BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Syariat Islam mengatur masalah-masalah kehidupan sosial yang sangat global dan tidak rinci, membawa ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang bersifat universal. Ajaran-ajaran inilah yang bersifat abadi, tidak berubah dan tidak boleh diubah, seperti menegakkan keadilan kecuali bidang *Ibadah mahdlah*, yang bersifat rinci aturannya. Andaikata syariat Islam dalam bidang sosial aturan ajarannya bersifat rinci yang harus mengikat setiap waktu dan tempat akan mengekang gerak langkah dan akan berbenturan dengan dinamika masyarakat. Hal seperti ini bertentangan dengan keuniversalan Al-Quran. [1]

Perkembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasional, dengan melihat faktor sosial dan budaya serta alasan (*illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum Islam itu. Dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (dalam bidang hukum kewarisan) tetap harus dikembangkan dengan *tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun* (perkembangan teks undang-undang) dengan memperhatikan keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang demikian sangat dimungkinkan dalam Islam yang bertujuan untuk kemashlahatan dan

[1] Ahmad Khisni , 2017 , *Hukum Kewarisan Islam,* Unissula Press, Semarang, h. 47

sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

Wasiat merupakan peristiwa hukum dalam bentuk perikatan sepihak, maka niat dan hasrat yang tulus menjadi esensi pelaksanaan wasiat sesuai dengan tujuan hukum Islam, yakni dengan memperhatikan segi kemashlahatan, dan kemanfaatan bagi penerima wasiat, sehingga benar-benar mempunyai nilai ibadah baginya. Illat hukum pelaksanaan wasiat adalah adanya faktor keadaan penerima, seperti memperbaiki sistem ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi disisi lain dapat diupayakan dengan adanya faktor keadilan. Oleh karena itu merupakan tindakan yang makruf apabila pelaksanaan wasiat kepada karib kerabat yang membutuhkan dan berorientasi kepada nilai-nilai kemanusiaan, kemanfaatan, dan kemashlahatan sangat perlu direalisasikan dalam kehidupan masyarakat yang pluralis beragamanya. [2]

Wasiat biasa disebut dengan kehendak terakhir seseorang yang dimana kehendak itu akan diselenggarakan apabila ia telah meninggal dunia. Wasiat dapat dikatakan sebagai surat yang memuat ketetapan yang berisi kehendak-kehendak terakhir sebelum ia meninggal.[3] Surat wasiat sendiri dibagi dalam 2 macam wasiat, yaitu wasiat yang dinamakan pengangkatan wasiat (*erfsterlling*) dimana berisi penunjukkan seseorang atau beberapa orang menjadi ahli waris, dan hibah wasiat (legaat).[4] Surat wasiat yang dibuat

[2] *Ibid*, h. 54
[3] Satrio, 1992, *Hukum Waris*, Alumni, Bandung, h. 180
[4] *Ibid*

seseorang harus ditunjukkan dengan bukti akta yang dapat dipertanggungjawabkan. Oleh karena itu pembuatan wasiat sepatutnya dibuktikan dengan adanya bukti tertulis, walaupun kita mengetahui bahwa Kompilasi Hukum Islam mengatur bahwa wasiat dapat dilakukan baik lisan maupun tulisan.[5]

Dalam pembuatan surat wasiat haruslah berbentuk akta dan akta notaris. Artinya pembuatan surat wasiat memerlukan namannya pejabat umum untuk mengesahkan surat wasiat. Bilamana tidak dibuat dihadapan notaris, maka sipembuat wasiat yang menulis sendiir surat wasiatnya dapat menyerahkan surat wasiat itu kepada notaris setelah ditanda tangani.[6]

Surat wasiat harus dituangkan dalam bentuk akta wasiat, hal ini sesuai dengan ketentuan yang ada pada pasal 921 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata yang menyatakan "untuk menentukan besarnya bagian mutlak dalam sesuatu warisan, hendaknya dilakukan terlebih dahulu suatu penjumlahan akan segala harta peninggalan yang ada di kala si yang menghibahkan atau mewariskan meninggal dunia. Kemudian ditambahkannyalah pada jumlah itu, jumlah dari barang-barang yang dihibahkan diwaktu si meninggal masih hidup, barang-barang mana masih harus ditinjau dalam keadaan tatkala hibah dilakukannya, namun mengenai harganya, menurut harga pada waktu si penghibah atau si yang mengwariskan meninggal dunia, akhirnya dihitunglah dari jumlah satu sama lain, setelah yang ini dikurangi dengan semua hutang si

[5] Yahya Harahap, 2003, *Kedudukan, Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, Sinar Grafika, Jakarta , h. 150

[6] Tamakiran, 1992, *Asas-Asas Hukum Waris Menurut Tiga Sistem Hukum*, Pioner Jaya, Bandung, h. 29

meninggal berapakah, dalam keseimbangan dengan kederajatan para ahli waris mutlak, besarnya bagian mutlak mereka, setelah mana bagian-bagian ini harus dikurangi dengan segala apa yang telah mereka terima dari si meninggal, pun sekiranya mereka dibebaskan dari wajib pemasukan".[7]

Penjelasan mengenai wasiat tidak hanya diatur pada Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, secara praktek dimasyarakat wasiat sudah sering digunakan. Artinya dalam kebiasaan dimasyarakat hal semacam pelaksanaan wasiat sudah menjadi hal yang biasa, ini disebut sebagai amanat terakhir.[8] Pelaksanaan dari amanat terakhir dipahami sebagai bentuk penetapan terhadap harta peninggalan yang nanti akan ditinggalkan kepada ahli waris. Pernyataan ini biasanya dilakukan dan dengan persetujuan dari ahli waris.[9] Amanat terakhir ini dilakukan untuk membuat ketetapan yang sifatnya mengikat bagi mereka segenap ahli waris. Hal ini bertujuan untuk meminimalkan sengketa yang dimbul kelak ketika pewaris meninggal. Apa yang diuraikan pada amanat terakhir ini, yaitu seluruh harta, cara pembagian, dan menetapkan siapa-siapa yang menerima beserta besaranya.[10]

Berdasarkan pada KUH. Perdata (Terjemahan R. Subekti dan R. Tjitrosudibio), maka pengaturan Surat Wasiat termasuk ke dalam bagian Hukum Waris, yang susunan dan sistematikanya dalam Buku Kedua KUH. Perdata dimulai pada Bab XII tentang Pewarisan karena kematian, kemudian

---

[7] Umar Haris, Kedudukan Surat Wasiat Terhadap Harta Warisan Yang Belum Dibagikan Kepada Ahli Waris, Jurnal Yuridis Vol. 5 No. 1, Juni 2018: 67-97, h.68

[8] Iman Sudiyat, 1981, *Hukum Adat, Sketsa Asas*, Liberty, Yogyakarta, h. 13.

[9] *Ibid*

[10] *Ibid* h. 14

pada Bab XIII tentang Surat Wasiat. Pasal 875 KUH. Perdata, menurut Djaja S. Meliala, di dalamnya terdapat unsur-unsur sebagai berikut:[11]

1. Surat Wasiat berlaku setelah pembuat testamen meninggal dunia.
2. Dapat dicabut kembali.
3. Berlaku dengan cuma-cuma.
4. Merupakan perbuatan hukum sepihak.
5. Dibuat dengan akta.

