

**PENGUATAN REGULASI PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA  
DALAM UPAYA MENCIPTAKAN PEMBAGIAN WARIS  
YANG BERBASIS NILAI KEADILAN DAN KEMASLAHATAN**

**DISERTASI**

**Untuk memperoleh gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum  
Pada Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)  
Dipertahankan pada tanggal 26 Juni 2024  
Di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)**



**Oleh :**

**H. Moh. Arifin S.Ag., M.Hum.**

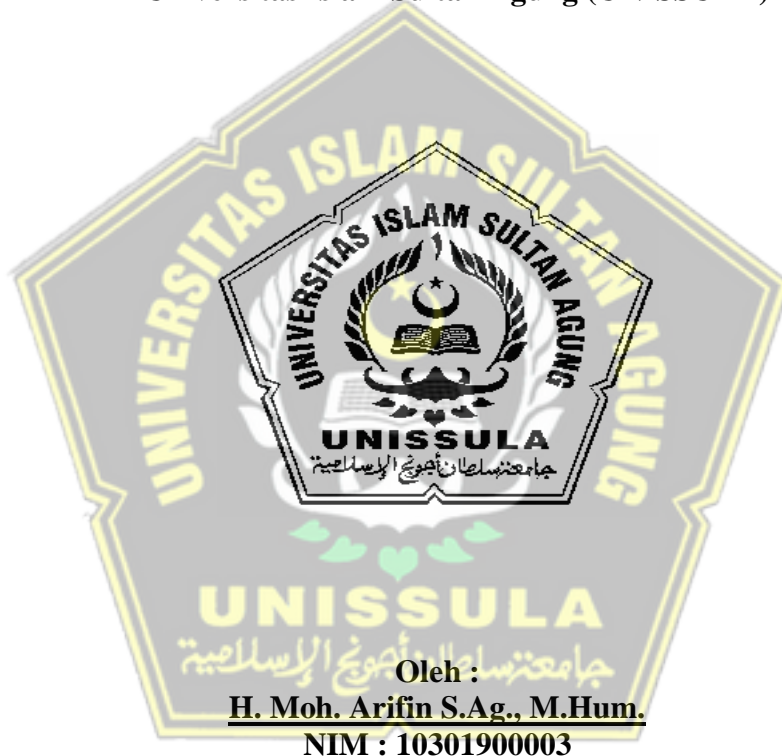
**NIM : 10301900003**

**PROGRAM DOKTOR (S 3) ILMU HUKUM (PDIH)  
FAKULTAS HUKUM  
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)  
SEMARANG  
2024**

**PENGUATAN REGULASI PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA  
DALAM UPAYA MENCIPTAKAN PEMBAGIAN WARIS  
YANG BERBASIS NILAI KEADILAN DAN KEMASLAHATAN**

**DISERTASI**

**Untuk memperoleh gelar Doktor dalam Bidang Ilmu Hukum  
Pada Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)  
Dipertahankan pada tanggal 26 Juni 2024  
Di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA)**



**PROGRAM DOKTOR (S 3) ILMU HUKUM (PDIH)  
FAKULTAS HUKUM  
UNIVERSITAS ISLAM SULTAN AGUNG (UNISSULA)  
SEMARANG  
2024**

**PENGUATAN REGULASI PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA  
DALAM UPAYA MENCIPTAKAN PEMBAGIAN WARIS YANG  
BERBASIS NILAI KEADILAN DAN KEMASLAHATAN**

Oleh

**MOH. ARIFIN**

**NIM. 10302000235**

**DISERTASI**

Untuk Memenuhi salah satu syarat ujian

Guna memperoleh gelar Doktor dalam ilmu hukum ini.

Telah disetujui oleh Promotor dan Co Promotor pada tanggal

Seperti tertera dibawah ini

Semarang, 25 November 2024

PROMOTOR

CO-PROMOTOR

Prof. Dr. H. Gunarto, SH, SE, Akt, M. Hum  
NIDN. 605036205

Dr. Bambang Tri Bawono, S.H., M.H.  
NIDN. 607077601



Mengetahui  
Dekan Fakultas Hukum  
Universitas Islam Sultan Agung

Dr. H. Jawade Hafidz., S.H., M.H.  
NIDN : 0620046701

## PERNYATAAN ORIGINALITAS PENELITIAN

Dengan ini menyatakan bahwa :

1. Karya tulis saya, disertasi ini adalah asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik Doktor baik Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang (UNISSULA) maupun perguruan tinggi lainnya.
2. Karya tulis ini adalah murni gagasan, rumusan, dan penelitian saya sendiri tanpa bantuan pihak lain selain Tim Promotor dan masukan dari Tim Penelaah.
3. Dalam karya tulis ini tidak terdapat karya atau pendapat yang telah ditulis atau dipublikasikan orang lain kecuali secara tertulis dengan jelas dicantumkan sebagai acuan dalam naskah dengan disebutkan nama pengarang dan dicantumkan dalam daftar Pustaka
4. Pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya dan apabila dikemudian hari terdapat penyimpangan atau ketidakbenaran dalam pernyataan ini, maka saya bersedia menerima sanksi berupa pencabutan gelar yang telah diperoleh karena karya ini, serta sanksi lainnya sesuai dengan norma yang berlaku pada perguruan tinggi ini.

Semarang, 26 November 2024

Yang Membuat Pernyataan



METERAI TEMPEL  
1AS8DAJX841427202

MOH ARIFIN

**NIM : 10302000235**

## MOTTO

Mahkota seseorang adalah akalnya. Derajat seseorang adalah agamanya.

Sedangkan kehormatan seseorang adalah budi pekertinya.

(Khalifah Umar bin Khattab)

Kenali kebenaran, maka kamu akan tahu orang-orang yang benar. Benar tidak diukur oleh orang-orangnya, tetapi manusia diukur oleh kebenaran.

(Khalifah Umar bin Khattab)

The aim of law is the greatest happiness for the greatest number of people”, bahwa tujuan hukum adalah untuk mengupayakan kebahagiaan dan kemanfaatan bagi sebanyak-banyaknya manusia.

(Jeremy Bentham)

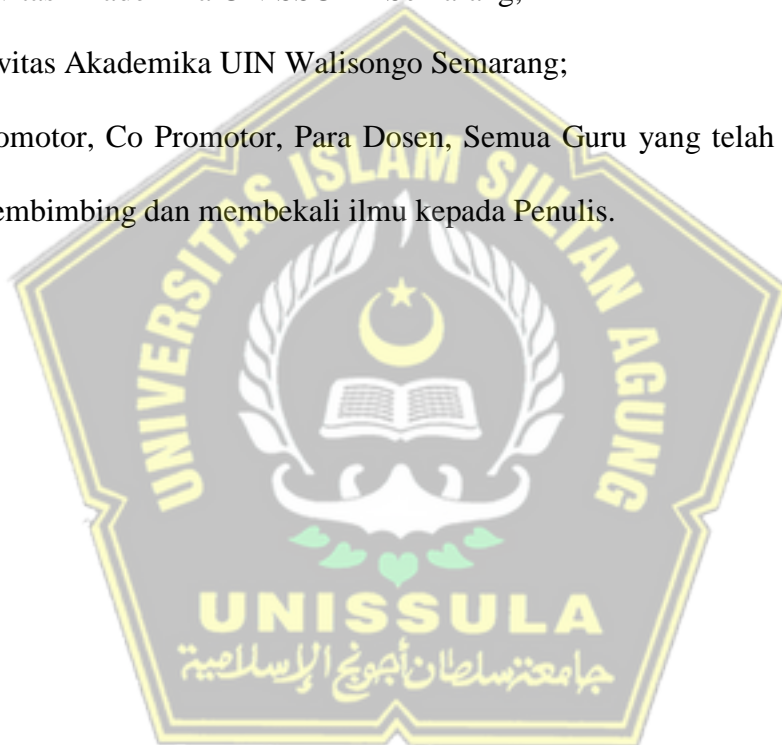
Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia.

(Satjipto Rahardjo)

## **PERSEMBAHAN**

Disertasi ini penulis persembahkan kepada:

1. Nusa dan Bangsa Indonesia;
2. Orang Tua dan Keluargaku;
3. Civitas Akademika UNISSULA Semarang;
4. Civitas Akademika UIN Walisongo Semarang;
5. Promotor, Co Promotor, Para Dosen, Semua Guru yang telah mengarahkan, membimbing dan membekali ilmu kepada Penulis.



## ABSTRAK

Harta bersama merupakan harta yang didapatkan oleh suami/isteri selama masa perkawinannya. Apabila terjadi cerai mati, maka harta bersama dibagi menjadi 2 (dua) bagian, yaitu dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Tujuan Penelitian adalah untuk menganalisis regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris belum berkeadilan; untuk menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama dalam peraturan perundang-undangan; dan untuk memberikan penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan. Metode penelitian dengan *critical theory*, metode pendekatan yuridis sosiologis, sumber data primer dan sumber data sekunder, analisis deskriptif kualitatif. Hasil temuan menunjukkan bahwa penerapan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam belum berbasis nilai keadilan. Kelemahan Substansi, bahwa Ketentuan dalam Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam sudah tidak dapat menjawab permasalahan mengenai perselisihan tentang pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci di zaman sekarang ini. Kelemahan Struktur Hukum, bahwa seringkali Hakim dalam memutus suatu kasus atau suatu perkara yang ditanganinya hanya menerapkan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan, Hakim tidak memperhatikan substansi suatu perkara atau suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut dan Hakim tidak memperhatikan makna dibalik kata dalam pasal-pasal peraturan perundang-undangan. Selain itu juga sering terjadi adanya kekhilafan atau kekeliruan Hakim dalam menerapkan hukumnya. Kelemahan Kultur Hukum, bahwa Pembagian waris menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat. Rekonstruksi nilai, bahwa pembagian waris harta bersama yang ideal adalah melalui kontruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan maslahah. Diperlukan adanya peraturan perundang-undangan tentang perkawinan yang mengatur pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci. Adapun penemuan gagasan hukum barunya dalam disertasi ini adalah Penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berkeadilan.

***Kata Kunci: Waris, Harta Bersama, Keadilan dan Kemaslahatan.***

## **ABSTRACT**

*Joint assets are assets acquired by a husband/wife during their marriage. If a divorce occurs, the joint assets are divided into 2 (two) parts, namely where ½ part belongs to the surviving wife/husband and the other ½ part becomes inheritance property which is divided among the heirs. The aim of the research is to analyze the regulations for distribution of inheritance of joint assets in that the distribution of inheritance is not fair; to analyze the weaknesses in regulations regarding the distribution of inheritance of joint assets in statutory regulations; and to provide strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint assets that are capable of creating inheritance distribution based on the values of justice and benefit. Research method using critical theory, sociological juridical approach method, primary data sources and secondary data sources, qualitative descriptive analysis. The findings show that the application of Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage and Article 96 of the Compilation of Islamic Law is not based on the value of justice. Weakness in substance, that the provisions in Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage and Article 96 of the Compilation of Islamic Law are no longer able to answer problems regarding disputes regarding the division of inheritance of joint property in totality and detail in this day and age. The weakness of the legal structure is that in deciding a case or a case they are handling, judges often only apply the articles in the statutory regulations, the judge does not pay attention to the substance of the case or case they are handling and the judge does not pay attention to the meaning behind the words in the articles. articles of statutory regulations. Apart from that, judges often make mistakes or errors in applying the law. The weakness of legal culture is that the division of inheritance becomes a polemic in the family environment and ends in a dispute in court. Basically, the division of inheritance can be done by deliberation and consensus between family members, but sometimes the division of inheritance can result in divisions between family members or relatives. Value reconstruction, that the ideal distribution of inheritance of joint assets is through the construction of a fair and maslahah division of inheritance of joint assets. There is a need for legal regulations regarding marriage that regulate the distribution of inheritance of joint property in total and in detail. The discovery of a new legal idea in this dissertation is strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint property which is capable of creating a fair distribution of inheritance.*

**Keywords: Inheritance, Joint Property, Justice and Benefits.**



## KATA PENGANTAR



*Assalamu'alaikum Warrahmatullahi Wabarrakatuh.*

Ucapan syukur kita panjatkan kehadirat Allah SWT atas limpahan Rahmat dan Karunia-Nya, sehingga Penulis memperoleh kesehatan dan kekuatan serta kesempatan untuk menyelesaikan penulisan disertasi yang berjudul **“PENGUATAN REGULASI PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA DALAM UPAYA MENCIPTAKAN PEMBAGIAN WARIS YANG BERBASIS NILAI KEADILAN DAN KEMASLAHATAN”** dengan baik dan lancar. Disertasi ini adalah sebagai tugas akhir untuk memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum pada Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.

Perkenankanlah pula penulis mengucapkan terimakasih yang tidak terhingga dan sedalam-dalamnya kepada Yth :

1. Prof. Dr. H. Gunarto, S.H. S.E. Akt. M.Hum, selaku Rektor Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang, beserta segenap jajarannya yang telah memberikan kesempatan yang sangat berharga kepada penulis untuk menimba ilmu di Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang dan juga selaku Promotor yang telah memberikan masukan dan kemudahan penulis dalam menempuh studi dan telah meluangkan waktunya untuk memberikan bimbingan, arahan, dan masukan-masukan dalam penyusunan disertasi ini,

senantiasa memberikan dukungan dan dorongan serta wejangan keilmuan yang sangat berharga.

2. Dr. H. Jawade Hafidz, S.H. M.H., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang, beserta segenap jajarannya yang telah memberikan kesempatan yang sangat berharga kepada penulis untuk menimba ilmu di Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum di Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang,
3. Prof. Dr. Hj. Anis Mashdurohatun, S.H., M.Hum., Guru Besar di Fakultas Hukum UNISSULA selaku Ketua Program Doktor (S3) Ilmu Hukum (PDIH) UNISSULA Semarang, yang telah memberikan masukan dan kemudahan penulis dalam menempuh studi dan telah meluangkan waktunya untuk memberikan arahan, dan masukan-masukan dalam penyusunan disertasi ini, yang senantiasa memberikan dukungan dan dorongan serta wejangan keilmuan yang sangat berharga.
4. Dr. Lathifah Hanim, S.H., MKn., M.Hum., selaku Sekretaris Program Doktor (S3) Ilmu Hukum (PDIH) UNISSULA Semarang yang telah memberikan masukan dan kemudahan penulis dalam menempuh studi dan telah meluangkan waktunya untuk memberikan bimbingan, arahan, dan masukan-masukan dalam penyusunan disertasi ini.
5. Bapak dan Ibu Dosen/ Guru Besar Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang yang telah memberikan sumbangsih keilmuan, juga kepada staf/ karyawan administrasi Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan

Agung (UNISSULA) Semarang yang telah memberikan pelayanan yang baik sehingga dapat memperlancar tugas-tugas penulis dalam studi dan tercapainya gelar doktor ini.

6. Prof. Dr. H. Nizar, M.Ag, Rektor UIN Walisongo Semarang, yang telah memberikan ijin Penulis untuk studi di Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Fakultas Hukum, UNISSULA, Semarang
7. Prof. Dr. H. Abdul Ghofur, MAg, Dekan Fakultas Syariah dan Hukum UIN Walisongo, yang selalu memberikan motifasi dan semangat kepada Penulis untuk menyelesaikan studi di Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Fakultas Hukum, UNISSULA, Semarang.
8. Ibuku Hj. Malikah dan Hj. Marning dan saudara-saudaraku Nur Khasanah & M. Faqih, Zumarah & Ngadi, Maria Ulfa & Subandi, Muslimin & Tatik, yang selalu memberikan semangat dan dorongan serta do'a-do'anya yang selalu menyertai dalam penyelesaian Program Doktor (S3) Ilmu Hukum di Fakultas Hukum, UNISSULA, Semarang
9. Istriku Hj. Hidayatul Munawarah, S.Pd.I, yang setia mendampingi, meluangkan waktu dan tidak banyak tuntutan, waktunya dikorbankan, dan serta selalu mengingatkan aku disaat aku agak terlena.
10. Anakku Nadwa Izza Azuma Arifin, yang selalu mengingatkan dengan senda gurau, ayo Ayah cepat selesai, aku saja sudah wisuda di FK Undip lho, ayo Ayah cepat diselesaikan yah, juga mau mengorbankan waktunya yang seharusnya untuk bermain Bersama-sama, namun waktunya digunakan untuk menyelesaikan disertasi ini, begitu pula Anak ku M.

Kevin Maulana Arif, yang saat ini lagi duduk di semester IV FK UIN Jakarta, dan Zia Mazia el Ghina Arifin, yang semuanya senang mengoda ayahnya agar tetap semangat cepat menyelesaikan disertasi.

11. Prof. Dr. Baidi Bukhori, Dekan FPK UIN , Prof. Syamsul Ma'arif, M.Ag yang selalu mendorong Penulis agar cepat selesai kuliah S.3.
12. Teman-temanku Prof. Ahmad Izuddin, M.Ag, Saekhu, Nur Khasanah, Syafi'i, Ashari, Nanang Arsyad, Dr. Sutrisno, SH, MH., Dr. Hakim Junaedi, Eman Sulaeman, Afif Nur, Prof. Nur Khoirin, Dina Sugiyanti, yang selalu memberi masukan dan dorongan untuk segera menyelesaikan disertasi.
13. Orang Tuaku dan Keluargaku, yang dengan penuh perhatian, ketulusan dan pengorbanan yang besar tiada henti-hentinya mendo'akan, memberikan inspirasi, dorongan, semangat dan membesarkan hati penulis dalam menghadapi berbagai hambatan dan rintangan dalam menyelesaikan studi ini sehingga terselesaikan disertasi ini dengan tercapainya gelar doktor ini.
14. Teman-teman di Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) Unissula Semarang dan teman-teman lain yang tidak dapat penulis sebut satu persatu.

Penulis menyadari sepenuhnya, bahwa disertasi ini jauh dari sempurna dan tidak lepas dari kekurangan karena masih terbatasnya pengetahuan dan kemampuan penulis. Untuk itu semua kritik dan saran untuk penyempurnaan disertasi ini akan penulis terima dengan lapang dada dan senang hati. Akhirnya,

semoga disertasi ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum dan seluruh masyarakat, bangsa dan negara Indonesia. Aamiin.

Semarang, Juni 2024

Penulis,

**H. Moh. Arifin, S.Ag., M.Hum.**  
**NIM. 10301900003**



## DAFTAR ISI

HALAMAN SAMBUNG.....	i
HALAMAN JUDUL .....	ii
HALAMAN PERSETUJUAN.....	iii
MOTO.....	ii
PERSEMBAHAN.....	ii
SURAT PERNYATAAN .....	vi
ABSTRAK.....	vii
ABSTRACT.....	viii
KATA PENGANTAR .....	ix
DAFTAR ISI.....	xiv
RINGKASAN DISERTASI.....	xv
SUMMARY.....	xxxii
<i>Curriculum Vitae</i> .....	xlvi
	
BAB I : PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Perumusan Masalah.....	24
C. Tujuan Penelitian.....	25
D. Kegunaan Penelitian.....	25
E. Kerangka Teori .....	26
1. <i>Grand Theory</i> (Teori Utama): Teori Keadilan dan Teori Kemaslahatan .....	30

2. <i>Middle Theory</i> (Teori Menengah): Teori Sistem Hukum .....	70
3. <i>Applied Theory</i> (Teori Aplikasi): Teori Hukum Progresif .....	82
F. Kerangka Pemikiran.....	102
G. Metode Penelitian.....	104
H. Sitematika Penulisan .....	117
I. Orisinalitas Penelitian.....	118
<b>BAB II : KAJIAN PUSTAKA.....</b>	<b>124</b>
A. Tinjauan tentang Perkawinan .....	124
B. Hak dan Kewajiban Suami dan Istri .....	133
C. Tinjauan tentang Harta Bersama.....	136
D. Tinjauan tentang Kewarisan .....	144
E. Tinjauan tentang Pengadilan Agama .....	151
<b>BAB III   Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris</b>	
Saat Ini Masih Belum Berkeadilan.....	160
A. Pengaturan Regulasi tentang Harta Bersama .....	160
B. Harta Bersama sebagai Waris .....	166
C. Dasar Persoalan Hak Waris Harta Bersama.....	167
D. Perkara Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris yang Diputus	
Oleh Pengadilan Agama Kendal.....	170
E. Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris	
Saat Ini Masih Belum Berkeadilan.....	210
<b>BAB IV : Kelemahan-Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama</b>	
Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini .....	217
A. Kelemahan-Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama	
Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini belum Berkeadilan ...	217

B. Teori Sistem Hukum untuk menganalisis Kelemahan-Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini yang belum Mewujudkan Keadilan .....	223
<b>BAB V : Penguatan Regulasi Hukum Nasional Terhadap Pembagian Waris         Harta Bersama Yang Mampu Menciptakan Pembagian Waris Yang         Berbasis Nilai Keadilan Dan Kemaslahatan.....</b>	<b>251</b>
A. Pembagian Harta Bersama di Beberapa Negara.....	251
B. Pembagian Waris Harta Bersama yang Berkeadilan dan Kemaslahatan	278
C. Rekonstruksi Pembagian Waris Harta Bersama Berbasis Nilai Keadilan dan Kemaslahatan.....	315
1. Rekonstruksi Nilai.....	315
2. Rekonstruksi Norma Hukum.....	327
3. Temuan Gagasan Pemikiran Baru.....	329
<b>BAB VI : PENUTUP.....</b>	<b>331</b>
A. Simpulan .....	331
B. Saran-Saran .....	336
C. Implikasi.....	337
<b>DAFTAR PUSTAKA.....</b>	<b>339</b>



## RINGKASAN DISERTASI

### A. Latar Belakang Masalah

Hak isteri terhadap harta bersama dalam perkawinan yang putus karena kematian yaitu isteri memiliki hak setengah terhadap harta tersebut dikarenakan harta tersebut didapatkan dari hasil yang didapatkan atas kerja sama yang dilakukan oleh isteri dan suami yang sudah terikat dalam perkawinan baik dari awal perkawinan sampai akhirnya suami telah meninggal dunia. Dari harta peninggalan suaminya, istri tidak mendapat bagian sebagai waris, melainkan berhak menikmati penghasilan dari harta tersebut seumur hidup, jika perlu

Upaya hukum yang dapat dilakukan oleh isteri yang ditinggalkan mati oleh suaminya terhadap harta bersama yang dipersoalkan oleh keluarga suami pada dasarnya ada dua jenis yaitu Litigasi adalah penyelesaian sengketa di dalam pengadilan dan non litigasi yaitu penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Penyelesaian sengketa yang dengan jalur non litigasi dalam dilakukan dengan upaya mediasi dengan bantuan mediator. Untuk penyelesaian sengketa dengan jalur Litigasi dapat dilakukan dengan penggugatan mengenai hak yang dimiliki oleh isteri berkaitan dengan harta bersama yang dihalang-halangi oleh keluarga suami.

Pengadilan Agama Kendal telah memeriksa dan mengadili perkara pada tingkat pertama dan telah menjatuhkan putusan perkara kewarisan sebagaimana dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal, yaitu putusan No. 838/Pdt.G/2023/PA.Kdl. Dalam putusan tersebut terkait pembagian waris harta bersama, bahwa janda selaku penggugat mendapatkan pembagian waris harta bersama sebesar separoh ( $1/2$ ) dari harta bersama. Selanjutnya harta bawaan almarhum dan  $1/2$  dari harta bersama menjadi milik Almarhum sebagai tirkah (harta warisan) yang harus dibagikan kepada para ahli warisnya.

Sebagaimana dalam uraian di atas dapat difahami bahwa harta bersama merupakan hak suami dan istri, suami dan istri memanfaatkan harta bersama untuk memenuhi kebutuhan keluarga selama dalam ikatan perkawinan,

namun ketika perkawinan putus, baik putus karena cerai hidup ataupun cerai mati maka harta bersama merupakan harus dibagikan sesuai dengan aturan.

Pembagian harta bersama setelah putusnya perkawinan dijelaskan dalam Pasal 96 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyebutkan apabila terjadi cerai mati maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama. Hal ini sama dengan ketentuan pasal 97 KHI bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian

Selanjutnya Pasal 126 KUH Perdata, harta bersama bubar demi hukum salah satunya karena perceraian. Lalu, setelah bubar harta bersama, kekayaan bersama mereka dibagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu. Jadi, berdasarkan Pasal 37 UUP jo Pasal 126 dan 128 KUH Perdata, perceraian mengakibatkan bubar harta bersama sehingga harta bersama tersebut harus dibagi diantara pasangan suami-isteri.

Dari penjelasan tersebut di atas, maka terlihat bahwa Pasal 96 KHI tersebut mengadopsi dari KUHPerdata, akan tetapi Hukum Waris *faraid* tidak diatur. Dalam waris *faraid*, janda ditinggal mati bagiaannya langsung 1/8 dan duda 1/4 jika tidak ada anak. Sedangkan pembagian 1/4 dan 1/2 jika janda dan duda ada anak, di KUH Perdata langsung dibagi rata dengan ahli waris lainnya.

Harta bersama merupakan hak suami dan isteri, sehingga apabila terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris terlebih dahulu. Harta bersama harus dibagi menjadi 2 (dua), dimana 1/2 bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan 1/2 bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun 1/2 bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris.

Berdasarkan latar belakang permasalahan tersebut di atas, maka dipandang perlu untuk diadakan suatu penelitian melalui disertasi ini dengan judul

## **“Penguatan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Upaya Menciptakan Pembagian Waris Yang Berbasis Nilai Keadilan Dan Kemaslahatan”.**

### **B. Perumusan Masalah**

Bertitik tolak dari latar belakang masalah sebagaimana tersebut di atas, maka terdapat permasalahan pokok dalam penelitian ini yang perlu dikaji adalah berkisar pada masalah sebagai berikut:

1. Mengapa regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris belum berkeadilan?
2. Bagaimana kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama dalam peraturan perundang-undangan?
3. Bagaimana penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan?

### **C. Tujuan Penelitian**

Berdasarkan uraian latar belakang permasalahan dan perumusan masalah sebagaimana telah dikemukakan di atas, maka tujuan penelitian disertasi ini adalah:

1. Untuk menganalisis regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris belum berkeadilan.
2. Untuk menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama dalam peraturan perundang-undangan.
3. Untuk memberikan penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

### **D. Kegunaan Penelitian.**

#### **1. Kegunaan Teoritis.**

Untuk memahami dan menemukan hukum baru mengenai pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris yang berkeadilan dan sekaligus menambah informasi yang lebih konkret tentang penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

## **2. Kegunaan Praktis.**

- a. Untuk memberi sumbangan pemikiran kepada almamater dalam rangka melaksanakan salah satu tugasnya, yakni penelitian dan mengembangkan ilmu pengetahuan. Dan untuk bahan kepustakaan dalam bidang ilmu hukum, dan dapat juga sebagai bacaan sehingga penelitian ini juga dapat membantu bagi yang membutuhkannya.
- b. Untuk memberi kontribusi kepada negara dalam rangka pembentukan hukum nasional khususnya dalam hal penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

## **E. Kerangka Teori**

Penjelasan pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan, maka penulis memilih kerangka teori sebagai berikut: Pertama; Teori Keadilan dan Teori Kemaslahatan digunakan sebagai *Grand Theory*; Kedua; Teori Sistem Hukum digunakan sebagai *Middle Theory*; dan Ketiga; Teori Hukum Progresif digunakan sebagai *Applied Theory*.

## **F. Metode Penelitian**

Metode penelitian dengan paradigma yang penulis gunakan pada penelitian ini adalah paradigma kritik atau paradigma kritis (*critical theory*), yaitu penulis mengkritisi KHI bukan sebagai Undang-Undang, dan juga pada Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang tidak lengkap, metode pendekatan yuridis sosiologis, sumber data primer dan sumber data sekunder, analisis deskriptif kualitatif. metode penelitian yang penulis pergunakan adalah metode penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis) serta metode penelitian hukum komparatif, dengan membandingkan pembagian harta bersama akibat perceraian di negara-negara yang berdasarkan sistem hukum Islam seperti Negara Saudi Arabia, Negara Mesir dan Negara Yaman.

## G. Hasil Penelitian dan Pembahasan

### 1. Regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris belum berkeadilan

Nomenklatur perkara harta bersama, dalam undang-undang, masih masuk dalam bidang perkawinan. Secara yuridis, perkara ini menjadi kompetensi absolut Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) huruf (a) UU Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Cakupan bidang perkawinan tersebut, menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU tersebut, termasuk perkara “penyelesaian harta bersama”.

Eksistensi harta bersama ini juga disebut dalam Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang menegaskan, harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ditegaskan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf (f) yaitu, bahwa harta bersama mencakup semua harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Majelis Hakim Pengadilan dalam menentukan pembagian waris harta bersama dengan melakukan ijtihad. Karena menurut ilmu Ushul Fiqih, bahwa untuk menemukan hukum harus melakukan ijtihad. Ijtihad yang dilakukan oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal dalam menentukan pembagian waris harta bersama tersebut adalah ijtihad *tathbiqiy*, yaitu upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus.

Menentukan pembagian waris harta bersama tersebut, Majelis Hakim Pengadilan A menggunakan Teori Kemaslahatan melalui *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Ta'lili*, dan Metode *Istihsan*, serta Metode *Istishlahi*.

Makna *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Ta'lili* ialah dalam menentukan pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut, Majelis Hakim mengedepankan tujuan diberlakukannya hukum dan alasan

diberlakukannya hukum. Tujuan diberlakukannya hukum adalah untuk kemaslahatan, demikian juga alasan diberlakukannya hukum adalah untuk kemaslahatan.

Makna *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Isthsan* ialah dalam menentukan pembagian waris harta bersama tersebut Majelis Hakim Pengadilan mengedepankan tujuan diberlakukannya hukum, dan diberlakukannya hukum adalah untuk kebaikan.

Makna *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Istishlahi* ialah dalam menentukan pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut Majelis Hakim Pengadilan harus mengedepankan tujuan diberlakukannya hukum, dan diberlakukannya hukum adalah untuk kemaslahatan.

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, 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 dogmatik, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantive.

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 sebagai berikut :

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat 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. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*).<sup>1</sup>

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara berhukum 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 tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan masalah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>2</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 di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian hukum hanyalah sebagai “alat” untuk mencapai kehidupan yang adil, sejahtera dan bahagia, bagi manusia. Oleh karena itu menurut hukum progresif, hukum

---

<sup>1</sup>*Ibid*, h. 72

<sup>2</sup> Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Antony Lib bekerjasama LSHP, Yogyakarta, 2009, h. 31

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.

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

Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.<sup>3</sup> Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan diatas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik 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.

Dalam dunia peradilan, khususnya yang menyangkut kewenangan Pengadilan Agama, dalam kewarisan kedua belah pihak yang sedang berurusan dengan pengadilan tentang harta ini biasanya sedang

---

<sup>3</sup>*Ibid*, h.74



menyengkatan harta bersama yang juga sering disebut harta gono-gini dan juga harta bawaan.

Nomenklatur perkara harta bersama, dalam undang-undang, masih masuk dalam bidang perkawinan. Secara yuridis, perkara ini menjadi kompetensi absolut Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) huruf (a) UU Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Cakupan bidang perkawinan tersebut, menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU tersebut, termasuk perkara “penyelesaian harta bersama”.

Eksistensi harta bersama ini juga disebut dalam Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang menegaskan, harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ditegaskan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf (f) yaitu, bahwa harta bersama mencakup semua harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Pengadilan Agama Kendal yang telah melaksanakan tugasnya dengan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara kewarisan dan telah memutus perkara tersebut dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. Terkait pembagian waris harta bersama, maka duda atau janda memperoleh separuh dari harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Harta bersama tersebut merupakan harta yang didapatkan oleh suami isteri selama masa perkawinannya. Dimana dalam penelitian ini sampai dengan terjadinya kematian si suami. Kematian tersebut menyebabkan isteri atau si janda ditinggalkan yang mengakibatkan penguasaan dalam harta bersama yang diperoleh selama masa perkawinan hingga kematian si suami.

Namun, semasa hidupnya si suami juga memiliki keluarga yang memiliki hubungan darah dengan suami yang telah meninggal. Pada dasarnya, keluarga si suami tidak memiliki hak apapun terhadap harta

bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut bersama dengan isteri atau janda yang ditinggalkannya. Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Menurut penulis, bahwa pertimbangan hukum oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl yang mengacu pada bunyi Pasal 96 KHI, beserta amar putusannya mengenai penentuan pembagian waris harta bersama tersebut adalah kurang tepat dan belum berbasis keadilan. Putusan Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl mendasarkan bunyi Pasal 96 KHI tersebut belum mempertimbangkan, bahwa Pewaris selain meninggalkan istri sah dari pernikahan ketiga yang tidak mempunyai anak, Pewaris juga meninggalkan para ahli waris, yaitu anak-anak kandung dari pernikahan sah pertama dan juga anak-anak kandung dari pernikahan kedua secara siri. Oleh sebab itu, sehingga dapat disimpulkan bahwa regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris saat ini masih belum berkeadilan.

## **2. Kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama dalam peraturan perundang-undangan**

Teori Sistem Hukum untuk menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama saat ini yang belum mewujudkan keadilan dan kemaslahatan, adalah sebagai berikut:

### **a. Kelemahan Substansi Hukum**

Substansi hukum (*legal substance*) adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Faktor substansi hukum ini ialah bahwa harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI), bahwa apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.

Pembagian waris harta bersama yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum

Islam, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian waris harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta belum berbasis keadilan, karena pasal tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.

#### **b. Kelemahan Struktur Hukum**

Struktur hukum (*legal structure*) adalah bagian struktur yang menentukan dalam Penegakan Hukum kewarisan dan harta bersama. Bahwa seringkali Hakim dalam memutus suatu kasus atau suatu perkara yang ditanganinya hanya menerapkan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan, Hakim tidak memperhatikan substansi suatu perkara atau suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut dan Hakim tidak memperhatikan makna dibalik kata dalam pasal-pasal peraturan perundang-undangan. Selain itu juga sering terjadi adanya kekhilafan atau kekeliruan Hakim dalam menerapkan hukumnya, sehingga jika pihak yang merasakan belum mendapat keadilan dapat melakukan upaya hukum banding sampai dengan kasasi.

#### **c. Kelemahan Kultur Hukum**

Kelemahan Kultur Hukum, bahwa sengketa waris muncul karena keserakahan untuk menguasai dan mendapatkan harta warisan. Pembagian warisan tersebut menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan. Masalah waris merupakan masalah yang sangat penting, karena terkait dengan harta waris di mana jika pembagiannya dirasa tidak adil, maka akan mengakibatkan sengketa antara ahli warisnya. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat.

### **3. Penguatan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Yang Mampu Menciptakan Pembagian Waris Yang Berbasis Nilai Keadilan Dan Kemaslahatan.**

Pembagian waris harta bersama untuk masa mendatang yang ideal adalah melalui kontruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan maslahah. Diperlukan adanya peraturan perundang-undangan tentang perkawinan yang mengatur pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci. Selain itu juga implikasi hukum Islam yang mengatur tentang pembagian waris harta bersama yang adil.

Pembagian harta bersama akibat perceraian, baik cerai hidup ataupun cerai mati yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta bersama, berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan, karena Pasal tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.

Rekontruksi regulasi pada Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam tersebut, mendasar pada hukum pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan. Didasarkan pengaturan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang sebelumnya, bahwa pengaturan tentang hukum pembagian waris harta bersama tersebut sudah tidak relevan lagi dengan situasi dan kondisi pada saat sekarang ini. Oleh karena itu harus direkontruksi sehingga dalam penyelesaian perselisihan pembagian waris harta bersama dapat mencerminkan rasa keadilan dalam menata kehidupan bangsa dan negara di bawah nilai-nilai Pancasila.

Adapun penemuan gagasan hukum barunya dalam disertasi ini adalah **"Pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan"**, artinya realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama, bahwa pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan karena berdasarkan teori hukum kasus yang berkeadilan dan kemaslahatan hendaknya dapat dijadikan pedoman dalam menentukan pembagian waris harta bersama oleh umat Islam khususnya dan oleh bangsa Indonesia umumnya tanpa membeda-bedakan agama.

#### **H. Saran-Saran**

Setelah penulis menyimpulkan disertasi ini sebagaimana tersebut di atas, maka penulis dapat memberikan saran-saran sebagai berikut:

1. Diharapkan kepada Pemerintah untuk merevisi atau meng-amandemen Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam agar dapat menjadi pedoman atau dasar bagi bangsa Indonesia yang beragama Islam dalam menyelesaikan perselisihan pembagian waris harta bersama dengan menentukan pembagian waris harta bersama.
2. Diharapkan kepada Pemerintah dan DPR RI untuk merevisi atau meng-amandemen Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan kepada Dewan Perwakilan Rakyat RI, sehingga menjadi pedoman atau dasar bagi bangsa Indonesia tanpa membeda-bedakan agama dalam menyelesaikan perselisihan pembagian waris harta bersama.
3. Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama dan putusan Pengadilan Agama tersebut dapat mencerminkan rasa keadilan atau mewujudkan keadilan, maka hendaknya Hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama tersebut harus berdasarkan Teori Hukum Kasus yang Berkeadilan dan Kemaslahatan.
4. Tercapainya putusan Pengadilan Agama yang dapat mewujudkan keadilan, maka hendaknya hakim Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara atau kasus yang ditanganinya sesuai dengan hukum

acara yang berlaku, dan pula hendaknya hakim tidak terpengaruh oleh salah satu pihak yang berperkara, serta hendaknya tidak adanya kekhilafan atau kekeliruan hakim dalam menerapkan hukumnya.

## **I. Implikasi**

Implikasi penelitian ini, bahwa hasil-hasil dari penelitian ini terkait penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang berbasis pada keadilan dan kemaslahatan akan berimplikasi pada beberapa aspek sebagai berikut:

### **1. Implikasi Secara Teoritis**

Implikasi hasil penelitian ini secara teoritis memberikan kontribusi positif terhadap perkembangan teori hukum di Indonesia dengan cara mengembangkan teori hukum yang bersifat aplikatif sehingga mudah diterapkan dalam kehidupan masyarakat sehari-hari. Untuk memahami dan menemukan hukum baru mengenai pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris yang berkeadilan dan sekaligus menambah informasi yang lebih konkret tentang penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

Hasil penelitian ini juga secara nyata dapat turut memperluas studi ilmu hukum di Indonesia dengan cara melakukan resepsi dan harmonisasi kaidah syariah Islam ke dalam sistem hukum konvensional di Indonesia yang bercirikan tradisi hukum eropa kontinental (*anglo saxon/common law*) yang pada akhirnya memungkinkan “lahirnya” tradisi hukum khas Indonesia.

### **2. Implikasi Secara Praktis**

Implikasi hasil penelitian ini secara praktis dapat memberikan solusi terhadap masalah-masalah terkait Kewarisan dan harta bersama. Selanjutnya hasil penelitian ini dapat menghasilkan penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

Hasil penelitian ini juga secara nyata dapat memberi kontribusi kepada negara dalam rangka pembentukan hukum nasional khususnya dalam hal

penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

Implikasi praktis selanjutnya terhadap Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama. Hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama tersebut harus berdasarkan Teori Hukum Kasus yang Berkeadilan dan Kemaslahatan.



## DISSERTATION SUMMARY

### A. Background

The wife's right to joint property in a marriage that is broken up due to death is that the wife has half rights to the property because the property was obtained from the results obtained from the cooperation carried out by the wife and husband who were bound by marriage from the beginning of the marriage until the husband died. world. From the assets inherited from her husband, the wife does not receive a share as an inheritance, but has the right to enjoy the income from these assets for life, if necessary

There are basically two types of legal action that can be taken by a wife who has been left for dead by her husband regarding joint assets that are disputed by the husband's family, namely Litigation, which is the resolution of disputes in court and non-litigation, namely the resolution of disputes outside the court. Non-litigation dispute resolution is carried out through mediation with the help of a mediator. To resolve disputes using Litigation, a lawsuit can be carried out regarding the rights owned by the wife in relation to joint assets which are obstructed by the husband's family.

The Kendal Religious Court has examined and tried the case at the first instance and has handed down a decision on the inheritance case as stated in the Kendal Religious Court Decision, namely decision No. 838/Pdt.G/2023/PA.Kdl. In the decision regarding the distribution of inheritance of joint assets, the widow as the plaintiff received a distribution of inheritance of joint assets equal to half (1/2) of the joint assets. Furthermore, the deceased's inherited assets and 1/2 of the joint assets belong to the deceased as tirkah (inheritance) which must be distributed to his heirs.

As in the explanation above, it can be understood that joint property is the right of husband and wife, husband and wife use joint property to meet family needs during the marriage, but when the marriage breaks up, whether



because of divorce or death, joint property must be distributed. according to the rules.

The division of joint assets after the dissolution of a marriage is explained in Article 96 paragraph (1) of the Compilation of Islamic Law (KHI) which states that in the event of a divorce, half of the joint assets become the right of the spouse who survives longer. This is the same as the provisions of article 97 KHI that a divorced widow or widower each has the right to half of the joint assets as long as it is not specified otherwise in the agreement.

Furthermore, Article 126 of the Civil Code states that joint property is dissolved by law, one of which is due to divorce. Then, after the dissolution of joint assets, their joint assets are divided between husband and wife, or between their heirs, regardless of which party the goods came from. So, based on Article 37 of the UUP in conjunction with Articles 126 and 128 of the Civil Code, divorce results in the dissolution of joint assets so that joint assets must be divided between the husband and wife.

From the explanation above, it can be seen that Article 96 of the KHI was adopted from the Civil Code, but faraid inheritance law is not regulated. In faraid inheritance, the widow's share is 1/8 and the widower's share is 1/4 if there are no children. Meanwhile, the division of 1/4 and 1/2 if the widow or widower has children, according to the Civil Code, is immediately divided equally with the other heirs.

Joint property is the right of the husband and wife, so that if the death of the husband/wife occurs, the inheritance is distributed first. Joint assets must be divided into 2 (two), where  $\frac{1}{2}$  part belongs to the surviving wife/husband and the other  $\frac{1}{2}$  part becomes inheritance property which is divided among the heirs. It should be noted that even though  $\frac{1}{2}$  of the joint property belongs to the surviving husband/wife, this does not prevent the surviving husband/wife from getting a share of the inheritance.

Based on the background of the problem above, it is deemed necessary to conduct research through this dissertation with the title

"Strengthening Regulations for Sharing Inheritance of Joint Assets in an Effort to Create Inheritance Distribution Based on Justice and Benefit Values".

## **B. Problem Formulation**

Starting from the background of the problem as mentioned above, there are main problems in this research that need to be studied which revolve around the following problems:

1. Why are the regulations regarding the distribution of joint assets in the distribution of inheritance not fair?
2. What are the weaknesses in regulations regarding the distribution of inheritance of joint assets in statutory regulations?
3. How to strengthen regulations on the distribution of inheritance of joint assets that are able to create inheritance distribution based on the values of justice and benefit?

## **C. Research Objectives**

Based on the description of the background of the problem and the formulation of the problem as stated above, the objectives of this dissertation research are:

4. To analyze the regulations regarding the division of inheritance of joint assets in the distribution of inheritance which is not fair.
5. To analyze the weaknesses in regulations regarding the distribution of inheritance of joint assets in statutory regulations.
6. To provide strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint assets that are capable of creating inheritance distribution based on the values of justice and benefit.

## **D. Usefulness of Research.**

### **1. Theoretical Use**

To understand and discover new laws regarding the division of inheritance of joint property in a fair distribution of inheritance and at the same time add more concrete information about strengthening regulations for

the distribution of inheritance of joint property which is capable of creating inheritance distribution based on the values of justice and benefit..

## **2. Practical Use.**

- a. To contribute ideas to the alma mater in order to carry out one of its duties, namely research and developing science. And for library material in the field of legal science, and can also be used as reading material so that this research can also help those who need it.
- b. To contribute to the state in the context of forming national laws, especially in terms of strengthening regulations on the distribution of inheritance of joint assets which are able to create inheritance distribution based on the values of justice and benefit.

## **E. Theoretical Framework**

In explaining the distribution of inheritance of joint assets based on justice values, the author chooses the following theoretical framework: First; Justice Theory and Benefit Theory are used as Grand Theory; Second; Legal System Theory is used as Middle Theory; and Third; Progressive Legal Theory is used as Applied Theory.

## **F. Research Methods**

The research method with the paradigm that the author uses in this research is the critical paradigm or critical theory (critical theory), namely the author criticizes KHI not as a law, and also Article 96 of the incomplete Islamic Law Compilation, sociological juridical approach method, data sources primary and secondary data sources, qualitative descriptive analysis. The research methods that the author uses are normative legal research methods (normative juridical) and sociological legal research methods (sociological juridical) as well as comparative legal research methods, by comparing the distribution of joint assets due to divorce in countries based on an Islamic legal system such as Saudi Arabia, Egypt and Yemen.

## **G. Research Results and Discussion**

### **1. Regulations on the division of inheritance of joint assets in the distribution of inheritance are not yet fair**

The nomenclature of joint property cases, in law, still falls within the field of marriage. Juridically, this case is the absolute competence of the Religious Courts based on Article 49 paragraph (1) letter (a) of Law Number 7 of 1989 as amended by Law Number 3 of 2006 and the second amendment by Law Number 50 of 2009 concerning Religious Courts. The scope of the marriage sector, according to the explanation of Article 49 paragraph (2) of the Law, includes cases of "settlement of joint assets".

The existence of joint property is also mentioned in Article 35 paragraph (1) of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage, which confirms that property acquired during marriage becomes joint property. It is confirmed in the Compilation of Islamic Law (KHI) Article 1 letter (f), namely, that joint property includes all property acquired either individually or jointly by husband and wife during the marriage, regardless of whether it is registered in anyone's name.

The Panel of Court Judges determines the distribution of inheritance of joint assets by carrying out *ijtihad*. Because according to the science of Ushul Fiqh, to find the law you have to do *ijtihad*. The *ijtihad* carried out by the Panel of Judges at the Kendal Religious Court in determining the distribution of inheritance of joint property is *ijtihad tathbiqiy*, namely an effort to apply the law correctly to a case.

Determining the distribution of inheritance of joint assets, the Panel of Judges at Court A used the Benefit Theory through *Maqashidusy Syari'ah* with the *Ta'lili Method*, and *Istihsan Method*, as well as the *Istishlahi Method*.

The meaning of *Maqashidusy Syari'ah* with the *Ta'lili Method* is that in determining the distribution of joint assets as a result of the divorce, the Panel of Judges prioritizes the purpose of enacting the law and the reasons

for enacting the law. The purpose of enacting the law is for the benefit, likewise the reason for enacting the law is for the benefit.

The meaning of Maqashidusy Syari'ah using the Isthsan Method is that in determining the distribution of inheritance of joint assets, the Court Judges prioritize the aim of enacting the law, and enacting the law is for good.

The meaning of Maqashidusy Syari'ah using the Istishlahi Method is that in determining the distribution of joint assets as a result of divorce, the Panel of Court Judges must prioritize the aim of enacting the law, and the enactment of the law is for the benefit.

The big agenda of progressive legal ideas is to place humans as the main centrality of all discussions regarding law. With progressive legal wisdom, it invites attention to human behavioral factors. Therefore, progressive law places a combination of regulatory factors and law enforcement behavior in society. This is where understanding the idea of progressive law is important, that the concept of "best law" must be placed in the context of holistic integration in understanding humanitarian problems. Thus, the idea of progressive law does not merely understand the legal system in a dogmatic nature, but also aspects of social behavior in an empirical nature. So it is hoped that it will see human problems as a whole with a substantive justice orientation.

Progressive law rejects any notion that legal institutions are final and absolute institutions. On the contrary, progressive law believes that legal institutions are always in the process of becoming (law as a process, law in the making). This assumption was explained by Satjipto Rahardjo as follows:

Progressive law does not understand law as an absolute and final institution, but rather is determined by its ability to serve humans. In the context of such thinking, law is always in the process of becoming. Law is an institution that continuously develops and changes itself towards a better level of perfection. The quality of perfection here can be verified in the factors of justice, welfare, concern for the people and so on. This

is the essence of "law which is always in the process of becoming" (law as a process, law in the making).

In such a context, the law will appear to always be moving, changing, following the dynamics of human life. As a result, this will affect our way of law, which will not just be trapped in the rhythm of "legal certainty", the status quo and the law as a final scheme, but rather a legal life that is always flowing and dynamic, both through changes in laws and legal culture. . When we accept the law as a final scheme, the law no longer appears as a solution to humanitarian problems, but rather humans are forced to fulfill the interests of legal certainty.

The philosophical basis of progressive law is an institution that aims to lead humans to a just, prosperous life and make humans happy. Progressive law departs from the basic assumption that law is for humans and not vice versa. Based on this, the birth of law was not for itself, but for something broader, namely; for human dignity, happiness, welfare and human glory. That is why when problems occur in the law, it is the law that must be reviewed and corrected, not humans who are forced to be included in the legal scheme.

The statement that law is for humans means that law is only a "tool" to achieve a just, prosperous and happy life for humans. Therefore, according to progressive law, law is not the goal of humans, but law is only a tool. So that substantive justice must take priority over procedural justice, this is solely so that the law can be seen as a solution to humanitarian problems.

Progressive legal orientation relies on aspects of regulations and behavior (rules and behavior). Regulations will build a logical and rational positive legal system. Meanwhile, behavioral or human aspects will drive the rules and systems that have been built. Because of the assumption built here, that law can be seen from the social behavior of law enforcers and the community. By placing the behavioral aspect above the regulatory aspect, this human and humanitarian factor has exciting elements such as compassion (new feelings), empathy, sincerity (sincerity), dedication,

commitment (responsibility), dare (courage) and determination (unanimity). determination). Satjipto Rahardjo quoted Taverne as saying: "Give me good prosecutors and judges, then even with bad regulations I can make good decisions."

Prioritizing (human) behavior rather than statutory regulations as the starting point for the law enforcement paradigm will lead us to understand law as a humanitarian process and project. Prioritizing behavioral (human) and humanitarian factors above regulatory factors means shifting thought patterns, attitudes and behavior from a legalistic-positivistic level to a holistic human level, namely humans as individuals and social creatures. In such a context, every human being has individual responsibility and social responsibility to provide justice to anyone.

In the world of justice, especially regarding the authority of the Religious Courts, in inheritance the two parties who are dealing with the court regarding assets are usually discussing joint assets which are also often called mutual assets and inherited assets.

The nomenclature of joint property cases, in law, still falls within the field of marriage. Juridically, this case is the absolute competence of the Religious Courts based on Article 49 paragraph (1) letter (a) of Law Number 7 of 1989 as amended by Law Number 3 of 2006 and the second amendment by Law Number 50 of 2009 concerning Religious Courts. The scope of the marriage sector, according to the explanation of Article 49 paragraph (2) of the Law, includes cases of "settlement of joint assets".

The existence of joint property is also mentioned in Article 35 paragraph (1) of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage, which confirms that property acquired during marriage becomes joint property. It is confirmed in the Compilation of Islamic Law (KHI) Article 1 letter (f), namely, that joint property includes all property acquired either individually or jointly by husband and wife during the marriage, regardless of whether it is registered in anyone's name.

The Kendal Religious Court has carried out its duties by examining, deciding and resolving inheritance cases and has decided the case in the Kendal Religious Court Decision Number 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. Regarding the distribution of inheritance of joint assets, the widower or widow gets half of the joint assets in accordance with the provisions of Article 96 of the Compilation of Islamic Law (KHI).

Joint assets are assets acquired by husband and wife during their marriage. Where in this research the husband's death occurred. This death causes the wife or widow to be abandoned, which results in control of the joint property acquired during the marriage period until the husband's death.

However, during his lifetime the husband also had family who were related by blood to the husband who had died. In essence, the husband's family does not have any rights to the joint assets owned by the deceased husband together with the wife or widow he left behind. However, in some cases, many families also feel that they have rights to the joint property owned by the deceased husband.

According to the author, the legal considerations by the Panel of Judges at the Kendal Religious Court regarding Case Number 838/Pdt.G/2023/PA. The Kdl which refers to the words of Article 96 of the KHI, along with its decision regarding determining the distribution of inheritance of joint assets is inappropriate and not based on justice. Kendal Religious Court Decision on Case Number 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl based on the provisions of Article 96 of the KHI has not considered that apart from leaving behind the legal wife from the third marriage who had no children, the Heir also left behind heirs, namely the biological children from the first legal marriage and also the biological children from the second marriage as well. series. Therefore, it can be concluded that the current regulations for the distribution of joint property inheritance in the division of inheritance are still not fair.



## **2. Weaknesses in regulations regarding the distribution of inheritance of joint assets in statutory regulations**

Legal System Theory to analyze the weaknesses of the current regulation of distribution of inheritance of joint assets which has not yet realized justice and benefit, is as follows:

### **a. Weaknesses of Legal Substance**

Legal substance is the substantial part that determines whether or not the law can be implemented. The substantive factor of this law is that joint property is in accordance with the provisions of Article 96 of the Compilation of Islamic Law (KHI), which states that in the event of a divorce, half of the joint property becomes the right of the spouse who survives longer.

The current division of inheritance of joint property is based on the provisions of Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage and the provisions of Article 96 of the Compilation of Islamic Law, but Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage does not explain in totality and detail regarding the distribution of inheritance of joint assets. Article 96 of the Compilation of Islamic Law which regulates the division of inheritance of property is not yet based on justice, because this article cannot answer the problem of disputes regarding the distribution of inheritance of joint property that are currently occurring.

### **b. Weaknesses of Legal Structure**

The legal structure is the part of the structure that determines the enforcement of inheritance and joint property law. That often Judges, in deciding a case or case they are handling, only apply the articles in the statutory regulations, the Judge does not pay attention to the substance of the case or the case he is handling and the Judge does not pay attention to the meaning behind the words in the articles of the statutory regulations. invitation. Apart from that, judges often make mistakes or errors in applying the law, so that if a party feels that they

have not received justice, they can take legal action, appeal up to cassation.

**c. Weaknesses of Legal Culture**

The weakness of legal culture is that inheritance disputes arise because of greed to control and obtain inherited assets. The division of inheritance became a polemic within the family and ended in a dispute in court. The issue of inheritance is a very important issue, because it is related to inheritance, where if the distribution is deemed unfair, it will result in disputes between the heirs. The division of inheritance can basically be done by deliberation and consensus between family members, but sometimes the division of inheritance can result in divisions between family members or relatives.

**3. Strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint assets which is able to create inheritance distribution based on the values of justice and benefit**

The ideal distribution of joint property inheritance for the future is through the construction of a fair and maslahah distribution of joint property inheritance. There is a need for legal regulations regarding marriage that regulate the distribution of inheritance of joint property in total and in detail.

Apart from that, there are also implications of Islamic law which regulates the fair distribution of inheritance of joint assets. The division of joint assets as a result of divorce, whether live divorce or death divorce which is currently in force is based on the provisions of Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage and the provisions of Article 96 of the Compilation of Islamic Law, but Article 37 of Law Number 1 of 1974 About Marriage does not explain in totality and detail regarding the division of joint assets. Article 96 of the Compilation of Islamic Law which regulates the distribution of inheritance of joint assets, is based on the values of justice and benefit, because this article cannot answer the problem regarding disputes regarding the distribution of inheritance of joint assets that are currently occurring.

The reconstruction of regulations in Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage and Article 96 of the Compilation of Islamic Law is based on the law on the distribution of inheritance of joint assets based on the values of justice and benefit. Based on the provisions of Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage and Article 96 of the previous Compilation of Islamic Law, the regulations regarding the legal distribution of inheritance of joint property are no longer relevant to the current situation and conditions. Therefore, it must be reconstructed so that in resolving disputes over the distribution of inheritance of joint assets, it can reflect a sense of justice in organizing the life of the nation and state under the values of Pancasila.

The discovery of the new legal idea in this dissertation is "Division of inheritance of joint property based on the value of justice and benefit", meaning that the realization of realizing justice in the distribution of inheritance of joint property, that the distribution of inheritance of joint property is based on the value of justice because it is based on case law theory that is fair and beneficial. should be used as a guideline in determining the distribution of inheritance of joint property by Muslims in particular and by the Indonesian people in general without discriminating between religions..

#### **H. Suggestions**

1. It is hoped that the Government will revise or amend Article 96 of the Compilation of Islamic Law so that it can become a guideline or basis for the Muslim Indonesian people in resolving disputes regarding the distribution of inheritance of joint assets by determining the distribution of inheritance of joint assets.
2. It is hoped that the Government and DPR RI will revise or amend Article 37 of Law Number 1 of 1974 concerning Marriage to the Indonesian House of Representatives, so that it becomes a guideline or basis for the Indonesian nation without discriminating between religions in resolving disputes over the distribution of inheritance. together. ivision of inheritance of joint property with determine the division of joint assets.

3. Religious Courts in examining, adjudicating and deciding dispute cases regarding the distribution of inheritance of joint assets and the decisions of the Religious Courts can reflect a sense of justice or realize justice, so Religious Court Judges should in deciding dispute cases regarding the distribution of inheritance of joint assets must be based on Case Law Theory. which is fair and beneficial.
4. To achieve a Religious Court decision that can realize justice, the Religious Court judge should examine, adjudicate and decide the case or cases he handles in accordance with the applicable procedural law, and the judge should also not be influenced by one of the litigants, and should there is no error or mistake by the judge in applying the law

## **B. Implications**

The implication of this research is that the results of this research are related to strengthening regulations on the distribution of inheritance of joint assets based on justice and benefit, which will have implications for several aspects as follows:

### **1. Theoretical Implications**

The implications of the results of this research theoretically provide a positive contribution to the development of legal theory in Indonesia by developing applicable legal theory so that it is easy to apply in people's daily lives. To understand and discover new laws regarding the distribution of inheritance of joint assets in a fair distribution of inheritance and at the same time add more concrete information about strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint assets which are capable of creating inheritance distribution based on the values of justice and benefit.

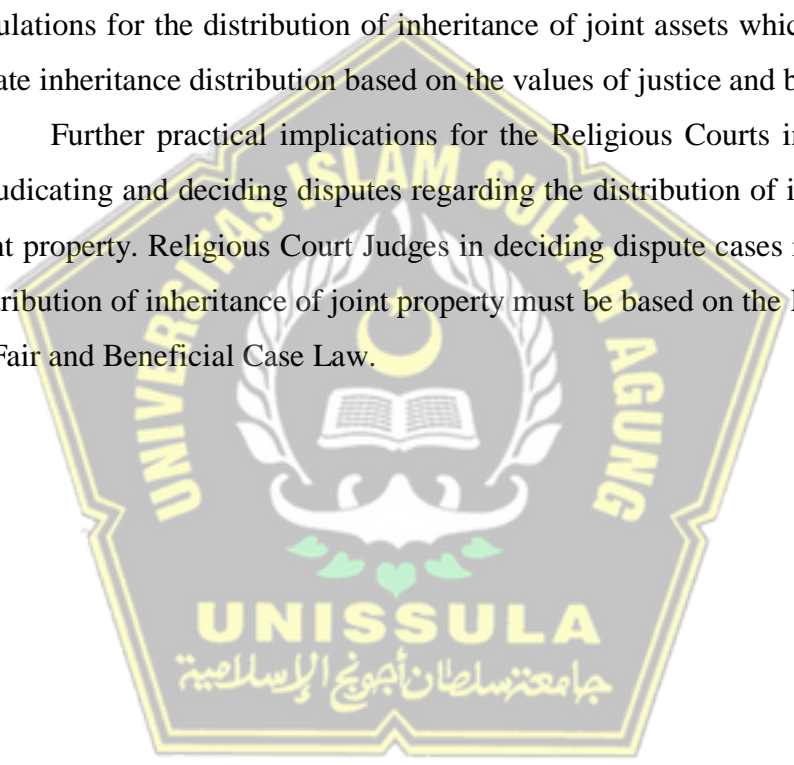
The results of this research can also significantly help expand the study of legal science in Indonesia by accepting and harmonizing Islamic sharia rules into the conventional legal system in Indonesia which is characterized by continental European legal traditions (Anglo Saxon/common law) which ultimately allows for the "birth" typical Indonesian legal tradition.

## 2. Practical Implications

The practical implications of the results of this research can provide solutions to problems related to inheritance and joint assets. Furthermore, the results of this research can result in strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint assets which can create inheritance distribution based on the values of justice and benefit.

The results of this research can also significantly contribute to the state in the context of forming national laws, especially in terms of strengthening regulations for the distribution of inheritance of joint assets which are able to create inheritance distribution based on the values of justice and benefit.

Further practical implications for the Religious Courts in examining, adjudicating and deciding disputes regarding the distribution of inheritance of joint property. Religious Court Judges in deciding dispute cases regarding the distribution of inheritance of joint property must be based on the Legal Theory of Fair and Beneficial Case Law.



