan atau fakta hukum yang menjadi rujukan maupun penafsiran untuk *middle theory*, misalnya teori keadilan, teori kesejahteraan, teori kedaulatan Tuhan, teori Negara hukum. *Grand theory*

---

<sup>55</sup> *Ibid*, hlm. 141.

<sup>56</sup> Kenneth R. Hoover, 1990. *The Elements of social Scientific Thinking*, terjemahan, Yogyakarta: Tiara Wacana, hlm. 29.

merupakan teori keseluruhan atau yang secara garis besar menjelaskan suatu permasalahan atau fakta hukum. *Grand theory* disebut juga teori dasar yang menjadi rujukan maupun penafsiran untuk *middle theory*.

2. *Middle theory*, teori yang lebih fokus dan mendetail daripada *grand theory* yang dipakai, misalnya: teori legislasi, teori penegakan hukum, teori pidana, teori good government, teori pemerintahan yang bersih.
3. *Applied theory*, teori yang berada di level mikro, misalnya: teori kepentingan umum, teori pembangunan, teori integrasi, teori rekayasa social, teori hukum progresif, teori hukum responsive, teori kritik.

Untuk melakukan rekonstruksi terhadap ahli waris pengganti dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Inpres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, Penulis menggunakan 3 (tiga) teori, yaitu: Teori Keadilan sebagai *grand theory*, teori legislasi dan teori perubahan hukum sebagai *middle theory*, dan teori hukum progresif sebagai *applied theory*.

### 1.6.1 *Grand Theory* tentang Teori Keadilan

Istilah keadilan (*iustitia*) berasal dari kata “adil” yang berarti: tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, sepatutnya, tidak sewenang-wenang.<sup>57</sup> Dari beberapa definisi dapat dipahami bahwa pengertian keadilan adalah semua hal yang berkenan dengan sikap dan tindakan dalam hubungan antar manusia, keadilan berisi sebuah tuntutan agar orang memperlakukan sesamanya sesuai dengan hak dan kewajibannya, perlakukan tersebut tidak pandang bulu atau

---

<sup>57</sup> Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2001, hlm. 517.

pilih kasih; melainkan, semua orang diperlakukan sama sesuai dengan hak dan kewajibannya. Keadilan dapat diartikan sebagai kebaikan, kebajikan dan kebenaran, yaitu suatu kewajiban moral yang mengikat antara anggota masyarakat yang satu dengan lainnya. Keadilan sebagai nilai yaitu tujuan yang disepakati bersama oleh anggota masyarakat serta diusahakan pencapaiannya demi keadilan itu sendiri. Keadilan juga berarti hasil atau suatu keputusan yang diperoleh dari penerapan atau pelaksanaan hukum. Keadilan juga diartikan sebagai unsur ideal, yaitu sebagai suatu cita atau suatu ide yang terdapat dalam semua hukum.

Keadilan merupakan sesuatu yang abstrak, berada dalam dunia *sollen* tumbuh secara filsafati dalam alam hayal manusia, namun tidak bisa diingkari bahwa semua orang mendambakan keadilan<sup>58</sup>. Di dalam Ilmu hukum keadilan itu merupakan ide dan tujuan hukum namun secara pasti dan gramatikal keadilan itu tidak dapat didefinisikan oleh ilmu hukum, oleh karenanya keadilan harus dikaji dari sudut pandang teoritik dan filosofis.

Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini seringkali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.<sup>59</sup> Realitas keadilan absolut diasumsikan sebagai suatu masalah universal yang berlaku untuk semua manusia, alam, dan lingkungan, tidak boleh ada monopoli yang dilakukan oleh segelintir orang atau sekelompok orang. Secara kongkrit, hukum adalah perangkat asas dan kaidah-

---

<sup>58</sup> Bahder Johan Nasution, 2015. *Hukum dan Keadilan*, Bandung: Mandar Maju, hlm. 174.

<sup>59</sup> Carl Joachim Friedrich, 2004. *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung, Nuansa dan Nusamedia, hlm. 239.



kaidah yang mengatur hubungan antar manusia dalam masyarakat, baik yang merupakan kekerabatan, kekeluargaan dalam suatu wilayah negara. Dan masyarakat hukum itu mengatur kehidupannya menurut nilai-nilai sama dalam masyarakat itu sendiri atau sama-sama mempunyai tujuan tertentu.<sup>60</sup>

Adapun pemikiran tentang teori-teori keadilan telah banyak dikemukakan oleh banyak tokoh, akan tetapi Penulis dalam penelitian ini akan lebih cenderung pada konsep keadilan menurut John Rawls dan John Rawls, keadilan hukum Islam dan keadilan Pancasila. John Rawls dalam konsep keadilannya lebih menekankan pada keadilan sosial.<sup>61</sup> Dia melihat kepentingan utama keadilan adalah (1) jaminan stabilitas hidup manusia, dan (2) keseimbangan antara kehidupan pribadi dan kehidupan bersama.<sup>62</sup>

Rawls mempercayai bahwa struktur masyarakat ideal yang adil adalah struktur dasar masyarakat yang asli dimana hak-hak dasar, kebebasan, kekuasaan, kewibawaan, kesempatan, pendapatan, dan kesejahteraan terpenuhi. Rawls berpendapat bahwa yang menyebabkan ketidakadilan adalah situasi sosial sehingga perlu diperiksa kembali mana prinsip-prinsip keadilan yang dapat digunakan untuk membentuk situasi masyarakat yang baik. Koreksi atas ketidakadilan dilakukan dengan cara mengembalikan (*call for redress*) masyarakat pada posisi asli (*people on original position*). Dalam posisi dasar inilah kemudian dibuat persetujuan asli antar (*original agreement*) anggota masyarakat secara sederajat.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta, *Loc.cit.*

<sup>61</sup> Damanhuri Fattah, "Teori Keadilan Menurut John Rawls", *Jurnal TAPIS*, Vol.9 No.2 Juli-Desember 2013, hlm. 31.

<sup>62</sup> *Ibid.*, hlm. 32.

<sup>63</sup> *Ibid.*, hlm. 32-33.

Ada tiga syarat supaya manusia dapat sampai pada posisi asli,<sup>64</sup> yaitu:

1. Diandaikan bahwa tidak diketahui, manakah posisi yang akan diraih seorang pribadi tertentu di kemudian hari. Tidak diketahui manakah bakatnya, intelegensinya, kesehatannya, kekayaannya, dan aspek sosial yang lain;
2. Diandaikan bahwa prinsip-prinsip keadilan dipilih secara konsisten untuk memegang pilihannya tersebut; dan
3. Diandaikan bahwa tiap-tiap orang suka mengejar kepentingan individu dan baru kemudian kepentingan umum. Ini adalah kecenderungan alami manusia yang harus diperhatikan dalam menemukan prinsip-prinsip keadilan.

Dalam menciptakan keadilan, prinsip utama yang digunakan adalah kebebasan yang sama sebesar-besarnya, asalkan tetap menguntungkan semua pihak dan prinsip ketidaksamaan yang digunakan untuk keuntungan bagi yang paling lemah.<sup>65</sup> Prinsip ini merupakan gabungan dari prinsip perbedaan dan persamaan yang adil atas kesempatan. Sehingga secara keseluruhan berarti ada tiga prinsip untuk mencari keadilan, yaitu: 1) Kebebasan yang sebesar-besarnya sebagai prioritas; 2) Perbedaan; dan 3) Persamaan yang adil atas kesempatan.<sup>66</sup>

Asumsi pertama yang digunakan adalah hasrat alami manusia untuk mencapai kepentingannya terlebih dahulu baru kemudian kepentingan umum. Hasrat ini adalah untuk mencapai kebahagiaan yang juga merupakan ukuran

---

<sup>64</sup> Struktur dasar masyarakat yang adil dapat dicapai dengan mengadakan reorganisasi atau penataan kembali susunan dasar masyarakat. Dalam hal ini setiap individu harus dalam keadaan "posisi asli" (*original position*). *Original position* adalah suatu keadaan awal di mana manusia digambarkan kembali pada sifat-sifat alaminya. Sifat asli manusia adalah : mementingkan diri sendiri, egois, moralis. Bertitik tolak dari posisi asli, orang akan sampai pada suatu persetujuan bersama untuk mewujudkan prinsip-prinsip keadilan. Syarat yang harus dipenuhi untuk mencapai posisi asli tersebut adalah "kerudung ketidaktahuan" (*veil of ignorance*). *Ibid.*, hlm. 43.

<sup>65</sup> *Ibid.*, hlm. 34.

<sup>66</sup> *Ibid.*

pencapaian keadilan. Maka harus ada kebebasan untuk memenuhi kepentingan ini. Namun realitas masyarakat menunjukkan bahwa kebebasan tidak dapat sepenuhnya terwujud karena adanya perbedaan kondisi dalam masyarakat.<sup>67</sup> Perbedaan ini menjadi dasar untuk memberikan keuntungan bagi mereka yang lemah. Apabila sudah ada persamaan derajat, maka semua harus memperoleh kesempatan yang sama untuk memenuhi kepentingannya. Walaupun nantinya akan memunculkan perbedaan, bukan suatu masalah asalkan dicapai berdasarkan kesepakatan dan titik berangkat yang sama.<sup>68</sup>

Secara garis besar, bahwa John Rawls yang dipandang sebagai perspektif “*liberal-egalitarian of social justice*”, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama dari hadirnya institusi-institusi sosial (social institutions). Akan tetapi, kebajikan bagi seluruh masyarakat tidak dapat mengesampingkan atau menggugat rasa keadilan dari setiap orang yang telah memperoleh rasa keadilan. Khususnya masyarakat lemah pencari keadilan.<sup>69</sup>

Secara spesifik, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaanya yang dikenal dengan “posisi asli” (original position) dan “selubung ketidaktahuan” (veil of ignorance).<sup>70</sup> Pandangan Rawls, tidak ada perbedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah suatu “posisi asli” yang bertumpu pada pengertian ekulibrium reflektif dengan didasari oleh

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Pan Mohamad Faiz, *Teori Keadilan John Rawls*, Jurnal Konstitusi, Volume 6, Nomor 1, April 2009, hlm. 139-140.

<sup>70</sup> *Ibid.*

ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (*freedom*), dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*). Sementara “selubung ketidaktahuan” adalah bahwa setiap orang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk terhadap posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutuhkan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang.

Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai “*Justice as fairness*”.<sup>71</sup> Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik.<sup>72</sup>

Dengan demikian, keadilan dalam konteks sosial harus diperjuangkan untuk dua hal: Pertama, melakukan koreksi dan perbaikan terhadap kondisi ketimpangan yang dialami kaum lemah dengan menghadirkan institusi-institusi sosial, ekonomi, dan politik yang memberdayakan. Kedua, setiap aturan harus meposisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Adapun Hans Kelsen dalam bukunya *general theory of law and state*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dapat dinyatakan adil

---

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> John Rawls, 1973. *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, diterjemahkan dalam Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006. *Teori Keadilan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.

apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya.<sup>73</sup> Pemikiran keadilan Hans Kelsen menganut aliran positifisme, mengakui juga kebenaran dari hukum alam. Sehingga pemikirannya terhadap konsep keadilan menimbulkan dualisme antara hukum positif dan hukum alam. Menurut Hans Kelsen:

“Dualisme antara hukum positif dan hukum alam menjadikan karakteristik dari hukum alam mirip dengan dualisme metafisika tentang dunia realitas dan dunia ide model Plato. Inti dari filsafat Plato ini adalah doktrinnya tentang dunia ide. Yang mengandung karakteristik mendalam. Dunia dibagi menjadi dua bidang yang berbeda: yang pertama adalah dunia kasat mata yang dapat di tangkap melalui indera yang disebut realitas; yang kedua dunia ide yang tidak tampak.”<sup>74</sup>

Dua konsep keadilan yang dikemukakan oleh Hans Kelsen:

Pertama, tentang keadilan dan perdamaian. Keadilan yang bersumber dari cita-cita irasional. Keadilan dirasionalkan melalui pengetahuan yang dapat berwujud suatu kepentingan-kepentingan yang pada akhirnya menimbulkan suatu konflik kepentingan. Penyelesaian atas konflik kepentingan tersebut dapat dicapai melalui suatu tata-tatanan yang memuaskan salah satu kepentingan dengan mengorbankan kepentingan yang lain atau dengan berusaha mencapai suatu kompromi menuju suatu perdamaian bagi semua kepentingan.

Kedua, konsep keadilan dan legalitas. Untuk menegakkan di atas dasar suatu yang kokoh dari suatu tatanan sosial tertentu, menurut Hans Kelsen pengertian “keadilan” bermaknakan legalitas. Suatu peraturan adalah “adil” jika ia benar-benar diterapkan, sementara itu suatu peraturan adalah “tidak adil” jika

---

<sup>73</sup> Hans Kelsen, 2011, *General Theory of Law and State*, Terjemahan Rasisul Muttaqien, Bandung: Nusa Media, hlm. 7.

<sup>74</sup> *Ibid*, hlm. 14, lihat dan bandingkan Filsuf Plato dengan Doktrinnya tentang Dunia Ide.

diterapkan pada suatu kasus dan tidak diterapkan pada kasus lain yang serupa.<sup>75</sup>

Konsep keadilan dan legalitas inilah yang diterapkan dalam hukum nasional bangsa Indonesia, yang memaknai bahwa peraturan hukum nasional dapat dijadikan sebagai payung hukum (*law umbrella*) bagi peraturan-peraturan hukum nasional lainnya sesuai tingkat dan derajatnya dan peraturan hukum itu memiliki daya ikat terhadap materi-materi yang dimuat dalam peraturan hukum tersebut.<sup>76</sup> Indonesia telah mengenal tata urutan perundang-undangan menurut Stufenbau theory Hans Kelsen. Hal ini dapat dilihat dalam UU No. 12 Tahun 2011, dari beberapa ketentuan tersebut ada satu persamaan yaitu bahwa semua peraturan hukum yang berlaku tidak boleh bertentangan dengan ketentuan hukum yang lebih tinggi sesuai dengan tata urutan perundang-undangan.

Jika kita mengiringi pemikiran Hans Kelsen, maka Pancasila dapat dilihat sebagai landasan unsur konstitutif dan regulatif, sebagai *Grundnorm* sumbernya dari segala sumber hukum dan landasan filosofis dari bangunan hukum nasional, dan pelbagai manifestasi budaya Indonesia yang memancarkan dan menghadirkan “*Geislichen Hintergrund*” yang khas.<sup>77</sup> Dilihat dari apa yang dikemukakan oleh Hans Kelsen dengan teori hukum murni, secara tegas memisahkan hukum dengan moral. Karena teori ini mengatakan; suatu analisis tentang struktur hukum positif yang dilakukan se-eksak mungkin, suatu analisis yang bebas dari semua pendapat etik atau politik mengenai nilai.<sup>78</sup> Tetapi teori hukum murni menjelaskan bahwa Pancasila bukanlah *Grundnorm*, karena bahwa Pancasila sebagai pedoman hidup

---

<sup>75</sup> *Ibid*, hlm. 16.

<sup>76</sup> *Ibid*, hlm. 17.

<sup>77</sup> Padmo Wahyono, 1999, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 214.

<sup>78</sup> C.K. Allen, 1994, *Law in the Making*, New York: Harvard University Press, hlm. 52.

bangsa, di dalamnya terkandung sistem nilai yang kemudian berkelanjutan menjadi norma-norma kehidupan.

Notonagoro,<sup>79</sup> mengatakan: Pancasila bukan hanya satu konsepsi politis, akan tetapi buah hasil perenungan jiwa yang dalam, buah hasil penyelidikan cipta yang teratur dan seksama di atas basis pengetahuan dan pengalaman yang luas. Dengan demikian Pancasila dalam keseluruhan artinya adalah nilai-nilai kejiwaan bangsa, hasrat keinginan yang mendalam dari bangsa, ikatan antara jiwa bangsa dan kenyataan hidup.

Terkait relevansi antara keadilan dan hukum, maka di berbagai literatur hukum banyak teori-teori yang berbicara mengenai keadilan. Salah satu diantara teori keadilan itu adalah teori etis, menurut teori ini hukum semata-mata bertujuan untuk keadilan. Isi hukum ditentukan oleh keyakinan yang etis tentang yang adil dan tidak adil.<sup>80</sup> Hukum menurut teori ini bertujuan untuk merealisasikan atau mewujudkan keadilan. Teori ini terkait juga pada hukum abadi yang terletak dalam budi Tuhan ditemukan juga dalam jiwa manusia. Partisipasi hukum abadi itu tampak dalam rasa keadilan, yaitu suatu sikap jiwa untuk memberi kepada setiap orang apa yang menjadi haknya.

Berbicara tentang hak, maka perlu kita memahami konsep keadilan menurut Aristoteles yang bertolak dari aliran filsafat realisme, dia menekankan filsafat keadilan tersebut berdasarkan pada kesadaran, maksudnya dalam pandangan Aristoteles titik sentralnya adalah kesadaran yang ada pada subyek

---

<sup>79</sup> Notonagoro dalam Roeslah Saleh, 1999, *Penjabaran Pancasila ke Dalam UUD 1945 Dalam Perundang-undangan*, Jakarta: Aksara Baru, hlm. 31.

<sup>80</sup> Van Apeldoorn, 1995. *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, hlm. 10.

yang berpikir.<sup>81</sup> Kemudian penekanan perimbangan atau proporsi pada teori keadilan Aristoteles, dapat dilihat dari apa yang dilakukannya bahwa kesamaan hak itu haruslah sama diantara orang-orang yang sama.<sup>82</sup> Maksudnya, pada satu sisi keadilan berarti juga kesamaan hak, namun pada sisi lain harus dipahami pula bahwa keadilan juga berarti ketidaksamaan hak. Dari teori ini dirumuskan bahwa keadilan terlaksana bila hal-hal yang sama diperlukan secara sama dan hal-hal yang tidak sama diperlakukan secara tidak sama.

Terkait dengan hak-hak ahli waris, Penulis berpendapat bahwa teori keadilan yang dapat dipakai dari pemikiran Aristoteles adalah teori keadilan distributif. Keadilan distributif adalah keadilan yang menuntut bahwa setiap orang mendapat apa yang menjadi haknya, jadi sifatnya proporsional. Dinilai adil apabila setiap orang mendapatkan apa yang menjadi haknya secara proporsional. Keadilan distributif berkenaan dengan penentuan hak dan pembagian hak yang adil dalam hubungan antara masyarakat dengan negara, dalam arti apa yang seharusnya diberikan oleh negara kepada warganya.

Prinsip keadilan distributif ada dua, yaitu meliputi:

1. Prinsip kebebasan yang sama, yaitu bahwa setiap orang harus mempunyai hak yang sama atas sistem kebebasan dasar yang sama yang paling luas sesuai dengan sistem kebebasan serupa bagi semua. Keadilan menuntut agar semua orang diakui, dihargai, dan dijamin haknya atas kebebasan secara bersama.
2. Prinsip perbedaan, yaitu bahwa ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga ketidaksamaan atau perbedaan itu dapat

---

<sup>81</sup> J.H. Rapar, 1993. *Filsafat Politik Aristoteles*, Jakarta: Rajawali Press, hlm. 102.