Pada Pasal 875 KUH. Perdata, unsur pertama yaitu surat wasiat berlaku setelah pembuat meninggal dunia, ditemukan dalam frasa "setelah ia meninggal dunia". Sesuai dengan ketentuan tersebut, saat dan mulainya surat wasiat berlaku ialah ketika pembuat surat wasiat tersebut meninggal dunia. Pembahasan terhadap unsur pertama dari surat wasiat yaitu berlaku setelah pembuatnya meninggal dunia,[12] bahwa dalam hukum waris berlaku suatu asas, bahwa apabila seorang meninggal dunia, maka seketika itu juga segala hak dan kewajibannya beralih pada sekali ahli warisnya. Asas tersebut tercantum dalam pepatah Perancis yang berbunyi "*la monsaisit le vif*", sedangkan pengoperan segala hak dan kewajiban dari si meninggal oleh para ahli waris itu dinamakan "Saisine".

Demikian pula dalam KUH. Perdata, seperti diatur pada Pasal 830 dinyatakan bahwa "Pewarisan hanya berlangsung karena kematian."[13] Dari ketentuan tersebut maka jelaslah bahwa proses pewarisan dan wasiat terjadi

[11] Djaja S. Meliala, *Op Cit*, h. 154
[12] Subekti, 1989, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, h. 96
[13] R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, *Op Cit*, h. 221

ketika peristiwa hukum berupa kematian pewarisnya. Sesuai dengan ketentuan Pasal 874 KUH. Perdata yang menyebutkan bahwa "Segala harta peninggalan seorang yang meninggal dunia, adalah kepunyaan sekalian ahli warisnya menurut Undang-Undang, sekadar terhadap itu dengan surat wasiat tidak telah diambilnya sesuatu ketetapan yang sah."[14] Ketentuan Pasal 875 KUH. Perdata merupakan ketentuan tentang pewarisan karena surat wasiat (*testamentair),* artinya pewarisan oleh karena wasiat atau dengan surat wasiat sedangkan pewarisan menurut Pasal 874 KUH. Perdata ialah pewarisan karena menurut Undang-Undang (Abintestato), oleh karena Undang-Undang telah menentukan aturannya demikian rupa.[15]

Pasal 875 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH. Perdata), menyatakan bahwa yang dinamakan surat wasiat atau testamen ialah suatu akta yang memuat pernyataan seorang tentang apa yang dikehendakinya akan terjadi setelah ia meninggal dunia, dan yang olehnya dapat dicabut kembali lagi."[16] Surat wasiat dikaitkan dengan kekuatan pembuktiannya merupakan bagian dari pernyataan-pernyataan yang ditentukan, oleh karena sebagai sebuah akta, maka yang dimaksudkan itu adalah akta Notaris yang juga merupakan akta otentik. Menurut Habib Adjie, arti akta otentik mempunyai kekuatan pembuktian yang sempurna dapat pula ditentukan bahwa siapapun terikat dengan akta tersebut, sepanjang tidak bisa dibuktikan

[14] *Ibid,* h. 231

[15] Firman Syah, Kekuatan Pembuktian Surat Wasiat Menurut Pasal 875 Kuhperdata, Lex Privatum Vol. VI/No. 8/Okt/2018, h. 69

[16] R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, 2002,*Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, h.232

sebaliknya berdasarkan putusan pengadilan yang mempunyai kekuatan hukum tetap. Wasiat juga dikenal di dalam hukum Islam, hal ini dikemukakan pada Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 171 dan dipertegas pada pasal 195. KHI menyatakan bahwa wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia. Artinya wasiat merupakan bentuk tasaruf terhadap harta peninggalan yang akan berlaku setelah dilaksanakan setelah meninggalnya orang yang berwasiat.[17]

Seorang Hakim dalam membuat putusan harus tetap berpijak dan berada pada koridor hukum. Sedangkan keadilan merupakan implikasi dari adanya penegakan hukum tersebut. Seoarang hakim dalam melakukan tugasnya tidak boleh bersikap deskriminatif. Dengan adanya penegakan hukum tersebut berarti secara otomatis menegakkan keadilan, karena hakikat yang utama dari hukum adalah keadilan.[18] Oleh karena itu jika terjadi sengketa, maka Hakim pengadian berperan penting dalam penyelesaiannya. Berdasarkan latar belakang masalah diatas, penulis tertarik untuk melakukan penelitian dan menyusunnya dalam tesis dengan judul "Kajian Terhadap Penyelesaian Sengketa Pembagian Harta Warisan Serta Kedudukan Surat Wasiat Dalam Pembuktian Sengketa Waris di Kota Kendari (Studi Kasus Putusan No.384.Pid.B/2018/PN.Kdi).

[17] Satria Efendi M. Zein, 2004, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer*, Prenada Media, Jakarta, h. 398.

[18] Ahmad Khisni, *op.cit*, h. 59

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan pembahasan pada latar belakang tersebut di atas, maka pokok permasalahan yang akan diteliti adalah sebagai berikut :

1. Bagaimana Konstruksi Hukum Pembuatan Surat Wasiat dalam Perencanaan Pembagian Harta Waris?
2. Bagaimana peran dan tanggungjawab Notaris dalam pelaksanaan pembuatan surat wasiat?
3. Bagaimana kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris di Pengadilan Agama Kendari berdasarkan Putusan No.384.Pid.B/2018/PN.Kdi?

C. Tujuan Penelitian

Sesuai dengan perumusan masalah di atas, maka dalam penelitian ini bertujuan:

1. Untuk menganalisis dan mengetahui Konstruksi Hukum Pembuatan Surat Wasiat dalam Perencanaan Pembagian Harta Waris.
2. Untuk menganalisis dan mengetahui peran dan tanggungjawab Notaris dalam pelaksanaan pembuatan surat wasiat.
3. Untuk menganalisis dan mengetahui kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris di Pengadilan Agama Kendari berdasarkan Putusan No.384.Pid.B/2018/PN.Kdi?

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat sebagai berikut:

1. Manfaat Teoritis
    a. Untuk dapat mengembangkan kemampuan berfikir penulis sehingga dapat mengetahui kemampuan penulis dalam menerapkan ilmu hukum yang telah diperoleh selama menjalani masa perkuliahan.
    b. Untuk memberikan jawaban atas rumusan masalah tentang kajian terhadap penyelesaian sengketa pembagian harta warisan serta kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris di Kota Kendari.
2. Manfaat Praktis
    a. Diharapkan hasil penulisan hukum ini dapat mengembangkan ilmu pengetahuan di bidang kewarisan, dalam hal ini tentang tentang kajian terhadap penyelesaian sengketa pembagian harta warisan serta kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris di Kota Kendari.
    b. Diharapkan hasil penulisan hukum ini dapat dijadikan referensi dan manfaat bagi masyarakat dalam melakukan perbuatan hukum pembagian harta waris.
    c. Diharapkan hasil penulisan hukum ini dapat dijadikan referensi penulisan hukum atau penelitian selanjutnya.
    d. Diharapkan msyarakat dapat memperoleh informasi dan pengetahuan hukum tentang kajian terhadap penyelesaian

sengketa pembagian harta warisan serta kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris di Kota Kendari.