## CURRICULUM VITAE



### **DATA DIRI:**

Nama : H. Moh. Arifin, S.Ag., M.Hum.  
Tempat, Tanggal Lahir : Lamongan, 12 Oktober 1971  
Alamat : Perum Griya Lestari B3/12 RT. 004 RW.009  
Kelurahan Gondoriyo Kecamatan Ngaliyan Kota  
Semarang  
No. Hp : 081325669491  
Email : moharifin\_sag.mhum@yahoo.com

### **RIWAYAT PENDIDIKAN FORMAL:**

MI : Darul Ulum Lamongan, lulus 1985  
MTs N : Denanyar Jombang, lulus 1988  
Madrasah Aliyah PK : Jember, lulus 1991  
S.1 : Fakultas Syariah IAIN Walisongo Semarang, lulus 1995  
S.2 : Fakultas Hukum UGM Yogyakarta, lulus 2002  
S.3 : Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Unissula

### **RIWAYAT PENDIDIKAN NON FORMAL DAN PELATIHAN:**

1. Pondok Pesantren Jombang 1985 -1988
2. Ponpes Raudlatut Tholibin Semarang 1991 -1995
3. Pendidikan Auditor Sertifikasi Halal 2010 di Semarang
4. Pendidikan Dewan Pengawas Syariah DSN MUI Jakarta 2017
5. TOT tentang Kinerja kepegawaian 2017
6. TOT pembelajaran dan Penelitian 2018 di USIM Malaysia
7. Pelatihan Mediator bersertifikat Mahkamah Agung 2020

### **PENGALAMAN ORGANISASI**

1. Auditor Halal MUI Jawa Tengah 2011- sekarang
2. Pengurus BP4 Provinsi Jateng, 2011- 2016 dan 2021-2026

3. Pengurus BAZNAS Prov. Jateng 2012- 2018
4. Direktur LPKBHI FSH 2013- 2015
5. Sekretaris Poskapolham 2011-2013
6. Pengurus LP2EI FSH 2013 – sekarang
7. Direktur LPBH NU Kota Semarang 2014 - 2022 ( dua periode)
8. Pengurus Ikatan Ahli Ekonomi Indonesia (IAEI) Korwil Jawa Tengah, 2014-2018
9. Pembina Yayasan Jabal Nur Semarang 2010 –sekarang
10. Pembina Yayasan Cendekia Mulia 2013 - sekarang
11. Pengurus MUI Kota Semarang, 2015-2021 dan 2021-2026
12. Pengurus IPHI (2022-2026)
13. Pengurus Cabang Nadlatul Ulama kota Semarang 2023-2027
14. Dir Pusdik DPP APSI 2019- sekarang

Semarang, 25 Juni 2024

Yang bertandatangan,

H. Moh. Arifin, S.Ag., M.Hum



# BAB I

## PENDAHULUAN

### A. Latar Belakang Masalah

Manusia merupakan makhluk ciptaan Tuhan yang bersifat dinamis karena kehidupannya selalu berubah mengikuti perkembangan zaman. Perubahan kehidupan manusia tidak mungkin terjadi tanpa suatu sebab. Sebab dan akibat yang mengiringi perubahan kehidupan manusia menunjukkan proses keberlanjutan. Artinya peristiwa yang menjadi penyebab perubahan tersebut akan mengakibatkan dampak tertentu bagi kehidupan manusia selanjutnya.

Perubahan adalah sebuah keharusan bagi kehidupan manusia sebagai makhluk ciptaan Al-Khaliq (Allah SWT). Setidaknya ungkapan ini sejalan dengan filosofi kehidupan manusia dalam pandangan Islam dalam pemaknaan “hijrah” menuju kehidupan yang lebih baik dalam ridho Allah SWT. Dalam hubungan dengan ungkapan di atas sebagai akibat dari terjadinya perubahan akan berdampak pula pada tingkat peradaban manusia. Peradaban dengan ilmu pengetahuan penyertainya menjadi pembeda antara ummat manusia di hadapan Tuhannya. Dalam kodratnya manusia diberi kemampuan oleh Allah SWT untuk berpikir dengan dukungan akal budi yang menjadikannya berbeda dari makhluk lain terutama dari binatang hewan.<sup>1</sup> Perubahan tadi akan terjadi dalam semua aspek kehidupan manusia dalam usahanya untuk menjadi yang lebih baik, baik itu di hadapan Allah SWT maupun di mata sesama makhluk manusia.

---

<sup>1</sup>K.H. Ahmad Syafi'i Ma'arif dalam Majalah Suara Muhammadiyah, Edisi Bulan Mei 2013, hlm. 24



Hukum sebagai suatu sistem, yaitu substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukum,<sup>2</sup> seringkali tidak dapat secara keseluruhan mengikuti perubahan-perubahan masyarakat, terutama yang terjadi sejak periode reformasi secara fenomenal di Indonesia. Di dalam subsistem substansi hukum, dengan telah beralihnya pandangan masyarakat dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, seharusnya substansi hukum juga diarahkan pada tuntutan-tuntutan masyarakat, karena hukum yang ditetapkan tidak boleh dijauhkan dari konteks kebahagiaan masyarakat.

Menurut Satjipto Rahardjo, bahwa “Hukum tidak berada di awang-awang atau ruang hampa, tetapi ada di dalam masyarakat”. Lebih lanjut beliau mengatakan, bahwa “Hukum dalam hubungannya dengan rasa keadilan masyarakat, hukum dianggap sebagai sarana penyalur bagi segala kesulitan yang dihadapi masyarakat. Hukum harus turun ke dalam masyarakat guna menjadi penyelamat kesulitan masyarakat, hukum tidak boleh menjadi menara gading belaka atau berpihak pada golongan tertentu saja”.<sup>3</sup>

Sebagaimana apa yang telah diungkapkan oleh Satjipto Rahardjo di atas dapatlah diartikan, bahwa hukum harus berada dan mengikuti perkembangan masyarakat, namun kenyataannya masih banyak peraturan perundang-undangan yang disharmoni, bermakna kabur dan tidak sesuai dengan kondisi dan situasi masyarakat, sehingga menjauhkan hukum tersebut dari tujuannya, yaitu untuk menciptakan rasa keadilan, kemanfaatan dan kepastian. Keadaan demikian terus

---

<sup>2</sup>Lawrence M. Friedman, dalam Satjipto Rahardjo, 1989, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, hlm. 10. Lihat pula Lawrence M. Friedman, *Legal Culture and Welfare State*, Walfer de Gruyter, hlm. 17.

<sup>3</sup>Satjipto Rahardjo, 2004, *Demokrasi Butuh Dukungan Hukum Progresif*, Diterbitkan Harian Kompas 22 Juni 2004, Jakarta, hlm. 11

berjalan dan seolah-olah menjadi tradisi yang mencerminkan budaya hukum pada sistem peradilan di Indonesia.<sup>4</sup>

Apabila dikaji lebih mendalam terhadap pernyataan Satjipto Rahardjo, bahwa hukum harus berada dan mengikuti perkembangan masyarakat dalam menciptakan rasa keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, maka suatu perubahan adalah sebuah keniscayaan dalam semua aspek tidak terkecuali bidang hukum termasuk di dalamnya perubahan paradigma dalam memaknai konsep negara hukum di Indonesia.

Hukum progresif merupakan ikhtiar ilmiah yang mengkritik cara berhukum konvensional yakni berhukum dengan mengedepankan kebenaran legal formal, yang menjadi sebab penegakan hukum di negeri ini tidak dapat memberi kebahagiaan kepada para pencari keadilan. Orientasi hukum progresif adalah membumikan sebenar keadilan, berpangkal pada pokok pikiran bahwa hukum adalah untuk manusia. Latar belakang lahirnya pemikiran hukum progresif tidak lain akibat banyaknya persoalan yang melanda penegakan hukum di Indonesia dan tidak pernah tuntas. Hukum juga harus dilihat dari perspektif sosial, perilaku yang dapat diterima oleh dan bagi insan yang ada di dalamnya. Gagasan pemikiran hukum progresif menarik untuk dibicarakan, ditelaah maupun dikaji secara mendalam. Bila dilihat dari sejarah perkembangan hukum Islam, ternyata di zaman Khalifah Umar bin Khattab (634 s/d 644 M), beliau banyak mengeluarkan ijtihad yang kontroversial yang secara kasat mata bertentangan

---

<sup>4</sup>Satjipto Rahardjo, *Demokrasi Butuh Dukungan Hukum Progresif*, Ibid, hlm. 12

dengan Al-Qur'an ataupun Hadits. Pemikiran-pemikiran ataupun hasil ijtihad Umar bin Khattab juga identik dengan hukum progresifnya.<sup>5</sup>

Konsep negara hukum pada intinya menempatkan ide perlindungan HAM sebagai salah satu elemen terpenting. Dengan mempertimbangkan urgensi perlindungan HAM, maka konstitusi wajib memuat pengaturan HAM agar hak-hak warga negara dijamin oleh negara. Hubungan HAM dan negara hukum juga dapat dilihat secara formal dan materil. Secara formal terlihat dari perlindungan HAM sebagai ciri utama konsep negara hukum. Sedangkan hubungan secara materil berkaitan dengan tindakan pemerintah yang berpedoman dengan hukum sebagai asas legalitas.

Dalam rangka melaksanakan sejumlah ketentuan hak asasi manusia (HAM) yang dijamin dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD NRI) 1945, sehingga perlu didukung bersama-sama. Dalam Undang-Undang Dasar 1945, pembahasan mengenai hak asasi manusia tertuang dalam Bab XA dengan isi sepuluh pasal (Pasal 28A sampai 28J UUD 1945) yang diantaranya membahas tentang membentuk keluarga untuk melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang.

Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Pasal 28 B berbunyi<sup>6</sup>:

- (1) Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.

---

<sup>5</sup> Ridwan, Telaah Pemikiran Hukum Progresif Umar Bin Khatab Perspektif Indonesia, *Jurnal Hukum, Samudra Keadilan, Volume 13, Nomor 1*, Januari-Juni 2018, hlm. 32

<sup>6</sup> Undang-undang Negara Republik Indonesia 1945 Pasal 28 B

- (2) Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Kemudian dijelaskan juga pada Pasal 28 E berbunyi:

- (1) Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
- (2) Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.
- (3) Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.

Pasal tersebut menerangkan bahwa: Setiap orang berhak membentuk dan melanjutkan keturunan perkawinan yang sah. Pemahaman sah adalah sesuai dengan syarat dan rukun adat, agama, dan kepercayaan masing-masing, kemudian muncullah UU No 1 Tahun 1974, Pasal 2 sebagaimana di atas bahwa, perkawinan sah menurut agama, adat dan kepercayaan masing-masing, dapat diakui pemerintah jika di daftarkan serta dicatatkan pada PPN atau KUA.

Pernyataan Rasyid, diterangkan bahwa Perkawinan ialah perjanjian penghalalan antara insan lain jenis dalam pergaulan yang membatasi hak dan kewajiban serta bertolong menolong antara laki-laki dan perempuan yang bukan muhrim<sup>7</sup> (wanita yang tidak ada jalinan darah)<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Wanita mukhrim adalah wanita yang tidak boleh dinikahi sebagaimana dalam Ayat Alqur'an ("diharamkan atas kamu (mengawini) ibu-ibumu; anak-anakmu yang perempuan; saudara-saudaramu yang perempuan, saudara-saudara bapakmu yang perempuan; saudara-saudara ibumu yang perempuan; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang laki-laki; anak-anak perempuan dari saudara-saudaramu yang perempuan," An Nisa, ayat 23.

<sup>8</sup> Sudarsono, 1999, "*Hukum Perkawinan Nasional*", Jakarta, Penerbit, Rineka Cipta, h.2

Agama Islam, bahwa perkawinan tidak diikat dalam ikatan yang mati, tetapi tidak pula mempermudah terjadinya perceraian. “Perceraian boleh dilakukan, tetapi harus betul-betul dalam keadaan darurat atau karena terpaksa”,<sup>9</sup> dan perceraian itu harus ada alasan-alasan perceraian, baik jika perceraian itu diajukan oleh suami maupun perceraian itu diajukan oleh istri.

Perkembangan masyarakat tidak mungkin bisa dilepaskan dengan perkembangan hukum, begitu juga sebaliknya. Sebagaimana pendapat Von Savigny,<sup>10</sup> bahwa hukum berkembang dengan berkembangnya rakyat dan menjadi kuat dengan kuatnya rakyat kemudian lenyap kalau rakyat kehilangan kebangsaannya.

Semua hukum pada mulanya dibentuk dengan jiwa para warga bangsa dan mengalami perkembangan sebagaimana warga bangsa tersebut, tetapi ketika hukum dipositifkan maka perkembangan hukum tidak bisa mengikuti perkembangan masyarakatnya lalu hukum itu lenyap dan ditinggal oleh warga bangsa tersebut.

Menurut Theo Huijbers,<sup>11</sup> bahwa hukum berkembang dari hubungan-hubungan hukum yang dipahami dalam masyarakat primitif ke hukum yang lebih kompleks dalam peradaban modern, kesadaran hukum tidak dapat lebih lama lagi menonjolkan dirinya secara langsung, tetapi disajikan oleh para ahli hukum yang merumuskan prinsip-prinsip hukum secara tehnis.

---

<sup>9</sup>Abdul Manan, 2001, “Problematika perceraian Karena Zina Dalam Proses Penyelesaian Perkara Di lingkungan Peradilan Agama”, *Mimbar Hhukum*, No. 52 Thn. XII, Al-Hikmah & Ditbinbapera Islam, Jakarta, hlm. 7-8.

<sup>10</sup> Von Savigny dalam W. Friedman, 1960, “*legal theory*”, Stevens & Sons Limited, London, Terj. Mohammad Arifin, 1990, Buku Susunan II, hlm 61.

<sup>11</sup> Theo Huijbers, 1990, *Filsafat hukum dalam lintasan Sejarah*, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 118.

Perkembangan masyarakat mengalami fase-fase atau tahapan-tahapan., yakni dari masyarakat yang sederhana dan bersifat serba kolektif berkembang menjadi masyarakat yang modern dan kompleks dengan segala pembagian kerja yang luas serta berkembang menjadi masyarakat yang individualistik.

Berkaitan dengan perkembangan masyarakat, hukum pun mengalami perkembangan dalam aplikasinya. Hal ini terkait dalam permasalahan pembagian harta bersama akibat perceraian diberbagai daerah mengalami perkembangan hukumnya. Dengan berkembangnya masyarakat tersebut, permasalahan hukum pembagian harta bersama akibat perceraian pun juga menjadi masalah yang sangat mendasar yang harus segera mendapatkan solusi. Dalam masalah yang sangat mendasar tersebut paling tidak ada persoalan tentang keadilan danatau tuntutan keadilan.

Terbentuknya perundang-undangan di negara manapun, termasuk di Indonesia tidak terlepas dari sejarah perkembangan bangsa (negara) yang bersangkutan. Sebagaimana halnya di Indonesia, sebelum dijajah oleh Belanda bangsa Indonesia telah mengikuti hukum kebiasaan (*customary law*) yang kemudian diperkaya oleh hukum agama yang dipeluk. Hukum agama sangat mendominasi tata kehidupan masyarakat dan telah terjadi akulturasi secara antropologis. Kemudian datang bangsa Eropa, khususnya Belanda menjajah Indonesia, sebagai konsekuensinya hukum Belanda juga berpengaruh dalam tata kehidupan, terutama sekali dalam kehidupan formal berhubungan dengan negara atau pemerintahan dan dalam kasus-kasus resmi di pengadilan

Setelah Indonesia merdeka dan bahkan sampai sekarang, walaupun sudah memiliki landasan dasar, yakni Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara RI 1945, pengaruh hukum Belanda masih mendominasi dalam sistem perundang-undangan nasional. Dengan perjuangan yang cukup panjang masyarakat bangsa Indonesia akhirnya melahirkan suatu undang-undang yang bersifat Nasional pada Tahun 1974, yakni Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Selanjutnya, pada tahun 1975 keluar Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, kemudian pada tahun 1983 muncul Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil, selanjutnya pada tahun 1990 juga terbit Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1990 Tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 10 Tahun 1983 Tentang Izin Perkawinan dan Perceraian bagi Pegawai Negeri Sipil, dan yang terakhir pada tahun 1991 juga telah melahirkan Kompilasi Hukum Islam berdasarkan Intruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 dan Keputusan Menteri Agama RI Nomor 154 Tahun 1991 Tentang Pelaksanaan Intruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 tersebut.

Membicarakan tentang masalah sistem peraturan perundangan di Indonesia tidak terlepas dari persoalan tentang terbentuknya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, yang pada dasarnya adalah membicarakan Hukum Islam di Indonesia. Membicarakan tentang Hukum Islam di Indonesia, maka akan memasuki sebuah perbincangan

yang kompleks, sekaligus Hukum Islam menempati posisi yang sangat penting dalam kehidupan berbangsa dan bernegara pada masa sekarang ini.

Dikatakan bersifat sangat kompleks, karena keberlakuan Hukum Islam di Indonesia untuk sebagian besar adalah bergantung pada umat Islam yang menjadi pendukung utamanya. Sekali pun Hukum Islam sudah dilaksanakan di Indonesia dalam kehidupan umat Islam sudah lebih dari ribuan tahun, tetapi Hukum Islam di Indonesia masih belum memperlihatkan bentuknya yang utuh sesuai dengan konsep dasarnya menurut Al-Qur'an dan As-Sunnah. Hukum Islam dengan daya lenturnya (*adaptability*) yang tinggi senantiasa berpacu dengan perkembangan kemajuan zaman, tetapi usaha untuk selalu mengaktualkan Hukum Islam guna menjawab perkembangan dan kemajuan zaman masih belum dikembangkan sebagaimana mestinya, bahkan cenderung hanyut dalam pertentangan yang tak kunjung selesai, sehingga untuk beberapa abad masih belum menunjukkan karya nyata mengenai hal ini.

Arti penting Hukum Islam bagi kehidupan berbangsa dan bernegara di Indonesia dapat dilihat dalam tiga aspek, yaitu:

1. Secara faktual umat Islam Indonesia bukan hanya sekedar kelompok mayoritas di Indonesia, tetapi juga merupakan kelompok terbesar dari umat Islam di dunia. Hukum Islam sebagai hukum yang dibuat dan berlaku terutama bagi umat tersebut merupakan hukum dengan subyek yang besar, sehingga betapa pun dalam kondisi yang demikian hukum Islam menempati posisi yang sangat strategis bukan saja bagi umat



Islam Indonesia tetapi bagi dunia Islam pada umumnya dan sekaligus juga menempati posisi yang strategis dalam sistem hukum Indonesia.

2. Sekalipun negara Republik Indonesia bukan merupakan sebuah negara Islam, tetapi dengan menetapkan Pancasila (terutama sila pertama: “Ketuhanan Yang Maha Esa” sebagai dasar negara dan satu-satunya asas dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, hukum Islam secara tidak langsung menempati posisi penting sekali. Dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 Pasal 29 ayat (1) menegaskan, bahwa “Negara berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” ayat (2) menegaskan, bahwa “Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu”. Landasan konstitusional ini merupakan jaminan formal bagi setiap muslim dan umat Islam di Indonesia untuk melaksanakan ketentuan hukum Islam dalam hidup dan kehidupannya di tengah-tengah masyarakat dan bangsa Indonesia serta dalam kehidupan bernegara.
3. Bangsa Indonesia dan negara Republik Indonesia dalam rangka kegiatan pembangunannya telah menempatkan pembinaan hukum nasional sebagai salah satu bidang garapannya, hukum Islam mempunyai peluang yang besar untuk masuk sebagai salah satu bahan pokok yang sangat diperlukan untuk membina hukum nasional, di samping bahan-bahan hukum lainnya seperti yang berasal dari Hukum Barat dan Hukum Adat. Hukum Islam dapat diwujudkan dan berperan

penting bilamana dapat menunjukkan keunggulan komparatifnya dari berbagai hukum yang lainnya. Arahan dari politik hukum nasional mengenai hal tersebut sebenarnya cukup banyak membuka peluang bagi hukum Islam untuk meraih peranan penting tersebut.

Perbincangan tentang Hukum Islam di Indonesia sebagaimana halnya juga Hukum Islam di berbagai kawasan dunia akan selalu menampakkan 2 (dua) wajah. Pada satu pihak ia akan menampakkan diri sebagai hukum yang bersifat universal dengan daya jangkau untuk semua tempat dan segala zaman, tetapi pada lain pihak Hukum Islam dituntut untuk menampakkan diri dengan wajahnya yang khas Hukum Islam Indonesia.

Pembagian harta bersama dalam Pasal Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam belum berbasis nilai keadilan bahkan tidak berbasis nilai keadilan karena masih sering tidak mencerminkan rasa keadilan bagi para pihak pencari keadilan untuk memperoleh keadilan dalam pembagian harta bersama.

Sejarah perjalanan kehidupan rumah tangga tidak selamanya pasangan suami-istri dapat membentuk kehidupan rumah tangga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa sebagaimana yang telah ditentukan dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Suami-istri juga tidak selamanya dapat mewujudkan kehidupan rumah tangga yang sakinah, mawaddah, warahmah sebagaimana yang ditentukan dalam Pasal 3 Kompilasi Hukum Islam, bahwa “Perkawinan bertujuan untuk mewujudkan rumah tangga yang sakinah, mawaddah, dan rahmah”. Banyak pasangan suami-istri yang terpaksa harus putus di tengah jalan atau bercerai. Perceraian di sini dapat diartikan cerai hidup maupun cerai mati. Perceraian merupakan bagian dari perkawinan, sebab tidak ada perceraian tanpa ada perkawinan terlebih dahulu. Perceraian merupakan akhir dari kehidupan bersama antara suami-istri. Perceraian apabila terjadi, maka seluruh harta bersama,<sup>12</sup> yaitu harta benda yang diperoleh selama perkawinan dibagi menjadi 2 (dua) bagian, yakni seperdua dari harta bersama untuk suami dan seperdua dari harta bersama untuk istri.<sup>13</sup>

Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, dalam Pasal 35 ayat (1), bahwa “Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama”. Dan Penjelasan Pasal 35 ayat (1), bahwa “Apabila perkawinan putus, maka harta bersama tersebut diatur menurut hukumnya masing-masing”. Harta bersama adalah hak suami dan hak istri, sehingga baik pasangan suami dan istri tersebut mempunyai anak atau tidak mempunyai anak tidak menjadi masalah karena anak tidak mempunyai hak untuk mendapatkan harta bersama, tetapi anak mempunyai hak untuk mendapatkan harta warisan dari orang tuanya, dan mengenai harta warisan ini ada ketentuan hukum tersendiri.

---

<sup>12</sup> Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 35.

<sup>13</sup> Kompilasi Hukum Islam, Pasal 97. “Janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

Penjelasan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, menjelaskan, bahwa “Yang dimaksud dengan “hukumnya” masing-masing ialah hukum agama, hukum adat dan hukum-hukum lainnya”. Dengan demikian, kalau orang yang beragama Islam sudah pasti hukum yang dipakai ialah hukum Islam,

Kematian dan perceraian merupakan penyebab putusnya tali perkawinan. Bagi suami istri yang bercerai atau ditinggal mati oleh salah satu pasangan tentunya mengalami fase traumatis dan berdampak pada harta benda yang ditinggalkan, terlebih harta tersebut didapat dari jerih payah salah satu pihak semasa hidup atau saat masih menjadi pasangan suami istri. Harta yang ditinggalkan baik karena kematian ataupun perceraian memiliki implikasi hukum bagi pihak yang ditinggalkan baik sebagai harta waris maupun harta bersama (gono-gini).<sup>14</sup>

Dalam Islam, kajian tentang harta bersama belum sepenuhnya diakomodasi dalam teks-teks hukum klasik, karena fiqh yang lahir dalam patron dan budaya timur tengah sekitar abad 13 Masehi sarat dengan nuansa patriarkhi dan belum terjamah isu gender sehingga wajar para ulama klasik belum menaruh perhatian terhadap isu ini. Disamping itu, secara legalitas, kajian tentang harta bersama belum diakomodir secara tekstual dalam al-qur'an dan hadis. Baru

---

<sup>14</sup> Dalam hukum adat di berbagai wilayah Indonesia, harta bersama disebut dengan beberapa istilah diantaranya harta gono gini (Jawa), harta seharkat (masyarakat Aceh), harta suarang (Minangkabau), harta syarikat (suku Melayu), harta guna kaya (Sunda), barang perpantangan (Kalimantan), dan druwe gabro (Bali). (Yunanto, *Titik Singgung Keragamaan Sistem Hukum Dalam Pembagian Harta Kekayaan Perkawinan Pada Perkawinan Serial*, Masalah-masalah hukum, Jilid 47, No. 4 Oktober 2018, hlm. 389 dalam Firman Wahyudi, *Interpretasi Pasal 97 KHI Tentang Pembagian Harta Bersama Dalam Perspektif Maqashid Syariah*, Pengadilan Agama Bangil)

sekitar abad 16 Masehi, kajian tentang harta bersama ini dapat kita telusuri dalam beberapa kajian fiqh lokal.<sup>15</sup>

Konsep harta bersama pada awalnya berasal dari adat istiadat yang berkembang dalam masyarakat Indonesia yang kemudian didukung oleh hukum positif yang berlaku di Indonesia. Rumusan tentang harta bersama dapat dilihat dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 1 huruf (f) yang menyebutkan harta bersama sebagai harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami-istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.<sup>16</sup> Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan istri selama dalam perkawinan, karena harta suami sepenuhnya menjadi hak suami dan dikuasai penuh olehnya dan begitu juga sebaliknya harta istri menjadi hak istri dan dapat dikuasai penuh olehnya.<sup>17</sup>

KUHPerdata (BW), mengatur tentang harta bersama dalam Bab VI Pasal 119-138, yang terdiri dari 3 (tiga) macam, yakni harta bersama menurut Undang-undang (Pasal 119-123); pengurusan harta bersama (Pasal 124-125); dan

---

<sup>15</sup> Pembahasan tentang Harta bersama dalam konteks fiqh lokal dapat ditemukan dalam kitab Sabilal Muhtadin karya Syekh Muhammad Arsyad Al-Banjari, (w 1982) yang dalam bahasa Banjar disebut sebagai harta “perpantangan”. Menurut Abdurrahman Wachid, pemikiran Syekh Arsyad Al-Banjari dengan memasukkan adat perpantangan di dalam kitab standar fiqh (mu’tabar) adalah nyata sekali merupakan sebuah hasil pemikiran kontekstual yang memperhitungkan sosial kultural masyarakat Banjar yang bekerja di atas sungai, baik sebagai pedagang maupun mengail ikan. Pekerjaan ini tidak bisa hanya dilakukan oleh seorang suami saja, tetapi harus dilakukan oleh suami dan istri secara bersama-sama dengan jalan membagi peran atas pekerjaan itu. Diakses dari <https://fahmina.or.id/gono-gini-bukti-dinamisnya-hukum-islam/> Ibid.

<sup>16</sup> Lihat Pasal 1 huruf (f) Kompilasi Hukum Islam

<sup>17</sup> Hamid Sarong, 2010, *Hukum Perkawinan Islam di Indonesia*, Yayasan Pena, Banda Aceh, hlm. 112.

pembubaran gabungan harta bersama dan hak untuk melepaskan diri dari padanya (Pasal 126-138).<sup>18</sup>

Dalam hukum positif yang berlaku, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 mengatur tentang perkawinan, hukum perdata, dan Kitab Undang-undang Hukum Islam (KHI). Aturan ini diakui secara hukum untuk pengelolaan, penggunaan, dan penyebarannya. Bahasan mengenai permasalahan harta bersama dalam perkawinan merupakan salah satu hal yang penting dalam kehidupan rumah tangga ke depannya.

Penyelesaian permasalahan dalam pembagian harta bersama cukup jarang untuk diselesaikan dengan sempurna, karena tidak banyak pasangan suami-istri yang belum mengenal dan mengerti untuk membuat perjanjian perkawinan sebelum menikah. Masalah harta perkawinan adalah permasalahan yang cukup besar pengaruhnya di dalam kehidupan perkawinan, yang paling utama jika mereka bercerai, maka hukum harta perkawinan akan penting di dalamnya. Maka dari itu, Pasal 35 ayat (1) UU Perkawinan mengatur mengenai harta bersama selama perkawinan dan ayat (2) mengatur mengenai harta pribadi dari masing-masing suami ataupun istri. Dalam hal perceraian, perlu ditegaskan secara jelas apa saja yang menjadi hak istri dan hak suami. Masalah harta bersama sering muncul antara mantan suami istri, dan bahkan perselisihan harta bersama sering mengikutsertakan keluarga besar kedua belah pihak. Pasal 126 KUHPerdata berisi tentang perceraian berakibat pada terpisahnya harta bersama sehingga harus dibagi antara suami istri.

---

<sup>18</sup> Putri, E.A. & Wahyuni, W.S. (2021), Penyelesaian Sengketa Harta Bersama setelah Perceraian dalam Hukum Positif di Indonesia, *Jurnal Mercatoria*, 14 (2): 94-106.

Semua harta kekayaan yang diperoleh selama perjanjian perkawinan berada di luar lingkup pemberian warisan. Oleh karena itu, harta kekayaan yang didapatkan suami atau istri melalui usahanya adalah milik bersama. Berbeda halnya dengan harta yang diperoleh pasangan sebelum pernikahan, yaitu harta asal atau harta warisan, dan jika pasangan itu meninggal dunia dan tidak mempunyai anak, maka harta itu diwarisi oleh semua keluarga. Apabila perkawinan putus akibat perceraian maka muncul permasalahan antara lain mengenai pembagian harta bersama yang pengaturannya menurut hukumnya masing-masing yakni hukum agama, hukum adat, dan hukum-hukum lainnya, artinya harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing. Hal ini mengindikasikan bahwa ketika terjadi perceraian, harta bersama yang diperoleh oleh pasangan suami istri selama perkawinan dapat diatur dengan menggunakan aturan yang berbeda-beda tergantung pada variasi hukum adat atau hukum lain di luar hukum adat.<sup>19</sup>

Pembagian harta bersama juga tidak dilakukan pembagian secara sembarangan, tetapi pembagian harta bersama memiliki aturan-aturan yang diatur dalam Undang-Undang Perkawinan, serta diatur di dalam Kompilasi Hukum Islam, yang mana pembagian harta bersama itu seharusnya dilakukan melalui proses sidang di Pengadilan Agama

Tidak dapat diingkari oleh kita semua akan ketergantungan kita dalam kehidupan bermasyarakat terhadap aturan atau norma yang ada. Dengan kata lain manusia sangat membutuhkan hukum sebagai perangkat aturan tata kehidupan

---

<sup>19</sup> Evi Djuniarti, 2017, Hukum Harta Bersama Ditinjau dari Perspektif Undang-Undang Perkawinan dan KUH Perdata, *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, Vol. 17 (4).

bermasyarakat yang disepakati dan ditaati bersama. Hukum pun tidak lepas dari kewajibannya untuk berubah dalam rangka mengikuti berkembangnya peradaban manusia. Sayangnya perkembangan hukum memang selalu tertinggal dari perkembangan peradaban manusia itu sendiri,<sup>20</sup> namun demikian, paling tidak hukum akan selalu mengikuti perubahan yang terjadi dalam masyarakat (kecuali hukum permanen yang telah ditetapkan oleh Allah SWT tidak akan pernah berubah kecuali atas izinNya).

Menurut Ramulyo,<sup>21</sup> Hukum Waris sangat erat kaitannya dengan ruang lingkup kehidupan manusia, sebab setiap manusia pasti akan mengalami peristiwa hukum yang dinamakan kematian berkaitan dengan masalah bagaimana pengurusan dan kelanjutan hak-hak dan kewajiban seseorang yang meninggal dunia tersebut.

Ketidakhahaman tentang ketentuan hukum yang mengatur tentang harta bersama mampu mempersulit dalam pembagian harta bersama secara benar harta benda dalam perkawinan. Dengan lahirnya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 yang telah diamandemen menjadi Undang-undang Nomor 16 Tahun 2019 tentang Perkawinan merupakan salah satu bentuk hukum di Indonesia tentang perkawinan beserta akibat hukumnya.

Harta bersama merupakan bagian dari hanya yang didapatkan setelah melakukan sebuah perkawinan sekaligus macam dari sekian banyak harta yang dimiliki oleh seseorang. Apabila suami dalam perkawinan tersebut mengalami

---

<sup>20</sup>Satjipto Rahardjo, 1979, *Hukum dan Perubahan Sosial*, Penerbit Alumni Bandung, Bandung, hlm. 72

<sup>21</sup> Ramulyo, M. L., 2005, *Hukum Waris Indonesia dalam Perspektif Islam*, Refika Aditama, Bandung, hlm. 3.



kematian sehingga menyebabkan putusnya perkawinan antara suami isteri yang disebabkan oleh kematian akan mengakibatkan munculnya hak waris atas kepemilikan harta bersama. Karena, pada dasarnya segala sesuatu yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal dinyatakan sebagai peninggalan atau warisan salah satu didalamnya adalah tentang harta.

Di dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung, “kedudukan janda perempuan ini telah pula mempunyai kedudukan hukum dalam mewarisi harta suaminya.” Dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 301 K/Sip/ 196 I tanggal 27 Desember 1961 disebutkan; “seorang janda adalah ahli waris dari almarhum suaminya demikian berhak atas bagian dari barang asal dari suaminya bagian mana adalah sama dengan bagian anak kandung dari suaminya. Peralihan hak dan kewajiban pewaris kepada ahli waris, objek waris berdasarkan harta warisan peninggalan seseorang disebut dengan hubungan waris.”

Menurut Ellyne,<sup>22</sup> “Di dalam rumah tangga suami-isteri itu, apabila suaminya telah meninggal dunia akan mempunyai kedudukan yang khusus, oleh karena apabila, misalnya anak-anak telah mencari semua, isteri sebagai janda tinggal sendirian di dalam rumah tangga yang ditinggalkan oleh almarhum suaminya dan berhak tetap tinggal di rumah tangga itu dengan hak untuk memegang harta benda yang ditinggalkan, jika ia memerlukan dan selama hidupnya”. Sesudah si pewaris meninggal dunia, terkadang timbul permasalahan apakah harta warisan diteruskan kepada ahli warisnya dalam keadaan terbagi-bagi atau tidak terbagi-bagi maka perlu ditentukan harta warisan tersebut berada

---

<sup>22</sup> Ellyne, P. D., 2018, *Pemahaman Sepultur Hukum Hak Waris di Indonesia*, Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 46.

dalam penguasaan yaitu penguasaan janda dan penguasaan Anak. Hak janda untuk menarik penghasilan dari harta peninggalan suaminya, berlangsung seumur hidup, kecuali jikalau janda itu kawin lagi. Dengan perkawinan baru itu, si janda melepaskan kedudukannya dalam rumah tangga suaminya yang telah meninggal dunia, dan menjadi anggota rumah tangga baru.

Dalam hal menguraikan kedudukan janda, yang dimaksudkan ialah janda yang telah lama hidup bersama dalam perkawinan dengan almarhum suaminya. Dalam keadaan konkrit yang istimewa, misalnya jikalau seorang perempuan belum lama kawin, belum mempunyai anak, bahkan belum lagi ada barang gongoni dan suaminya meninggal, maka barang asal suaminya pulang kembali pada keluarganya sendiri.

Dikutip dari Soekanto,<sup>23</sup> “janda tidak mendapat bagian dari harta peninggalan suami, tetapi janda berhak menarik penghasilan dari harta tersebut, jika perlu seumur hidup janda. Apabila untuk nafkahnya janda itu dapat pula diberi bagian sekaligus dari harta peninggalan suaminya. Oleh sebab itu, untuk nafkah ini disediakan harta gona-gini, jika barang-barang tersebut tidak mencukupi untuk nafkah, maka ahli waris dapat menunjuk supaya barang-barang harta asal dari peninggalan harus diterimakan kepada mereka. Jika barang gongoni tidak mencukupi untuk nafkah, maka barang asal dari suami dapat dipakai untuk keperluan hidup janda. Harta peninggalan dibagi-bagi asal janda terpelihara dalam hidupnya, misalnya janda sudah dapat pewaris atau nafkah dijamin oleh beberapa waris. Dan, apabila janda kawin lagi, ia keluar dari rumah tangga

---

<sup>23</sup> Soekanto. S., 2008, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, Rajawali Pers, Jakarta, hlm. 23.

almarhum suami dan ia masuk dalam rumah tangga baru. Dalam hal ini barang-gana-gini dapat dibagi-bagi antara janda yang kawin lagi.”

Menurut Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan bahwa, harta bersama suami-istri hanyalah meliputi harta yang diperoleh suami-istri sepanjang perkawinan, hingga yang termasuk harta bersama adalah hasil dan pendapatan suami, hasil dan pendapatan istri.<sup>24</sup> Harta bersama adalah harta yang diperoleh sepanjang perkawinan berlangsung sejak perkawinan dilangsungkan hingga perkawinan berakhir atau putusnya perkawinan akibat perceraian, kematian maupun putusan Pengadilan.<sup>25</sup> Harta bawaan dan harta perolehan diatur dalam Pasal 35 ayat (2) UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang menentukan bahwa harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.<sup>26</sup>

Perkawinan merupakan sesuatu yang sakral, harus dihormati, dijaga kelanggengannya, dan dilakukan secara bersama-sama antara seorang pria sebagai suami dan seorang wanita sebagai istri untuk mencapai suatu tujuan bersama.<sup>27</sup> Harta perkawinan merupakan masalah yang sangat besar pengaruhnya dalam kehidupan suami-istri, utamanya apabila mereka bercerai, sehingga Hukum Harta Perkawinan itu sudah memainkan peranan yang penting dalam kehidupan

---

<sup>24</sup> J, Satrio, 1993, *Hukum Harta Perkawinan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 27.

<sup>25</sup> Darmabrata, Wahjono, & Surini, A. S, 2016, *Hukum Perkawinan dan Keluarga di Indonesia*, Universitas Indonesia, Jakarta.

<sup>26</sup> Kamello, Tan, & Syarifah, L. A., 2016, *Hukum Harta Warisan Menurut Hukum Perkawinan*, USU, Medan, hlm. 16.

<sup>27</sup> Wijayanti, W, 2013, Kedudukan Istri dalam Pembagian Harta bersama Akibat Putusnya Perkawinan Karena Perceraian Terkait Kerahasiaan Bank, *Jurnal Kontruksi*, Vol. 10 (4).

keluarga bahkan sewaktu perkawinan masih berjalan mulus. Akan sulit dimengerti bagaimana kelangsungan suatu perkawinan apabila dalam perkawinan tersebut tidak didukung oleh adanya harta kekayaan.

Mengingat begitu pentingnya harta benda keluarga dalam sebuah perkawinan maka penelitian ini ingin mengerahui bagaimana harta benda bersama ditinjau dari perspektif undang-undang perkawinan.<sup>28</sup> Pembagian harta bersama akibat cerai mati diatur dalam Pasal 96 yang mana pembagiannya 50:50, kemudian cerai hidup diatur dalam Pasal 97 yang baginnya seperdua bagi masing-masing pihak. Jika dicermati pada dasarnya dua pasal tersebut samamengatur jika terjadi perceraian, harta bersama dibagi dua, masing-masing mendapat bagian 50:50.<sup>29</sup>

Berdasarkan penjelasan tersebut, bahwa isteri yang ditinggalkan oleh suami akibat kematian memiliki hak juga dalam harta bersama yang telah diperoleh oleh pasangan suami isteri tersebut semenjak perkawinan terjadi sampai si suami mengalami kematian. Oleh karena itu, kehidupan dari si janda juga harus terpelihara.

Hak isteri terhadap harta bersama dalam perkawinan yang putus karena kematian yaitu isteri memiliki hak setengah terhadap harta tersebut dikarenakan harta tersebut didapatkan dari hasil yang didapatkan atas kerja sama yang dilakukan oleh isteri dan suami yang sudah terikat dalam perkawinan baik dari awal perkawinan sampai akhirnya suami telah meninggal dunia. Dari harta

---

<sup>28</sup> Djuniarti, E, 2017, Hukum Harta Bersama Ditinjau Dari Perspektif Undang-Undang Perkawinan Dan KUH Perdata, *Jurnal Penelitian Hukum De Jure*, Vol. 17(4).

<sup>29</sup> Tetty Hariyati, 2018, Analisis Pembagian Harta Bersama Dalam Kondisi Mati Kalalah (Studi Kasus Putusan No mor 197K/AG/2015), *Jurnal Hukum Adigama*, Vol. 1 (1).

peninggalan suaminya, istri tidak mendapat bagian sebagai waris, melainkan berhak menikmati penghasilan dari harta tersebut seumur hidup, jika perlu

Upaya hukum yang dapat dilakukan oleh isteri yang ditinggalkan mati oleh suaminya terhadap harta bersama yang dipersoalkan oleh keluarga suami pada dasarnya ada dua jenis yaitu Litigasi adalah penyelesaian sengketa di dalam pengadilan dan non litigasi yaitu penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Penyelesaian sengketa yang dengan jalur non litigasi dalam dilakukan dengan upaya mediasi dengan bantuan mediator. Untuk penyelesaian sengketa dengan jalur Litigasi dapat dilakukan dengan penggugatan mengenai hak yang dimiliki oleh isteri berkaitan dengan harta bersama yang dihalang-halangi oleh keluarga suami.

Pengadilan Agama Kendal telah memeriksa dan mengadili perkara pada tingkat pertama dan telah menjatuhkan putusan perkara kewarisan sebagaimana dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal, yaitu putusan No. 838/Pdt.G/2023/PA.Kdl. Dalam putusan tersebut terkait pembagian waris harta bersama, bahwa janda selaku penggugat mendapatkan pembagian waris harta bersama sebesar separoh (1/2) dari harta bersama. Selanjutnya harta bawaan almarhum dan 1/2 dari harta bersama menjadi milik Almarhum sebagai tirkah (harta warisan) yang harus dibagikan kepada para ahli warisnya.

Sebagaimana dalam uraian di atas dapat difahami bahwa harta bersama merupakan hak suami dan istri, suami dan istri memanfaatkan harta bersama untuk memenuhi kebutuhan keluarga selama dalam ikatan perkawinan,

namun ketika perkawinan putus, baik putus karena cerai hidup ataupun cerai mati maka harta bersama merupakan harus dibagikan sesuai dengan aturan.

Pembagian harta bersama setelah putusnya perkawinan dijelaskan dalam Pasal 96 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyebutkan apabila terjadi cerai mati maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama. Hal ini sama dengan ketentuan pasal 97 KHI bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian

Selanjutnya Pasal 126 KUH Perdata, harta bersama bubar demi hukum salah satunya karena perceraian. Lalu, setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka dibagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu. Jadi, berdasarkan Pasal 37 UUP jo Pasal 126 dan 128 KUH Perdata, perceraian mengakibatkan bubarnya harta bersama sehingga harta bersama tersebut harus dibagi diantara pasangan suami-isteri.

Dari penjelasan tersebut di atas, maka terlihat bahwa Pasal 96 KHI tersebut mengadopsi dari KUHPerdata, akan tetapi Hukum Waris *faraid* tidak diatur. Dalam waris *faraid*, janda ditinggal mati bagiannya langsung 1/8 dan duda 1/4 jika tidak ada anak. Sedangkan pembagian 1/4 dan 1/2 jika janda dan duda ada anak, di KUH Perdata langsung dibagi rata dengan ahli waris lainnya.

Harta bersama merupakan hak suami dan isteri, sehingga apabila terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris

terlebih dahulu. Harta bersama harus dibagi menjadi 2 (dua), dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris.

Berdasarkan latar belakang permasalahan tersebut di atas, maka dipandang perlu untuk diadakan suatu penelitian melalui disertasi ini dengan judul **“Penguatan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Upaya Menciptakan Pembagian Waris Yang Berbasis Nilai Keadilan Dan Kemaslahatan”**.

#### **B. Perumusan Masalah.**

Bertitik tolak dari latar belakang masalah sebagaimana tersebut di atas, maka terdapat permasalahan pokok dalam penelitian ini yang perlu dikaji adalah berkisar pada masalah sebagai berikut:

1. Mengapa regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris belum berkeadilan?
2. Bagaimana kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama dalam peraturan perundang-undangan?
3. Bagaimana penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan?

### **C. Tujuan Penelitian.**

Berdasarkan uraian latar belakang permasalahan dan perumusan masalah sebagaimana telah dikemukakan di atas, maka tujuan penelitian disertasi ini adalah:

1. Untuk menganalisis regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris belum berkeadilan.
2. Untuk menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama dalam peraturan perundang-undangan.
3. Untuk memberikan penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

### **D. Kegunaan Penelitian.**

Kegunaan atau manfaat penelitian ini adalah, bahwa hasil-hasil dari penelitian ini diharapkan dapat berguna:

#### **1. Kegunaan Teoritis.**

Untuk memahami dan menemukan hukum baru mengenai pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris yang berkeadilan dan sekaligus menambah informasi yang lebih konkret tentang penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

#### **2. Kegunaan Praktis.**

- a. Untuk memberi sumbangan pemikiran kepada almamater dalam rangka melaksanakan salah satu tugasnya, yakni penelitian dan mengembangkan



ilmu pengetahuan. Dan untuk bahan kepustakaan dalam bidang ilmu hukum, dan dapat juga sebagai bacaan sehingga penelitian ini juga dapat membantu bagi yang membutuhkannya.

- b. Untuk memberi kontribusi kepada negara dalam rangka pembentukan hukum nasional khususnya dalam hal penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

#### **E. Kerangka Teori.**

Pada bagian ini penulis mengetengahkan pokok bahasan yang berkaitan dengan pemahaman teoritik tentang putusan Pengadilan Agama dalam menyelesaikan perselisihan tentang pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris harta bersama yang berkeadilan. Pemahaman teoritik ini penting dilakukan sebagai sarana untuk mendeskripsikan dan menjelaskan, serta memahami masalah secara lebih baik, dengan demikian sangat membantu untuk memahami segala sesuatu yang diketahui pada tahap pertama secara intuitif.

Menurut Sudikno Mertokusumo,<sup>30</sup> bahwa kata teori berasal dari kata *theoria* yang artinya pandangan atau wawasan. Kata teori mempunyai pelbagai arti. Pada umumnya, teori diartikan sebagai pengetahuan yang hanya ada dalam alam pikiran tanpa dihubungkan dengan kegiatan-kegiatan yang bersifat praktis untuk melakukan sesuatu.

---

<sup>30</sup> Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 4.

Menurut Gijssels,<sup>31</sup> bahwa kata teori dalam teori hukum dapat diartikan sebagai suatu kesatuan pandang, pendapat dan pengertian-pengertian yang berhubungan dengan kenyataan yang dirumuskan sedemikian, sehingga memungkinkan menjabarkan hipotesis-hipotesis yang dapat dikaji. Setiap teori, sebagai produk ilmu, tujuannya adalah untuk memecahkan masalah dan membentuk sistem. Demikian pula Ilmu Hukum sebagai teori tujuannya adalah untuk menyelesaikan masalah-masalah hukum.<sup>32</sup>

Menurut Satjipto Rahardjo,<sup>33</sup> bahwa dalam dunia ilmu, teori menempati kedudukan yang penting. Ia memberikan sarana kepada kita untuk bisa merangkum serta memahami masalah yang kita bicarakan secara lebih baik. Hal-hal yang semula tampak tersebar dan berdiri sendiri bisa disatukan dan ditunjukkan kaitannya satu sama lain secara bermakna. Teori, dengan demikian, memberikan penjelasan dengan cara mengorganisasikan dan mensistematisasikan masalah yang dibicarakannya.

Menurut Paul Edward, teori adalah “*something assumed as a starting point for scientific investigation*”<sup>34</sup> (asumsi dasar untuk membuktikan penelitian ilmiah). Teori dijadikan prinsip umum yang tingkat kebenarannya menjadi rujukan dan diakui di kalangan ilmuan.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, 1982, *Wat is rechtstheorie?*, Kluwer rechwetenschappen, Antwerpen, hlm.134.

<sup>32</sup> Sudikno Mertokusumo, *op.cit.*, hlm 5.

<sup>33</sup> Satjipto Rahardjo, 1991, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 253. Lihat juga Soerjono Soekanto dan Ratih Lestari, 1988, *Fungsionalisme dan Teori Konflik Dalam Perkembangan Sosiologi*, Sinar Grafika, Jakarta, hlm. 10.

<sup>34</sup> Paul Edward dan Lewis Mulford Adams, 1965, *Webster World University Dictionary*, Publishers Company inc, Washington DC, hlm. 1037.

<sup>35</sup> Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan I, CV. Pustaka Setia, Bandung, hlm. 1

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, bahwa teori adalah suatu konstruksi di alam cita atau ide manusia, yang dibangun dengan maksud menggambarkan secara reflektif fenomena yang dijumpai di alam pengalaman, yaitu alam yang tersimak bersaranakan indra manusia.

Membicarakan tentang teori, seseorang akan dihadapkan pada 2 (dua) macam realitas, yaitu: *Pertama*; Realitas *in abstracto* yang ada di alam ide imajinatif. Kedua; Padanannya yang berupa realita *in concreto* yang berada dalam pengalaman indriawi”.<sup>36</sup>

Teori berasal dari kata *theoria* (bahasa Latin) yang berarti perenungan, yang pada gilirannya berasal dari kata *thea* (bahasa Yunani) yang secara hakiki menyiratkan sesuatu yang disebut realitas. Para ahli menggunakan kata teori sebagai bangunan berpikir yang tersusun secara sistematis, logis (rasional), empiris (sesuai kenyataan), juga simbolis.<sup>37</sup>

Pemahaman teori tentang putusan Pengadilan dalam penyelesaian perselisihan pembagian waris harta bersama yang mencerminkan nilai-nilai keadilan adalah menempati posisi yang sangat strategis dalam studi ini untuk mendeskripsikan dan menjelaskan kebenaran ilmiah,<sup>38</sup> karena pada dasarnya teori merupakan sistem yang bertujuan untuk menjelaskan suatu fenomena dengan cara memerinci konstruk-konstruk (yang membentuk fenomena itu), beserta hukum atau aturan yang mengatur keterkaitan antara satu konstruk dengan lainnya.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Soetandyo Wignjosoebroto, “*Teori, Apakah itu*”, Makalah Kuliah Program Doktor UNDIP Semarang 2003.

<sup>37</sup> Otje Salaman & Anton F.S., 2005, *Teori Hukum*, Refika Atima, Bandung, hlm. 19.

<sup>38</sup> Prasetya Irawan, *Logika dan Prosedur Penelitian, op.cit.*, hlm. 41.

<sup>39</sup> Walter L. Wallace, 1994, *Metoda Logika Ilmu Sosial*, Bumi Aksara, Jakarta, hlm. 76-88.

Agar pemahaman teoritik dapat dipahami, maka dapat dikemukakan disini beberapa pengertian secara lebih luas <sup>40</sup>:

- a. Pemahaman tentang hal-hal dalam hubungannya yang universal dan ideal antara satu sama lain. Berlawanan dengan eksistensi faktual dan / atau praktik.
- b. Prinsip abstrak atau umum yang di dalam tubuh pengetahuan yang menyajikan suatu pandangan yang jelas dan sistematis tentang beberapa materi pokoknya, sebagaimana dalam teori seni dan teori atom.
- c. Model atau prinsip umum, abstrak dan ideal yang digunakan untuk menjelaskan gejala-gejala, sebagaimana dalam "teori seleksi alam".
- d. Hipotesis, suposisi atau bangun yang dianggap betul dan yang berlandaskan atasnya gejala-gejala dapat diperkirakan dan/atau dijelaskan dan darinya dideduksikan pengetahuan lebih lanjut.
- e. Dalam filsafat ilmu pengetahuan, bahwa teori berpijak pada penemuan fakta-fakta maupun pada hipotesis. Dalam bidang ilmu alam, suatu deskripsi dan penjelasan fakta yang didasarkan atas hukum-hukum dan sebab-sebab, niscaya mengikuti konfirmasi fakta-fakta itu dengan pengalaman dan percobaan (*eksperimen*). Deskripsi ini sifatnya pasti, non kontradiktoris, dan matematis (jika mungkin). Bagaimanapun juga, sejauh penjelasan semacam itu mungkin, tetapi sesungguhnya tidak meniadakan penjelasan lainnya, dan tetap merupakan hipotesis yang kurang lebih probable. Hanya bila bukti dikemukakan sedemikian rupa

---

<sup>40</sup> Pandangan ini disarikan dari pendapat Loren Bagus, 1996, dalam *Kamus Filsafat*, Gramedia, Jakarta, hlm. 1097-1098.

sehingga penjelasan tertentu merupakan satusatunya penjelasan yang sepadan dengan fakta-fakta, maka penjelasan itu sungguh-sungguh mencapai tingkat teori.

Hakim wajib memeriksa dan mengadili perkara yang diajukan kepadanya,<sup>41</sup> khususnya bagi hakim pada peradilan agama yang mengadili sengketa di antara orang-orang yang beragama Islam, maka dalam penegakan hukum dan keadilan berdasarkan hukum Islam, hakim hendaknya menggunakan hukum Islam yang bersumber Al-Quran dan Hadits serta sumber hukum lainnya yang tidak bertentangan dengan hukum syara'.

Penjelasan pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan, maka penulis memilih kerangka teori sebagai berikut: Pertama; Teori Keadilan dan Teori Kemaslahatan digunakan sebagai *Grand Theory*; Kedua; Teori Sistem Hukum digunakan sebagai *Middle Theory*; dan Ketiga; Teori Hukum Progresif digunakan sebagai *Application Theory*.

## 1. *Grand Theory* (Teori Utama): Teori Keadilan dan Teori Kemaslahatan

### a. Teori Keadilan

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum selain kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Hakekat hukum bertumpu pada ide keadilan dan kekuatan moral. Ide keadilan tidak pernah lepas dari kaitannya dengan hukum, sebab membicarakan hukum, secara jelas atau samar-samar senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Pasal 10 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

<sup>42</sup> Satjipto Rahardjo, 1982, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, hlm. 45.

Konsep adil dapat dirunut dari pengertian asalnya dalam bahasa, karena substansi keadilan memang bermula dari pengertiannya dalam bahasa. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, bahwa keadilan merupakan adjektiva yang menjelaskan nomina atau pronomina yang memiliki 3 (tiga) arti, yaitu Adil ialah berarti: 1. tidak berat sebelah; tidak memihak. 2. berpihak kepada yang benar; berpegang pada kebenaran. 3. sepatutnya; tidak sewenang-wenang.<sup>43</sup> Keadilan ialah sifat (perbuatan, perlakuan dan sebagainya) yang adil.<sup>44</sup>

Kata yang memiliki makna yang sama atau sekurang-kurangnya dekat dengan kata adil di dalam bahasa Inggris adalah *just* atau *justice*. *Just* artinya *fair or morally right*. *Justice* memiliki tiga dari lima arti berikut ini. *Pertama*; artinya *behaviour or treatment that is fair and morally correct*. *Kedua*; *the system of laws which judges or punishes people*. *Ketiga*; *someone who judges in a court of law*.<sup>45</sup>

Keadilan itu mempunyai nama lain, yaitu keadilan sosial sebagaimana yang disebutkan oleh Ahmad Fadlil Sumadi, bahwa<sup>46</sup> keadilan sosial merupakan tampilan lain dari keadilan. Selanjutnya Ahmad Fadlil Sumadi menjelaskan, bahwa<sup>47</sup> substansi keadilan harus

---

<sup>43</sup> Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *op.cit.*, hlm. 7.

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Cambridge Learner's Dictionary, 2007:393, dalam Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung*, Tanpa Penerbit, Jakarta, hlm. 5.

<sup>46</sup> Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung*, Tanpa Penerbit, Jakarta, hlm. 5.

<sup>47</sup> *Ibid.*, hlm. 5-6.

diformulasikan pada 3 (tiga) tingkat, yaitu: *pertama*; pada tingkat *outcome*; *kedua*, pada tingkat prosedur; dan *ketiga*; pada tingkat sistem.

Pada tingkat *outcome*, keadilan berhubungan dengan pembagian (*distributive*) dan pertukaran (*comutative*), sehingga keadilan dalam hal ini berhubungan dengan suatu objek yang dalam praktiknya, antara lain, dapat berupa benda atau jasa. Sementara itu prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem yang berhubungan dengan kait-mengait antar-struktur yang berlaku. Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait dengan *outcome*, dalam aras praktiknya sering terjadi *unequal* dalam prosesnya. Dalam keadilan prosedural, yaitu keadilan pada tingkat kedua yang berhubungan dengan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, mensyaratkan adanya 3 (tiga) komponen, yaitu: *pertama*, sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal; *kedua*, penjelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan; dan *ketiga*, perlakuan interpersonal.

Secara substansial keadilan prosedural lebih ditentukan oleh komponen kedua dan ketiga, karena berdasarkan kedua komponen tersebut keadilan prosedural mewujudkan keadilan yang dapat terlihat oleh masyarakat, yang bahkan pada akhirnya menjadikan *looking fair* lebih penting daripada *being fair*. Dalam keadilan sistem, yaitu keadilan pada tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan pola yang menjadi dasar prosedur, distribusi dan pertukaran pada dasarnya

merupakan kebijakan umum yang direalisasikan sebagai dasar dalam menentukan prosedur dan *outcome*.

Kahar Masyhur menyatakan apa yang disebut adil:<sup>48</sup>

- a. Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya.
- b. Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang.
- c. Adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.

Orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan, bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit. Atau orang dapat menganggap, bahwa keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum.

Orang dapat mendefinisikan keadilan dalam satu pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini. Teori-teori Hukum Alam sejak Socrates hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”<sup>49</sup> Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan

---

<sup>48</sup> Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlaq*, Jakarta, Kalam Mulia, hlm. 71.

<sup>49</sup> Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum dalam lintasan sejarah*, Cet. VIII, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 196.



masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

Menurut Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics*, bahwa<sup>50</sup> hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Pandangan Aristoteles yang lebih penting ialah, bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan, tetapi Aristoteles membuat pembedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami, bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya dan sebagainya. Aristoteles memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap Filsafat Hukum. Menurut Aristoteles, bahwa keadilan dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu:

- a. Keadilan Korektif, keadilan dengan menyamakan antara prestasi dan kontra prestasi. Keadilan ini didasarkan pada transaksi baik yang sukarela maupun yang tidak, misalnya dalam perjanjian tukar menukar.
- b. Keadilan diskriptif, yaitu keadilan yang membutuhkan distribusi atas penghargaan.<sup>51</sup>

Menurut Moedjono<sup>52</sup> dalam bukunya yang berjudul “Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia”, tentang pendapat

---

<sup>50</sup> Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum.*, hlm. 24.

<sup>51</sup> Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, hlm. 154.

Aristoteles, bahwa keadilan yaitu “memberikan kepada setiap orang, apa yang menjadi haknya”. Selanjutnya ia membedakan adanya 2 (dua) macam keadilan:

1. Keadilan Distributif; memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas keseimbangan.
2. Keadilan Kumulatif; memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas kesamaan.”

Keadilan korektif ialah berlaku dalam hukum publik, sedangkan keadilan diskriptif atau distributif adalah berlaku dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan diskriptif atau distributif dan keadilan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya.

Wilayah keadilan diskriptif atau distributif, hal yang penting ialah, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan korektif yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis,

---

<sup>52</sup> Moedjono, 1974, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bagian I, Yogyakarta, Penerbit Yayasan penerbitan FKIS-IKIP, hlm. 9.

jelaslah, bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.<sup>53</sup> Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Uraian ini nampak, bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.<sup>54</sup>

Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan hukum adat. Karena, berdasarkan pembedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas

---

<sup>53</sup>*Ibid.*, hlm. 25.

<sup>54</sup>*Ibid.*

tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.<sup>55</sup>

Menurut John Rawls dalam bukunya *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung.

Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus.

John Rawls menegaskan, bahwa<sup>56</sup> 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

---

<sup>55</sup>*Ibid.*, hlm. 26-27.

<sup>56</sup> John Rawls, 1973, *A Theory of Justice*, London, Oxford University press, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006, *Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.

sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.

Prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk 2 (dua) hal, yaitu: *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 memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Sifat dasar manusia adalah berkeinginan untuk mempertahankan hidup dan mengejar kehidupan yang lebih baik. Kebahagiaan hidup, akan dapat tercapai apabila didasarkan atas keseimbangan, baik itu antara manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya, manusia secara kelompok (bangsa dengan bangsa) dan manusia dengan Tuhannya.

Soejono Koesoemo Sisworo menambahkan tentang teori keadilan, yaitu keadilan ontologis, sebagai berikut:<sup>57</sup> keadilan ialah keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan

---

<sup>57</sup> Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, FH UNDIP, Semarang, hlm. 55.

atas kehadiran dan perkembangan kebenaran, yang beriklim toleransi dan kebebasan.

Di samping keadilan ontologis sebagaimana di atas, Soejono Koesoemo Siswono juga mengemukakan batasan kebenaran ontologis, yaitu kebenaran ialah hubungan persesuaian yang serasi antara proposisi dengan kenyataan yang dipertimbangkan dalam tingkat terakhir dengan hati nurani.

Adapun makna dan fungsi kebenaran dan keadilan bagi dan dalam putusan peradilan adalah bercorak *indrovert*, yakni seharusnya menjadi sifat yang melekat dalam putusan termaksud dan bercorak *ekstravert*, yaitu merupakan ukuran/ kriteria bagi putusan<sup>58</sup> kebenaran dan keadilan adalah nilai-nilai luhur dan mutlak percikan keagungan dari Tuhan Yang Maha Kuasa.