<sup>82</sup> *Ibid.*, hlm. 82.



menguntungkan mereka yang kurang beruntung dan sesuai dengan tugas dan kedudukan yang terbuka bagi semua di bawah kondisi persamaan kesempatan yang sama.<sup>83</sup>

Adapun pandangan keadilan dalam hukum nasional bersumber pada dasar negara. Pancasila sebagai dasar negara atau falsafah negara (*fiolosofische grondslag*) sampai sekarang tetap dipertahankan dan masih tetap dianggap penting bagi negara Indonesia. Secara aksiologis, bangsa Indonesia merupakan pendukung nilai-nilai Pancasila (*subscriber of values Pancasila*). Bangsa Indonesia yang berketuhanan, yang berkemanusiaan, yang berpersatuan, yang berkerakyatan, dan yang berkeadilan sosial.

Sebagai pendukung nilai, bangsa Indonesialah yang menghargai, mengakui, serta menerima Pancasila sebagai suatu bernilai. Pengakuan, penghargaan, dan penerimaan Pancasila sebagai sesuatu yang bernilai itu akan tampak merefleksikan dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan bangsa Indonesia. Kalau pengakuan, penerimaan, atau penghargaan itu direfleksikan dalam sikap, tingkah laku, serta perbuatan manusia dan bangsa Indonesia dalam hal ini sekaligus adalah pengembannya dalam sikap, tingkah laku, dan perbuatan manusia Indonesia. Oleh karenanya Pancasila sebagai suatu sumber hukum tertinggi secara irasional dan sebagai rasionalitasnya adalah sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia. Pandangan keadilan dalam hukum nasional bangsa Indonesia tertuju pada dasar negara, yaitu Pancasila, yang mana sila kelimanya berbunyi : “Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia”. Yang

---

<sup>83</sup> John Rawls, *Op.cit.*, hlm. 72.

menjadi persoalan sekarang adalah apakah yang dinamakan adil menurut konsepsi hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Kahar Masyhur mengemukakan pendapat-pendapat tentang apakah yang dinamakan adil, terdapat tiga hal tentang pengertian adil,<sup>84</sup> yaitu:

1. Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya;
2. Adil adalah menerima hak tanpa lebih dan memberikan orang lain tanpa kurang; dan
3. Adil adalah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa lebih tanpa kurang antara sesama yang berhak dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggaran”.

Untuk lebih lanjut menguraikan tentang keadilan dalam perspektif hukum nasional, terdapat diskursus penting tentang adil dan keadilan sosial. Adil dan keadilan adalah pengakuan dan perlakuan seimbang antara hak dan kewajiban.

Apabila ada pengakuan dan perlakuan yang seimbang hak dan kewajiban, dengan sendirinya apabila kita mengakui “hak hidup”, maka sebaliknya harus mempertahankan hak hidup tersebut dengan jalan bekerja keras, dan kerja keras yang dilakukan tidak pula menimbulkan kerugian terhadap orang lain, sebab orang lain itu juga memiliki hak yang sama (hak untuk hidup) sebagaimana halnya hak yang ada pada diri individu.<sup>85</sup> Dengan pengakuan hak hidup orang lain, dengan sendirinya diwajibkan memberikan kesempatan kepada orang lain tersebut untuk mempertahankan hak hidupnya.

---

<sup>84</sup> Kahar Masyhur, 1985. *Membina Moral dan Akhlak*, Jakarta: Kalam Mulia, hlm.71.

<sup>85</sup> Suhrawardi K. Lunis, 2000. *Etika Profesi Hukum*, Cetakan Kedua, Jakarta: Sinar Grafika, hlm. 50.

Konsepsi demikian apabila dihubungkan dengan sila kedua dari Pancasila sebagai sumber hukum nasional bangsa Indonesia, pada hakikatnya menginstruksikan agar senantiasa melakukan perhubungan yang serasi antar manusia secara individu dengan kelompok individu yang lainnya sehingga tercipta hubungan yang adil dan beradab. Hubungan adil dan beradab dapat diumpamakan sebagai cahaya dan api, bila apinya besar maka cahayanya pun terang. Jadi bila peradabannya tinggi, maka keadilanpun mantap.<sup>86</sup> Lebih lanjut apabila dihubungkan dengan “keadilan sosial”, maka keadilan itu harus dikaitkan dengan hubungan-hubungan kemasyarakatan. Keadilan sosial dapat diartikan sebagai:<sup>87</sup>

1. Mengembalikan hak-hak yang hilang kepada yang berhak;
2. Menumpas keaniayaan, ketakutan dan perkosaan dan pengusaha-pengusaha;
3. Merealisasikan persamaan terhadap hukum antara setiap individu, pengusaha-pengusaha dan orang-orang mewah yang didapatnya dengan tidak wajar”.

Keadilan sosial menyangkut kepentingan masyarakat dengan sendirinya individu yang berkeadilan sosial itu harus menyisihkan kebebasan individunya untuk kepentingan Individu yang lainnya. Hukum nasional hanya mengatur keadilan bagi semua pihak, oleh karenanya keadilan didalam perspektif hukum nasional adalah keadilan yang mensekasikan atau mensekasikan keadilan-keadilan yang bersifat umum di antara sebagian dari keadilan-keadilan individu. Dalam keadilan ini lebih menitikberatkan pada keseimbangan antara hak-hak individu masyarakat dengan kewajiban-kewajiban umum yang ada didalam kelompok masyarakat hukum.

---

<sup>86</sup> Purnadi Purbacaraka dan Soerjono Soekanto, *Loc.cit.*

<sup>87</sup> Kahar Masyhur, *Op.cit.*, hlm. 71.

Terkait dengan relevansi dan korelasi antara prinsip keadilan dan kesosialan, Phillipe Nonet dan Phillip Selznick lewat hukum responsif, menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik. Bahkan menurut Nonet-Selznick, hukum responsif merupakan program dari *sociological jurisprudence* dan *realist jurisprudence*. Dua aliran tersebut, pada intinya menyerukan kajian hukum yang lebih empirik melampaui batas-batas formalisme, perluasan pengetahuan hukum, dan peran kebijakan dalam putusan hukum.

Menurut catatan Nonet-Selznick, masa dua puluh tahun terakhir, merupakan masa bangkitnya kembali ketertarikan pada persoalan-persoalan dalam institusi-institusi hukum, yaitu bagaimana institusi-institusi hukum bekerja, berbagai kekuatan yang mempengaruhinya, serta berbagai keterbatasan dan kemampuannya. Sudah lama dirasakan bahwa pembentukan hukum, peradilan, penyelenggaraan keamanan sangat mudah dipisahkan dari realitas sosial dan dari prinsip keadilan itu sendiri. Kebangkitan ini merefleksikan dorongan akademik bahwa perspektif dan metode studi ilmu sosial berlaku pula untuk analisis atas institusi hukum maupun semangat pembaruan.<sup>88</sup>

Selanjutnya Penulis akan menguraikan keadilan dalam hukum Islam. Ajaran Islam, menurut Quthb, mengatur bentuk hubungan Tuhan dengan makhluk-Nya, hubungan antara sesama makhluk, dengan alam semesta dan

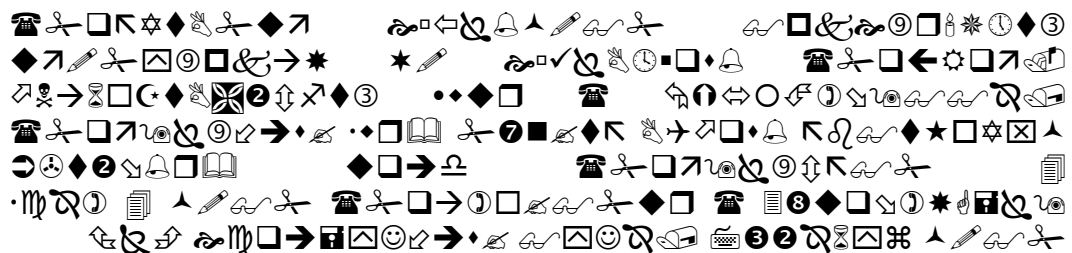
---

<sup>88</sup> Philippe Nonet & Philip Selznick, 2003. *Hukum Responsif, Pilihan di Masa Transisi*. Penerjemah Rafael Edy Bosco, Jakarta: Ford Foundation-HuMa, hlm. 210.



*balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.” (QS. An-Nisa: 135).*

Begitu pentingnya berlaku adil atau menegakkan keadilan, sehingga Allah memperingatkan kepada orang-orang yang beriman supaya jangan karena kebencian terhadap suatu kaum sehingga memengaruhi dalam berbuat adil, sebagaimana ditegaskan dalam Al-Qur’an Surat Al-Maidah ayat 8:



Artinya: *“Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu Jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk Berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.” (QS. Al-Maidah: 8)*

Adapun Murtadha Muthahhari<sup>90</sup> mengemukakan bahwa konsep adil dikenal dalam empat hal:

*Pertama*, adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, di mana segala sesuatu yang ada di dalamnya harus eksis dengan kadar semestinya dan bukan dengan kadar yang sama. Keseimbangan sosial mengharuskan kita melihat neraca kebutuhan dengan pandangan yang relatif melalui penentuan keseimbangan yang relevan dengan menerapkan potensi yang semestinya terhadap keseimbangan tersebut. Al-Qur’an Surat ar-Rahman

---

<sup>90</sup> Murtadha Muthahhari, 1995. *Keadilan Ilahi: Azas Pandangan Dunia Islam*, Bandung: Mizan, hlm 53-58.

ayat 7 yang artinya: “Allah meninggikan langit dan dia meletakkan neraca (keadilan)”.<sup>91</sup> Para ahli tafsir menyebutkan bahwa, yang dimaksud oleh ayat tersebut adalah keadaan alam yang diciptakan dengan seimbang. Alam diciptakan dan segala sesuatu dan dan setiap materi dengan kadar yang semestinya dan jarak-jarak diukur dengan cara yang sangat cermat.

*Kedua*, adil adalah persamaan penafian terhadap perbedaan apa pun. Keadilan yang dimaksudkan adalah memelihara persamaan ketika hak memilikinya sama, sebab keadilan mewajibkan persamaan seperti itu, dan mengharuskannya. *Ketiga*, adil adalah memelihara hak-hak individu dan memberikan hak kepada setiap orang yang berhak menerimanya. Keadilan seperti ini adalah keadilan sosial yang harus dihormati di dalam hukum manusia dan setiap individu diperintahkan untuk menegakkannya. *Keempat*, adil adalah memelihara hak atas berlanjutnya eksistensi.<sup>92</sup> Penyelenggaraan keadilan dalam Islam bersumber pada al-Qur’an serta kedaulatan rakyat atau umat. Makna yang terkandung pada konsepsi keadilan Islam ialah menempatkan sesuatu pada tempatnya, membebaskan sesuatu sesuai daya pikul seseorang, memberikan sesuatu yang memang menjadi haknya dengan kadar yang seimbang.

Prinsip pokok keadilan digambarkan oleh Madjid Khadduri<sup>93</sup> dengan mengelompokkan ke dalam dua kategori, yaitu aspek substantif dan prosedural yang masing-masing meliputi satu aspek dan keadilan yang berbeda. Aspek substantif berupa elemen-elemen keadilan dalam substansi syariat (keadilan

---

<sup>91</sup> Lihat: Al-Qur’an Surat Ar-Rahman ayat 7.

<sup>92</sup> Murtadha Muthahhari, *Op. Cit.*, hlm. 58.

<sup>93</sup> Madjid Khadduri, 1999. *Teologi Keadilan (Perspektf Islam)*, Surabaya: Risalah Gusti, hlm. 119-201.

substantif), sedangkan aspek prosedural berupa elemen-elemen keadilan dalam hukum prosedural yang dilaksanakan (keadilan prosedural). Manakala kaidah-kaidah prosedural diabaikan atau diaplikasikan secara tidak tepat, maka ketidakadilan prosedural muncul. Adapun keadilan substantif merupakan aspek internal dan suatu hukum di mana semua perbuatan yang wajib pasti adil (karena firman Tuhan) dan yang haram pasti tidak adil (karena wahyu tidak mungkin membebani orang-orang yang beriman suatu kezaliman).

## **1.6.2 *Middle Theory* tentang Teori Legislasi dan Perubahan Hukum**

### **1.6.2.1 Teori Legislasi**

Salah Satu *Middle theory* dalam penelitian ini adalah teori legislasi, dimana teori ini merupakan teori tentang cara atau teknik pembentukan perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan, atau penetapan dan pengundangannya. Teori legislasi digunakan untuk mengkaji dan menganalisis, apakah peraturan perundang-undangan yang dibuat dan ditetapkan telah sesuai dengan teori legislasi, misalnya apakah sesuai dengan hierarki peraturan perundang-undangan atau tidak.<sup>94</sup>

Adapun pengertian peraturan perundang-undangan, sebagaimana Bagir Manan melukiskan pengertian Perundang-Undangan dalam arti materil yang esensinya antara lain, sebagai berikut:<sup>95</sup>

1. Peraturan perundang-undangan berbentuk keputusan tertulis. Karena merupakan keputusan tertulis, peraturan perundang-undangan sebagai kaidah hukum tertulis (*geschrevenrecht, written law*);

---

<sup>94</sup> H. Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, 2014. *Penerapan Teori Hukum Pada Penelitian Tesis dan Disertasi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 33.

<sup>95</sup> Mahendra Kurniawan, dkk, 2007. *Pedoman Naska Akademik PERDA Partisipatif*, Cet. ke-1, Yogyakarta: Kreasi Total Media, hlm. 5.



2. Peraturan perundang – undangan dibentuk oleh pejabat atau lingkungan jabatan (badan, organ) yang mempunyai wewenang membuat “peraturan” yang berlaku atau mengikat umum (*algemeen*); dan
3. Peraturan perundang-undangan bersifat mengikat umum, tidak dimaksudkan harus selalu mengikat semua orang. Mengikat umum hanya menunjukkan bahwa Peraturan perundang-undangan tidak berlaku terhadap peristiwa konkret atau individu tertentu.

Maria Farida Indrati Soeprapto menyatakan bahwa istilah perundang-undangan mempunyai dua pengertian:<sup>96</sup>

1. Perundang-Undangian merupakan proses pembentukan/ proses membentuk peraturan-peraturan Negara, baik tingkat pusat maupun ditingkat daerah;
2. Perundang-undangan adalah segala peraturan Negara, yang merupakan hasil pembentukan peraturan-peraturan, baik ditingkat pusat maupun di tingkat daerah.

Adapun pengertian perundang-undangan menurut H. Soehino, yaitu:<sup>97</sup>

1. Pertama berarti proses atau tata cara pembentukan peraturan-peraturan perundangan Negara dari jenis dan tingkat tertinggi yaitu undang-undang sampai yang terendah, yang dihasilkan secara atribusi atau delegasi dari kekuasaan perundang-undangan.
2. Kedua berarti keseluruhan produk peraturan-peraturan perundangan tersebut.

Dalam hukum positif Indonesia, Pengertian normatif dari peraturan perundang-undangan disebutkan dalam Pasal 1 angka 1 Undang-Undang RI Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan perundang-Undangian adalah “*Peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan*”, yang mana dari definis tersebut dapat dikemukakan unsur-unsur peraturan perundang-undangan, yaitu :<sup>98</sup>

---

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

1. Peraturan tertulis;
2. Dibentuk oleh lembaga atau pejabat negara;
3. Melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan;
4. Mengikat secara umum.

Peraturan perundang-undangan merupakan hasil karya atau produk hukum dari lembaga atau pejabat negara yang menjalankan fungsi legislatif sesuai dengan tata cara yang berlaku. Moh Mahfud MD, membedakan produk hukum antara :<sup>99</sup>

1. Produk hukum responsive/populistik adalah produk hukum yang mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat. Dalam proses pembentukannya memberikan peranan besar dan berpartisipasi penuh kelompok-kelompok sosial atau individu di dalam masyarakat. Hasil bersifat responsif tuntutan kelompok sosial atau individu dalam masyarakat.
2. Produk hukum kenservesif/ortodoks/elitis adalah produk hukum yang isinya lebih mencerminkan visi sosial elit politik, keinginan pemerintah, bersifat positivis-instrumentalis, yakni menjadi alat pelaksana ideologi dan program negara.

Selanjutnya yang dimaksud dengan teori Legislasi, yaitu suatu teori yang mengkaji dan menganalisis tentang cara atau teknik pembentukan perundang-undangan yang mencakup tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan, atau penetapan dan pengundangnya. Teori ini digunakan untuk mengkaji dan menganalisis peraturan perundang-undangan yang dibuat dan ditetapkan telah sesuai dengan teori legislasi, misalnya apakah undang-undang itu sesuai dengan hierarki peraturan perundang-undangan atau tidak.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Rachmad Trijono, 2013. *Dasar-Dasar Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan*, Jakarta: Paps Sinar Sinanti, hlm. 15 .

<sup>99</sup> Moh. Mahfud MD, 2001. *Politik Hukum Di Indonesia*, LF2ES, Jakarta, Hlm. 25

<sup>100</sup> H. Salim HS dan Erlies Septiana Nurbani, *Loc.Cit.*

Proses penyusunan peraturan perundang-undangan atau legislasi di Indonesia melalui lima tahapan, yaitu : <sup>101</sup>

1. Tahap perencanaan merupakan proses, perbuatan atau cara merencanakan peraturan perundang-undangan.
2. Tahap penyusunan merupakan tahap untuk menyusun dan membuat peraturan perundang-undangan.
3. Tahap pembahasan merupakan untuk mengupas, membicarakan, membedakan, dan mengkritisi peraturan perundang-undangan yang telah disusun.
4. Tahap pengesahan atau penetapan merupakan tahap penetapan perundang-undangan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia, tambahan Berita Negara Republik Indonesia, Lembaran Daerah, tambahan Lembaran Daerah atau berita daerah.

Menyusun peraturan perundang-undangan harus memiliki tiga landasan, adapun landasan tersebut adalah sebagai berikut : <sup>102</sup>

1. Landasan filosofis adalah suatu rumusan peraturan perundang-undangan harus mendapatkan pembenaran yang dapat diterima jika dikaji secara filosofis. pembenaran itu harus sesuai dengan cita-cita dan pandangan hidup masyarakat, yaitu cita-cita kebenaran, cita-cita keadilan, dan cita-cita kesusilaan.
2. Landasan sosiologis adalah suatu peraturan perundang-undangan harus sesuai dengan keyakinan umum atau kesadaran hukum masyarakat. Oleh karena itu, hukum yang dibentuk harus sesuai dengan “hukum yang hidup di masyarakat”

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, hlm. 37-38.

<sup>102</sup> Jazid Hamidi dan Budiman N.P.D Sinaga, 2005. *Pembentukan Perundang-Undangan Dalam Sorotan*, Jakarta: Tata Nusa, hlm. 47-48.

3. Landasan yuridis adalah suatu peraturan perundang-undangan harus mempunyai landasan hukum atas dasar hukum atau legalitas yang terdapat dalam ketentuan lain yang lebih tinggi.