E. Kerangka Konseptual dan Kerangka Teori

1. Kerangka Konseptual

Kerangka konseptual merupakan konsep-konsep dasar yang berkaitan dengan konsep-konsep yang terkandung dalam judul penelitian yang dijabarkan dalam permasalahan dan tujuan penelitian. Konsep-konsep dasar ini akan dijadikan pedoman dalam rangka mengumpulkan data dan bahan-bahan hukum yang dibutuhkan dalam penelitian ini untuk menjawab permasalahan dan tujuan penelitian.[19] Konsep-konsep dasar lazimnya diperoleh setelah dilakukan penelusuran bahan-bahan hukum yang dibutuhkan dalam penelitian yang berupa kajian pustaka menyangkut permasalahan dan tujuan dari penelitian ini.[20] Adapun kerangka pemikiran dalam penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Waris

Kata mawaris merupakan bentuk jamak dari *mirast* (*irts*, *wirts*, *wiratsah* dan *turats*, yang dimaknai dengan *mauruts*) merupakan harta pusaka peninggalan orang yang meninggal yang diwariskan kepada para keluarga yang menjadi ahli warisnya. Orang yang meninggalkan harta pusaka tersebut dinamakan *muwarits*, sedangkan yang berhak menerima pusaka disebut *warist*. Muhammad Ali ash-Shabuni

[19]Paulus Hadisoeprapto,dkk, 2009, *Pedoman Penulisan Usulan Penelitian dan Tesis*, UNDIP, Semarang, h. 18

[20]Rusdi Malik, 2000, *Penemu Agama Dalam Hukum*, Trisakti, Jakarta, h. 15

mengatakan bahwa mawarits adalah berpindahnya hak milik orang yang meninggal dunia kepada para ahli warisnya yang masih hidup, baik yang ditinggalnya itu berupa harta bergerak dan tidak bergerak atau hak-hak menurut hukum syara'.[21]

Waris adalah orang yang termasuk ahli waris yang berhak menerima waris. Hak-hak waris dapat timbul karena hubungan darah dan karena hubungan perkawinan. Ada ahli waris yang sesungguhnya memiliki hubungan kekerabatan yang dekat.[22] Muwaris, artinya orang yang diwarisi harta benda peninggalannya, yaitu orang yang meninggal dunia, baik itu meninggal secara hakiki atau karena melalui putusan pengadilan, seperti orang yang hilang dan tidak diketahui kabar dan domisilinya.

Definisi lain waris adalah berbagai aturan tentang perpindahan hak milik seseorang yang telah meninggal dunia kepada ahli warisnya. Dalam istilah lain, waris disebut juga dengan *fara'idh* artinya bagian tertentu yang dibagi menurut agama Islam kepada semua yang berhak menerimanya.[23] Sedangkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) pasal 171 ayat a, dinyatakan bahwa hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan

[21] Muhammad Ali Ash-Shabuni, 2007, *Al-Mawarits fi asy-Syari"atil Islamiyah, Ala Dhauil Kitab Wassunnah, Terj: A. M. Basalamah, Panduan Waris Menurut Islam,* Cet Ke-10, Gema Insani Press, Jakarta,h. 33

[22] Ahmad Rofiq, *Op.Cit*, h. 4

[23] Beni Ahmad Saebani, 2009, *Fiqh Mawaris*, Pustaka Setia, Bandung, h. 13

(*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing.[24]

b. Rukun dan Syarat Kewarisan

Rukun waris ada tiga macam, yaitu:

1) Waris (ahli waris)

Waris adalah orang yang akan mewarisi harta peninggalan lantaran mempunyai hubungan sebab-sebab untuk mempusakai seperti adanya ikatan perkawinan, hubungan darah (keturunan) yang hubungan hak perwalian dengan si muwaris.[25]

2) *Muwaris* (yang mewariskan)

Muwaris adalah orang yang meninggal dunia, baik mati hakiki maupun mati hukmi. Mati hukmi ialah suatu kematian yang dinyatakan oleh keputusan hakim atas dasar beberapa sebab, walaupun ia sesungguhnya belum mati sejati. [26]

3) *Maurusun* atau tirkah (harta peninggalan)

Maurus adalah harta benda yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal dunia yang akan diwarisi kepada ahli waris setelah diambil biaya-biaya perawatan, melunasi hutang-hutang dan melaksanakan wasiat. Harta peninggalan ini oleh para *faradhiyun* disebut juga dengan tirkah atau *turats*.[27]

---

[24] Tim Redaksi Nuansa Aulia, 2012, *Kompilasi Hukum Islam*, Nuansa Aulia, Bandung, h.81

[25] Umar Abdullah, 1960, *Ahkam al-Mawarits fi al-Syari'at al-Islamiyah*, Dar al-Ma'rifah, Mesir, h. 57

[26] Fatchur Rahman, 1981, *Ilmu Waris*, PT al- Ma'arif, Bandung, h. 37

[27] *Ibid.*

Sedangkan syarat-syarat mendapat warisan ada tiga macam, yaitu:

1) Matinya muwaris, baik mati secara hakiki atau secara hukmi, maka ia dihukumkan mati secara hakiki.
2) Hidupnya waris setelah matinya muwaris, walaupun hidupnya secara hukum, seperti anak dalam kandungan, maka secara hukum ia dikatakan hidup.
3) Tidak adanya penghalang untuk memperoleh warisan.

Halangan untuk medapatkan kewarisan disebut juga dengan *mawani'al-Irs* yaitu hal-hal yang menyebabkan gugurnya hak waris untuk menerima warisan dari harta peninggalan muwaris. Syafi'i menyebutkan dalam kitabnya al-Umm yang menjadi penghalang ahli waris untuk mewarisi adalah dengan sebab perbudakan, pembunuhan yang dilakukan dengan sengaja ataupun tidak, dan berlainan agama.

c. Wasiat

Wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia.[28] Sedangkan surat wasiat (testament) berdasarkan Pasal 875 BW, adalah suatu akta yang berisi pernyataan seseorang tentang apa yang akan terjadi setelah ia meninggal, dan yang olehnya dapat ditarik kembali. Menurut Kamus Hukum, Testament adalah Surat wasiat atau suatu akta yang memuat pernyataan seseorang tentang apa yang dikehendakinya akan terjadi setelah ia meninggal dunia, terhadap harta

[28] Pasal 175 ayat (1) huruf f Kompilasi Hukum Islam (KHI)

peninggalannya. Surat wasiat merupakan suatu pernyataan kehendak terakhir dari si pembuat wasiat kepada orang-orang yang berhak menerima. Kehendak terakhir adalah suatu pernyataan kehendak yang sepihak dan suatu perbuatan hukum yang mengandung suatu ”*beschikingshandeling*” (perbuatan pemindahan hak milik) mengenai harta kekayaan si pembuat wasiat yang dituangkan dalam bentuk tertulis yang khusus, yang setiap waktu dapat dicabut dan berlaku dengan meninggalnya si pembuat wasiat serta tidak perlu diberitahukan kepada orang yang tersangkut.[29]

d. Pertimbangan Putusan Hakim

Pertimbangan hakim merupakan salah satu aspek terpenting dalam menentukan terwujudnya nilai dari suatu putusan hakim yang mengandung keadilan (*ex aequo et bono*) dan mengandung kepastian hukum, di samping itu juga mengandung manfaat bagi para pihak yang bersangkutan sehingga pertimbangan hakim ini harus disikapi dengan teliti, baik, dan cermat. Apabila pertimbangan hakim tidak teliti, baik, dan cermat, maka putusan hakim yang berasal dari pertimbangan hakim tersebut akan dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Mahkamah Agung.[30]