Metode ontologis yang proporsional untuk karya hakim lewat putusan logis, rasional, intelektual, etis, irrasional dan divinoris harus dihayati oleh hakim dan subyek penemu hukum yang lain (jaksa, advokat, notaris, sampai dengan aparaturnegara) dengan cara:

1. Tekun ajeg melakukan samadhi/meditasi, berdoa dan kontemplasi;
2. Membiasakan tidak mementingkan diri sendiri
3. Heling, percaya, mituhu;
4. Relat, ikhlas, narimat, jujur, sabar, budi luhur.

Apabila 1-2 dari R. Paryana Suryadipura dalam bukunya

---

<sup>58</sup>*Ibid.*, hlm. 55-56.

“Anthropobiologie”. Berdasarkan *Atoomphysica*, maka 3-4 dari R. Soenarto dalam bukunya “*Serat Sasongko Jati dan Bawa Raos Selebeting Raos*”. Apabila 2 hal + 8 hal (hasta sila) diamalkan oleh para hakim, niscaya putusan hakim akan baik, benar dan adil.

Pendapat Soeyono Koesoemo Siswono di atas yang memadu pitutur pujangga Jawa dalam 3 (tiga) buku tersebut sudah sangat lengkap tidak hanya pitutur untuk diamalkan bagi hakim saja tapi juga aparat penegak hukum yang lain lebih luasnya aparat pemerintah/ negara. Keadilan atau ketidakadilan menurut hukum akan diukur oleh nilai moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia.<sup>59</sup>

Lily Rasjidi mengemukakan pendapatnya, bahwa<sup>60</sup> hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak, tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.

Tujuan negara Indonesia yang termuat pada alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 ialah :

- (1). Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia;
- (2). Mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia;
- (3). Mencerdaskan kehidupan bangsa; dan
- (4). Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

---

<sup>59</sup> Sri Sumarwani, 2012, *Moral, Keadilan dan Kesejahteraan*, Universitas Islam Sultan Agung Semarang, 2012, hlm. 5.

<sup>60</sup> Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 2004, *Filsafat Hukum, Madzhab dan Refleksinya*, Remaja Rasdakarya, Bandung, hlm. 26.

perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Muchsin mengemukakan pendapatnya, bahwa identitas negara Indonesia diidentifikasi dalam 6 (enam) point pokok sebagai berikut:

- (1). Indonesia sebagai negara republik;
- (2). Indonesia sebagai negara demokrasi;
- (3). Indonesia sebagai negara kesatuan;
- (4). Indonesia sebagai negara kesejahteraan;
- (5). Indonesia sebagai negara hukum; dan
- (6). Indonesia sebagai negara Pancasila.<sup>61</sup>

Muchsin menjelaskan pula, bahwa<sup>62</sup> Pernyataan Indonesia sebagai negara kesejahteraan adalah tercermin dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alenia keempat, bahwa Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum. Demikian pula dalam produk hukumnya juga ditujukan untuk mensejahterakan masyarakat menuju masyarakat yang adil dan makmur.

Muchsin menjelaskan lagi, bahwa<sup>63</sup> nilai hukum dapat diartikan sebagai suatu sifat atau kualitas hukum itu sendiri. Faktor-faktor yang mempengaruhi nilai hukum dalam berlakunya di masyarakat adalah:

- (1). Faktor filosofis. Yaitu hukum itu harus memuat nilai-nilai tentang kebenaran, kebijaksanaan, dan keadilan. Selain itu hukum harus diarahkan

---

<sup>61</sup> Muchsin, Tanpa tahun, *Nilai-Nilai Hukum Dalam Pembangunan Nasional Indonesia*, Tanpa Penerbit, Tanpa Tempat Penerbit, hlm. 2.

<sup>62</sup> *Ibid.*, hlm. 4.

<sup>63</sup> *Ibid.*, hlm. 7.



kepada perwujudan masyarakat yang adil dan makmur, memberikan kesejahteraan rakyat, baik lahir maupun batin.

(2). Faktor sosiologis. Yaitu hukum itu harus aspiratif terhadap dinamika yang berkembang di masyarakat, menumbuhkan iklim demokrasi, dan sebagai sarana untuk melakukan perubahan sosial masyarakat ke arah lebih baik.

(3). Faktor yuridis. Yaitu hukum itu harus ada kesesuaian dengan hukum yang lebih tinggi dan ada kesesuaian dengan hukum yang sederajat. Konkretnya dalam pembentukan hukum itu harus memperhatikan norma hukum yang lebih tinggi supaya tidak terjadi penyimpangan, dan norma hukum yang sederajat supaya tidak terjadi pertentangan.

Pada hakekatnya hukum merupakan alat atau sarana untuk mengatur dan menjaga ketertiban guna mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan dalam menyelenggarakan kesejahteraan sosial yang berupa sanksi bagi yang melanggarnya, baik itu untuk mengatur masyarakat maupun aparat pemerintah sebagai penguasa.<sup>64</sup> Hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-jalinan nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, hlm. 2.

<sup>65</sup> Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *op. cit.*, hlm. 26.

Menurut Mu`tazilah,<sup>66</sup> bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggung jawab di hadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar, yaitu tak bergantung pada wahyu. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara obyektif. Selanjutnya kaum Mu`tazilah menyatakan, bahwa keadilan Allah tergantung pada pengetahuan obyektif tentang baik dan buruk, sebagaimana ditetapkan oleh nalar, apakah sang Pembuat hukum menyatakannya atau tidak. Dengan kata lain, kaum Mu`tazilah menyatakan, kemujaraban nalar naluri sebagai sumber pengetahuan etika dan spiritual, dengan demikian menegaskan bentuk obyektivisme rasionalis.

Menurut kaum Asy`ariah,<sup>67</sup> bahwa baik dan buruk itu adalah sebagaimana Allah tentukan, dan adalah angkuh untuk menilai Allah berdasarkan kategori-kategori yang diberikan-Nya untuk mengarahkan kehidupan manusia. Bagi kaum Mu`tazilah tidak ada cara dalam batas-batas logika biasa untuk menerangkan hubungan kekuasaan Allah dengan tindakan manusia.

Segala sesuatu yang terjadi merupakan hasil kehendak-Nya, tanpa penjelasan atau pembenaran, tetapi hanya Allah semata-mata yang menciptakan segala tindakan secara langsung. Dalam beberapa tindakan, suatu kualitas tindakan sukarela digantikan kehendak Allah, yang

---

<sup>66</sup> Mumtaz Ahmad (ed), 1994, *Masalah-Masalah Teori Politik Islam*, Mizan, Bandung, hlm. 154-155.

<sup>67</sup>*Ibid.*, hal. 156

menjadikan seseorang sebagai wakil sukarela dan bertanggung jawab. Karenanya, tanggung jawab manusia merupakan hasil kehendak *ilahiah* yang diketahui melalui bimbingan wahyu. Kalau tidak, maka nilai-nilai tidak memiliki dasar selain kehendak Allah yang mengenai nilai-nilai itu. Konsepsi kaum Asy`ariah tentang pengetahuan etika ini dikenal sebagai subyektivisme teistis, yang berarti, bahwa semua nilai etika tergantung pada ketetapan-ketetapan kehendak Allah yang diungkapkan dalam bentuk wahyu yang kekal dan tak berubah. Kedua pendirian teologis tersebut berdasarkan pada penafsiran ayat-ayat Al-Quran, yang mempunyai pandangan kompleks tentang peranan tanggung jawab manusia dalam mewujudkan kehendak *ilahiah* di muka bumi. Di satu pihak, Al-Quran berisikan ayat-ayat yang mendukung penekanan Mu`tzilah pada tanggung jawab penuh manusia dalam menjawab panggilan bimbingan alamiah maupun wahyu. Di lain pihak, juga memiliki ayat-ayat yang dapat mendukung pandangan Asy`ariah tentang kemahakuasaan Allah yang tak memberi manusia peranan dalam menjawab bimbingan *ilahiah*. Betapapun, Al-Quran mempertimbangkan keputusan dan kemahakuasaan *ilahiah* dalam masalah bimbingan.

Sesungguhnya, konsep bimbingan natural atau universal mempunyai implikasi yang lebih luas dari pada mempertunjukkan eksistensi kapasitas kemauan dalam jiwa manusia, dan membuktikan tanggung jawab manusia dalam mengembangkan pengertian tajam

persepsi moral dan spiritual serta motivasi, yang akan membawa kepada penegakan keadilan di muka bumi.

Al-Quran menganggap manusia seluruhnya sebagai satu bangsa berhubungan dengan bimbingan unuversal sebelum bimbingan khusus melalui para Nabi diturunkan, dan dengan demikian menganggap mereka semua secara bersama-sama bertanggung jawab untuk menegakkan keadilan sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat Al-Baqarah ayat 213 :

كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ  
مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ

Artinya: “Manusia itu adalah umat yang satu, (setelah timbul perselisihan), maka Allah mengutus para Nabi, sebagai pemberi kabar gembira dan pemberi peringatan, dan Allah menurunkan bersama mereka Kitab dengan benar, untuk memberi keputusan di antara manusia tentang perkara yang mereka perselisihkan”. (Q.S. Al-Baqarah : 213).<sup>68</sup>

Berdasarkan bimbingan universal, maka dapat dibicarakan tentang dasar-dasar natural-moral tingkah laku manusia di dalam Al-Quran. Ayat-ayat tersebut menunjuk kepada watak moral yang universal dan obyektif yang membuat semua manusia diperlakukan secara sama dan sama-sama bertanggung jawab kepada Allah. Dengan kata lain, perintah-perintah moral tertentu jelaslah didasarkan pada watak umum manusia dan dianggap sebagai terlepas dari keyakinan-keyakinan spiritual tertentu, meskipun semua bimbingan praktis pada akhirnya berasal dari sumber

---

<sup>68</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 26.

yang sama, yaitu, dari Allah. Karena itu, penting untuk menekankan dalam konteks Al-Quran, bahwa gagasan keadilan teistis menjadi relevan dengan mapannya tatanan sosial, karena secara logis membangkitkan keadilan obyektif universal yang mendarah daging dalam jiwa manusia.

Satu ayat yang sangat penting artinya, Al-Quran mengakui watak obyektif dan universalitas keadilan yang disamakan dengan perbuatan-perbuatan baik (kebajikan-kebajikan moral), yang mengatasi masyarakat-masyarakat agama yang berlainan dan memperingatkan umat manusia untuk “tampil dengan perbuatan-perbuatan baik” sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat Al-Maidah Ayat 48 :

لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُبَيِّنُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ

Artinya : “Untuk tiap-tiap umat di antara kamu, Kami berikan aturan dan jalan yang terang. Sekiranya Allah menghendaki, niscaya kamu dijadikan-Nya satu umat (saja), tetapi Allah hendak menguji kamu terhadap pemberian-Nya kepadamu, maka berlomba-lombalah berbuat kebajikan. Hanya kepada Allah-lah kembali kamu semuanya, lalu diberitahukann-Nya kepadamu apa yang telah kamu perselisihkan itu”. (Q.S. Al-Maidah : 48).<sup>69</sup>

Suatu asumsi yang jelas dalam ayat ini, bahwa semua umat manusia harus berusaha keras menegakkan suatu skala keadilan, yang diakui secara obyektif, tak soal dengan perbedaan keyakinan-keyakinan

---

<sup>69</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 92.

religius. Cukup menarik, manusia yang idael disebutkan sebagai menggabungkan kebajikan moral tersebut dengan kepasrahan religius yang sempurna. Bahkan dalam Al-Quran Surat Al-Baqarah Ayat 112 :

بَلَىٰ مَنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَلَهُ أَجْرُهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ

وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ

Artinya : “(Tidak demikian) bahkan barangsiapa yang menyerahkan diri kepada Allah, sedang ia berbuat kebajikan, maka baginya pahala pada sisi Tuhannya, dan tidak ada kekhawatiran terhadap mereka dan tidak( pula) mereka bersedih hati”.<sup>70</sup>

Penulis mempunyai dasar yang jelas untuk membedakan antara keadilan obyektif dan keadilan teistis. Keadilan obyektif ialah diperkuat lagi oleh tindakan religius kepatuhan kepada Allah. Bidang keadilan obyektif universal, manusia diperlakukan secara sama dan memikul tanggung jawab yang sama untuk menjawab bimbingan universal. Lagi pula, tanggung jawab moral *asasiah* semua manusia pada tingkat bimbingan universal inilah yang membuatnya masuk akal untuk mengatakan, bahwa Al-Quran menunjukkan sesuatu yang sama dengan pemikiran barat tentang hukum natural, yang merupakan sumber keadilan positif dalam masyarakat yang berdasarkan persetujuan yang tak di ucapkan atau oleh tindakan resmi. Oleh karena Al-Quran mengakui keadilan teistis dan keadilan obyektif, maka untuk mengistilahnannya keadilan natural dalam arti yang dipakai oleh Aristoteles, yaitu suatu produk dari kekuatan natural bukan dari kekuatan sosial.

---

<sup>70</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 14.

Aristoteles menyamakan keadilan *Ilahiah* dengan keadilan natural. Para ulama' fiqih berpendapat, bahwa keadilan *Ilahiah* merupakan tujuan akhir dari wahyu Islam, yang diungkapkan dalam bentuk awalnya dalam hukum-hukum Islam yang suci (*syari`ah*).<sup>71</sup>

Keadilan dalam filsafat hukum menjadi landasan utama yang harus diwujudkan melalui hukum yang ada. Aristoteles menegaskan, bahwa keadilan sebagai inti dari filsafat hukumnya. Baginya, keadilan dipahami dalam pengertian kesamaan, yaitu antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik ialah mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Kesamaan proporsional ialah memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

Setelah penulis menguraikan sebagaimana tersebut diatas, maka dapat penulis simpulkan, bahwa dalam *Grand Theory* (Teori Utama) ini, penulis menggunakan Teori Keadilan, yaitu Teori Keadilan Distributif dan Teori Keadilan Prinsipel Difference. Yakni Keadilan Distributif menurut Aristoteles dan Keadilan Prinsipel Difference menurut John Rawls.

Teori Keadilan Distributif adalah memberikan jatah kepada setiap orang berdasarkan jasanya atau memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas keseimbangan, atau memberikan hak kepada setiap orang berdasarkan prestasinya, atau melindungi pihak yang berprestasi atau pihak yang kuat. Teori Keadilan Prinsipel Difference

---

<sup>71</sup> Mumtaz Ahmad, *op.cit.*, hlm. 157-162.

adalah memberikan manfaat yang paling besar kepada orang yang paling kurang beruntung agar mendapat kesejahteraan, atau memberikan jatah kepada pihak yang tidak berprestasi atau yang lemah agar mendapat kesejahteraan, atau melindungi pihak yang tidak berprestasi atau yang lemah agar mendapat kesejahteraan.

Teori Keadilan Distributif dan Teori Keadilan Prinsipel Difference adalah keadilan yang sesuai dengan cita hukum Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 dan Pancasila serta sesuai dengan keadilan menurut Islam, yaitu berasaskan keseimbangan.

Penemuan hukum merupakan bagian penting dalam merealisasi atau menegakkan hukum.<sup>72</sup> Untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama tentu harus melakukan penemuan hukum dan melakukan ijtihad.

Penemuan hukum yang harus dilakukan adalah dengan cara penalaran *a contrario* dan harus dengan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan kasus dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Ijtihad adalah sebagaimana yang dikemukakan oleh Muhamad Abu Zahrah, bahwa ijtihad artinya adalah upaya mengerahkan seluruh kemampuan dan potensi untuk sampai pada suatu perkara atau perbuatan.<sup>73</sup> Muhamad Abu

---

<sup>72</sup> Ibid., hlm. 59.

<sup>73</sup> Muhamad Abu Zahrah, 2003, *Ushul Fiqih*, Terjemahan Saefullah Ma'shum, Slamet Basyir, Mujib Rahmat, Hamid Ahmad, Hamdan Rasyid, Ali Zawawi dan Fuad Falahuddin, Cetakan Kedelapan, Pustaka Firdaus, Jakarta, hlm. 567.



Zahrah mengemukakan<sup>74</sup>, bahwa Ijtihad menurut ulama Ushul ialah usaha seorang yang ahli fiqh yang menggunakan seluruh kemampuannya untuk menggali hukum yang bersifat *amaliah* (praktis) dari dalil-dalil yang terperinci. Sebagian ulama yang lain memberikan definisi Ijtihad adalah usaha mengerahkan seluruh tenaga dan segenap kemampuannya baik dalam menetapkan hukum-hukum syara' maupun untuk mengamalkan dan menerapkannya.

Definisi Ijtihad yang dikemukakan oleh Abdul Wahhab Khallaf adalah, bahwa ijtihad menurut ulama ushul ialah mencurahkan daya kemampuan untuk menghasilkan hukum syara' dari dalil-dalil syara' secara terperinci.<sup>75</sup> Ijtihad dibagi menjadi 2 (dua) macam, yaitu Ijtihad *Istimbathi* dan Ijtihad *Tathbiqi*. Upaya menyimpulkan hukum dari sumber-sumbernya disebut Ijtihad *Istimbathi*. Upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus disebut Ijtihad *Tathbiqi*.

Menurut Muḥamad Abu Zahrah,<sup>76</sup> bahwa Ijtihad mengandung dua faktor, yaitu: *Pertama*; Ijtihad yang khusus untuk menetapkan suatu hukum dan penjelasannya. Pengertian ini adalah pengertian Ijtihad yang sempurna dan dikhususkan bagi ulama yang bermaksud untuk mengetahui ketentuan hukum-hukum *furu' amaliyah* dengan menggunakan dalil-dalil secara terperinci. Ulama Hanbali mengatakan, bahwa setiap masa tidak boleh kosong dari Ijtihad dalam bentuk ini. Karena itu, pada setiap masa

---

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> Abdul Wahhab Khallaf, 1985, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, Alih Bahasa dan Editor Moch. Tolchah Mansoer, Noer Iskandar Al-Barsany dan Andi Asy'ari, Cetakan Kedua, Volume Kedua, Risalah, Bandung, hlm. 162.

<sup>76</sup> Muḥamad Abu zahrah, *op.cit.*, hlm. 567-568. .

harus selalu ada mujtahid yang mencapai tingkatan tersebut. *Kedua*; Ijtihad khusus untuk menerapkan dan mengamalkan hukum. Seluruh ulama sepakat, bahwa sepanjang masa tidak akan terjadi kekosongan dari mujtahid dalam kategori ini. Mereka inilah yang akan mencari dan menerapkan 'illat terhadap berbagai kasus *juz'iyah*, dengan menerapkan prinsip-prinsip yang telah ditetapkan oleh ulama terdahulu. Dengan tugas penerapan tersebut, maka akan menjadi jelas ketentuan hukum tentang masalah yang tidak dikenal oleh ulama terdahulu yang dikategorikan sebagai mujtahid tingkat pertama.

**b. Teori Kemaslahatan**

Berdasarkan teori tersebut, pelaksanaan hukum pembagian waris harta bersama di Indonesia hendaknya diaplikasikan sesuai dengan prinsip-prinsip, asas-asas, dan tujuan hukum syara'.

Asy-Syatiby telah memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan syari'at yang bersifat *dharuriyyah*, *hajiyyah* dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum syara', yaitu :

- (a). Memelihara agama (*hifzhud din*);
- (b). Memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c). Memelihara keturunan (*hifzhun nasli*);
- (d). Memelihara akal (*hifzhul 'aqli*);
- (e). Memelihara harta (*hifzhul mal*).<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Asy-Syatiby, Tanpa tahun, *Al-Muwafaqat, fi Ushulisy Syari'ah*, Juz II, Darul Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, hlm. 7.

Eksistensi peradilan agama apabila mampu menjamin untuk tercapainya tujuan hukum syara', maka kemaslahatan menjadi tujuan akhir. Teori *al-maslahah* yang diperkenalkan oleh Asy-yatiby dalam konsep *maqasyidusy syari'ah* ini adalah masih relevan untuk menjawab segala persoalan hukum di masa depan, termasuk pula masalah hukum pembagian waris harta bersama.

*Mashlahah* (kemaslahatan) adalah tujuan dari aturan-aturan Islam. Imam Al-Ghazali menyebutnya dengan istilah *maqashidusy syari'ah*.<sup>78</sup> Imam Al-Ghazali telah membagi *mashlahah* (kemaslahatan) menjadi lima prinsip dasar (*al-kulliyatul khamsi*), yaitu :

- (a). Memelihara keyakinan / agama (*hifzhud din*)
- (b). Memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c). Memelihara akal / pikiran (*hifzhul 'aqli*);
- (d). Memelihara kehormatan / keturunan atau alat-alat reproduksi (*hifzhul 'irddh*);
- (e). Memelihara harta kekayaan atau properti (*hifzhul mal*).

Imam Al-Ghazali menjelaskan, bahwa makna *mashlahah* adalah menarik manfaat atau menolak madharat. Dalam hukum Islam, bahwa yang dimaksud dengan *mashlahah* (kemaslahatan) adalah setiap hal yang bertujuan untuk memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Jadi hukum yang mengandung tujuan memelihara lima hal tersebut disebut *mashlahah* (kemaslahatan).

---

<sup>78</sup> Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstahfamin 'Ilmil Ushul*, vol 1, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, Beirut, hlm. 281.

Menurut A. Wahab Afif, bahwa *mashlahah* atau *kemashlahatan* merupakan inti dalam menetapkan hukum Islam dan membimbing masyarakat Islam agar tetap menampilkan wajah Islam sebagai *rahmatan lil 'alamin* (rahmat bagi semesta alam) dan menampilkan masyarakat yang memiliki citra moderasi dan penuh toleransi (*ummatan wasathan*).<sup>79</sup> Dan *maqasidusy syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al-Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Gazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *maqasidusy syari'ah* adalah Izzuddin ibn Abdus Salam dari kalangan Syafi'iyah. Dan pembahasan secara sistematis dan jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*. Di samping itu, At-Tufi juga ikut memberikan pandangan yang radikal dan liberal tentang *masalahah* (kemaslahatan).

Berdasarkan baik *istiqra'* (penelitian empiris), nash—nash Al-Quran maupun Hadits, maka dapat diketahui, bahwa hukum-hukum syari'at Islam mencakup di antaranya adalah pertimbangan kemaslahatan manusia, hal ini berdasarkan Firman Allah S.W.T. :

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

Artinya : “Dan tidaklah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam”. ()<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> A. Wahab Afif, *Mashlahat Al-Ummah : Suatu Pendekatan Menuju Masyarakat Muslim Moderat*, Orasi Penganugrahan Gelar Doktor Honoris Causa Ilmu Perbandingan Mazhab & Bimbingan Masyarakat Islam, 7 Agustus 2010, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati Bandung, Bandung, hlm. 14.

<sup>80</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, 2010, hlm. 264.

Firman Allah SWT :

يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ شَفَاءٌ لِمَا

فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِلْمُؤْمِنِينَ

Artinya : “Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahamat bagi orang-orang yang beriman” (Q.S. Yunus : 57).<sup>81</sup>

Menurut Muhamad Abu Zahrah,<sup>82</sup> bahwa masalah ini dapat ditangkap jelas oleh orang yang mempunyai intelektual atau orang yang mau berpikir, meskipun bagi sebagian orang masih dirasa samar atau mereka berbeda pendapat mengenai hakekat masalah tersebut. Perbedaan persepsi tentang masalah itu sebenarnya bermula dari perbedaan kemampuan intelektualitas orang-perorang sehingga tidak diketemukan hakekat *masalahat* yang esensial yang terdapat dalam hukum Islam, atau terpengaruh oleh keadaan yang bersifat temporal, atau diambil berdasarkan pandangan yang bersifat lokalistik atau personal. Selanjutnya Muhamad Abu Zahrah mengatakan,<sup>83</sup> bahwa *masalahat* yang *mu'tabarah* (dapat diterima) ialah *masalahat-maslahat* yang bersifat hakiki, yaitu meliputi lima jaminan dasar :

- 1). Keselamatan keyakinan agama;
- 2). Keselamatan jiwa;
- 3). Keselamatan akal;

---

<sup>81</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 171.

<sup>82</sup> Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 424.

<sup>83</sup> Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 424-425.

- 4). Keselamatan keluarga dan keturunan;
- 5). Keselamatan harta benda.

Kelima jaminan dasar itu merupakan tiang penyangga kehidupan dunia agar umat manusia dapat hidup aman dan sejahtera. Kemudian Muhamad Abu Zahrah mengemukakan,<sup>84</sup> bahwa jumhur fuqaha' sepakat, bahwa *maslahat* dapat diterima dalam fiqh Islam. Dan setiap *maslahat* wajib diambil sebagai sumber hukum selama bukan dilatarbelakangi oleh dorongan syahwat dan hawa nafsu dan tidak bertentangan dengan *nash* serta *maqashidusy Syari'ah* (tujuan-tujuan *syari'ah*).

**a. Maqashidusy Syari'ah**

Asy-Syatiby telah memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan *syari'at* yang bersifat *dharuriyyah*, *hajiyyah* dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum *syara'*, yaitu :

- (a).Memelihara agama (*hifzhud din*);
- (b).Memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c). Memelihara keturunan (*hifzhun nasli*);
- (d). Memelihara akal (*hifzhul 'aqli*);
- (e). Mmemelihara harta (*hifzhul mal*).<sup>85</sup>

Makna *maqasidusy Syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al-Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Gazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *Maqasidusy Syari'ah* adalah Izzuddin ibn Abdus Salam dari kalangan

---

<sup>84</sup> Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 433.

<sup>85</sup>Asy-Syatiby, Tanpa tahun, *Al-Muwafaqat, fi Ushulisy Syari'ah*, Juz II, Darul Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut,hlm. 7.

Syafi'iyah. Pembahasan secara sistematis dan jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*.

#### **b. Metode *Ta'lili*.**

Penulis akan menguraikan tentang '*illat* karena '*illat* ialah pokok yang menjadi landasan qiyas sebab jika membahas tentang '*illat*, maka tentu membicarakan qiyas. Ulama Ushul Fiqh yang bernama Imam Fahrul Islam Al-Bazdawi telah menegaskan, bahwa '*illat* merupakan rukun qiyas dan landasan dari bangunan qiyas.<sup>86</sup>

Pelaksanaan qiyas tidak dapat dilakukan bila tidak dapat ditentukan '*illatnya*. Setiap hukum ada '*illat* yang melatarbelakanginya. Sebagian ulama mendefinisikan '*illat* sebagai suatu sifat-lahir yang menetapkan dan sesuai dengan hukum. Defenisi lain dikemukakan oleh sebgaiian ulama Ushul Fiqh: '*Illat* ialah suatu sifat khas yang dipandang sebagai dasar dalam penetapan hukum.<sup>87</sup> Orang yang mengakui adanya '*illat* dalam *nash*, berarti ia mengakui adanya qiyas.

Muhammad Abu Zahrah mengemukakan, bahwa<sup>88</sup> Mazhab Hanafi dan Jumhur Ulama Ushul berpendapat, bahwa *nash-nash* hukum pasti memiliki '*Illat*. Selanjutnya mereka mengatakan : “sesungguhnya sumber hukum asal adalah '*illat* hukum itu sendiri, hingga ada petunjuk (*dalil*) yang menentukan lain”. Mereka kemudian berpendapat, bahwa *nash* hukum yang pasti ber'*illat* adalah terbagi menjadi dua kelompok, yaitu kelompok yang menetapkan '*Illat nash* dengan sifat lahir yang sesuai

---

<sup>86</sup> Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 364.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> *Ibid.*, hlm. 365.

dan sekaligus *mundhabith* (tepat); dan kelompok yang menetapkan *'Illatnash* hanya dengan sifat yang sesuai saja, tanpa memperhatikan unsur *mundhabith*. Sifat yang sesuai adalah *hikmah* pencyari'atan *nash*.

Semakin luasnya perkembangan kehidupan dan makin dirasakan meningkatnya tuntutan pelayanan hukum dalam kehidupan umat Islam. Maka banyak ketentuan hukum *nash* yang harus memperhatikan jiwa yang melatarbelakanginya. Jiwa itu tidak dalam aplikasinya pada suatu saat dan keadaan tertentu, ketentuan hukum yang disebutkan dalam *nash* tidak dilaksanakan. Jiwa yang melatarbelakangi sesuatu ketentuan hukum ialah *'illat* hukum atau *kausa* hukum.<sup>89</sup> Selama *'illat* hukum masih terlibat, maka ketentuan hukum berlaku, tetapi *'illat* hukum jika tidak tampak, maka ketentuan hukum pun tidak berlaku.

Para ulama fiqh melahirkan kaidah fiqh :

الحكم يدور مع علته وجودا وعدما

Artinya : "Hukum itu berkisar bersama *'illat*nya, baik ada atau tidak adanya."<sup>90</sup>

Arti kaidah fiqh tersebut ialah setiap ketentuan hukum berkaitan dengan *'illat* (*kausa*) yang melatarbelakanginya. *'Illat*jika ada, maka hukum pun ada, tetapi *'illat*jika tidak ada, maka hukum pun tidak ada. Menentukan sesuatu sebagai *'illat* hukum merupakan hal yang amat pelik. Oleh

---

<sup>89</sup> Ahmad Azhar Basyir, *op.cit.*, hlm.20.

<sup>90</sup> *Ibid.*, hlm. 22.



karenanya, memahami jiwa hukum yang dilandasi iman yang kokoh merupakan keharusan untuk dapat menunjuk *'illat* hukum secara tepat.

Menetapkan adanya kaitan hukum dengan *'illat* yang melatarbelakangi amat diperlukan jika kita akan mengetahui hukum peristiwa yang belum pernah terjadi pada masa Nabi, yang terlihat adanya persamaan *'illat* hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi disebutkan dalam *nash*. Mengetahui *'illat* hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi dapat dilakukan *qiyas* atau analogi terhadap peristiwa yang terjadi kemudian. *'Illat* sangat penting dan sangat menentukan ada atau tidak adanya hukum dalam kasus baru sangat bergantung pada ada atau tidak adanya *'illat* pada kasus tersebut, sehingga *'illat* dirumuskan sebagai suatu sifat tertentu yang jelas dan dapat diketahui secara obyektif (*zhahir*), dapat diketahui dengan jelas dan ada tolok ukurnya (*mundabith*) dan sesuai dengan ketentuan hukum, yang eksistensinya merupakan penentu adanya hukum, sedangkan *hikmat* adalah yang menjadi tujuan atau maksud disyariatkannya hukum dalam wujud kemaslahatan bagi manusia. *'Illat* merupakan “tujuan yang dekat” dan dapat dijadikan dasar penetapan hukum, sedangkan *hikmat* merupakan “tujuan yang jauh” dan tidak dapat dijadikan dasar penetapan hukum. Al-Syatibi berpendapat, bahwa yang dimaksud dengan *'illat* adalah hikmat itu sendiri, dalam bentuk *mashlahat* dan *mafsadat*, yang berkaitan dengan ditetapkannya perintah, larangan,

atau keizinan, baik keduanya itu *zhahir* atau *tidak*, *mundhabith* atau *tidak*.<sup>91</sup>

Makna '*illat* itu tidak lain kecuali adalah *mashlahat* dan *mafsadat* itu sendiri. Kalau demikian halnya, maka baginya hukum dapat ditetapkan berdasarkan *hikmat*, tidak berdasarkan '*illat*. Sebenarnya hikmat dengan '*illat* mempunyai hubungan yang erat dalam rangka penemuan hukum.<sup>92</sup>

Berdasarkan pernyataan di atas dapat dipahami, dalam *qiyas* penemuan '*illat* dari hikmat sangat menentukan keberhasilan mujtahid dalam menetapkan hukum. Di sinilah dapat dilihat betapa eratnya hubungan antara metode *qiyas* dengan *maqashid al-syari'ah*. Pencarian '*illat* dinyatakan, bahwa salah satu syarat diterimanya *shifat* menjadi '*illat* adalah, bahwa *shifat* tersebut *munusabat*, yakni sesuai dengan *maslahat* yang diduga sebagai tujuan disyariatkan hukum itu. *Maslahat* dalam '*illat* menjadi *maslahat daruriyat*, *hajjiyyat* dan *takmiliyyat* dan dari sinilah muncul pengembangan prinsip dan teori *maqashid al-syariat*.

*Mashlahat* yang menjadi tujuan utama disyariatkan hukum Islam, merupakan faktor penentu dalam menetapkan hukum melalui jalur *qiyas*. '*Illat* adalah hal yang oleh *syari'* (pembuat aturan) dijadikan tempat bersandar, tempat bergantung atau petunjuk adanya ketentuan hukum.

*Illat* pada pokoknya dapat dibagi menjadi 3 macam atas dasar sumber pengambilannya, yaitu '*illat* diperoleh dengan dalil *naqli*, *nash*

---

<sup>91</sup> Al-Syatibi, Tanpa tahun, *Al-Muwafakat fi Ushul al-Ahkam*, Jilid I, Dar Al-Fikr, hlm. 185.

<sup>92</sup> Contoh, dalam bidang ibadah (shalat *qashar*), boleh atau tidaknya, maka ditetapkan kebolehanannya itu '*illatnya* karena *safr*, sedangkan *musyaqatnya* merupakan *hikmat* itu '*illatnya* karena *safr*, sedangkan *musyaqatnya* merupakan *hikmat*.

yang diperoleh dengan *ijma*” dan *‘illat* yang diperoleh dengan jalan *istinbath* (pemahaman kepada nash).<sup>93</sup> *‘Illat* yang diperoleh dengan dalil *naqli* dibagi lagi menjadi tiga macam, yaitu yang diperoleh dengan jelas disebutkan dalam nash yang disebut *sharih*, yang diperoleh hanya dengan isyarat, yang disebut *ijma* dan yang diperoleh dari adanya petunjuk *sebab*.<sup>94</sup> *‘Illat* yang diperoleh dengan jalan *istinbath* merupakan hal yang amat pelik. Untuk menentukan *‘illat* dengan jalan *istinbath* diperlukan ketajaman pemikiran. Sifat pemikiran kefilosofan dalam menentukan *‘illat* dengan jalan *istinbath* ini amat nyata. Untuk menentukan *‘illat* dengan jalan *istinbath* ditempuh dua macam cara, yaitu :

- a. Di dalam sesuatu ketentuan hukum jika terdapat beberapa hal yang dirasakan sesuai benar sebagai *‘illat* hukum, untuk menentukan mana di antara hal itu yang benar-benar sebagai *‘illat* dilakukan *taqsim* dan *sabr*. *Taqsim* ialah membatasi hal yang dirasakan sesuai sebagai *‘illat* hukum dan *sabr* adalah meneliti hal yang telah dibatasi dan dirasakan sesuai sebagai *illat* hukum itu sehingga dapat diketahui mana yang harus disisihkan sebagai *‘illat* dan mana yang harus diambil atau ditetapkan. Cara ini merupakan peluang amat luas untuk berijtihad dan amat memungkinkan terjadi perbedaan pendapat di kalangan para mujtahid.
- b. Menetapkan kesesuaian *‘illat* bagi sesuatu ketentuan hukum dengan mengkaji *‘illat* yang sesuai dengan hukum, kemudian menetapkan

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, hlm. 24

<sup>94</sup> Muhammad Makruf Ad-Dawaalibi, 1959, *Al Madkhal Ilaa ‘Im Ushul Al-Fiqh*, Tanpa penerbit, Tanpa tempat penerbit, hlm. 417.

berlakunya *'illat* itu terhadap hukum bersangkutan. *'Illat* yang sesuai dengan ketentuan hukum itu disebut *al-'illah almunasibah*.<sup>95</sup>*Al-'illah al-munasibah* ada empat macam, yaitu : *'illat muatstsirah* (membekas), *'illat mula-imah* (sejalan), *'illat gharibah* (asing) dan *'illat ursalah* (lepas, bebas).<sup>96</sup>

Di bawah ini akan dibahas tentang 4 (empat) *'illat* itu :

- a. *Al-'Illat Al-munasab*. *'Illat* yang secara jelas dapat diperoleh dari *nash* atau *ijma'* dan diketahui membekas pengaruhnya terhadap ketentuan hukum. Misalnya perwalian yang ditetapkan atas anak di bawah umur, yang dipandang *'illatnya* adalah keadaan di bawah umur.
- b. *'Illat mula-imah*. *'Illat* yang diperoleh dari *nash*, tetapi agak jelas membekas pengaruhnya terhadap hukum karena *nash* yang mengandung hukum memang tidak memberikan kejelasan mengenai *'illatnya*. *'Illat* itu dapat diperoleh dari sejumlah *nash* lain mengenai masalah yang sejenis yang dapat dipandang ada kesejalanannya untuk dijadikan *'illat* hukum yang bersangkutan.
- c. *'Illat gharibah*. *'Illat* yang diperoleh dari *nash*, tetapi tidak jelas, bahwa *'illat* itu membekas pengaruhnya terhadap hukum dan tidak ketahu dengan jelas kesejalanannya dengan hukum bersangkutan dari *nash* lain mengenai masalah yang bersangkutan dari *nash* lain mengenai masalah yang sejenis. *'Illat* yang diperoleh dari *nash* itu sendiri dipandang sesuai dengan hukum yang diakandungnya.

---

<sup>95</sup>Ali Hasbullah, 1964, *Ushul At-Tasyrii'' Al-Islami*, Tanpa penerbit, Tanpa tempat penerbit, hlm. 131.

<sup>96</sup>A hmad Azhar Basyi, *op.cit.*, hlm 28-31.

d. *'Illat mursalah*. *'Illat* yang tidak terdapat pendukungnya dari *nash*, tetapi dapat diketahui dari jiwa ajaran Islam pada umumnya. *'Illat* macam inilah yang merupakan hal yang amat pelik. Untuk menetapkannya diperlukan ketajaman pandangan dan keluasan cakrawala pemikiran tentang tujuan dan rahasia hukum Islam khususnya dan ajaran Islam umumnya. Oleh karenanya *'illat* adalah sifat yang jelas dan ada tolak ukurnya, yang di dalamnya terbukti adanya hikmah pada kebanyakan keadaan.

Maka *'illat* ditetapkan sebagai bertanda (*madzinnah*) yang dapat ditegaskan dengan jelas bagi adanya *hikmah*.<sup>97</sup> *Hikmah* itu bersifat implisit di dalam *'illat* dan tidak terpisah dengannya, karena *hikmah* tidak ada jika *'illat* tidak ada. Di samping itu, *'illah* adalah dasar perbuatan. Jika *'illat* ada tanpa adanya *hikmah*, maka *'illat* tidak dapat dianggap berasal dari hukum. Jika *'illat* itu jelas, tidak ada kesulitan, tetapi apabila *'illat* itu tidak jelas, para ahli Ushul Fiqh berbeda pendapat, ada yang mengambil jalan *ta'wil* dan mencoba menggali *'illat* berkenaan dengan kata-kata *nash* yang implisit, sedangkan yang lainnya mengambil metode interpretasi *nash* sesuai dengan akal berkenaan dengan kepentingan masyarakat (*social utility*). Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa *'illat* merupakan “sebab” atau “tujuan” ditetapkan hukum. Adakalanya langsung disebut dalam *nash* (*manshushah*) dan adakalanya tidak (*muntanbathah*).<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Fathurrahman Djamil, 1997, *Filsafat Hukum Dalam Islam*, Jakarta, Logos, hlm.4.

<sup>98</sup> *Ibid.*

### c. Metode *Istihsan*.

Secara bahasa, *ihthsan* berarti menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut istilah Ulama Ushul, *istihsan* ini dimaksudkan pindahannya seorang mujtahid dari tuntutan kias *jali* kepada kias *khafi*, atau dari dalil *kully* kepada hukum *takhshish* lantaran terdapat dalil yang menyebabkan mujtahid menyalahkan berpikirnya dan mementingkan perpindahan.<sup>99</sup>

Isthsan ini adalah sumber hukum yang banyak dipakai oleh dalam terminologi dan *istimbath* hukum oleh Imam Malik dan Imam Abu hanifah. Bahkan Imam Malik menilai, pemakaian istihsan merambah 90 % dari seluruh ilmu (fiqih).<sup>100</sup> Apabila terdapat suatu kejadian yang tidak ada nash hukumnya, maka di dalam rangka membahasnya ada dua segi yang saling berlawanan, yaitu :

- a). Segi *dhahir* yang berkehendak adanya suatu hukum.
- b). Segi *khafi* (tak tampak) yang menghendaki adanya hukum lain.

Pada diri mujtahid sudah terdapat dalil yang lebih mendahulukan pandangan *khafi*, kemudian, karena pindahannya kepada pandangan yang *dhahir* (nyata) ini, menurut syara' disebut Istihsan. Begitu pula jika ada hukum *kully* pada diri mujtahid, kemudian didapatinya dalil yang menghendaki adanya pengecualian *juziyyah* dari hukum *kully*, dan memebrikan tetapnya hukum lain kepada *juziyyah*, menurut syara' juga disebut sebagai istihsan.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Abdul Wahhab Khallaf, *op.cit.*, hlm. 118.

<sup>100</sup> Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 401.

<sup>101</sup> Abdul Wahhab Khallaf, *loc.cit.*

Imam Abu Al-Hasan Al-Karkhi mengemukakan,<sup>102</sup> bahwa *isthsan* ialah penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketetapan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa karena ada alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu. Asas adanya diktum hukum yang menyimpang dari kaidah yang berlaku karena ada faktor lain yang mendorong agar keluar dari keterikatannya dengan kaidah itu, yang dipandang justru akan lebih dekat dengan tujuan syara', dibanding seandainya tetap terpaku dan berpegang teguh pada kaidah di atas. Sehingga dengan demikian berpegang pada *istihisan* dalam pemecahan kasus itu lebih kuat daripada menggunakan dalil qiyas. Jadi *istihisan* apa pun bentuknya maupun apapun macamnya, terbatas pada masalah *juziyyah*.

Seorang ahli fiqih dalam memecahkan masalah *juziyyah* itu menggunakan dalil *istihisan* agar tidak terjadi pemakaian kaidah – yang tidak lain adalah qiyas -- secara berlebihan (melampaui batas) hingga terjauh dari ruh dan makna syara'. Dengan demikian dapat diketahui, bahwa *istihisan* adalah sebagai sumber hukum.

#### **d. Metode *Istishlahi*.**

Istilah *istishlahi* juga disebut *al-maslahat al-mursalah*. Sebagaimana halnya metode ijtihad lainnya, *al-maslahat al-mursalah* juga merupakan metode penemuan hukum yang kasusnya tidak diatur secara

---

<sup>102</sup> Muhammad Abu Zahrah, *loc.cit.*

eksplisit dalam Al-Quran dan Hadis. Hanya saja metode ini lebih menekankan pada aspek maslahat secara langsung. Sehubungan dengan metode ini, dalam ilmu Ushul Fiqh dikenal ada tiga macam maslahat, yakni *maslahat mu'tabar*, *maslahat mulghat* dan *maslahat mursalat*. Maslahat yang pertama adalah maslahat yang diungkapkan secara langsung baik dalam Al Quran maupun dalam Hadit. Maslahat yang kedua adalah yang bertentangan dengan ketentuan yang termaktub dalam kedua sumber hukum Islam tersebut. Di antara kedua maslahat tersebut, ada yang disebut *maslahat mursalat*, yakni maslahat yang tidak ditetapkan oleh kedua sumber tersebut dan tidak pula bertentangan dengan keduanya.<sup>103</sup>

Istilah yang sering digunakan dalam kaitan dengan metode ini adalah *istishlahi*. *Istishlah* adalah suatu cara penetapan hukum terhadap masalah-masalah yang tidak dijelaskan hukumnya oleh nash dan ijmak dengan mendasarkan pada pemeliharaan *al-mashlahat almursalat*.<sup>104</sup>

Mayoritas ahli Ushul Fiqh menerima metode *maslahat mursalat*. Untuk menggunakan metode tersebut mereka memberikan beberapa syarat. Imam Malik memberikan persyaratan, yaitu:<sup>105</sup>

- (a). *Mashlahat* tersebut bersifat reasonable (*ma'qul*) dan relevan (*munasib*) dengan kasus hukum yang ditetapkan.

---

<sup>103</sup>Dalam kajian ilmu Ushul Fiqh "*al-mashlahat al-mursalah*" adalah suatu kemaslahatan yang tidak ditetapkan oleh al-Syari" sebagai dasar penetapan hukum, tidak pula ada dalil syar"i yang menyatakan keberadaannya atau keharusan meninggalkannya. Abdul Wahab Khallaf, 1972, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Al-Majlis Al-A"la Al-Indonesi li Al-Da"wat Al-Islamiyyat, Jakarta, hlm. 84.

<sup>104</sup>Abdul Aziz Ibn Abdurrahman Ibn Ali Al-Rabi"ah, 1399 H. / 1979 M., *Adillat Al-Tasyri*" *Al-Mukhatalaf Fi Aal-Ihtijaj Biha*, Cet. 1, Mu"assasat al-Risalat, Tanpa tempat penerbit, hlm. 221.

<sup>105</sup>Dalam karangan Al-Syathibi, *Al-I'tisham*, yang disetting oleh Fathurrahman Djamil, *op.cit.*, hlm. 142



- (b). *Mashlahat* tersebut harus bertujuan memelihara sesuatu yang *daruri* dan menghilangkan kesulitan (*raf'u al-haraj*), dengan cara menghilangkan *masyaqqat* dan *madharrat*.
- (c). *Mashlahat* tersebut harus sesuai dengan maksud disyari'atkan hukum (*maqashid alsyari'ah*) dan tidak bertentangan dengan dalil syara' yang *qaht'i*.

Imam Al Ghazali menetapkan beberapa syarat agar *mashlahat* dapat dijadikan sebagai penemuan hukum, yaitu :<sup>106</sup>

- (a). Kemaslahatan itu masuk kategori peringkat *daruriyyat*. Artinya, bahwa untuk menetapkan suatu kemaslahatan, tingkat keperluannya harus diperhatikan, apakah akan sampai mengancam eksistensi lima unsur pokok masalah atau belum sampai pada batas tersebut.
- (b). Kemaslahatan itu bersifat *qath'i*, artinya yang dimaksud dengan *mashlahat* tersebut benar-benar telah diyakini sebagai masalah tidak didasarkan pada dugaan (*zhan*) semata-mata.
- (c). Kemaslahatan itu bersifat *kulli*, artinya bahwa kemaslahatan itu berlaku secara umum dan kolektif, tidak bersifat individual. Apabila masalah itu bersifat individual, maka syarat lain yang harus dipenuhi adalah bahwa masalah itu sesuai dengan *maqashid al syari'ah*.

Berdasarkan ungkapan tersebut di atas, maka dapat dipahami bahwa antara metode penemuan hukum *istislahi* sangat erat kaitannya dengan *maslahat*. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Imam Malik bahwa

---

<sup>106</sup> Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Mustashfa min 'Ilmi Al-Ushul*, Jilid II, Sayyyid Al-Husein, Kairo, hlm. 364-367.

masalah itu harus sesuai dengan tujuan disyariatkannya hukum dan diarahkan pada upaya menghilangkan segala bentuk kesulitan. Bentuk penemuan hukum berdasarkan istislahi suatu kemaslahatan yang tidak mempunyai dasar, tetapi juga tidak ada pembatalannya. Suatu kejadian jika tidak ada ketentuan syari'ah dan tidak ada 'illat yang keluar dari syara' yang menentukan kejelasan hukum kejadian tersebut, kemudian ditemukan sesuatu yang sesuai dengan hukum syara', yakni suatu ketentuan yang berdasarkan pemeliharaan kemandaratan atau untuk menyatakan suatu mamfaat, maka kejadian tersebut dinamakan *istislahi*.

Melihat proses penetapan hukum terhadap suatu masalah yang ditunjukkan oleh khusus. Dalam hal ini adalah penetapan suatu kasus bahwa hal itu diakui oleh salah satu bagian tujuan syara'. Proses seperti itu disebut *istislah* (menggali dan menetapkan suatu masalah).<sup>107</sup>

Para ulama berbeda dalam memandang metode ini, hakikatnya adalah satu, yaitu setiap mamfaat yang di dalamnya terdapat tujuan secara umum, tetapi tidak terdapat dalil yang secara khusus menerima atau menolaknya. Menurut Imam Al-Ghazali, bahwa istislahi adalah suatu metode *istidlal* (mencari dalil) dari nash syara' yang tidak merupakan dalil tambahan terhadap nash syara', tetapi ia tidak keluar dari nash syara'. Menurut pandangannya, ia merupakan hujjah *qathi'iyat* selama

---

<sup>107</sup> Rachmat Syafe'i, 1999, *Ilmu Ushul Fiqih*, Cet. 1, Bandung, Pustaka Setia, hlm. 117.

mengandung arti pemeliharaan maskud syara', walaupun dalam penetapannya *dhani*.<sup>108</sup>

Secara ringkas, dapat dikatakan bahwa metode penemuan hukum dengan istislahi itu difokuskan terhadap lapangan yang tidak terdapat dalam nash, baik dalam Al-Quran maupun As-Sunnah yang menjelaskan hukum-hukum yang ada penguatnya melalui suatu i'tibar. Juga difokuskan pada hal-hal yang tidak didapatkan adanya *ijma'* atau *qiyas* yang berhubungan dengan kejadian tersebut. Hukum yang ditetapkan dengan istislahi seperti pembukuan Al-Quran dalam satu mushaf yang dilakukan oleh Usman Ibn Affan, khalifah ketiga. Hal itu tidak dijelaskan oleh *nash* dan *ijmak*, melainkan didasarkan atas *mashlahat* yang sejalan dengan kehendak syara' untuk mencegah kemungkinan timbulnya perselisihan umat tentang Al-Quran.<sup>109</sup>

*Istishlahi* merupakan cara penemuan hukum yang berdiri sendiri, yang beramal dengan *al-mashlahat al-mursalat*, *ijmak*, *'urf* dan kaidah "*raf'u al-harj wa al-masyaqqat*".

Peraturan hukum yang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dilakukan dengan metode penemuan hukum dan Ijtihad. Sebab, dengan metode penemuan hukum ini, ketidaklengkapan atau ketidakjelasan

---

<sup>108</sup> Al-Ghazali, *op.cit.*, hlm. 310.

<sup>109</sup> Abdul Aziz Ibn Abdurrahman Ibn Ali al-Rabi'ah, *op.cit.*, hlm. 222.

peraturan hukum dapat diatasi.<sup>110</sup> Karena itu, penemuan hukum merupakan bagian penting dalam merealisasi atau menegakkan hukum.<sup>111</sup>

Realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama tentu harus melakukan penemuan hukum dan melakukan ijtihad. Penemuan hukum yang harus dilakukan adalah dengan cara penalaran *a contrario* dan harus dengan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan kasus dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Teori Kemaslahatan melalui *MaqashidusySyari'ah* dengan Metode *Ta'liliy*, Metode *Istihsan* dan Metode *Istishlahi*, penulis menggunakan untuk menganalisis permasalahan yang kedua dan permasalahan yang ketiga dalam Disertasi ini.

Untuk mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama dengan menggunakan Teori Keadilan, yaitu Teori Keadilan Distributif dan Teori Keadilan Prinsipel Difference adalah merupakan penemuan hukum dan berijtihad. Demikian pula melakukan penemuan hukum dengan menggunakan pendekatan kasus (*case approach*). Adapun ijtihad yang digunakan adalah Ijtihad *Tathbiqi*, yaitu upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus pembagian waris harta bersama.

---

<sup>110</sup> Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cetakan ke 6, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 58.

<sup>111</sup> *Ibid.*, hlm. 59.

## 2. *Middle Theory* (Teori Menengah): Teori Sistem Hukum

*Middle Theory* (Teori Menengah) yang digunakan oleh penulis adalah Teori Sistem Hukum dari Lawrence M. Friedman. Negara Indonesia adalah negara hukum. Negara hukum yang dimaksud adalah negara yang menegakkan supremasi hukum untuk menegakkan kebenaran dan keadilan. Secara umum, dalam setiap negara yang menganut paham negara hukum terdapat tiga prinsip dasar, yaitu supremasi hukum (*supremacy of law*), kesetaraan di hadapan hukum (*equality before the law*), dan penegakan hukum dengan cara yang tidak bertentangan dengan hukum (*due process of law*).<sup>112</sup>

Penjabaran selanjutnya, bahwa pada setiap negara hukum mempunyai ciri-ciri sebagai berikut:<sup>113</sup>

1. Jaminan perlindungan hak-hak asasi manusia;
2. Kekuasaan kehakiman atau peradilan yang merdeka;
3. Legalitas dalam arti hukum, yaitu bahwa baik pemerintah / Negara maupun warga Negara dalam bertindak harus berdasar atas melalui hukum.

Utrecht mengemukakan, bahwa hukum adalah himpunan petunjuk hidup (perintah-perintah dan larangan-larangan) yang mengatur tata tertib dalam suatu masyarakat dan seharusnya ditaati oleh anggota masyarakat

---

<sup>112</sup> Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Pasal 1 ayat 3.

<sup>113</sup> Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, 2008, *Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, hlm. 46.

yang bersangkutan.<sup>114</sup> Menurut J.C.T Simorangkir, hukum adalah peraturan-peraturan yang bersifat memaksa, yang menentukan tingkah laku manusia dalam lingkungan masyarakat yang dibuat oleh badan-badan resmi yang berwajib, pelanggaran terhadap peraturan tadi berakibatkan diambilnya tindakan, dengan hukuman tertentu.<sup>115</sup>

Hukum dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara memiliki kedudukan yang penting, Roeslan Saleh menyatakan, bahwa: “Cita hukum bangsa dan negara Indonesia adalah pokok-pokok pikiran yang terkandung dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, untuk membangun negara yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Cita hukum itulah Pancasila”.<sup>116</sup>

Negara Indonesia dalam mencapai cita hukumnya, sesuai pada Pasal 27 ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi, “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.” Dengan begitu, bahwa setiap sikap, kebijakan, dan perilaku alat negara dan penduduk (warga negara dan orang asing) harus berdasarkan dan sesuai dengan hukum.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup> Utrecht, 1966, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Tanpa penerbit, Jakarta, hlm. 13.

<sup>115</sup> J.B Daliyo, 2007, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenhallindo, Jakarta, hlm. 30.

<sup>116</sup> Roeslan Saleh, 1996, *Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional*, Karya Dunia Fikir, Jakarta, hlm. 15.

<sup>117</sup> Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *op.cit.*, hlm. 48.

Upaya mewujudkan kehidupan yang damai, aman dan tentram, diperlukan adanya aturan untuk mengatur kehidupan sosial masyarakat agar sesama manusia dapat berperilaku dengan baik dan rukun.

Menurut Lawrence M. Friedman menyatakan, bahwa berhasil atau tidaknya penegakan hukum bergantung pada: Substansi Hukum, Struktur Hukum/ Pranata Hukum dan Budaya Hukum.<sup>118</sup> Substansi Hukum adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan, atau aturan baru yang mereka susun. Substansi juga mencakup hukum yang hidup (*living law*), bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law books*).

Struktur Hukum/ Pranata Hukum disebut sebagai sistem struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Kewenangan lembaga penegak hukum dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan "*fiat justitia et pereat mundus*" (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagusnya suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik

---

<sup>118</sup><http://ashibly.blogspot.com/2011/07/teori-hukum.html>

maka keadilan hanya angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya.

Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum di antaranya adalah lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas, bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, peraturannya apabila buruk, sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Budaya/ Kultur Hukum menurut Lawrence M. Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum-kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya. Kultur hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan. Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Baik substansi hukum, struktur hukum maupun budaya hukum saling keterkaitan antara satu dengan yang lain dan tidak dapat dipisahkan.



Dalam pelaksanaannya diantara ketiganya harus tercipta hubungan yang saling mendukung agar tercipta pola hidup aman, tertib, tentram dan damai.

Kemudian Jimly Asshiddiqie dalam makalahnya mengatakan,<sup>119</sup> Penegakan hukum adalah proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalu lintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Ditinjau dari sudut subjeknya, penegakan hukum itu dapat dilakukan oleh subjek yang luas dan dapat pula diartikan sebagai upaya penegakan hukum oleh subjek dalam arti yang terbatas atau sempit. Proses penegakan hukum dalam arti luas adalah melibatkan semua subjek hukum dalam setiap hubungan hukum. Siapa saja yang menjalankan aturan normatif atau melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu dengan mendasarkan diri pada aturan hukum yang berlaku, berarti dia menjalankan atau menegakkan aturan hukum. Penegakan hukum dalam arti sempit, dari segi subjeknya itu, adalah hanya diartikan sebagai upaya aparaturnya penegakan hukum tertentu untuk menjamin dan memastikan, bahwa suatu aturan hukum berjalan sebagaimana seharusnya. Untuk memastikan tegaknya hukum itu, apabila diperlukan, aparaturnya penegakan hukum itu diperkenankan untuk menggunakan daya paksa.

---

<sup>119</sup>Jimly Asshiddiqie, *Makalah Penegakan Hukum*, diakses dari google.com pada 20 Maret 2024.

Pengertian penegakan hukum itu dapat pula ditinjau dari sudut objeknya, yaitu dari segi hukumnya. Dalam hal ini, pengertiannya juga mencakup makna yang luas dan sempit. Dalam arti luas, penegakan hukum itu mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya bunyi aturan formal maupun nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Tetapi, dalam arti sempit, penegakan hukum itu hanya menyangkut penegakan peraturan yang formal dan tertulis saja. Karena itu, penerjemahan perkataan '*law enforcement*' ke dalam bahasa Indonesia dalam menggunakan perkataan '*penegakan hukum*' dalam arti luas dan dapat pula digunakan istilah '*penegakan peraturan*' dalam arti sempit.

Pembedaan antara formalitas aturan hukum yang tertulis dengan cakupan nilai keadilan yang dikandungnya ini bahkan juga timbul dalam bahasa Inggris sendiri dengan dikembangkannya istilah '*the rule of law*' versus '*the rule of just law*' atau dalam istilah '*the rule of law and not of man*' versus istilah '*the rule by law*' yang berarti '*the rule of man by law*'. Dalam istilah '*the rule of law*' terkandung makna pemerintahan oleh hukum, tetapi bukan dalam artinya yang formal, melainkan mencakup pula nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya. Karena itu, digunakan istilah '*the rule of just law*'. Dalam istilah '*the rule of law and not of man*' dimaksudkan untuk menegaskan, bahwa pada hakikatnya pemerintahan suatu negara hukum modern itu dilakukan oleh hukum, bukan oleh orang. Istilah sebaliknya adalah '*the rule by law*' yang dimaksudkan sebagai

pemerintahan oleh orang yang menggunakan hukum sekedar sebagai alat kekuasaan belaka.

Dengan uraian di atas jelaslah kiranya, bahwa yang dimaksud dengan penegakan hukum itu kurang lebih merupakan upaya yang dilakukan untuk menjadikan hukum, baik dalam arti formil yang sempit maupun dalam arti materiel yang luas, sebagai pedoman perilaku dalam setiap perbuatan hukum, baik oleh para subjek hukum yang bersangkutan maupun oleh aparaturnya yang resmi diberi tugas dan kewenangan oleh undang-undang untuk menjamin berfungsinya norma-norma hukum yang berlaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Seperti disebut di muka, secara objektif, norma hukum yang hendak ditegakkan mencakup pengertian hukum formal dan hukum materiel.

Hukum formal hanya bersangkutan dengan peraturan perundang-undangan yang tertulis, sedangkan hukum materiel mencakup pula pengertian nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakat. Dalam bahasa yang tersendiri, kadang-kadang orang membedakan antara pengertian penegakan hukum dan penegakan keadilan. Penegakan hukum dapat dikaitkan dengan pengertian *'law enforcement'* dalam arti sempit, sedangkan penegakan hukum dalam arti luas, dalam arti hukum materiel, diistilahkan dengan penegakan keadilan.

Dalam bahasa Inggeris juga terkadang dibedakan antara konsepsi *'court of law'* dalam arti pengadilan hukum dan *'court of justice'* atau

pengadilan keadilan. Bahkan dengan semangat yang sama pula, Mahkamah Agung di Amerika Serikat disebut dengan istilah '*Supreme Court of Justice*'. Istilah-istilah itu dimaksudkan untuk menegaskan, bahwa hukum yang harus ditegakkan itu pada intinya bukanlah norma aturan itu sendiri, melainkan nilai-nilai keadilan yang terkandung di dalamnya.

Dalam perkara perdata dikatakan, bahwa hakim cukup menemukan kebenaran formil belaka. Namun demikian, hakikat tugas hakim itu sendiri memang seharusnya mencari dan menemukan kebenaran materiel untuk mewujudkan keadilan materiel. Pengertian tentang penegakan hukum sudah seharusnya berisi penegakan keadilan itu sendiri, sehingga istilah penegakan hukum dan penegakan keadilan merupakan dua sisi dari mata uang yang sama.

Setiap norma hukum sudah dengan sendirinya mengandung ketentuan tentang hak-hak dan kewajiban-kewajiban para subjek hukum dalam lalu lintas hukum. Norma-norma hukum yang bersifat dasar, tentulah berisi rumusan hak-hak dan kewajiban-kewajiban yang juga dasar dan mendasar. Aparatur penegak hukum mencakup pengertian mengenai institusi penegak hukum dan aparat (orangnya) penegak hukum. Dalam arti sempit, dalam perkara perdata, bahwa aparat penegak hukum yang terlibat dalam proses tegaknya hukum itu, dimulai dari saksi dan hakim.