Realita pembentukan regulasi sekarang terlihat bahwa Pembentuk undang-undang tidak lagi mengarah kepada upaya “kodifikasi” tetapi “modifikasi”.<sup>103</sup> Dalam modifikasi, pembentuk undang-undang harus benar-benar memperhatikan hirarki perundang-undangan dan berbagai karakter produk hukum yang dibentuknya, di antaranya yaitu responsif, otonom atau represif. Dalam kodifikasi, penyusunan dan penetapan peraturan-peraturan hukum dalam undang-undang dilakukan secara sistematis tetapi bidang hukumnya agak luas.<sup>104</sup>

Konsep pembentukan peraturan perundang-undangan adalah rencana dalam membentuk hukum yang hakekatnya adalah produk penilaian akal-budi yang berakar dalam hati nurani manusia tentang keadilan terkait perilaku manusia dan situasi kehidupan manusia. Penghayatan terhadap keadilan menilai bahwa dalam situasi kemasyarakatan tertentu, orang berperilaku dengan cara tertentu yang dinilai adil atau memenuhi rasa keadilan.<sup>105</sup> Keadilan merupakan nilai abstrak yang perlu perwujudan dalam bentuk norma hukum sebagai sarana untuk mewujudkan nilai-nilai tersebut dalam kehidupan bermasyarakat.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Hamid S. Attamimi, 1992. *Teori Perundang-undangan Indonesia: Suatu Sisi Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan Indonesia yang Menjelaskan dan Menjernihkan Pemahaman*, “Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar”, Jakarta: FHUI, hlm. 116-117.

<sup>104</sup> S.J. Fockema Andreae, 1985. *Juridisch Woordenboek*, - Mr.N.E. Algra en Mr. H.R.W. Gokkel, *vijfde druk*, Samson H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn.

<sup>105</sup> Bernard Arief Sidharta, 2010. *Ilmu Hukum Indonesia*, Bandung: FH Unika Parahyangan, hlm. 88.

<sup>106</sup> Mahmutarom HR., *Rekonstruksi Konsep Keadilan*, Semarang: Badan Penerbit Undip, hlm. 119.

Perwujudan nilai-nilai norma hukum dalam masyarakat terbentuk melalui aturan perundang-undangan. Sajipto Rahardjo berpendapat bahwa dalam proses pembuatan rancangan undang-undang harus memperhatikan peran dari asas hukum. Asas hukum memberikan arah yang dibutuhkan. Maka pada waktu hukum atau undang-undang dikembangkan, asas hukum memberikan tuntunan dengan cara bagaimana dan ke arah mana sistem tersebut akan dikembangkan.<sup>107</sup>

Adapun sumber hukum formal merupakan dasar kekuatan mengikatnya peraturan-peraturan agar ditaati oleh masyarakat maupun oleh para penegak hukum. Hukum formal merupakan *causa efficient* daripada hukum yang meliputi, Undang-Undang, kebiasaan, yurisprudensi, traktat, perjanjian, dan, Doktrin.<sup>108</sup>

Dari sumber hukum formal, akan berlaku asas-asas hukum berikut:

1. *Lex Superiori Derogat Legi Inferiory* yang berarti Undang-Undang yang dibuat oleh penguasa yang tinggi mempunyai derajat yang lebih tinggi, sehingga apabila ada dua Undang-Undang yang tidak sederajat bertentangan maka hakim harus menerapkan Undang-Undang yang lebih tinggi dan menyatakan bahwa Undang-Undang yang lebih rendah tidak mengikat.
2. *Lex Specialis Derogat Legi Generali*, yaitu Undang-Undang yang khusus mengesampingkan Undang-Undang yang umum. Jika ada dua ketentuan dari peraturan perundang-undangan yang setingkat dan berlaku bersamaan serta bertentangan, maka yang khusus mengesampingkan yang umum.

---

<sup>107</sup>Sajipto Rahardjo, 2006, *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, hlm. 140.

<sup>108</sup> Liky Faizal, *Problematika Hukum Progres di Indonesia*, Jurnal pengembangan Masyarakat, Ijtima'iyya, Vol. 9, No. 2 Agustus 2016, hlm. 10.

3. *Lex Pasterior Derogat Legi Priori* yang berarti bahwa Undang-Undang yang berlaku kemudian membatalkan Undang-Undang yang terdahulu, sejauh Undang-Undang itu mengatur obyek yang sama.
4. Undang-Undang tidak dapat diganggu gugat. Undang-Undang tidak berlaku apabila jangka waktu berlakunya Undang-Undang telah habis, obyek yang diatur oleh Undang-Undang telah tidak ada, Undang-Undang telah dicabut oleh pembentuk atau instansi yang lebih tinggi, serta telah dikeluarkan undang-undang baru yang isinya bertentangan dengan isi Undang-Undang terdahulu.<sup>109</sup>

Lili Rasidji berpendapat bahwa pelaksanaan perundang-undangan yang bertujuan untuk pembaharuan dapat berjalan sebagaimana mestinya, hendaknya perundang-undangan yang dibentuk itu sesuai dengan apa yang menjadi inti pemikiran aliran *sociological Jurisprudence* yaitu hukum yang baik hendaknya sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat.<sup>110</sup> Hukum yang baik harus mencerminkan nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila yang merupakan adaptasi nilai yang bersumber dari hukum yang hidup dalam masyarakat. Pancasila merupakan satusatunya pedoman dasar bagi bangsa Indonesia dalam membentuk hukum yang baik yang memberikan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia, dengan kata lain, keadilan diwujudkan dalam bentuk kepastian hukum yang mengadopsi nilai-nilai yang terkandung di dalam Pancasila yang berupa prinsip-prinsip keadilan.

---

<sup>109</sup> JB Daliyo, dkk, 1996. *Pengantar Ilmu Hukum: Buku Panduan Mahasiswa*, Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, hlm. 53-56.

<sup>110</sup> Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Pengantar Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 74.

Dasar pembentukan peraturan perundang-undangan muncul dari prinsip dan nilai yang diambil dari Pancasila sebagai *Staatfundamentalnorm*, mengadopsi dari nilai-nilai Pancasila yang lahir dari bangsa Indonesia itu sendiri yang digagas oleh *Founding Father* Bangsa Indonesia. Hal ini memberikan landasan bagi terwujudnya suatu peraturan perundang-undangan yang baik. Prinsip dan nilai dari Pancasila mencerminkan perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia dengan tujuan terciptanya keadilan.<sup>111</sup>

Pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik harus berpedoman pada *Staatfundamentalnorm* yaitu Pancasila. Dasar dari pembentukan peraturan perundang-undangan tersebut mengadopsi prinsip dan nilai-nilai Pancasila guna terwujudnya keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia yaitu perlindungan Hak Asasi Manusia dalam memperoleh keadilan.<sup>112</sup> Pembentukan peraturan perundang-undangan sebagai bagian dari politik hukum berada dalam ruang lingkup nilai-nilai yang berasal dari aspek sosial, budaya, politik, ekonomi, hukum, dan sebagainya saling berinteraksi dan saling mempengaruhi serta merupakan satu kesatuan dalam membentuk peraturan perundang-undangan.<sup>113</sup>

Di negara hukum Indonesia, pembentukan peraturan perundang-undangan harus sesuai dengan konsep negara hukum Pancasila. Pancasila mempunyai perbedaan dengan norma dasar yang lainnya yaitu Pancasila menganut prinsip non sekuler dalam menciptakan kepastian, keadilan, dan manfaat.<sup>114</sup> Konsep negara

---

<sup>111</sup> Ferry Irawan Febriansyah, 2016, *Konsep Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia*, Jurnal *Perspektif* Volume XXI No. 3 Tahun 2016 Edisi September, hlm. 227.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

hukum yang mencerminkan keadilan yang harus dianut oleh bangsa Indonesia adalah konsep negara hukum Pancasila yang memberikan keadilan berupa prinsip-prinsip keadilan berdasarkan Pancasila. Pembentukan peraturan perundang-undangan adalah dengan menganut prinsip-prinsip yang terkandung di dalam nilai-nilai Pancasila.<sup>115</sup>

Selain daripada yang diutarakan di atas, dalam pembentukan Peraturan Perundang-undangan materi muatan yang harus diatur dengan undang-undang berisi hal hal berikut:

1. Mengatur lebih lanjut ketentuan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 meliputi:
  - b. Hak-hak asasi manusia;
  - c. Hak dan kewajiban warga Negara;
  - d. Pelaksanaan penegakan kedaulatan serta pembagian kekuasaan Negara;
  - e. Wilayah Negara dan pembagian daerah;
  - f. Kewarganegaraan dan kependudukan; dan
  - g. Keuangan negara.
2. Diperintahkan oleh suatu undang-undang untuk diatur dengan undang-undang.

Secara sederhana, langkah-langkah pembentukan Peraturan Perundang-undangan dapat dijelaskan susunan pembentukan Peraturan Perundang-undangan itu terdiri dari:<sup>116</sup>

- a. Pengkajian (Interdisipliner)
  - 1) Sudah mendesak untuk diatur undang-undang; dan

---

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> Sony Maulana Sikumbang, S.H., M.H., dkk, *Pengantar Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan*, Modul 1 Pelatihan, hlm. 140-143.



- 2) Kemungkinan-kemungkinan masalah yang akan timbul di bidang politik, ekonomi, sosial, dan budaya.

b. Melakukan Penelitian

- 1) Penelitian hukum ataupun hasil penelitian.
- 2) Hukum nasional maupun/hukum negara lain yang bersangkutan.
- 3) Penyusunan naskah akademik.
- 4) Penyusunan rancangan undang-undang.
- 5) Penyusunan peraturan pemerintah dan seterusnya.

Dalam praktiknya, penyusunan peraturan Perundang - undangan harus memperhatikan beberapa aspek meliputi:<sup>117</sup>

1. Aspek materiil/substansial, berkenaan dengan masalah pengolahan isi dari suatu peraturan Perundang-undangan.
2. Aspek formal/prosedural, berhubungan dengan kegiatan pembentukan peraturan Perundang-undangan yang berlangsung dalam suatu negara tertentu.
3. Struktur Kaidah Hukum

Aturan hukum sebagai pedoman perilaku memiliki struktur dasar yang terdiri atas unsur-unsur sebagai berikut: <sup>118</sup>

1. Subjek kaidah: menunjuk pada subjek hukum yang termasuk ke dalam sasaran penerapan sebuah pengaturan.
2. Objek kaidah: menunjuk pada peristiwa-peristiwa atau perilaku apa saja yang hendak diatur dalam aturan hukum tersebut.

---

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> *Ibid.*

3. Operator kaidah: menunjuk pada cara bagaimana objek kaidah diatur, misalnya menetapkan keharusan atau larangan atas perilaku tertentu, memberikan suatu hak atau membebaskan kewajiban tertentu.
4. Kondisi kaidah: menunjuk pada kondisi atau keadaan apa yang harus dipenuhi agar suatu aturan hukum dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya.<sup>119</sup>

Pembentukan peraturan perundang-undangan harus berdasarkan pada asas-asas peraturan perundang-undangan pada dasarnya dapat dikelompokkan kedalam dua bagian yakni asas-asas dalam pembentukan peraturan perundang-undangan dan asas-asas dalam materi muatan peraturan perundang-undangan.

Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang RI Nomor 12 Tahun 2011 menentukan berupa asas pembentukan peraturan perundang-undangan sebagai berikut :

1. Kejelasan Tujuan, yaitu bahwa setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai tujuan yang jelas yang hendak dicapai.
2. Kelembagaan atau Organ Pembentukan yang Tepat, yaitu bahwa setiap jenis pembentukan perundang-undangan harus dibuat oleh lembaga/pejabat pembentuk peraturan perundang-undangan yang berwenang. Peraturan perundang-undangan tersebut dapat dibatalkan atau batal demi hukum, apabila dibuat oleh lembaga/lembaga yang tidak berwenang.
3. Kesesuaian antara jenis. Yang dimaksud dengan asas “kesesuaian antara jenis dan materi muatan” adalah bahwa dalam pembentukan peraturan perundang-undangan harus benar-benar memperhatikan materi muatan yang tepat dengan jenis peraturan perundang-undangannya.

---

<sup>119</sup> *Ibid.*

4. Dapat Dilaksanakan, yaitu bahwa setiap pembentukan perundang-undangan harus diperhatikan efektivitas peraturan perundang-undangan tersebut di dalam masyarakat, baik filosofis, yuridis, maupun sosiologis.
5. Kedayagunaan dan Kehasilgunaan, yaitu bahwa setiap peraturan perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dan mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.
6. Kejelasan Rumusan, yaitu bahwa setiap peraturan perundang-undangan harus memenuhi persyaratan teknik penyusunan peraturan perundang-undangan, sistematika, dan pilihan kata atau perunnologi, serta bahasa hukum yang jelas dan mudah dimengerti, sehingga tidak menimbulkan berbagai macam interpretasi dalam pelaksanaannya.
7. Keterbukaan, yaitu bahwa dalam proses pembentukan perundang-undangan mulai dari perencanaan, persiapan, penyusunan, serta pembahasan bersifat transparan dan terbuka. Dengan demikian seluruh lapisan masyarakat mempunyai kesempatan yang seluas-luasnya untuk memberikan masukan dalam program pembentukan peraturan perundang-undangan.

Pasal 6 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011, ada beberapa asas yang harus dimuat dalam peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

1. Pengayoman, yaitu bahwa setiap materi muatan harus berfungsi memberikan perlindungan dalam rangka menciptakan ketentraman masyarakat.
2. Kemanusiaan, yaitu setiap materi muatan harus mencerminkan perlindungan dan penghormatan hak-hak asasi manusia serta harkat dan martabat setiap warga negara dan penduduk Indonesia secara proporsional.

3. Kebangsaan, yaitu setiap materi muatan harus mencerminkan sifat dan watak bangsa Indonesia yang pluralistik (kebhinekaan) dengan tetap menjaga prinsip-prinsip negara kesatuan Republik Indonesia.
4. Kekeluargaan, yaitu setiap materi muatan harus mencerminkan musyawarah dan mencapai mufakat dalam setiap pengambilan keputusan,
5. Kenusantaraan, yaitu bahwa setiap materi muatan harus memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan materi muatan peraturan perundangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sisten hukum nasional yang berdasarkan Pancasila.
6. Bhinneka Tunggal Ika, yaitu bahwa materi muatan harus memperhatikan keragaman penduduk, agama, suku dan golongan, kondisi khusus daerah, serta kondisi khusus yang menyangkut masalah-masalah sensitif dalam kehidupan bermasyarakat, barbangsa dan bernegara.
7. Keadilan, yaitu bahwa setiap materi muatan harus mencerminkan keadilan secara proporsional bagi setiap warga negara tanpa kecuali.
8. Kesamaan Kedudukan dalam Hukum dan Pemerintahan, yaitu setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh berisi hal-hal yang bersifat membedakan berdasarkan latar belakang , antara lain agama, suku, ras, golongan, gender, atau status sosial.
9. Ketertiban dan Kepastian Hukum, yaitu setiap muatan peraturan perundang-undangan harus dapat menmbulkan ketertiban dalam masyarakat melalui jaminan adanya kepastian hukum.

10. Keseimbangan, Keserasian, dan Kelarasan yaitu setiap materi muatan harus mencerminkan keseimbangan, keserasian, dan keselarasan, antara kepentingan individu dan masyarakat dengan kepentingan bangsa dan negara.

Setelah memenuhi asas-asas peraturan perundang-undangan, peraturan perundang-undangan yang telah dibentuk dapat dilaksanakan sebagai landasan hukum bagi Negara hukum yang menjunjung tinggi supremasi hukum. Dalam kajian perundang-undangan, hierarki perundangan-undangan menjadi norma-norma yang harus dipatuhi dan saling mengalahkan antara satu dengan lainnya. Norma-norma tersebut menjadi ukuran atau pedoman bagi seseorang dalam bertindak dalam kehidupan masyarakat. Norma-norma tertulis harus dipatuhi.<sup>120</sup>

Hubungan dengan hierarki norma hukum, Hans Kelsen mengemukakan teori *stufenbau (stufenbau des rechts theorie)*. Teori ini menjelaskan adanya jenjang dan lapisan dalam suatu hierarki tata susunan dalam norma hukum yang mengatur norma yang lebih rendah berlaku, bersumber, dan berdasarkan kepada norma yang lebih tinggi. Norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber, dan berdasarkan pada norma yang lebih tinggi dan seterusnya sampai pada norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotetis dan fiktif, yaitu norma dasar (*grundnorm*).<sup>121</sup>

Teori hierarki dikembangkan oleh Hans Nawiasky,<sup>122</sup> murid Hans Kelsen bahwa norma hukum dalam negara berlaku berjenjang sebagai berikut :

---

<sup>120</sup> Budiman N.P.D Sinaga, 2004. *Ilmu Pengetahuan Perundang-Undangan*, Yogyakarta: UII Press, hlm. 7-8.

<sup>121</sup> Maria farida Indrati Saeprato, 1998. *Ilmu Perundang-Undangan, Dasa-Dasar dan Pembentukannya*, Jakarta: Kunisius, hlm. 25.

<sup>122</sup> A. Hamid S. Attamini, 1990. *Peranan Putusan Presiden Republik Indonesia Dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara : Suatu Studi Analisi Mengenai Keputusan Presiden*

1. Norma fundamental (*staats fundamental norm*);
2. Aturan-aturan dasar negara/aturan pokok negara (*staatsgrund gesetz*);
3. Undang-undang (*formell gesetz*); dan
4. Peraturan pelaksana serta peraturan otonom (*veroednung et autonome statzung*)

Menurut Hans Nawiasky, isi *staats fundamental norm* ialah norma dasar bagi pembentukan konstitusi atau undang-undang dasar suatu negara (*staatsverfassung*), termasuk norma pengubahnya. Di bawah norma fundamental negara terdapat aturan pokok negara, yang biasanya dituangkan ke dalam batang tubuh suatu undang-undang dasar atau konstitusi tertulis.

Di bawah *staatsgrundgesetz* terdapat norma yang lebih konkrit yakni *formellegesetz* adalah *verordnung et autonome satzeeng* (peraturan pelaksanaan atau aturan otonom).<sup>123</sup> Berdasarkan teori Stufenbau dari Hans Kelsen, maka Pancasila merupakan norma dasar yang paling tinggi dan menjadi pertimbangan bagi kebenaran keseluruhan tata hukum di Indonesia.