Dalam pemeriksaan suatu perkara juga memerlukan adanya pembuktian, dimana hasil dari pembuktian itu akan digunakan sebagai

[29] Hartono Soerjopratiknjo, 1984, *Hukum Waris Testamenter*, Seksi Notariat FH UGM, Yogyakarta,h. 18

[30] Mukti Arto, 2004, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, cet V, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, h. 140

bahan pertimbangan dalam memutus perkara. Pembuktian merupakan tahap yang paling penting dalam pemeriksaan di persidangan. Pembuktian bertujuan untuk memperoleh kepastian bahwa suatu peristiwa / fakta yang diajukan itu benar-benar terjadi, guna mendapatkan putusan hakim yang benar dan adil. Hakim tidak dapat menjatuhkan suatu putusan sebelum nyata baginya bahwa peristiwa / fakta tersebut benar-benar terjadi, yakni dibuktikan kebenaranya, sehingga Nampak adanya hubungan hukum antara para pihak.[31]

Selain itu, pada hakikatnya pertimbangan hakim hendaknya juga memuat tentang hal-hal sebagai berikut:

a. Pokok persoalan dan hal-hal yang diakui atau dalil-dalil yang tidak disangkal.
b. Adanya analisis secara yuridis terhadap putusan segala aspek menyangkut semua fakta / hal-hal yang terbukti dalam persidangan.
c. Adanya semua bagian dari petitum Penggugat harus dipertimbangkan / diadili secara satu demi satu sehingga hakim dapat menarik kesimpulan tentang terbukti / tidaknya dan dapat dikabulkan / tidaknya tuntutan tersebut dalam amar putusan.

Hakim tidak boleh menolak untuk memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya dengan dalih norma hukumnya tidak jelas atau terjadi kekosongan norma positif. Dengan sikap

[31] *Ibid.,* h. 141

kemandiran hakim, negara telah memberikan wewenang memeriksa dan mengadili, termasuk wewenang *judicial discreation* demi nilai kemanfaatan dan keadilan. Negara hukum Indonesia meghendaki menegakkan hukum dan keadilan, sehingga kepastian hukum dan keadilan harus menjadi produk putusan hakim.[32]

2. Kerangka Teori

Kerangka teori adalah kerangka pemikiran atau butir-butir pendapat teori, tesis mengenai suatu permasalahan yang dapat dijadikan sebagai bahan pegangan teoritis bagi peneliti atau penulis.[33] Teori hukum dalam penelitian ini adalah:

a. Teori Keadilan

Pembicaraan tentang keadilan merupakan suatu kewajiban ketika berbicara tentang filsafat hukum, hal ini karena salah satu tujuan hukum adalah keadilan dan ini merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan sejarah filsafat hukum. Memahami pengertian keadilan memang tidak begitu sulit karena terdapat beberapa perumusan sederhana yang dapat menjawab tentang pengertian keadilan. Namun untuk memahami tentang makna keadilan tidaklah semudah membaca teks pengertian tentang keadilan yang diberikan oleh para sarjana, karena ketika berbicara tentang makna berarti sudah bergerak dalam tataran

[32] Syarif Mappiasse, 2017, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*, Kencana, Jakarta, h. 134

[33] Purnama Tioria Sianturi, 2008, *Perlindungan Hukum Terhadap Pembeli Barang Jaminan Tidak Bergerak Melalui Lelang*, Penerbit Mandar Maju, Bandung, h. 10

filosofis yang perlu perenungan secara mendalam sampai pada hakikat yang paling dalam.[34] Tentang rumusan keadilan ini ada 2 (dua) pendapat yang sangat mendasar yang perlu diperhatikan: Pertama, pandangan atau pendapat awam yang pada dasarnya merumuskan bahwa yang dimaksudkan dengan keadilan itu ialah keserasian antara penggunaan hak dan pelaksanaan kewajiban selaras dengan dalil neraca hukum yakni takaran hak dan kewajiban. Kedua, pandangan para ahli hukum seperti Purnadi Purbacaraka yang pada dasarnya merumuskan bahwa keadilan itu adalah keserasian antara kepastian hukum dan kesebandingan hukum.[35]

Filosofi utama dari hakekat hukum adalah keadilan, tanpa keadilan hukum tidak layak disebut hukum. Realitas hukum dalam masyarakat kadang berbeda dengan yang dicita-citakan yang menyebabkan semakin menjauhkan hukum dari hakekatnya. Keadilan menjadi jargon, belum menjiwai seluruh aspek hukum. Tarik menarik antara keadilan, kepastian dan ketertiban hukum menjadi isu penting dalam pengembanan hukum. Isu penting tersebut kemudian menjadi problematika pokok ketika melaksanakan penegakan hukum. Penegakan hukum oleh para pengemban hukum menghadapi dilema pilihan antara keadilan, kepastian dan ketertiban. Dilema atas pilihan sangat rumit atas dampak yang ditimbulkan, di

[34] Angkasa, 2010, *Filsafat Hukum*, Universitas Jenderal Soedirman, Purwokerto, h.105.

[35] Purnadi Purbacaraka dalam A. Ridwan Halim, 2015, P*engantar Ilmu Hukum Dalam Tanya Jawab*, Ghalia Indonesia, Jakarta, h.176.

mana akan ada pengorbanan dari satu atau 2 (dua) cita hukum ketika pilihan sudah ditentukan. Dalam penegakan hukum, ketika pengemban hukum memilih untuk mengutamakan kepastian hukum maka 2 (dua) cita hukum yaitu keadilan dan ketertiban akan dikesampingkan.[36]

Akhir-akhir ini, keadilan merupakan hal yang senantiasa dijadikan topik utama dalam setiap penyelesaian masalah yang berhubungan dengan penegakan hukum. Banyaknya kasus hukum yang tidak terselesaikan karena ditarik ke masalah politik membuat keadilan semakin suram dan semakin jauh dari harapan masyarakat. Kebenaran hukum dan keadilan dimanipulasi dengan cara yang sistematik sehingga peradilan tidak menemukan keadaan yang sebenarnya.

Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful*, *lawless*) dan orang yang tidak *fair*, maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law abiding*) dan *fair*. Tindakan memenuhi atau mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembentukan hukum jika sesuai dengan aturan yang ada adalah adil. Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang

[36]Anthon F. Susanto, 2010, *Ilmu Hukum Non Sistematik: Fondasi Filsafat Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, h. 138.

cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil.

Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum sebagai salah satu tata nilai sosial. Ukuran keadilan sebagaimana di singgung di atas sebenarnya menjangkau wilayah yang ideal atau berada dalam wilayah cita, dikarenakan berbicara masalah keadilan, berarti sudah dalam wilayah makna yang masuk dalam tataran filosofis yang perlu perenungan secara mendalam sampai hakikat yang paling dalam.