Dalam proses bekerjanya aparat penegak hukum itu, terdapat tiga elemen penting yang mempengaruhi, yaitu: (a). institusi penegak hukum

beserta berbagai perangkat sarana dan prasarana pendukung dan mekanisme kerja kelembagaannya; (b). budaya kerja yang terkait dengan aparatnya, termasuk mengenai kesejahteraan aparatnya, dan (c). perangkat peraturan yang mendukung baik kinerja kelembagaannya maupun yang mengatur materi hukum yang dijadikan standar kerja, baik hukum materielnya maupun hukum acaranya.

Upaya penegakan hukum secara sistemik haruslah memperhatikan ketiga aspek itu secara simultan, sehingga proses penegakan hukum dan keadilan itu sendiri secara internal dapat diwujudkan secara nyata. Namun demikian, selain ketiga faktor di atas, keluhan berkenaan dengan kinerja penegakan hukum di negara kita selama ini, sebenarnya juga memerlukan analisis yang lebih menyeluruh lagi.

Upaya penegakan hukum hanya satu elemen saja dari keseluruhan persoalan kita sebagai Negara Hukum yang mencita-citakan upaya menegakkan dan mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Hukum tidak mungkin akan tegak, jika hukum itu sendiri tidak atau belum mencerminkan perasaan atau nilai-nilai keadilan yang hidup dalam masyarakatnya.

Hukum tidak mungkin menjamin keadilan jika materinya sebagian besar merupakan warisan masa lalu yang tidak sesuai lagi dengan tuntutan zaman. Artinya, persoalan yang kita hadapi bukan saja berkenaan dengan upaya penegakan hukum tetapi juga pembaruan hukum atau pembuatan hukum baru. Karena itu, ada 4 (empat) fungsi penting yang memerlukan

perhatian yang seksama, yaitu (1) pembuatan hukum (*'the legislation of law'* atau *'law and rule making'*), (2) sosialisasi, penyebarluasan dan bahkan pembudayaan hukum (*socialization and promulgation of law*, dan (3) penegakan hukum (*the enforcement of law*). Ketiganya membutuhkan dukungan (4) administrasi hukum (*the administration of law*) yang efektif dan efisien yang dijalankan oleh pemerintahan (eksekutif) yang bertanggungjawab (*accountable*). Karena itu, pengembangan administrasi hukum dan sistem hukum dapat disebut sebagai agenda penting yang keempat sebagai tambahan terhadap ketiga agenda tersebut di atas.

Dalam arti luas, *'the administration of law'* itu mencakup pengertian pelaksanaan hukum (*rules executing*) dan tata administrasi hukum itu sendiri dalam pengertian yang sempit. Misalnya dapat dipersoalkan sejauhmana sistem dokumentasi dan publikasi berbagai produk hukum yang ada selama ini telah dikembangkan dalam rangka pendokumentasian peraturan-peraturan (*regels*), keputusan-keputusan administrasi negara (*beschikkings*), ataupun penetapan dan putusan (*vonis*) hakim di seluruh jajaran dan lapisan pemerintahan dari pusat sampai ke daerah-daerah. Sistem administrasinya jika tidak jelas, bagaimana mungkin akses masyarakat luas terhadap aneka bentuk produk hukum tersebut dapat terbuka? Akses jika tidak ada, bagaimana mungkin mengharapkan masyarakat dapat taat pada aturan yang tidak diketahuinya?

Meskipun ada teori *'fiktie'* yang diakui sebagai doktrin hukum yang bersifat universal, hukum juga perlu difungsikan sebagai sarana

pendidikan dan pembaruan masyarakat (*social reform*), dan karena itu ketidaktahuan masyarakat akan hukum tidak boleh dibiarkan tanpa usaha sosialisasi dan pembudayaan hukum secara sistematis dan bersengaja.<sup>120</sup>

Penegakan hukum yang bertanggungjawab (*akuntabel*) dapat diartikan sebagai suatu upaya pelaksanaan penegakan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan kepada publik, bangsa dan negara yang berkaitan terhadap adanya kepastian hukum dalam sistem hukum yang berlaku, juga berkaitan dengan kemanfaatan hukum dan keadilan bagi masyarakat.

Proses penegakan hukum memang tidak dapat dipisahkan dengan sistem hukum itu sendiri, sedangkan sistem hukum dapat diartikan merupakan bagian-bagian proses / tahapan yang saling bergantung yang harus dijalankan serta dipatuhi oleh Penegak Hukum dan Masyarakat yang menuju pada tegaknya kepastian hukum, tetapi langkah-langkah untuk membangun sistem penegakan hukum yang akuntabel tentu tidak dapat berjalan mulus tanpa ada dukungan penuh dari Pemerintahan yang bersih (*clean government*), karena penegakan hukum (*law enforcement*) adalah bagian dari sistem hukum pemerintahan.

Pemerintahan negara (*l'apuisance de executrice*) harus menjamin kemandirian institusi penegak hukum. Karena sesungguhnya terjaminnya institusi penegakan hukum merupakan platform dari politik hukum pemerintah yang berupaya mengkondisi tata-prilaku masyarakat Indonesia yang sadar dan patuh pada hukum dalam kehidupan berbangsa dan

---

<sup>120</sup> *Ibid.*

bernegara. Penegakan hukum yang akuntabel merupakan dasar dan bukti, bahwa Indonesia benar-benar sebagai Negara Hukum (*rechtsstaat*). Di samping itu rakyat harus diberitahu kriteria/ ukuran yang dijadikan dasar untuk menilai suatu penegakan hukum yang dapat dipertanggungjawabkan kepada publik guna menciptakan budaya kontrol dari masyarakatnya itu. Penegakan hukum yang baik di Indonesia hanya ada di Republik Mimpai.

Menurut pendapat Bagir Manan,<sup>121</sup> bahwa “kita percaya pada pedang keadilan hakim, karena itu hakim perlu selalu berwawasan luas dalam menerapkan hukum. Hakim bukan “mulut” undang-undang. Hakim adalah pemberi keadilan. Apabila ada pertentangan antara keadilan dan hukum, hakim wajib memihak keadilan dan mengesampingkan hukum”.

Demikian pula Pendapat Bismar Siregar yang disampaikan oleh Sidik Sunaryo,<sup>122</sup> bahwa “bila untuk menegakkan keadilan, saya harus korbankan kepastian hukumnya, maka akan saya korbankan hukum itu. Menurut saya, hukum hanya sarana, sedangkan tujuannya adalah keadilan. Mengapa tujuan dikorbankan karena sarana ?”.

Menurut Satjipto Rahardjo,<sup>123</sup> bahwa “paradigma penegakan hukum semestinya lebih mengutamakan sisi kemanusiaan (keadilan) dibandingkan penerapan pasal peraturan (kepastian hukum). Penegak hukum tidak cukup hanya mengetahui kata dalam peraturan, tetapi harus

---

<sup>121</sup> Baqir Manan, 2000, *Peran Hakim Dalam Dekolonisasi Hukum, Dalam Wajah Hukum Di Era Reformasi*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 264.

<sup>122</sup> Bismar Siregar, dalam Sidik Sunaryo, 2004, dalam *Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana*, Penerbit Universitas Muhammadiyah Malang, Malang, hlm. 27.

<sup>123</sup> Satjipto Rahardjo, *Diskusi Panel Memperingati Dies Natalis Ke-49 Fakultas Hukum UNDIP*, tanggal 17 Januari 2006 Kompas, 20 Januari 2006, hlm. huruf h.



mencari makna di balik kata itu.” Sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat An-Nisa’ Ayat 58 :

وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ

Artinya : “Dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum di antara manusia, supaya kamu menetapkan dengan adil” (Q.S. An-Nisaa’ : 58).<sup>124</sup>

Dan firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat An-Nisa’ Ayat 135 :

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ  
أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ

Artinya : “Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah, biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapa dan kaum kerabatmu”(Q.S. An-Nisaa’ : 135).<sup>125</sup>

Praktek penegakan hukum jangan sampai mencederai keadilan. Agar pembagian waris harta bersama dapat mewujudkan keadilan, maka penulis menggunakan Teori Sistem Hukum Friedman adalah berhasil atau tidaknya dalam penegakan hukum bergantung pada Substansi Hukum, Struktur Hukum/Pranata Hukum dan Budaya Hukum.

### 3. *Application Theory* (Teori Aplikasi): Teori Hukum Progresif

*Application Theory* (Teori Terapan atau Teori Aplikasi) yang digunakan oleh penulis adalah Teori Hukum Progresif. Teori Hukum Progresif adalah teori hukum yang mengutamakan keadilan dan berpihak kepada keadilan karena keadilan itu adalah tujuan hukum meskipun harus

<sup>124</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 69.

<sup>125</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 79.

mengesampingkan peraturan perundang-undangan dan hukum atau penegakan hukum yang lebih mengutamakan sisi keadilan dibandingkan penerapan pasal peraturan perundang-undangan hanya untuk kepastian hukum dan dalam penegak hukum tidak cukup hanya mengetahui kata dalam peraturan, tetapi harus mencari makna di balik kata itu.

Dengan filosofis tersebut di atas, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Pemikiran filosofis tersebut sebetulnya sudah dilakukan sejak zaman Khalifah Umar bin Khattab (634 s/d 644 M).

Di masa kekhalifahannya, ‘Umar terkenal dalam menyumbangkan pemikiran yang cemerlang dalam perkembangan hukum Islam. Pemikiran-pemikiran ‘Umar tertuang dalam ijtihadnya.<sup>126</sup> Hukum Progresif sendiri adalah hukum yang mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.<sup>127</sup>

Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut “ideologi” : Hukum yang pro-keadilan dan Hukum yang Pro-rakyat.

---

<sup>126</sup> Secara sederhana ijtihad berarti mengerahkan kemampuan secara menyeluruh untuk menetapkan hukum-hukum syari`at. Lihat: A. Hanafi, *Ushul Fiqh*, Wijaya, Jakarta, 1962, hlm. 151.

<sup>127</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, 2007, hlm. ix.

Tujuan hukum adalah untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Demikian juga hukum Islam disyari'atkan 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.<sup>128</sup> *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 menghindari kedadharatan (bahaya).<sup>129</sup>

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

---

<sup>128</sup> Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *op.cit.*, hlm. 634.

<sup>129</sup> Redaksinya adalah "*am ma mashlahatu fi 'ibaratin fil ashli '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, hlm 286.

melahirkan *masalah* juga disebut dengan *masalah*. Dalam hal ini, pemakaian kata *al-maslahah* dalam perbuatan tersebut bersifat *majaz*.<sup>130</sup>

Secara terminologi, para ulama mendefinisikan *al-maslahah* sebagai berikut, bahwa: Menurut Imam Al-Ghazali,<sup>131</sup> 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 mengabaikan tujuan ini merupakan *mafsadah*”. Adapun menolak yang mengabaikannya itu justru merupakan *al-*

---

<sup>130</sup> Muhammad Mustafa Syalabi, 1981, *Ta'li' al-Ahkam*, Dar Al-Nahdah Al-Arabiyyah, Beirut, hlm. 278.

<sup>131</sup> Imam Al-Ghazali, *op.cit.*, Juz I, hlm. 286.

*masalahah*.<sup>132</sup> Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filsafat hukum Islam adalah konsep *maqasidut tasyri'* atau *maqasidusy syariah* yang menegaskan, bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

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."<sup>133</sup> Teori masalahah di sini menurut Masdar F. Mas'udi sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum.<sup>134</sup> Seorang pemikir Islam yang bernama Imam Asy-Syatiby banyak menjelaskan tentang teori *al-mashlahah* (kemaslahatan) dalam karyanya *Al-muwafaqat* melalui 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.

Studi hubungan antara konfigurasi politik dan karakter produk hukum menghasilkan tesis bahwa setiap produk hukum merupakan pencerminan dari konfigurasi politik yang melahirkannya. Artinya setiap

---

<sup>132</sup> Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Pustaka Setia, Bandung, hlm. 155.

<sup>133</sup> Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, 1977, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, Mu'assasah ar-Risalah, Beirut, hlm.12.

<sup>134</sup> Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah" *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an* No.3, Vol. VI Th. 1995. hlm. 97.

muatan produk hukum akan sangat ditentukan oleh visi kelompok dominan (Penguasa). Oleh karena itu, setiap upaya melahirkan hukum-hukum yang berkarakter responsive/populistik harus dimulai dari upaya demokratisasi dalam kehidupan politik.<sup>135</sup>

Munculnya pemikiran hukum progresif dari **Satjipto Raharjo**, merupakan refleksi keprihatinan terhadap keadaan hukum di Indonesia. Kemandekan yang tidak mampu menjalankan fungsinya mewujudkan keadilan, merupakan kenyataan yang tidak terbantahkan (*undebatable*) baik oleh kalangan rakyat maupun para pengamat melalui kontemplasi dan analisisnya.<sup>136</sup> Kehadiran hukum progresif bukanlah sesuatu yang kebetulan, bukan sesuatu yang lahir tanpa sebab, dan juga bukan sesuatu yang jatuh dari langit. 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 empirik tentang bekerjanya hukum dimasyarakat, berupa ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegakan hukum dalam *setting* Indonesia akhir abad ke-20.

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif

---

<sup>135</sup> *Op. Cit.*, Mahfud MD, h. 368

<sup>136</sup> M. Ali Mansyur, Pancasila sebagai Dasar Pengembangan Ilmu Hukum Indonesia dalam buku Menggagas Hukum Progresif Indonesia, Pustaka Pelajar, IAIN Walisongo dan PDIH Universitas Diponegoro, Semarang, 2006, h, 280.

menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, 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 dogmatik, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantive.

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 sebagai berikut :

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat 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. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*).<sup>137</sup>

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara berhukum kita, yang tidak akan sekedar

---

<sup>137</sup>*Ibid*, h. 72

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 tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>138</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 di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian 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

---

<sup>138</sup> Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Antony Lib bekerjasama LSHP, Yogyakarta, 2009, h. 31



ketimbang keadilan prosedural, hal ini semata-mata agar dapat menampilkan hukum menjadi solusi bagi problem-problem kemanusiaan.

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

Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.<sup>139</sup> Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan diatas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik ke aras kemanusiaan secara utuh (*holistik*), yaitu manusia sebagai pribadi (individu) dan makhluk sosial. Dalam

---

<sup>139</sup>*Ibid*, h.74

konteks demikian, maka setiap manusia mempunyai tanggung jawab individu dan tanggung jawab sosial untuk memberikan keadilan kepada siapapun.

Hukum progresif menempatkan diri sebagai kekuatan “pembebasan” yaitu membebaskan diri dari tipe, cara berpikir, asas dan teori hukum yang legalistik-positivistik. Dengan ciri ini “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 tetap 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 begitu, 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, sejak hukum modern semakin bertumpu pada dimensi bentuk yang menjadikannya formal dan prosedural, maka sejak itu pula muncul perbedaan antara keadilan formal

atau keadilan menurut hukum disatu pihak dan keadilan sejati atau keadilan substansial di pihak lain. Dengan adanya dua macam dimensi keadilan tersebut, maka kita dapat melihat bahwa dalam praktiknya hukum itu ternyata dapat digunakan untuk menyimpangi keadilan substansial. Penggunaan hukum yang demikian itu tidak berarti melakukan pelanggaran hukum, melainkan semata-mata menunjukkan bahwa hukum itu dapat digunakan untuk tujuan lain selain mencapai keadilan. Menurut Satjipto Rahardjo, progresivisme 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 drama 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 didudukkan sebagai satu-satunya terdakwa atas rusaknya wibawa hukum di Indonesia.<sup>140</sup>

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. Praktis-praktis hukum yang diterapkan dinegara kita, hingga kini belum mampu memberi garansi untuk mencapai harkat kemanusiaan yang

---

<sup>140</sup>Diakses dari [http://cahwatuaji.blogspot.com/keterpurukan\\_hukum\\_di\\_Indonesia](http://cahwatuaji.blogspot.com/keterpurukan_hukum_di_Indonesia) pada tanggal 26 Mei 2024.

berkeyakinan, kebenaran materiil dan keadilan substansial. Kepedulian terhadap hukum yang menjanjikan kebenaran, kemanusiaan dan keadilan menurut Satjipto Raharjo, baru dapat dicapai jika kita mau keluar dari tawan-tawanan undang-undang yang serba formal procedural. Manakala menginginkan dan mempercayai hukum beserta praktiknya masih dapat dijadikan media pencerah bangsa, maka harus berani mencari agenda alternative yang sifatnya progresif.

Berfikir secara progresif, menurut Satjipto Raharjo 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), barang tentu 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

bolehlah dimarjinalkan untuk mendukung eksistensialitas kemanusiaan, kebenaran dan keadilan.<sup>141</sup>

Agenda utama paradigma hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan tentang hukum. Penerimaan faktor manusia di pusat pembicaraan hukum tersebut membawa kita untuk mempedulikan faktor perilaku (behavior, experience) manusia. Dalam bahasa Oliver W. Holmes, logika peraturan disempurnakan dengan logika pengalaman. Jika 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 dengan sendirinya 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, oleh karena hukum terus menerus berada pada status membangun diri, dengan demikian terjadinya perubahan social dengan

---

<sup>141</sup> Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia, Menggagas Hukum Progresif Indonesia*, Pustaka Pelajar, Semarang. 2006. h. 9

didukung oleh *social engineering by law* yang terencana akan mewujudkan apa yang menjadi tujuan hukum progresif yaitu kesejahteraan dan kebahagiaan manusia. Untuk itu, perlu mendapatkan kehidupan hukum yang berada. Dalam hal ini, menurut Muladi, dibutuhkan predisposisi sebagai berikut:

1. Menegakkan *Rule of Law*.

Untuk menegakkan *Rule of Law*, ada 4 (empat) hal yang harus dipenuhi 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. *Democracy*,

Prinsip-prinsip dasar demokrasi yaitu ;*constitutional, chek and balance, freedom of media, judicial independence of precident, kontrol 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 tehnologi 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.

Sebuah artikel yang diakses dari [www.antikorupsi.org](http://www.antikorupsi.org) yang berjudul *Rekonstruksi Birokrasi Kejaksaan dengan Pendekatan Hukum Progresif Studi Penyelidikan, Penyidikan dan Penuntutan Tindak Pidana Korupsi* menunjukkan kebersinggungan hukum progresif dengan beberapa teori. **Pertama**, teori hukum responsif dengan tokohnya Nonet & Selznick yang menginginkan agar hukum peka terhadap setiap perkembangan masyarakat. Salah satu ciri yang menonjol dari teori hukum responsif ini ialah menawarkan lebih dari sekadar *procedural justice*, namun 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*. **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. **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. **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>142</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 (meminjam prinsip Falsifiable Karl Popper) sebelum ditemukan teori lain yang dipandang lebih *sophiticated*. **Sidharta** menyatakan bahwa didalam hukum progresif terdapat unsur-unsur : aliran hukum alam, mazhab sejarah, sociological jurisprudence, realisme hukum,

---

<sup>142</sup> Unger, Roberto M., *Gerakan Studi Hukum Kritis*, Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, Jakarta. 1999. h.25



critical legal studies dan hukum responsif.<sup>143</sup> 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 di mana 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

---

<sup>143</sup> Janedjri M Gaffar, *Memahami Hukum Progresif*, sebagaimana diakses dari <http://nasional.sindonews.com/read/2013/02/14/18/717543/memahami-hukum-progresif>, pada tanggal 26 Mei 2024.

Moechtar Kusumaatmadja. Adapun sebab-sebab kegagalan umum dalam hukum Indonesia adalah:

- 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, 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.<sup>144</sup>

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

---

<sup>144</sup> Benny Simon Tabalujan, *Legal Development In Developing Countries – The Role Of Legal Culture*, NBS Business Law Working Paper: Draft March 2001, Nanyang Technological UniversitySingapore. h. 10.

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. Antara hukum progresif dengan realisme hukum memiliki kesamaan dalam melihat hukum yang tidak hanya menggunakan kacamata 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 di balik aturan hukum. Keduanya berpendapat bahwa di dalam masyarakat sesungguhnya tidak terdapat kesamaan, karena itu diperlukan adanya diskriminasi positif (*affirmative action*). **Stanley L Paulson** mengklasifikasikan berbagai aliran hukum berdasarkan pada dua kategori, yaitu hubungan antara hukum dengan moral dan hubungan antara hukum dengan kenyataan.<sup>145</sup> Berdasarkan kedua kategori tersebut dapat dibedakan tiga kelompok besar aliran hukum. **Pertama**, pemikiran hukum yang menyatakan hukum dan moral tidak dapat dipisahkan, tetapi

---

<sup>145</sup>*Ibid.*h.11

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 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. Karena itu, hukum progresif merupakan hal baru dalam klasifikasi **Stanley L Paulson**. Jika pada awalnya hanya ada pemikiran hukum yang dilihat secara terpisah dengan ajaran moral atau terpisah dengan kenyataan atau terpisah dengan keduanya, maka hukum progresif mengenalkan pemikiran hukum yang justru tidak terpisah dengan keduanya.

Negara Indonesia sebagai negara yang sedang berkembang tentunya sangat membutuhkan pembinaan dan pengembangan Sistem Hukum Nasional dalam rangka mendorong dan mendukung pembangunan di segala bidang. Meminjam istilah Roscoe Pound bahwa “*as tool as social engineering*”,<sup>146</sup> maka sesungguhnya pembinaan dan pengembangan hukum nasional sudah semestinya dapat memberikan arah dan jalan bagi

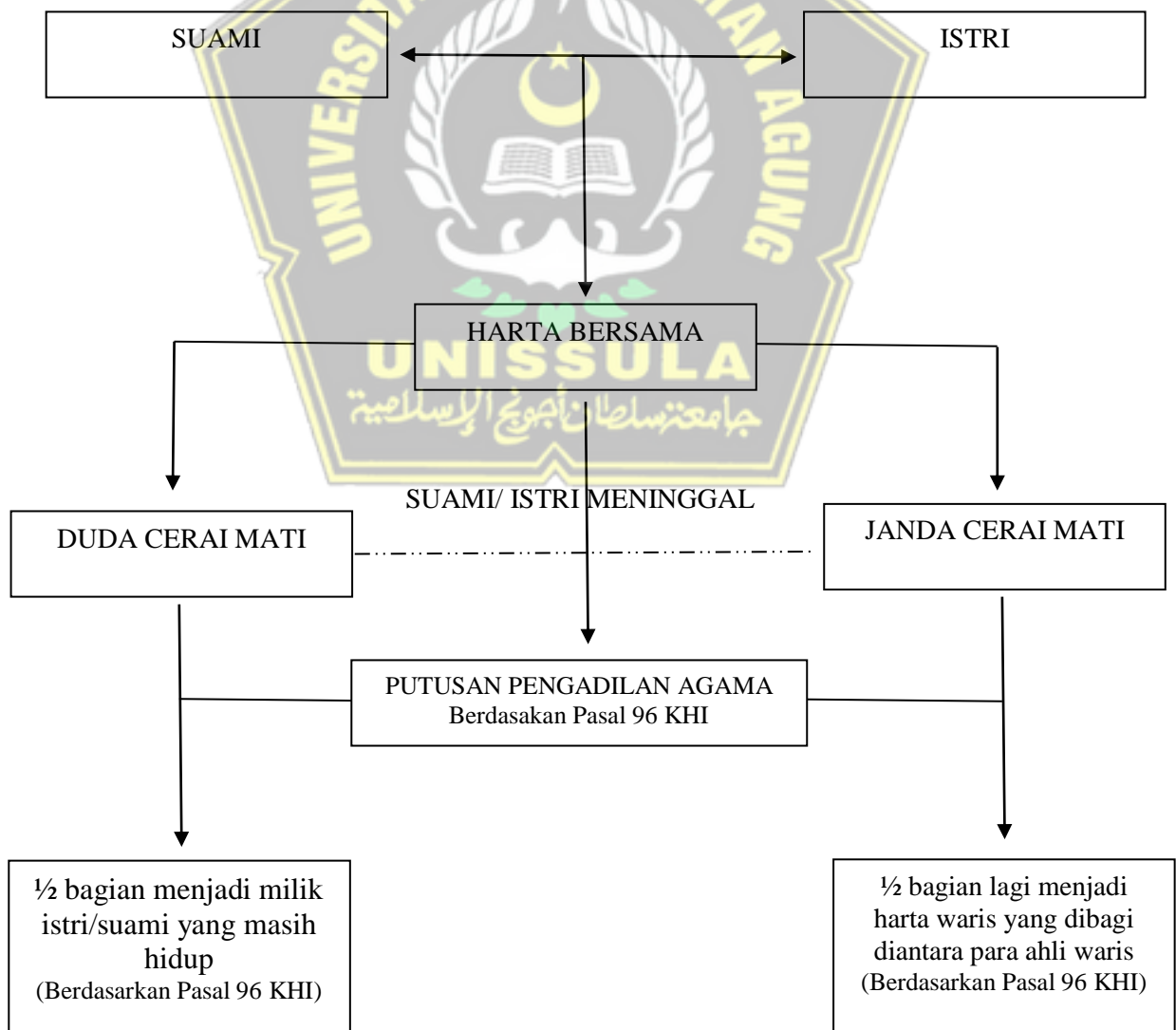
---

<sup>146</sup> Oksep Adhayanto, Perkembangan Sistem Hukum Nasional, *Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 4, Nomor 2, Februari-Juli 2014. hlm. 4.

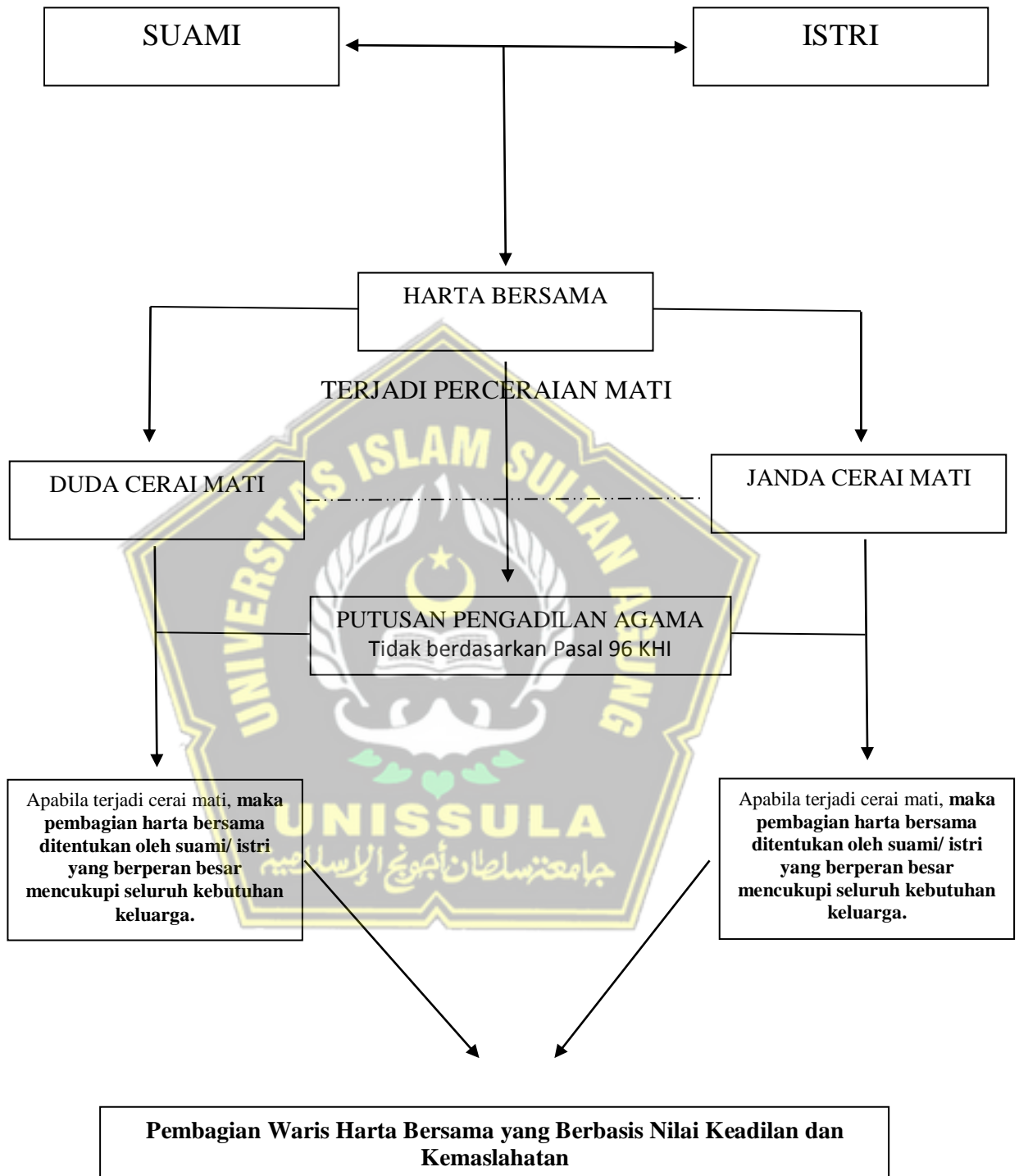
hukum, masyarakat dan negara untuk saling terkait satu dengan yang lainnya. Tentunya hal itu dapat terwujud jika semangat dalam pembinaan dan pengembangan hukum nasional itu dilandasi dengan semangat dan nilai-nilai yang dianut dalam masyarakat dengan tidak mengenyampingkan juga nilai-nilai yang berkembang lainnya yang sesuai dengan kultur masyarakat Indonesia.

#### F. Kerangka Pemikiran.

Kerangka pemikiran disertasi ini, penulis akan menjelaskan melalui skema konstruksi hukum saat ini sebagai berikut:



## SKEMA II



## G. Metode Penelitian

Menurut Undang-Undang No. 8 Tahun 2002 Tentang Sistem Nasional Penelitian, Pengembangan dan Penerapan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi, Pasal 1 butir 4, bahwa penelitian adalah “Kegiatan yang dilakukan menurut kaidah dan metode ilmiah secara sistematis untuk memperoleh informasi, data dan keterangan yang berkaitan dengan pemahaman dan pembuktian kebenaran atau ketidakbenaran suatu asumsi dan/atau hipotesis di bidang ilmu pengetahuan dan teknologi serta menarik kesimpulan ilmiah bagi keperluan kemajuan ilmu pengetahuan dan teknologi.”

Penelitian sesungguhnya sebagian kecil yang terdiri atas teknik dan sebagian besar merupakan penalaran. Melalui penelitian semakin jernih jalan pemecahan yang dapat ditempuh. Penelitian merupakan kegiatan ilmiah yang berupaya untuk memperoleh pemecahan suatu masalah. Oleh karena itu, penelitian sebagai sarana dalam pengembangan ilmu pengetahuan adalah bertujuan untuk mengungkapkan kebenaran secara sistematis, analisis, dan konstruktif terhadap data yang telah dikumpulkan dan diolah.<sup>147</sup>

Metode penelitian dapat diartikan sebagai suatu sarana yang penting guna menemukan, mengembangkan serta menguji kebenaran suatu pengetahuan. Oleh karena itu sebelum melakukan penelitian, penulis terlebih dahulu menentukan metode yang akan penulis pergunakan.

---

<sup>147</sup> Ronny Hannitijo Soemitro, 1998, *Metode Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Cet. 1, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 44.

Metode atau metodologi merupakan unsur yang mutlak harus ada di dalam penelitian dan pengembangan ilmu pengetahuan.<sup>148</sup> Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.<sup>149</sup>

Hal-hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan metode penelitian ini adalah adanya kesesuaian antara masalah dengan metode yang akan dipergunakan dalam penelitian untuk hal yang akan diteliti. Oleh karena itu, dalam metode penelitian ini, penulis akan menjelaskannya sebagai berikut :

### **1. Paradigma Penelitian.**

Sebagaimana telah diuraikan dalam perumusan masalah dan tujuan penelitian tersebut di atas, maka paradigma yang penulis gunakan pada penelitian ini adalah paradigma kritik atau paradigma kritis (*critical theory*). Yaitu penulis mengkritisi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang tidak lengkap. Karena dalam Pasal tersebut tidak bisa menjawab permasalahan atau kasus tentang pembagian waris harta bersama. Sehingga ketentuan dalam pasal tersebut tidak dapat mencerminkan rasa keadilan jika diterapkan terhadap kasus pembagian waris harta bersama.

Setelah penulis mengkritisi pasal tersebut, kemudian penulis merekonstruksi hukum baru dengan cara melakukan penemuan hukum dan

---

<sup>148</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI- Press, Jakarta, hlm.7.

<sup>149</sup> Peter Mahmud Marzuki, 2006, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-2, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 35.



ijtihad untuk dapat menemukan hukum baru mengenai pembagian waris harta bersama.

Setelah penulis menemukan hukum baru dengan gagasan pemikiran baru mengenai pembagian waris harta bersama tersebut, lalu penulis merekonstruksinya sehingga menjadi hukum pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

## 2. Metode Pendekatan.

Berdasarkan perumusan masalah dan tujuan penelitian sebagaimana tersebut di atas, maka metode penelitian yang penulis pergunakan adalah metode penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis) serta metode penelitian hukum komparatif, dengan membandingkan pembagian harta bersama akibat perceraian di negara-negara yang berdasarkan sistem hukum Islam seperti Negara Saudi Arabia, Negara Mesir dan Negara Yaman.

1). Metode penelitian hukum normatif (yuridis normatif)<sup>150</sup> adalah metode penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti bahan pustaka atau

---

<sup>150</sup> Tidak terdapat keseragaman diantara para ahli hukum mengenai istilah penelitian hukum normatif, Soerjono Soekanto & Sri Mamudji menyebutnya dengan istilah metode penelitian hukum normatif atau metode penelitian hukum kepustakaan (Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, 2001, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Rajawali, Jakarta, hlm. 13-14). Soetandyo Wignjosoebroto menyebutnya dengan istilah metode penelitian hukum doktrinal (Soetandyo Wignjosoebroto, 2002, *Hukum, Paradigma Metode dan Dinamika Masalahnya*, Editor : Ifdhal Kasism et.al., Elsam dan Huma, Jakarta, hlm. 147). Sunaryati Hartono menyebutnya dengan istilah metode penelitian hukum normatif (C.F.G. Sunaryati Hartono, 1994, *Penelitian Hukum Di Indonesia Pada Akhir Abad Ke- 20*, Alumni, Bandung, hlm. 139). Dan Ronny Hanitijo Soemitro, menyebutnya dengan istilah metode penelitian hukum yang normatif atau metode penelitian hukum yang doktrinal (Ronny Hanitijo Soemitro, 1994, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Cetakan Kelima, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 10).

data sekunder<sup>151</sup> yang berhubungan dengan judul penelitian. Penelitian ini dilakukan untuk mengidentifikasi aturan-aturan yang digunakan untuk menentukan pembagian harta bersama akibat perceraian. Metode berpikir yang digunakan adalah metode berpikir deduktif, yaitu cara berpikir dalam penarikan kesimpulan yang ditarik dari sesuatu yang sifatnya umum yang sudah dibuktikan, bahwa dia benar dan kesimpulan itu ditujukan untuk sesuatu yang sifatnya khusus.<sup>152</sup>

Kaitan dengan penelitian normatif ini, penulis menggunakan :

- a. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu suatu pendekatan yang penulis lakukan terhadap pasal atau aturan hukum yang berkaitan dengan pembagian harta bersama akibat perceraian yakni Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam.
- b. Pendekatan kasus (*case approach*). Dalam pendekatan kasus ini, penulis melakukan telaah terhadap putusan Peradilan Agama mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian yang telah berkekuatan hukum tetap. Yakni penulis mengkaji, menelaah dan memahami *ratio decidendi* atau *reasoning*, yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai kepada suatu putusan atau alasan-alasan hukum yang digunakan oleh hakim untuk sampai kepada putusannya. Karena *ratio decidendi* atau *reasoning* merupakan

---

<sup>151</sup> Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, 2001, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)*, Rajawali Press, Jakarta, hlm. 13-14.

<sup>152</sup> Sedarmayanti & Syarifuddin Hidayat, 2002, *Metodologi Penelitian*, CV. Mandar Maju, Bandung, hlm. 23.

referensi bagi penyusunan argumentasi dalam pemecahan isu hukum.<sup>153</sup>

- 2). Metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis) adalah metode penelitian hukum empiris, yaitu penelitian yang mengacu pada observasi, wawancara dan pengambilan contoh nyata (*sample*) sebagai data empiris.<sup>154</sup> Penelitian ini merupakan pendekatan *yuridis-empiris*. Pendekatan *yuridis*, digunakan untuk menganalisis berbagai peraturan perundang-undangan terkait dengan pelaksanaan pembagian harta perkawinan setelah berlakunya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Pendekatan *empiris*, digunakan untuk menganalisis hukum yang dilihat sebagai perilaku masyarakat yang berpola dalam kehidupan masyarakat yang selalu berinteraksi dan berhubungan dalam aspek kemasyarakatan.<sup>155</sup> Metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis) adalah untuk memperoleh keterangan dan penjelasan tentang hal-hal yang berkenaan dengan berbagai faktor yang berkaitan dengan permasalahan pembagian harta bersama akibat perceraian. Metode berpikir yang digunakan adalah metode berpikir induktif.

---

<sup>153</sup>Peter Mahmud Marzuki, *op.cit.*, hlm. 94 dan 119. Dan pendekatan kasus (*case approach*) tidak sama dengan studi kasus (*case study*). Di dalam pendekatan kasus (*case approach*), beberapa kasus atau beberapa putusan ditelaah untuk referensi bagi suatu isu hukum. Sedangkan studi kasus (*case study*) adalah suatu studi terhadap suatu kasus tertentu dari berbagai aspek hukum.

<sup>154</sup> Ronny Hannitijo Soemitro, *op. cit.*, hlm. 98.

<sup>155</sup> Bambang Sunggono, 2003, *Metodologi Penelitian Hukum*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 43.

3). Metode penelitian hukum komparatif adalah metode penelitian hukum yang bersifat membandingkan. Penelitian ini dilakukan untuk membandingkan persamaan dan perbedaan dua atau lebih fakta-fakta dan sifat-sifat objek yang diteliti berdasarkan kerangka pemikiran tertentu. Pada penelitian ini variabelnya masih mandiri, tetapi untuk sampel yang lebih dari satu atau dalam waktu yang berbeda. Penelitian komparatif ini adalah digunakan untuk membandingkan antara fakta hukum pembagian harta bersama akibat perceraian yang terjadi di Indonesia dengan fakta hukum yang terjadi di Saudi Arabia, Mesir dan Yaman.

Tujuan dari penelitian hukum komparatif ini adalah untuk membandingkan kesamaan pandangan dan perbedaan pandangan tentang pembagian harta bersama akibat perceraian berdasarkan kerangka pemikiran tertentu, dan untuk membuat generalisasi tingkat perbandingan berdasarkan cara pandang atau kerangka berpikir tertentu, dan untuk dapat menentukan mana yang lebih baik atau mana yang sebaiknya dipilih mengenai hukum keluarga, yaitu tentang pembagian harta bersama akibat perceraian di Indonesia, Saudi Arabia, Mesir dan Yaman.

Menggunakan metode penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis), maka ketiga permasalahan sebagaimana dalam perumusan masalah tersebut di atas dapat teridentifikasi dan teranalisis dengan

benar dan jelas. Yaitu permasalahan pertama sebagaimana dalam perumusan masalah, penulis menggunakan metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis); dan permasalahan kedua, penulis menggunakan metode penelitian hukum normatif (yuridis normatif) dan metode penelitian hukum sosiologis (yuridis sosiologis); selanjutnya permasalahan ketiga, penulis menggunakan metode penelitian hukum normatif (yuridis normatif). Menggunakan metode penelitian hukum komparatif, maka menjadi jelas perbandingan antara hukum keluarga mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian yang terjadi di Indonesia, Saudi Arabia, Mesir dan Yaman.

### **3. Lokasi Penelitian**

Menetapkan lokasi penelitian merupakan hal yang cukup penting untuk mempersempit ruang lingkup serta mempertajam permasalahan yang ingin dikaji. Lokasi penelitian yang dipilih oleh penulis adalah di Pengadilan Agama, khususnya di Pengadilan Agama Kendal dengan pertimbangan, bahwa Pengadilan Agama Kendal adalah Pengadilan Agama yang telah pernah memeriksa, mengadili dan memutus kasus (perkara) perselisihan tentang pembagian waris harta bersama.

### **4. Spesifikasi Penelitian.**

Spesifikasi penelitian dalam studi ini adalah penelitian deskriptif analitis.<sup>156</sup> Penelitian deskriptif adalah suatu penelitian yang bersifat

---

<sup>156</sup>Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, “analitis” (analisis) artinya adalah bersifat analisis. Sedangkan arti analisis di antaranya adalah “proses pemecahan masalah yang dimulai dengan dugaan akan kebenarannya”. Lihat Sulchan Yashin (Ed.), 1997 *Kamus Lengkap Bahasa*

pemaparan dalam rangka menggambarkan selengkap mungkin tentang suatu keadaan yang berlaku di tempat tertentu, atau suatu gejala yang ada, atau juga peristiwa tertentu yang terjadi dalam masyarakat dalam konteks penelitian.<sup>157</sup> Tujuan dari penelitian deskriptif adalah untuk mempertegas hipotesis-hipotesis yang pada akhirnya dapat membantu dalam pembentukan teori baru atau memperkuat teori lama.<sup>158</sup>

Adanya pengujian terhadap hipotesis yang pada tahap selanjutnya dikaitkan dengan teori, baik dalam kerangka memperkuat, menolak, bahkan juga dalam rangka mengharmonisasikan teori-teori maupun konsep-konsep yang ada, dan mungkin juga dalam upayanya untuk membentuk teori baru inilah yang menjadikan penelitian deskriptif tidak berhenti pada pendeskripsian keadaan/ gejala/ fenomena/ peristiwa saja, tetapi juga bersifat analitis. Secara spesifik penelitian deskriptif semacam ini disebut sebagai penelitian deskriptif analitis.

Terkait dengan tema penelitian, maka penelitian ini adalah berupaya untuk mendeskripsikan dan menganalisis tentang:

- 1) Faktor-faktor yang berpengaruh terhadap putusan Pengadilan Agama yang tidak mewujudkan keadilan;

---

Indonesia (KBI-Besar) Serta: Ejaan Yang Disempurnakan Dan Kosakata Baru, Amanah, Surabaya, hlm. 34.

<sup>157</sup> Abdul Kadir Muhammad, 2004, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, hlm. 50. Dan Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta, hlm. 10. Dan Bambang Soepeno, 1997, *Statistik Terapan Dalam Penelitian Ilmu-Ilmu Sosial & Pendidikan*, Rineka Cipta, Jakarta, hlm. 2-3.

<sup>158</sup> Koentjaraningrat, 1997, *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, hlm. 29-32.

- 2). Rekonstruksi ideal hukum pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan;
- 3). Kontribusi putusan Peradilan Agama tentang pembagian waris harta bersama terhadap Hukum Nasional.

Diskreptif analitis ini adalah menggambarkan sesuatu keadaan hukum seperti apa adanya dengan paradigma kritis atau kritik (*critical theory*), kemudian dituangkan dalam suatu pembahasan yang logis, sistematis dan komprehensif.

#### **5. Sumber Data.**

Sumber data yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah data primer (*primary data*) dan data sekunder (*secondary data*).

Data primer adalah data yang diperoleh langsung dari masyarakat,<sup>159</sup> yaitu wawancara dengan para Hakim Peradilan Agama dan para pihak yang berperkara mengenai pembagian waris harta bersama yang diputus oleh Peradilan Agama.

Data sekunder adalah berupa putusan Pengadilan Agama yang telah berkekuatan hukum tetap, putusan Pengadilan Tinggi Agama yang telah berkekuatan hukum tetap dan putusan Agung Mahkamah Agung Republik Indonesia yang telah berkekuatan hukum tetap mengenai pembagian waris harta bersama, dan bahan-bahan hukum lain yang berkaitan dengan kasus pembagian harta bersama akibat perceraian yang

---

<sup>159</sup> Soerjono Soekanto & Sri Mamuji, *op.cit.*, hlm. 12.

penulis hadapi ini, serta data yang penulis peroleh dari penelitian kepustakaan.

Data sekunder mencakup bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tertier.<sup>160</sup> Data sekunder yang penulis gunakan dalam penelitian ini adalah terdiri atas :

a. Bahan hukum primer, yakni bahan-bahan hukum yang mengikat seperti :

- 1). Al-Quran dan As-Sunnah.
- 2). Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009
- 3). Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- 4). Kompilasi Hukum Islam.
- 5). Putusan Pengadilan Agama, putusan Pengadilan Tinggi Agama dan putusan Mahkamah Agung RI yang telah berkekuatan hukum tetap.

b. Bahan-bahan hukum sekunder, yakni bahan-bahan yang erat hubungannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisis dan memahami bahan hukum primer<sup>161</sup> seperti Tafsir Al-Quran, Al-Hadits, kitab-kitab Fiqih, buku-buku, hasil penelitian, jurnal ilmiah, jurnal hukum, majalah hukum, artikel ilmiah, dan makalah hasil seminar.

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, hlm. 13.

<sup>161</sup> Ronny Hanitijo Soemitro, 1994, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimetri*, Cetakan Kelima, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 10.



- c. Bahan hukum tertier, yakni bahan-bahan yang memberikan informasi tentang bahan-bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder,<sup>162</sup> berupa kamus-kamus seperti kamus bahasa Indonesia, kamus bahasa Inggris dan kamus bahasa Arab serta kamus-kamus keilmuan seperti kamus hukum.

## 6. Populasi dan Sampel.

Populasi, adalah seluruh objek atau seluruh gejala atau seluruh unit yang akan diteliti. Oleh karena populasi biasanya sangat besar dan luas, maka kerap kali tidak mungkin untuk meneliti seluruh populasi itu, tetapi cukup diambil sebagian saja untuk diteliti sebagai sampel yang memberikan gambaran tentang objek penelitian secara tepat dan benar.<sup>163</sup> Mengenai jumlah sampel yang akan diambil pada prinsipnya tidak ada peraturan yang tetap secara mutlak menentukan berapa persen untuk diambil dari populasi.<sup>164</sup>

Populasi dalam penelitian ini, adalah semua pihak yang terkait dalam pembagian harta bersama akibat perceraian. Penelitian ini, tidak semua populasi akan diteliti secara keseluruhan. Untuk itu akan diambil sampel dari populasi secara *purposive sampling*.

Teknik pengambilan sampel dilakukan dengan *purposive sampling*, yaitu teknik yang biasa dipilih karena alasan biaya, waktu dan tenaga, sehingga tidak dapat mengambil dalam jumlah besar.

---

<sup>162</sup>*Ibid.*

<sup>163</sup>Ronny Hanitijo Soemitro, *op. cit.*, hlm. 44.

<sup>164</sup>Ronny Hanitijo Soemitro, 1985, *Metode Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm.

Pengambilan sampel ditentukan berdasarkan tujuan tertentu, dengan melihat pada persyaratan-persyaratan antara lain didasarkan pada ciri-ciri, sifat-sifat atau karakteristik tertentu yang merupakan ciri-ciri utama dari obyek yang diteliti dan penentuan karakteristik populasi yang dilakukan dengan teliti melalui studi pendahuluan.<sup>165</sup>

Penelitian ini yang ditetapkan sebagai sampel penelitian, yaitu putusan Pengadilan Agama Semarang, putusan Pengadilan Agama Bantul, putusan Pengadilan Tinggi Agama Semarang, putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta, dan putusan Mahkamah Agung RI.

#### **7. Teknik Pengumpulan Data Dan Bahan Hukum.**

Teknik pengumpulan data yang dikenal adalah studi kepustakaan, pengamatan (*observasi*), wawancara (*interview*), dan daftar pertanyaan (*kuesioner*). Sesuai dengan sumber data seperti yang dijelaskan di atas, maka dalam penelitian ini, pengumpulan data dilakukan dengan cara:

##### **a. Studi Kepustakaan.**

Terhadap data sekunder dikumpulkan dengan melakukan studi kepustakaan, yaitu dengan mencari dan mengumpulkan serta mengkaji Al-Quran dan As-Sunnah sebagai sumber hukum Islam, peraturan perundang-undangan, hasil penelitian, jurnal ilmiah, artikel ilmiah, dan makalah seminar yang berhubungan dengan penentuan pembagian harta bersama.

---

<sup>165</sup>*Ibid*, hal. 196.

**b. Wawancara (*interview*).**

Data lapangan (*primer*) dikumpulkan dengan teknik wawancara yang bebas, terarah dan terpimpin (*direktif and free interview*), yakni dengan mengadakan komunikasi langsung kepada informan, dengan menggunakan pedoman wawancara (*interview guide*) guna mencari jawaban terhadap pelaksanaan pembagian waris harta bersama.

**8. Metode Analisis Data.**

Data yang diperoleh baik dari studi kepustakaan maupun dari penelitian lapangan akan dianalisis secara deskriptif kualitatif. Analisis deskriptif kualitatif adalah metode analisis data yang mengelompokkan dan menyeleksi data yang diperoleh dari penelitian lapangan menurut kualitas dan kebenarannya, kemudian dihubungkan dengan teori-teori, asas-asas, dan kaidah-kaidah hukum yang diperoleh dari studi kepustakaan sehingga diperoleh jawaban atas permasalahan yang dirumuskan.

Data primer dan data sekunder yang telah terkumpul dianalisis dengan menggunakan analisis induktif kualitatif. Analisis induktif ialah prosesnya dimulai dari premis-premis yang berupa Kompilasi Hukum Islam. Untuk menemukan hukum bagi suatu kasus nyata, yakni perkara *in concreto*, maka norma hukum *in abstracto* diperlukan untuk berfungsi sebagai premis mayor. Sedangkan fakta-fakta yang cocok, yakni yang relevan dalam kasus posisi, yaitu perkara / *legal facts*, maka dipakai

sebagai premis minor, melalui proses *sillogisme* didapatkan sebuah *conclusio* (kesimpulan) berupa hukum positif yang dicari.<sup>166</sup>

#### **H. Sistematika Penulisan.**

Disertasi ini dirancang dalam enam bab. Sebagaimana biasanya terlebih dahulu diawali dari bagian awal yang terdiri atas:

BAB I Pendahuluan; yang berisi: Latar Belakang Masalah; Perumusan masalah; Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian; Kerangka Teori; Kerangka Pemikiran; Metode Penelitian; Sistematika Penulisan; dan Orisinalitas Penelitian.

BAB II : Tinjauan Pustaka; yang berisi: Tinjauan tentang Perkawinan; Hak dan Kewajiban Suami dan Istri; Tinjauan tentang Harta Bersama; Tinjauan tentang Kewarisan; Tinjauan tentang Pengadilan Agama.

BAB III: Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris Saat Ini Masih Belum Berkeadilan; Pengaturan Regulasi tentang Harta Bersama; Harta Bersama sebagai Waris; Dasar Persoalan Hak Waris Harta Bersama; Perkara Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris yang Diputus Oleh Pengadilan Agama Kendal; Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris Saat Ini Masih Belum Berkeadilan;

BAB IV : Kelemahan-Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini; Kelemahan-

---

<sup>166</sup>*Ibid.*, hlm. 10.

Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama; Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini belum Berkeadilan; Teori Sistem Hukum untuk menganalisis Kelemahan-Kelemahan; Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Peraturan; Perundang-Undangan Saat Ini yang belum Mewujudkan Keadilan.

BAB V : Penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berkeadilan; yang terdiri atas : Hukum Pembagian Harta Bersama di Negara Saudi Arabia; Hukum Pembagian Harta Bersama di Negara Mesir; Hukum Pembagian Harta Bersama di Negara Yaman; Putusan Haskim Tentang Pembagian Harta Bersama Akibat Perceraian yang Berkeadilan dan Kemaslahatan; dan Kontribusi Putusan Peradilan Agama Tentang Pembagian Waris Harta Bersama Terhadap Hukum Nasional.

BAB VI : Penutup; yang berisi: Simpulan; Saran-saran; dan Implikasi.

#### I. Orisinalitas Penelitian

Penelitian yang dilakukan oleh penulis dengan judul **“PENGUATAN REGULASI PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA DALAM UPAYA MENCIPTAKAN PEMBAGIAN WARIS YANG BERBASIS NILAI KEADILAN DAN KEMASLAHATAN”** adalah benar-benar asli dan belum pernah diajukan untuk mendapatkan gelar akademik doktor, baik di Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang maupun di

perguruan tinggi lain serta karya tulis ini adalah benar-benar murni gagasan, rumusan dan penelitian penulis sendiri tanpa ada bantuan dari pihak lain kecuali arahan dan bimbingan dari Promotor dan Co Promotor.

Berikut ini penulis sebutkan yang sudah pernah membahas hukum perkawinan, pembagian waris dan harta bersama (gono-gini) sebagaimana tersebut dalam tabel berikut ini:

**TABEL 1**  
**Tulisan yang Sudah Pernah Membahas Tentang Hukum Perkawinan dan Harta Bersama (Gono-Gini)<sup>167</sup>**

No.	Penyusun	Judul	Kesimpulan
1.	Elti Yunani	“Pelaksanaan Pembagian Harta Bersama (Gono gini) Dalam Praktek Di Pengadilan Agama Bandar Lampung – Lampung”.	- Pembagian harta bersama (gono-gini) dilakukan atas dasar Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, maka harta kekayaan yang diperoleh baik dari pihak suami atau isteri menjadi hak bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan dan jika perkawinan putus, masing-masing berhak seperdua dari harta tersebut, karena selama perkawinan terdapat adanya harta bersama, maka Hakim disini memberikan putusan mengenai

<sup>167</sup> Google.com.<https://www.google.com/seaech?q=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rtls=org.mozila:id:official&cleant=fresh> diunduh pada tanggal 03 Maret 2024.

			<p>besarnya bagian masing-masing. Pengadilan menetapkan pembagian harta bersama tersebut seperdua bagian untuk penggugat dan seperdua bagian untuk tergugat.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Kendala-kendala yang sering muncul dalam pelaksanaan pembagian harta bersama adalah sering sekali para pihak itu tidak punya bukti yang lengkap. Apakah itu hak bersama betul atau bukan. Bukti tulis (Sertipikat SKT). Banyak sekali harta itu tidak lengkap contoh : ukuran luas tidak jelas, kalau tanah batas-batas tidak jelas, tempat membeli sudah meninggal.</li> </ul>
2.	Djoko Karyoso	<p>“Pelaksanaan Pembagian Harta Perkawinan Bagi Warga Negara Indonesia Keturunan Tionghoa Setelah Berlakunya Undang-Undang No. 1</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pelaksanaan pembagian harta kekayaan dalam perkawinan akibat perceraian bagi WNI keturunan Tionghoa setelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan adalah ketentuan-ketentuan yang dimuat dalam KUH Perdata dan bukan berdasarkan Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Pelaksanaan pembagian harta bersama dalam perkawinan diantara suami dan istri mendapatkan masing-</li> </ul>

		<p>Tahun 1974 Tentang Perkawinan Di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan”.</p>	<p>masingsetengah dari harta bersama tersebut untuk bagian yang samabesarnya, oleh karena semua harta/barang-barang baik yang takbergerak dan yang bergerak yang diperoleh dalam perkawinan adalahmerupakan harta bersama.</p> <p>- Hambatan yang timbul dalam pelaksanaan pembagian harta kekayaandalam perkawinan akibat perceraian bagi WNI keturunan Tionghoasetelah berlakunya Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974tentang Perkawinan adalah tidak dilaksanakannya oleh para pihakkesepakatan bersama atau putusan pengadilan yang telahmenetapkan pembagian harta perkawinan.</p>
3.	Agustinus Lerek	<p>“Implementasi Pembagian Harta Bersama di Pengadilan Agama di Samarinda (Sudi Kasus di Pengadilan Agama Samarinda)”.</p>	<p>- Pembagian harta bersama (gono-gini) dilakukan atas dasar Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1975 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam, maka harta kekayaan yang diperoleh baik dari pihak suami atau istri menjadi hak bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan, dan jika perkawinan putus, maka masing-masing berhak seperdua dari harta tersebut, karena</p>



			<p>selama perkawinan terdapat adanya harta bersama, maka Hakim di sisni memberikan putusan mengenai besarnya bagian masing-masing. Pengadilan menetapkan pembagian harta bersama tersebut seperdua bagian untuk Penggugat dan seperdua untuk Tergugat.</p> <p>Pandangan masyarakat mengenai pembagian harta bersama berdasarkan besaran kontribusi dalam perkawinan belum ada pengukuran yang pasti, karena bersifat non materi dan bersifat bergantung pada penilaian seseorang.</p>
4.	Hamka Siregar.	<p>“Perkawinan Endogami Pada Komunitas Arab Alawiyyun di Kota Pontianak”.</p> <p>(Disertasi).</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Perkawinan endogami yang masih bertahan di kalangan Arab Alawiyyah Pontianak, Kalimantan Barat telah membelenggu kebebasan perempuan. Keterpaksaan kaum perempuan menerima sistem ini telah menimbulkan ketidakbahagiaan dalam kehidupan rumah tangga.</li> <li>- Seiring dengan perjalanan dan perubahan waktu, saat ini perkawinan Endogami di Pontianak selain didasarkan pertimbangan untuk mempertahankan nasab keturunan juga disisipi motif ekonomi dan politis. Penerapan sistem perkawinan endogami ini diberlakukan secara ketat di</li> </ul>

			<p>kalangan Arab Alawiyyun di Kota Pontianak.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Untuk itu diperlukan kajian ulang secara kritis dan mendalam terhadap tatanan hukum Islam dan tatanan budaya menyangkut sistem perkawinan Endogami. Hal ini dimaksudkan agar tidak terjadi penistaan terselubung terhadap eksistensi masyarakat di luar kelompok Alawiyyun dan eksistensi kaum wanita. Endogami merupakan suatu perkawinan antara etnis, klan, suku, kekerabatan dalam lingkungan yang sama.</li> </ul>
--	--	--	--



## BAB II

### KAJIAN PUSTAKA

#### A. Tinjauan tentang Perkawinan

Sebelum sampai kepada pembicaraan harta perkawinan, sebaiknya penulis uraikan arti perkawinan itu sendiri. Karena pengertian perkawinan dalam tatanan hukum mempunyai akibat langsung terhadap harta benda dalam perkawinan. Pasal 1 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 menjelaskan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dan wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Kompilasi Hukum Islam di Indonesia menyatakan, perkawinan menurut hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *miitsaaqon ghohiidhan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.<sup>168</sup>

Nikah menurut bahasa mempunyai arti sebenarnya (*hakikat*) dan pula mempunyai arti kiasan (*majaz*). “Arti sebenarnya dari nikah adalah *dham* yang berarti menghimpit, menindih atau berkumpul, sedangkan arti kiasannya ialah *watha’* yang berarti setubuh atau *aqad* yang berarti mengadakan perjanjian pernikahan”.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Abdurrahman, 2001, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cita Pustaka, Jakarta, h.114.

<sup>169</sup> Kamal Mukhtar, Tanpa tahun, *Asas-Asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, Jakarta, Bulan Bintang, hlm. 11. Dan Zainuddin bin Abdul Aziz Al-Malibary Al-Fanaby, Tanpa tahun, *Fathul Mu’in*, Surabaya, Al-Maktabah Al-Siqafiyah, hlm. 97-98. Serta Zakaria Al-Anshari, Tanpa tahun, *Tuhfatuh Thulab*, Surabaya, Syarkah Maktabah wa Mathba’ah Ahmad bin Sa’ad bin Nabhan wa Auladiah, hlm. 92.

Pemakaian perkataan nikah lebih banyak dipakai dalam arti kiasan dari pada arti sebenarnya, bahkan nikah dalam arti yang sebenarnya jarang sekali dipakai pada saat ini.

Azhar Basyir menyebutkan, bahwa<sup>170</sup> perkawinan menurut hukum Islam adalah suatu akad atau perikatan untuk menghalalkan hubungan kelamin antara laki-laki dan perempuan dalam rangka mewujudkan kebahagiaan hidup keluarga yang diliputi rasa ketenteraman serta kasih sayang dengan cara yang diridloi Allah.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 1 mendefinisikan, bahwa “Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan yang Maha Esa”.<sup>171</sup>

Definisi perkawinan sebagaimana yang telah di sebutkan dalam Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut dapat dijelaskan arti yang terkandung di dalamnya secara rinci, sebagaimana yang dikemukakan oleh Yahya Harahap, yaitu :<sup>172</sup>

- (a) Perkawinan ialah ikatan lahir dan batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri.

---

<sup>170</sup>Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Hukum Perkawinan Islam*, Cet. Kesembilan, Yogyakarta, Penerbit UII Press Yogyakarta (anggota IKAPI), hlm. 14.

<sup>171</sup>Wantjik Saleh, 1976, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Jakarta, Ghalia Indonesia, hlm. 53.

<sup>172</sup>Harahap, Yahya, M., Tanpa tahun, *Hukum Perkawinan Nasional Berdasarkan UU No. 1 Tahun 1974/PP. No. 9 Tahun 1975*, Medan, Zahir Training CO., hlm. 11.