Adapun hiererki peraturan perundang-undangan, dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 ditentukan jenis-jenis Peraturan Perundang-Undangan sebagai berikut :

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/ Peraturan Pemerintah sebagai Penganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;

---

*Yang Berfungsi Mengatur Dalam Kurun Waktu Pelita I-IV, Disertasi, Fakultas Pascasarjana Universitas Indonesia, Jakarta, hlm. 287.*

<sup>123</sup> *Ibid*

6. Peraturan Daerah Provinsi; dan

7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Jadi, materi muatan peraturanan perundang-undangan dapat dikonsepsikan bahwa semakin tinggi kedudukan suatu peraturan perundang-undangan, semakin abstrak dan mendasar materi muatannya. Begitu juga sebaliknya semakin rendah kedudukan suatu peraturan perundang-undangan semakin semakin rinci dan semakin konkrit juga materi muatannya.<sup>124</sup>

Adapun konsep dasar peraturan perundang-undangan yang berdasarkan Pancasila, mengedepankan Hak Asasi Manusia dan memberikan persamaan di hadapan hukum bagi seluruh rakyat Indonesia. Konsep ini menjadi pedoman bagi pembentukan regulasi di Indonesia, yang mengadopsi nilai-nilai Pancasila sehingga dapat mendistribusikan manfaat bagi seluruh rakyat Indonesia. Keadilan akan terwujud jika selalu mengedepankan Hak Asasi Manusia yang bersumber dari Pancasila yang berupa prinsip-prinsip keadilan.<sup>125</sup>

Pembentukan regulasi yang baik akan mengikuti dasar cita negara hukum yaitu Pancasila. Jika Pancasila dihubungkan dengan pembagian atas asas formal dan materiil, maka pembagiannya dapat disimpulkan sebagai asas-asas formal sesuai dengan Pancasila meliputi asas tujuan yang jelas, asas perlunya pengaturan, asas organ atau lembaga yang tepat, asas materi muatan yang tepat, asas dapat dilaksanakan, dan asas dapat dikenali. Sedangkan asas-asas materiilnya meliputi asas sesuai dengan cita hukum Indonesia dan norma fundamental negara, asas

---

<sup>124</sup> Mahendra Kurnia, dkk, *Op.cit.*,h 9

<sup>125</sup> *Ibid.*

sesuai dengan hukum dasar negara, asas sesuai dengan prinsip negara berdasarkan hukum, serta asas sesuai dengan prinsip pemerintahan berdasarkan konstitusi.<sup>126</sup>

Untuk memahami hierarki hukum dalam teori legislasi ini, tentunya menurut penulis kita juga perlu terlebih dahulu memahami mengenai struktur hukum itu sendiri, yang mana dalam hal ini teori yang akan penulis kemukakan adalah teori Lawrence M. Friedman mengenai Sistem hukum, yang didalamnya juga mengutarakan permasalahan struktur hukum.

Sistem hukum menurut Lawrence Friedman. Friedman membagi sistem hukum dalam tiga (3) komponen yaitu:<sup>127</sup>

1. *Substansi hukum (substance rule of the law)*, didalamnya melingkupi seluruh aturan baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, baik yang hukum material maupun hukum formal.
2. *Struktur hukum (structure of the law)*, melingkupi Pranata hukum, Aparatur hukum dan sistem penegakkan hukum. Struktur hukum erat kaitannya dengan sistem peradilan yang dilaksanakan oleh aparat penegak hukum, dalam sistem peradilan pidana, aplikasi penegakan hukum dilakukan oleh penyidik, penuntut, hakim dan advokat.
3. *Budaya hukum (legal culture)*, merupakan penekanan dari sisi budaya secara umum, kebiasaan-kebiasaan, opini-opini, cara bertindak dan berpikir, yang mengarahkan kekuatan sosial dalam masyarakat.

ketiga komponen tersebut diatas merupakan jiwa atau ruh yang menggerakkan hukum sebagai suatu sistem sosial yang memiliki karakter dan

---

<sup>126</sup> *Ibid.* hlm. 225.

<sup>127</sup> Lawrence M. Friedman, 1975. *The Legal System; A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, hlm. 12-16.



teknik khusus dalam pengkajiannya. Friedman membedah sistem hukum sebagai suatu proses yang diawali dengan sebuah input yang berupa bahan-bahan mentah yaitu berupa lembaran-lembaran kertas dalam sebuah konsep gugatan yang diajukan dalam suatu pengadilan, kemudian hakim mengelolah bahan-bahan mentah tersebut hingga menghasilkan output hukum berupa putusan.<sup>128</sup>

Masukan atau Input hukum yang berupa konsep gugatan atau dakwaan dalam sebuah sistem adalah elemen sikap dan nilai sosial atas tuntutan-tuntutan masyarakat yang menggerakkan sistem hukum. Jika masyarakat tidak melakukan tuntutan atas nilai dan sikap yang mereka anggap bertentangan dengan harapan mereka baik secara individu ataupun kelompok, maka tidak akan ada konsep gugatan ataupun dakwaan yang masuk di pengadilan. Jika tidak ada gugatan atau dakwaan sebagai input dalam sistem tersebut maka pengadilan tidak akan bekerja dan tidak akan pernah ada.<sup>129</sup> Oleh karenanya setiap komponen dalam sistem hukum tersebut adalah bagian yang tidak dapat terpisahkan jika salah satu komponen tidak bergerak maka tidak akan ada umpan balik yang menggerakkan sistem tersebut.

Perlu diingat bahwa sistem hukum bukanlah suatu mesin yang bekerja dengan mekanisme dan proses yang pasti. Para ahli hukum dengan gagasan idealnya menginginkan hukum bersifat pasti, bisa diprediksi, dan bebas dari hal yang subjektif dengan kata lain hukum harus sangat terprogram, sehingga setiap input yang masuk dan diolah akan menghasilkan output yang pasti dan bisa

---

<sup>128</sup> *Ibid*, hlm. 13.

<sup>129</sup> *Ibid*.

diprediksi. Oleh karenanya segala sesuatu yang outputnya lain dari pada itu akan dipandang tidak adil.<sup>130</sup>

Gagasan ideal tersebut diatas adalah gagasan yang mustahil diwujudkan di dalam sistem hukum *common law* ataupun sistem hukum *civil law*.<sup>131</sup> Hal itu tidak terlepas dari karakter unik dan khusus dari sistem hukum sebagai ilmu sosial yang spesifik. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Friedman bahwa yang memainkan peran penting dalam suatu proses pengadilan adalah Hakim dan para pengacara.

Para hakim dalam memutus perkara yang ditenganinya tidak terlepas dari berbagai faktor, baik latar belakang, sikap, nilai dan intuisi. Salah satu studi menunjukkan bahwa kalangan Demokrat di Mahkamah Agung Michigan lebih peka dari pada kalangan Republik terhadap tuntutan pengangguran.<sup>132</sup> Stuart Negel mengukur peranan pengacara dalam setiap proses peradilan berdasarkan pada latar belakang, keahlian, dan pengalaman para pengacara terhadap keputusan-keputusan. Alhasil ia mendapati bahwa para pengacara yang lebih tua dan lebih kaya cenderung untuk memenangkan kasus-kasus.<sup>133</sup>

Berdasarkan uraian diatas, maka sistem hukum yang dimulai dari *input* lalu diproses dan menghasilkan *ouput* berupa putusan adalah mekanisme yang

---

<sup>130</sup> *Ibid*, hlm. 14.

<sup>131</sup> Sistem hukum *common law* adalah sistem hukum yang berkembang di Negara Persemakmuran Inggris (Amerika Utara, Kanada, Amerika Serikat). Pada awalnya yakni abad I sampai dengan abad V, Inggris merupakan bagian dari Negara Romawi, namun proses Romanisasi di dalam hukum dan institusi-institusi boleh dibilang tidak meninggalkan bekas-bekasnya dalam periode-periode berikutnya. Adapun sistem hukum *Civil Law* adalah sistem hukum yang saat ini dianut oleh Negara-negara Eropa Kontinental atas dasar resepsi *corpus iuris civilis*. Sistem hukum *civil law* merupakan proses romanisasi hukum Romawi dalam rangka mengisi kekosongan-kekosongan hukum dalam perundang-undangan dan kebiasaan-kebiasaan hukum pribumi di Eropa Barat. Lihat Jhon Gilissen dan Frits Gorle, 2005. *Sejarah Hukum Suatu Pengantar*, Bandung: Refika Aditama, hlm. 350 dan hlm. 336.

<sup>132</sup> *Ibid*, hlm. 228.

<sup>133</sup> *Ibid*.

tidak dapat dipastikan dan diprediksi. Kompleksitas yang mempengaruhi sistem tersebut membuat penerapan hukum dalam konteks peradilan menjadi sangat subyektif dan sangat tergantung pada perspektif hakim dan juga tidak terlepas dari pengaruh para pengacara yang membuat argumentasi hukum dalam rangka meyakinkan hakim dalam memutuskan.

Hal tersebut juga dialami dalam sistem hukum Indonesia yang memadukan beberapa sistem hukum yang ada, termasuk mengadopsi beberapa teori hukum dari sistem hukum *common law*. Konsekuensi logis atas kompleksitas tersebut adalah bahwa setiap putusan dalam sistem peradilan Indonesia tergantung dari mazhab pemikiran para hakim termasuk sikap, nilai dan intuisi serta latar belakangnya.

#### **1.6.2.2 Teori Perubahan Hukum**

Hukum sebagai suatu sistem yang terbuka merupakan bentuk terobosan terhadap wilayah kajian untuk bertoleransi dengan elemen-elemen lain yang berada diluarnya, sehingga hukum menjadi domain bagi telaah disiplin lain dalam tatanan multi disiplin. Dalam konteks perubahan hukum dan perubahan sosial, hukum sebagai sistem yang terbuka harus menjadi dasar pengambilan kebijakan dalam rangka penyusunan pembaharuan hukum nasional Indonesia dan seperlunya dapat mendobrak nilai-nilai usang yang tidak mencerminkan domain dan nilai-nilai keindonesiaan menuju pembudayaan hukum pada semua elemen hukum yang harus mampu meresapi dan diresapi menjadi kultur yang dirasakan

mendarahdaging dalam nilai-nilai abstrak dan empirik sehingga mampu menuju standart keidealan hukum yang Indonesia semestinya.<sup>134</sup>

Perubahan hukum pasti mengikuti dan bergantung kepada perubahan sosial dalam fungsi hukum sebagai *reflector*, di mana hukum harus merefleksi keinginan bersama dalam masyarakat sehingga mestinya hukum bersifat netral. Terkait hubungan perubahan hukum dan perubahan sosial tersebut, Podgorecki menjelaskan bahwa fungsi hukum dalam masyarakat sebagai berikut :<sup>135</sup>

1. Fungsi *Integrasi*, yakni bagaimana hukum terealisasi saling berharap (*mutual expectation*) dari masyarakat;
2. Fungsi *Petrifikasi*, yakni bagaimana hukum melakukan seleksi dari pola-pola perilaku manusia agar dapat mencapai tujuan-tujuan sosial;
3. Fungsi *Reduksi*, yakni bagaimana hukum menyeleksi sikap manusia yang berbeda-beda dalam masyarakat yang kompleks sehingga sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Dalam hal ini, hukum berfungsi untuk mereduksi kompleksitas ke pembuatan putusan-putusan tertentu;
4. Fungsi *Memotivasi*, yakni hukum mengatur agar manusia dapat memilih perilaku yang sesuai dengan nilai-nilai dalam masyarakat; dan
5. Fungsi *Edukasi*, yakni hukum bukan saja menghukum dan memotivasi masyarakat, melainkan juga melakukan edukasi dan sosialisasi.

---

<sup>134</sup> Yuddin Chandra Nan Arif, 2013. “Dimensi Perubahan Hukum Dalam Perspektif Sistem Hukum Terbuka”, *Jurnal IUS, Vol. I No. 1, April 2013*, hlm. 125

<sup>135</sup> Lihat *Ibid.*, hlm. 114-115. Lihat juga Muhibbah, *Fungsi Hukum dalam Masyarakat*, <http://s2hukum.blogspot.com/2010/03/fungsi-hukum-dalam-masyarakat.html>, diakses 15 tanggal Februari 2019.

Perubahan hukum erat dengan permasalahan sistem hukum, yang menurut Lawrence M. Friedman sistem hukum merupakan suatu organisme kompleks yang komponennya dibagi menjadi:<sup>136</sup>

1. Komponen struktur, yaitu kelembagaan yang diciptakan oleh sistem hukum diantaranya kepolisian, kejaksaan, pengadilan yang mempunyai fungsi *law enforcement* dalam sistem itu sendiri;
2. Komponen substansi, merupakan norma-norma hukum, baik itu peraturan-peraturan, keputusan-keputusan dan sebagainya yang digunakan oleh para penegak hukum (komponen struktur) maupun oleh mereka yang diatur;
3. Komponen budaya hukum, terdiri dari ide-ide, sikap-sikap, harapan dan pendapat tentang hukum. Kultur hukum ini dibedakan antara *internal legal culture* yakni kultur hukumnya *lawyers* dan *judged's* dan *external legal culture*, yaitu kultur masyarakat pada umumnya.

Adapun sistem hukum terbuka merupakan salah satu aliran dalam teori hukum diwakili oleh Paul Scholten. Beliau berpendapat bahwa :<sup>137</sup>

*"Hukum itu merupakan suatu sistem; bahwa semua peraturan-peraturan itu saling berhubungan yang satu ditetapkan oleh yang lain; bahwa peraturan-peraturan tersebut dapat disusun secara mantik dan untuk yang bersifat khusus dapat dicari aturan-aturan umumnya, sehingga sampailah pada asas-asas. Tapi ini tidaklah berarti bahwa dengan bekerja secara mantik semata-mata untuk tiap-tiap hal dapat dicarikan keputusan hukumnya. Sebab disamping pekerjaan intelek, putusan itu selalu didasarkan pada penilaian yang menciptakan sesuatu yang baru.*

Tipikal dari sistem hukum terbuka adalah bahwa ia memainkan peranan mengintegrasikan, baik yang berkenaan dengan hubungan antar disiplin-disiplin

---

<sup>136</sup> Lawrence M. Friedman, 2009. *Sistem Hukum Perspektif Ilmu Sosial*, Cet. 2, Bandung: Nusa Media, hlm. 17-18.

<sup>137</sup> Muhammad Mujahidin, *Aliran-Aliran Hukum*, diakses dari <http://mujahidinimeis.wordpress.com/2010/05/05/aliran-aliran-hukum/>, tanggal Februari 2019.

ilmu satu terhadap yang lainnya maupun yang berkenaan dengan integrasi hasil-hasil artikel ilmiah dari disiplin-disiplin ilmu tersebut dalam konteks penyempurnaan hukum yang dinamitas dengan perubahan-perubahan aspek dan/atau pembedaan kehidupan yang kompleks, yang dalam konteks ini adalah perubahan-perubahan sosial masyarakat menuju perubahan hukum Indonesia.<sup>138</sup>

Kemudian, dalam sistem hukum terbuka terdapat 2 (dua) pandangan yang sangat dominan dalam rangka perubahan hukum, yaitu:

#### 1. Pandangan Tradisional

Kedudukan hukum adalah sebagai pembenar apa yang telah terjadi, sehingga fungsi hukumnya sebagai fungsi pengabdian. Hukum berkembang mengikuti kejadian-kejadian yang terjadi dalam suatu tempat dan selalu berada di belakang peristiwa yang terjadi tersebut. Hukum yang pasif berusaha agar dapat menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat. Perubahan masyarakat harus mendapat penyesuaian oleh hukum.<sup>139</sup>

#### 2. Pandangan Modern

Selain berfungsi sebagai pembenar, hukum juga harus tampil secara bersamaan dengan peristiwa yang terjadi, bahkan kalau perlu hukum harus tampil terlebih dahulu baru peristiwa mengikutinya. Hukum berperan aktif sebagai alat rekayasa social. Hukum harus mampu menggerakkan masyarakat menuju perubahan yang terencana. Pada fungsi sosial kontrolnya diletakkan pada kehidupan pribadi dalam kehidupan masyarakat.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Yuddin Chandra Nan Arif, *Op.cit.*, 118.

<sup>139</sup> Abdul Manan, 2006. *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Cet. 3, Jakarta: Kencana, hlm, 7.

<sup>140</sup> *Ibid.*, hlm., 8.

Secara teoritis, menurut Lawrence M. Friedman perubahan hukum dapat dibedakan ke dalam 4 (empat) tipe menurut titik awal perubahannya dan dan titik dampak akhirnya.<sup>141</sup>

1. Perubahan yang berawal dari luar sistem hukum, yakni dari masyarakat, tetapi mempengaruhi sistem hukum saja dan berakhir disana seperti sebuah peluru yang ditembakkan dan sampai ke sasarannya;
2. Perubahan yang berawal dari luar sistem hukum dan melewati sistem hukum, kemudian sampai ke titik dampak di luar sistem hukum, yakni masyarakat;
3. Perubahan yang berawal dari dalam sistem hukum dengan menghasilkan dampak di dalam sistem hukum juga; dan
4. Perubahan yang berawal dari dalam sistem hukum, kemudian menembus sistem hukum tersebut dengan dampak akhir di luarnya, yakni masyarakat.

Selanjutnya, perubahan hukum kebanyakannya berawal dari perubahan sosial dalam kehidupan masyarakat yang merupakan gejala umum yang terjadi di setiap masyarakat dan juga merupakan gejala sosial yang terus terjadi. Namun, perubahan itu sendiri yang tidak mengalami perubahan, tidak surut atau berhenti seiring dengan berjalannya waktu.<sup>142</sup> Berkenaan dengan hal ini, Soejono Soekanto<sup>143</sup> mengemukakan bahwa: *Proses perubahan sosial biasanya berlangsung melalui saluran-saluran perubahan tertentu. Saluran-saluran tersebut ada pada berbagai bidang kehidupan dan biasanya pengaruh kuat akan datang dari kehidupan yang pada saat menjadi pusat perhatian masyarakat.*

---

<sup>141</sup> Lawrence M. Friedman. *Op.cit.*, hlm., 353-354.

<sup>142</sup> Yuddin Chandra Nan Arif, *Op.cit.*, hlm. 120.

<sup>143</sup> Soejono Soekanto, et. al., 1993. *Pendekatan Sosiologi Terhadap Hukum*, Jakarta: Bina Aksara, hlm., 18.

Kemudian beliau menambahkan dengan menjelaskan bahwa:<sup>144</sup>

*Dalam proses perubahan sosial, terkadang dipertentangkan antara perubahan dari aspek material dan aspek spiritual. Menurut beliau, sebenarnya tidak ada pertentangan diantara kedua aspek tersebut, yang ada adalah kemungkinan salah satu aspek tertinggal oleh aspek yang lain, dikarenakan aspek material lebih mudah mengalami perubahan dibandingkan dengan aspek spiritual yang agak sulit untuk diubah karena menyangkut mentalitas.*

Perubahan-perubahan sosial tersebut dapat berupa sistem nilai-nilai, norma-norma sosial, pola-pola perilaku, organisasi kemasyarakatan, susunan lembaga-lembaga sosial, stratifikasi sosial, interaksi sosial dan sebagainya, yang memunculkan keadaan-keadaan baru. Keadaan-keadaan baru yang timbul tersebut adalah sebagai akibat dari perubahan sosial yang terjadi yang dapat mempengaruhi segala sistem dan pranata sosial dalam masyarakat sebagai sebuah realitas sosial yang baru pula.

Selanjutnya, dalam konteks hukum sebagai sistem hukum terbuka, akan jelas terlihat simbiosis keterkaitan antara perubahan hukum dan perubahan sosial, di antaranya sebagai berikut:<sup>145</sup>

1. Hukum tidak akan bersifat kaku dan egosentris pada dirinya sendiri, melainkan akan menjadi dan mengalami dinamisasi dengan responsifitasnya apabila berhadapan dengan kompleksnya perubahan sosial dalam masyarakat;
2. Perubahan sosial akan membawa konsekuensi pada pemulihan hukum untuk menjadi realitas hukum yang adaptif dengan realitas sosial;

---

<sup>144</sup> *Ibid.*, hlm. 18.