Pandangan Aristoteles tentang keadilan bisa didapatkan dalam karyanya *nichomachean ethnic, politics, dan rethoric*. Spesifik dalam buku *nichomchean ethic*, buku itu ditujukan bagi keadilan, yang berdasarkan filsafat hukum Aristoteles, mesti anggap sebagai inti dari filsafat hukumnya, karena hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Pada dasarnya pandangan keadilan ini sebagai suatu pemberian hak persamaan akan tetapi bukan persamarataan.[37]

Aristoteles membedakan hak persamaannya sesuai dengan hak proposional. Kesamaan hak dipandangan manusia sebagai suatu unit atau wadah yang sama. Inilah yang dapat dipahami bahwa semua orang atau setiap warga negara di hadapan hukum sama. Kesamaan

[37] L. J. Van Apeldoorn, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, h. 14.

proposional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuan dan prestasi yang telah dilakukannya.[38]

Lebih lanjut, keadilan menurut pandangan Aristoteles dibagi kedalam 2 (dua) macam keadilan, keadilan *distributief* dan keadilan *commutatief.* Keadilan *distributief* adalah keadilan yang diberikan kepada tiap orang porsi menurut prestasinya. Keadilan *commutatief* adalah memberikan sama banyaknya kepada setiap orang tanpa membeda-bedakan prestasinya dalam hal ini berkaitan dengan peranan tukar menukar barang dan jasa.

Beberapa konsep keadilan yang dikemukan oleh filsuf Amerika di akhir abad ke-20, John Rawls seperti *A Theory of Justice, Political* Liberalism, dan *The Law of Peoples*, yang memberikan pengaruh pemikiran cukup besar terhadap diskursus nilai-nilai keadilan. John Rawls dipandang sebagai perspektif *liberal egalitarian of social justice*, berpendapat bahwa keadilan adalah kebajikan utama bagi hadirnya institusi-institusi sosial (*social Institusions*) 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. Secara *specific*, John Rawls mengembangkan gagasan mengenai prinsip-prinsip keadilan dengan menggunakan sepenuhnya konsep ciptaannya dikenal dengan posisi

[38] *Ibid.*

asli (*original position*) dan selubung ketidaktahuan (*veil of ignorance*).[39]

Pandangan John Rawls memposisikan adanya situasi yang sama dan sederajat antara tiap-tiap individu didalam masyarakat. Tidak ada pembedaan status, kedudukan atau memiliki posisi lebih tinggi antara satu dengan yang lainnya, sehingga satu pihak dengan yang lainnya dapat melakukan kesepakatan yang seimbang, itulah pandangan Rawls sebagai suatu posisi asli yang bertumpu pada pengertian *ekulibrium reflektif* dengan didasari oleh ciri rasionalitas (*rationality*), kebebasan (f*reedom*) dan persamaan (*equality*) guna mengatur struktur dasar masyarakat (*basic structure of Society*). [40]

Sementara konsep selubung ketidaktahuan diterjemahkan oleh John Rawls bahwa setiap orang yang dihadapkan pada tertutupnya seluruh fakta dan keadaan tentang dirinya sendiri, termasuk pada posisi sosial dan doktrin tertentu, sehingga membutakan adanya konsep atau pengetahuan tentang keadilan yang tengah berkembang.[41]

Dengan konsep itu Rawls menggiring masyarakat untuk memperoleh prinsip persamaan yang adil dengan teorinya disebut sebagai *Justice Fairness*. Dalam Pandangan John Rawls terhadap konsep posisi asli terdapat prinsip-prinsip keadilan utama,

[39] *Ibid.*
[40] L. J. Van Apeldoorn, 1996, *Pengantar Ilmu Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, h.15.
[41] *Ibid.*

diantaranya prinsip persamaan, yakni setiap orang sama atas kebebasan yang bersifat *universal*, hakiki dan *kompitanel* dan ketidaksamaan atas kebutuhan sosial, ekonomi pada diri masing-masing individu. Prinsip pertama yang dinyatakan sebagai prinsip kebebasan yang sama (*equal liberty principle*), seperti kebebasan beragama (*freedom of religion*), kemerdekaan berpolitik (*political of liberty*), kebebasan berpendapat dan mengemukakan ekspresi (*freedom of speech and expression*), sedangkan prinsip kedua dinyatakan sebagai prinsip perbedaan (*difference principle*), yang menghipotesakan pada prinsip persamaan kesempatan (*equal opportunity principle*).[42]

Di dalam Pancasila kata adil terdapat pada sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab, di samping itu juga termuat dalam sila kelima, Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Nilai kemanusiaan yang adil dan keadilan sosial mengandung suatu makna bahwa hakikat manusia sebagai makhluk yang berbudaya dan berkodrat harus berkodrat adil, yaitu adil dalam hubungannya dengan diri sendiri, adil terhadap manusia yang lain, adil terhadap masyarakat bangsa dan negara, adil terhadap lingkungannya serta adil terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Konsekuensi adalah bahwa manusia harus menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia

[42] *Ibid.*

sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa. Konsekuensi nilai-nilai keadilan yang harus diwujudkan meliputi:

1. Keadilan distributif, yaitu suatu keadilan antara negara terhadap warganya, dalam arti pihak negaralah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk keadilan membagi, dalam bentuk kesejahteraan, bantuan, subsidi serta kesempatan dalam hidup bersama yang didasarkan atas hak dan kewajiban.
2. Keadilan legal (keadilan bertaat), yaitu suatu hubungan keadilan wargalah yang wajib memenuhi keadilan dalam bentuk menaati peraturan perundang-undangan yang berlaku dalam Negara.
3. Keadilan komutatif, yaitu suatu hubungan keadilan antara warga satu dengan lainnya secara timbal balik.[43]

Pancasila sebagai dasar negara merupakan unsur-unsur pokok dalam kaidah negara yang fundamental, merupakan norma hukum yang pokok, sehingga semua perundang-undangan yang ada baik tertulis maupun tidak tertulis serta putusan hakim tidak boleh bertentangan dengan Pancasila yang berisi nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, Kerakyatan yang dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam permusyawaratan/ perwakilan, dan Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

[43] Kaelan, 2007, *Pendidikan Kewarganegaraan untuk Pendidikan Tinggi*, Paradigama, Jakarta, h. 36.

b. Teori Tentang Legalitas (Kepastian Hukum)

Kepastian dalam pemahaman memiliki arti suatu ketentuan, atau ketetapan, sedangkan jika kata kepastian itu digabung dengan kata hukum menjadi kepastian hukum, yang memiliki arti sebagai suatu ketentuan atau ketetapan hukum suatu negara yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara. Secara normatif suatu kepastian hukum adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis tidak menimbulkan benturan dan kekaburan norma dalam sistem norma satu dengan yang lainnya. Kekaburan norma yang ditimbulkan dari ketidak pastian aturan hukum, dapat terjadi multi tafsir terhadap sesuatu dalam suatu aturan.

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian sendiri disebut sebagai salah satu tujuan dari hukum. Apabila dilihat secara historis, perbincangan mengenai kepastian hukum merupakan perbincangan yang telah muncul semenjak adanya gagasan pemisahan kekuasaan dari Montesquieu. Keteraturan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum, karena keteraturan merupakan inti dari kepastian itu sendiri. Keteraturan menyebabkan

orang dapat hidup secara berkepastian sehingga dapat melakukan kegiatan-kegiatan yang diperlukan dalam kehidupan bermasyarakat. Guna memahami secara jelas mengenai kepastian hukum itu sendiri, berikut akan diuraikan pengertian mengenai kepastian hukum dari beberapa ahli.