(b) Ikatan lahir batin itu ditujukan untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia, kekal, dan sejahtera.

(c) Dasar ikatan lahir-batin dan tujuan bahagia yang kekal itu berdasarkan pada Ketuhanan Yang Maha Esa.

Mengenai hakikat yang terkandung dalam pengertian perkawinan yang dirumuskan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan di atas jika dikaji secara mendalam dengan pengertian perkawinan yang dikemukakan menurut hukum Islam tersebut di atas, maka pada dasarnya antara pengertian perkawinan menurut hukum Islam dan Undang-Undang Perkawinan tersebut tidak ada perbedaan yang prinsip karena baik menurut hukum Islam maupun menurut Undang-Undang Perkawinan, “keduanya dilandasi dengan falsafah yang sama, yakni atas dasar Ketuhanan Yang Maha Esa. Begitu juga kekekalan dan kebahagiaan yang dikehendaki oleh dasar ajaran Ketuhanan”.<sup>173</sup>

Guna menghindari dari kesalahpahaman mengenai falsafah Ketuhanan yang dimaksud di sini adalah dipertegas lagi di dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, sebagai berikut: “Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya itu”.<sup>174</sup>

Maksud dari Pasal 2 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan benar-benar memberi tempat yang sangat luas kepada umat Islam guna tetap diberlakukan hukum perkawinan yang sudah ditentukan oleh

---

<sup>173</sup>*Ibid.*

<sup>174</sup>Wantjik Saleh, *op.cit.*, hlm. 53.

hukum syara' yang sudah jelas dan terang bersumber kepada falsafah Ketuhanan Yang Maha Esa.

Uraian tersebut di atas, maka sangatlah jelas, bahwa antara Undang-Undang Perkawinan dengan hukum Islam (*fiqh*) tentang perkawinan adalah tidak ada perbedaan dan pertentangan, baik dari segi pengertian, dasar, falsafah, serta maksud, dan tujuan yang akan dicapainya.

Hidup berpasang-pasangan di dunia ini merupakan sunnah Allah sebagai media dalam menciptakan sesuatu dan merupakan ketentuan umum tanpa kecuali, baik alam manusia, hewan maupun alam tumbuh-tumbuhan. Kecenderungan antara jenis kelamin lainnya adalah naluri yang tidak dapat diingkari. Manusia sebagai makhluk yang mulia dan beradab tidak sama halnya dengan makhluk-makhluk yang lain dalam memenuhi tuntutan nalurinya yang lepas tanpa batas.

Sangatlah tepat pada tempatnya jika Islam mengatur masalah perkawinan dengan sangat teliti dan terperinci guna membawa manusia hidup berkehormatan sesuai dengan kedudukannya yang sangat mulia di tengah-tengah makhluk-makhluk Allah yang lain.

Hubungan manusia laki-laki dengan perempuan ditentukan agar atas dasar pengabdian kepada Allah SWT sebagai Khaliq, Soemiyati mengemukakan, di dalam Hukum Islam, bahwa perkawinan itu memiliki kedudukan yang sangat penting, di antaranya ialah:<sup>175</sup>

---

<sup>175</sup> Nyi Soemiyati, 2004, *Hukum Perkawinan Islam Dan Undang-Undang Perkawinan No. 1 Tahun 1974 (Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan)*, Cet. Kelima, Yogyakarta, Liberty, hlm. 4.

- a. Dengan melakukan perkawinan yang sah dapat terlaksana pergaulan hidup manusia baik secara individual maupun kelompok antara laki-laki dan perempuan secara terhormat dan halal sesuai dengan kedudukan manusia sebagai makhluk yang terhormat di antara makhluk-makhluk Tuhan yang lain.
- b. Dengan melaksanakan perkawinan yang sah dapat terbentuk suatu rumah tangga, sehingga dalam kehidupan rumah tangga dapat terlaksana secara damai dan tenteram serta kekal dengan disertai rasa kasih sayang antara suami istri.
- c. Dengan melaksanakan perkawinan yang sah dapat diharapkan memperoleh keturunan yang sah dalam masyarakat sehingga kelangsungan hidup dalam keluarga dan keturunannya dapat berlangsung terus secara jelas dan bersih.
- d. Dengan adanya perkawinan, maka timbulah sebuah keluarga yang merupakan inti dari hidup bermasyarakat, sehingga dapat diharapkan timbulnya suatu kehidupan masyarakat yang teratur dan berada dalam suasana damai.
- e. Melaksanakan perkawinan dengan mengikuti ketentuan yang telah diatur dalam Al-Quran dan Sunnah Rasul merupakan salah satu ibadah bagi orang Islam.

Uraian tersebut di atas, maka dapat disimpulkan, bahwa perkawinan dalam Islam mempunyai kedudukan yang sangat penting, sehingga dengan melakukan perkawinan berarti telah memenuhi :

- (a). Melaksanakan perintah dan ajaran Allah S.W.T.
- (b). Mengikuti Sunnah Rasulullah S.A.W.
- (c). Melestarikan keturunan yang bersih dan terhormat.
- (d). Akan dapat memupuk rasa cinta dan kasih sayang antara suamidan istri serta anak-anak dan pula kelompok masyarakat.

Perkawinan di dalam hukum Islam dilaksanakan dengan berpegang pada beberapa prinsip, sehingga sah atau tidak sah serta berhasil atau tidak berhasil suatu perkawinan tersebut tergantung pada prinsip-prinsip tersebut dapat ditegakkan.

Menurut Ahmad Azhar Basyir, bahwa prinsip-prinsip perkawinan dalam hukum Islam adalah:<sup>176</sup>

1. Pilihan jodoh yang tepat.
2. Perkawinan yang didahului dengan peminangan.
3. Ada ketentuan tentang larangan perkawinan antara laki-laki dan perempuan.
4. Perkawinan didasarkan atas suka rela antara pihak-pihak yang bersangkutan.
5. Ada persaksian dalam akad nikah.
6. Perkawinan tidak ditentukan untuk waktu tertentu.
7. Ada kewajiban untuk membayar maskawin atas suami.
8. Ada kebebasan mengajukan syarat dalam akad nikah.
9. Tanggung jawab pimpinan keluarga pada suami.

---

<sup>176</sup>Ahmad Azhar Basyir,*op.cit.*, hlm. 17.



10. Ada kewajiban bergaul dengan baik dalam kehidupan rumah tangga.

Menurut Kamal Muchtar, bahwa prinsip-prinsip perkawinan ialah sebagai berikut:

- (1). Kerelaan, persetujuan, dan pilihan.
- (2). Kedudukan suami istri.
- (3). Untuk selama-lamanya.
- (4). Poligami dan monogami.<sup>177</sup>

Prinsip-prinsip perkawinan yang tercantum dalam Penjelasan Umum Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan adalah sebagai berikut:<sup>178</sup>

- a. Tujuan perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Untuk itu suami istri perlu saling membantu dan melengkapi, agar masing-masing dapat mengembangkan kepribadiannya membantu dan mencapai kesejahteraan spiritual dan materiil.
- b. Dalam Undang-undang ini dinyatakan, bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu; dan di samping itu, tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.

---

<sup>177</sup> Kamal Muchtar, *op.cit.*, hlm.25-31.

<sup>178</sup> Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

c. Undang-undang ini menganut asas monogami.

Hanya apabila dikehendaki oleh yang bersangkutan, karena hukum dan agama dari yang bersangkutan mengizinkannya, seorang suami dapat beristri lebih dari seorang. Namun demikian, perkawinan seorang suami dengan lebih dari seorang istri, meskipun hal itu dikehendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan, hanya dapat dilakukan apabila dipenuhi berbagai persyaratan tertentu dan diputuskan oleh Pengadilan.

d. Undang-undang ini menganut prinsip, bahwa calon suami-istri itu harus telah masuk jiwa raganya untuk dapat melangsungkan perkawinan, agar dapat diwujudkan tujuan perkawinan secara baik tanpa berakhir pada perceraian dan mendapat keturunan yang baik dan sehat. Untuk itu harus dicegah adanya perkawinan antara calon suami / istri yang masih di bawah umur. Di samping itu, perkawinan mempunyai hubungan dengan masalah kependudukan. Ternyata, bahwa batas umur yang lebih rendah bagi seorang wanita untuk kawin, mengakibatkan laju kelahiran yang lebih tinggi jika dibandingkan dengan batas umur yang lebih tinggi. Berhubungan dengan itu, maka undang-undang ini menentukan batas umur untuk kawin baik bagi pria maupun bagi wanita, ialah 19 (sembilan belas) tahun bagi pria dan 16 (enam belas) tahun bagi wanita.

e. Karena tujuan perkawinan adalah untuk membentuk keluarga yang bahagia, kekal, dan sejahtera, maka undang-undang ini menganut prinsip untuk mempersukar terjadinya perceraian. Untuk

memungkinkan perceraian, harus ada alasan-alasan tertentu serta harus dilakukan di depan sidang Pengadilan.

- f. Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami, baik dalam kehidupan rumah tangga maupun dalam pergaulan masyarakat, sehingga dengan demikian segala sesuatu dalam keluarga dapat dirundingkan dan diputuskan bersama oleh suami- istri.<sup>179</sup>

Mencermati prinsip-prinsip perkawinan sebagaimana yang tersebut di dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dengan prinsip-prinsip perkawinan menurut hukum Islam adalah tidak terdapat suatu perbedaan yang mendasar.

Bahkan apabila diperhatikan dan dicermati dengan sungguh-sungguh, maka semua prinsip perkawinan dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tersebut telah tercakup dalam prinsip-prinsip yang diatur dalam ketentuan hukum Islam.

Terlebih lagi, prinsip-prinsip perkawinan menurut hukum Islam, di samping mempunyai nilai-nilai aspek keperdataan juga yang lebih penting lagi adalah mengandung aspek *ta'abbudi* (beribadah) kepada Allah S.W.T. dan mengikuti Sunnah Rasul S.A.W., serta mengemban tanggung jawab lahir dan batin yang berlanjut dari dunia sampai dengan di akhirat.

---

<sup>179</sup> Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

## B. Hak dan Kewajiban Suami dan Istri

Kewajiban suami adalah melindungi istrinya sebab suami adalah pemimpin dan pelindung istrinya sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat An-Nisa' Ayat 34 sebagai berikut :

الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا  
مِنْ أَمْوَالِهِمْ

Artinya : “Kaum laki-laki (suami-suami) itu adalah pemimpin (pelindung) bagi kaum wanita (istri-istri), karena Allah telah melebihkan sebagian mereka (laki-laki) atas sebagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka”. (Q.S. An-Nisa' : 34).<sup>180</sup>

Ayat tersebut menjadi jelas, bahwa suami berkewajiban untuk melindungi istrinya disebabkan oleh kelebihan yang diberikan oleh Allah kepada suami dan disebabkan oleh kewajiban yang diberikan oleh Allah kepada suami, yakni berupa kewajiban membentri nafkah kepada istrinya.

Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, menjelaskan, bahwa suami dan istri mempunyai hak dan kedudukan yang seimbang dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama, sebagaimana ketentuan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan Pasal 31 Ayat (1),<sup>181</sup> bahwa “Hak dan kedudukan istri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat”. Suami dan istri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari

<sup>180</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 66.

<sup>181</sup> Zainal Abidin Abu Bakar, *op.cit.*, hlm. 131.

susunan masyarakat, hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 30 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Suami istri memikul kewajiban yang luhur untuk menegakkan rumah tangga yang menjadi sendi dasar dari susunan masyarakat”.

Suami dan istri harus mempunyai tempat kediaman (tempat tinggal) yang tetap dalam rumah tangga, sebagaimana yang telah ditentukan dalam Pasal 32 Ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Suami istri harus mempunyai tempat kediaman yang tetap”. Suami juga berhak untuk melakukan perbuatan hukum, dan istri pun juga berhak untuk melakukan perbuatan hukum, hal ini telah ditegaskan dalam Pasal 31 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum”. Suami wajib mencintai istri, menghormati istri, setia pada istri dan memberi bantuan lahir dan batin kepada istri, demikian juga istri wajib mencintai suami, menghormati suami, setia pada suami dan memberi bantuan lahir dan batin kepada suami. Kewajiban ini telah ditegaskan dalam Pasal 33 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Suami istri wajib saling cinta mencintai, hormat menghormati, setia dan memberi bantuan lahir batin yang satu kepada yang lain”.

Ketentuan mengenai keharusan suami menjadi kepala keluarga dan keharusan istri menjadi ibu rumah tangga adalah tertuang dalam Pasal 31 ayat (3), Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa "Suami adalah kepala keluarga dan istri ibu rumah tangga". Suami wajib melindungi istrinya dan memberikan segala sesuatu keperluan hidup rumah tangga, yakni

suami wajib memberi nafkah kepada istrinya. Kewajiban ini tertuang dalam Pasal 34 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Suami wajib melindungi istrinya dan memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga sesuai dengan kemampuannya”. Istri wajib mengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya. Kewajiban istri wajib mengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya ini adalah tertuang dalam Pasal 34 ayat (2), Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Istri wajib mengatur urusan rumah tangga sebaik-baiknya”.

Kewajiban-kewajiban tersebut merupakan kewajiban yang harus dilaksanakan oleh masing-masing suami dan istri. Artinya suami tidak boleh melalaikan kewajibannya sebagai suami, demikian pula istri tidak boleh melalaikan kewajibannya sebagai istri. Suami apabila melalaikan kewajibannya sebagai suami, misalkan suami tidak berperan sebagai kepala keluarga dan tidak memberikan segala sesuatu keperluan hidup berumah tangga, yakni suami tidak memberikan nafkah kepada istrinya, maka istrinya dapat mengajukan gugatan terhadap suaminya kepada Pengadilan.

Istri apabila melalaikan kewajibannya sebagai istri, yakni istri tidak berperan sebagai ibu rumah tangga dan istri tidak mengatur urusan rumah tangga, maka suami dapat mengajukan gugatan terhadap istrinya kepada Pengadilan. Ketentuan ini tertuang dalam Pasal 34 ayat (3) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Jika suami atau istri melalaikan kewajibannya masing-masing dapat mengajukan gugatan kepada Pengadilan”.

Kewajiban suami terhadap istrinya adalah kewajiban yang harus dilaksanakan oleh suami, demikian pula kewajiban istri terhadap suaminya adalah kewajiban yang harus dilaksanakan oleh istri.

### **C. Tinjauan tentang Harta Bersama**

#### **1. Pengertian Harta Bersama**

Harta bersama merupakan salah satu macam dari sekian banyak harta yang dimiliki seseorang. Dalam kehidupan sehari-hari harta mempunyai arti penting bagi seseorang karena dengan memiliki harta dia dapat memenuhi kebutuhan hidup secara wajar dan memperoleh status sosial yang baik dalam masyarakat. Arti penting tersebut tidak hanya dalam segi kegunaan (aspek ekonomi) melainkan juga dari segi keteraturannya, tetapi secara hukum orang mungkin belum banyak memahami aturan hukum yang mengatur tentang harta, apalagi harta yang didapat oleh suami isteri dalam perkawinan.

Secara bahasa, harta bersama adalah dua kata yang terdiri dari kata harta dan bersama. Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, harta dapat berarti barang-barang (uang dan sebagainya) yang menjadi kekayaan dan dapat berarti kekayaan berwujud dan tidak berwujud yang bernilai'. Harta bersama berarti harta yang dipergunakan (dimanfaatkan) bersama-sama.<sup>182</sup>

Sayuti Thalib dalam bukunya Hukum Kekeluargaan di Indonesia mengatakan bahwa harta bersama adalah harta kekayaan yang diperoleh selama perkawinan diluar hadiah atau warisan. Maksudnya adalah harta yang didapat atas usaha mereka atau sendiri-sendiri selama masa perkawinan.

---

<sup>182</sup> Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Besar Bahasa Indonesia, edisi kedua, Balai Pustaka, Jakarta, 1995, h. 342.

Pengertian tersebut sejalan dengan Bab VII tentang harta benda dalam perkawinan pasal 35 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 yang secara lengkap berbunyi sebagai berikut:

- a. Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta benda bersama.
- b. Harta bawaan dari masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Mengenai hal ini Kompilasi Hukum Islam memberikan gambaran jelas tentang harta bersama, yang dijelaskan dalam Pasal 1 huruf f bahwa harta kekayaan dalam perkawinan atau syirkah adalah harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama-sama suami isteri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, dan selanjutnya disebut harta bersama tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.<sup>183</sup>

Dalam yurisprudensi peradilan agama juga dijelaskan bahwa harta bersama yaitu harta yang diperoleh dalam masa perkawinan dalam kaitan dengan hukum perkawinan, baik penerimaan itu lewat perantara isteri maupun lewat perantara suami. Harta ini diperoleh sebagai hasil karya-karya dari suami isteri dalam kaitannya dengan perkawinan.

Dengan demikian jelaslah bahwa harta bersama adalah harta yang diperoleh dalam masa perkawinan yang sah. Suami dan isteri mempunyai hak

---

<sup>183</sup> Intruksi Presiden RI Tahun 1999 Tentang Kompilasi Hukum Islam Pasal 1 Huruf F.



dan kewajiban yang sama atas harta bersama. Sebagaimana diatur dalam Pasal 51 Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang HAM, sebagai berikut:

- 1). Seseorang isteri selama dalam ikatan perkawinan mempunyai hak dan tanggung jawab yang sama dengan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan kehidupan perkawinannya, hubungan dengan anak-anaknya, dan hak pemilikan serta pengelolaan harta bersama.
- 2). Setelah putusanya perkawinan, seorang wanita mempunyai hak dan tanggung jawab yang sama dengan mantan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan anak-anaknya, dengan memperhatikan kepentingan terbaik bagi anak.
- 3). Setelah putusanya perkawinan, seorang wanita mempunyai hak yang sama dengan mantan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan harta bersama tanpa mengurangi hak anak, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

## 2. Ruang Lingkup Harta Bersama

Undang-Undang Perkawinan dan KHI telah menentukan aturan tentang harta bersama, baik pasal 35 ayat (1), Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 maupun dalam Kompilasi Hukum Islam telah ditentukan bahwa segala harta yang diperoleh selama perkawinan dengan sendirinya menurut hukum menjadi harta bersama. Gambaran ruang lingkup harta bersama dalam suatu perkawinan, diantaranya adalah sebagai berikut:<sup>184</sup>

- a. Harta yang dibeli selama perkawinn

Patokan pertama untuk menentukan apakah suatu barang termasuk obyek harta bersama atau tidak, ditentukan pada saat pembelian. Setiap barang yang dibeli selama perkawinan, harta tersebut menjadi obyek harta bersama suami isteri tanpa

---

<sup>184</sup> Yahya Harahap, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, h. 275-278.

mempersoalkan apakah suami atau isteri yang membeli, apakah harta tersebut terdaftar atas nama suami atau isteri dimana harta tersebut terletak. Apa saja yang dibeli selama perkawinan berlangsung otomatis menjadi harta bersama. Tidak menjadi soal siapa diantara suami isteri yang membeli. Juga tidak menjadi masalah atas nama suami atau isteri harta tersebut terdaftar. Juga tidak peduli apakah harta itu terletak dimanapun. Yang penting, harta tersebut dibeli dalam masa perkawinan, dengan sendirinya menurut hukum menjadi obyek harta bersama.<sup>185</sup>

- b. Harta yang dibeli dan dibangun sesudah perceraian yang dibiayai dari harta bersama

Patokan untuk menentukan sesuatu barang termasuk obyek harta bersama, ditentukan oleh asal-usul uang biaya pembelian atau pembangunan barang yang bersangkutan, meskipun barang itu dibeli atau dibangun sesudah terjadi perceraian.<sup>186</sup>

Misalnya suami isteri selama perkawinan berlangsung mempunyai harta dan uang simpanan, kemudian terjadi perceraian. Semua harta dan uang simpanan dikuasai suami dan belum dilakukan pembagian. Dari uang simpanan tersebut suami membeli atau membangun rumah. Dalam kasus yang seperti ini, rumah yang dibeli atau dibangun oleh suami sesudah terjadi perceraian, namun jika uang pembelian atau biaya pembangunan

---

<sup>185</sup> *Ibid.*

<sup>186</sup> *Ibid.*

berasal dari harta bersama, maka barang hasil pembelian atau pembangunan yang demikian tetap masuk kedalam obyek harta bersama.

c. Harta yang dapat dibuktikan dan diperoleh selama perkawinan

Patokan ini sejalan dengan kaidah hukum harta bersama. Semua harta yang diperoleh selama perkawinan dengan sendirinya menjadi harta bersama. Namun kita sadar bahwa dalam sengketa perkara harta bersama, tidak semulus dan sesederhana itu. Pada umumnya, pada setiap perkara harta bersama, pihak yang digugat selalu mengajukan bantahan bahwa harta yang digugat bukan harta bersama, tetapi harta pribadi. Hak pemilikan tergugat bisa dialihkannya berdasarkan atas hak pembelian, warisan atau hibah. Apabila tergugat mengajukan dalih yang seperti itu, patokan untuk menentukan apakah suatu barang termasuk harta bersama atau tidak, ditentukan oleh kemampuan dan keberhasilan penggugat membuktikan bahwa harta-harta yang digugat benar-benar diperoleh selama perkawinan berlangsung, dan uang pembeliannya tidak berasal dari uang pribadi.<sup>187</sup>

d. Penghasilan harta bersama dan harta bawaan

Penghasilan yang tumbuh dari harta bersama atau berasal dari harta bersama akan menjadi harta bersama. Akan tetapi,

---

<sup>187</sup> Soemiati, *Hukum Perkawinan Islam dan Undang-Undang Perkawinan*, Liberty, Yogyakarta, 1997, h. 99.

bukan hanya yang tumbuh dari harta bersama yang jatuh menjadi obyek harta bersama diantara suami isteri, namun juga termasuk penghasilan yang tumbuh dari harta pribadi suami isteri akan jatuh menjadi obyek harta bersama.<sup>188</sup>

e. Segala penghasilan pribadi suami isteri

Segala penghasilan suami atau isteri, baik yang diperoleh dari keuntungan melalui perdagangan masing-masing ataupun hasil perolehan masing-masing pribadi sebagai pegawai menjadi yurisdiksi harta bersama suami atau isteri. Jadi sepanjang mengenai penghasilan pribadi suami atau isteri tidak terjadi pemisahan, maka dengan sendirinya terjadi penggabungan ke dalam harta bersama.

Penggabungan penghasilan pribadi suami atau isteri ini terjadi demi hukum, sepanjang suami atau isteri tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan.

### 3. Jenis-Jenis Harta Bersama

Kalau memperhatikan asal-usul harta yang didapat suami isteri dapat kumpulkan dalam 3 (tiga) sumber:

- a. Harta masing-masing suami isteri yang telah dimilikinya sebelum kawin baik diperolehnya karena mendapat warisan atau usaha-usaha lainnya, disebut sebagai harta bawaan.

---

<sup>188</sup> *Ibid.*

- b. Harta masing-masing suami isteri yang diperolehnya selama berada dalam hubungan perkawinan, tetapi diperoleh bukan karena usaha mereka bersama-sama maupun sendiri-sendiri, tetapi diperolehnya karena hibah, warisan, ataupun wasiat untuk masing-masing.
- c. Harta yang diperoleh setelah mereka berada dalam hubungan perkawinan atas usaha mereka berdua atau salah satu pihak dari mereka disebut harta pencaharian.

Harta bersama yang dimiliki suami isteri dari segi hukum diatur dalam Undang-Undang perkawinan No. 1 Tahun 1974 Pasal 35 dan 36 sebagai berikut:

**Pasal 35:**

- (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta benda bersama;
- (2) Harta bawaan dari masing-masing suami isteri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah di bawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Selanjutnya, Pasal 36 menjelaskan mengenai harta bersama suami isteri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak dan ayat ke dua menjelaskan mengenai harta bawaan masing-masing, suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya. Pasal 85 Kompilasi Hukum Islam menyatakan bahwa adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau isteri.

Adapun jenis-jenis harta bersama di dalam Pasal 91 Kompilasi Hukum Islam dinyatakan sebagai berikut:<sup>189</sup>

- (1) Harta bersama sebagaimana tersebut dalam Pasal 85 di atas dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud.
- (2) Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda tidak bergerak, benda bergerak, dan surat-surat berharga.
- (3) Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban.
- (4) Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak yang lainnya.

Menurut ketentuan dalam Pasal 100 dan Pasal 121 persatuan harta kekayaan meliputi harta kekayaan suami dan isteri, baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak, yang sekarang maupun yang kemudian, termasuk juga yang diperoleh dengan cuma-cuma (warisan, hibah); segala beban suami dan isteri yang berupa hutang suami dan isteri, baik sebelum maupun sepanjang perkawinan.<sup>190</sup>

Memperhatikan Pasal 91 KHI di atas bahwa yang dianggap harta bersama adalah berupa benda milik suami isteri yang mempunyai nilai ekonomi dan nilai hukum, yaitu mempunyai nilai kegunaan dan ada aturan hukum yang mengatur. Harta bersama dapat berupa benda berwujud yang meliputi benda bergerak dan tidak bergerak serta harta bersama dapat

---

<sup>189</sup> Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, h. 135.

<sup>190</sup> Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga dan Hukum Pembuktian*, Rineka Cipta, Jakarta, 1997, h. 167.

berbentuk surat-surat berharga dan harta bersama dapat berupa benda tidak berwujud berupa hak dan kewajiban.

#### D. Tinjauan tentang Kewarisan

##### 1. Pengertian Kewarisan

Waris berasal dari bentuk masdar (وَرِثَ - يَرِثُ - إِرْثًا) وَرِثَ yang memiliki arti mewarisi.<sup>191</sup> Waris dalam Pasal 171 huruf a Kompilasi Hukum Islam berarti “harta peninggalan orang yang meninggal yang diwariskan kepada warisnya.” Ilmu faraid menjadi bentuk istilah lain dari ilmu waris, bentuk jama’ *faraid*’ dari kata (فرض) yang artinya “penentuan”.<sup>192</sup>

Muhammad Syarbini al-Khatib menjelaskan bahwa hukum kewarisan adalah segala sesuatu yang mengatur tentang teknis pembagian warisan, dan menetapkan bagian-bagian hak untuk setiap ahli waris.<sup>193</sup>

Dasar hukum waris tentang dihapusnya ketentuan kerabat laki-laki dan dewasa saja sebagai penerima warisan terdapat dalam QS. An Nisa [4] ayat 7:

لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا

Artinya:

“Bagi orang laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu-bapa dan kerabatnya, dan bagi orang wanita ada hak bagian (pula) dari harta peninggalan ibu bapa dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan.”

<sup>191</sup> Muhammad 'Ali Al-Sabuny, *Al-Mawarith*, 'Alam al-Kutub, n.d., Makkah, h. 31.

<sup>192</sup> Ibnu Rushd, *Bidayah Al-Mujtahid Wa Nihayah al-Muqtasid*, Daral-Salam, Mesir, 1995, h. 2047.

<sup>193</sup> Muhammad Sharbini al-Khatib, *Mughni Al-Muhtaj*, vol. 3, Musthafa al-Bab al-Halaby, Kairo, 1958, h. 3.

Sedangkan dijelaskan dalam Hadits, yang artinya: “Menceritakan kepada kami Musa bin Ismail, telah menceritakan kepada kami Wahib, telah menceritakan kepada kami Ibnu Thowus, dari bapaknya Ibnu Abbas: berikanlah faraid (bagian-bagian yang ditentukan) itu kepada yang berhak dan selebihnya berikanlah untuk anak laki-laki dari keturunan laki-laki yang terdekat.”<sup>194</sup> Hadits tersebut menjadi dasar kewarisan ashabah menurut kalangan *ahlussunnah*.

Terdapat asas-asas yang menjadi dasar kaidah pemberlakuan hukum kewarisan Islam, diantaranya:<sup>195</sup>

a. Asas Individual, adalah asas yang menyatakan bahwa masing-masing ahli waris berhak memiliki harta waris secara perseorangan. Pembagian secara individual merupakan ketetapan yang memiliki konsekuensi sanksi berat di akhirat bagi yang melanggarnya, oleh sebabnya setiap muslim wajib menjalankannya. Ruang lingkup asas ini dalam kewarisan Islam terbagi menjadi 3 (tiga) hal, yaitu:

- 1). Dalam hal hitungan warisan: ahli waris mengetahui masing-masing bagiannya setelah dihitung sesuai dengan pembagian hukum *faraid*.
- 2). Dalam hal pembagian harta warisan: ahli waris berhak menerima bagian warisannya, akan tetapi belum tentu boleh membelanjakan (*tasarruf*) sendiri.

---

<sup>194</sup> Al-Bukhary, *Sahih Al-Bukhary*, vol. 2, Dar al-Kutub al'Ilmiyyah, Beirut, 1992, h. 314.

<sup>195</sup> Darmawan, *Hukum Kewarisan Islam*, Imtiyaz, Surabaya, 2018, h. 45.



- 3). Dalam hal Pentasarufan harta yang diperoleh dari bagian warisan: setiap ahli waris berhak untuk *mentasarrufkan* harta yang diperolehnya
- b. Asas *ijbariyyah*, adalah asas tentang peralihan harta waris kepada ahli waris dengan sendirinya secara otomatis. Adanya asas *ijbari* dalam hukum *faraid* dapat dilihat dari berbagai aspek, yaitu: aspek harta yang beralih, aspek peralihan jumlah harta, aspek peralihan hartanya kepada siapa.
- c. Asas keadilan berimbang, bahwa selain pada harta, hak dalam pembagian termasuk pula menjadi batasan keadilan. Substansi keadilan disini adalah seimbangannya tanggungjawab, baik dari sisi hak ataupun kewajiban. Sehingga dapat disimpulkan bahwa keadilan dalam kewarisan terletak pada keseimbangan antara hak dan kewajiban, begitu pula keseimbangan antara kegunaan dengan dan juga keseimbangan keperluan.
- d. Asas semata akibat kematian, bahwa asas *ijbari* memberi kaitan yang cukup erat dengan asas kematian akibat kematian ini. Kaitannya adalah ketika seseorang telah meninggal dunia, mau tidak mau harta otomatis beralih pada ahli warisnya. Beralihnya harta tadi karena yang punya harta sudah mati. Si mayit sudah tidak punya kuasa/hak sama sekali terhadap penggunaan hartanya tadi.

## 2. Pembagian Warisan

Sebagai salah satu sistem tata hukum, KHI termasuk menjadi salah satu upaya pemositifan hukum Islam yang diakui keberadaannya. Pasal 11 ayat 1 UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman sebagai pedoman dasar Mahkamah Agung untuk melaksanakan teknis yudisial.<sup>196</sup>

Meskipun memiliki kasus yang sama, terkadang para hakim memiliki pendapat yang berbeda, KHI digunakan sebagai rujukan dasar dikarenakan KHI sendiri memiliki sifat unifikatif dan kodifikatif. Kenyataan seperti ini terjadi hampir merata pada setiap persoalan, dengan kenyataan ini maka prinsip kepastian hukum kurang terealisasi dengan baik. KHI dibentuk guna menjadi pedoman dasar para Hakim di lingkungan Pengadilan Agama, akhirnya presiden Soeharto pada tanggal 10 Juni 1991, menandatangani Instruksi Presiden RI No. 1 Tahun 1991.<sup>197</sup>

Pada umumnya dalam permasalahan bab waris, kebanyakan umat Islam menggunakan pedoman kitab-kitab hukum waris Islam yang menganut asas patrilineal, namun hadirnya KHI memang sebagai jawaban atas kebiasaan penggunaan pedoman tentang hukum kewarisan itu sendiri yang selama ini dianut oleh Masyarakat muslim di Indonesia. Sedang sistem kewarisan

---

<sup>196</sup> Amin Husein Nasution, *Hukum Kewarisan: Suatu Analisis Komparatif Pemikiran Mujtahid Dan Kompilasi Hukum Islam*, Rajawali Press, Jakarta, 2012, h. 9.

<sup>197</sup> Habiburrahman, *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia*, Kencana Prenada, Group, Jakarta, 2011, h. 53.

bilateral memberi tawaran pada KHI yang sebagaimana tercantum dalam ayat 7 dan 11 QS. an Nisa [4].<sup>198</sup>

Sistem keluarga atau sistem kekerabatan memberikan corak pada tatanan sistem hukum warisan adat di Indonesia,<sup>199</sup> seperti yang telah dikemukakan Hazairin<sup>200</sup> bahwa aturan di Indonesia memang seharusnya sejalan dengan kepercayaan masyarakat di Indonesia, oleh karena masyarakat di Indonesia adalah mayoritas muslim, maka aturan yang seharusnya berlaku juga berasaskan hukum Islam. Selain itu teori tersebut dianggap bertentangan dengan Al Qur'an dan Hadits.<sup>201</sup>

Pemikiran hukum kewarisan Islam menurut Hazairin diantaranya:

- a. Sudut pandang Hazairin terhadap hukum kewarisan adalah sudut pandang sosail antropologi, dimana fiqh waris zaman dulu masih belum berkembang seperti sekarang. Sebagai ganti dari pengelompokan madzhab sunni yang mana ahli waris terdiri dari *dzawil furud*, *ashabah* dan *dzawil arham* menjadi *dzawil furud*, *dzawil qarabah* dan *mawali*.
- b. Terciptanya sebuah ide pemikiran, terkait susunan masyarakat bilateral, merupakan bentuk jawaban dari tersusunnya kebiasaan masyarakat yang sudah lama menggunakan konsep patrilineal,

---

<sup>198</sup> Alimuddin, *Kompilasi Hukum Islam Sebagai Hukum Terapan Bagi Hakim Pengadilan Agama*, Alauddin University Press, Makasar, 2011, h. 75.

<sup>199</sup> Hazairin, *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut Qur'an Dan Hadist*, Bina Aksara, Jakarta, 1981, h. 9.

<sup>200</sup> Hazairin sebagai sarjana hukum pertama yang dengan tegas menolak teori dari Snouck Hurgronje yaitu teori *Receptie* yang dimaknainya telah menyesatkan. Hazairin terhadap teori *Receptie* berpendapat, teori ini kontradiktif dengan Pancasila dan UUD 1945. *Ibid*.

<sup>201</sup> Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Kewarisan Islam*, UII Press, Yogyakarta, 2010, h. 14.

juga tak lepas dari metode penggalian hukum melalui antropologi sosial. Hal ini dalam masyarakat bilateral, baik garis laki-laki, maupun garis perempuan, pada dasarnya mempunyai hak yang sama untuk waris mewarisi. Sehingga kedudukan keturunannya sama-sama kuat baik laki-laki maupun perempuan ke bawahnya.<sup>202</sup>

c. Hazairin menafsirkan bahwa kalalah ialah keadaan orang yang meninggal tanpa memiliki keturunan, baik perempuan maupun laki-laki.

d. Setiap mawali, berhak mewaris peninggalan, dari orang yang digantikan, dimana tadinya orang yang digantikan tersebut akan mewarisi harta peninggalan itu, setelah masuknya sistem ahli waris pengganti (mawali) kedalam sistem kewarisan Islam, baik dari garis laki-laki maupun garis perempuan.<sup>203</sup>

Sebenarnya sudah ada upaya mendialogkan antara teori agama dengan ilmu pengetahuan, khususnya ilmu antropologi sosial manusia, hal ini terlihat dari pernyataan yang ditawarkan Hazairin untuk kewarisan Islam di Indonesia. Selain itu dalam beberapa tafsiran ayat waris, Hazairin mencoba untuk mengkorelasikan antara budaya dengan realitas yang ada di Indonesia, khususnya dalam persoalan paradigma tentang sistem masyarakat yang berlaku. Hazairin menambahkan, sistem masyarakat di Indonesia; ada yang menganut budaya patrilineal, ada juga yang menjunjung budaya matrilineal.

---

<sup>202</sup> M Aziz, 'Regulasi Zakat Di Indonesia: Upaya Menuju Pengelolaan Zakat Yang Profesional', Al Hikmah, *Jurnal Studi KeIslaman*, 2014, h. 4.

<sup>203</sup> Hazairin, *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut Qur'an Dan Hadist*, h. 50.

Dari kedua realitas budaya kekeluargaan itu dianggapnya kurang menerapkan keadilan, sehingga berangkatlah membuat gagasan kekeluargaan budaya yang parental atau bilateral yang mengafirmasi antara laki-laki dan perempuan memiliki hak yang sama tanpa ada sekat prioritas tertentu.<sup>204</sup>

Masalah kewarisan Islam telah diatur dalam 23 pasal (mulai pasal 171 hingga pasal 193) yang ada dalam Kompilasi Hukum Islam.<sup>205</sup> Terdapat alternatif dalam sistem pembagian kewarisan Islam yaitu pasal 183 yang tak pernah henti untuk dibahas. Pasal tersebut menyebutkan adanya pembagian harta waris secara damai, karenanya pasal ini pantas dikatakan sebagai jawaban dari problematika perbedaan sistem adat yang beragam.<sup>206</sup>

Sesuai dengan Pasal 183 KHI, para ahli waris dapat melakukan pembagian warisan secara damai setelah mereka mengetahui dan menyadari masing-masing bagiannya. Pasal tersebut berbunyi: “Para ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta waris, setelah masing-masing menyadari bagiannya.” Pasal ini merepresentasikan kebiasaan masyarakat yang kebanyakan membagi warisan dengan cara kekeluargaan.

Pendekatan dengan hukum adat dicoba untuk mengkompromikan kebiasaan masyarakat yang seringkali membagi warisan dengan jalan kekeluargaan, hal ini menjadi alasan Pasal 183 terbentuk, tujuannya untuk mencegah aturan yang tidak ada dalam al- Qur'an. Dari sisi yang lainnya, nilai-nilai adat kebiasaan itu faktanya membawa kebaikan dalam kerukunan

---

<sup>204</sup> *Ibid.*, h. 6.

<sup>205</sup> Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam Di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2013, h. 22.

<sup>206</sup> Uswatun Khasanah, ‘*Sistem Waris Takharuj Menurut Syaikh Ibnu Abidin Dan Relevansinya Dengan Keadilan*’, Skripsi, UIN Walisongo Semarang, Semarang, 2017, h. 9.

masyarakat, sehingga sangat wajar apabila kebiasaan tersebut berkembang dengan sendirinya di tengah-tengah masyarakat Indonesia.<sup>207</sup>

Tujuan agar hukum Islam lebih bisa diterima masyarakat tidak hanya terbatas dengan pendekatan hukum adat. Perpaduan nilai-nilai hukum adat dengan pengembangan *nash* al Qur'an juga turut menjadi cara pendekatan kompromistis itu sendiri. Bahkan, upaya mengkawinkan hukum Islam ke dalam hukum adat juga menjadi suatu ungkapan sikap dan langkah dalam kompromisasi antara hukum adat dengan nilai-nilai hukum Islam.<sup>208</sup>

Hukum Islam termasuk hukum yang cepat beradaptasi dengan adanya hukum adat, itu sebabnyIslam tidak selalu serta merta mengaplikasikan hukumnya terhadap hukum adat yang sudah terlebih dahulu ada. Salah satunya perdamaian dalam pembagian waris yang tercermin dalam Pasal 183 KHI.

#### **E. Tinjauan tentang Pengadilan Agama**

Kedudukan dan kewenangan Pengadilan Agama adalah sebagaimana yang disebutkan di dalam Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Peradilan Agama Buku II sebagai berikut .<sup>209</sup>

##### **1. Kedudukan.**

Pengadilan Agama merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam, mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam Undang-Undang

---

<sup>207</sup> Cik Hasan Bisri, *Hukum Islam Dan Peradilan Agama Dalam Sistem Hukum Nasional*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 1999, h. 47.

<sup>208</sup> *Ibid.*, h. 47-48

<sup>209</sup> Mahkamah Agung RI Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, 2013, *Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Peradilan Agama*, Buku II, Edisi Revisi, hlm.55-58.

Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.

## **2. Dasar Hukum.**

- a. Pasal 24 Ayat (2) dan (3) Undang-Undang Dasar 1945 beserta amandemennya.
- b. Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.
- c. Pasal 2 dan 3 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.

## **3. Kewenangan Pengadilan Agama.**

Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, shadaqah, dan ekonomi syaria'ah. Dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, maka pilihan hukum dalam penyelesaian sengketa waris Islam sudah tidak berlaku lagi.

#### **4. Hukum Materiil Pengadilan Agama.**

- a. Al-Quran dan hadits.
- b. Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946 Jo. Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954 Tentang Nikah, Talak, Ceraidan Rujuk (NTCR).
- c. Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- d. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- e. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1992 Tentang Perbankan sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 10 Tahun 1998.
- f. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 1999 Tentang Bank Indonesia.
- g. Undang-Undang Nomor 38 Tahun 1999 Tentang Pengelolaan Zakat.
- h. Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf.
- i. Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2008 Tentang Surat Berharga Syariah Negara.
- j. Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah.
- k. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.
- l. Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga.



- m. Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 Tentang Perwakafan Tanah Milik.
- n. Kompilasi Hukum Islam (KHI).
- o. Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 02 Tahun 2008 Tentang Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah (KHES).
- p. Peraturan Bank Indonesia yang berkaitan dengan ekonomi syari'ah.
- q. Yurisprudensi.
- r. Qanun Aceh. Fatwa Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama Indonesia (MUI).
- s. Fatwa Dewan Syari'ah Nasional Majelis Ulama Indonesia (MUI).
- t. Akad Ekonomi Syari'ah.

##### **5. Hukum Acara Pengadilan Agama.**

Untuk menegakkan hukum perdata materiil, fungsi Hukum Acara Perdata sangat menentukan. Hukum Perdata Materiil tidak dapat dilaksanakan tanpa adanya dukungan dari Hukum Acara Perdata ini. Menurut Wiryono Prodjodikoro, bahwa Hukum Acara Perdata adalah rangkaian peraturan-peraturan yang memuat cara bagaimana orang harus bertindak di muka pengadilan dan cara bagaimana pengadilan harus bertindak satu sama lain untuk melaksanakan berjalannya peraturan-peraturan Hukum Perdata.<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup>Wiryono Prodjodikoro, 1970, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Bandung, Penerbit Sumur, hlm. 12.

Obyek dari ilmu Hukum Acara Perdata ialah “keseluruhan peraturan yang bertujuan melaksanakan dan mempertahankan atau menegakkan Hukum Perdata Materiil dengan perantaraan kekuasaan Negara yang terjadi di pengadilan”.<sup>211</sup>

Melihat batasan-batasan yang dikemukakan oleh para pakar hukum sebagaimana tersebut diatas, maka dapat diketahui, bahwa Hukum Acara Perdata merupakan hukum yang mengatur tentang tata cara mengajukan gugatan kepada pengadilan, bagaimana pihak Tergugat mempertahankan diri dari gugatan Penggugat, bagaimana para Hakim bertindak baik sebelum dan sedang pemeriksaan dilaksanakan, dan bagaimana cara Hakim memutus perkara yang diajukan oleh Penggugat tersebut, serta bagaimana cara melaksanakan putusan tersebut sebagaimana mestinya sesuai dengan peraturan yang berlaku, sehingga hak dan kewajiban sebagaimana yang telah diatur dalam Hukum Acara Perdata dapat berjalan sebagaimana mestinya.

Para pihak yang bersengketa dapat memulihkan hak-haknya yang telah dirugikan oleh pihak lain melalui pengadilan tidak main hakim sendiri. Hukum Acara Perdata diatur hak dan kewajiban yang harus dilakukan oleh masing-masing pihak yang berperkara secara seimbang di depan sidang pengadilan sesuai dengan peraturan yang berlaku. Hukum Acara Perdata termasuk dalam ruang lingkup Hukum Privat (*Private Law*) di samping dengan Hukum Perdata Materiil.

---

<sup>211</sup> Sudikno Mertokusumo, 1988, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta, Penerbit Liberty, hlm. 4.

“Hukum Acara Perdata disebut dengan Hukum Perdata Formil, karena ia mengatur tentang proses penyelesaian perkara melalui pengadilan sesuai dengan norma-norma yang telah ditentukan secara formal”.<sup>212</sup>

Pendirian Lembaga Perdilan Agama di Jawa dan di Madura telah dibentuk oleh pemerintah Belanda dengan Stb. 1882 Nomor 152 jo. Stb. 1937 Nomor 116 dan 610, di Kalimantan Selatan dengan Stb 1937 Nomor 638 dan 639, kemudian setelah kemerdekaan Indonesia, pemerintah membentuk Pengadilan Agama di luar Jawa, Madura, dan Kalimantan Selatan dengan Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1957, tetapi dalam peraturan tersebut tidak disinggung sama sekali tentang Hukum Acara yang harus dipergunakan oleh Hakim dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan kepadanya.

Tidak ada ketentuan yang resmi yang mengatur tentang Hukum Acara yang berlaku di Pengadilan Agama, maka “para Hakim dalam mengadili perkara yang diajukan kepada Pengadilan Agama mengambil intisari Hukum Acara yang ada dalam kitab-kitab fiqh, yang dalam penerapannya berbeda antara satu Pengadilan Agama dengan Pengadilan Agama yang lain”.<sup>213</sup>

Ketentuan mengenai Hukum Acara di Pengadilan Agama baru ada sejak lahirnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan jo. Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang

---

<sup>212</sup>Abdul Manan, 2000, *Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama*, Cet. Kesatu, Jakarta, Yayasan Al-Hikmah, hlm. 2.

<sup>213</sup>*Ibid.*, hlm. 4-5.

Perkawinan. Ini pun baru sebagian kecil saja yang diatur dalam kedua peraturan ini. Ketentuan tentang Hukum Acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Agama baru disebutkan secara tegas sejak diundangkan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.

Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, selain diatur tentang susunan dan kewenangan Peradilan Agama, juga di dalamnya diatur tentang Hukum Acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Agama.

Pasal 54 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, bahwa “Hukum Acara yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama adalah Hukum Acara Perdata yang berlaku pada Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Umum, kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang ini”.

Hukum Acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Umum adalah *Herziene Inlandsch Reglement* (HIR.) untuk Jawa dan Madura, dan *Rechtsreglement Voor De Buitengewesten* (R.Bg.) untuk luar Jawa

dan Madura, maka “kedua Hukum Acara tersebut diberlakukan juga di lingkungan Peradilan Agama, kecuali hal-hal yang telah diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009, tersebut”.<sup>214</sup>Misalnya, pembebanan biaya perkara yang harus dibayar oleh Pemohon/Penggugat, pembuktian dengan alasan syiqaq, gugatan perceraian yang didasarkan atas alasan zina (*li'an*), beberapa ketentuan lain yang diatur secara khusus.

Hukum Acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Agama adalah sama dengan Hukum Acara yang berlaku di lingkungan Peradilan Umum, kecuali hal-hal yang telah diatur secara khusus dalam Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.

Hukum Acara Peradilan Agama adalah sebagai berikut :<sup>215</sup>

- 1). HIR.
- 2). RBg.
- 3). Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.

---

<sup>214</sup>*Ibid.*, hlm. 5.

<sup>215</sup>Mahkamah Agung RI Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, 2013, *Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Peradilan Agama*, Buku II, Edisi Revisi, Jakarta, Mahkamah Agung RI, Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, hlm.55-58.

- 4). Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama sebagaimana yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.
- 5). Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.
- 6). Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.
- 7). Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga.
- 8). Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974.
- 9). Yurisprudensi.
- 10). Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) dan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA).
- 11). Kompilasi Hukum Islam.
- 12). Peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan Peradilan Agama.

**BAB III**

**REGULASI PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA DALAM  
PEMBAGIAN WARIS SAAT INI MASIH BELUM BERKEADILAN**

**A. Pengaturan Regulasi tentang Harta Bersama**

Sebagaimana telah dibahas di bab sebelumnya, harta bersama diatur dalam hukum positif, baik undang-undang perkawinan maupun KHI. Dengan demikian, segala urusan yang berkenaan dengan harta bersama didasari kedua sumber hukum positif tersebut. Sebagai contoh, jika pasangan suami isteri ternyata harus bercerai, pembagian harta bersama mereka harus jelas didasari pada ketentuan-ketentuan yang berlaku dalam hukum positif tersebut.

**1. Menurut Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan**

Tentang harta bersama dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 pada Bab VII dengan judul ‘harta bersama dalam perkawinan’ yang terdiri dari 3 (tiga) pasal, yakni Pasal 35, 36 dan 37.<sup>216</sup>

Pasal-pasal tersebut menyatakan bahwa:

Pasal 35

- (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama
- (2) Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri, dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak sudah menentukan lain.

---

<sup>216</sup> Undang-Undang Pokok Perkawinan, Sinar Grafika, Jakarta, 2006, h. 12.

### Pasal 36

- (1) Mengenai harta bersama, suami isteri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak.
- (2) Mengenai harta bawaan masing-masing suami isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai harta bendanya.

### Pasal 37

- (1) menjelaskan bahwa bisa perkawinan putus karena perceraian, harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.

Dalam ketentuan Pasal 35 Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 jelas diterangkan bahwa harta dalam perkawinan terdiri dari harta bersama dan harta bawaan. Harta bersama adalah harta benda yang diperoleh selama ikatan perkawinan berlangsung dan oleh karena itu ia menjadi milik bersama suami dan isteri. Karena demikian sifatnya, maka terhadap harta bersama suami isteri dapat bertindak hanya atas persetujuan bersama. Sedangkan harta bawaan adalah harta yang diperoleh masing-masing suami atau isteri sebagai hadiah atau warisan selama dalam ikatan perkawinan, dan oleh karena itu ia menjadi hak dan dikuasai sepenuhnya oleh masing-masing suami atau isteri.<sup>217</sup>

Undang-undang Perkawinan hanya mengatur persoalan-persoalan yang pokok, sedangkan penjabarannya didasarkan atas peraturan-peraturan

---

<sup>217</sup> Slamet Abidin dan Aminuddin, *Fiqh Munakahat I*, Pustaka Setia, Bandung, 1999, h. 18.



yang ada di bawahnya. Adapun asas penting dalam Undang-undang Perkawinan adalah sebagai berikut:

- a. Tidak ada pengecualian dalam penerapan hukum harta perkawinan untuk kelompok tertentu. (Pasal 37)
- b. Asas monogami relatif (Pasal 3 ayat 1).
- c. Persamaan hak suami istri (Pasal 31 ayat 1).

Pengaturan harta bersama yang demikian sesuai dengan hukum adat, dimana dalam hukum adat itu dibedakan dalam harta gono-gini yang menjadi milik bersama suami isteri, dan harta bawaan menjadi milik masing-masing pihak suami atau isteri.

Diikutinya sistem hukum adat oleh Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 sebagai hukum nasional adalah sebagai konsekuensi dari politik hukum Indonesia yang telah menggariskan bahwa pembangunan hukum nasional haruslah berdasarkan hukum adat sebagai hukum kepribadian bangsa Indonesia yang berdasarkan Pancasila.<sup>218</sup>

## 2. Menurut KUH Perdata

KUHPerdata (BW), mengatur tentang harta bersama dalam Bab VI Pasal 119- 138, yang terdiri dari 3 (tiga) macam, yakni harta bersama menurut Undang-undang (Pasal 119-123); pengurusan harta bersama (Pasal 124-125); dan pembubaran gabungan harta bersama dan hak untuk melepaskan diri dari padanya (Pasal 126-138).<sup>219</sup> Harta benda dalam

---

<sup>218</sup> R. Purwoto S, *Renungan Hukum*, Pengurus Pusat Ikatan Hakim Indonesia, Jakarta, 1998, h. 449.

<sup>219</sup> Hadikusuma, 2003

perkawinan diatur dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 (Selanjutnya disebut Undang-undang Perkawinan).

Termuat dalam Bab VII yang terdiri dari 3 (tiga) pasal, yaitu Pasal 35, Pasal 36 dan Pasal 37. Pasal 35 ayat (1) mengatur tentang harta yang diperoleh selama perkawinan, menjadi harta bersama; sedangkan pada ayat (2) dijelaskan tentang harta bawaan; harta benda yang didapat sebelum perkawinan serta harta yang didapat sebagai hadiah atau warisan tetap berada di tangan masing-masing pihak sepanjang tidak ditentukan lain. Pasal 36 ayat (1) berisi tentang harta bersama dapat digunakan dengan persetujuan kedua belah pihak, sedangkan di ayat (2) diatur tentang para pihak dapat melakukan perbuatan hukum terhadap harta bawaan masing-masing. Dalam Pasal 37 diatur tentang jika terjadi perceraian, maka harta bersama diatur menurut hukum masing-masing para pihak.

### **3. Menurut Kompilasi Hukum Islam**

Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal 85 Adanya harta bersama dalam perkawinan itu tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami atau isteri.

Selanjutnya Pasal 86 ayat 1 menetapkan bahwa pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta isteri karena perkawinan. Dan pada ayat ke dua dijelaskan bahwa harta isteri tetap menjadi hak isteri dan dikuasi penuh olehnya, demikian juga harta suami tetap menjadi hak suami dan dikuasi penuh olehnya.

Pasal 87 ayat 1 menetapkan harta bawaan masing-masing suami dan isteri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai wasiat atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain dalam perjanjian perkawinan. Selanjutnya pada ayat 2 disebutkan bahwa suami dan isteri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum atas harta masing-masing berupa hibah, hadiah, sodaqah atau lainnya.

Selanjutnya dalam Pasal 88 dijelaskan apabila terjadi perselisihan antara suami isteri tentang harta bersama, maka penyelesaian perselisihan itu diajukan kepada Pengadilan Agama.

Pasal 91 menjelaskan bahwa:

- 1). Harta bersama sebagaimana tersebut dalam Pasal 85 di atas dapat berupa benda berwujud atau tidak berwujud.
- 2). Harta bersama yang berwujud dapat meliputi benda tidak bergerak, benda bergerak dan surat-surat berharga.
- 3). Harta bersama yang tidak berwujud dapat berupa hak maupun kewajiban.
- 4). Harta bersama dapat dijadikan sebagai barang jaminan oleh salah satu pihak atas persetujuan pihak lainnya.

Pembagian harta bersama setelah putusnya perkawinan dijelaskan dalam Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ayat (1) menyebutkan apabila terjadi cerai mati maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama. Hal ini sama dengan ketentuan Pasal 97 KHI bahwa janda

atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian.

#### 4. Harta bersama dalam Hukum Islam

Hukum Islam tidak mengatur tentang harta bersama dan harta bawaan ke dalam ikatan perkawinan, yang ada hanya menerangkan tentang adanya

وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا لَهُ وَاللِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَبْنَا لِلنِّسَاءِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا

Artinya:

Janganlah kamu berangan-angan (iri hati) terhadap apa yang telah dilebihkan Allah kepada sebagian kamu atas sebagian yang lain. Bagi laki-laki ada bagian dari apa yang mereka usahakan dan bagi perempuan (pun) ada bagian dari apa yang mereka usahakan. Mohonlah kepada Allah sebagian dari karunia-Nya. Sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala sesuatu.

Ayat tersebut bersifat umum dan tidak hanya ditujukan terhadap suami atau isteri, melainkan semua pria dan wanita. Jika mereka berusaha dalam kehidupannya sehari-hari, maka hasil usaha mereka itu merupakan harta pribadi yang dimiliki dan dikuasai oleh pribadi masing-masing. Untuk hukum waris ayat tersebut mengandung pengertian bahwa setiap pria atau wanita mempunyai hak untuk mendapat bagian harta warisan yang ditinggalkan atau diberikan orang tua.<sup>220</sup>

<sup>220</sup> Hilman Hadi Kusuma, Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundangan, Hukum Adat Hukum Agama, (Bandung; Mandar Maju, 2007), h. 117

Pandangan Hukum Islam yang memisahkan harta kekayaan suami isteri sebenarnya memudahkan pemisahan mana yang termasuk harta suami dan mana yang termasuk harta isteri, mana harta bawaan suami dan mana harta bawaan isteri sebelum terjadinya perkawinan, mana harta suami atau isteri yang diperoleh secara sendiri-sendiri selama perkawinan, serta mana harta bersama yang diperoleh secara bersama selama terjadinya perkawinan.

#### **B. Harta Bersama sebagai Waris**

Seringkali masyarakat berpandangan apabila suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris. Untuk menjawab hal tersebut kita bisa berpatokan pada Pasal 128 KUHPdata dan Pasal 96 ayat (1) KHI. Kedua ketentuan tersebut pada intinya menyatakan bahwa dalam hal terjadinya kematian, maka harta bersama dibagi menjadi 2 (dua), yaitu 1. menjadi milik suami/istri (yang masih hidup) dan 2. menjadi hak dari para ahli waris. Untuk memudahkan, dibawah ini adalah kutipan dari pasal-pasal dimaksud:

Pasal 128 KUHPdata

“Setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka bagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu”.

Pasal 96 ayat (1) KHI:

“apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”

Apabila kita memperhatikan ketentuan Pasal 128 KUHPdata dan Pasal 96 ayat (1) KHI di atas, pandangan masyarakat yang menyimpulkan bahwa

“dalam hal suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris” adalah tidak tepat.

Dalam hal terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris, terlebih dahulu harta bersama harus dibagi 2, dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris. Terkait harta bersama sebagai harta waris ini telah diuji dalam sebuah sengketa di Pengadilan. Dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 3784K/Pdt/1992 tanggal 30 Maret 1995 dinyatakan bahwa seorang janda mendapatkan  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama dan  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi harta warisan dari almarhum suami.

### **C. Dasar Persoalan Hak Waris Harta Bersama**

Dasar persoalan hak waris antara keluarga suami dan isteri adalah berawal dari terjadinya konflik. Dalam penelitian ini konflik yang terjadi adalah keluarga suami memperlakukan kepemilikan harta bersama yang dimiliki oleh suami dan isteri tersebut. Sehingga terjadinya konflik diantara keluarga suami dan isteri tersebut. Ketika konflik yang terjadi semakin besar dan tidak terkendali hal tersebut yang melatar belakangi terjadinya sengketa. Sengketa dalam penelitian ini adalah harta bersama yang diperebutkan oleh keluarga suami yang sudah meninggal dengan isteri.

Harta bersama dalam suatu pernikahan diatur dalam Bab VI Kitab Undang-undang Hukum Perdata atau yang biasa disebut dengan KUHPerdata. Pasal 120 KUHPerdata didalamnya: “Berkaitan dengan soal keuntungan, maka harta bersama itu meliputi barang- barang bergerak dan barang-barang tak bergerak suami isteri itu, baik yang sudah ada maupun yang akan ada, juga barang-barang yang mereka peroleh secara cuma-cuma, kecuali bila dalam hal terakhir ini yang mewariskan atau yang menghibahkan menentukan kebalikannya dengan tegas.”

Harta bersama tersebut merupakan harta yang didapatkan oleh suami isteri selama masa perkawinannya. Dimana dalam penelitian ini sampai dengan terjadinya kematian si suami. Kematian tersebut menyebabkan isteri atau si janda ditinggalkan yang mengakibatkan penguasaan dalam harta bersama yang diperoleh selama masa perkawinan hingga kematian si suami. Namun, semasa hidupnya si suami juga memiliki keluarga yang memiliki hubungan darah dengan suami yang telah meninggal. Pada dasarnya, keluarga si suami tidak memiliki hak apapun terhadap harta yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut bersama dengan isteri atau janda yang ditinggalkannya. Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Permasalahan muncul berkaitan dengan pembagian warisan apabila pewaris salah satu meninggal dunia baik istri maupun suami yang terlebih dahulu meninggal hingga terbukanya warisan, dalam hal suami isteri mempunyai anak, maka ahli waris yang berhak menerimanya adalah istri/suami yang masih hidup dengan anaknya sesuai pembagian dalam hukum Islam, namun pembagian

warisan akan menjadi semakin rumit manakala suami istri tidak mempunyai keturunan atau hanya mempunyai anak angkat kemudian salah satu pewaris meninggal dunia (baik suami ataupun istri) maka terdapat ahli waris lain dari pihak pewaris yang meninggal dunia tersebut untuk mendapat bagian disamping ada hak waris istri yang ditinggalkan pewaris, bahwa pembagian warisan tersebut menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan.

Masalah waris merupakan masalah yang sangat penting, karena terkait dengan harta waris di mana jika pembagiannya dirasa tidak adil, maka akan mengakibatkan sengketa antara ahli warisnya. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat.<sup>221</sup>

Apabila dalam musyawarah tidak tercapai kata kesepakatan, maka pihak tertentu dalam keluarga akan menggugat pihak lain dalam suatu lembaga peradilan” Dalam Pasal 124 KUH Perdata disebutkan, bahwa: “Dia tidak boleh memberikan harta bersama sebagai hibah antara mereka yang sama-sama masih hidup, baik barang-barang tak bergerak maupun keseluruhannya atau suatu bagian atau jumlah yang tertentu dan barang-barang bergerak, bila bukan kepada anak-anak yang lahir dan perkawinan mereka, untuk memberi suatu kedudukan. Bahkan dia tidak boleh menetapkan ketentuan dengan cara hibah mengenai sesuatu barang yang khusus, bila dia memperuntukkan untuk dirinya hak pakai hasil dari barang itu.” Sengketa muncul karena keserakahan untuk menguasai dan

---

<sup>221</sup> Ellyne, P. D., *Pemahaman Sepultur Hukum Hak Waris di Indonesia*, Prenada Media Group, Jakarta, 2018, h. 45.



mendapatkan harta warisan. Mereka ingin dimasukan sebagai pihak ahli waris dengan mendapatkan persentase yang lebih besar atas harta warisan. Dalam penelitian ini pihak keluarga suami ingin mendapatkan pembagian yang lebih besar atas hana peninggalan suami yang termasuk harta bersama di dalamnya. Pemicu sengketa warisan dalam praktek ada yang muncul karena pihak keluarga suami menjadi serakah atas harta peninggalan suami yang telah meninggal. Hal tersebut merupakan hal yang mendasari persoalan antara keluarga suami dan istri yang ditinggalkan suami.