<sup>145</sup> Yuddin Chandra Nan Arif, *Op.cit.*, hlm. 124



3. Dengan sistem yang terbuka, fungsi hukum sebagai kendali sosial atau kontrol sosial dapat lebih dielaborasi dengan perubahan yang menjadi realitas sosial dalam satu jaringan toleransi untuk saling melengkapi; dan
4. Intervensi yang produktif dari berbagai disiplin ilmu lainnya akan menjadikan hukum lebih universal dan solusif dengan berbagai faktor dalam pembedaan kehidupan masyarakat.

Terkait dengan perubahan hukum di atas, sebenarnya dalam hukum Islam terdapat dua unsur di dalamnya, yaitu unsur hukum *al-tsabit* (tetap) tidak mengalami perubahan, dan unsur *tathawwur* (dinamis) bisa berubah sesuai dengan masa, kondisi dan tempat dimana hukum Islam itu diterapkan. Ketetapan hukum yang bersifat tetap itu ialah tidak menerima pembaharuan dan perubahan. Ketentuan hukum Islam yang tetap telah diterangkan dan ditetapkan oleh Alquran dan Sunnah secara pasti, jelas, dan terperinci. ketentuan hukum seperti ini bukan menjadi lapangan ijtihad.

Hukum Islam yang bersifat tetap tidak boleh berubah disebabkan jika ketentuan hukum itu mengalami perubahan maka akan terjadilah kerusakan dalam kehidupan manusia, karena ia menyangkut persoalan-persoalan yang *dharuriyah* (asasi).<sup>146</sup>

Adapun ketentuan-ketentuan hukum yang tidak tetap, yang dapat berubah dapat dibedakan kepada dua macam, yaitu:<sup>147</sup>

1. Hukum yang digali dari dalil yang *zhonni* yang dapat mengalami perubahan.

---

<sup>146</sup> Fathurahman Azhari, "Dinamika Perubahan Sosial dan Hukum Islam", *Al-Tahrir*, Vol. 16, No. 1 Mei 2016, hlm. 206.

<sup>147</sup> Abdullah Nashih Ulwan, 1992. *Syari'at Islam yang Abadi*. terj. Daud Rasyid, Bandung: Usamah Press, hlm. 49.

2. Hukum-hukum yang dihasilkan melalui hasil ijtihad sebagai akibat dari perkembangan zaman.

Sebagaimana dalam teori ushul fikih, ijtihad dapat dilakukan pada lapangan tertentu saja, yaitu:

1. Dalil-dalil yang *qath'i al-wurud* tetapi *zhonni dalalah*-nya;
2. Dalil-dalil yang *zhonni al-wurud* tetapi *qath'i dalalah*-nya;
3. Dalil-dalil yang *zhonni al-wurud* dan *zhonni al-dalalah*; dan
4. Terhadap kasus-kasus yang tidak ada dalil hukumnya.<sup>148</sup>

Pemahaman para ulama terhadap hukum Islam yang menerima perubahan karena perubahan zaman, keadaan dan tempat, sesuai dengan teori elastisitas hukum Islam yang dianut oleh sejumlah ahli hukum. Fleksibelitas hukum Islam dalam praktik menunjukkan bahwa hukum Islam bisa beradaptasi dengan perubahan sosial.<sup>149</sup>

Hukum Islam bersifat dinamis dan relevan untuk setiap zaman, keadaan dan tempat.<sup>150</sup> Tanpa adanya upaya perubahan dan pembaharuan hukum Islam akan mengalami kesulitan dalam menerapkan hukum Islam.

Pada hakekatnya, tujuan hukum Islam adalah untuk kemaslahatan hidup manusia. Sehingga sudah semestinya hukum Islam dapat memberikan solusi dan petunjuk terhadap permasalahan dalam kehidupan manusia, baik dalam bentuk penetapan hukum sebagai jawaban terhadap suatu permasalahan yang timbul,

---

<sup>148</sup> Djazuli, 2005. *Ilmu Fiqh Penggalan, Perkembangan dan Penerapan Hukum Islam*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, hlm. 72.

<sup>149</sup> Muhammad Khalid Mas'ud, *Filsafat Hukum: Studi Tentang dan Pemikiran Abu Ishaq al-Shatibi*, hlm. 23–24.

<sup>150</sup> Yusuf Musa, 1958. *Tarikh al-Fiqh al-Islami*, Mesir: *Dar-al-Kitab al-'Arabi*, hlm. 14.

maupun dalam bentuk peraturan untuk menata kehidupan manusia itu sendiri. Hukum Islam dituntut dapat memberikan jawaban permasalahan yang timbul sesuai dengan perubahan yang terjadi pada masyarakat. Inilah yang menyebabkan pentingnya mempertimbangkan reaktualisasi dalam hukum Islam.<sup>151</sup>

Hubungan antara perubahan sosial dan hukum merupakan hubungan interaksi, dalam arti terdapat pengaruh perubahan sosial terhadap perubahan hukum, sementara di sisi yang lain, perubahan hukum juga berpengaruh terhadap perubahan sosial.<sup>152</sup> Memang dalam sistem sosial, sosial dan hukum sebagai sub sistem yang masing-masingnya berjalan sesuai dengan fungsinya, namun sebagai sistem ada ketergantungan dan keterkaitan. Oleh karena itu, adanya perubahan sosial akan membawa kepada perubahan hukum, dan sebaliknya adanya perubahan hukum akan membawa kepada perubahan sosial.<sup>153</sup>

Menurut penulis saat ini sudah tidak dapat dipungkiri bahwa dinamika sosial dan hukum Islam itu saling memiliki keterkaitan dalam perubahan. Perubahan hukum Islam dapat membawa kepada perubahan sosial, apabila hukum Islam itu telah menjadi adat bagi suatu masyarakat atau apabila hukum Islam itu telah diserap menjadi hukum positif. Begitu juga sebaliknya perubahan sosial membawa kepada perubahan hukum Islam.

Dalam epistemologi Islam, pembahasan perubahan hukum dapat dipelajari dan dipahami dalam beberapa kaidah ushul fiqh yang telah diajarkan oleh para mujtahid, para ulama, maupun para tokoh pemikir Islam, yang mana yang paling

---

<sup>151</sup> Fathurrahman Azhari, *Op.cit.*, hlm, 207-208.

<sup>152</sup> Munir Fuady, 2007. *Sosiologi Hukum Kontemporer Interaksi Hukum, Kekuasaan, dan Masyarakat*, Bandung: Citra Aditya, hlm. 61.

<sup>153</sup> Fathurrahman Azhari, *Op.cit.*, hlm. 220-221.

berkaitan erat dengan perubahan hukum ini adalah metode ijtihad yang salah satunya adalah dengan pendekatan *al-'addah al-muhakkamah* (العادة محكمة),<sup>154</sup> yang berarti: “Adat kebiasaan itu ditetapkan menjadi hukum”. Kaidah ini diangkat karena ada kebiasaan erat kaitannya dengan dimensi ruang (tempat) dan waktu (zaman) kaidah ini sesuai dengan nash al-Qur'an dan sunnah, yakni:

وأمر بالعرف واعرض عن الجاهلين

Artinya: “Dan suruhlah orang-orang mengerjakan yang ma'ruf serta berpalinglah dari orang-orang yang bodoh.” (QS. Al-A'raf:199)

ما رأه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن

Artinya: “Apa yang dipandang baik oleh orang-orang Islam, maka baik pula disisi Allah.” (H.R. Ahmad dari Ibn Mas'ud)

Terkait dengan pembahasan tersebut di atas, syekh Fakhruddi al-Razi:<sup>155</sup>

إن الأحكام غير متناهية و النصوص متناهية و إثبات م لا نهاية بمتناهية محال فلا بد من طريق آخر سوى النصوص و هو القياس.

Yang artinya bahwa “Sesungguhnya permasalahan hukum tidak akan pernah berakhir, sementara sumber hukum pokok telah selesai (*nushush*), mengatur sesuatu yang tidak terbatas dengan aturan yang telah usai merupakan keniscayaan, oleh sebab itu mesti ditemukan cara lain selain nash-nash, yaitu dengan analogi”. Kaidah ini merupakan salah satu kaidah terkait adat-istiadat yang mendapatkan legitimasi syariat.

Selanjutnya, menurut al-Jurjani yang dimaksud dengan adat adalah:<sup>156</sup>

<sup>154</sup> Al-Imam Jalaluddin Abdul Rahman al-Suyuti, tth. *Al-Asybah wa Al-Nadza'ir*, Indonesia: Maktabah Nur Asia, hlm. 63

<sup>155</sup> Fakhruddin Muhammad bin Umar bin al-Huseyn al-Râzî, 1998. *Al-Ma'âlim fî 'Ilm Ushul*, Beirut: *Dâr al-Ma'rîfah*, hlm. 157.

ما استقر النفوس عليه على حكم المعقول و عادوا إليه مرة بعد أخرى

Artinya: “sesuatu yang terus menerus dilakukan oleh manusia, dapat diterima oleh akal, dan manusia mengulang-ulanginya terus menerus”.

Pada dasarnya, sebagian ulama menyamakan antara adat dengan *al-‘urf* karena substansi yang sama, hal ini dipahami melalui defenisi *al-‘urf*.<sup>157</sup>

ما استقر النفوس عليه بشهادة العقول و تلقته الطباع بالقبول و هو حجة أيضا لكنه اسرع إلى الفهم بعد أخرى

Artinya: “suatu perkara dimana jiwa merasakan ketenangan dalam mengerjakannya karena sudah sejalan dengan logika dan dapat diterima oleh watak kemanusiannya. Maka dari itu ia dapat dijadikan sebagai Hujjah, tetapi hal ini lebih cepat dimengerti”.

Adapun Ibn Qayyim al-Jauziyyah, terkait elastisitas Hukum Islam, memberikan kaidah yang berkaitan dengan perubahan hukum, yaitu.<sup>158</sup>

تغيّر الفتوى واختلافها بحسب تغيّر الأزمنة والامكنة والاحوال والنيات والفوائد (والعوائد)

Artinya: “Perubahan dan perbedaan fatwa hukum dapat terjadi karena perubahan waktu (zaman), ruang (tempat), kondisi (ahwal), niat dan manfaat”. Selanjutnya ada kaidah lainnya yang berbunyi:

لا ينكر تغيّر الاحكام بتغيّر الأزمنة والامكنة

Artinya: “Tidak dipungkiri bahwa perubahan hukum disebabkan perubahan zaman dan tempat”.

<sup>156</sup> Ali Ibn Muhammad al-Jurjani, 2012. *al-Ta’rifat, Dar al-Kutub al-Islamiyyah*, hlm. 160.

<sup>157</sup> Ibid., hlm. 164

<sup>158</sup> Ibn Qayyim al-Jauziyyah, tth. *I’lam al-Muwaqqi’in ‘an Rabb al-‘Alamin*, Juz. III, Beirut: Dar al-Fikr, hlm. 3.

Kedua kaidah yang dijelaskan oleh al-Jauziyyah ini, menyatakan bahwa fatwa hukum tidaklah kaku, tetapi ia bisa berubah -elastis dan fleksibel- sesuai dengan perubahan waktu, ruang, kondisi, niat dan manfaat yang ditimbulkan. Dari kaidah ini juga dapat dihasilkan turunan kaidah-kaidah yang lain yang lebih khusus sesuai dengan variabel atau unsur-unsur perubahannya.

Sebagaimana telah disebutkan pada pembahasan di atas, bahwa perubahan waktu atau zaman merupakan salah satu faktor yang menyebabkan terjadinya perubahan hukum. Perubahan ini sesungguhnya berkaitan erat dengan kondisi-kondisi tertentu yang memungkinkan adanya perubahan hukum, misalnya kondisi yang menyulitkan (*masyaqaat*), kondisi berbahaya (*dharurat*), atau budaya dan kultur (*al-'uruf*). Diantara kaidah yang berkenaan dengan hal ini adalah:<sup>159</sup>

ما كان ممنوعا اذا جاز وجب

Kaidah diatas, berarti: “*Semua yang dilarang apabila diperbolehkan maka menjadi wajib*”. Dari kaidah itu dapat difahami bahwa sesuatu yang telah diwajibkan, tidak boleh ditinggalkan kecuali adanya sesuatu kewajiban lain yang mengharuskan untuk meninggalkannya. Misalnya memotong tangan pencuri, seandainya tidak wajib tentu hukumnya haram sebab memotong atau melukai adalah tindak pidana. Disinilah nampak dimensi perubahan yang berkaitan dengan zaman dan waktu, dimana hukum dapat berlaku pada suatu ketika dan tidak berlaku pada saat yang lain.

Kemudian, penulis juga akan mengutarakan kaidah-kaidah lainnya terkait dengan perubahan hukum, yaitu sebagai berikut:

---

<sup>159</sup> Al-Suyuti, *Op.cit.*, hlm. 101

1. Kaidah terkait perubahan waktu, yaitu:<sup>160</sup>

انَّ الحَكمَ الثَّابِتَ الى غاية ينتهي بوجود الغاية ولا يبقى بعدها

Artinya: “*Sesungguhnya hukum yang berlaku dengan batas-batas tertentu, maka hukum itu berakhir setelah adanya batas akhir hukum, dan tidak ada lagi hukum setelahnya*”.

2. Kaidah terkait perubahan ruang, yaitu:<sup>161</sup>

مقاصد اللفظ على نية الالفاظ الا في موضع واحد وهو اليمين عند القاضي فانها على نية  
القاضي

Artinya: “*Maksud dari lafadz adalah menurut orang yang mengucapkannya, kecuali dalam satu tempat yakni dalam sumpah dihadapan qadhi (pengadilan). Dalam keadaan demikian, maka maksud lafadz adalah menurut niat qadhi*”.

3. Kaidah terkait perubahan hukum karena kebutuhan, yaitu:<sup>162</sup>

لا حرم مع الضرورة ولا كراهة مع الحاجة

Artinya: “*Tiada keharaman bagi darurat dan tiada kemakruhan bagi kebutuhan*”.

4. Kaidah terkait perubahan hukum karena kedharuratan, yaitu:<sup>163</sup>

ما ابيح للضرورة يقدر بقدرها

Artinya: “*Apa yang dibolehkan karena Dharurat, maka diukur menurut kadar kemadlaratannya*”.

5. Kaidah terkait perubahan hukum karena kedharuratan, yaitu:<sup>164</sup>

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> *Ibid., Op.cit.*, hlm. 32.

<sup>162</sup> Abdul Hamid Hakim, 1958. *Al-Sulam*, Bukit Tinggi: tp, hlm. 81.

<sup>163</sup> Al-Suyuti, *Op.cit.*, hlm. 60

الاضطرار لا يبطل حق الغير

Artinya: “keterpaksaan itu tidak dapat membatalkan hak orang lain”.

6. Kaidah terkait perubahan hukum karena manfaat adalah:<sup>165</sup>

المتعدي افضل من القاصر

Artinya: “Perbuatan yang mencakup kepentingan orang lain, lebih utama daripada yang hanya terbatas untuk kepentingan sendiri.”

7. Kaidah terkait perubahan hukum karena menolak kerusakan:<sup>166</sup>

درألمفاسد اولاً من جلب المصالح فاذا تعارض مفسدة ومسلحة قدم دفع المفسدة غالباً

Artinya: “Menolak kerusakan itu lebih diutamakan daripada menarik masalah. Apabila mafsadah dan masalah berlawanan, maka yang didahulukan adalah menolak mafsadat.”

Berkenaan dengan perubahan hukum di atas, Prof. Dr. H. Ahmad Rofiq, MA., menyatakan bahwa di Indonesia ada beberapa teori yang berkaitan dengan dengan perubahan hukum dalam arti berlakunya hukum Islam di Indonesia, yaitu: teori *receptie in complexu*, teori *receptie* dan teori *receptie a contrario*.<sup>167</sup>

Teori *receptie in complexu* merupakan teori yang menyatakan bahwa hukum Islam telah diterima (diresepsi) secara menyeluruh oleh umat Islam di Indonesia,<sup>168</sup> kemudian teori *receptie* adalah teori yang menganggap hukum Islam itu tidak ada, yang ada hanya hukum Adat. Hukum Islam hanya mempunyai arti

---

<sup>164</sup> Wahbah Al-Zuhaili, 1982. *Nadhariyyat al-Dharuriyat al-Syar'iyah*, Beirut: Muassasah Risalah, hlm 259.

<sup>165</sup> Al-suyuti, *Op.cit.*, hlm. 99

<sup>166</sup> *Ibid.*, hlm. 62.

<sup>167</sup> Lihat Ahmad Rofiq, 2017. *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Edisi Revisi, Depok: Rajawali Pers, hlm. 12-20.

<sup>168</sup> *Ibid.*, hlm. 12.



dan manfaat bagi kepentingan pemeluknya, apabila hukum Islam tersebut telah diterima (diresepsi) oleh hukum Adat.<sup>169</sup>

Sedangkan teori *receptie a contrario* atau dikenal juga dengan teori *receptie exit*, merupakan teori yang mengatakan bahwa hukum adat baru dinyatakan berlaku bagi orang Islam, apabila tidak bertentangan dengan hukum Islam.<sup>170</sup> Jika melihat ketiga teori ini, maka dalam penelitian ini Penulis lebih cenderung pada teori yang ketiga yaitu teori *receptie a contrario*, karena hukum adat itu dapat dijadikan pedoman jika tidak bertentangan secara substansi dengan ketentuan hukum Islam.

### **1.6.3 Applied Theory tentang Teori Hukum Progresif**

Progresif adalah kata yang berasal dari bahasa Inggris yang asal katanya adalah progress yang artinya maju. Hukum Progresif berarti hukum yang bersifat maju. Adapun pengertian hukum progresif, adalah mengubah secara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praktis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut di dasarkan pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.<sup>171</sup>

Hukum progresif adalah bagian dari proses pencarian kebenaran (*searching for the truth*) yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif yang dapat dipandang sebagai konsep yang sedang mencari jati diri, bertolak dari realitas

---

<sup>169</sup> Ibid., hlm. 16.

<sup>170</sup> Ibid., hlm. 18.

<sup>171</sup> <http://www.referensimakalah.com/2013/01/>, "Pengertian Hukum Progresif", diakses tanggal 10 November 2018.

empirik tentang bekerjanya hukum dimasyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam *setting* Indonesia akhir abad ke-20.<sup>172</sup>

Kekuatan hukum progresif menurut Satjipto Rahardjo katakan, merupakan kekuatan yang menolak keadaan status quo. Mempertahankan status quo<sup>173</sup> berarti menerima normatifitas dan sistem yang ada tanpa ada usaha untuk melihat aneka kelemahan di dalamnya yang kemudian mendorong bertindak mengatasinya. Hampir tidak ada usaha untuk melakukan perbaikan, yang ada hanya menjalankan hukum seperti apa adanya dan secara biasa-biasa saja.