Pengertian kepastian hukum tersebut sejalan dengan pendapat dari E. Fernando M. Manulang mengemukakan,[44] pengertian kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada negara untuk menjalankannya dalam hal ini tampak relasi antara persoalan kepastian hukum dengan negara.

Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan. Dalam memahami nilai kepastian hukum yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai relasi yang erat dengan instrumen hukum yang positif dan peranan negara dalam mengaktualisasikannya pada hukum positif .[45]

Menurut Sudikno Mertokusumo,[46] kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut

[44] E. Fernando M. Manulang, 2016, *Legisme, Legalitas Dan Kepastian Hukum*, Cetakan: I, Kencana, h. 94.

[45] *Ibid.*, h. 95.

[46] Sudikno Mertokusumo, 2006, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Cetakan Keempat, Yogyakarta, h. 160

hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan, sedangkan keadilan bersifat subyektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan.

Dalam Amandemen Pasal 281 (1) UUD 1945, prinsip legalitas diadopsi, dan ini menjadi momen kebangkitan kembali gagasan legalitas dalam pemikiran hukum di Indonesia, setelah sekian lama gagasan ini ditampung dalam KUH Pidana. Prinsip yang dahulu lazim dikenal dalam ranah hukum pidana, kini telah keluar hingga ke ranah perdata dan ketatanegaraan. Legalitas diklaim oleh para yuris sebagai turunan dari paham legisme.

Ketentuan pada Pasal 33 ayat (3) UUD NRI Tahun 1945, disebutkan bahwa "Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung didalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat". Bumi, air dan kekayaan alam merupakan kekayaan nasional dan sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa, termasuk dalam pengertian dikuasai adalah mengatur dan menyelenggarakan peruntukan penggunaan, persediaan dan pemeliharaannya, menentukan dan mengatur yang dapat dipunyai atas bagian dari bumi, air dan kekayaan alam, menentukan dan mengatur hubungan hukum antara orang-orang (subjek hukum) dan

perbuatan-perbuatan hukum yang mengenai bumi, air dan kekayaan alam di Indonesia. Dipergunakan sebesar-besarnya untuk kemakmuran rakyat merupakan tujuan negara untuk mensejahterakan masyarakatnya. Pada hakekatnya tugas negara bersama rakyat mempunyai tanggung jawab bersama untuk mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur, memberikan perlindungan terhadap rakyatnya dan menciptakan suatu kepastian hukum dan kedudukan hukum yang jelas.

Hukum di negara berkembang ada 2 (dua) pengertian tentang kepastian hukum menurut *Gustav Radburch* yaitu kepastian oleh karena hukum, dan kepastian dalam atau dari hukum. Menjamin *kepastian oleh karena hukum* menjadi tugas dari hukum. Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian dalam hubungan-hubungan kemasyarakatan adalah hukum yang berguna.

Sedangkan kepastian dalam atau dari hukum tercapai apabila hukum itu sebanyak- banyaknya hukum undang-undang, dalam undang-undang tersebut tidak ada ketentuan yang saling bertentangan (Undang-undang berdasarkan pada sistem logis dan pasti). Undang-undang tersebut dibuat berdasarkan kenyataan hukum *(rechtswerkelijheid)* dan undang-undang tersebut tidak ada istilah-istilah hukum yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.[47] Selain itu disebutkan, bahwa kepastian mempunyai arti

[47] E. Utrecht, 1959, *Pengantar dalam Hukum Indonesia,* Cetakan keenam, Penerbit Balai

bahwa dalam hal kongkrit kedua pihak berselisih dapat menentukan kedudukan mereka. Dalam pengertian ini bermakna keamanan hukum yakni mengandung perlindungan bagi kedua belah pihak yang berselisih terhadap tindakan hakim yang sewenang-wenang. Sedangkan kepastian oleh karena hukum dimaksudkan, bahwa hukum menjamin kepastian pada pihak yang satu dengan pihak yang lain.[48] Tugas hukum menjamin kepastian hukum dalam hubungan-hubungan yang kedapatan dalam pergaulan kemasyarakatan.

Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu:[49]

> Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan. Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan. Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan. Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah.

Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perundang-undangan. Berdasarkan pendapatnya tersebut, maka menurut Gustav Radbruch, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan manusia dalam

---

Buku Ichtiar, Jakarta, h. 26

[48] *Ibid*, h. 25

[49] Setio Dwi, *Tujuan Hukum Menurut Gustav Radbruch*, diakses melalui sharingaboutlawina.blogspot.co.id pada 23 Maret pukul 19.15 WIB.

masyarakat harus selalu ditaati meskipun hukum positif itu kurang adil.

Pendapat mengenai kepastian hukum dikemukakan pula oleh Jan M. Otto sebagaimana dikutip oleh Sidharta,[50] yaitu bahwa kepastian hukum dalam situasi tertentu mensyaratkan sebagai berikut:

1). Tersedia aturan-aturan hukum yang jelas atau jernih, konsisten dan mudah diperoleh (accesible), yang diterbitkan oleh kekuasaan negara;

2). Bahwa instansi-instansi penguasa (pemerintahan) menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten dan juga tunduk dan taat kepadanya;

3). Bahwa mayoritas warga pada prinsipnya menyetujui muatan isi dan karena itu menyesuaikan perilaku mereka terhadap aturan-aturan tersebut;

4). Bahwa hakim-hakim (peradilan) yang mandiri dan tidak berpihak menerapkan aturan-aturan hukum tersebut secara konsisten sewaktu mereka menyelesaikan sengketa hukum; dan

5). Bahwa keputusan peradilan secara konkrit dilaksanakan.

Kelima syarat yang dikemukakan Jan M. Otto tersebut menunjukkan bahwa kepastian hukum dapat dicapai jika substansi

[50] Sidharta Gautama, 2006, *Moralitas Profesi Hukum: Suatu Tawaran Kerangka Berpikir*, Refika Aditama, Bandung, h. 85.

hukumnya sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Aturan hukum yang mampu menciptakan kepastian hukum adalah hukum yang lahir dari dan mencerminkan budaya masyarakat. Kepastian hukum yang seperti inilah yang disebut dengan kepastian hukum yang sebenarnya (*realistic legal certainly*), yaitu mensyaratkan adanya keharmonisan antara negara dengan rakyat dalam berorientasi dan memahami sistem hukum.[51]

Lon Fuller dalam bukunya *the Morality of Law* mengajukan 8 (delapan) asas yang harus dipenuhi oleh hukum, yang apabila tidak terpenuhi, maka hukum akan gagal untuk disebut sebagai hukum, atau dengan kata lain harus terdapat kepastian hukum. Kedelapan asas tersebut adalah sebagai berikut:[52]

1). Suatu sistem hukum yang terdiri dari peraturan-peraturan, tidak berdasarkan putusan-putusan sesat untuk hal-hal tertentu;
2). Peraturan tersebut diumumkan kepada publik;
3). Tidak berlaku surut, karena akan merusak integritas sistem;
4). Dibuat dalam rumusan yang dimengerti oleh umum;
5). Tidak boleh ada peraturan yang saling bertentangan;
6). Tidak boleh menuntut suatu tindakan yang melebihi apa yang bisa dilakukan;
7). Tidak boleh sering diubah-ubah;

[51] *Ibid.*
[52] Lon Fuller, 1971, *Morality of Law,*Yale University, New Haven, h. 54-58.