#### **D. Perkara Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris yang Diputus Oleh Pengadilan Agama Kendal**

##### **1. Tentang Pengadilan Agama Kendal**

Tugas Pengadilan Agama Kendal adalah: melaksanakan tugasnya sesuai dengan ketentuan Pasal 2 jo. Pasal 49 Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama adalah memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara tertentu antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:

a. Perkawinan, adalah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan Undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku yang dilakukan menurut Syari'ah.

1). Izin beristri lebih dari seorang;

- 2). Izin melangsungkan perkawinan bagi orang yang belum berusia 21 (dua puluh satu) tahun, dalam hal orang tua wali, atau keluarga dalam garis lurus ada perbedaan pendapat;
- 3). Dispensasi perkawinan;
- 4). Pencegahan perkawinan;
- 5). Penolakan perkawinan oleh pegawai pencatat nikah;
- 6). Pembatalan perkawinan;
- 7). Gugatan kelalaian atas kewajiban suami dan istri;
- 8). Perceraian karena talak;
- 9). Gugatan perceraian;
- 10). Penyelesaian harta bersama;
- 11). Penguasaan anak-anak;
- 12). Ibu dapat memikul biaya pemeliharaan dan pendidikan anak bilamana bapak yang seharusnya bertanggung jawab tidak mematuhi.
- 13). Penentuan kewajiban memberi biaya penghidupan oleh suami kepada bekas istri atau penentuan suatu kewajiban bagi bekas istri;
- 14). Putusan tentang sah tidaknya anak;
- 15). Putusan tentang pencabutan kekuasaan orang tua;
- 16). Pencabutan kekuasaan wali;
- 17). Penunjukan orang lain sebagai wali oleh pengadilan dalam hal kekuasaan seorang wali dicabut;

- 18). Penunjukan seorang wali dalam hal seorang anak yang belum cult-up umur 18 (delapan belas) tahun yang ditinggal kedua orang tuannya;
  - 19). Pembebanan kewajiban ganti kerugian atas harta benda anak yang berada dibawah kekuasaannya;
  - 20). Penetapan asal-usul seorang anak dan penetapan pengangkatan anak berdasarkan hukum islam;
  - 21). Putusan tentang hal penolakan pemberian keterangan untuk melakukan perkawinan campuran;
  - 22). Pernyataan tentang sahnya perkawinan yang terjadi sebelum undang-undang nomor 1 tahun 1974 tentang perkawinan dan dijalankan menurut peraturan yang lain.
- b. Waris, adalah penentuan siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai harta peninggalan, penentuan harta masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut, serta penetapan pengadilan atas permohonan seseorang tentang penentuan siapa yang menjadi ahli waris, penentuan bagian masing-masing ahli waris.
- c. Wasiat, adalah perbuatan seseorang memberikan suatu benda atau manfaat kepada orang lain atau lembaga/badan hukum yang berlaku setelah yang memberi tersebut meninggal dunia.

- d. Hibah, adalah pemberian suatu benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang atau badan hukum kepada orang lain atau badan hukum untuk dimiliki.
- e. Wakaf, adalah perbuatan seseorang atau sekelompok orang (wakif) untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut Syari'ah.
- f. Zakat, adalah harta yang wajib disisihkan oleh seorang muslim atau badan hukum yang dimiliki oleh orang muslim sesuai dengan ketentuan Syari'ah untuk diberikan kepada yang berhak menerimanya.
- g. Infaq, adalah perbuatan seseorang memberikan sesuatu kepada orang lain guna menutupi kebutuhan; baik berupa makanan, minuman, mendermakan, memberikan rezeki (karunia), atau menafkahkan sesuatu kepada orang lain berdasarkan rasa ikhlas, dan karena Allah Swt.
- h. Shadaqah, adalah perbuatan seseorang memberikan sesuatu kepada orang lain lembaga/badan hukum secara spontan dan sukarela tanpa dibatasi oleh waktu dan jumlah tertentu dengan mengharap ridho Allah Swt dan pahala semata;
- i. Ekonomi Syari'ah, adalah perbuatan atau kegiatan usaha yang dilaksanakan menurut prinsip syari'ah.

## **2. Perkara Pembagian Waris Harta Bersama yang telah diputus oleh Pengadilan Agama Kendal**

Sebagaimana Tugas Pengadilan Agama Kendal yang melaksanakan tugasnya sesuai dengan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara tertentu antara orang-orang yang beragama Islam, dalam hal ini adalah perkara kewarisan khususnya perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama.

Pengadilan Agama Kendal adalah Pengadilan Agama Kelas I A yang pernah memeriksa dan memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama, yaitu salah satunya adalah Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. yang menentukan harta bersama ERNI SUGIYANTI BINTI SUGIYONO dengan Almarhum TRI HADI BIN SUALMAN adalah:

- (1). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3100/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 04-06-2016 berdasarkan akta jual beli No. 164/2016 yang dibuat oleh Notaris Raden Ayu Tjahjati Lestari Handokojati, SH, MKn, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: TRI HADI; Sebelah Barat: TRI HADI; Sebelah Timur: Jalan Arifin;

- (2). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3099/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 14-06-2017 berdasarkan akta jual beli No. 35/2017 yang dibuat oleh Santoso, SH, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: Rubiyoto; Sebelah Barat: Jumi; Sebelah Timur: Jalan Arifin;
- (3). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2099/Boja, yang tercatat atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 25/2014 tanggal 07-02-2014, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 199 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Sembilan meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: Mahfud (salon Fitri); Sebelah Selatan: TRI HADI; Sebelah Barat: Samiatun; Sebelah Timur: Jalan;

- (4). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2100/Boja, yang tercatat atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 269/2016 tanggal 16-05-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 212 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Dua Belas meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: Tanah Said; Sebelah Barat: Tanah Samiatun; Sebelah Timur: Jalan;
- (5). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2800/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 536/2016 tanggal 06-10-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 100 \text{ m}^2$  (Seratus meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: Taziun; Sebelah Barat: Harun; Sebelah Timur: Trihandoko;
- (6). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 1970/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 051/2017 tanggal 08-02-2017, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto,

SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm$  210 m<sup>2</sup> (Dua Ratus Sepuluh meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: Jalan Pemuda; Sebelah Selatan: TRI HADI; Sebelah Barat: Salim; Sebelah Timur: Tri Hadi;

- (7). Hutang Pewaris kepada Siti Fitriyani sejumlah Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah);
- (8). Majelis Hakim menetapkan bahwa dictum (1)-(6) tersebut di atas setelah dikurangi Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) merupakan harta bersama Pewaris TRI HADI BIN SUALMAN dan Penggugat ERNI SUGIYANTI BINTI SUGIYONO.
- (9). Selanjutnya separoh (1/2) bagian dictum angka 8 di atas adalah hak atau milik Penggugat ES selaku Isteri, dan (1/2) bagian adalah hak atau milik almarhum Tri Hadi bin Sualman selaku Suami;
- (10). Bahwa harta bawaan almarhum Tri Hadi bin Sualman dan separoh (1/2) bagian harta bersama yang menjadi hak atau milik almarhum Tri Hadi bin Sualman adalah sebagaimana dictum (9) di atas adalah sebagai tirkah (harta warisan) almarhum Tri Hadi bin Sualman yang harus dibagikan kepada ahli warisnya.

Penggugat (istri) dan Tergugat (para ahli waris), bahwa kedua belah pihak sama-sama sedang menyangkatakan sesuatu yang amat penting. Dari proses-proses sidang yang berkali-kali dan sesekali hakim pergi ke lokasi



dan memeriksa harta-harta mereka di tempat, dapat diketahui bahwa mereka sedang menyengketakan kewarisan diantaranya adalah harta bawaan ataupun harta bersama.

Dalam dunia peradilan, khususnya yang menyangkut kewenangan Pengadilan Agama, dalam kewarisan kedua belah pihak yang sedang berurusan dengan pengadilan tentang harta ini biasanya sedang menyengkatan harta bersama yang juga sering disebut harta gono-gini dan juga harta bawaan.

Nomenklatur perkara harta bersama, dalam undang-undang, masih masuk dalam bidang perkawinan. Secara yuridis, perkara ini menjadi kompetensi absolut Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) huruf (a) UU Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Cakupan bidang perkawinan tersebut, menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU tersebut, termasuk perkara “penyelesaian harta bersama”.

Eksistensi harta bersama ini juga disebut dalam Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang menegaskan, harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ditegaskan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf (f) yaitu, bahwa harta bersama mencakup semua harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Sebagaimana Pengadilan Agama Kendal yang telah melaksanakan tugasnya dengan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara kewarisan dan telah memutus perkara tersebut dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl.

Dalam duduk perkara, bahwa Penggugat ES (Istri Pewaris) dalam surat gugatannya tanggal 06 April 2023 telah mengajukan Kewarisan, yang telah terdaftar di Kepaniteraan Pengadilan Agama Kendal dengan Nomor 838/Pdt.G/2023/PA.Kdl tanggal 06 April 2023, dengan mengajukan dalil-dalil sebagai berikut:

- 1). Bahwa sekitar tahun 1975 telah terjadi perkawinan sah menurut ketentuan Hukum Islam, dan telah dicatatkan sesuai dengan hukum yang berlaku antara seorang laki-laki bernama TRI HADI bin SUALMAN dengan seorang perempuan bernama SISMIJATI binti SOEDITA;
- 2). Bahwa dalam perkawinan antara TRI HADI bin SUALMAN dengan SISMIJATI binti SOEDITA telah lahir 3 (tiga) orang anak, yaitu:
  - 2.1) SISKHA HIDAYANTI BINTI TRI HADI, umur 47 tahun;
  - 2.2) OSCA FIRANTO BIN TRI HADI, umur 46 tahun;
  - 2.3) SURYANINGRUM BINTI TRI HADI, umur 36 tahun
- 3). Bahwa perkawinan antara TRI HADI bin SUALMAN dengan SISMIJATI binti SOEDITA telah putus, bercerai pada tanggal 25 Oktober 2012 berdasarkan Akta Cerai No. 2071/AC/2012/PA. Kdl Pengadilan Agama Kendal;

- 4). Bahwa sebelum TRI HADI bin SUALMAN bercerai dengan SISMIJATI binti SOEDITA, sekitar tahun 1996 TRI HADI bin SUALMAN telah menjalin hubungan pernikahan siri dengan perempuan bernama SUPRAPTI binti DARSO WIYONO, pernikahan siri tidak dicatatkan di Kantor Urusan Agama (KUA) dan dalam hubungan pernikahan siri tersebut telah dilahirkan 3 (tiga) orang anak, yaitu:
- 4.1) YUSUF FATONI, umur 26 tahun;
  - 4.2) ANISA FATRIANI, umur 24 tahun;
  - 4.3) GEMA WAHYU PATRIYA, umur 19 tahun;
- 5). Bahwa sekitar tahun 2007, TRI HADI bin SUALMAN telah menjatuhkan talak kepada SUPRAPTI binti DARSO WIYONO sesuai dengan Pengakuan Para Tergugat sebagaimana termuat dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal No. 1597/Pdt.G/2022/PA.Kdl, halaman 24;
- 6). Bahwa kemudian pada tanggal 25 Oktober 2012, TRI HADI bin SUALMAN juga menjatuhkan talak terhadap SISMIJATI binti SOEDITA sebagaimana tersebut dalam Akta Cerai No. 2071/AC/2012/PA.Kdl Pengadilan Agama Kendal;
- 7). Bahwa setelah TRI HADI bin SUALMAN menceraikan SISMIJATI binti SOEDITA, kemudian pada tanggal 18 Agustus 2013, TRI HADI bin SUALMAN kawin dengan ERNI SUGIYANTI binti SUGIYONO secara sah menurut Agama Islam, dan telah dicatatkan di Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal sebagaimana tersebut dalam kutipan Akta Nikah No. 0383/012/VIII/2013;

- 8). Bahwa pada waktu kawin, status TRI HADI bin SUALMAN duda cerai, kawin dengan ERNI SUGIYANTI binti SUGIYONO janda cerai;
- 9). Bahwa dalam perkawinan TRI HADI bin SUALMAN dengan ERNI SUGIYANTI binti SUGIYONO tidak dikaruniai keturunan/anak;
- 10). Bahwa TRI HADI bin SUALMAN telah meninggal dunia pada tanggal 15 Mei 2021 (lima belas Mei dua ribu dua puluh satu) di Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang karena sakit;
- 11). Bahwa TRI HADI bin SUALMAN meninggal dunia, meninggalkan seorang istri sah (ERNI SUGIYANTI), 3 (tiga) orang anak dari perkawinan sah dengan SISMIJATI, dan 3 (tiga) orang anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI, mereka semua adalah:
  - a. SISKHA HIDAYANTI (anak dari perkawinan dengan SISMIJATI);
  - b. OSCA FIRANTO (anak dari perkawinan dengan SISMIJATI);
  - c. SURYANINGRUM (anak dari perkawinan dengan SISMIJATI);
  - d. YUSUF FATONI (anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI);
  - e. ANISA FATRIANI (anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI);
  - f. GEMA WAHYU PATRIYA (anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI);
- 12). Bahwa TRI HADI bin SUALMAN di samping meninggalkan istri dan anak-anak sebagaimana tersebut dalam ppsita angka 11) di atas, TRI HADI bin SUALMAN juga meninggalkan 10 (sepuluh) bidang tanah SHM dan 4 (empat) buah rumah;

13). Bahwa dari 10 (sepuluh) bidang tanah peninggalan almarhum TRI HADI bin SUALMAN, ada 4 (empat) bidang tanah dan 2 (dua) rumah yang didapat/diperoleh sebelum TRI HADI kawin dengan Penggugat, dan ada 6 (enam) bidang tanah dan 2 (dua) rumah yang didapat/diperoleh setelah TRI HADI kawin dengan Penggugat, sebagai harta gono-gini;

14). Bahwa 4 (empat) bidang tanah dan 2 (dua) rumah yang didapat/diperoleh sebelum TRI HADI kawin dengan Penggugat, yaitu:

3.1). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 2767/WONOLOPO, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 13 Desember 2004, seluas kurang lebih 211 m<sup>2</sup> (dua ratus sebelas meter persegi) terletak di Dk. Wonolopo RT 002/ RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 851/Wonolopo/1999, tertanggal 13-03-1999 (tiga belas Maret Seribu Sembilan Ratus Sembilan Puluh Sembilan) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Umar Rochman
- Sebelah Selatan : Tri Hadi
- Sebelah Barat : Jalan
- Sebelah Timur : Saian

Rumah ditempati oleh Tergugat IV, Tergugat V dan Tergugat VI, sedangkan sertifikat SHM Nomor 276/WONOLOPO dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa I;

3.2). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 4231/WONOLOPO, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 09 April 2010, seluas kurang lebih 94 m<sup>2</sup> (Sembilan Puluh Empat meter persegi) terletak di Dk. Wonolopo RT 002/ RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 01065/Wonolopo/2010, tertanggal 31-03-2010 (tiga puluh satu Maret Dua Ribu Sepuluh) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Tri Hadi
- Sebelah Selatan : Masturi
- Sebelah Barat : Jalan
- Sebelah Timur : Tri Hadi

Rumah ditempati oleh Tergugat IV, Tergugat V dan Tergugat VI, sedangkan sertifikat SHM Nomor 276/WONOLOPO dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa II;

3.3). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 3063/WONOLOPO,

yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 21 Februari 2013, seluas kurang lebih 105 m<sup>2</sup> (seratus lima meter pesegi) terletak di Dk. Wonolopo RT 002/ RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 82/Wonolopo/2002, tertanggal 30-12-2002 (Tiga Puluh Desember Dua Ribu Dua) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Saian
- Sebelah Selatan : Tri Hadi
- Sebelah Barat : Tri Hadi
- Sebelah Timur : Jalan Arifin

Rumah ditempati oleh Tergugat IV, Tergugat V dan Tergugat VI, sedangkan sertifikat SHM Nomor 276/WONOLOPO dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa III;

- 3.4). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 170/BENDAN DUWUR, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 23 Nopember 2010, seluas kurang lebih 495 m<sup>2</sup> (Empat Ratus Sembilan Puluh Lima meter pesegi) terletak di Jalan Gunung Talang III, RT 004 RW 002, Kelurahan Bendan Duwur Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah,

dengan Surat Ukur Nomor: 212/III/1997, tertanggal 06-Mei-1997 (Enam Mei Seribu Sembilan Ratus Sembilan Puluh Tujuh) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Dayak dan Perumnas
- Sebelah Selatan : Nur Falich
- Sebelah Barat : Mul
- Sebelah Timur : Jalan

Rumah dikontrakkan oleh Para Tergugat, sedangkan sertifikat SHM Nomor 170/BENDANDUWUR dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa IV;

15). Bahwa sedangkan 6 (enam) bidang tanah dan 2 (dua) bangunan rumah harta peninggalan TRI HADI Bin SUALMAN yang didapat/diperoleh setelah TRI HADI kawin dengan Penggugat, sebagai harta gono-gini, yaitu:

- 5.1). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3100/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 04-06-2016 berdasarkan akta jual beli No. 164/2016 yang dibuat oleh Notaris Raden Ayu Tjahjati Lestari Handokojati, SH, MKn, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo,



Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah,  
dengan batas-batas sebagai berikut:

Sebelah Utara: TH;

Sebelah Selatan: TH;

Sebelah Barat: TH;

Sebelah Timur: Jalan Arifin;

5.2). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3099/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 14-06-2017 berdasarkan akta jual beli No. 35/2017 yang dibuat oleh Santoso, SH, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196$  m<sup>2</sup> (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;

- Sebelah Selatan: Rubiyoto;

- Sebelah Barat: Jumi;

- Sebelah Timur: Jalan Arifin;

5.3). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2099/Boja, yang tercatat atas nama TH, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 25/2014 tanggal 07-02-2014, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH,

MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 199 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Sembilan meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: Mahfud (salon Fitri);
- Sebelah Selatan: TRI HADI;
- Sebelah Barat: Samiatun;
- Sebelah Timur: Jalan;

5.4). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2100/Boja, yang tercatat atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 269/2016 tanggal 16-05-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 212 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Dua Belas meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;
- Sebelah Selatan: Tanah Said;
- Sebelah Barat: Tanah Samiatun;
- Sebelah Timur: Jalan;

5.5). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2800/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 536/2016 tanggal 06-10-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 100 \text{ m}^2$  (Seratus meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;
- Sebelah Selatan: Taziun;
- Sebelah Barat: Harun;
- Sebelah Timur: Trihandoko;

5.6). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 1970/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 051/2017 tanggal 08-02-2017, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 210 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Sepuluh meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

Sebelah Utara: Jalan Pemuda;

Sebelah Selatan: TRI HADI;

Sebelah Barat: Salim;

Sebelah Timur: Trihandoko;

- 16). Bahwa sertifikat hak milik objek sengketa I,II,III,IV,V,VI,VII,VIII,IX dan X diakui kebenarannya oleh Para Tergugat dan diakui pula aslinya di bawah/dikuasai oleh Para Tergugat dalam sidang pembuktian dalam perkara yang sudah diputus terbukti sebagaimana terdapat dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal No. 1597/Pdt.G/2022/PA.Kdl;
- 17). Bahwa perkara Gugatan Waris ini sudah pernah diperiksa dan telah dilakukan sidang Pemeriksaan Setempat (PS) dalam perkara No. 1597/Pdt.G/2022/PA.Kdl dan sudah diputus bahwa menurut hasil sidang pemeriksaan setempat dinyatakan terbukti bahwa objek sengketa I,II,III,IV,V,VI,VII,VIII,IX dan X sudah sesuai antara yang tersebut dalam gugatan dengan hasil pemeriksaan setempat., objeknya ada semua, dan dinyatakan benar adanya (Putusan PA Kendal Nomor: 1597/Pdt.G/2022/PA.Kdl), oleh karena itu dalam perkara ini tidak perlu dilakukan sidang Pemeriksaan Setempat (PS);
- 18). Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 190 KHI seorang janda atau isteri berhak mendapat bagian atas gono-gini dari rumah tangga dengan suaminya, sedangkan keseluruhan bagian pewaris adalah menjadi hak para ahli warisnya;
- 19). Bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 176 KHI anak wanita bersama-sama dengan anak laki-laki, maka bagian anak laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak wanita;
- 20). Bahwa untuk bagian janda mendapat seperdelapan bagian bila pewaris meninggalkan anak (Pasal 180 KHI);

- 21). Bahwa berdasarkan Pasal 190 dan Pasal 191 KHI tersebut di atas, Penggugat berhak mendapat bagian setengah/separoh dari harta gono-gini dan bagian seperdelapan dari harta waris peninggalan pewaris (TRI HADI);
- 22). Bahwa pada dasarnya Penggugat berharap pembagian harta warisan dilakukan segera, untuk menghindari hal-hal yang tidak diinginkan, hal ini terbukti pada tanggal 7 Februari 2023, Tergugat II melakukan perbuatan yang seharusnya tidak dilakukan, menurunkan batu kali di halaman rumah Boja, sehingga menghalangi keluar masuk kendaraan, parkir menjadi sulit dan mengganggu pandangan, peletakan batu kali tersebut tidak ada tujuan yang jelas untuk membangun apa, dan tanpa memberitahu terlebih dahulu kepada Penggugat;
- 23). Bahwa hingga saat ini harta peninggalan Tri Hadi tersebut dalam posita angka 14 dan 15 di atas belum pernah dilakukan pembagian waris antara Penggugat dengan Tergugat;
- 24). Bahwa sudah beberapa kali dilakukan musyawarah pembagian waris di luar pengadilan, dan 2 (dua) kali mediasi di Pengadilan Agama Kendal, namun belum berhasil terselesaikan;
- 25). Bahwa untuk menghindari hal-hal lain yang akan timbul akibat belum terselesaikannya pembagian waris harta peninggalan almarhum Tri Hadi, maka perlu kiranya perkara ini diajukan agar segera mendapat penyelesaiannya.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, Penggugat memohon kepada Ketua Pengadilan Agama Kendal C.q. Majelis Hakim yang memeriksa perkara ini agar berkenan menerima, memeriksa dan memutus perkara ini dengan amar putusan sebagai berikut:

- 1). Mengabulkan gugatan Penggugat untuk seluruhnya;
- 2). Menyatakan Tri Hadi telah meninggal dunia pada tanggal 15 Mei 2021;
- 3). Menetapkan ahli waris yang sah dari Pewaris Tri Hadi terhadap nama-nama yang tersebut di bawah ini:
  - 3.1). ERNI SUGIYANTI binti SUGIYONO (istri)
  - 3.2). SISKHA HIDAYANTI (anak dari perkawinan dengan SISMIJATI);
  - 3.3). OSCA FIRANTO (anak dari perkawinan dengan SISMIJATI);
  - 3.4). SURYANINGRUM (anak dari perkawinan dengan SISMIJATI);
  - 3.5). YUSUF FATONI (anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI);
  - 3.6). ANISA FATRIANI (anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI);
  - 3.7). GEMA WAHYU PATRIYA (anak dari pernikahan siri dengan SUPRAPTI);

4). Menyatakan 4 (empat) bidang tanah dan 2 (dua) bangunan rumah tersebut di bawah ini adalah peninggalan almarhum TRI HADI yang didapat sebelum kawin dengan Penggugat, sebagai harta warisan, yaitu:

2.1). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 2767/WONOLOPO, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 13 Desember 2004, seluas kurang lebih 211 m<sup>2</sup> (dua ratus sebelas meter persegi) terletak di Dk. Wonolopo RT 002/ RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 851/Wonolopo/1999, tertanggal 13-03-1999 (tiga belas Maret Seribu Sembilan Ratus Sembilan Puluh Sembilan) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Umar Rochman

- Sebelah Selatan : Tri Hadi

- Sebelah Barat : Jalan

- Sebelah Timur : Saian

Rumah ditempati oleh Tergugat IV, Tergugat V dan Tergugat VI, sedangkan sertifikat SHM Nomor 276/WONOLOPO dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa I;

2.2). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 4231/WONOLOPO, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 09 April 2010, seluas kurang lebih 94 m<sup>2</sup> (Sembilan Puluh Empat meter pesegi) terletak di Dk. Wonolopo RT 002/ RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 01065/Wonolopo/2010, tertanggal 31-03-2010 (tiga puluh satu Maret Dua Ribu Sepuluh) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Tri Hadi
- Sebelah Selatan : Masturi
- Sebelah Barat : Jalan
- Sebelah Timur : Tri Hadi

Rumah ditempati oleh Tergugat IV, Tergugat V dan Tergugat VI, sedangkan sertifikat SHM Nomor 276/WONOLOPO dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa II;

2.3). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 3063/WONOLOPO, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 21 Februari 2013, seluas kurang lebih 105 m<sup>2</sup>



(seratus lima meter pesegi) terletak di Dk. Wonolopo RT 002/ RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 82/Wonolopo/2002, tertanggal 30-12-2002 (Tiga Puluh Desember Dua Ribu Dua) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Saian
- Sebelah Selatan : Tri Hadi
- Sebelah Barat : Tri Hadi
- Sebelah Timur : Jalan Arifin

Rumah ditempati oleh Tergugat IV, Tergugat V dan Tergugat VI, sedangkan sertifikat SHM Nomor 276/WONOLOPO dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa III;

- 2.4). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor: 170/BENDAN DUWUR, yang tercatat atas nama TRI HADI, dibeli pada tanggal 23 Nopember 2010, seluas kurang lebih 495 m<sup>2</sup> (Empat Ratus Sembilan Puluh Lima meter pesegi) terletak di Jalan Gunung Talang III, RT 004 RW 002, Kelurahan Bendan Duwur Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan Surat Ukur Nomor: 212/III/1997,

tertanggal 06-Mei-1997 (Enam Mei Seribu Sembilan Ratus Sembilan Puluh Tujuh) yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kota Semarang, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah utara : Dayak dan Perumnas
- Sebelah Selatan : Nur Falich
- Sebelah Barat : Mul
- Sebelah Timur : Jalan

Rumah dikontrakkan oleh Para Tergugat, sedangkan sertifikat SHM Nomor 170/BENDANDUWUR dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai objek sengketa IV;

5). Menetapkan 6 (enam) bidang tanah dan 2 (dua) bangunan rumah sebagai harta gono-gini/ harta yang didapat dalam perkawinan antara Tri Hadi dengan Penggugat, yaitu:

- 5.1). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3100/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 04-06-2016 berdasarkan akta jual beli No. 164/2016 yang dibuat oleh Notaris Raden Ayu Tjahjati Lestari Handokojati, SH, MKn, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TH;
- Sebelah Selatan: TH;
- Sebelah Barat: TH;
- Sebelah Timur: Jalan Arifin;

Tanah dan Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3100/Wonolopo dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai Objek sengketa V;

5.2). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3099/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 14-06-2017 berdasarkan akta jual beli No. 35/2017 yang dibuat oleh Santoso, SH, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;
- Sebelah Selatan: Rubiyoto;
- Sebelah Barat: Jumi;
- Sebelah Timur: Jalan Arifin;

Tanah dan Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3099/Wonolopo dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai Objek sengketa VI;

5.3). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2099/Boja, yang tercatat atas nama TH, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 25/2014 tanggal 07-02-2014, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 199 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Sembilan meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: Mahfud (salon Fitri);
- Sebelah Selatan: TRI HADI;
- Sebelah Barat: Samiatun;
- Sebelah Timur: Jalan;

Rumah ditempati oleh Penggugat sedangkan sertifikat SHM Nomor 2099/BOJA dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai Objek sengketa VII;

5.4). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2100/Boja, yang tercatat atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 269/2016 tanggal 16-05-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal;

dengan luas  $\pm 212 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Dua Belas meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;
- Sebelah Selatan: Tanah Said;
- Sebelah Barat: Tanah Samiatun;
- Sebelah Timur: Jalan;

Rumah ditempati oleh Penggugat sedangkan sertifikat SHM Nomor 2100/BOJA dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai Objek sengketa VIII;

5.5). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2800/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 536/2016 tanggal 06-10-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 100 \text{ m}^2$  (Seratus meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;
- Sebelah Selatan: Taziun;
- Sebelah Barat: Harun;
- Sebelah Timur: Trihandoko;

Tanah dan sertifikat SHM Nomor 2800/BOJA dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai Objek sengketa IX;

5.6). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 1970/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 051/2017 tanggal 08-02-2017, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 210 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Sepuluh meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: Jalan Pemuda;
- Sebelah Selatan: TRI HADI;
- Sebelah Barat: Salim;
- Sebelah Timur: Trihandoko;

Tanah dan sertifikat SHM Nomor 1970/BOJA dikuasai oleh Para Tergugat, selanjutnya disebut sebagai Objek sengketa X;

- 6). Menyatakan Penggugat berhak mendapat separoh atas gono-gini yang tersebut dalam petitum angka 5 di atas;
- 7). Membagi harta waris peninggalan almarhum TRI HADI kepada ahli waris Tri Hadi sesuai dengan hukum yang berlaku;
- 8). Menghukum kepada Para Tergugat untuk menyerahkan separoh harta gono-gini kepada Penggugat;

- 9). Menghukum kepada Tergugat dan Para Tergugat untuk menyerahkan bagian masing-masing ahli waris;
- 10). Menyatakan sah dan berharga Sita Jaminan (*Conservatoir Beslag*) atas objek sengketa I,II,III,IV,V,VI,VII,VIII,IX,dan X sebagaimana tersebut dalam petitum angka 4 dan 5 di atas;
- 11). Membebankan biaya perkara kepada Para Tergugat.

Pada hari dan tanggal sidang yang telah ditetapkan, Penggugat dengan didampingi kuasa hukumnya datang menghadap di persidangan dan Para Tergugat datang menghadap di persidangan dengan didampingi oleh kuasa insidentil datang menghadap di persidangan, kemudian Majelis Hakim memerintahkan kedua belah pihak untuk berdamai melalui mediasi dengan Hakim mediator Dr. Siti Mutmainah, S.Sos, SH, MH, akan tetapi tidak berhasil.

Majelis Hakim telah berusaha mendamaikan kedua belah pihak agar menyelesaikan perkara secara damai, akan tetapi tidak berhasil, kemudian pemeriksaan dilanjutkan dengan membacakan gugatan Penggugat yang isinya tetap dipertahankan oleh Penggugat.

Oleh karena perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA.Kdl adalah merupakan perkara yang didaftar oleh Penggugat melalui kuasanya untuk berperkarta dengan proses persidangan secara elektronik (e-litigasi), maka Majelis Hakim menyusun jadwal persidangan (e-court calendar) secara elektronik dan telah disepakati baik oleh Kuasa Penggugat dan Tergugat.

Selanjutnya Majelis Hakim berdasarkan Pasal 21 Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2019 tentang Administrasi Perkara dan Persidangan di Pengadilan secara Elektronik menetapkan Jadwal Persidangan secara elektronik (e-litigasi) perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA.Kdl.

Berdasarkan Pasal 22 PERMA, maka Majelis juga mewajibkan Kuasa Penggugat dan Tergugat untuk menyampaikan/ mengunggah (upload) semua dokumen persidangan secara elektronik melalui aplikasi [e.court.mahkamahagung.go.id](http://e.court.mahkamahagung.go.id) dengan format pdf dan rtf/doc. Dan apabila Kuasa Penggugat atau Tergugat tidak menyampaikan/mengunggah (upload) dokumen sesuai dengan jadwal dan agenda sidang yang telah ditetapkan, maka Kuasa Penggugat atau Tergugat dianggap tidak menggunakan haknya, dan Majelis juga memerintahkan kepada Kuasa Penggugat dan Tergugat untuk mematuhi jadwal dan agenda persidangan yang telah ditetapkan dan apabila terdapat perubahan disampaikan/diberitahukan secara elektronik melalui aplikasi [e.court.mahkamahagung.go.id](http://e.court.mahkamahagung.go.id) atau Sistem Informasi Pengadilan.

Dalam menanggapi gugatan dari Penggugat, pada tanggal 15 Mei 2023 Tergugat telah memberikan jawaban tertulis secara elektronik sebagai berikut:

**Dalam Eksepsi**

1. Bahwa Tegugat menolak semua dalil gugatan Penggugat kecuali yang secara tegas diakui oleh Tergugat dalam jawaban ini;



2. Bahwa terdapat kesalahan penulisan identitas Tergugat IV dan Tergugat V. Penulisan identitas Tergugat IV dan Tergugat V yang benar adalah sebagai berikut:

2.1). Nama YUSUP FATONI BIN TRIHADI, NIK 374131205980005.

Tempat, tanggal lahir Semarang, 12 Mei 1998, Jenis Kelamin Laki-laki, Agama Islam, Kewarganegaraan Warga Negara Indonesia (WNI), Pekerjaan Swasta, Alamat Wonolopo RT 002 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang. Sebagai Tergugat IV.

2.2). Nama ANISA FATRIANI BINTI TRIHADI, NIK.

3374136408990002, Tempat tanggal lahir: Semarang, 24 Agustus 1999, Jenis Kelamin Perempuan, Agama Islam, Kewarganegaraan Warga Negara Indonesia (WNI), Pekerjaan Karyawan Swasta, Alamat Wonolopo RT 002 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang. Sebagai Tergugat V.

3. Bahwa Objek Sengketa VII dan Objek Sengketa VIII masih dalam tahap jual beli, sehingga kepemilikan objek sengketa tersebut tidak jelas. Bahwa semasa hidup, objek sengketa tersebut telah dijual oleh Almarhum TRI HADI pada November 2020 kepada SITI FITRIMIYANTI Binti MUCH DJUDI dengan harga Rp 1.200.000.000,- (satu milyar dua ratus juta rupiah) dan Alm. TRI HADI telah menerima pembayaran dari SITI FITRIMIYANTI Binti MUCH DJUDI sebesar Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) sehingga

kurang Rp 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah). Karena uang pembayaran tersebut masih kurang, maka akta jual beli berikut dengan peralihan hak atas Objek Sengketa VII dan Objek Sengketa VIII di hadapan PPAT baru bisa dilaksanakan setelah Alm. TRI HADI menerima pelunasan pembayaran. Namun, bapak TRI HADI BIN SOELMAN telah meninggal terlebih dahulu sebelum SITI FITRIMIYANTI BINTI MUCH DJUDI melunasi pembayaran kekurangan sebesar Rp 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah). Objek Sengketa yang dimaksud yaitu:

3.1). Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor:2099/BOJA, atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli Nomor: 25/2014 tanggal 07-02-2014, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn selaku PPAT di Kabupaten Kendal, seluas kurang lebih 199 m<sup>2</sup> (seratus Sembilan puluh Sembilan meter persegi), terletak di dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Provinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: Mahfud (salon Fitri);
- Sebelah Selatan: TRI HADI;
- Sebelah Barat: Samiatun;
- Sebelah Timur: Jalan;

3.2). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2100/Boja, yang tercatat atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 269/2016 tanggal 16-05-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 212 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Dua Belas meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut:

- Sebelah Utara: TRI HADI;
- Sebelah Selatan: Tanah Said;
- Sebelah Barat: Tanah Samiatun;
- Sebelah Timur: Jalan;

4. Bahwa dengan demikian, meskipun jual beli Objek Sengketa VII dan Objek Sengketa VIII tersebut secara resmi belum dibuat akta di hadapan PPAT, namun setidaknya tidaknya jual beli tersebut masih dalam proses bahkan Alm. TRI HADI semasa hidupnya pernah menerima pembayaran dari pembayaran dari SITI FITRIMIYANTI Binti MUCH DJUDI sebesar Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) sehingga kurang Rp 200.000.000,- (dua ratus juta rupiah). Sehingga dengan dimasukkannya Objek Sengketa VII dan Objek Sengketa VIII tanpa melibatkan SITI FITRIMIYANTI Binti MUCH DJUDI berakibat

gugatan Penggugat adalah gugatan kurang pihak sekaligus kabur karena terdapat persoalan yang disembunyikan Penggugat dalam gugatannya;

5. Bahwa dalam Petitum 7 gugatan Penggugat menuntut supaya Sita Jaminan atas Objek Sengketa dinyatakan sah dan berharga, namun sita jaminan tidak diuraikan di dalam *fundamentum petendi* atau dalil gugatan. Bahwa petitum tersebut tidak sejalan dengan dalil gugatan. Berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung No. 67 K/Sip/1975, gugatan *aquo* mengandung cacat formil dan dianggap kabur (*obscur libel*);

Berdasarkan alasan-alasan sebagaimana dikemukakan di atas, Tergugat mohon kepada Majelis Hakim yang memeriksa perkara a quo untuk berkenan menjatuhkan putusan sebagai berikut:

1. Menerima eksepsi Tergugat;
2. Menyatakan gugatan Penggugat tidak dapat diterima;
3. Menghukum Penggugat untuk membayar biaya yang timbul dalam perkara ini.

Pengadilan Agama Kendal telah memeriksa dan memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama, yaitu salah satunya adalah Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. yang menentukan harta bersama ERNI SUGIYANTI BINTI SUGIYONO dengan Almarhum TRI HADI BIN SUALMAN adalah sebagai berikut:

- (1). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3100/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 04-06-2016 berdasarkan akta jual beli No. 164/2016 yang dibuat oleh Notaris Raden Ayu Tjahjati Lestari Handokojati, SH, MKn, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: TRI HADI; Sebelah Barat: TRI HADI; Sebelah Timur: Jalan Arifin;
- (2). Sebidang tanah dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 3099/Wonolopo, yang tercatat atas nama TRI HADI, yang dibeli pada tanggal 14-06-2017 berdasarkan akta jual beli No. 35/2017 yang dibuat oleh Santoso, SH, selaku PPAT; dengan luas  $\pm 196 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Enam meter persegi), yang terletak di Dusun Wonolopo, RT 001 RW 007, Kelurahan Wonolopo, Kecamatan Mijen, Kota Semarang, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: Rubiyoto; Sebelah Barat: Jumi; Sebelah Timur: Jalan Arifin;
- (3). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2099/Boja, yang tercatat

atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 25/2014 tanggal 07-02-2014, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 199 \text{ m}^2$  (Seratus Sembilan Puluh Sembilan meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: Mahfud (salon Fitri); Sebelah Selatan: TRI HADI; Sebelah Barat: Samiatun; Sebelah Timur: Jalan;

- (4). Sebidang tanah dan bangunan rumah terletak di atasnya tersebut dalam Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2100/Boja, yang tercatat atas nama TRI HADI, diperoleh atas dasar jual beli sebagaimana tercantum dalam akta jual beli No. 269/2016 tanggal 16-05-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm 212 \text{ m}^2$  (Dua Ratus Dua Belas meter persegi), yang terletak di Dusun Gentan Lor, RT 001 RW 003, Desa Boja, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: Tanah Said; Sebelah Barat: Tanah Samiatun; Sebelah Timur: Jalan;
- (5). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 2800/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 536/2016 tanggal 06-

10-2016, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm$  100 m<sup>2</sup> (Seratus meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: TRI HADI; Sebelah Selatan: Taziun; Sebelah Barat: Harun; Sebelah Timur: Trihandoko;

- (6). Sebidang tanah Sertifikat Hak Milik (SHM) Nomor 1970/Boja, yang diperoleh atas dasar akta jual beli No. 051/2017 tanggal 08-02-2017, yang dibuat oleh Notaris Yohana Siti Aminah Hadijanto, SH, MKn., selaku PPAT Kabupaten Kendal; dengan luas  $\pm$  210 m<sup>2</sup> (Dua Ratus Sepuluh meter persegi), yang terletak di Desa Boja, RT 001 RW 001, Kecamatan Boja, Kabupaten Kendal, Propinsi Jawa Tengah, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara: Jalan Pemuda; Sebelah Selatan: TRI HADI; Sebelah Barat: Salim; Sebelah Timur: Tri Hadi;
- (7). Hutang Pewaris kepada Siti Fitriyanti sejumlah Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah);
- (8). Majelis Hakim menetapkan bahwa dictum (1)-(6) tersebut di atas setelah dikurangi Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) merupakan harta bersama Pewaris TRI HADI BIN SUALMAN dan Penggugat ERNI SUGIYANTI BINTI SUGIYONO.

- (9). Selanjutnya separoh (1/2) bagian dictum angka 8 di atas adalah hak atau milik Penggugat ES selaku Isteri, dan (1/2) bagian adalah hak atau milik almarhum Tri Hadi bin Sualman selaku Suami;
- (10). Bahwa harta bawaan almarhum Tri Hadi bin Sualman dan separoh (1/2) bagian harta bersama yang menjadi hak atau milik almarhum Tri Hadi bin Sualman adalah sebagaimana dictum (9) di atas adalah sebagai tirkah (harta warisan) almarhum Tri Hadi bin Sualman yang harus dibagikan kepada ahli warisnya.

Penggugat (istri) dan Tergugat (para ahli waris), bahwa kedua belah pihak sama-sama sedang menyengkatan sesuatu yang amat penting. Dari proses-proses sidang yang berkali-kali dan sesekali hakim pergi ke lokasi dan memeriksa harta-harta mereka di tempat, dapat diketahui bahwa mereka sedang menyengkatakan kewarisan diantaranya adalah harta bawaan ataupun harta bersama.

Menurut penulis, bahwa pertimbangan hukum oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl, beserta amar putusannya mengenai penentuan pembagian waris harta bersama tersebut adalah kurang tepat dan belum berbasis keadilan, karena dalam putusan tersebut Majelis Hakim dalam memberikan pertimbangan hukum dan memutus kasus atau perkara tersebut tidak membedakan suami/ istri yang memberi kontribusinya tinggi dalam menghidupi keluarga. Dan juga putusan tersebut belum mempertimbangkan bahwa Pewaris selain meninggalkan istri sah dari



pernikahan ketiga sekarang ini yang tidak mempunyai anak, Pewaris juga meninggalkan para ahli waris, yaitu anak-anak kandung dari pernikahan sah pertama dan juga anak-anak kandung dari pernikahan kedua secara siri.

#### **E. Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris Saat Ini Masih Belum Berkeadilan**

Majelis Hakim Pengadilan dalam menentukan pembagian waris harta bersama dengan melakukan ijtihad. Karena menurut ilmu Ushul Fiqih, bahwa untuk menemukan hukum harus melakukan ijtihad. Ijtihad yang dilakukan oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal dalam menentukan pembagian waris harta bersama tersebut adalah ijtihad *tathbiqiy*, yaitu upaya menerapkan hukum secara tepat terhadap suatu kasus.

Menentukan pembagian waris harta bersama tersebut, Majelis Hakim Pengadilan A menggunakan Teori Kemaslahatan melalui *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Ta'lili*, dan Metode *Istihsan*, serta Metode *Istishlahi*.

Makana *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Ta'lili* ialah dalam menentukan pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut, Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal mengedepankan tujuan diberlakukannya hukum dan alasan diberlakukannya hukum. Tujuan diberlakukannya hukum adalah untuk kemaslahatan, demikian juga alasan diberlakukannya hukum adalah untuk kemaslahatan.

Makna *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Isthsan* ialah dalam menentukan pembagian waris harta bersama tersebut Majelis Hakim Pengadilan mengedepankan tujuan diberlakukannya hukum, dan diberlakukannya hukum adalah untuk kebaikan.

Makna *Maqashidusy Syari'ah* dengan Metode *Istishlahi* ialah dalam menentukan pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut Majelis Hakim Pengadilan harus mengedepankan tujuan diberlakukannya hukum, dan diberlakukannya hukum adalah untuk kemaslahatan.

Agenda besar gagasan hukum progresif adalah menempatkan manusia sebagai sentralitas utama dari seluruh perbincangan mengenai hukum. Dengan kebijaksanaan hukum progresif mengajak untuk memperhatikan faktor perilaku manusia. Oleh karena itu, hukum progresif menempatkan perpaduan antara faktor peraturan dan perilaku penegak hukum didalam masyarakat. Disinilah arti penting pemahaman gagasan hukum progresif, 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 dogmatik, selain itu juga aspek perilaku sosial pada sifat yang empirik. Sehingga diharapkan melihat problem kemanusiaan secara utuh berorientasi keadilan substantive.

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 sebagai berikut :

Hukum progresif tidak memahami hukum sebagai institusi yang mutlak secara final, melainkan sangat 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. Inilah hakikat “hukum yang selalu dalam proses menjadi (*law as a process, law in the making*).<sup>222</sup>

Dalam konteks yang demikian itu, hukum akan tampak selalu bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Akibatnya hal ini akan mempengaruhi pada cara berhukum 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 tampil sebagai solusi bagi persoalan kemanusiaan, melainkan manusialah yang dipaksa untuk memenuhi kepentingan kepastian hukum.

Dasar filosofi dari hukum progresif adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.<sup>223</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,

---

<sup>222</sup>*Ibid*, h. 72

<sup>223</sup> Mahmud Kusuma, *Menyelami Semangat Hukum Progresif; Terapi Paradigmatik Atas Lemahnya Penegakan Hukum Indonesia*, Antony Lib bekerjasama LSHP, Yogyakarta, 2009, h. 31

yaitu; untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan dan kemuliaan manusia. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan di dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki, bukan manusia yang dipaksa-paksa untuk dimasukkan kedalam skema hukum.

Pernyataan bahwa hukum adalah untuk manusia, dalam artian 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.

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

Mengutamakan perilaku (manusia) daripada peraturan perundang-undangan sebagai titik tolak paradigma penegakan hukum, akan membawa kita untuk memahami hukum sebagai proses dan proyek kemanusiaan.<sup>224</sup> Mengutamakan faktor perilaku (manusia) dan kemanusiaan diatas faktor peraturan, berarti melakukan pergeseran pola pikir, sikap dan perilaku dari aras legalistik-positivistik 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.

Dalam dunia peradilan, khususnya yang menyangkut kewenangan Pengadilan Agama, dalam kewarisan kedua belah pihak yang sedang berurusan dengan pengadilan tentang harta ini biasanya sedang menyengkatan harta bersama yang juga sering disebut harta gono-gini dan juga harta bawaan.

Nomenklatur perkara harta bersama, dalam undang-undang, masih masuk dalam bidang perkawinan. Secara yuridis, perkara ini menjadi kompetensi absolut Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) huruf (a) UU Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Cakupan bidang perkawinan tersebut, menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU tersebut, termasuk perkara “penyelesaian harta bersama”.

Eksistensi harta bersama ini juga disebut dalam Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang menegaskan, harta benda yang

---

<sup>224</sup>*Ibid*, h.74

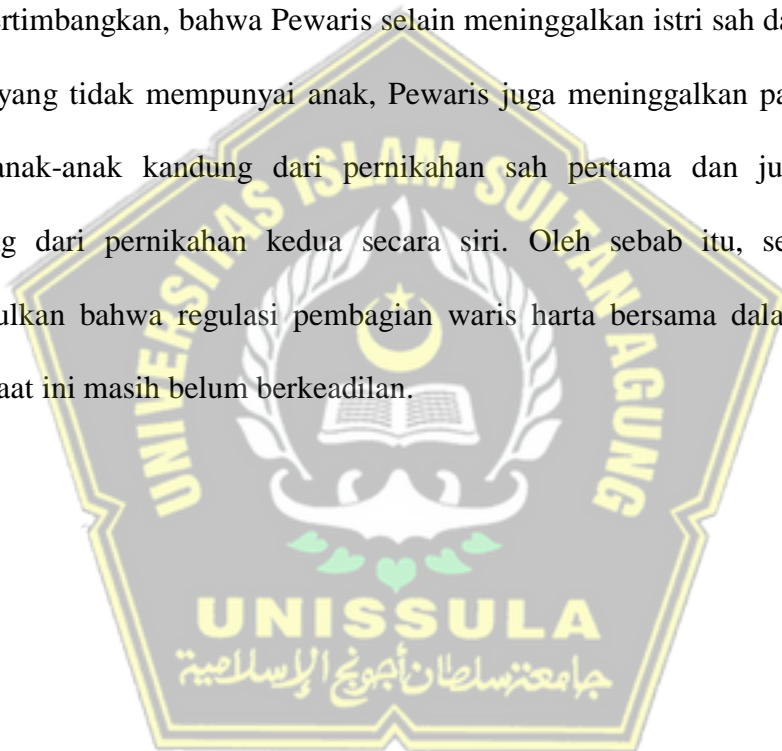
diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ditegaskan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf ( f) yaitu, bahwa harta bersama mencakup semua harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Pengadilan Agama Kendal yang telah melaksanakan tugasnya dengan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara kewarisan dan telah memutus perkara tersebut dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. Terkait pembagian waris harta bersama, maka duda atau janda memperoleh separuh dari harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Harta bersama tersebut merupakan harta yang didapatkan oleh suami isteri selama masa perkawinannya. Dimana dalam penelitian ini sampai dengan terjadinya kematian si suami. Kematian tersebut menyebabkan isteri atau si janda ditinggalkan yang mengakibatkan penguasaan dalam harta bersama yang diperoleh selama masa perkawinan hingga kematian si suami.

Namun, semasa hidupnya si suami juga memiliki keluarga yang memiliki hubungan darah dengan suami yang telah meninggal. Pada dasarnya, keluarga si suami tidak memiliki hak apapun terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut bersama dengan isteri atau janda yang ditinggalkannya. Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Menurut penulis, bahwa pertimbangan hukum oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl yang mengacu pada bunyi Pasal 96 KHI, beserta amar putusannya mengenai penentuan pembagian waris harta bersama tersebut adalah kurang tepat dan belum berbasis keadilan. Putusan Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl mendasarkan bunyi Pasal 96 KHI tersebut belum mempertimbangkan, bahwa Pewaris selain meninggalkan istri sah dari pernikahan ketiga yang tidak mempunyai anak, Pewaris juga meninggalkan para ahli waris, yaitu anak-anak kandung dari pernikahan sah pertama dan juga anak-anak kandung dari pernikahan kedua secara siri. Oleh sebab itu, sehingga dapat disimpulkan bahwa regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris saat ini masih belum berkeadilan.



**BAB IV**

**KELEMAHAN-KELEMAHAN REGULASI PEMBAGIAN WARIS**

**HARTA BERSAMA DALAM PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN**

**SAAT INI**

**A. Kelemahan-Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini belum Mewujudkan Keadilan**

Keadilan merupakan nilai kebajikan yang tertinggi, *“justice is the supreme virtue which harmonizes all other virtues”*. Selain itu, para filosof Yunani memandang keadilan sebagai suatu tujuan yang kontinyu dan konstan untuk memberikan kepada setiap orang haknya, *“justice is the constant and continual purpose which gives to everyone his own”*. Beberapa tokoh di antaranya adalah Thomas Aquinas, ia mengatakan, bahwa esensi hukum adalah keadilan, oleh karena itu hukum harus mengandung keadilan. Hukum yang tidak adil bukanlah hukum.

Hakim dan putusan adalah bagaikan dua sisi mata uang yang tidak bisa dipisah-pisahkan. Kemampuan dan kualitas hakim dalam memutus perkara tercermin dari putusannya. Sehingga tidak heran jika banyak pihak yang menyebut, bahwa putusan sebagai mahkota hakim. Sangat besar harapan agar hakim mampu menghasilkan putusan yang imparisial, argumentatif dan rasional. Secara filosofis putusan hakim merupakan putusan yang pertimbangannya sama dengan pertimbangan Tuhan.



Hakim sering pula disebut sebagai wakil Tuhan dimuka bumi.<sup>339</sup> Hakim harus memiliki perisai diri yang dapat dibentuk dengan melakukan interogasi filosofis atau interogasi konstitusional terkait integritas, sikap amanah, kapabilitas profesionalisme dan pengalaman. Pertanyaan fundamental itulah menjadi titik pijakan seorang hakim untuk mewujudkan harapan lahirnya putusan yang berkualitas.

Hakim juga perlu melakukan interogasi filosofis apakah amanah yang diemban sebagai penegak hukum telah sungguh-sungguh dijaga dan dilaksanakan secara profesional, sehingga dapat dipastikan produk putusannya mampu memberikan keadilan sesuai dengan hukum yang hidup dan perkembangan masyarakat.

Menurut Satjipto Rahardjo,<sup>340</sup> bahwa hakim dalam memberikan rasa keadilan tidak semata-mata menggunakan kacamata preskriptif, yakni melihat hukum hanya sebagai sistem kaidah, eksemplar normologi yang penerapannya dicerabut dari akarnya. Padahal hukum itu bukan ilmu eksakta atau matrik. Di sinilah pengalaman hakim dapat diasah agar hakim tidak sekedar sebagai cerobong undang-undang.

Menurut Gustav Radbruch sebagaimana yang dikutip oleh Sudikno Mertokusumo,<sup>341</sup> bahwa putusan hakim yang ideal ialah apabila mengandung unsur-unsur *Gerechtigkeit* (keadilan), *Zweckmassigkeit* (kemanfaatan) dan *Rechtsicherheit* (kepastian hukum) secara proporsional. Suatu putusan hakim harus adil, tetapi harus

---

<sup>339</sup> Keluarga Besar Direktorat Jenderal Bagan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, 2013, *Majalah Peradilan Agama*, Edisi 1, Mei 2013, "Mahkota Hakim Di Meja Diskusi", Mahkamah Agung RI, hlm. 7.

<sup>340</sup> Satjipto Rahardjo, dalam *Majalah Peradilan Agama*, "Mahkota Hakim Dalam Lensa Pakar", Keluarga Besar Direktorat Jenderal badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, Jakarta, hlm. 7.

<sup>341</sup> Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka, hlm. 23. Lihat juga Bambang Sutiyoso, 2012, *Metode Penemuan Hukum*, Yogyakarta, hlm. 8)

pula bermanfaat baik bagi yang bersangkutan maupun bagi masyarakat, dan terjamin kepastian hukumnya. Hakim harus mengusahakan terciptanya keseimbangan antara tiga unsur *Idee des Rechts*. Untuk mengusahakan adanya keseimbangan antara tiga unsur *Idee des Rechts* secara proporsional dalam suatu putusan tidaklah mudah. Tetapi, hal tersebut merupakan seni atau kiat sendiri. Dalam hal terjadi konflik antara keadilan dan kepastian hukum, maka hakim berdasarkan *Freies Ermessennya* (kebebasannya) dapat memilih keadilan dengan mengabaikan kepastian hukum sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan umum atau negara.<sup>342</sup>

Hakim wajib menafsirkan undang-undang agar undang-undang berfungsi sebagai hukum yang hidup (*living law*), karena hakim tidak semata-mata menegakkan aturan formal, tetapi harus menemukan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Oleh karena itu, kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeiteit*) harus ada dalam putusan secara proporsional.

Hakim wajib menafsirkan undang-undang agar undang-undang berfungsi sebagai hukum yang hidup (*living law*), karena hakim tidak semata-mata menegakkan aturan formal, tetapi harus menemukan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Oleh karena itu, kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeiteit*) harus ada dalam putusan secara proporsional.

---

<sup>342</sup> *Ibid.*, hlm. 24.

Terkait dengan Kewarisan dan Harta Bersama, hal tersebut kita bisa berpatokan pada Pasal 128 KUHPerdara dan Pasal 96 ayat (1) KHI. Kedua ketentuan tersebut pada intinya menyatakan bahwa dalam hal terjadinya kematian, maka harta bersama dibagi menjadi 2 (dua), yaitu (i) menjadi milik suami/istri (yang masih hidup) dan (ii) menjadi hak dari para ahli waris. Untuk memudahkan, di bawah ini adalah kutipan dari pasal-pasal dimaksud:

Pasal 128 KUHPerdara

“Setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka bagi dua antara suami dan istri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu”.

Pasal 96 ayat (1) KHI:

“apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”

Apabila kita memperhatikan ketentuan Pasal 128 KUHPerdara dan Pasal 96 ayat (1) KHI di atas, pandangan masyarakat yang menyimpulkan bahwa “dalam hal suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris” adalah tidak tepat.

Dalam hal terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris, terlebih dahulu harta bersama harus dibagi 2 (dua), dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak

menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris. Terkait harta bersama sebagai harta waris ini telah diuji dalam sebuah sengketa di Pengadilan. Dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 3784K/Pdt/1992 tanggal 30 Maret 1995 dinyatakan bahwa seorang janda mendapatkan  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama dan  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi harta warisan dari almarhum suami.

Dasar persoalan hak waris antara keluarga suami dan isteri adalah berawal dari terjadinya konflik. Dalam penelitian ini konflik yang terjadi adalah keluarga suami memperlakukan kepemilikan harta bersama yang dimiliki oleh suami dan isteri tersebut. Sehingga terjadinya konflik diantara keluarga suami dan isteri tersebut. Ketika konflik yang terjadi semakin besar dan tidak terkendali hal tersebut yang melatar belakangi terjadinya sengketa. Sengketa dalam penelitian ini adalah harta bersama yang diperebutkan oleh keluarga suami yang sudah meninggal dengan isteri.

Harta bersama dalam suatu pernikahan diatur dalam Bab VI Kitab Undang-undang Hukum Perdata atau yang biasa disebut dengan KUHPerdata. Pasal 120 KUHPerdata di dalamnya: “Berkaitan dengan soal keuntungan, maka harta bersama itu meliputi barang- barang bergerak dan barang-barang tak bergerak suami isteri itu, baik yang sudah ada maupun yang akan ada, juga barang-barang yang mereka peroleh secara cuma-cuma, kecuali bila dalam hal terakhir ini yang mewariskan atau yang menghibahkan menentukan kebalikannya dengan tegas.”

Harta bersama tersebut merupakan harta yang didapatkan oleh suami isteri selama masa perkawinannya. Dimana dalam penelitian ini sampai dengan terjadinya

kematian si suami. Kematian tersebut menyebabkan isteri atau si janda ditinggalkan yang mengakibatkan penguasaan dalam harta bersama yang diperoleh selama masa perkawinan hingga kematian si suami. Namun, semasa hidupnya si suami juga memiliki keluarga yang memiliki hubungan darah dengan suami yang telah meninggal. Pada dasarnya, keluarga si suami tidak memiliki hak apapun terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut bersama dengan isteri atau janda yang ditinggalkannya. Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Permasalahan muncul berkaitan dengan pembagian warisan apabila pewaris salah satu meninggal dunia baik istri maupun suami yang terlebih dahulu meninggal hingga terbukanya warisan, dalam hal suami istri mempunyai anak, maka ahli waris yang berhak menerimanya adalah istri/suami yang masih hidup dengan anak-anaknya sesuai pembagian dalam hukum Islam, namun pembagian warisan akan menjadi semakin rumit manakala suami istri tidak mempunyai keturunan atau hanya mempunyai anak angkat kemudian salah satu pewaris meninggal dunia (baik suami ataupun istri) maka terdapat ahli waris lain dari pihak pewaris yang meninggal dunia tersebut untuk mendapat bagian disamping ada hak waris istri yang ditinggalkan pewaris, bahwa pembagian warisan tersebut menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan.

Masalah waris merupakan masalah yang sangat penting, karena terkait dengan harta waris di mana jika pembagiannya dirasa tidak adil, maka akan mengakibatkan sengketa antara ahli warisnya. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat.<sup>343</sup>

## **B. Teori Sistem Hukum untuk menganalisis Kelemahan-Kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Peraturan Perundang-Undangan Saat Ini yang belum Mewujudkan Keadilan**

Kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris Harta bersama dalam peraturan perundang-undangan saat ini yang belum mewujudkan keadilan adalah disebabkan oleh beberapa kelemahan-kelemahan yang mempengaruhinya, diantaranya adalah sebagai berikut:

### **1. Kelemahan Substansi Hukum**

Substansi hukum (*legal substance*) adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem hukum yang mencakup keputusan yang mereka keluarkan atau aturan baru yang mereka susun.

---

<sup>343</sup> Ellyne, P. D., *Pemahaman Seputar Hukum Hak Waris di Indonesia*, Prenada Media Group, Jakarta, 2018, h. 45.

Menurut Friedman,<sup>344</sup> bahwa substansi hukum (*legal substance*) adalah “*the substance is composed of substantive rules and rules about how institutions should be have*”. Menurut Friedman, bahwa substansi adalah aturan, norma, dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu.

Substansi juga berarti produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem, mencakup keputusan yang mereka keluarkan dan aturan baru yang mereka keluarkan. Sistem mempunyai aturan-aturan hukum atau norma-norma untuk mengatur elemen-elemen sistem hukum, kesemuanya berhubungan pada sumber dan keabsahan aturan-aturan yang lebih tinggi<sup>345</sup>.

Substansi juga mencakup *living law* (hukum yang hidup) dan bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang atau *law in books*.<sup>346</sup> Intinya, bahwa substansi hukum (*legal substance*) adalah mencakup aturan-aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. Tepatnya, hukum yang berbentuk *in concreto* atau kaidah hukum individual maupun hukum *in abstracto* atau kaidah hukum umum.<sup>347</sup>

Sebagai negara yang masih menganut sistem *Civil Law Sistem* atau sistem Eropa Kontinental (meski sebagian peraturan perundang-undangan juga telah menganut *Common Law Sistem* atau *Anglo Saxon*) dikatakan, bahwa hukum

---

<sup>344</sup> Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law : an Introduction*, second edition, W.W. Norton & Company, New York, hlm. 22.