Mempertahankan status quo dalam kondisi tersebut akan makin bersifat jahat sekaligus bertahan dalam situasi korup dan dekaden dalam sistem yang nyata-nyata memiliki kelemahan. Status quo juga bertahan salah satu alasannya karena doktrin otonomi hukum, padahal dalam diri hukum sesungguhnya juga benteng perlindungan bagi orang-orang mapan sehingga pendekatan tujuan keadilan hanya dapat dicapai dengan menggunakan pendekatan sistem peraturan dan prosedur obyektif. Pandangan dan pendekatan yang dipraktekkan dalam sistem *rule of law* demikian tidak akan pernah mencapai keadilan sosial.<sup>174</sup>

Pada dasarnya, gagasan hukum progresif oleh Satjipto Rahardjo merupakan pergumulan pemikirannya yang panjang terhadap penerapan sistem

---

<sup>172</sup> Mukhidin, "*Hukum Progresif Sebagai Solusi Hukum yang Mensejahterakan Rakyat*", *Jurnal Pembaharuan Hukum*, Volume I No. 3 September – Desember 2014, hlm. 278.

<sup>173</sup> Satjipto Rahardjo, 2006. *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, hlm. 114

<sup>174</sup> Philipe Nonet dan Philip Selznick, 1974. *Law and Society in Transition* :Toward Tanggapanive Law, London: Harper and Row Publisher, dalam Bernard L. Tanya, dkk, 2010., *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing, hlm. 204-204.

hukum di Indonesia yang selalu statis, koruptif, dan tidak mempunyai keberpihakan struktural terhadap hukum yang hidup di masyarakat. Hukum di Indonesia telah kehilangan basis sosialnya, basis multikulturalnya dan ditegakkan secara sentralistik dalam bangunan sistem hukum. Hukum kemudian dipaksakan dan diterapkan dengan kekerasan struktural oleh aparat penegak hukum.<sup>175</sup>

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk lebih memperhatikan faktor perilaku manusia. Tujuan hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Dr. A. Sukris Sarmadi, MH memahami hal ini bahwa hukum progresif adalah hukum untuk manusia, dimana hukum tersebut dapat mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia, atau dapat juga dipahami hukum tersebut selalu pro-keadilan dan pro-rakyat.<sup>176</sup>

Jadi, konsep gagasan hukum progresif adalah bahwa konsep “hukum terbaik” mesti diletakkan dalam konteks keterpaduan yang bersifat utuh (*holistik*) dalam memahami problem-problem kemanusiaan. Dengan demikian, gagasan hukum progresif tidak semata-mata hanya memahami sistem hukum pada sifat yang dogmatic, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantive. Dengan demikian, hukum dalam pandangan hukum

---

<sup>175</sup> Satjipto Rahardjo, 2010. *Sosiologi Hukum: Esai-Esai Terpilih*, Yogyakarta: Genta Publishing, hlm. 96-97.

<sup>176</sup> A. Sukris Sarmadi, *Op.Cit.*, hlm. 56

progresif mempunyai peran dan fungsi yang penting dalam menyikapi problem kemanusiaan tersebut. Berikut peran dan fungsi hukum tersebut, yaitu:

#### 1. Hukum Sebagai Institusi Yang Dinamis.

Hukum progresif menolak segala anggapan bahwa institusi hukum sebagai institusi yang final dan mutlak, sebaliknya hukum progresif percaya bahwa institusi hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a process, law in the making*). Anggapan ini dijelaskan oleh Satjipto Rahardjo bahwa Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan kepada manusia. Dalam konteks pemikiran yang demikian itu, hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan disini bisa diverifikasi ke dalam faktor-faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain.<sup>177</sup>

Dalam konteks tersebut, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara pelaksanaan hukum kita, yang tidak akan sekedar terjebak dalam ritme “kepastian hukum”, *status quo* dan hukum sebagai skema yang final, melainkan suatu kehidupan hukum yang selalu mengalir dan dinamis baik itu melalui perubahan-undang maupun pada kultur hukumnya. Pada saat kita menerima hukum sebagai sebuah skema yang final, maka hukum tidak lagi

---

<sup>177</sup> Mahfud MD, 2009. *Politik Hukum di Indonesia*, Jakarta: Rajawali Pers, hlm. 368.

tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, akan tetapi manusia yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

## 2. Hukum Sebagai Ajaran Kemanusiaan dan Keadilan.

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>178</sup> Hukum progresif berangkat dari asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya. Berdasarkan hal itu, maka kelahiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu; untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam arti hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia. Oleh karena itu menurut hukum progresif, hukum bukanlah tujuan dari manusia, melainkan hukum hanyalah alat. Sehingga keadilan substantif yang harus lebih didahulukan ketimbang keadilan prosedural, hal ini semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.

## 3. Hukum Sebagai Aspek Peraturan dan Perilaku.

Orientasi hukum progresif bertumpu pada aspek peraturan dan perilaku (*rules and behavior*). Peraturan akan membangun sistem hukum positif yang

---

<sup>178</sup> Mahmud Kusuma, 2009. *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Yogyakarta: Antony Lib bekerjasama LSHP, hlm. 31.

logis dan rasional. Sedangkan aspek perilaku atau manusia akan menggerakkan peraturan dan sistem yang telah terbangun itu. Karena asumsi yang dibangun disini, bahwa hukum bisa dilihat dari perilaku sosial penegak hukum dan masyarakatnya. Dengan menempatkan aspek perilaku berada diatas aspek peraturan, dengan demikian faktor manusia dan kemanusiaan inilah yang mempunyai unsur *greget* seperti *compassion* (perasaan baru), *empathy*, *sincerety* (ketulusan), *edication*, *commitment* (tanggung jawab), *dare* (keberanian) dan *determination* (kebulatan tekad).

Satjipto Rahardjo mengutip ucapan Taverne: “Berikan pada saya jaksa dan hakim yang baik, maka dengan peraturan yang buruk sekalipun saya bisa membuat putusan yang baik”. Dengan mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan merupakan titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.<sup>179</sup>

Hal ini juga berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistikpositivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (*holistik*), yaitu manusia sebagai pribadi (individu) dan makhluk sosial. Dalam konteks demikian, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan kepada siapapun.

#### 4. Hukum Sebagai Ajaran Pembebasan.

Hukum progresif berfungsi sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang

---

<sup>179</sup> *Ibid.*

legalistik-positivistik. Dengan ciri “pembebasan” itu, hukum progresif lebih mengutamakan “tujuan” daripada “prosedur”. Dalam konteks ini, untuk melakukan penegakan hukum, maka diperlukan langkah-langkah kreatif, inovatif dan bila perlu melakukan “mobilisasi hukum” maupun “*rule breaking*”. Paradigma “pembebasan” yang dimaksud disini bukan berarti menjurus kepada tindakan anarkhi, sebab apapun yang dilakukan harus tetapi didasarkan pada “logika kepatutan sosial” dan “logika keadilan” serta tidak semata-mata berdasarkan “logika peraturan” saja. Di sinilah hukum progresif itu menjunjung tinggi moralitas. Karena hati nurani ditempatkan sebagai penggerak, pendorong sekaligus pengendali “paradigma pembebasan” itu.

Dengan demikain, paradigma hukum progresif bahwa “hukum untuk manusia, dan bukan sebaliknya” akan membuat hukum progresif merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi yang tepat untuk mewujudkannya. Menurut Satjipto Rahardjo, progresivisme hukum bertolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia dasarnya adalah baik, memiliki kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama sebagai modal penting bagi membangun kehidupan ber hukum dalam masyarakat. Namun apabila dramaturgi hukum menjadi buruk seperti selama ini terjadi di negara kita, yang menjadi sasaran adalah para aparat penegak hukumnya, yakni polisi, jaksa, hakim dan advokat. Meskipun, apabila kita berfikir jernih dan berkesinambungan, tidak sepenuhnya mereka dipersalahkan dan didudukan sebagai satu-satunya terdakwa atas rusaknya wibawa hukum di Indonesia.<sup>180</sup>

---

<sup>180</sup> Mukhidin, *Op.cit.*, hlm. 280.

Memang sangat menyedihkan hati, ketika melihat kondisi hukum di Indonesia dengan segala bentuk praktisnya. Penggunaan hukum yang serba formal-prosedural dan teknikal, pada dasarnya telah banyak melupakan sisi kebenaran materiil, keadilan substansial dan kemanusiaan.<sup>181</sup>

Berfikir secara progresif, menurut Satjipto Raharjo<sup>182</sup> berarti harus berani keluar dari mainstream pemikiran absolutisme hukum, kemudian menempatkan hukum dalam posisi yang relative. Dalam hal ini, hukum harus diletakkan dalam keseluruhan persoalan kemanusiaan. Bekerja berdasarkan pola pikir yang determinan hukum memang perlu, namun itu bukanlah suatu yang mutlak dilakukan manakala para ahli hukum berhadapan dengan suatu masalah yang jika menggunakan logika hukum modern akan menciderai posisi kemanusiaan dan kebenaran. Bekerja berdasarkan pola pikir hukum yang progresif (paradigma hukum progresif), tentu saja berbeda dengan paradigma hukum positivistic-praktis yang selama ini diajarkan di perguruan tinggi.

Paradigma hukum progresif melihat faktor utama dalam hukum adalah manusia itu sendiri. Sebaliknya paradigma hukum positivistic meyakini kebenaran hukum di atas manusia. Manusia boleh dimarjinalkan asal hukum tetap tegak. Sebaliknya paradigma hukum progresif berfikir bahwa justru hukum boleh dimarjinalkan untuk mendukung eksistensialitas kemanusiaan, kebenaran dan keadilan. Agenda utama dari paradigma hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan tentang hukum.

---

<sup>181</sup> *Ibid.*

<sup>182</sup> Satjipto Rahardjo, 2006. *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Semarang: Pustaka Pelajar, hlm. 9.



Penerimaan faktor manusia di pusat pembicaraan hukum tersebut membawa kita untuk mempedulikan faktor perilaku (behavior, experience) manusia.<sup>183</sup>

Dalam bahasa Oliver W. Holmes, ketika logika peraturan dapat disempurnakan dengan logika pengalaman. apabila dalam filosofi paradigma hukum praktis posisi manusia adalah untuk hukum dan logika hukum, sehingga manusia dipaksa untuk dimasukkan ke dalam hukum, maka sebaliknya filosofi dalam paradigma hukum progresif adalah hukum untuk manusia. Apabila faktor kemanusiaan yang ada didalamnya termasuk juga kebenaran dan keadilan telah menjadi titik pembahasan hukum, maka faktor etika dan moralitas secara otomatis akan ikut terseret masuk ke dalamnya.

Membicarakan kebenaran, keadilan dan kemanusiaan tidak bisa dilepaskan dari membicarakan etika dan moralitas. Jadi, dengan tegas paradigma hukum progresif menolak pendapat yang memisahkan hukum dari faktor kemanusiaan dan moralitas. Disinilah letak pembebasan dan pencerahan yang dilakukan oleh paradigma hukum progresif.

Hukum progresif mengingatkan, bahwa dinamika hukum tidak kunjung berhenti, karena hukum terus menerus berada pada status membangun diri, dengan demikian terjadinya perubahan social dengan didukung oleh *social engineering by law* yang terencana akan mewujudkan apa yang menjadi tujuan hukum progresif yaitu kesejahteraan dan kebahagiaan manusia. Untuk itu, perlu mendapat kehidupan hukum yang berada.

Dalam hal ini, dibutuhkan predisposisi sebagai berikut:<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> Mukhidin, hlm. 281.

1. Menegakkan *Rule of Law*, empat hal yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, yaitu: *Government is under the law*, adanya *independence of jurisdiction*, *access to the court of law* dan *general acquial in certain application and same meaning* .
2. Mewujudkan *Democracy*, prinsip-prinsip dasar demokrasi yaitu; *constitutional, chek and balance, freedom of media, judicial independence of precident, control to civil to military, protection to minority*.

Kedua hal ini, adalah menjadi bagian dari prinsip-prinsip dari hukum progresif, dimana hukum bukan sebagai raja, tetapi alat untuk menjabarkan kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia, hukum bukan sebagai teknologi yang tak bernurani melainkan suatu institusi yang bermoral kemanusiaan. Pembahasan hukum tidak menyumbat pintu bagi issue manusia dan kemanusiaan. Oleh karena itu masalah manusia dan kemanusiaan akan terus menyertai dan ikut mengalir memasuki hukum. Maka hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk mengabdikan dan melestarikan manusia dengan segala perbincangan tentang kebenaran dan keadilan di dalamnya.

Kontribusi terbesar dari paradigma hukum progresif adalah menjadikan para ahli hukum untuk menjadi sosok manusia sebenar-benar manusia, bukan manusia sebagai robot/computer yang berisi software hukum. Paradigma hukum progresif akan mengarahkan jurist menjadi sosok yang arif, bijaksana dan memiliki wawasan komprehensif dalam mencapai kebenaran dan keadilan dalam

---

<sup>184</sup> *Ibid.*

setiap persoalan yang dihadapinya. Paradigma hukum progresif akan dapat menjinakkan kekakuan dan kebekuan undang-undang.

Adapun Keterkaitan Hukum Progresif dengan teori lain, yaitu:<sup>185</sup>

Pertama, teori hukum responsif dengan tokohnya Philip Nonet & Philip Selznick yang menginginkan agar hukum peka terhadap setiap perkembangan masyarakat. Salah satu ciri yang menonjol dari teori hukum responsif ini ialah lebih berorientasi pada keadilan dengan memperhatikan kepentingan umum. Teori ini lebih menekankan pada *substantial justice*. Persoalan keadilan lebih dipahami sebagai *quid ius*, bukan *quid iuris*. Terkait hal ini, Dr. H. M. Fahmi Al-Amruzi, M.Hum mengatakan bahwa produk hukum responsif adalah produk hukum yang mencerminkan rasa keadilan dan memenuhi harapan masyarakat, karena dalam pembuatannya memberikan peranan besar dan partisipasi penuh kelompok-kelompok sosial atau individu dalam masyarakat. Tentu, hasilnya akan bersifat respon terhadap kepentingan seluruh elemen, baik dari segi masyarakatan maupun penegakan hukum.<sup>186</sup>

Kedua, teori hukum realis atau *legal realism* yang ditokohi Oliver Wendell Holmes yang terkenal dengan adagium "*The life of the law has not been logic; it has been experience*". Bahwasanya hukum tidak sebatas logika, melainkan lebih pada pengalaman. Hukum tidak dilihat dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan lebih dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai, serta akibat yang ditimbulkan dari cara bekerjanya hukum. Pemahaman atas hukum tidak hanya bersifat tekstual, melainkan melampaui dokumen hukum.

---

<sup>185</sup> *Ibid.*, hlm. 282-283.

<sup>186</sup> M. Fahmi Al-Amruzi, 2012. *Rekonstruksi Wasiat Wajibah dalam Kompilasi hukum Islam*, Yogyakarta: Aswaja pressindo, hlm. 106-107.

Ketiga, *sociological jurisprudence* yang ditokohi Roscoe Pound mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan, tetapi juga melihat efek dan bekerjanya hukum (*law as a tool for social engineering*). Hukum merupakan alat rekayasa sosial.

Keempat, hukum alam (*natural law*) yang memberi penjelasan tentang hal-hal yang meta-juridical atau sesuatu di balik hukum. Hukum alam memandang hukum tidak terlepas dari nilai-nilai moral yang bersifat transendental. Dan, Kelima, studi hukum kritis (*critical legal studies*) yang ditokohi Roberto M. Unger. Mazhab ini tidak puas dengan hukum modern yang sarat dengan prosedur. Gerakan studi hukum kritis telah menggerogoti gagasan pokok pemikiran hukum moderen dan menyodorkan satu konsepsi hukum yang secara tak langsung mengenai masyarakat dan memberi gambaran tentang satu praktek politik. Dua perhatian yang paling menonjol dari gerakan ini ialah kritik terhadap formalisme dan objektivisme.<sup>187</sup>

Pengaitan hukum progresif dengan kelima teori hukum pendahulunya ini cukup beralasan (*Rationis sufficientis*), karena dinamika masyarakat yang ditangkap oleh berbagai teori hukum yang telah mengemuka tentu mengalami perubahan yang signifikan. Di samping itu sebuah teori dalam disiplin ilmu apa pun hanya dipandang sebagai bentuk kebenaran sementara sebelum ditemukan teori lain yang dipandang lebih *sophiticated*.

---

<sup>187</sup> Roberto M. Unger, 1999. *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, hlm.25

Sidharta<sup>188</sup> menyatakan bahwa didalam hukum progresif terdapat unsur-unsur: aliran hukum alam, mazhab sejarah, *sociological jurisprudence*, realisme hukum, *critical legal studies*, dan hukum responsif. Aliran hukum alam terdapat dalam hukum progresif dalam bentuk penekanan logika kepatutan dan logika keadilan yang harus selalu ada di dalam hukum. Keduanya harus selalu diikutsertakan dalam membaca kaidah hukum sehingga berhukum tidak lepas dari keadilan sebagai roh, asas, dan tujuan hukum. Namun ada perbedaan antara hukum alam dan hukum progresif.

Keadilan dalam perspektif hukum alam bersifat universal. Hal ini berbeda dengan semangat hukum progresif yang meletakkan pencarian keadilan substantif dalam konteks keindonesiaan. Hukum dalam perspektif hukum alam bersifat tetap melewati waktu, sedangkan dalam perspektif hukum progresif hukum harus dibiarkan mengalir dan berubah. Hukum progresif mengandung unsur mazhab sejarah karena meletakkan hukum dalam kerangka konteks kemasyarakatannya, yaitu masyarakat dimana hukum itu ada dan dijalankan.

Hukum adalah pencerminan dari masyarakatnya sehingga hampir tidak mungkin dilakukan transplantasi hukum asing ke suatu masyarakat. Dalam kasus negara berkembang, konsep budaya hukum menjadi sangat penting. Hal ini karena negara berkembang sering mengimpor aturan dari negara barat sehingga kegagalan penerapan hukum lebih disebabkan karena hukum lokal tidak menerima hukum asing. Hal ini diakui oleh Moechtar Kusumaatmadja.

---

<sup>188</sup> <http://nasional.sindonews.com/read/2013/02/14/18/717543>, Janedjri M Gaffar, "Memahami Hukum Progresif", diakses tanggal 12 November 2018.

Adapun sebab kegagalan umum dalam hukum Indonesia, yaitu: <sup>189</sup>

- a. Pendekatan ilmu politik yang lebih menekankan pada peran elit kekuasaan.
- b. Pendekatan psikologis budaya yang menekankan pada sikap feodalisme Jawa.
- c. Disfungsi organisasi.

Semua ini menyebabkan kegagalan reformasi hukum pada orde baru. Menurut Benny Tabalujan, <sup>190</sup> reformasi institusi hukum tanpa reformasi budaya hukum, tidak akan pernah berhasil. Namun, hukum progresif tidak sampai pada dalil mazhab sejarah bahwa hukum tidak perlu dibuat, melainkan dibiarkan tumbuh berkembang bersamaan dengan perkembangan masyarakat. Satjipto tetap berpendapat bahwa hukum tertulis tetap perlu dibuat sebagai dokumen yang menuntun proses dan perilaku masyarakat walaupun tidak boleh diletakkan sebagai satu-satunya sumber hukum.