8). Harus ada kesesuaian antara peraturan dan pelaksanaan sehari-hari.

Pendapat Lon Fuller di atas dapat dikatakan bahwa harus ada kepastian antara peraturan dan pelaksanaannya, dengan demikian sudah memasuki ranah aksi, perilaku, dan faktor-faktor yang mempengaruhi bagaimana hukum positif dijalankan.

Dari uraian-uraian mengenai kepastian hukum di atas, maka kepastian dapat mengandung beberapa arti, yakni adanya kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, dan dapat dilaksanakan. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu dengan yang lain tidak boleh kontradiktif sehingga tidak menjadi sumber keraguan. Kepastian hukum menjadi perangkat hukum suatu negara yang mengandung kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, serta dapat dilaksanakan, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada.

c. Teori Maslahat (Teori Kebaikan)

Tujuan hukum adalah untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Kata kemaslahatan berasal dari bahasa Arab

maslahah. Kata *maslahah* yang dalam bahasa Indonesia dikenal dengan maslahat, berasal dari bahasa Arab, yaitu *maslahah.* Kata *maslahah* secara etimologi sebagaimana menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, bahwa kata *maslahah* berarti sesuatu yang mendatangkan kebaikan (keselamatan dan lain sebagainya); faedah; guna. Adapun Kemaslahatan ialah berarti kegunaan; kebaikan; manfaat; kepentingan.[53]

Maslahah merupakan bentuk *masdar(adverd)* dari *fi'il (verb) salaha.* Dengan demikian, maka terlihat, bahwa kata *maslahah* dan kata manfaat yang juga berasal dari bahasa Arab mempunyai makna atau arti yang sama.Menurut Imam Al-Ghazali (450-505H.), bahwa pada dasarnya (secara bahasa atau *'urf),* kata *al-maslahah* menunjuk pengertian meraih manfaat atau menhindarkan kemadharatan (bahaya).[54]

Muhammad Mustafa Syalabi menjelaskan, bahwa *al-maslahah* adalah sesuatu yang bentuknya yang sempurna, ditinjau dari segi peruntukan sesuatu tersebut. Misalnya, keadaan *maslahah* pada pena adalah untuk menulis. Di samping itu, akibat dari suatu perbuatan yang melahirkan *maslahah* juga disebut dengn *maslahah.* Dalam hal

[53] Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Op.Cit.*, h. 634.

[54] Redaksinya adalah *"am ma mashlahatu fi 'ibaratin fil ashl 'an jalb manfaat au daf'i"*. Abu Hamid Muhammad Ibn Muhammad Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Mustasfa min 'ilmi al ushul,* Juz I, Al-Kutub Al-Ilmiyah, Beirut, h. 286.

ini, pemakaian kata *al-maslahah* dalam perbuatan tersebut bersifat *majaz*.[55]

Secara terminologi, para ulama mendefinisikan *al-maslahah.* Menurut Imam Al-Ghazali,[56] bahwa pada dasarnya *al-maslahah* adalah suatu gambaran meraih manfaat atau menghindarkan kemadharatan. Akan tetapi, bukan itu yang dimaksudkan beliau, sebab meraih manfaat dan menghindarkan kemadharatan adalah tujuan dari kemaslahatan manusia dalam mencapai maksudnya. Yang dimaksudkan oleh beliau, bahwa *al-maslahah* adalah memelihara tujuan-tujuan syara'.

Uraian Imam Al-Ghazali tersebut dapat dipahami, bahwa *al-maslahah* dalam pengertian *syar'i* ialah meraih manfaat dan menolak kemadharatan dalam rangka memelihara tujuan *syara',* yaitu memelihara agama, memelihara jiwa, memelihara akal, memelihara keturunan, dan memelihara harta. Menggunakan perkataan lain, bahwa upaya meraih manfaat atau menolak kemadharatan yang semata-mata demi kepentingan duniawi tanpa mempertimbangkan tujuan syara'. Apabila bertentangan dengannya, maka tidak dapat disebut dengan *al-maslahah*, tetapi merupakan *mafsadah.* Imam Al-Ghazali berkata, bahwa "semua yang mengandung pemeliharaan tujuan *syara'* yang lima ini merupakan *al-maslahah* dan semua yang

[55] Muhammad Mustafa Syalabi, 1981, *Ta'lil al-Ahkam*, Dar Al-Nahdah Al-Arabiyah, Beirut, h. 278.

[56] Imam Al-Ghazali, *Op.Cit.*, Juz I, h. 286.

mengabaikan tujuan ini merupakan *mafsadah*". Adapun menolak yang mengabaikannya itu justru merupakan *al-maslahah.*[57] Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filasafat hukum Islam adalah konsep *maqasidut tasyri'* atau *maqasidusy syariah* yang menegaskan, bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

Seorang pemikir Islam yang bernama Imam Asy-Syatiby banyak menjelaskan tentang teori *al-mashlahah* (kemaslahatan) dalam karyanya *Al-muwafaqat* melaui konsep *maqasyidusy syari'ah* (tujuan hukum syara'). Syari'at Islam bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan umum *(mashlahah al-'ammah)* dengan cara menjadikan aturan hukum syari'ah yang paling utama dan sekaligus menjadi *shalihah li kulli zaman wa makan* (*kompatibel* dengan kebutuhan ruang dan waktunya) untuk sebuah kehidupan manusia yang adil, bermartabat dan bermaslahat.

Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, yaitu "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."[58] Teori

[57] Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Pustaka Setia, Bandung, h. 155.

[58] Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, 1977, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, Mu'assasah ar-Risalah, Beirut, h.12.

maslahah di sini menurut Masdar F. Mas'udi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum.[59]

Di dalam Pancasila kata adil terdapat pada sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab, di samping itu juga termuat dalam sila kelima, Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Nilai kemanusiaan yang adil dan keadilan sosial mengandung suatu makna bahwa hakikat manusia sebagai makhluk yang berbudaya dan berkodrat harus berkodrat adil, yaitu adil dalam hubungannya dengan diri sendiri, adil terhadap manusia yang lain, adil terhadap masyarakat bangsa dan negara, adil terhadap lingkungannya serta adil terhadap Allah SWT.

Keadilan sosial dalam butir pengamalan Pancasila seperti yang tertuang dalam P4 (Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila) pada Tap MPR No. I/MPR/2003. Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia adalah sebagai berikut:[60]

1). Mengembangkan perbuatan yang luhur, yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotongroyongan;
2). Mengembangkan sikap adil terhadap sesama;
3). Menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban;
4). Menghormati hak orang lain;

[59] Masdar F. Mas'udi, *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an, No.3, Vol. VI, 1995, h. 97.

[60] *Ibid.*

5). Suka memberi pertolongan kepada orang lain agar dapat berdiri sendiri;

6). Tidak menggunakan hak milik untuk usaha-usaha yang bersifat pemerasan terhadap orang lain;

7). Tidak menggunakan hak milik untuk hal-hal yang bersifat pemborosan dan gaya hidup mewah;

8). Tidak menggunakan hak milik untuk bertentangan dengan atau merugikan kepentingan umum;

9). Suka bekerja keras;

10). Suka menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat bagi kemajuan dan kesejahteraan bersama;

11). Suka melakukan kegiatan dalam rangka mewujudkan kemajuan yang merata dan berkeadilan sosial.