<sup>345</sup> Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 118.

<sup>346</sup> *Ibid.*

<sup>347</sup> *Ibid.*

adalah peraturan-peraturan yang tertulis, sedangkan peraturan-peraturan yang tidak tertulis bukan dinyatakan hukum. Sistem ini mempengaruhi sistem hukum di Indonesia.

Terkait dengan Kewarisan dan Harta Bersama, hal tersebut kita bisa berpatokan pada Pasal 128 KUHPerduta dan Pasal 96 ayat (1) KHI. Kedua ketentuan tersebut pada intinya menyatakan bahwa dalam hal terjadinya kematian, maka harta bersama dibagi menjadi 2 (dua), yaitu (i) menjadi milik suami/istri (yang masih hidup) dan (ii) menjadi hak dari para ahli waris. Untuk memudahkan, di bawah ini adalah kutipan dari pasal-pasal dimaksud:

Pasal 128 KUHPerduta

“Setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka bagi dua antara suami dan istri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu”.

Pasal 96 ayat (1) KHI:

“apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”

Apabila kita memperhatikan ketentuan Pasal 128 KUHPerduta dan Pasal 96 ayat (1) KHI di atas, pandangan masyarakat yang menyimpulkan bahwa “dalam hal suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris” adalah tidak tepat.



Dalam hal terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris, terlebih dahulu harta bersama harus dibagi 2, dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris. Terkait harta bersama sebagai harta waris ini telah diuji dalam sebuah sengketa di Pengadilan. Dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 3784K/Pdt/1992 tanggal 30 Maret 1995 dinyatakan bahwa seorang janda mendapatkan  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama dan  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi harta warisan dari almarhum suami.

Pengambilan keputusan sangat diperlukan oleh hakim atas sengketa yang diperiksa dan diadilinya. Hakim harus dapat mengolah dan memproses data-data yang diperoleh selama proses persidangan, baik dari bukti surat, saksi, persangkaan, pengakuan maupun sumpah yang terungkap dalam persidangan (Lihat Pasal 164 HIR). Sehingga keputusan yang akan dijatuhkan dapat didasari oleh rasa tanggung jawab, keadilan, kebijaksanaan, profesionalisme dan bersifat obyektif.

Putusan adalah produk dari pemeriksaan perkara yang dilakukan oleh hakim. Berdasarkan Pasal 178 HIR/189 RBG, setelah pemeriksaan selesai, maka hakim karena jabatannya harus melakukan musyawarah untuk mengambil putusan yang akan dijatuhkan. Pemeriksaan dianggap telah selesai apabila telah

melalui tahap jawaban dari tergugat, replik dari penggugat, duplik dari tergugat, pembuktian dan kesimpulan yang diajukan oleh para pihak.

Putusan yang penulis maksudkan dalam disertasi ini adalah putusan hakim dalam rangka melaksanakan tugas pokok pengadilan yaitu menerima, memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara yang diajukan kepada pengadilan.

Abdul Manan mendefinisikan putusan sebagai kesimpulan akhir yang diambil oleh majelis hakim yang diberi wewenang untuk itu dalam menyelesaikan atau mengakhiri suatu sengketa antara pihak-pihak yang berperkara dan diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.<sup>348</sup>

Dalam dunia peradilan, khususnya yang menyangkut kewenangan Pengadilan Agama, dalam kewarisan kedua belah pihak yang sedang berurusan dengan pengadilan tentang harta ini biasanya sedang menyengkatakan harta bersama yang juga sering disebut harta gono-gini dan juga harta bawaan.

Nomenklatur perkara harta bersama, dalam undang-undang, masih masuk dalam bidang perkawinan. Secara yuridis, perkara ini menjadi kompetensi absolut Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) huruf (a) UU Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Cakupan bidang perkawinan tersebut, menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU tersebut, termasuk perkara “penyelesaian harta bersama”.

---

<sup>348</sup> Abdul Manan, 2006, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 292.

Eksistensi harta bersama ini juga disebut dalam Pasal 35 ayat (1) UU Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, yang menegaskan, harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama. Ditegaskan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 1 huruf ( f) yaitu, bahwa harta bersama mencakup semua harta yang diperoleh baik sendiri-sendiri atau bersama suami istri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, tanpa mempersoalkan terdaftar atas nama siapapun.

Pengadilan Agama Kendal yang telah melaksanakan tugasnya dengan memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara kewarisan dan telah memutus perkara tersebut dalam Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. Terkait pembagian waris harta bersama, maka duda atau janda memperoleh separuh dari harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Sebagaimana telah dibahas di bab sebelumnya, harta bersama diatur dalam hukum positif, baik Undang-Undang Perkawinan maupun KUH Perdata. Terkait pembagian waris harta bersama, maka duda atau janda memperoleh separuh dari harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Faktor substansi hukum ini ialah bahwa harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI), bahwa apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.

Harta bersama tersebut merupakan harta yang didapatkan oleh suami isteri selama masa perkawinannya. Dimana dalam penelitian ini sampai dengan terjadinya kematian si suami. Kematian tersebut menyebabkan isteri atau si janda ditinggalkan yang mengakibatkan penguasaan dalam harta bersama yang diperoleh selama masa perkawinan hingga kematian si suami.

Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Menurut penulis, bahwa pertimbangan hukum oleh Majelis Hakim Pengadilan yang mengacu pada bunyi Pasal 96 KHI, beserta amar putusannya mengenai penentuan pembagian waris harta bersama tersebut adalah kurang tepat dan belum berbasis keadilan.

Pembagian harta bersama akibat perceraian, baik cerai hidup ataupun cerai mati yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam. Akan tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta bersama, tetapi tidak adil karena Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.

Oleh sebab itu, sehingga dapat disimpulkan bahwa regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris saat ini masih belum berkeadilan.

## 2. Faktor Struktur /Pranata Hukum.

Menurut Friedman,<sup>349</sup> bahwa struktur hukum (*legal structure*) adalah “*the structure of a system is its skeletal framework; it is the permanent shape, the institutional body of the system, the tough, rigid bones that keep the process flowing within bounds*”. Struktur adalah kerangka atau rangkanya, bagian yang tetap bertahan, bagian yang memberi semacam bentuk dan batasan terhadap keseluruhan.<sup>350</sup>

Struktur Hukum/Pranata Hukum disebut sebagai sistem struktural yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan dengan baik. Struktur hukum adalah penegak hukum, antara lain adalah Pengadilan. Kewenangan lembaga penegak hukum yang berupa pengadilan ini dijamin oleh undang-undang. Sehingga dalam melaksanakan tugas dan tanggung jawabnya terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah dan pengaruh-pengaruh lain. Terdapat adagium yang menyatakan “*fiat justitia et pereat mundus*” (meskipun dunia ini runtuh hukum harus ditegakkan). Adigium ini juga berlaku untuk perkara perdata pada umumnya dan juga perkara-perkara yang menjadi kewenangan Peradilan Agama pada khususnya.

---

<sup>349</sup> Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law : an Introduction*, second edition, W.W. Norton & Company, New York, hlm. 21.

<sup>350</sup> Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 117.

Hukum tidak dapat berjalan atau tegak bila tidak ada aparat penegak hukum yang kredibilitas, kompeten dan independen. Seberapa bagus suatu peraturan perundang-undangan bila tidak didukung dengan aparat penegak hukum yang baik maka keadilan hanya merupakan angan-angan. Lemahnya mentalitas aparat penegak hukum mengakibatkan penegakkan hukum tidak berjalan sebagaimana mestinya.

Banyak faktor yang mempengaruhi lemahnya mentalitas aparat penegak hukum diantaranya ialah lemahnya pemahaman agama, ekonomi, proses rekrutmen yang tidak transparan dan lain sebagainya. Sehingga dapat dipertegas, bahwa faktor penegak hukum memainkan peran penting dalam memfungsikan hukum. Kalau peraturan sudah baik, tetapi kualitas penegak hukum rendah maka akan ada masalah. Demikian juga, apabila peraturannya buruk sedangkan kualitas penegak hukum baik, kemungkinan munculnya masalah masih terbuka.

Menurut Achmad Ali,<sup>351</sup> bahwa yang termasuk unsur struktur adalah jumlah dan jenis lembaga peradilan, yurisdiksinya (jenis kasus yang menjadi kewenangan mereka untuk diperiksa, serta bagaimana dan mengapa), dan jumlah hakim agung dan hakim lainnya. Jadi, sturktur bagaikan foto diam yang menghentikan gerak (*a kind of still photograph, which free the action*).<sup>352</sup>

---

<sup>351</sup> Achmad Ali, 2002, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia Penyebab dan Solusinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta, hlm. 8.

<sup>352</sup>*Ibid.*, hlm. 9.

Faktor Struktur Hukum yang memengaruhi putusan pembagian waris harta bersama yang tidak mewujudkan keadilan antara lain ialah :

1. Dalam struktur sistem Hukum Indonesia sendiri memang terdapat beberapa putusan-putusan yang oleh para pihak dinyatakan tidak adil bagi mereka.

Sebenarnya, untuk mengatakan bahwa putusan tersebut itu adil juga sulit, karena baik itu adil menurut Penggugat belum tentu adil bagi Tergugat, begitupun sebaliknya, sehingga perlu adanya suatu terobosan dari Hakim atau majelis Hakim itu sendiri ketika membuat putusan.

2. Kurangnya atau lemahnya kontrol ketua pengadilan atau lemahnya manajemen pengawasan pimpinan pengadilan.

Akhir-akhir ini banyak putusan, penetapan, dan tindakan hakim atau majelis hakim yang mendapatkan kritik dan reaksi negatif dari masyarakat, yang dapat menurunkan kepercayaan publik terhadap lembaga peradilan. Mahkamah Agung sendiri berkesimpulan bahwa terjadinya kritik dan reaksi negatif tersebut disebabkan karena kurangnya atau lemahnya kontrol ketua pengadilan<sup>353</sup> atau lemahnya manajemen pengawasan pimpinan pengadilan<sup>354</sup> terhadap pelaksanaan tugas para hakim. Kelemahan kontrol tersebut adalah sebagai akibat adanya kerancuan memahami prinsip kebebasan hakim yang diidentikkan dengan kebebasan lembaga peradilan.

---

<sup>353</sup> Lihat SEMA No.10 Tahun 2005, tentang bimbingan dan petunjuk Pimpinan Pengadilan terhadap hakim/majelis hakim dalam menangani perkara.

<sup>354</sup> Pasal 11 UU No. 2 Tahun 1986, menyatakan bahwa Pimpinan Pengadilan Negeri terdiri dari seorang ketua dan seorang wakil ketua; pimpinan Pengadilan Tinggi terdiri dari seorang ketua dan seorang wakil ketua.

Berkaitan dengan prinsip kebebasan hakim tersebut, sebagian hakim telah memahami kebebasan hakim yang melekat pada dirinya sebagai kebebasan absolut, sehingga dengan dalil prinsip kebebasan hakim tersebut, sebagian oknum hakim dapat melegalkan segala tindakannya dan pimpinan pengadilan tidak cukup memiliki referensi argumentasi untuk meluruskan pendirian bawahannya yang memaknai kebebasan hakim secara keliru tersebut.

3. Hakim dalam memutuskan perkara dapat beranggapan, bahwa KHI bukan satu-satunya yang dijadikan sebagai sumber hukum.

Walaupun KHI sudah mendapatkan legitimasi dari hukum, bahwa KHI merupakan pedoman dikatakan masih belum final, karena kalau kita merujuk pada Inpres No. 1/1991 di sana hanya ditekankan pada penyebarluasan KHI tanpa menyebut KHI itu mengikat atau tidak bagi hakim Peradilan Agama dalam memutuskan perkara

4. Hakim terpengaruh oleh salah satu pihak yang berperkara.

Hakim dalam memeriksa perkara yang ditanganinya hendaknya harus adil dalam pandangannya terhadap para pihak yang berperkara/pencari keadilan. Apabila Hakim sudah terpengaruh oleh salah satu pihak yang berperkara, sudah barang tentu Hakim pasti berat sebelah dalam memeriksa dan memutus serta menyelesaikan perkara yang sedang ditangani tersebut.



“Persamakanlah kedudukan manusia itu dalam majelismu, pandanganmu dan keputusanmu sehingga orang bangsawan tidak dapat menarik kamu kepada kecurangan dan orang yang lemah pun tidak berputus asa dari keadilan”. Demikian disebutkan dalam Risalah Khalifah Umar Ibn Al-Khattab R.A.

Menurut Liliana Tedjosaputra sebagaimana yang dikutip oleh Supriadi dalam bukunya “Etika dan Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia”, bahwa sikap hakim yang ideal adalah tidak memihak, tegas, sopan, dan sabar serta memberi landasan yang baik.<sup>355</sup> Hal ini mesti diterapkan oleh Hakim dalam sikap kedinasan dan di luar kedinasan. Dan Hakim juga sebaiknya bersikap imparisialitas (tidak memihak), imparisialitas pengadilan merupakan prinsip semesta dan syarat utama negara hukum di dunia.<sup>356</sup>

Hakim dalam memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara yang ditanganinya hendaknya harus tidak memihak kepada salah satu pihak yang berperkara supaya dapat mewujudkan putusan yang mencerminkan rasa keadilan atau dapat mewujudkan keadilan..

5. Pemeriksaan Perkara Dilakukan Tidak Sesuai Dengan Hukum Acara Yang Berlaku.

---

<sup>355</sup> Supriadi, 2006, *Etika dan Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*, Jakarta, Sinar Grafika, hlm. 117.

<sup>356</sup> “Kejahatan Profesi Yang Dilakukan Oleh Hakim”, *Varia Peradilan*, Majalah Hukum, Tahun XXIX, No. 338, Mahkamah Agung RI, Januari, 2014, hlm. 117.

Pemeriksaan perkara, baik perkara yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama pada umumnya maupun perkara mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian pada khususnya harus dilakukan sesuai dengan hukum acara yang berlaku.

Pemeriksaan perkara, baik perkara yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama pada umumnya maupun perkara mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian pada khususnya yang dilakukan apabila tidak sesuai dengan hukum acara yang berlaku, maka mengakibatkan putusan batal demi hukum. Artinya, perkara tersebut jika diajukan banding, maka putusan tersebut tentu dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Agama, dan putusan tersebut jika diajukan kasasi, maka putusan tersebut tentu dibatalkan oleh Mahkamah Agung RI.

6. Adanya Kekhilafan atau Kekeliruan Hakim Dalam Menerapkan Hukumnya.

Menerapkan hukum suatu putusan harus tepat dan benar. Agar dalam menerapkan hukum suatu putusan dapat tepat dan benar, maka dalam memberikan pertimbangan hukum harus tepat dan benar pula.

Suatu putusan, pertimbangan hukumnya apabila tidak tepat dan tidak benar, maka penerapan hukumnya pun menjadi tidak tepat dan tidak benar pula. Sehingga mengakibatkan putusan dapat dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi sehingga amar putusannya pun akan diperbaiki oleh pengadilan yang lebih tinggi. Artinya, jika putusan tersebut diajukan

permohonan banding, maka putusan tersebut dapat dibatalkan oleh Pengadilan Tinggi Agama dan amar putusannya pun tentu diperbaiki oleh Pengadilan Tinggi Agama.

7. Hakim-Hakim masih ragu dalam putusannya.

Pada saat menyelesaikan sengketa di Pengadilan dalam perkara perdata masih ragu bahwa apa yang nanti akan diputus dalam sengketa mereka adalah putusan yang benar-benar sudah diambil dari nilai-nilai yang ada di masyarakat itu. Pada kenyataannya bahwa tugas berat Hakim dikarenakan saat akan selalu bermutasi setiap 4 (empat) sampai dengan 5 (lima) tahun, sehingga di penempatan baru yang ditempatkannya tersebut Hakim berkewajiban atau memiliki kewajiban moral untuk mencari nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat tersebut.

Selain Struktur di dalam Pengadilan, juga terdapat struktur hukum di luar Lembaga Pengadilan yang mempengaruhi. Pada akhir-akhir ini, banyak pengaduan-pengaduan pihak tereksekusi ditujukan kepada para petinggi di tingkat pusat dan daerah yang pada intinya merupakan protes terhadap eksekusi yang dihadapinya dengan membentuk “opini” bahwa putusan yang akan dijalankan itu sebagai “cacat hukum”. Selain dari pada itu, sering dikatakan bahwa obyek yang akan dieksekusi “*error in obyecto*”. Dan sering kali media massa dan media elektornik lainnya pun turut mengambil andil memberitakan kelemahan putusan yang “diopinikan” oleh pihak pengadu. Para Petinggi di Tingkat Pusat dan

Daerah (di luar lembaga peradilan dan Mahkamah Agung RI), dengan semudah itu mempercayai “opini” yang telah dibentuk, tanpa melakukan suatu “analisa” kebenaran apa yang diopinikan yang bersifat menyudutkan lembaga peradilan itu sendiri.

Berpedoman pada Negara Indonesia yang berlandaskan hukum (*recht staat*) dan bukan kekuasaan (*macht staat*), maka semua pihak terlebih kalangan Advokat/Pegacara, adalah wajib untuk “memahami” dan “menghargai” prosedur yang berlaku di Lembaga Peradilan Umum maupun ketentuan hukum dan perundang-undangan lainnya tersebut, dalam arti: Kalaupun pada akhirnya Pengadilan Negeri berkesimpulan akan menjalankan Putusan Hakim (eksekusi), maka itulah yang berlaku. Namun tidak menutup kemungkinan pihak yang dirugikan untuk mengajukan gugatan perdata terhadap obyek sengketa yang sudah dieksekusi. Sebaliknya, jika pada kesimpulan menunda eksekusi, itulah yang berlaku, dan pihak Pemohon Eksekusi harus bersabar menunggu proses hukum berikutnya sehubungan dengan perlawanan (*derden verzet*) dalam perkara yang bersangkutan. Akan tetapi yang tidak diperbolehkan oleh Undang-Undang adalah tidak melaksanakan Ketua Pengadilan Negeri menunda eksekusi tanpa ada alasan hukum dan tanpa memberikan penjelasan kepada Pemohon Eksekusi dan sebaiknya penundaan eksekusi dibuatkan dalam suatu Penetapan (tertulis) dengan pertimbangan yang jelas dan dapat dimengerti dengan mudah oleh Pencari Keadilan khususnya Pemohon Eksekusi.

Suatu fenomena bahwa pihak praktisi hukum (Advokat/Pengacara) secara aktif memimpin “demo” ketika permohonan penundaan eksekusi tidak dikabulkan. Mereka sering mempertahankan “pemelintiran” yang diajukan oleh pihak kliennya ibarat “menegakkan benang basah”. Perlu menjadi perhatian, bahwa keberadaan “Advokat/Pengacara” adalah untuk meluruskan hukumnya bukan sebagai “robot” yang seratus persen tunduk kepada keinginan klien. Kalau memang pihak Pengacara/Advokat menemukan kelemahan klien, jangan ditutup-tutupi, dan harus berani menjelaskan dimana letak kelemahan kliennya. Tugas pengacara bukan menggerakkan massa untuk “mendemo eksekusi”, akan tetapi mereka tampil sebagai kuasa pihak mempertahankan kebenaran klien sesuai hukum acara perdata yang berlaku.

Suatu keadaan yang sangat memprihatinkan dalam hal adanya pihak yang intervensi dalam rangka menjalankan putusan hakim (eksekusi). Lembaga legislatif” di tingkat Propinsi dan Kabupaten sering mencampuri putusan “lembaga peradilan”, yaitu: Berdasarkan pengaduan pihak tereksekusi yang keberatan terhadap eksekusi, maka pihak “lembaga legislatif” sering mengagendakan pembahasan putusan yang akan dijalankan (eksekusi) dengan mengundang Pejabat Birokrasi dan Lembaga peradilan (i.c. Ketua Pengadilan Negeri/Agama setempat) dalam rangka pembahasan eksekusi yang akan dijalankan tersebut. Suatu hal yang sangat luar biasa, jika Lembaga Legislatif membahas produk Lembaga Peradilan. Sehingga melahirkan suatu

pertanyaan: Apakah Lembaga Legislatif mempunyai kewenangan membahas produk Lembaga Peradilan? Perhatikan SEMA No. 4 Tahun 2002 yang dikutip tersebut di atas, antara lain: “Merupakan suatu prinsip yang sangat universal bahwa suatu putusan tidak boleh didiskusikan oleh siapa saja karena masalah tersebut merupakan kemandirian Badan Peradilan”.

Dalam praktek yang sering Penulis temukan di lapangan bahwa dalam pelaksanaan Putusan Hakim (Eksekusi) sering kali Pihak Pengamanan khususnya Pihak Kepolisian mencampuri Putusan Hakim yang seharusnya Pihak Kepolisian tidak perlu mencampuri urusan tersebut, karena Pihak Keamanan (Pihak Polri) hanyalah sebagai Pihak yang memberi bantuan pengamanan (jika diperlukan) dan hal tersebut selalu ditegaskan dalam Penetapan Ketua Pengadilan Negeri dalam Penetapan Perintah eksekusi.

Adapun alasan Pihak Kepolisian mencampuri Putusan Hakim salah satunya dengan meminta semua Putusan Hakim bahkan foto copy semua berkas perkara dalam rencana eksekusi dengan dalih untuk dipelajari. Hal ini sepatutnya tidak terjadi, karena Undang-Undang sudah jelas mengatur batas-batas kewajiban dan kewenangan masing-masing Lembaga Negara. Dan tidak jarang Pihak Keamanan (Polri) meminta agar pelaksanaan eksekusi ditunda dalam rapat koordinasi dengan alasan adanya Pihak-Pihak yang mengajukan keberatan kepada Pihak Aparat Keamanan (Polri) dan hal ini sering menimbulkan kesan adanya pengertian dualisme atas satu Putusan Hakim (Pengadilan), dan sering kali tidak

memberikan bantuan yang maksimal dalam pengamanan pelaksanaan eksekusi, padahal pengamanan dalam pelaksanaan eksekusi adalah tanggung jawab dan merupakan kewajiban Pihak Polri dan Aparat Keamanan lainnya dan Putusan Pengadilan (Hakim) bukan untuk dibahas, tapi untuk dipatuhi semua Pihak termasuk Lembaga Negara.

### 3. Faktor Budaya Hukum.

Budaya hukum adalah suasana pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, atau disalahgunakan. Tanpa budaya hukum, maka sistem hukum itu sendiri tidak berdaya.<sup>357</sup>

Menurut Friedman,<sup>358</sup> budaya hukum (*legal cultur*) adalah “*system their benefit, values, ideas and expectations*”. Budaya hukum (*legal cultur*) menurut Friedman adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum kepercayaan, nilai, pemikiran, serta harapannya.<sup>359</sup>

Pendapat Smith dan blumberg sebagaimana yang dikutip oleh Jaenal Aripin,<sup>360</sup> budaya hukum (*legal cultur*), yang menyangkut cara berpikir dan bertindak para penegak hukum, yakni hakim di pengadilan adalah terbagi menjadi 6 (enam) tipologi, yaitu :

- (1). tipe intelektual;
- (2). tipe pekerja upahan;

---

<sup>357</sup> Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, hlm. 119.

<sup>358</sup> Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law : an Introduction*, second edition, W.W. Norton & Company, New York, hlm. 20.

<sup>359</sup> Jaenal Aripin, *Loc. Cit.*

<sup>360</sup> *Ibid.*, hlm. 119-120.

- (3). tipe petualang politik;
- (4). tipe petualang uang;
- (5). tipe *hatchet-man* dan
- (6). tipe tirani.

Budaya hukum erat kaitannya dengan kesadaran hukum masyarakat. Semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan tercipta budaya hukum yang baik dan dapat merubah pola pikir masyarakat mengenai hukum selama ini. Secara sederhana, tingkat kepatuhan masyarakat terhadap hukum merupakan salah satu indikator berfungsinya hukum.

Terkait budaya hukum masyarakat terhadap pembagian waris dan harta bersama (gono-gini), bahwa seringkali masyarakat berpandangan apabila suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris. Untuk menjawab hal tersebut kita bisa berpatokan pada Pasal 128 KUHPerduta dan Pasal 96 ayat (1) KHI. Kedua ketentuan tersebut pada intinya menyatakan bahwa dalam hal terjadinya kematian, maka harta bersama dibagi menjadi dua, yaitu (1) menjadi milik suami/istri (yang masih hidup) dan (ii) menjadi hak dari para ahli waris.

Untuk memudahkan, dibawah ini adalah kutipan dari pasal-pasal dimaksud:

Pasal 128 KUHPerduta

“Setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka bagi dua antara suami dan istri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu”.



Pasal 96 ayat (1) KHI:

“apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”

Apabila kita memperhatikan ketentuan Pasal 128 KUHPerdara dan Pasal 96 ayat (1) KHI di atas, pandangan masyarakat yang menyimpulkan bahwa “dalam hal suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris” adalah tidak tepat.

Dalam hal terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris, terlebih dahulu harta bersama harus dibagi 2, dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris. Terkait harta bersama sebagai harta waris ini telah diuji dalam sebuah sengketa di Pengadilan.

Dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 3784K/Pdt/1992 tanggal 30 Maret 1995 dinyatakan bahwa seorang janda mendapatkan  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama dan  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi harta warisan dari almarhum suami. Selain itu Penulis menganalisis Putusan Pengadilan Agama Kendal yang penulis jadikan studi kasus yaitu Putusan No.838/Pdt.G/2023/PA.Kdl juga telah memutuskan bahwa seorang janda mendapatkan  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama dan  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi harta warisan dari almarhum suami.

Kelemahan budaya hukum selanjutnya adalah kurang terlindunginya kebutuhan hidup janda/ duda yang ditinggal mati Pewaris, karena kebanyakan anak sudah sibuk dengan pekerjaannya masing-masing, tempat tinggalnya jauh, memiliki kebutuhan hidup sendiri-sendiri, apalagi sudah mempunyai pasangan hidup dan anak-anaknya, mereka lebih mendahulukan kepentingannya sendiri daripada orang tuanya,

Orang tua umumnya tidak ingin merepotkan anak-anak dan sebaliknya anak satu dengan anak yang lainnya saling lari dari tanggung jawab merawat, dan membiayai kehidupan orang tua yang masih hidup

Harta waris yang ditinggalkan adalah harta yang benar-benar harta hak milik yang meninggal, padahal dalam kehidupan rumah tangga ada harta bersama, dan putusnya perkawinan itu salah satunya karena kematian, sehingga harus dipisah dahulu harta tersebut baru kemudian yang dijadikan harta waris hanya harta yang benar-benar milik sempurna pewaris.

Selanjutnya Budaya hukum yang terjadi di pengadilan, bahwa fakta yang terjadi di dalam Lembaga Peradilan dan Mahkamah Agung RI, bahwa senioritas masih menentukan karir dan kepangkatannya seorang hakim, sehingga terkadang seorang hakim yang progresif sedikit terkendala dalam mengeksplorasikan kemampuannya dalam berpikir ketika di persidangan maupun membuat putusan.

Seringkali terjadi pikirannya tidak bisa dituangkan dalam putusan karena ketua majelis, dalam hal ini seniornya, masih menggunakan pola pikir lama yang

biasanya dia buat dalam menyusun putusan, sehingga pemikiran-pemikiran baru yang lebih mendalam dan konprehensif untuk bahan pertimbangan dalam putusan itu tidak terpakai.

Prinsip kebebasan hakim, oleh sebagian hakim dipahami sebagai suatu kebebasan yang sebebaskan-bebasnya tanpa batas, sehingga makna kebebasan dipahami sebagai kesewenang-wenangan,<sup>361</sup> sehingga orang dikatakan bebas, kalau dapat berbuat atau tidak berbuat sesuka hatinya. Di sini bebas dipahami juga sebagai terlepas dari segala kewajiban dan keterikatan, termasuk keterikatan dari perbudakan nafsu. Secara paralel, kebebasan hakim dapat dipahami sebagai kebebasan yang terlepas dari segala kewajiban dan keterikatan dengan seseorang atau apapun (termasuk nafsu) yang dapat membuat hakim tidak leluasa. Ukurannya adalah kebenaran, dan kebaikan yang dipancarkan oleh nurani.

Antara hukum dan moral memang berbeda,<sup>362</sup> tetapi mempunyai kaitan yang erat antara hukum dan moral, karena sebenarnya bahwa hukum itu merupakan bagian dari tuntutan moral yang dialami manusia dalam hidupnya. Hukum<sup>363</sup> memuat nilai etis, yakni bahwa kriteria pembentukan hukum adalah

---

<sup>361</sup> Kees Bertens, 2002, *Filsafat Barat Kontemporer Inggris, Jerman*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, h. 99.

<sup>362</sup> Hukum dipisahkan dari keadilan dan tidak didasarkan pada pengertian baik dan buruk akan tetapi didasarkan pada kekuasaan dari *the powers of superior* (Baca Brian H. Bix, 2006, *Legal Positivim* dalam *Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing, Malden; James Bernard Murphy, 2005, *The Philosophy of Positive Law : Foundations of Jurisprudence*, Yale University Press, New Haven.

<sup>363</sup> Hukum memikul tanggung jawab (beban moral) untuk berfungsi sebagai sistem aturan yang melindungi, mengontrol, mencegah, memfasilitasi, dan memandu kehidupan manusia agar tercipta kehidupan tertib di tengah-tengah keterbatasan natural. Andre Ata Ujan, 2009, *Filsafat Hukum: Membangun Hukum, Membela Keadilan*, Kanisius, Yogyakarta, h. 155.

kebebasan moral. Hukum ialah sejumlah syarat yang menjamin bahwa kehendak seorang pribadi disesuaikan dengan kehendak pribadi lain menurut norma umum kebebasan, disini hukum diartikan sebagai buah sikap moral manusia.

Antara hukum dan moral sangat erat sekali hubungannya, sebab norma-norma yang berbeda-beda secara abstrak, secara konkret tidak usah muncul secara terpisah. Ilustrasi ini mengharuskan hakim untuk memeriksa, dan memutus perkara yang ditanganinya sesuai dengan prinsip-prinsip moral, dan karenanya dalam memutus perkara berlandaskan moral yang baik dan sehat. Apabila dalam menyelesaikan sengketa dan memutus perkara hakim mengabaikan moral, pasti akan menghasilkan suatu putusan yang adil tetapi semu atau menghasilkan suatu keadilan yang semu.

Norma moral bagi hakim dalam menjalankan tugasnya diatur di dalam Keputusan Bersama Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Ketua Komisi Yudisial Republik Indonesia Nomor.047/KMA/SKB/IV/2009 dan Nomor 02/SKB/P-KY/IV/2009 tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim, yang mengatur perilaku hakim sebagai berikut: berperilaku adil, berperilaku jujur, berlaku arif dan bijaksana, bersikap mandiri, berintegritas tinggi, bertanggung jawab, menjunjung tinggi harga diri, berdisiplin tinggi, berperilaku rendah hati, bersikap profesional.

Hukum sangat erat hubungannya dengan keadilan, bahkan ada pendapat bahwa hukum harus digabungkan dengan keadilan, supaya benar-benar berarti

sebagai hukum, karena memang tujuan hukum itu adalah tercapainya rasa keadilan pada masyarakat. Setiap hukum yang dilaksanakan ada tuntutan untuk keadilan, maka hukum tanpa keadilan akan sia-sia sehingga hukum tidak lagi berharga dihadapan masyarakat,<sup>364</sup> hukum bersifat obyektif berlaku bagi semua orang, sedangkan keadilan itu bukan merupakan suatu hal yang gampang. Sesulit apa pun hal ini harus dilakukan demi kewibawaan negara dan peradilan, karena hak-hak dasar hukum itu adalah hak-hak yang diakui oleh peradilan.<sup>365</sup>

Pada prinsipnya, putusan pengadilan dalam perkara perdata pasti ada pihak yang dimenangkan dan pihak yang dikalahkan. Akan tetapi pihak yang kalah sering dihukum terlalu tinggi dengan mengabulkan seluruh permintaan pihak yang menang, sehingga pada akhirnya pihak yang kalah sering menempuh upaya hukum karena tidak menerima putusan pengadilan tersebut. Seharusnya kalau putusan tersebut sudah berkeadilan, maka pihak yang kalah tidak akan menempuh upaya hukum lagi.

Suatu fenomena penolakan eksekusi oleh pihak tereksekusi selalu dibarengi dengan pengaduan-pengaduan pihak tereksekusi kepada pihak petinggi di Tingkat Pusat dan Daerah yang bertujuan agar eksekusi dihentikan dengan berbagai dalil-dalil dengan suatu “opini” yang mendiskreditkan putusan hakim sebagai cacat hukum dan lain-lain

---

<sup>364</sup> Pandangan hukum yang formalis, seperti ketaatan pada hukum putati yang telah ada (hukum positif) dapat diabaikan atas nama hak moral. Lihat Lon. L. Fuller, 1964, *Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, h. 96-97

<sup>365</sup> Lili Rasjidi, 2007, *Pengantar Filsafat Hukum*, Mandar Maju, Bandung, h. 125.

sebagainya. Selain dari pada itu, bahwa dalam rangka menjalankan Putusan Hakim (eksekusi) kerap kali terjadi adanya permohonan penundaan eksekusi, perlawanan pihak termohon eksekusi maupun perlawanan pihak ketiga terhadap eksekusi (*derden verzet*).

Dengan adanya perlawanan (*derden verzet*) dan/atau permohonan penundaan eksekusi, maka tidak otomatis bahwa perlawanan dan permohonan penundaan itu menjadikan eksekusi dapat ditunda. Keadaan ditentukan oleh ada/tidaknya hal-hal yang bersifat eksepsional yang dapat untuk menunda eksekusi.

Bagi pihak yang memahami aturan hukum, tidak akan semudah itu mempercayai sebuah “opini” sebelum mempelajari Putusan Hakim yang diopinionkan sebagai “cacat hukum”. Mereka tetap memegang prinsip, bahwa Legalitas Putusan Hakim yang telah berkekuatan hukum yang tetap (*In kracht van gewijsde*) dianggap benar. Dan jika “*dictum*” putusan mengandung sifat “penghukuman/ *condemnatoir*”, maka putusan *a quo* harus dilaksanakan sesuai aturan hukum yang berlaku. Mereka ini sadar, bahwa putusan hakim di tingkat pertama telah diuji melalui upaya hukum (Banding, Kasasi dan Peninjauan Kembali (PK), dan walaupun ada pihak yang merasa dirugikan akibat eksekusi, maka saluran hukum yang tepat untuk membuktikan kebenarannya tetap terbukanya saluran hukum bagi setiap orang/ pihak berupa pengajuan gugatan biasa (jika eksekusi telah terlaksana).

Menurut Lilik Mulyadi, bahwa Kelemahan kultural tergantung kepada kultur hakim dan kultur masyarakat Indonesia yang bersifat paternalistik.<sup>366</sup> Oleh karena hakim belum dapat mempertimbangkan segala aspek baik dari sisi Penggugat maupun Tergugat sehingga ketika hakim menjatuhkan putusan, dari pihak yang dikalahkan semakin menjadi kalah karena putusan tersebut pihak yang kalah sering dihukum terlalu tinggi dan memberatkan dengan mengabulkan permintaan pihak yang menang.

Kultur masyarakat Indonesia dalam penyelesaian sengketa yang dipergunakan selalu berorientasi pada bagaimana supaya memperoleh kemenangan (seperti peperangan, perkelahian bahkan lembaga pengadilan). Oleh karena kemenangan yang menjadi tujuan utama, para pihak cenderung berupaya mempergunakan berbagai cara untuk mendapatkannya, sekalipun melalui cara-cara melawan hukum. Akibatnya, apabila salah satu pihak memperoleh kemenangan tidak jarang hubungan diantara pihak-pihak yang bersengketa menjadi buruk, bahkan berubah menjadi permusuhan. Dalam perkembangannya, bentuk-bentuk penyelesaian yang berorientasi pada kemenangan tidak lagi menjadi pilihan utama, bahkan sedapat mungkin dihindari. Pihak-pihak lebih mendahulukan kompromi dalam setiap penyelesaian sengketa yang muncul di antara mereka, dengan harapan melalui kompromi tidak ada pihak yang merasa dikalahkan/dirugikan.

---

<sup>366</sup> Lilik Mulyadi, S.H., M.H., Hakim Tinggi pada Balitbangdiklatkumdil Mahkamah Agung Republik Indonesia, di Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Putusan yang baik adalah putusan yang argumentatif, rasional, sistematis dan tidak bertentangan dengan *common sense*. Pasal 5 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 telah mewajibkan hakim dalam pertimbangan hukumnya untuk mampu menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Putusan yang hanya berdasarkan pada peraturan perundang-undangan adalah bisa jadi putusan tersebut tidak mewujudkan keadilan karena pasal-pasal yang dijadikan dasar dalam pertimbangan hukum pada putusan tersebut sudah tidak bisa menyelesaikan permasalahan yang terjadi pada perkembangan zaman sekarang ini dan tidak dapat mewujudkan keadilan.

Makna budaya hukum di sini ialah Hakim dalam memutus suatu perkara atau suatu kasus yang ditanganinya tidak berdasar pada hukum yang hidup dimasyarakat, tetapi hanya berdasar pada bunyi pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan, sehingga putusannya terkadang tidak dapat mewujudkan keadilan.

Nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan di dalam masyarakat kadang dikesampingkan dalam penegakan hukum. Seringkali penegakan hukum hanya menerapkan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan dan mengesampingkan nilai-nilai hukum yang hidup dan rasa keadilan di dalam masyarakat.



Kultur masyarakat Indonesia dalam penyelesaian sengketa yang dipergunakan selalu berorientasi pada bagaimana supaya memperoleh kemenangan (seperti peperangan, perkelahian bahkan lembaga pengadilan). Oleh karena kemenangan yang menjadi tujuan utama, para pihak cenderung berupaya mempergunakan berbagai cara untuk mendapatkannya, sekalipun melalui cara-cara melawan hukum. Akibatnya, apabila salah satu pihak memperoleh kemenangan tidak jarang hubungan diantara pihak-pihak yang bersengketa menjadi buruk, bahkan berubah menjadi permusuhan.

Sengketa muncul karena keserakahan untuk menguasai dan mendapatkan harta warisan. Mereka ingin dimasukan sebagai pihak ahli waris dengan mendapatkan persentase yang lebih besar atas harta warisan. Pembagian warisan tersebut menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan. Masalah waris merupakan masalah yang sangat penting, karena terkait dengan harta waris di mana jika pembagiannya dirasa tidak adil, maka akan mengakibatkan sengketa antara ahli warisnya. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat.

## BAB V

# PENGUATAN REGULASI HUKUM NASIONAL TERHADAP PEMBAGIAN WARIS HARTA BERSAMA YANG MAMPU MENCIPTAKAN PEMBAGIAN WARIS YANG BERBASIS NILAI KEADILAN DAN KEMASLAHATAN

### A. Pembagian Harta Bersama di Beberapa Negara

#### 1. Hukum Pembagian Harta Bersama di Negara Saudi Arabia

Saudi Arabia dikenal menjadi 2 (dua) bagian, yaitu daerah Hijjaz, yakni daerah pesisir Barat Semenanjung Arab yang di dalamnya terdapat kota-kota diantaranya adalah Mekkah, Madinah dan Jeddah serta daerah gurun sampai pesisir Timur Semenanjung Arabia yang umumnya dihuni oleh suku-suku lokal arab (Baddui) dan kabilah kabilah arab lainnya.<sup>367</sup> Sejak abad keduabelas Hijriyah atau abad kedelapanbelas Masehi, di jantung Jazirah Arabia, tepatnya di wilayah Najd yang secara historis sangat terkenal, lahirlah Negara Saudi yang pertama yang didirikan oleh Imam Muhammad bin Saud di "Ad-Dir'iyah", terletak di sebelah Barat Laut kota Riyadh pada tahun 1175 H./1744 M., dan meliputi hampir sebagian besar wilayah Jazirah Arabia. Periode awal Negara Saudi Arabia ini berakhir pada tahun 1233 H./1818 M.<sup>368</sup>

Periode kedua dimulai ketika Imam Faisal bin Turki mendirikan Negara Saudi kedua pada tahun 1240 H./1824 M. Periode ini berlangsung hingga tahun 1309 H/1891 M. Pada tahun 1319 H/1902 M, Raja Abdul Aziz berhasil mengembalikan kejayaan kerajaan para pendahulunya, kembali kota Riyadh

---

<sup>367</sup><http://kbpa-uinjkt.blogspot.com/2012/11/hukum-keluarga-di-saudi-arabia.html>

<sup>368</sup> Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, 1997, *Ensiklopedi Islam*, Ihtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, hlm.154.

yang merupakan ibu kota bersejarah kerajaan ini. Penyatuan dengan nama ini, yang dideklarasikan pada tahun 1351 H/1932 M, merupakan dimulainya fase baru sejarah Arab modern dan berakhir pada tahun 1953).Raja Abdul Aziz Al-Saud pada saat itu menegaskan kembali komitmen para pendahulunya, raja-raja dinasti Saud, untuk selalu berpegang teguh pada prinsip-prinsip Syariah Islam. Di atas prinsip inilah, para putra sesudahnya mengikuti jejak-langkahnya dalam memimpin Kerajaan Saudi Arabia. Mereka adalah : Raja Saud, putra Raja Abdul Aziz (1953-1964), Raja Faisal, putra Raja Abdul Aziz (1964-1975), Raja Khalid, putra Raja Abdul Aziz (1975-1982), Raja Fahd, putra Raja Abdul Aziz (1982-2005), dan Raja Abdullah, putra Raja Abdul Aziz (2005- sekarang).

Ditinjau dari segi daerah tempat tinggal, bangsa Arab itu dapat dibedakan menjadi penduduk pedalaman dan penduduk perkotaan. Penduduk pedalaman tidak mempunyai tempat tinggal permanen atau perkampungan tetap. Mereka adalah kaum nomad yang hidup berpindah-pindah dengan membawa binatang ternak untuk mencari sumber mata air dan padang rumput. Adapun penduduk perkotaan sudah mempunyai tempat kediaman permanen di kota-kota. Mata pencaharian mereka adalah berdagang dan bertani. Bangsa Arab terbagi kedalam dua kelompok yaitu Arab al-Baidat dan Arab al-Baqiyat. Kelompok al-Baidat adalah orang-orang yang telah lenyap. Seperti kaum 'Ad dan kaum Tsamud. Sedangkan kelompok al-Baqiyat adalah orang bangsa arab yang masih ada sampai sekarang.

Kerajaan Saudi terdiri dari sejumlah provinsi yang dipimpin oleh seorang Gubernur. Setiap Gubernur dibantu oleh Dewan Daerah yang anggotanya antara lain kepala suku. Disamping sebagai Dewan Daerah kepala suku juga merangkap sebagai Wali Kota. Untuk menjalankan kekuasaan kehakiman, diangkat seorang Qadhi mengepalai badan pengadilan yang kekuasaannya hanya terbatas hanya persoalan hukum dan peraturan yang dikeluarkan oleh Syari'ah. Penduduk Saudi Arabia adalah mayoritas berasal dari kalangan bangsa Arab sekalipun juga terdapat keturunan dari bangsa-bangsa lain serta mayoritas beragama Islam.

Hukum yang berlaku di Saudi Arabia adalah hukum yang berdasarkan Syariat Islam dalam segala sendi kehidupan. Madhab resmi Saudi Arabia adalah Madhab Hambali dan sebagian kecil ada kelompok Syiah yang mengikuti madhab Ja'fari.

Di Saudi Arabia, terdapat sebuah badan yang berwenang membuat segala peraturan demi ketertiban masyarakat. Beberapa peraturan tertentu dibuat dengan Dekrit Raja yang bertindak tidak saja sebagai pelaksana Eksekutif tetapi sekaligus juga pembuat Undang-undang. Karena itu, selain berkedudukan sebagai Kepala Negara dan Pemerintah, Raja juga berperan sebagai Imam atau Pemimpin Agama.

Sistem pemerintahan di Saudi Arabia adalah Kerajaan (Monarki). Kabinet bersama Raja merupakan kekuasaan eksekutif dan regulatif dalam Negara. Perdana Menteri adalah *Khadim al-Haramain asy-Syarifain* (Pelayan Dua Kota Suci) Raja Abdullah bin Abdul Aziz Al-Saud, dan Putra Mahkota

adalah Pangeran Sultan bin Abdul Aziz Al-Saud, Wakil Perdana Menteri dan Menteri Pertahanan, Penerbangan dan Inspektur Jenderal. Sistem Judikatif bersumber dari Al-Qur`an dan Sunnah.

Sejarah panjang kerajaan Saudi sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari peran seseorang bernama Muhammad bin Abdul Wahab yang bermazhab Hambali dan berusaha keras memurnikan ajaran ketauhidan. Ia berasal dari dari keluarga klan Tamim yang menganut mazhab Hambali. Ia lahir di desa Huraimilah, Najd, yang kini bagian dari Saudi Arabia, tahun 1111 H. (1700 M), dan meninggal di Dar'iyah pada tahun 1206 H (1792 M). Pada sekitar tahun 1744 Ia dihidupi, diayomi dan dilindungi langsung oleh sang Amir Dar'iyah, Muhammad bin Saud. Akhirnya Amir Muhammad bin Saud dan Muhammad bin Abdul Wahab saling membaiat dan saling memberi dukungan untuk mendirikan negara teokratik dan mazhab Muhammad bin Abdul Wahab pun dinyatakan sebagai mazhab resmi wilayah kekuasaan Ibnu Saud. Muhammad bin Abdul Wahab akhirnya diangkat menjadi qadhi (hakim agama) wilayah kekuasaan Ibnu Saud. Hubungan keduanya semakin dekat setelah Ibnu Saud berhasil mengawini salah seorang putri Muhammad bin Abdul Wahab.

Tahir Mahmood mengkatagorikan Saudi Arabia pada negara-negara yang menerapkan hukum Islam secara tradisional, di mana hukum Islam tidak beranjak menjadi sebuah peraturan perundang-undangan. Dengan melihat latar belakang sejarah hukum Islam, wilayah jazirah Arab awalnya menganut

mazhab Maliki.<sup>369</sup> Namun sejak perjanjian Amir Muhammad bin Saud dengan Muhammad bin Abdul Wahhab menyebabkan mazhab Hambali menjadi mazhab resmi di wilayah Saudi Arabia. Oleh karena tidak adanya peraturan perundang-undangan mengenai hukum Islam di Saudi Arabia, maka untuk melacak hukum keluarga haruslah melihat pada referensi fiqh Imam Ahmad bin Hambal.

Ini tidak dimaknai bahwa Saudi Arabia anti kepada Undang-undang yang bersifat tertulis. Sebab seperti yang diutarakan oleh Edwar Mortimer, sekalipun dalam teori hukum di Saudi Arabia bersifat abadi, yakni syariat Tuhan, namun tidak berarti bahwa suatu perundang-undangan dalam memenuhi suatu kebutuhan baru tidak dibenarkan. Sejak tahun 1950-an, memulai dekrit, kerajaan telah mengesahkan sejumlah peraturan yang meliputi berbagai segi kehidupan. Misalnya perdagangan, kebangsaan, pemalsuan, penyuapan, pertambangan, perubahan dan tenaga kerja, jaminan sosial dan pertahanan sipil.<sup>370</sup>

Di Negara-negara yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab kitab fiqh madhab yang dianutnya. Pelaksanaan pernikahan serta hal hal lain yang terkait dengannya seperti talak dan rujuk pada umumnya ditangani oleh para ulama atau institusi keagamaan setempat yang dianggap berwenang mengenai masalah keagamaan umat Islam.

---

<sup>369</sup>lahir di Madinah pada tahun 93H-179H, dengan nama Abu abdullah Malik bin Anas bin Malik bin Abi Amirbin Amr bin al-Haris bin Ghaiman bin Jutsail binAmr bin al-Haris Dzi Ashbah.

<sup>370</sup> Muhammad Amin Suma, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT.Raja Grapindo Persada, Jakarta, hlm. 166.

a. Perkawinan

Pelaksanaan kekuasaan kehakiman, seorang Qodhi mengepalai badan Pengadilan. Kekuasaan seorang Qadhi hanya terbatas pada persoalan hukum dan peraturan yang dikeluarkan oleh Syariah. Kalau kasusnya menyangkut pada peraturan yang diundangkan dengan dekrit Raja, maka yang berhak mengadili bukan Qadhi, melainkan Gubernur atau kepala daerah setempat.<sup>371</sup>

Di Negara-negara yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, sebagaimana telah disinggung di muka, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab kitab fiqh madhab yang dianutnya. Dalam hal ini Saudi Arabia hukum perkawinannya sesuai dengan madhab Hambali, yaitu pelaksanaan pernikahan serta hal-hal lain yang terkait dengannya seperti halnya talak dan Rujuk pada umumnya ditangani oleh para Ulama atau institusi keagamaan setempat yang dianggap berwenang dalam menangani masalah keagamaan umat Islam.

b. Perwalian Pernikahan

Perwalian dalam pernikahan, kalau kita merujuk kepada Madhab Hambali, maka Wali dalam mazhab Hambali hukumnya wajiib, bahkan pernikahan dianggap tidak sah tanpa adanya wali. Seorang perempuan tidak dapat menikahkan dirinya sendiri baik atas izin walinya ataupun tidak, demikian pula seorang perempuan tidak dapat menikahkan untuk

---

<sup>371</sup>Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, 1997, *Ensiklopedi Islam*, Ihtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, hlm. 162.

perempuan yang lainnya baik atas izin walinya ataupun tidak. Pernikahan tersebut hukumnya fasid, walaupun terlanjur pernikahan yang akadnya dilakukan oleh pengantin perempuan sendiri, pernikahannya harus dipisahkan. Namun dalam hal hukuman, mengingat pernikahan tersebut menjadi wacana perdebatan sehingga tidak ada hukuman bagi pelaku pernikahan tersebut. Wali berurutan dari ayah, kakek kemudian saudara. Pernikahan oleh wali yang lebih jauh, sedangkan wali yang lebih dekat masih ada, menyebabkan pernikahannya batal.<sup>372</sup>

c. Usia Pernikahan

Saudi Arabia tidak memiliki hukum khusus untuk mengatasi masalah ini. Karena di Negara ini tidak ditetapkan Undang-Undang mengenai batasan minimal usia pernikahan, yang diterapkan hanya hukum fikih yang sebenarnya yaitu seseorang dapat menikah kapanpun asalkan telah cukup memenuhi syarat dalam madzhab yang dianutnya, dimana mayoritas mereka bermadzhab Imam Hambali.

d. Poligami

Begitu pula dengan masalah poligami, Saudi Arabia tidak memiliki hukum khusus untuk mengatasi masalah ini. Tidak ada batasan ataupun tata cara yang khusus mengenai prosedur yang harusnya dilakukan bagi para suami yang ingin berpoligami. Poligami diperbolehkan untuk pria tetapi terbatas pada empat istri pada satu waktu. Bahwa praktek poligami telah meningkat, khususnya di kalangan yang berpendidikan, sebagai akibat dari

---

<sup>372</sup>Ibn Qudamah, Tanpa tahun, *Al Kafi fiqh Ahmad ibn Hanbal*, Kitab nikah, Maktabah Syamilah, Vol. 2, Juz. 3, hlm. 9



kekayaan minyak. Pemerintah telah dipromosikan poligami sebagai bagian dari kembali ke program " nilai-nilai Islam". Pada tahun 2001, Grand Mufti (otoritas agama tertinggi) mengeluarkan fatwa, atau pendapat, menyerukan kepada wanita Saudi untuk menerima poligami sebagai bagian dari paket Islam dan menyatakan, bahwa poligami itu diperlukan "untuk melawan ... pertumbuhan epidemi perawan tua". Tidak ada usia minimum untuk menikah di Arab Saudi dan Grand Mufti dilaporkan mengatakan pada tahun 2009, bahwa anak perempuan dari usia 10 atau 12 yang menikah.

e. Perceraian

Pria memiliki hak unilateral untuk menceraikan istri mereka tanpa perlu dasar hukum. Perceraian adalah efektif dengan segera. Istri bercerai dapat mengklaim dukungan keuangan untuk jangka waktu empat bulan dan sepuluh hari sesudahnya. Seorang wanita hanya dapat memperoleh perceraian dengan persetujuan dari suaminya atau secara hukum jika suaminya telah merugikan dirinya. Dalam praktek, sangat sulit bagi seorang wanita Saudi untuk mendapatkan perceraian pengadilan. Tingkat perceraian tinggi, sampai 50%. Dalam hal perceraian, ayah memiliki hak asuh anak otomatis dari usia 7 dan putri dari usia 9. Hak bagi pria untuk menikah hingga empat istri, dikombinasikan dengan kemampuan mereka untuk menceraikan istri kapan saja tanpa sebab, bisa menerjemahkan dengan poligami terbatas. Raja Abdul Aziz , pendiri negara, dilaporkan

mengaku menikah lebih dari dua ratus perempuan. Namun, poligami nya dianggap luar biasa bahkan oleh standar Arab Saudi.

f. Hak asuh anak dan perwalian

Pihak ayah adalah pihak yang memegang hak utama dalam kasus perceraian. Meskipun begitu, hakim dapat mempertimbangkan kebugaran orang tua dalam pemberian perwalian, apabila seorang ayah yang ditunjuk untuk menjadi orang tua yang mendapatkan perwalian anak sedang dalam kondisi yang tidak sehat, maka kakek dan nenek dari pihak ayah adalah yang diserahi tanggung jawab atas anak tersebut.

g. Perjanjian Perkawinan

Dalam Islam, seorang wanita diperbolehkan untuk mengajukan syarat/perjanjian pernikahannya selama tidak melanggar ajaran islam. Dia kemudian berhak atas suatu "perceraian bersyarat" jika salah satu dari persyaratan tersebut tidak dipenuhi oleh suaminya. Hasil dari perceraian tersebut dianggap final dan seorang suami tidak boleh kembali kepada istrinya selama tiga bulan masa 'iddah. Selama waktu ini pasangan dapat merevisi keputusan mereka dan dapat menghidupkan kembali perkawinan mereka jika mereka telah menyelesaikan perbedaan atau perselisihan diantara mereka.

Semua Ulama sepakat bahwa semua perjanjian dalam perkawinan adalah sah, dan pelanggaran terhadap perjanjian tersebut berarti membatalkan kesepakatan. Syekh Abdullah al-Manii, anggota Dewan Ulama Senior Saudi, mengatakan bahwa seorang wanita sah menceraikan

suaminya setelah sang suami melanggar syarat dalam perjanjian perkawinan mereka yang salah satu poinnya adalah bahwa suaminya itu tidak akan menikah dengan wanita lain selama mereka masih bersama.

h. Kewarisan dan Perwakafan.

Menurut catatan para ahli sejarah hukum Islam, wakaf tidak dikenal pada masyarakat Arab Jahiliyah pra-Islam. Wakaf menurut Imam Syafi'i benar-benar tipikal Islam. Sama halnya di bidang hukum keluarga lainnya, hukum wakaf juga merupakan hukum yang hidup di seluruh dunia Islam, apakah itu Negara yang berpenduduk muslim minoritas, maupun yang berpenduduk muslim mayoritas, dan lebih lagi di Negara muslim konstitusional. Begitu penting dan strategisnya kedudukan wakaf ini bagi jaminan social umat dan kesejahteraan umum. Dalam hal ini, Saudi Arabia mengangkat Menteri Perwakafan.

Saudi Arabia sebagai Negara Islam konstitusional dan Negara yang menguasai tempat dimana Islam telah diturunkan dengan perkembangan zaman yang berubah dan kebutuhan umat yang beragam pula, kelembagaan perwakafan beserta manajemennya pun mengalami berbagai perubahan dan perbaikan di segala bidang. Termasuk Saudi Arabia yang pada tahun 1966 M membentuk Departemen Wakaf. Departemen ini memiliki tugas utama untuk menangani berbagai hal yang berhubungan dengan wakaf. Seperti membuat perencanaan, pengembangan dengan wakaf, dan memelihara serta mengawasi kelanggengan aset-aset wakaf

disamping menyusun laporan lengkap dan rinci kepada pihak Kerajaan Saudi.<sup>373</sup>

Diantara pengelolaan wakaf yang paling menonjol di Saudi Arabia adalah pengelolaan khusus bagi dua kota yang paling dihormati oleh umat islam, yaitu al-Haramain : Makkah al-Mukarramah dan Madinah al-Munawwarah. Diatas tanah yang terletak di sekitar Masjidil Haram di Makkah dan diatas tanah yang terletak di sekeliling masjid Nabawi di Madinah, dibangun sejumlah pertokoan dan perhotelan atau rumah-rumah penginapan yang kemudian dikelola secara professional guna menghasilkan dana yang kemudian untuk membiayai perawatan berbagai aset yang dimiliki kedua kota tersebut.

Secara umum, hukum kewarisan islam pada dasarnya tetap berlaku di hampir atau bahkan diseluruh dunia islam. Baik dunia islam yang mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang, maupun yang belum mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang. Negara islam atau Negara berpenduduk muslim yang telah mengundang hukum kewarisan islam itu, ada yang menggabungkan hukum kewarisannya dengan undang-undang perkawinan, dan adapula yang memisahkannya dalam bentuk peraturan perundang-undangan tersendiri.

Masalah kewarisan secara umum , hukum kewarisan Islam pada dasarnya tetap berlakku di hamper atau bahkan di seluruh dunia Islam.

---

<sup>373</sup>Muhammad Amin Suma, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 194.

Baik dunia islam yang mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang maupun yang tidak atau belum mengatur hukum kewarisannya dalam bentuk undang-undang. Saudi Arabia termasuk ke dalam Negara yang tidak menjadikan hukum kewarisannya ke dalam undang-undang akan tetapi mereka mengatasi masalah waris mengacu kepada Al-Quran dan As-Sunnah.<sup>374</sup>

Warisan orang-orang beragama lain, dikalangan Saudi Arabia tidak diperbolehkan bagi para penganut agama-agama non-islam tidak boleh mewarisi satu sama lain. Dengan demikian, seorang Yahudi tidak bisa mewarisi orang Nasrani, dan sebaliknya. Demikian pula halnya dengan pemeluk-pemeluk agama lainnya satu sama lain. Adapun mengenai tentang mendahulukan penyelenggaraan pemakaman atas hak yang berkaitan dengan Tirkah, seperti barang yang digadaikan pemiliknya sebelum dia meninggal dunia. Di Saudi Arabia penyelenggaraan pemakaman didahulukan atas seluruh hak dan utang-utang, sekalipun dalam bentuk gadaian ganti rugi pidana.

i. Penerapan Hukum Keluarga.

Penggunaan Al-Quran dan sunnah sebagai hukum yang dipakai untuk mengatur hukum keluarga oleh Saudi Arabia menyebabkan para hakim, ulama dan mufti harus lebih banyak mengeluarkan ijtihadnya dikarenakan umumnya sumber hukum yang mereka miliki. Tidak jarang para ulama tersebut mengalami perbedaan pendapat mengenai masalah

---

<sup>374</sup>Muhammad Amin Suma, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 195.

yang sama. Hal ini membuat pihak PBB menyarankan kepada Saudi Arabia untuk merevisi hukum keluarga yang dipakai oleh Negara tersebut. Di samping perbedaan pendapat yang acap kali terjadi oleh para ulama yang ada di Saudi Arabia, PBB juga menilai hukum keluarga yang dipakai Saudi Arabia saat ini membuka kemungkinan terjadinya diskriminasi khususnya terhadap perempuan. Sehingga PBB merasa perlu untuk menyarankan adanya revisi terhadap hukum keluarga di Negara ini.

Aplikasi hukum keluarga di masyarakat Saudi Arabia sendiri banyak menghadapi masalah-masalah yang perlu diperhatikan karena dianggap melanggar nilai-nilai sosial oleh sebagian masyarakat dunia. Seperti praktek nikah di bawah umur dan nikah misyar. Namun demikian, hal tersebut dianggap boleh oleh pemerintah Saudi Arabia karena tidak dilarang oleh sumber hukum mereka. Dengan demikian, pemerintah kerajaan Saudi Arabia perlu membuat suatu peraturan (UU) untuk menangani permasalahan tersebut.

j. Nikah Dibawah Umur.

Menteri Kehakiman Saudi Arabia Mohamed Al-Issa mengatakan, pemerintah akan membuat regulasi tentang perkawinan di bawah umur setelah kasus perkawinan seorang pria berusia 47 tahun dengan seorang anak perempuan berusia 8 tahun.

Kasus ini sempat ramai di pengadilan Saudi, bahkan sampai ke tingkat pengadilan banding. Namun demikian, hakim yang menangani perkara, yaitu hakim Syaikh Habib Al-Habib, lagi-lagi menolak

membatalkan pernikahan tersebut, meski mempelai perempuan masih di bawah umur. Hakim Al-Habib beralasan, begitu seorang anak perempuan sudah mengalami pubertas (menstruasi) dia bisa memutuskan sendiri apakah akan melanjutkan pernikahan atau akan mengurus proses perceraian. Dalam putusannya, hakim memerintahkan pengantin pria untuk tidak melakukan hubungan seksual sebelum mempelai perempuan memberikan keputusan.