Hukum progresif memiliki kesamaan dengan *sociological jurisprudence* dalam hal titik berat studi hukum yang tidak hanya melihat hukum sebagai aturan tertulis, tetapi juga melihat bekerjanya hukum dan akibat dari penegakan hukum. Namun, bekerjanya hukum dalam hukum progresif tidak hanya dimaknai secara empiris, yaitu yang terjadi di masyarakat, tetapi juga bekerjanya hukum dalam pengertian penemuan hukum yang harus keluar dari logika hukum semata serta menggunakan pendekatan yang menembus norma dan situasi yang ada sehingga diperlukan pendekatan transenden dan spiritual dalam penemuan hukum.

---

<sup>189</sup> Mukhidin, *Op.cit.*, hlm. 283.

<sup>190</sup> Benny Simon Tabalujan, 2001. *Legal Development In Developing Countries-The Role Of Legal Culture*, NBS Business Law Working Paper: Draft March, Nanyang Technological University Singapore, hlm. 10.

Antara hukum progresif dengan realisme hukum memiliki kesamaan dalam melihat hukum yang tidak hanya menggunakan kaca mata hukum itu sendiri, melainkan dari tujuan sosial yang ingin dicapai. Konsekuensinya, hakim diberi kebebasan yang tinggi untuk membuat putusan. Hal inilah yang membedakan keduanya karena dalam pemikiran hukum progresif ruang diskresional hakim masih dibatasi dengan nilai ideologis. Kebebasan sepenuhnya pengadilan menurut Satjipto adalah wujud dari paham liberal.

Hukum progresif mengkritik hukum liberal sama halnya dengan *critical legal studies*. Pandangan yang menyatakan bahwa hukum tidak bersifat netral digunakan oleh hukum progresif untuk membongkar kepentingan dibalik aturan hukum. Keduanya berpendapat bahwa didalam masyarakat sesungguhnya tidak terdapat kesamaan, karena itu diperlukan adanya diskriminasi positif (*affirmative action*). Stanley L Paulson<sup>191</sup> mengklasifikasikan berbagai aliran hukum berdasarkan pada dua kategori, yaitu hubungan antara hukum dengan moral dan hubungan antara hukum dengan kenyataan. Berdasarkan kedua kategori tersebut dapat dibedakan tiga kelompok besar aliran hukum.

*Pertama*, pemikiran hukum yang menyatakan hukum dan moral tidak dapat dipisahkan, tetapi memisahkan antara hukum dan kenyataan. *Kedua*, aliran hukum yang menyatakan hukum dan realitas sosial tidak dapat dipisahkan, tetapi terpisah dari ajaran moral. Hukum tidak bergantung pada ajaran moral, tetapi bergantung pada yang terjadi atau yang hidup dalam masyarakat. *Ketiga*, aliran hukum yang menolak penyatuan antara hukum dan moral, juga menolak

---

<sup>191</sup> *Ibid.*

penyatuan antara hukum dan moral. Hukum dilihat sebagai norma hukum apa adanya sebagai perintah penguasa dalam bentuk preskripsi yang ada dalam norma hukum. Hukum progresif tidak memisahkan atau menolak, baik hubungan antara hukum dengan moral maupun hubungan antara hukum dengan kenyataan. Hukum progresif mengenalkan pemikiran hukum yang justru tidak terpisah dengan keduanya.

Selain daripada itu, Dr. H. Ahmad Sukris Sarmadi, MH menjelaskan bahwa semangat hukum progresif adalah membuka sekat-sekat keterbatasan hukum untuk menjawab persoalan manusia. Dengan diktum hukum progresif, hukum untuk manusia bukan sebaliknya. Hukum itu ada, karena manusia yang menghendaknya, hukum dianggap membantu kepentingan manusia. Sehingga sudah seharusnya hukum itu bermanfaat bagi manusia, dan bukan malah menambah beban bagi kehidupan manusia itu sendiri.<sup>192</sup>

## 1.7 Kerangka Pemikiran

Secara sistematis kerangka pemikiran penelitian yang mendasari disertasi dengan judul: **Rekonstruksi Ahli Waris Pengganti dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang berbasis nilai Keadilan** ini adalah sebagai berikut:

Berangkat dari perumusan dan penerapan aturan penggantian ahli waris yang digariskan dalam Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, yang kemudian diterapkan di dalam proses Peradilan Agama di Indonesia,

---

<sup>192</sup> A. Sukris Sarmadi, *Op.Cit.*, hlm. 60.



dimana bersamaan dengan itu pula keberadaan aturan waris pengganti tersebut melahirkan berbagai problematika hukum dan polemik di tengah-tengah masyarakat. Problematika hukum yang dimaksud tersebut adalah adanya perbedaan penafsiran terhadap pasal yang memuat aturan ahli waris pengganti, yang secara jelas disebabkan redaksinya yang masih mempunyai imbiguitas bahkan sebagian orang menganggap bahwa pasal tersebut masih tidak jelas rumusannya.

Dengan imbiguitas tersebut pula pada akhirnya berimplikasi pada lahirnya penafsiran-penafsiran yang berbeda tentang hak-hak para ahli waris pengganti, sehingga dapat dikatakan bahwa tujuan diberlakukannya sebuah peraturan untuk keadilan sosial secara menyeluruh tidak dapat diwujudkan oleh rumusan pasal dari KHI yang memuat aturan penggantian ahli waris tersebut.

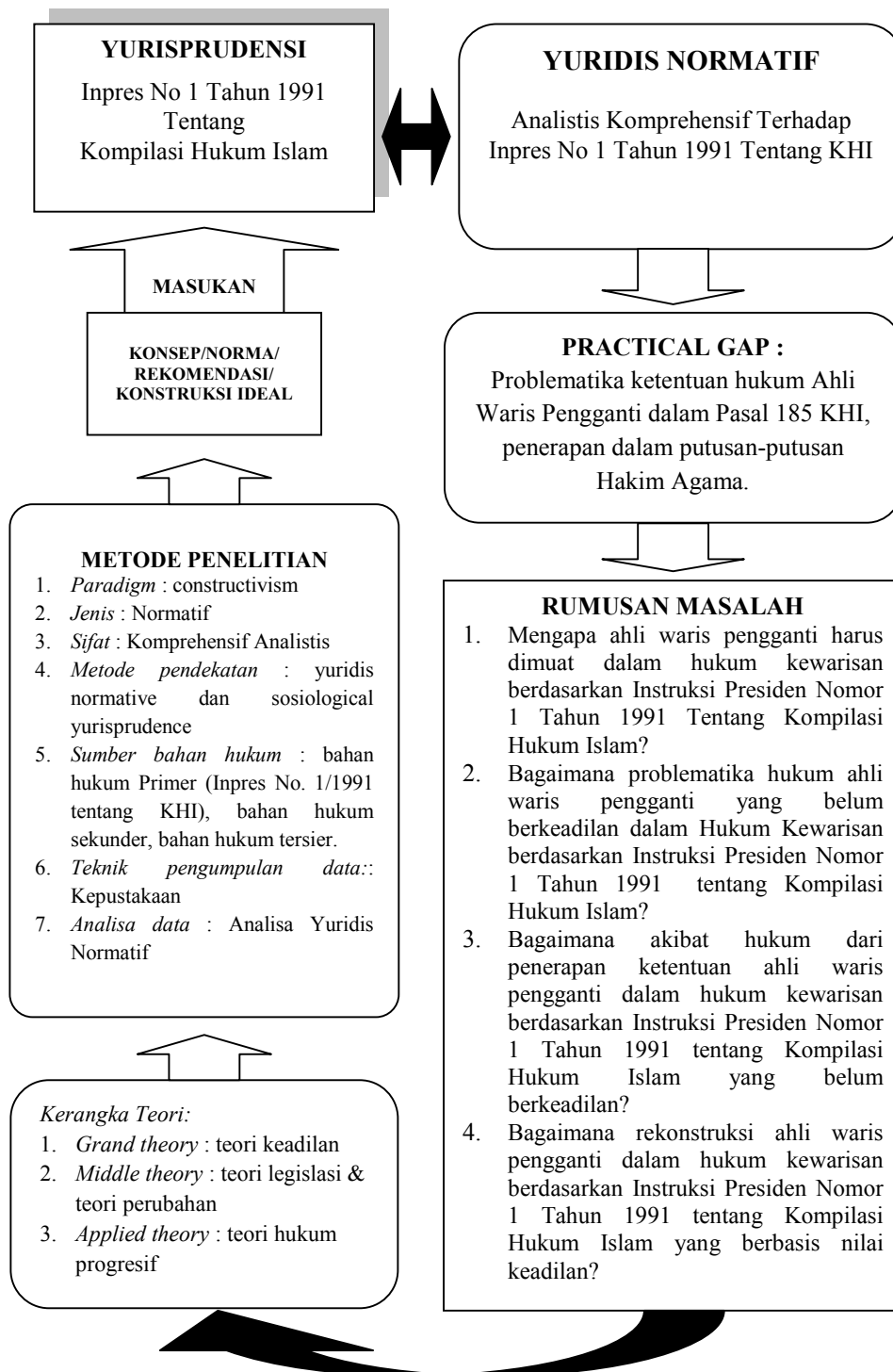
Dengan fakta penerapan hukum yang belum berkeadilan seperti itu, akhirnya menimbulkan gap atau pembatas antara hukum dan keadilan, yang tidak bisa ditembus oleh tujuan dan keinginan diwujudkannya aturan ahli waris pengganti tersebut. Penulis melihat dan menilai bahwa problematika hukum tersebut telah melahirkan polemik yang krusial masalah waris dalam kehidupan muslim di Indonesia. Saat ini sudah waktunya untuk merumuskan suatu solusi konstruktif terhadap hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam, yang dapat mengejawantahkan nilai-nilai keadilan dalam hukum kewarisan tersebut.

Salah satu upaya yang dapat dilakukan adalah melakukan sebuah penelitian ilmiah, sebagaimana disertasi Penulis ini, untuk menemukan suatu rumusan yang dapat memenuhi nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah

kehidupan masyarakat muslim indonesia sekarang ini dan dapat melahirkan suatu pemikiran ataupun konsep tentang aturan hukum yang benar-benar mempuni sehingga lepas dari permasalahan imbiguitas ataupun ketidakjelasan dalam rumusannya.

Untuk itu, dengan menggunakan teori hukum progresif sebagai *applied theory*, status quo hukum yang terjadi dalam aturan hukum waris yang dimuat dalam KHI tersebut dapat diselesaikan. Oleh karena itu, tujuan dari dilakukannya penelitian ini adalah untuk merekonstruksi pasal 185 KHI yang memuat aturan tentang penggantian ahli waris yang berbasis nilai keadilan.

Untuk memperjelas kerangka pemikiran dalam disertasi ini, Penulis ilustrasikan dalam bagan di bawah ini:



Gambar 1.1 Kerangka Pemikiran

## 1.8 Metode Penelitian

Metode adalah cara kerja yang sistematis dan teratur untuk memudahkan pelaksanaan suatu kegiatan guna mencapai tujuan yang ditentukan, sedangkan penelitian adalah pemeriksaan yang teliti; penyelidikan; kegiatan pengumpulan, pengolahan, analisis, dan penyajian data yang dilakukan secara sistematis dan objektif untuk memecahkan suatu persoalan atau menguji suatu hipotesis untuk mengembangkan prinsip-prinsip umum.

Sedangkan menurut Mardalis metode adalah suatu cara teknis yang dilakukan dalam proses penelitian, sedangkan penelitian itu diartikan sebagai upaya dalam bidang ilmu pengetahuan yang dijalankan untuk memperoleh fakta-fakta dan prinsip-prinsip dengan sadar hati dan sistematis untuk mewujudkan kebenaran.<sup>193</sup>

Jadi, metode penelitian adalah suatu rangkaian langkah-langkah yang dilakukan secara berencana dan sistematis guna mendapatkan suatu pemecahan terhadap masalah yang diajukan, sedangkan metodologi penelitian adalah prosedur atau cara yang digunakan dalam suatu penelitian. Adapun penelitian adalah suatu kegiatan ilmiah yang berkaitan dengan analisis dan konstruksi yang dilakukan secara metodologis, sistematis, dan konsisten.

Oleh karena itu dengan kegiatan yang sistematis dan terkontrol maka akan mudah dan hasil yang memuaskan dalam sebuah penelitian. Untuk memenuhi tersebut, peneliti mempunyai ciri-ciri yang mengacu pada:<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> Mardalis, 1995. *Metode Penelitian Suatu Pendekatan Proposal*, Jakarta: Bumi Aksara, hlm. 24.

<sup>194</sup> Rosady Ruslan, 2008. *Public Relations dan komunikasi*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, hlm. 24.

1. Objektivitas dalam penyajian yang deskriptif, sistematis, dan analisis bertindak sesuai dengan fakta dan kondisi pada saat ini
2. Serba relative, bahwa kebenaran ilmiah yang diajukan bukanlah hal yang mutlak dan hasilnya dimungkinkan dapat dibantah atau diuji kebenarannya.
3. Skeptis, adanya keraguan atas pernyataan yang belum memiliki kekuatan dasar-dasar pembuktian.
4. Netral, dalam mengungkapkan fakta yang sesungguhnya tidak berkaitan dengan nilai-nilai baik atau buruk.
5. Sederhana, tidak terlalu rumit dalam kerangka berfikir, perumusan pernyataan dan pembuktiannya tetap berdasarkan kebenaran ilmiah.

Manusia pada dasarnya memiliki kodrat ingin tahu segala sesuatu, dan untuk memenuhi hasrat tersebut manusia selalu mencari, meneliti, menelaah hal yang dipertanyakan. Hasrat ingin tahu tadi bisa dipenuhi dan diketemukan melalui metode penelitian atau cara yang sistematis dan terkontrol.<sup>195</sup> Selain itu, mereka juga memerlukan alat untuk dapat memecahkan problem mereka tersebut. Karenanya, Alat instrument yang hendak dibahas secara luas dan sistematis adalah metode penelitian yang berisi tentang cara-cara menggunakan beberapa metode pendekatan untuk memecahkan masalah yang dihadapi.<sup>196</sup>

Selanjutnya, hal-hal yang perlu diperhatikan dalam metode penelitian ini adalah adanya kesesuaian antara masalah dengan metode yang akan dipergunakan, yang Penulis uraikan sebagai berikut:

---

<sup>195</sup> Sukardi, 2003. *Metodologi Penelitian Pendidikan Kompetensi dan Prakteknya*, Jakarta: Bumi Aksara, hlm. 2.

<sup>196</sup> *Ibid.*

### 1.8.1 Paradigma

Paradigma menurut Thomas Kuhn dipergunakan dalam dua arti yang berbeda yakni paradigma berarti keseluruhan konstelasi kepercayaan, nilai, teknik, dan sebagainya yang dimiliki bersama oleh anggota-anggota masyarakat tertentu. Di sisi lain paradigma juga berarti menunjukkan pada sejenis unsur dalam konstelasi itu, pemecahan teka-teki yang kongkret, yang jika digunakan sebagai model atau contoh dapat menggantikan kaidah-kaidah yang eksplisit sebagai dasar bagi pemecahan teka-teki sains yang normal yang masih tertinggal. Thomas Kuhn juga mengeksplisitkan bahwa perubahan paradigma dapat menyebabkan perbedaan dalam memandang realitas alam semesta. Realitas dikonstruksi oleh *mode of thought* atau *mode of inquiry* tertentu, kemudian menghasilkan *mode of knowing* yang spesifik.<sup>197</sup>

Adapun dalam untuk melakukan penelitian disertasi ini, Penulis menggunakan paradigma *constructivisme*, dimana paradigma ini menekankan pada pengetahuan yang didapat dari pengalaman atau penelitian yang kemudian dikonstruksikan sejauh pengalaman atau penelitian yang dimilikinya. Proses konstruksi ini akan berjalan terus menerus karena ditemukannya suatu paham baru, yang kemudian dijadikan landasan untuk merumuskan suatu sistem hukum yang dapat diterapkan dalam kehidupan sehari-hari.

Sebenarnya teori *constructivism* dibangun berdasarkan teori yang ada sebelumnya, yaitu konstruksi pribadi atau *personal construct* oleh George Kelly. Dia menyatakan bahwa orang memahami pengalamannya dengan cara

---

<sup>197</sup> Thomas Kuhn, 2005. *The structure of scientific revolutions. (terjemahan)*. Jakarta: remaja Rosdakarya dan Lincoln, Y. S. & Guba, E. G., 1985. *Naturalistic Inquiry*. Beverly Hills: CA Sage, hlm. 180.

mengelompokkan berbagai peristiwa menurut kesamaannya dan membedakan berbagai hal melalui perbedaannya.<sup>198</sup> *Constructivism* adalah pendekatan secara teoritis pada awalnya untuk ilmu komunikasi yang dikembangkan tahun 1970-an oleh Jesse Deli dan rekan-rekan sejawatnya. *Constructivism* menyatakan bahwa individu melakukan interpretasi dan bertindak menurut berbagai konseptual yang ada dalam pikirannya. Menurut *constructivism*, realitas tidak menunjukkan dirinya dalam bentuknya yang kasar, tetapi harus disaring terlebih dahulu melalui bagaimana cara seseorang melihat sesuatu.<sup>199</sup>

*Paradigma constructivisme* merupakan paradigma dimana kebenaran suatu realitas dilihat sebagai hasil konstruksi social bersifat relatif. Paradigma *constructivism* ini berada dalam perspektif interpretative (penafsiran) yang terbagi dalam 3 (tiga) jenis, yaitu: interkasi simbolik, fenomenologis, dan *hermeneutic*.

### 1.8.2 Jenis Penelitian

Dalam metodologi Hukum ada jenis penelitian, yaitu penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris. Menurut Peter Mahmud Marzuki<sup>200</sup> bahwa penelitian hukum normatif adalah "suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi". Adapun penelitian hukum sosiologis atau empiris, menurut Mukti Fajar dan Yulianto Achmad<sup>201</sup> yang mencakup, penelitian terhadap identifikasi hukum dan penelitian terhadap efektifitas hukum.

---

<sup>198</sup> <http://repository.usu.ac.id>, diakses pada tanggal 19 Oktober 2016

<sup>199</sup> Morissan, 2009. *Teori Komunikasi Organisasi*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 7.

<sup>200</sup> Peter Mahmud Marzuki, 2010. *Penelitian Hukum*, Jakarta: Kencana, hlm. 35.

<sup>201</sup> Mukti Fajar dan Yulianto Achmad, 2010. *Dualisme Penelitian Hukum: Normatif dan Empiris*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, hlm. 153.