F. Metode Penelitian

Metode penelitian merupakan suatu yang mutlak dalam suatu proses penelitian. Metode penelitian dapat diartikan sebagai ilmu untuk mengungkapkan dan menerangkan gejala alam atau sosial dalam kehidupan manusia dengan mempergunakan prosedur kerja yang sistematis, teratur dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah. Pertanggungjawaban ilmiah berarti penelitian dilakukan untuk mengungkapkan dan menerangkan sesuatu

yang ada dan mungkin sebagai suatu kebenaran dengan dibentengi bukti-bukti empiris atau yang dapat diterima oleh akal sehat manusia.[61]

1. Metode Pendekatan.

   Penelitian ini akan disusun dengan menggunakan tipe penelitian yuridis normatif, yaitu penelitian yang difokuskan untuk mengkaji penerapan kaidah-kaidah atau norma-norma dalam hukum positif.[62] Yuridis Normatif, yaitu 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.[63] Penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute aproach*) dan pendekatan kasus (*case aproach*). Pendekatan perundang-undangan digunakan untuk mengetahui keseluruhan peraturan hukum khususnya hukum yang mengatur tentang sengketa waris. Pendekatan kasus bertujuan untuk mempelajari penerapan norma-norma atau kaidah hukum dalam penyelesaian sengketa waris.

[61] H. Hadari Nawawi, 2000, *Penelitian Terapan*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, h.9

[62] Johnny Ibrahim, 2006, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayumedia Publishing, h. 295.

[63] Ronny Hanitijo Soemitro, 1988, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Jakarta, Ghalia Indonesia, h. 13-14.

2. Spesifikasi Penelitian

Spesifikasi penelitian yang dipergunakan dalam penyusunan tesis ini adalah penelitian deskriptif analitis yaitu memaparkan, menggambarkan atau mengungkapkan data-data yang mempunyai relevansi dengan permasalahan diatas. Hal tersebut kemudian dibahas atau dianalisis menurut ilmu dan teori-teori atau pendapat peneliti sendiri dan terakhir menyimpulkannya.[64]

3. Sumber Data dan Jenis Data

a. Data Primer / Penelitian Lapangan (*Field Research*)

Penelitian dilakukan secara langsung kepada obyek-obyek yang erat kaitannya dengan permasalahan penelitian ini, yang dilaksanakan untuk memperoleh data primer yang dibutuhkan untuk mendukung analisis, yaitu data yang didapat dari Pengadilan Agama Kendari, berupa putusan pengadilan terkait dengan sengketa waris, serta hasil wawancara dengan hakim Pengadilan Agama Kendari.

b. Data Sekunder / Penelitian Kepustakaan (*Library Research*)

Penelitian yang dilakukan untuk mendapatkan data yang bersifat teoretis, yang diperoleh dengan mempelajari sumber-sumber bacaan yang erat hubungannya dengan permasalahan berupa literature-literatur dan dokumen-dokumen yang berhubungan dengan obyek penelitian sebagai penunjang atau dasar

[64] *Ibid*, h 26-27.

teoretis dalam memahami teori. Bahan sekunder adalah KHI, peratuan perundang-undangan, buku-buku, jurnal, karya ilmiah yang terkait dengan masalah kewarisan.

c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan-bahan yang bersifat menunjang bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus hukum.

4. Metode Pengumpulan Data

a. Dokumentasi, yaitu menelusuri dan mempelajari dokumen penetapan perkara pengangkatan anak, buku-buku, peraturan perundang-undangan yang berlaku.

b. Wawancara, cara memperoleh data atau keterangan melalui tanya jawab dengan hakim. Karena penelitian ini bersifat kepustakaan maka wawancara digunakan sebagai tehnik pendukung dalam pengumpulan data, sehingga data yang diperoleh adalah merupakan data sekunder.

5. Analisis Data

Bahan-bahan hukum yang telah terkumpul kemudian dianalisa secara deskriptif kualitatif yaitu:

a. Teknik Deskripsi

Teknik deskripsi memaparkan situasi atau peristiwa. Dalam teknik deskripsi tidak mencan atau menjelaskan hubungan, tidak menguji hipotesis atau membuat prediksi.[65] Deskripsi berarti uraian apa adanya terhadap suatu kondisi atau posisi dari

[65] M. Hariwijaya, 2007, *Metodologi Dan Teknik Penulisan Skripsi, Tesis dan Disertasi*, Azzagrafika, Yogyakarta , h . 48.

proposisi-proposisi hukum atau non hukum. Di dalam tesis ini yang dideskripsikan adalah mengenai penyelesaian sengketa pembagian harta warisan serta kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris

b. Teknik Evaluasi

Teknik evaluasi adalah penilaian berupa tepat atau tidak tepat, setuju atau tidak setuju, sah atau tidak sah oleh peneliti terhadap suatu pandangan, pernyataan, baik yang tertera dalam bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder.

c. Teknik argumentasi

Teknik argumentasi tidak bisa dilepaskan dari teknik evaluasi karena penilaian dari analisa harus didasarkan pada alasan-alasan yang bersifat penalaran hukum. Hasil analisis selanjutnya diberikan argumentasi untuk mendapatkan kesimpulan atas pokok permasalahan yang dibahas pada penelitian ini.

G. Sistematika Penulisan

Tesis ini terdiri dari empat bab dan tiap bab di rinci menjadi beberapa sub bab, Untuk memperoleh gambaran yang lebih jelas mengenai pembahasan tesis ini akan di jelaskan dalam sistematika sebagai berikut:

BAB I : PENDAHULUAN

Bab ini menguraikan tentang latar belakang masalah, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka

konseptual dan kerangka teori, metode penelitian dan sistematika penulisan tesis.

BAB II : TINJAUAN PUSTAKA

Bab ini akan memaparkan tentang landasan teori, tinjauan pustaka ini mengkaji secara teoritis tema tesis dengan variablenya yaitu Tinjauan Umum Tentang Waris, meliputi Pengertian Waris, Dasar Hukum Waris, Rukun dan Syarat Waris, Sebab-sebab Mendapatkan Waris, Sebab-sebab Halangan Mendapatkan Waris; Tinjauan Umum Tentang Surat Wasiat meliputi Pengertian Surat Wasiat, Dasar Hukum Wasiat, Syarat Wasiat; Tinjauan Umum Tentang Pembuktian, Pengertian Pembuktian, Dasar Hukum Pembuktian, Jenis-jenis alat bukti; Tinjauan Umum Pengadilan Agama Kota Kendari.

BAB III : HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN

Bab ini menguraikan tentang hasil penelitian yang diperoleh pada pokok permasalahan tentang Pengaturan Surat Wasiat dalam KUHPerdata, Kedudukan Surat Wasiat dalam Pembuktian Sengketa Waris di Pengadilan Agama Kendari dan Dasar Pertimbangan Hakim dalam penyelesaian perkara dalam sengketa waris di Pengadilan Agama Kendari .

BAB IV : PENUTUP

Bab ini berisi tentang kesimpulan yang merupakan jawaban dari rumusan masalah yang telah dibahas, serta saran-saran

rekomendasi penulis sehubungan dengan konsekuensi hukum tentang kajian terhadap penyelesaian sengketa pembagian harta warisan serta kedudukan surat wasiat dalam pembuktian sengketa waris di Kota Kendari.