Dalam penelitian disertasi ini dilakukan dengan jenis penelitian hukum normatif berupa penelitian kepustakaan yang menggunakan 3 (tiga) bahan hukum yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier. Penelitian hukum ini menitikberatkan pada studi kepustakaan yang berarti akan lebih banyak menelaah dan mengkaji aturan-aturan hukum yang ada dan berlaku. Dalam penelitian ini memerlukan bahan hukum-bahan hukum karena akan berfungsi untuk melengkapi dan menunjang bahan hukum dalam penelitian kepustakaan (*library research*). Menurut Soerjono Sukanto Metode penelitian hukum normatif atau metode penelitian hukum kepustakaan adalah metode atau cara yang dipergunakan di dalam penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka yang ada.<sup>202</sup>

### **1.8.3 Sifat Penelitian**

Adapun sifat penelitian yang Penulis pergunakan adalah penelitian yang bersifat deskriptif *analitis* yaitu menggambarkan peraturan-peraturan yang berlaku (hukum positif) yang kemudian dihubungkan dengan teori-teori hukum. Penelitian deskriptif yaitu suatu penelitian yang bertujuan untuk memberikan gambaran atau penjelasan secara konkrit tentang keadaan objek atau masalah yang diteliti tanpa mengambil kesimpulan secara umum.

Spesifikasi penelitian deskriptif oleh Soerjono Soekanto<sup>203</sup> dalam bukunya Pengantar Penelitian Hukum dijelaskan sebagai berikut: Penelitian deskriptif adalah suatu penelitian yang dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti

---

<sup>202</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, 2009. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Cetakan ke-11, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, hlm. 13–14.

<sup>203</sup> Soerjono Soekanto, 1981. *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta: UI Press, hlm. 10.



mungkin dengan manusia, keadaan atau gejala-gejala lainnya, serta hanya menjelaskan keadaan objek masalahnya tanpa bermaksud mengambil kesimpulan yang berlaku umum.

Ditinjau dari segi sifatnya, penelitian ini bersifat diskriptif analitis, yaitu analisis data yang dilakukan tidak keluar dari lingkup permasalahan dan berdasarkan teori atau konsep yang bersifat umum diaplikasikan untuk menjelaskan tentang seperangkat data atau menunjukkan komparasi atau hubungan seperangkat data dengan seperangkat data yang lain.<sup>204</sup> Analisis deskriptif diawali dengan mengelompokkan data dan informasi yang sama menurut sub aspek dan selanjutnya melakukan interpretasi untuk memberikan makna terhadap tiap sub aspek dan hubungannya satu sama lain. Kemudian setelah itu dilakukan analisis atau interpretasi keseluruhan aspek untuk memahami makna hubungan antara aspek yang satu dengan lainnya dan dengan keseluruhan aspek yang menjadi pokok permasalahan penelitian yang dilakukan secara induktif sehingga memberikan gambaran hasil secara utuh. Disamping memperoleh gambaran secara utuh, adakalanya ditetapkan langkah lanjutannya dengan memperhatikan domain khusus yang menarik untuk diteliti.<sup>205</sup>

#### **1.8.4 Pendekatan**

Pendekatan menurut Vermon van Dyke adalah: *"An approach consists of criteria of selection-criteria employed in selecting the problems or questions to consider and in selecting the data to bring to bear: is consists of standards*

---

<sup>204</sup> Bambang Sunggono, 1997. *Metodologi Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm. 38.

<sup>205</sup> Bahder Johan Nasution, 2008. *Op.cit.*, hlm. 174

*governing the inclusion of question and data.*<sup>206</sup>

Dalam penelitian ini Penulis menggunakan jenis pendekatan yuridis normatif yaitu pendekatan perundang-undangan. Pendekatan yuridis normatif adalah pendekatan yang menggunakan konsepsi *legis positivis*. Konsep ini memandang hukum identik dengan norma-norma tertulis yang dibuat dan diundangkan oleh lembaga atau pejabat yang berwenang. Konsepsi ini memandang hukum sebagai suatu sistem normatif yang bersifat mandiri, tertutup dan terlepas dari kehidupan masyarakat yang nyata.<sup>207</sup> Selanjutnya dilakukan pendekatan undang-undang dengan menelaah semua undang-undang atau regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani.<sup>208</sup>

Oleh karena Penulis menggunakan applied theory penelitian adalah hukum progresif, tentunya juga diperlukan pendekatan *sociological jurisprudence*, yang merupakan suatu teori hukum yang mempelajari pengaruh hukum terhadap masyarakat, dengan pendekatan dari hukum ke masyarakat.<sup>209</sup> Teori *sociological jurisprudence* menunjukkan adanya kompromi antara hukum sebagai kebutuhan masyarakat demi terciptanya kepastian hukum dan *living law* sebagai wujud pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan dan orientasi hukum.<sup>210</sup>

### 1.8.5 Sumber Data

Dalam penelitian pada umumnya dibedakan antara data yang diperoleh

---

<sup>206</sup> Vernon van Dyke dalam Bahder Johan Nasution, 2008. *Ibid.*, hlm. 126.

<sup>207</sup> Ronny Hanitijo Soemitro, 1988. *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta: Ghalia Indonesia, hlm. 13-14.

<sup>208</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Op.cit.* hlm. 93.

<sup>209</sup> <http://www.informasi ahli.com/2016/04/filsafat-hukum-aliran-sociological-jurisprudence.html>, diakses tanggal 20 Februari 2019

<sup>210</sup> Marsudi Dedi Putra, "Kontribusi Aliran *Sociological Jurisprudence* Terhadap Pembangunan Sistem Hukum Indonesia", LIKHITAPRAJNA, Jurnal Ilmiah, Volume. 16, Nomor 2, hlm. 50.

secara langsung dari masyarakat dan dari bahan-bahan pustaka yang diperoleh langsung dari masyarakat dinamakan data primer (atau data dasar), sedangkan yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka lazimnya dinamakan data sekunder.<sup>211</sup>

Data dalam penulisan ini adalah data sekunder, yaitu bahan pustaka yang mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku perpustakaan, peraturan perundang-undangan, karya ilmiah, artikel-artikel, serta dokumen yang berkaitan dengan materi penelitian.

Dari bahan hukum sekunder tersebut mencakup tiga bagian, yaitu:<sup>212</sup>

#### 1. Bahan hukum primer

Bahan Hukum Primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif artinya mempunyai otoritas, yaitu merupakan hasil dari tindakan atau kegiatan yang dilakukan oleh lembaga yang berwenang untuk itu.<sup>213</sup> Bahan hukum primer adalah bahan-bahan hukum yang mengikat. Adapun Bahan hukum primer dalam penelitian ini yaitu: Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.

#### 2. Bahan hukum sekunder

Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang dapat memberikan penjelasan terhadap bahan hukum primer. Adapun bahan hukum sekunder dalam penelitian ini, yaitu:

- a. Regulasi, di antaranya yaitu: Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, dan KUHPerdata; dan

---

<sup>211</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Op.cit*, hlm. 12.

<sup>212</sup> *Ibid.*, hlm. 13.

<sup>213</sup> Mukti Fajar dan Yulianto Achmad. *op. cit.* hlm. 192.

b. Referensi lainnya, seperti buku-buku, jurnal-jurnal, dan karya tulis Hukum serta opini ahli hukum yang termuat dalam media masa dan Internet.

### 3. Bahan hukum tersier

Bahan hukum tertier, yakni bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap hukum primer dan sekunder; contohnya adalah kamus, ensiklopedia, indeks kumulatif dan seterusnya.

## 1.8.6 Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data dalam penelitian hukum normatif dilakukan dengan studi pustaka terhadap bahan-bahan hukum, baik bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, maupun bahan hukum tersier.<sup>214</sup> Untuk menjawab permasalahan yang ada Penulis melakukan pengumpulan bahan hukum melalui studi dokumen (studi kepustakaan) meliputi bahan hukum primer, bahan hukum sekunder dan bahan hukum tersier, dengan cara melakukan inventarisasi dan identifikasi terhadap sejumlah peraturan perundang-undangan, dokumen hukum, catatan hukum, hasil-hasil karya ilmiah dan literatur yang berasal dari ilmu pengetahuan hukum dalam bentuk buku, artikel, jurnal dan hasil penelitian yang ada kaitannya dengan penelitian disertasi ini.

## 1.8.7 Analisis Data

Setelah data dikumpulkan dengan lengkap, tahap berikutnya Penulis mengolah dan menganalisis data. Analisa data akan menggunakan metode analisis normatif, merupakan cara menginterpretasikan dan mendiskusikan bahan hasil

---

<sup>214</sup> *Ibid.*, hlm. 160.

penelitian disertasi berdasarkan pada pengertian hukum, norma hukum, teori-teori hukum serta doktrin yang berkaitan dengan pokok permasalahan penelitian disertasi. Norma hukum diperlukan sebagai premis mayor, kemudian dikorelasikan dengan fakta-fakta yang relevan (*legal facts*) sebagai premis minor dan melalui silogisme akan diperoleh kesimpulan terhadap permasalahannya.

### 1.9 Orisinalitas Penelitian

Penelitian disertasi dengan judul: **REKONSTRUKSI HUKUM KEWARISAN DALAM INPRES NOMOR TAHUN 1991 TENTANG KOMPILASI HUKUM ISLAM YANG BERBASIS NILAI Keadilan** adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik (sarjana, magister, ataupun docktor), baik di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang maupun di perguruan tinggi lainnya. Penelitian ini merupakan gagasan, rumusan, dan penelitian Penulis sendiri, tanpa bantuan pihak lain, kecuali Promotor dan Co-Promotor.

Penulis berusaha melacak, beberapa penelitan terdahulu yang berkaitan dengan judul penelitan dan dapat dijadikan dasar orisinalitas penelitian yang akan Penulis lakukan, di antaranya sebagai berikut:

Tabel 1.1 Orisinalitas Penelitian

No	PENULIS	JUDUL	HASIL PENELITIAN	NOVELTY PENULIS
1.	Aristyawan Akrom Masykuri	Teorisasi Hukum Waris Islam: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum Waris Islam Mahkamah Agung	Hukum waris Islam Mahkamah Agung 1980-2000 mengalami perkembangan pemikiran yang banyak hal telah dipengaruhi oleh macam tipolgi hukum waris yang telah mengakar dan berlangsung lama di Indonesia	Adanya hegemoni pemikiran Prof. DR. Hazairin dalam KHI, terutama dalam ketentuan penggantian Ahli

		1980-2000 (Tesis, Universitas Muhammadiyah Surakarta 2006)	serta adanya pemikiran hukum waris Islam yang terjadi di Indonesia.	Waris.
2	Risma Damayanti Salam	Analisis Hukum Penetapan Ahli Waris Pengganti Menurut Kompilasi Hukum Islam (Studi kasus Penetapan Pengadilan Agama Makassar Nomor 3/Pdt.P/2011/PA.Mks), (Skripsi Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin Makassar, 2013)	Kedudukan cucu sebaga ahli waris pengganti dalam sistem kewarisan Islam menurut Kompilasi Hukum Islam berdasarkan Penetapan Pengadilan Agama Makassar Nomor 3/Pdt.P/2011/PA.Mks adalah dapat menggantikan kedudukan orang tuanya sebagai ahli waris karena berdasarkan Pasal 185 ayat (1), seseorang dapat mewaris karena penggantian tempat adalah orang yang digantikan oleh anaknya tersebut harus sudah meninggal dunia lebih dahulu dari pewaris serta orang yang digantikan oleh anaknya tersebut merupakan ahli waris andai kata ia masih hidup. Selain itu, syarat yang paling penting adalah bahwa baik pewaris yang sebenarnya maupun ahli waris pengganti harus beragama Islam.	Adanya ketidakpastian hukum dalam ketentuan pasal 185 Ayat (1), yaitu dengan menggunakan kata dapat yang melahirkan opsi dan memilih antara melaksanakan atau tidak melaksanakan ketentuan tersebut.
3	Zaenuri	Kedudukan Ahli Waris Pengganti dalam Hukum Waris Islam (Studi Kasus Di Pengadilan Agama Surakarta), (Tesis Program Pascasarjana Universitas Muhammadiyah Surakarta, 2005)	Di Pengadilan Agama Surakarta, perkara yang diterima bidang kewarisan menduduki urutan kedua setelah bidang perkawinan, baik perkara yang sifatnya <i>contensius</i> maupun yang bersifat <i>volunter</i> . Atau secara <i>litigasi</i> maupun <i>non litigasi</i> . Berkaitan dengan Ahli Waris Pengganti ini, masih ada sebageian masyarakat (muslim) yang berperkara di Pengadilan Agama Surakarta belum dapat menerima adanya ahli waris pengganti.	Dalam kehidupan masyarakat di Indonesia yang mayoritas muslim yang menganut aliran mazhab syafi'iyah, jelas menentang konsepsi penggantian ahli waris karena Imam syafi'i ataupun imam kalangan syafi'iyah tidak menentukan keberadaan ahli waris pengganti.
4	Pasnelyza karani	Tinjauan Ahli Waris Pengganti Dalam Hukum Kewarisan Islam dan Hukum Kewarisan Kuh	Perbandingan ahli waris pengganti antara hukum kewarisan Islam dan hukum kewarisan KUH Perdata terdapat persamaan dan perbedaan. Persamaan: Prinsip	Membandingkan dengan hasil penelitian ini, maka Penulis menilai bahwa hal yang urgen, yang

		<p>Perdata, (Tesis Program studi magister kenotariatan Program pascasarjana Universitas diponegoro Semarang, 2010)</p>	<p>ahli waris pengganti dalam pengertian kedua hukum tersebut sama, yaitu seseorang yang menggantikan kedudukan ahli waris yang lebih dulu meninggal dari pewaris yang seharusnya memperoleh harta warisan itu, dan ahli waris yang digantikan itu merupakan penghubung antara seseorang yang menggantikan dengan pewaris serta ahli waris pengganti ada pada saat pewaris meninggal, seperti anak yang menggantikan kedudukan ayahnya. Adapun perbedaannya yaitu:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. menurut hukum kewarisan Islam, bagian yang diterima ahli waris pengganti belum tentu sama dengan bagian orang yang digantikan, dan juga tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti, tetapi mungkin berkurang, dalam pembagian harta warisan ahli waris pengganti laki-laki menerima lebih banyak daripada perempuan. Sedangkan Menurut hukum kewarisan KUH Perdata, bagian yang akan diterima oleh ahli waris pengganti sama dengan bagian yang seharusnya diperoleh ahli waris yang digantikannya, bagian ahli waris pengganti laki-laki sama dengan perempuan.</li> <li>2. Menurut hukum kewarisan Islam bahwa penggantian ahli waris dalam garis lurus keatas, garis lurus kebawah dan garis ke samping. Menurut hukum kewarisan KUH Perdata hanya penggantian dalam garis lurus ke bawah dan garis menyimpang. Bahwa dengan adanya perbedaan pendapat diantara <i>fugaha</i> dalam hal ahli waris pengganti, maka Kompilasi Hukum Islam mengakomodirnya dengan tujuan tercapainya rasa keadilan</li> </ol>	<p>tidak tersentuh, yaitu nilai-nilai keadilan dalam pembagian penggantian ahli waris yang tidak dijelaskan dan tidak ditegaskan dalam pasal, ayat ataupun dalam penjelasannya dalam KHI. Selain itu, KHI yang ada ini hanya menganut aliran waris garis lurus ke bawah. Tentu hal ini mencederai nilai-nilai keadilan bagi saudara, duda dan janda selama mereka tidak menikah lagi dengan orang lain.</p>
--	--	--	---	---

			bagi ahli waris pengganti dengan tidak merugikan pada ahli waris lainnya, sehingga secara umum sistemnya tidak berbeda dengan KUH Perdata.	
5	Hajar M	Epistemologi Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam, (Skripsi Fakultas Syariah dan Hukum UIN Suska Riau, 2014)	<p>Kehadiran ahli waris pengganti yang terdapat dalam KHI dirumuskan melalui jalur yurisprudensi yang bersumber dari hukum adat. Ahli waris pengganti dalam hukum adat merupakan adopsi dari hukum perdata (<i>BW</i>) Belanda. Sedangkan hukum perdata Belanda berasal dari <i>Code Civil Napoleon</i> di Perancis. Hukum perdata Perancis merupakan turunan dari hukum Romawi. Ahli waris pengganti berkembang dalam menyelesaikan perkara-perkara kewarisan, baik pada tingkat ahli waris melalui perdamaian, tingkat musyawarah adat dan pada lembaga peradilan, yaitu pengadilan Negeri dan pengadilan Agama.</p> <p>Keberadaan ahli waris pengganti merupakan budaya yang tidak dilandasi oleh keimanan (syahadat), bertentangan dengan prinsip keadilan, asas <i>ijbari</i> dalam teori ahli waris, tidak sejalan dengan unsur-unsur kewarisan dan juga bertentangan dengan prinsip keutamaan dan <i>hijab</i>. Dengan demikian, keberadaan ahli waris pengganti dalam KHI perlu ditinjau kembali.</p>	Melihat konteks dan arah tujuan dari peneliti ini, Penulis sedikit bersikap apatis terhadap hasil penelitian beliau, karena lebih mengutamakan emosional dan bukan nilai-nilai keilmiyahan, hal tersebut karena Penulis menilai peneliti lebih memaksakan nilai-nilai waris sunni daripada mempertimbangan kemashlahatan yang terdapat dalam aturan-aturan hukum kewarisan dalam KHI.

### 1.10 Sistematika Penulisan

Agar penelitian disertasi ini dapat dilakukan secara focus dan terarah, maka Penulis menetapkan sistematika penulisan dalam 7 (tujuh) bab dengan ketentuan sebagai berikut:



Bab I Pendahuluan, berisikan pembahasan tentang latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, kerangka konseptual, kerangka teori, kerangka pemikiran, metode penelitian, orisinalitas penelitian dan sistematika penulisan;

Bab II Tinjauan Pustaka, yang menguraikan mengenai hukum kewarisan dalam Islam, ahli waris dalam hukum kewarisan, Eksistensi Instruksi Presiden dalam sistem Hukum Nasional, dan Eksistensi Kompilasi Hukum Islam di Indonesia;

Bab III membahas mengenai kenapa ahli waris pengganti harus dimuat dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam.

Bab IV membahas mengenai problematika hukum ketentuan ahli waris pengganti yang belum berkeadilan dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, yang terdiri dari pembahasan tentang polemik hukum dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Kompilasi Hukum Islam mengenai ketentuan Ahli Waris Pengganti dan problematika penerapan hukum Ahli Waris Pengganti yang belum berkeadilan dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia;

Bab V membahas tentang akibat hukum dari penerapan ahli waris pengganti dalam hukum kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang belum berkeadilan, yang terdiri dari: Regulasi Ahli Waris Pengganti dalam Kompilasi Hukum Islam,

Hakim sebagai pemberi keadilan, status dan hak para pihak (ahli waris langsung dan pengganti), dan budaya Hukum Kewarisan di Indonesia;

Bab VI adalah Konstruksi Ideal Ahli Waris Pengganti dalam Hukum Kewarisan di Indonesia Berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam yang berbasis nilai keadilan, yang terdiri dari: Pengaturan hukum kewarisan terkait ahli waris pengganti di beberapa negara mayoritas muslim, Nilai rekonstruksi, dan Rekonstruksi hukum ahli waris pengganti dalam Hukum Kewarisan berdasarkan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam yang berbasis nilai Keadilan; dan

Terakhir adalah Bab VII, yaitu Penutup yang menguraikan mengenai kesimpulan, implikasi dan saran-saran.