Seorang kerabat dari pihak ibu mempelai perempuan mengungkapkan, sang ibu ingin tetap melanjutkan kasus ini ke tingkat pengadilan yang lebih tinggi. Meski perkawinan di bawah umur di Saudi merupakan hal yang lumrah, kasus yang mencuat sejak bulan Desember 2008 ini mengundang perhatian media lokal dan internasional, karena hakim menolak membatalkan pernikahan di bawah umur itu. Menurut kuasa hukum keluarga perempuan, Abdullah Al-Jutaili, hakim menyatakan bahwa ibu mempelai perempuan yang sudah bercerai dari suaminya, bukan wali mempelai yang sah sehingga tidak bisa mengajukan permohonan perceraian puterinya.

Isu pernikahan di bawah umur kembali memanas di Saudi setelah Mufti Saudi Syaikh Abdul Aziz Al-Syaikh pada bulan Januari lalu mengatakan bahwa menikahkan anak perempuan yang masih berusia 15

tahun atau kurang tidak melanggar syariah Islam, bahkan menurutnya syariah Islam memberikan keadilan bagi kaum perempuan.<sup>375</sup>

Praktisi hukum di Saudi Arabia, Abdul Rahman Al-Lahem mengungkapkan, kasus-kasus pernikahan di bawah umur anak-anak perempuan Saudi Arabia dengan lelaki yang jauh lebih tua, biasanya terjadi karena pertimbangan masalah finansial. Sementara itu, Menteri Kehakiman Saudi Arabia mengatakan, regulasi tentang usia perkawinan yang akan dibuat bertujuan untuk mengakhiri sikap orang tua atau wali yang sembarangan menikahkan anak perempuannya yang masih di bawah umur. Rencana Menteri Kehakiman didukung oleh Komisi HAM kerajaan Saudi Arabia yang menentang perkawinan anak-anak perempuan di bawah umur. Dengan alasan bahwa, menurut Zuhair al-Harithy juru bicara HRC Saudi Arabia, melanggar kesepakatan internasional dimana Saudi Arabia juga ikut menandatangani.<sup>376</sup>

Saudi Arabia yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab-kitab fiqh madhab yang dianutnya, dalam hal ini Saudi Arabia hukum perkawinannya sesuai dengan madhab Hambali sebagai madhab Negara, seperti perwalian, usia pernikahan, poligami, perceraian, hak asuh anak, perjanjian perkawinan, kewarisan dan perwakafan.

---

<sup>375</sup><http://kbpa-uinjkt.blogspot.com/2012/11/hukum-keluarga-di-saudi-arabia.html>. Diakses pada tanggal 3Maret 2024.

<sup>376</sup>[http://www.perisai.net/agama/saudi\\_bakal\\_larang\\_pernikahan\\_dibawah\\_umur\\_kirim#axzz2BALJ5L7I](http://www.perisai.net/agama/saudi_bakal_larang_pernikahan_dibawah_umur_kirim#axzz2BALJ5L7I), Diakses pada tanggal 3 Maret 2024.



Pengaturan mengenai harta bersama dan mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian tidak diatur di negara tersebut atau belum diatur di negara tersebut.

## 2. Hukum Pembagian Harta Bersama di Negara Mesir.

### a. Pencatatan Perkawinan

Usaha untuk menetapkan pencatatan perkawinan di Mesir di mulai dengan terbitnya Ordonasi 1880 yang berisi ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan pegawai-pegawai pencatat nikah dan dasar-dasar pemilihan dan pengangkatan mereka serta menyerahkan pelaksanaan pencatatan nikah kepada kemauan para pihak yang berakad dan pertimbangan kepentingan mereka.

Ordonansi tahun 1880 diikuti dengan lahirnya Ordonansi tahun 1897 yang pasal 31 nya menyatakan, bahwa “gugatan perkara nikah atau pengakuan adanya hubungan perkawinan tidak akan didengar oleh pengadilan setelah meninggalnya salah satu pihak apabila tidak dibuktikan dengan adanya suatu dokumen yang bebas dari dugaan pemalsuan”. Tampak, bahwa pasal ini mengandung persyaratan adanya dokumen yang diduga tidak palsu agar dapat dijadikan dasar keputusan.

Diikuti pula lahirnya Ordonasi tahun 1921 juga mengandung ketentuan, bahwa dokumen itu harus bersifat resmi, dibuat oleh pegawai yang berwenang yang ditugaskan untuk itu. Jelaslah, bahwa undang-undang di Mesir mengambil prinsip “tidak mendengarkan suatu gugatan” dalam kasus-kasus perkawinan dan akibat-

akibat hukumnya apabila perkawinan tersebut tidak terbukti berdasarkan suatu dokumen resmi yang diterbitkan oleh pejabat berwenang, seperti hakim dan pegawai pencatat nikah atau kosul (untuk luar negeri).<sup>377</sup>

b. Usia Perkawinan

Bidang perkawinan di Mesir mempunyai undang-undang mengenai batas minimum usia pernikahan, yaitu bagi laki-laki 18 tahun dan bagi wanita 16 tahun.<sup>378</sup> Umur mereka yang akan melangsungkan pernikahan jika kurang dari ketentuan diatas, maka pernikahan tidak boleh dilaksanakan. Hal tersebut sesuai dengan Bab 99 Undang-Undang Nomor 78 Tahun 1931.<sup>379</sup>

Ada 2 (dua) hal untuk mengetahui umur seseorang agar sesuai dengan ketentuan undang-undang, yaitu Akte Kelahiran atau berupa surat resmi yang dapat menaksir tanggal kelahiran seseorang dan sertifikat kesehatan yang memperlihatkan taksiran tanggal atau data kelahiran yang diputuskan oleh Menteri Kesehatan atau Pusat Kesehatan setempat. Keduanya atau salah satu pihak calon suami atau istri jika tidak memenuhi ketentuan umur perkawinan dalam undang-undang tersebut, maka dilarang untuk melakukan pendaftaran perkawinan.

c. Mahar.

---

<sup>377</sup>Syamsul anwar, Tanpa tahun, *Islam, Negara dan hukum*, INIS, (Jakarta, hlm. 106-107

<sup>378</sup>Atho' Mudzar dan Khairuddin Nasution, 2003, *Hukum Keluarga Islam Modern*, Ciputat Press, Jakarta, hlm. 210

<sup>379</sup>Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1929 Pasal 19.

Pasangan suami istri jika terjadi sengketa mengenai jumlah mahar, maka istri harus dapat membuktikan gugatannya tersebut. Istri apabila tidak dapat membuktikan, maka sumpah suami yang dijadikan dasar putusan, kecuali jika suami menyatakan jumlah yang tidak wajar senilai jumlah mahar mitsli status istrinya tersebut.<sup>380</sup>

Di Mesir, pengantin lelaki harus menyediakan rumah yang *mafrusyah* (fasilitas isinya lengkap, sejak kasur, bantal hingga sabun mandi). Tradisi lokal di kota Fayoum, sekitar 100 km di timur Kairo, seorang mempelai lelaki harus menyediakan uang 3 ribu Pound Mesir (500 Dolar AS), emas murni senilai 2500 Pound dan juga tentu saja, pendapatan tetap, itu belum termasuk rumah tinggal. Harga sebuah rumah yang *mafrusyah* di kawasan itu dapat mencapai 80 ribu Pound (13 ribu Dolar AS). Di kota besar seperti Kairo, dalam persoalan mahar, orang Mesir, konon, tidak macam-macam, cukup dengan peralatan shalat, atau kitab suci AlQuran. Biaya hidup bulanan seorang isteri Mesir, nampaknya, juga sangat tinggi. akibat mahalanya biaya nikah ini, lelaki Mesir banyak yang lambat menikah.<sup>381</sup>

d. Ketentuan Tentang Pemberian Nafkah.

Suami berkewajiban memberikan nafkah kepada istri sejak perkawinan disahkan meskipun istri tersebut kaya atau beda agama. Penyakit istri tidak menghalangi hak istri untuk mendapatkan nafkah. Nafkah mencakup makanan, pakaian, tempat tinggal, pengobatan dan

---

<sup>380</sup> *Ibid.*

<sup>381</sup> [www.google.com/Mesir](http://www.google.com/Mesir)

lainnya yang diakui oleh hukum. Suami tidak berkewajiban memberi nafkah jika istri murtad, atau menolak untuk hidup bersama tanpa alasan, atau pergi tanpa izin suaminya.<sup>382</sup>

e. Putusnya perkawinan.

Di Mesir sampai terbitnya Undang-Undang Tahun 1979 Tentang Beberapa Ketentuan Hukum Keluarga menghendaki dibatasinya hak talak suami dengan cara mewajibkannya mencatatkan talak pada waktu dijatuhkan dan memberitahukan kepada isterinya, jika tidak, maka ia dapat dikenai hukuman kurungan selama-lamanya enam bulan dan denda sebanyak-banyaknya dua ratus pound, dan talak hanya menimbulkan akibat hukum sejak dari tanggal diketahuinya oleh isteri. Undang-undang itu juga menetapkan untuk janda yang ditalak setelah dicampuri suatu pemberian mut'ah yang besarnya sama dengan nafkah selama dua tahun.

Di Mesir Pengucapan Talak Tiga hanya jatuh satu talak. Semua pengaturan ini dilakukan untuk melindungi hak-hak perempuan.<sup>383</sup>

f. Penyelesaian perselisihan.

Seorang istri jika menuduh suaminya telah berbuat kejam dan tidak mungkin melanjutkan hubungan perkawinannya, maka istri dapat mengajukan permohonan cerai kepada hakim. Hakim harus memutuskan perceraian keduanya jika tuduhan istri dapat dibuktikan dan tidak dapat

---

<sup>382</sup>Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1920 diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1929 dan Undang-Undang Nomor 100 Tahun 1985. Personal law, hlm. 32.

<sup>383</sup>Atho' Mudzar dan Khairuddin Nasution, *op.cit.*, hlm. 213

didamaikan. Tetapi, jika hakim menolak permohonan cerai istri, dan kemudian istri mengulangi tuduhnya, tetapi tidak dapat membuktikan tuduhan tersebut, maka hakim akan menunjuk dua orang sebagai juru damai.<sup>384</sup>

g. Aturan Poligami.

Mesir memperbolehkan praktek poligami dengan adanya kesempatan isteri untuk mengajukan gugat cerai karena poligami tersebut sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 100 Tahun 1985. Materi undang-undang tersebut ditentukan, bahwa poligami dapat menjadi alasan perceraian bagi isteri dengan alasan, poligami mengakibatkan kesusahan ekonomi, baik dicantumkan dalam taklik talak maupun tidak. Suami apabila berencana poligami harus seizin pihak pengadilan dan pengadilan harus memberitahukan kepada isterinya tentang rencana poligami tersebut. Pasal 11A Undang-Undang Nomor 100 Tahun 1985 dinyatakan, bahwa “seorang yang akan menikah harus menjelaskan status perkawinannya pada formulir pencatatan perkawinan. Bagi yang sudah mempunyai isteri harus mencantumkan nama dan alamat isteri-isterinya. Pegawai pencatat harus memberitahukan isterinya tentang rencana perkawinan tersebut. Seorang isteri yang suaminya menikah lagi dengan wanita lain dapat minta cerai atas dasar kemudharatan ekonomi yang diakibatkan oleh poligami, dan mengakibatkan tidak mungkin hidup bersama dengan suaminya secara rukun.

---

<sup>384</sup>Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1929 Pasal 6.

Hak cerai dapat berlaku, baik ditetapkan ataupun tidak dalam taklik talak. Jika hakim tidak berhasil mendamaikan, maka perceraianlah yang terjadi. Hak isteri hilang dengan sendirinya kalau ia tidak memintanya dalam selama waktu satu tahun dan dia mengetahui perkawinan dimaksud.

Tetapi, hak ini tetap menjadi hak isteri setiap kali suaminya menikah lagi. Seorang isteri yang dinikahi dan tidak mengetahui kalau suaminya telah memiliki isteri, berhak minta cerai segera setelah mengetahuinya.”

Berdasarkan pasal ini maka ada beberapa ketentuan mengenai poligami sebagai berikut :

1. Adanya pemberitahuan kepada isteri oleh pencatat nikah tentang pernikahan suaminya.
2. Istri dapat mengajukan gugatan cerai dengan alasan poligami suaminya dalam waktu satu tahun.
3. Hak cerai gugat isteri gugur setelah satu tahun.
4. Jika sebelumnya isteri tidak mengetahui poligami tersebut, maka ia berhak minta cerai setelah mengetahuinya.

Dengan demikian, untuk melaksanakan poligami lebih longgar daripada di Negara Islam lainnya. Walaupun demikian, hukuman terhadap pelanggaran ketentuan poligami termasuk tindak pidana.<sup>385</sup>

h. Hak asuh anak (*hadhanah*).

---

<sup>385</sup>Dawoud Sudqi El-Alami, 1992, *The Marriage Contract in Islamic Law in the Syari'a and Personal Status Laws of Egypt and Marocco*, Cet. I, Hartnoll Ltd, London, hlm. 85

Sesuai dengan Bab 20 Undang-Undang Nomor 100 Tahun 1985, bahwa pengurusan/pengasuhan bagi anak perempuan berlangsung duabelas tahun, sedangkan untuk anak laki-laki selama sepuluh tahun. Dan boleh bagi hakim untuk menetapkan bagi anak laki-laki masih berada dalam asuhan salah satu pengasuh hingga berumur lima belas tahun dan bagi anak perempuan hingga ia menikah, sedangkan tempat tinggal/rumah anak adalah kewajiban dari sang ayah, ia berkewajiban untuk menyediakan rumah yang layak bagi anaknya dan pengasuhnya, ia jika telah besar, maka anak tersebut dapat kembali ke rumah ayahnya. Hal ini sesuai dengan Bab 18 Undang-Undang Nomor 100 Tahun 1985 Tentang Hak Asuh Anak.<sup>386</sup>

i. *Khulu`*.

*Khulu`* adalah pemberian hak meminta cerai kepada istri terlepas dari apakah suaminya mengizinkan atau tidak asalkan ia mengembalikan sebagian atau seluruh hak finansialnya.

Menurut empat mazhab, *khulu`* dapat diberikan walaupun tidak ada alasan legal bagi perceraian, yaitu perempuan bila tidak ingin meneruskan perkawinan. Di masa modern, *khulu`* digunakan ketika isteri disakiti dan dilecehkan serta dipukul suami. Mereka seringkali harus melepaskan hak finansial sebagai ganti keputusan cerai dari pengadilan.

Undang-undang Mesir dinyatakan, bahwa *khulu`* boleh diberikan kepada seorang isteri hanya setelah hakim berusaha dan gagal merukunkan

---

<sup>386</sup>Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1920 diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1929 dan Undang-Undang Nomor 100 Tahun 1985 Pasal 20.

pasangan tersebut serta dengan intervensi mediator dari pihak suami dan Isteri.<sup>387</sup>

j. Perkawinan Beda Kewarganegaraan.

Hal kawin campur terdapat dalam Law No. 68 tahun 1947 yang diamandemen oleh Law No. 103 tahun 1976 yang memindahkan pasal 2, 5, 6, 9 dan 12 kepada peraturan baru. Pasal 5 dikatakan, bahwa notaris, sebelum mencatat perkawinan harus memperjelas identitas kedua mempelai.

Wanita Mesir jika menikah dengan dengan pria non Mesir, maka Dinas Perkawinan harus memastikan hal-hal berikut:

1. Kehadiran mempelai pria saat akad.
2. Perbedaan umur antara keduanya tidak lebih dari 25 tahun.
3. Pihak pria harus menyertakan dua buah setifikat dari negara asal atau kedutaannya. Pertama menyatakan bahwa negara asal tidak melarang pernikahan itu dan kedua menggambarkan identitasnya meliputi Tempat dan Tanggal Lahir, agama, pekerjaan, tempat di negara asal, status perkawinan, jumlah isteri dan anak, sirkulasi keuangan dan sumber penghasilan. Kedua sertifikat itu harus ditandatangani oleh pihak pemerintahan Mesir.
4. Kedua mempelai harus mempunyai Akta Kelahiran atau surat resmi lain yang menunjukkan tanggal lahir.<sup>388</sup>

---

<sup>387</sup>Taufik Adnan Amal dan Samsu Rizal Panggabean, *Politik Syari`at Islam*, h. 108

<sup>388</sup>Dawoud Sudqi El-Alami, *op. cit.*, hal. 85



Maka jelaslah Hukum Keluarga Mesir menitikberatkan pada legalitas pihak asing memperbolehkan untuk menikahi warganegaranya, tanpa ada persyaratan yang memberatkan.

Pembaharuan Hukum Keluarga Mesir dilakukan tahap demi tahap menuju kesempurnaan hukum dengan mengadopsi Hukum Islam yang bersumber dari pemikiran-pemikiran Fuqaha terutama dari Imam Mazdhab Empat. Hal ini dipahami karena mayoritas penduduk adalah umat Islam yang sebagian besar bermazdhab Syafi'i.

Legalisasi poligami adalah salah satu bentuk, bahwa Hukum Keluarga Mesir bersumber dari Hukum Islam. Hak-hak perempuan lebih dilindungi melalui peraturan-peraturan dalam hal perceraian dan poligami sehingga sewenang-wenangan suami dapat dicegah sedini mungkin. Begitupun dengan pembatasan usia perkawinan yang mendasarkan pada kedewasaan dan kematangan pasangan.

Di negara Mesir sudah ada pembaharuan Hukum Keluarga Mesir yang dilakukan tahap demi tahap menuju kesempurnaan hukum dengan mengadopsi Hukum Islam yang bersumber dari pemikiran-pemikiran Fuqaha terutama dari Imam Mazdhab Empat, tetapi tidak terlihat adanya ketentuan mengenai harta bersama atau belum ada pengaturan tentang pembagian harta bersama akibat perceraian.

### 3. Hukum Pembagian Harta Bersama di Negara Yaman.

Menurut Undang-Undang Yaman, bahwa nafkah bukan hanya kewajiban suami, tetapi juga kewajiban bersama, sehingga kedua pasangan

harus memberikan andil dalam mengupayakan pembiayaan kehidupan rumah tangga mereka.<sup>389</sup> Bahkan biaya pernikahan saja, masing-masing harus ikut menanggung pembiayaan. Penyimpangan dari ketentuan ini dapat ditolerir apabila salah satu dari pasangan tersebut memang tidak mampu ikut menyumbang pembiayaan kehidupan mereka.

Penerapan undang-undang ini terjadi karena kepentingan politik pemerintah menuntut kebijakan yang radikal-revolusioner untuk mengikis habis kekuatan konservatifme kelompok-kelompok oposan yang didukung oleh Saudi Arabia, Omman, dan Negara-negara lain yang tergabung dalam blok barat *vis a vis* blok timur-sosialis.<sup>390</sup>

Ketentuan ini benar-benar baru dalam hukum Islam, yang secara ekstrim menerapkan persamaan hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan dalam pola hubungan rumah tangga. Dalam masalah ketidakmampuan suami memberikan nafkah (minimal untuk kebutuhan pokok), para fuqaha kebanyakan, bahwa istri berhak mengajukan perceraian ke pengadilan, termasuk menurut fuqaha' Syafi'iyah. Ketentuan tersebut tidak berlaku sebaliknya, karena memang tidak ada kewajiban bagi istri untuk ikut menanggung biaya rumah tangga.

Di Negara Yaman belum mengenal konsep tentang harta bersama atau pembagian harta bersama akibat perceraian karena di Yaman lebih memandang adanya keterpisahan antara harta suami dan harta istri.

---

<sup>389</sup>M. Atho' Mudzhar dan Khairuddin Nasution, 2003, *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*, Ciputat Press, Jakarta, hlm. 76.

<sup>390</sup>*Ibid.*, hlm. 78

Uraian perbandingan di beberapa Negara sebagaimana tersebut di atas dapat disimpulkan oleh penulis sebagai berikut :

Hukum yang berlaku di Saudi Arabia adalah hukum yang berdasarkan Syariat Islam dalam segala sendi kehidupan. Madhab resmi Saudi Arabia adalah Madhab Hambali dan sebagian kecil ada kelompok Syiah yang mengikuti madhab Ja'fari.

Saudi Arabia yang hukum perkawinannya masih *Uncodified Law*, maka hukum perkawinannya didasarkan pada kitab kitab fiqh madhab yang dianutnya, yaitu hukum perkawinannya sesuai dengan madhab Hambali sebagai madhab Negara, maka mengenai harta bersama dan mengenai pembagian harta bersama akibat perceraian tidak diatur atau belum diatur di negara Saudi Arabia tersebut.

Di negara Mesir, ada pembaharuan Hukum Keluarga Mesir yang dilakukan tahap demi tahap menuju kesempurnaan hukum dengan mengadopsi Hukum Islam yang bersumber dari pemikiran-pemikiran Fuqaha terutama dari Imam Mazdhab Empat meskipun sebagian besar penduduk Mesir yang beragama Islam bermadzhab Syafi'i.

Negara Mesir belum mengenal konsep harta bersama. Penerapan harta bersama tidak di temukan di negara Mesir.

Di Negara Yaman yang berpedoman pendapat fuqaha' Syafi'iyah menerapkan persamaan hak dan kewajiban antara laki-laki dan perempuan dalam pola hubungan rumah tangga. Suami jika tidak mampu memberikan nafkah (minimal untuk kebutuhan pokok) kepada istri, maka istri berhak mengajukan perceraian kepada pengadilan. Di negara Yaman tidak melihat adanya harta

bersama atau tidak dikenal tentang harta bersama, tetapi lebih memandang adanya keterpisahan antara harta suami dan harta istri. Harta yang dihasilkan oleh suami adalah harta miliknya dan harta yang dihasilkan oleh istri merupakan harta miliknya.

Di Indonesia, ada pengaturan mengenai harta bersama dan pembagian harta bersama sebagaimana yang ditentukan Pasal 35 dan 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, tetapi pasal-pasal tersebut tidak dapat menjelaskan secara totalitas dan rinci tentang pembagian harta bersama akibat perceraian. Demikian pula Pasal 97 Kompilasi Hukum Islam dan pasal tersebut tidak dapat menjawab permasalahan yang terjadi di zaman sekarang ini.

Putusan Peradilan Agama yang menentukan bagian janda cerai hidup lebih besar dibanding bagian harta bersama untuk duda cerai hidup yang Berkeadilan dan Kemaslahatan karena pembagian harta bersama akibat perceraian tersebut berdasarkan Teori hukum Kasus yang Berkeadilan dan Kemaslahatan dapat dijadikan yurisprudensi dan dapat dijadikan kontribusi terhadap pembentukan hukum nasional dalam bidang perkawinan yang di dalamnya juga mengatur tentang harta bersama dan pembagian harta bersama akibat perceraian yang dapat dijadikan pedoman bagi seluruh bangsa Indonesia tanpa membeda-bedakan agama dan dapat juga dijadikan rujukan oleh negara-negara di dunia khususnya negara-negara Islam seperti negara Saudi Arabia, negara Mesir dan negara Yaman dalam membuat undang-undang perkawinan yang di dalamnya mengatur harta bersama dan pembagian harta bersama akibat perceraian untuk dijadikan pedoman bagi seluruh rakyatnya dalam menentukan pembagian harta bersama akibat perceraian,

atau dengan perkatan lain diharapkan negara-negara di dunia khususnya negara-negara Islam seperti Saudi Arabia, Mesir dan Yaman dapat meniru atau mencontoh Indonesia dalam membuat undang-undang perkawinan yang di dalamnya juga mengatur harta bersama dan pembagian harta bersama akibat perceraian karena di era globalisasi ini di negara-negara tersebut juga sudah banyak perempuan yang bekerja untuk mendapatkan penghasilan seperti di Yaman.

## **B. Pembagian Waris Harta Bersama yang Berkeadilan dan Kemaslahatan**

Eksistensi peradilan agama apabila mampu menjamin untuk tercapainya tujuan hukum syara', maka keadilan dan kemaslahatan menjadi tujuan akhir. Teori *al-maslahah* yang diperkenalkan oleh Asy-yatiby dalam konsep *maqasyidusy syari'ah* ini adalah masih relevan untuk menjawab segala persoalan hukum di masa depan, termasuk pula masalah hukum pembagian waris harta bersama.

Pada tingkat *outcome*, keadilan berhubungan dengan pembagian (*distributive*) dan pertukaran (*comutative*), sehingga keadilan dalam hal ini berhubungan dengan suatu objek yang dalam praktiknya, antara lain, dapat berupa benda atau jasa. Sementara itu prosedur berhubungan dengan cara penentuan dan sistem yang berhubungan dengan kait-mengait antar-struktur yang berlaku. Dalam keadilan pembagian dan pertukaran, yaitu keadilan pada tingkat pertama yang terkait dengan *outcome*, dalam aras praktiknya sering terjadi *unequal* dalam prosesnya. Dalam keadilan prosedural, yaitu keadilan pada tingkat kedua yang berhubungan dengan cara penentuan, yang terkait dengan proses dan perlakuan terhadap orang-orang yang terlibat di dalamnya, mensyaratkan adanya 3 (tiga)

komponen, yaitu: *pertama*, sifat aturan dari prosedur yang berlaku adalah formal; *kedua*, penjelasan terhadap prosedur dan pengambilan keputusan; dan *ketiga*, perlakuan interpersonal.

Secara substansial keadilan prosedural lebih ditentukan oleh komponen kedua dan ketiga, karena berdasarkan kedua komponen tersebut keadilan prosedural mewujudkan keadilan yang dapat terlihat oleh masyarakat, yang bahkan pada akhirnya menjadikan *looking fair* lebih penting daripada *being fair*. Dalam keadilan sistem, yaitu keadilan pada tingkat ketiga yang berhubungan dengan sistem, yang merupakan pola yang menjadi dasar prosedur, distribusi dan pertukaran pada dasarnya merupakan kebijakan umum yang direalisasikan sebagai dasar dalam menentukan prosedur dan *outcome*.

Kahar Masyhur menyatakan apa yang disebut adil.<sup>391</sup>

- a. Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya.
- b. Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang.
- c. Adil ialah memberikan hak setiap yang berhak secara lengkap tanpa kurang antara sesama yang berhak, dalam keadaan yang sama, dan penghukuman orang jahat atau yang melanggar hukum, sesuai dengan kesalahan dan pelanggarannya.

Orang dapat menganggap keadilan sebagai sebuah gagasan atau realitas absolut dan mengasumsikan, bahwa pengetahuan dan pemahaman tentangnya hanya bisa didapatkan secara parsial dan melalui upaya filosofis yang sangat sulit.

---

<sup>391</sup> Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlaq*, Jakarta, Kalam Mulia, hlm. 71.

Atau orang dapat menganggap, bahwa keadilan sebagai hasil dari pandangan umum agama atau filsafat tentang dunia secara umum.

Orang dapat mendefinisikan keadilan dalam satu pengertian atau pengertian lain dari pandangan ini. Teori-teori Hukum Alam sejak Socretes hingga Francois Geny, tetap mempertahankan keadilan sebagai mahkota hukum. Teori Hukum Alam mengutamakan “*the search for justice*”<sup>392</sup> Terdapat macam-macam teori mengenai keadilan dan masyarakat yang adil. Teori-teori ini menyangkut hak dan kebebasan, peluang kekuasaan, pendapatan dan kemakmuran.

Menurut Aristoteles dalam bukunya *nicomachean ethics*, bahwa<sup>393</sup> hukum hanya bisa ditetapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Pandangan Aristoteles yang lebih penting ialah, bahwa keadilan mesti dipahami dalam pengertian kesamaan, tetapi Aristoteles membuat pembedaan penting antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Inilah yang sekarang biasa dipahami, bahwa semua warga adalah sama di depan hukum. Kesamaan proporsional memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya dan sebagainya. Aristoteles memberikan kontribusi yang sangat besar terhadap Filsafat Hukum. Menurut Aristoteles, bahwa keadilan dapat dibedakan menjadi dua macam yaitu:

- a. Keadilan Korektif, keadilan dengan menyamakan antara prestasi dan kontra prestasi. Keadilan ini didasarkan pada transaksi baik yang

---

<sup>392</sup>Theo Huijbers, 1995, *Filsafat Hukum dalam lintasan sejarah*, Cet. VIII, Kanisius, Yogyakarta, hlm. 196.

<sup>393</sup> Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum.*, hlm. 24.

sukarela maupun yang tidak, misalnya dalam perjanjian tukar menukar.

- b. Keadilan diskriptif, yaitu keadilan yang membutuhkan distribusi atas penghargaan.<sup>394</sup>

Menurut Moedjono<sup>395</sup> dalam bukunya yang berjudul “Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia”, tentang pendapat Aristoteles, bahwa keadilan yaitu “memberikan kepada setiap orang, apa yang menjadi haknya”. Selanjutnya ia membedakan adanya 2 (dua) macam keadilan:

1. Keadilan Distributif; memberikan kepada setiap orang jatah berdasarkan jasanya. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada azas keseimbangan.
2. Keadilan Kumulatif; memberikan kepada setiap orang bagian yang sama. Jadi memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi haknya berdasarkan kepada asas kesamaan.”

Keadilan korektif ialah berlaku dalam hukum publik, sedangkan keadilan diskriptif atau distributif adalah berlaku dalam hukum perdata dan pidana. Keadilan diskriptif atau distributif dan keadilan korektif sama-sama rentan terhadap problema kesamaan atau kesetaraan dan hanya bisa dipahami dalam kerangkanya.

Wilayah keadilan diskriptif atau distributif, hal yang penting ialah, bahwa imbalan yang sama-rata diberikan atas pencapaian yang sama rata. Pada keadilan

---

<sup>394</sup> Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, hlm. 154.

<sup>395</sup> Moedjono, 1974, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bagian I, Yogyakarta, Penerbit Yayasan penerbitan FKIS- IKIP, hlm. 9.



korektif yang menjadi persoalan ialah bahwa ketidaksetaraan yang disebabkan oleh misalnya, pelanggaran kesepakatan, dikoreksi dan dihilangkan.

Keadilan distributif menurut Aristoteles berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang-barang lain yang sama-sama bisa didapatkan dalam masyarakat. Dengan mengesampingkan “pembuktian” matematis, jelaslah, bahwa apa yang ada dibenak Aristoteles ialah distribusi kekayaan dan barang berharga lain berdasarkan nilai yang berlaku di kalangan warga. Distribusi yang adil boleh jadi merupakan distribusi yang sesuai dengan nilai kebajikannya, yakni nilainya bagi masyarakat.<sup>396</sup> Di sisi lain, keadilan korektif berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu pelanggaran dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berusaha memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan; jika suatu kejahatan telah dilakukan, maka hukuman yang sepantasnya perlu diberikan kepada si pelaku. Bagaimanapun, ketidakadilan akan mengakibatkan terganggunya “kesetaraan” yang sudah mapan atau telah terbentuk. Keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan tersebut. Uraian ini nampak, bahwa keadilan korektif merupakan wilayah peradilan sedangkan keadilan distributif merupakan bidangnya pemerintah.<sup>397</sup>

Aristoteles menekankan perlunya dilakukan pembedaan antara vonis yang mendasarkan keadilan pada sifat kasus dan yang didasarkan pada watak manusia yang umum dan lazim, dengan vonis yang berlandaskan pandangan tertentu dari komunitas hukum tertentu. Pembedaan ini jangan dicampuradukkan dengan pembedaan antara hukum positif yang ditetapkan dalam undang-undang dan

---

<sup>396</sup>*Ibid.*, hlm. 25.

<sup>397</sup>*Ibid.*

hukum adat. Karena, berdasarkan perbedaan Aristoteles, dua penilaian yang terakhir itu dapat menjadi sumber pertimbangan yang hanya mengacu pada komunitas tertentu, sedangkan keputusan serupa yang lain, kendati diwujudkan dalam bentuk perundang-undangan, tetap merupakan hukum alam jika bisa didapatkan dari fitrah umum manusia.<sup>398</sup>

Menurut John Rawls dalam bukunya *a theory of justice* menjelaskan teori keadilan sosial sebagai *the difference principle* dan *the principle of fair equality of opportunity*. Inti *the difference principle*, adalah bahwa perbedaan sosial dan ekonomis harus diatur agar memberikan manfaat yang paling besar bagi mereka yang paling kurang beruntung.

Istilah perbedaan sosial-ekonomis dalam prinsip perbedaan menuju pada ketidaksamaan dalam prospek seorang untuk mendapatkan unsur pokok kesejahteraan, pendapatan otoritas. Sementara itu, *the principle of fair equality of opportunity* menunjukkan pada mereka yang paling kurang mempunyai peluang untuk mencapai prospek kesejahteraan, pendapat dan otoritas. Mereka inilah yang harus diberi perlindungan khusus.

John Rawls menegaskan, bahwa<sup>399</sup> 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

---

<sup>398</sup> *Ibid.*, hlm. 26-27.

<sup>399</sup> John Rawls, 1973, *A Theory of Justice*, London, Oxford University press, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006, *Teori Keadilan*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar.

memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.

Prinsip perbedaan menuntut diaturnya struktur dasar masyarakat sedemikian rupa sehingga kesenjangan prospek mendapat hal-hal utama kesejahteraan, pendapatan, otoritas diperuntukkan bagi keuntungan orang-orang yang paling kurang beruntung. Ini berarti keadilan sosial harus diperjuangkan untuk 2 (dua) hal, yaitu: *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 memosisikan diri sebagai pemandu untuk mengembangkan kebijakan-kebijakan untuk mengoreksi ketidakadilan yang dialami kaum lemah.

Sifat dasar manusia adalah berkeinginan untuk mempertahankan hidup dan mengejar kehidupan yang lebih baik. Kebahagiaan hidup, akan dapat tercapai apabila didasarkan atas keseimbangan, baik itu antara manusia dengan manusia, manusia dengan alamnya, manusia secara kelompok (bangsa dengan bangsa) dan manusia dengan Tuhannya.

Soejono Koesoemo Sisworo menambahkan tentang teori keadilan, yaitu keadilan ontologis, sebagai berikut:<sup>400</sup> keadilan ialah keseimbangan batiniah dan lahiriah yang memberikan kemungkinan dan perlindungan atas kehadiran dan perkembangan kebenaran, yang beriklim toleransi dan kebebasan.

---

<sup>400</sup> Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, FH UNDIP, Semarang, hlm. 55.

Di samping keadilan ontologis sebagaimana di atas, Soejono Koesoemo Siswono juga mengemukakan batasan kebenaran ontologis, yaitu kebenaran ialah hubungan persesuaian yang serasi antara proposisi dengan kenyataan yang dipertimbangkan dalam tingkat terakhir dengan hati nurani.

Adapun makna dan fungsi kebenaran dan keadilan bagi dan dalam putusan peradilan adalah bercorak *indrovert*, yakni seharusnya menjadi sifat yang melekat dalam putusan termaksud dan bercorak *ekstravert*, yaitu merupakan ukuran/kriteria bagi putusan<sup>401</sup> kebenaran dan keadilan adalah nilai-nilai luhur dan mutlak percikan keagungan dari Tuhan Yang Maha Kuasa.

Metode ontologis yang proporsional untuk karya hakim lewat putusan logis, rasional, intelektual, etis, irrasional dan divinoris harus dihayati oleh hakim dan subyek penemu hukum yang lain (jaksa, advokat, notaris, sampai dengan aparatur negara) dengan cara:

1. Tekun ajeg melakukan samadhi/meditasi, berdoa dan kontemplasi;
2. Membiasakan tidak mementingkan diri sendiri
3. Heling, percaya, mituhu;
4. Relas, ikhlas, narima, jujur, sabar, budi luhur.

Apabila 1-2 dari R. Paryana Suryadipura dalam bukunya "*Anthropobiologie*". Berdasarkan *Atoomphysica*, maka 3-4 dari R. Soenarto dalam bukunya "*Serat Sasongko Jati dan Bawa Raos Selebeting Raos*". Apabila 2 hal + 8 hal (hasta sila) diamalkan oleh para hakim, niscaya putusan hakim akan baik, benar dan adil.

---

<sup>401</sup>*Ibid.*, hlm. 55-56.

Pendapat Soeyono Koesoemo Siswono di atas yang memadu pitutur pujangga Jawa dalam 3 (tiga) buku tersebut sudah sangat lengkap tidak hanya pitutur untuk diamalkan bagi hakim saja tapi juga aparat penegak hukum yang lain lebih luasnya aparat pemerintah/ negara. Keadilan atau ketidakadilan menurut hukum akan diukur oleh nilai moralitas yang mengacu pada harkat dan martabat manusia.<sup>402</sup>

Lily Rasjidi mengemukakan pendapatnya, bahwa<sup>403</sup> hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak, tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.

Tujuan negara Indonesia yang termuat pada alinea Keempat Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 ialah :

- (1). Melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia;
- (2). Mewujudkan keajahteraan umum;
- (3). Mencerdaskan kehidupan bangsa; dan
- (4). Ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial.

Muchsin mengemukakan pendapatnya, bahwa identitas negara Indonesia diidentifikasi dalam 6 (enam) point pokok sebagai berikut:

- (1). Indonesia sebagai negara republik;
- (2). Indonesia sebagai negara demokrasi;
- (3). Indonesia sebagai negara kesatuan;

---

<sup>402</sup> Sri Sumarwani, 2012, *Moral, Keadilan dan Kesejahteraan*, Universitas Islam Sultan Agung Semarang, 2012, hlm. 5.

<sup>403</sup> Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 2004, *Filsafat Hukum, Madzhab dan Refleksinya*, Remaja Rasdakarya, Bandung, hlm. 26.

- (4). Indonesia sebagai negara kesejahteraan;
- (5). Indonesia sebagai negara hukum; dan
- (6). Indonesia sebagai negara Pancasila.<sup>404</sup>

Muchsin menjelaskan pula, bahwa<sup>405</sup> Pernyataan Indonesia sebagai negara kesejahteraan adalah tercermin dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 alenia keempat, bahwa Pemerintah Negara Indonesia melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum. Demikian pula dalam produk hukumnya juga ditujukan untuk mensejahterakan masyarakat menuju masyarakat yang adil dan makmur.

Muchsin menjelaskan lagi, bahwa<sup>406</sup> nilai hukum dapat diartikan sebagai suatu sifat atau kualitas hukum itu sendiri. Faktor-faktor yang mempengaruhi nilai hukum dalam berlakunya di masyarakat adalah:

- (1). Faktor filosofis. Yaitu hukum itu harus memuat nilai-nilai tentang kebenaran, kebijaksanaan, dan keadilan. Selain itu hukum harus diarahkan kepada perwujudan masyarakat yang adil dan makmur, memberikan kesejahteraan rakyat, baik lahir maupun batin.
- (2). Faktor sosiologis. Yaitu hukum itu harus aspiratif terhadap dinamika yang berkembang di masyarakat, menumbuhkan iklim demokrasi, dan sebagai sarana untuk melakukan perubahan sosial masyarakat ke arah lebih baik.
- (3). Faktor yuridis. Yaitu hukum itu harus ada kesesuaian dengan hukum yang lebih tinggi dan ada kesesuaian dengan hukum yang sederajat.

---

<sup>404</sup> Muchsin, Tanpa tahun, *Nilai-Nilai Hukum Dalam Pembangunan Nasional Indonesia*, Tanpa Penerbit, Tanpa Tempat Penerbit, hlm. 2.

<sup>405</sup> *Ibid.*, hlm. 4.

<sup>406</sup> *Ibid.*, hlm. 7.

Konkretnya dalam pembentukan hukum itu harus memperhatikan norma hukum yang lebih tinggi supaya tidak terjadi penyimpangan, dan norma hukum yang sederajat supaya tidak terjadi pertentangan.

Pada hakekatnya hukum merupakan alat atau sarana untuk mengatur dan menjaga ketertiban guna mencapai suatu masyarakat yang berkeadilan dalam menyelenggarakan kesejahteraan sosial yang berupa sanksi bagi yang melanggarnya, baik itu untuk mengatur masyarakat maupun aparat pemerintah sebagai penguasa.<sup>407</sup> Hukum itu merupakan sesuatu yang abstrak tetapi mempunyai nilai-nilai yang harus dijunjung tinggi dan dihormati, hal ini senada dengan salah satu dari arti hukum, yaitu sebagai jalinan nilai-jalinan nilai dari konsepsi-konsepsi yang abstrak tentang apa yang dianggap baik dan buruk.<sup>408</sup>

Menurut Mu'tazilah,<sup>409</sup> bahwa manusia, sebagai yang bebas, bertanggung jawab di hadapan Allah yang adil. Selanjutnya, baik dan buruk merupakan kategori-kategori rasional yang dapat diketahui melalui nalar, yaitu tak bergantung pada wahyu. Allah telah menciptakan akal manusia sedemikian rupa sehingga mampu melihat yang baik dan buruk secara obyektif. Selanjutnya kaum Mu'tazilah menyatakan, bahwa keadilan Allah tergantung pada pengetahuan obyektif tentang baik dan buruk, sebagaimana ditetapkan oleh nalar, apakah sang Pembuat hukum menyatakannya atau tidak. Dengan kata lain, kaum Mu'tazilah menyatakan, kemujaraban nalar naluri sebagai sumber pengetahuan etika dan spiritual, dengan demikian menegakkan bentuk obyektivisme rasionalis.

---

<sup>407</sup> *Ibid.*, hlm. 2.

<sup>408</sup> Lily Rasjidi dan B. Arief Sidharta, *op. cit.*, hlm. 26.

<sup>409</sup> Mumtaz Ahmad (ed), 1994, *Masalah-Masalah Teori Politik Islam*, Mizan, Bandung, hlm. 154-155.

Menurut kaum Asy`ariah,<sup>410</sup> bahwa baik dan buruk itu adalah sebagaimana Allah tentukan, dan adalah angkuh untuk menilai Allah berdasarkan kategori-kategori yang diberikan-Nya untuk mengarahkan kehidupan manusia. Bagi kaum Mu`tazilah tidak ada cara dalam batas-batas logika biasa untuk menerangkan hubungan kekuasaan Allah dengan tindakan manusia.

Segala sesuatu yang terjadi merupakan hasil kehendak-Nya, tanpa penjelasan atau pembenaran, tetapi hanya Allah semata-mata yang menciptakan segala tindakan secara langsung. Dalam beberapa tindakan, suatu kualitas tindakan sukarela digantikan kehendak Allah, yang menjadikan seseorang sebagai wakil sukarela dan bertanggung jawab. Karenanya, tanggung jawab manusia merupakan hasil kehendak *ilahiah* yang diketahui melalui bimbingan wahyu. Kalau tidak, maka nilai-nilai tidak memiliki dasar selain kehendak Allah yang mengenai nilai-nilai itu. Konsepsi kaum Asy`ariah tentang pengetahuan etika ini dikenal sebagai subyektivisme teistis, yang berarti, bahwa semua nilai etika tergantung pada ketetapan-ketetapan kehendak Allah yang diungkapkan dalam bentuk wahyu yang kekal dan tak berubah. Kedua pendirian teologis tersebut berdasarkan pada penafsiran ayat-ayat Al-Quran, yang mempunyai pandangan kompleks tentang peranan tanggung jawab manusia dalam mewujudkan kehendak *ilahiah* di muka bumi. Di satu pihak, Al-Quran berisikan ayat-ayat yang mendukung penekanan Mu`tazilah pada tanggung jawab penuh manusia dalam menjawab panggilan bimbingan alamiah maupun wahyu. Di lain pihak, juga memiliki ayat-ayat yang dapat mendukung pandangan Asy`ariah tentang

---

<sup>410</sup>*Ibid.*, hal. 156



kemahakuasaan Allah yang tak memberi manusia peranan dalam menjawab bimbingan *ilahiah*. Betapapun, Al-Quran mempertimbangkan keputusan dan kemahakuasaan *ilahiah* dalam masalah bimbingan.

Sesungguhnya, konsep bimbingan natural atau universal mempunyai implikasi yang lebih luas dari pada mempertunjukkan eksistensi kapasitas kemauan dalam jiwa manusia, dan membuktikan tanggung jawab manusia dalam mengembangkan pengertian tajam persepsi moral dan spiritual serta motivasi, yang akan membawa kepada penegakan keadilan di muka bumi.

Al-Quran menganggap manusia seluruhnya sebagai satu bangsa berhubungan dengan bimbingan unuversal sebelum bimbingan khusus melalui para Nabi diturunkan, dan dengan demikian menganggap mereka semua secara bersama-sama bertanggung jawab untuk menegakkan keadilan sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat Al-Baqarah ayat 213 :

كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّنَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ  
مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اِخْتَلَفُوا فِيهِ وَمَا اِخْتَلَفَ فِيهِ

Artinya: “Manusia itu adalah umat yang satu, (setelah timbul perselisihan), maka Allah mengutus para Nabi, sebagai pemberi kabar gembira dan pemberi peringatan, dan Allah menurunkan bersama mereka Kitab dengan benar, untuk memberi keputusan di antara manusia tentang perkara yang mereka perselisihkan”. (Q.S. Al-Baqarah : 213).<sup>411</sup>

Berdasarkan bimbingan universal, maka dapat dibicarakan tentang dasar-dasar natural-moral tingkah laku manusia di dalam Al-Quran. Ayat-ayat tersebut menunjuk kepada watak moral yang universal dan obyektif yang membuat semua

---

<sup>411</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 26.

manusia diperlakukan secara sama dan sama-sama bertanggung jawab kepada Allah. Dengan kata lain, perintah-perintah moral tertentu jelaslah didasarkan pada watak umum manusia dan dianggap sebagai terlepas dari keyakinan-keyakinan spiritual tertentu, meskipun semua bimbingan praktis pada akhirnya berasal dari sumber yang sama, yaitu, dari Allah. Karena itu, penting untuk menekankan dalam konteks Al-Quran, bahwa gagasan keadilan teistis menjadi relevan dengan mapannya tatanan sosial, karena secara logis membangkitkan keadilan obyektif universal yang mendarah daging dalam jiwa manusia.

Satu ayat yang sangat penting artinya, Al-Quran mengakui watak obyektif dan universalitas keadilan yang disamakan dengan perbuatan-perbuatan baik (kebajikan-kebajikan moral), yang mengatasi masyarakat-masyarakat agama yang berlainan dan memperingatkan umat manusia untuk “tampil dengan perbuatan-perbuatan baik” sebagaimana firman Allah S.W.T. dalam Al-Quran Surat Al-Maidah Ayat 48 :

لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَجَعَلَكُمْ أُمَّةً وَاحِدَةً وَلَكِنْ لِيَبْلُوَكُمْ فِي مَا آتَاكُمْ فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ

Artinya : “Untuk tiap-tiap umat di antara kamu, Kami berikan aturan dan jalan yang terang. Sekiranya Allah menghendaki, niscaya kamu dijadikan-Nya satu umat (saja), tetapi Allah hendak menguji kamu terhadap pemberian-Nya kepadamu, maka berlomba-lombalah berbuat kebajikan. Hanya kepada Allah-lah kembali kamu semuanya, lalu diberitahukann-Nya kepadamu apa yang telah kamu perselisihkan itu”. (Q.S. Al-Maidah : 48).<sup>412</sup>

<sup>412</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 92.

Suatu asumsi yang jelas dalam ayat ini, bahwa semua umat manusia harus berusaha keras menegakkan suatu skala keadilan, yang diakui secara obyektif, tak soal dengan perbedaan keyakinan-keyakinan religius. Cukup menarik, manusia yang idael disebutkan sebagai menggabungkan kebajikan moral tersebut dengan kepasrahan religius yang sempurna. Bahkan dalam Al-Quran Surat Al-Baqarah Ayat 112 :

بَلَىٰ مَنْ أَسْلَمَ وَجْهَهُ لِلَّهِ وَهُوَ مُحْسِنٌ فَلَهُ أَجْرُهُ عِنْدَ رَبِّهِ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ  
وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ

Artinya : “(Tidak demikian) bahkan barangsiapa yang menyerahkan diri kepada Allah, sedang ia berbuat kebajikan, maka baginya pahala pada sisi Tuhannya, dan tidak ada kekhawatiran terhadap mereka dan tidak (pula) mereka bersedih hati”<sup>413</sup>

Penulis mempunyai dasar yang jelas untuk membedakan antara keadilan obyektif dan keadilan teistis. Keadilan obyektif ialah diperkuat lagi oleh tindakan religius kepatuhan kepada Allah. Bidang keadilan obyektif universal, manusia diperlakukan secara sama dan memikul tanggung jawab yang sama untuk menjawab bimbingan universal. Lagi pula, tanggung jawab moral *asasiah* semua manusia pada tingkat bimbingan universal inilah yang membuatnya masuk akal untuk mengatakan, bahwa Al-Quran menunjukkan sesuatu yang sama dengan pemikiran barat tentang hukum natural, yang merupakan sumber keadilan positif dalam masyarakat yang berdasarkan persetujuan yang tak di ucapkan atau oleh tindakan resmi. Oleh karena Al-Quran mengakui keadilan teistis dan keadilan

---

<sup>413</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 14.

obyektif, maka untuk mengistilahkannya keadilan natural dalam arti yang dipakai oleh Aristoteles, yaitu suatu produk dari kekuatan natural bukan dari kekuatan sosial.

Aristoteles menyamakan keadilan *Ilahiah* dengan keadilan natural. Para ulama' fiqh berpendapat, bahwa keadilan *Ilahiah* merupakan tujuan akhir dari wahyu Islam, yang diungkapkan dalam bentuk awalnya dalam hukum-hukum Islam yang suci (*syari`ah*).<sup>414</sup>

Keadilan dalam filsafat hukum menjadi landasan utama yang harus diwujudkan melalui hukum yang ada. Aristoteles menegaskan, bahwa keadilan sebagai inti dari filsafat hukumnya. Baginya, keadilan dipahami dalam pengertian kesamaan, yaitu antara kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik ialah mempersamakan setiap manusia sebagai satu unit. Kesamaan proporsional ialah memberi tiap orang apa yang menjadi haknya sesuai dengan kemampuannya, prestasinya, dan sebagainya.

*Mashlahah* (kemaslahatan) adalah tujuan dari aturan-aturan Islam. Imam Al-Ghazali menyebutnya dengan istilah *maqashidusy syari`ah*.<sup>415</sup> Imam Al-Ghazali telah membagi *mashlahah* (kemaslahatan) menjadi lima prinsip dasar (*al-kulliyatul khamsi*), yaitu :

- (a). Memelihara keyakinan / agama (*hifzhud din*)
- (b). Memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c). Memelihara akal / pikiran (*hifzhul 'aqli*);

---

<sup>414</sup> Mumtaz Ahmad, *op.cit.*, hlm. 157-162.

<sup>415</sup> Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Musstashfamin 'Ilmil Ushul*, vol 1, Dar Ihyail Turats Al-Arabi, Beirut, hlm. 281.

(d). Memelihara kehormatan / keturunan atau alat-alat reproduksi (*hifzhul 'irddh*);

(e). Memelihara harta kekayaan atau properti (*hifzhul mal*).

Imam Al-Ghazali menjelaskan, bahwa makna *mashlahah* adalah menarik manfaat atau menolak madharat. Dalam hukum Islam, bahwa yang dimaksud dengan *mashlahah* (kemaslahatan) adalah setiap hal yang bertujuan untuk memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta. Jadi hukum yang mengandung tujuan memelihara lima hal tersebut disebut *mashlahah* (kemaslahatan).

Menurut A. Wahab Afif, bahwa *mashlahah* atau kemaslahatan merupakan inti dalam menetapkan hukum Islam dan membimbing masyarakat Islam agar tetap menampakkan wajah Islam sebagai *rahmatan lil 'alamin* (rahmat bagi semesta alam) dan menampilkan masyarakat yang memiliki citra moderasi dan penuh toleransi (*ummatan wasathan*).<sup>416</sup> Dan *maqasidusy syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al-Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Gazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *maqasidusy syari'ah* adalah Izzuddin ibn Abdus Salam dari kalangan Syafi'iyah. Dan pembahasan secara sistematis dan jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*. Di samping itu, At-Tufi juga ikut memberikan pandangan yang radikal dan liberal tentang *maslahah* (kemaslahatan).

---

<sup>416</sup> A. Wahab Afif, *Mashlahat Al-Ummah : Suatu Pendekatan Menuju Masyarakat Muslim Moderat*, Orasi Penganugerahan Gelar Doktor Honoris Causa Ilmu Perbandingan Mazhab & Bimbingan Masyarakat Islam, 7 Agustus 2010, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati Bandung, Bandung, hlm. 14.

Berdasarkan baik *istiqra'* (penelitian empiris), nash—nash Al-Quran maupun Hadits, maka dapat diketahui, bahwa hukum-hukum syari'at Islam mencakup di antaranya adalah pertimbangan kemaslahatan manusia, hal ini berdasarkan Firman Allah S.W.T. :

وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ

Artinya : “Dan tidaklah Kami mengutus kamu, melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam”. (Q.S. Al-Anbiya' : 107)<sup>417</sup>

Firman Allah SWT :

يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ شِفَاءٌ لِّمَا  
فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ

Artinya : “Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman” (Q.S. Yunus : 57).<sup>418</sup>

Menurut Muhamad Abu Zahrah,<sup>419</sup> bahwa masalah ini dapat ditangkap jelas oleh orang yang mempunyai intelektual atau orang yang mau berpikir, meskipun bagi sebagian orang masih dirasa samar atau mereka berbeda pendapat mengenai hakekat masalah tersebut. Perbedaan persepsi tentang masalah itu sebenarnya bermula dari perbedaan kemampuan intelektualitas orang-perorang sehingga tidak ditemukan hakekat *maslahat* yang esensial yang terdapat dalam hukum Islam, atau terpengaruh oleh keadaan yang bersifat temporal, atau diambil berdasarkan pandangan yang bersifat lokalistik atau personal. Selanjutnya Muhamad Abu

<sup>417</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, 2010, hlm. 264.

<sup>418</sup> Al-Hakim, *op.cit.*, hlm. 171.

<sup>419</sup> Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 424.

Zahrah mengatakan,<sup>420</sup> bahwa *maslahat* yang *mu'tabarah* (dapat diterima) ialah *maslahat-maslahat* yang bersifat hakiki, yaitu meliputi lima jaminan dasar :

- 1). Keselamatan keyakinan agama;
- 2). Keselamatan jiwa;
- 3). Keselamatan akal;
- 4). Keselamatan keluarga dan keturunan;
- 5). Keselamatan harta benda.

Kelima jaminan dasar itu merupakan tiang penyangga kehidupan dunia agar umat manusia dapat hidup aman dan sejahtera. Kemudian Muhamad Abu Zahrah mengemukakan,<sup>421</sup> bahwa jumbuh fuqaha' sepakat, bahwa *maslahat* dapat diterima dalam fiqh Islam. Dan setiap *maslahat* wajib diambil sebagai sumber hukum selama bukan dilatarbelakangi oleh dorongan syahwat dan hawa nafsu dan tidak bertentangan dengan *nash* serta *maqashidusy Syari'ah* (tujuan-tujuan *syari'ah*).

**a. *Maqashidusy Syari'ah***

Asy-Syatiby telah memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan syari'at yang bersifat *dharuriyyah*, *hajiyyah* dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum syara', yaitu :

- (a).Memelihara agama (*hifzhud din*);
- (b).Memelihara jiwa (*hifzhun nafsi*);
- (c). Memelihara keturunan (*hifzhun nasli*);
- (d). Memelihara akal (*hifzhul 'aqli*);

---

<sup>420</sup> Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 424-425.

<sup>421</sup> Muhamad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 433.

(e). Mmemelihara harta (*hifzhul mal*).<sup>422</sup>

Makna *maqasidusy Syari'ah* ini pertama kali dikenalkan oleh Imam Al-Haramain Al-Juwaini lalu dikembangkan oleh muridnya, Al-Gazali. Ahli teori hukum Islam berikutnya yang secara khusus membahas *Maqasidusy Syari'ah* adalah Izzuddin ibn Abdus Salam dari kalangan Syafi'iyah. Pembahasan secara sistematis dan jelas dilakukan oleh Al-Syatibi dari kalangan Malikiyah dalam kitabnya *Al-Muwafaqat*.

#### **b. Metode *Ta'lili*.**

Penulis akan menguraikan tentang '*illat* karena '*illat* ialah pokok yang menjadi landasan qiyas sebab jika membahas tentang '*illat*, maka tentu membicarakan qiyas. Ulama Ushul Fiqh yang bernama Imam Fahrul Islam Al-Bazdawi telah menegaskan, bahwa '*illat* merupakan rukun qiyas dan landasan dari bangunan qiyas.<sup>423</sup>

Pelaksanaan qiyas tidak dapat dilakukan bila tidak dapat ditentukan '*illatnya*. Setiap hukum ada '*illat* yang melatarbelakanginya. Sebagian ulama mendefenisikan '*illat* sebagai suatu sifat-lahir yang menetapkan dan sesuai dengan hukum. Defenisi lain dikemukakan oleh sebagaian ulama Ushul Fiqh: '*Illat* ialah suatu sifat khas yang dipandang sebagai dasar dalam penetapan hukum.<sup>424</sup> Orang yang mengakui adanya '*illat* dalam *nash*, berarti ia mengakui adanya qiyas.

---

<sup>422</sup>Asy-Syatiby, Tanpa tahun, *Al-Muwafaqat, fi Ushulisy Syari'ah*, Juz II, Darul Kutub Al-Ilmiyyah, Beirut, hlm. 7.

<sup>423</sup> Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 364.

<sup>424</sup> Muhammad Abu Zahrah, *loc.cit.*



Muhammad Abu Zahrah mengemukakan, bahwa<sup>425</sup> Mazhab Hanafi dan Jumah Ulama Ushul berpendapat, bahwa *nash-nash* hukum pasti memiliki '*Illat*. Selanjutnya mereka mengatakan : “sesungguhnya sumber hukum asal adalah '*illat* hukum itu sendiri, hingga ada petunjuk (*dalil*) yang menentukan lain”. Mereka kemudian berpendapat, bahwa *nash* hukum yang pasti ber'*illat* adalah terbagi menjadi dua kelompok, yaitu kelompok yang menetapkan '*Illat nash* dengan sifat lahir yang sesuai dan sekaligus *mundhabith* (tepat); dan kelompok yang menetapkan '*Illatnash* hanya dengan sifat yang sesuai saja, tanpa memperhatikan unsur *mundhabith*. Sifat yang sesuai adalah *hikmah* pemyari'atan *nash*.

Semakin luasnya perkembangan kehidupan dan makin dirasakan meningkatnya tuntutan pelayanan hukum dalam kehidupan umat Islam. Maka banyak ketentuan hukum *nash* yang harus memperhatikan jiwa yang melatarbelakanginya. Jiwa itu tidak dalam aplikasinya pada suatu saat dan keadaan tertentu, ketentuan hukum yang disebutkan dalam *nash* tidak dilaksanakan. Jiwa yang melatarbelakangi sesuatu ketentuan hukum ialah '*illat* hukum atau *kausa* hukum.<sup>426</sup> Selama '*illat* hukum masih terlibat, maka ketentuan hukum berlaku, tetapi '*illat* hukum jika tidak tampak, maka ketentuan hukum pun tidak berlaku.

Para ulama fiqh melahirkan kaidah fiqh :

الحكم يدور مع علته وجودا وعدما

---

<sup>425</sup> Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 365.

<sup>426</sup> Ahmad Azhar Basyir, *op.cit.*, hlm.20.

Artinya : “Hukum itu berkisar bersama ‘illatnya, baik ada atau tidak adanya.<sup>427</sup>

Arti kaidah fiqih tersebut ialah setiap ketentuan hukum berkaitan dengan ‘*illat (kausa)* yang melatarbelakanginya. ‘*Illat* jika ada, maka hukum pun ada, tetapi ‘*illat* jika tidak ada, maka hukum pun tidak ada. Menentukan sesuatu sebagai ‘*illat* hukum merupakan hal yang amat pelik. Oleh karenanya, memahami jiwa hukum yang dilandasi iman yang kokoh merupakan keharusan untuk dapat menunjuk ‘*illat* hukum secara tepat.

Menetapkan adanya kaitan hukum dengan ‘*illat* yang melatarbelakangi amat diperlukan jika kita akan mengetahui hukum peristiwa yang belum pernah terjadi pada masa Nabi, yang terlihat adanya persamaan ‘*illat* hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi disebutkan dalam *nash*. Mengetahui ‘*illat* hukum peristiwa yang terjadi pada masa Nabi dapat dilakukan *qiyas* atau analogi terhadap peristiwa yang terjadi kemudian. ‘*Illat* sangat penting dan sangat menentukan ada atau tidak adanya hukum dalam kasus baru sangat bergantung pada ada atau tidak adanya ‘*illat* pada kasus tersebut, sehingga ‘*illat* dirumuskan sebagai suatu sifat tertentu yang jelas dan dapat diketahui secara obyektif (*zhahir*), dapat diketahui dengan jelas dan ada tolok ukurnya (*mundabith*) dan sesuai dengan ketentuan hukum, yang eksistensinya merupakan penentu adanya hukum, sedangkan *hikmat* adalah yang menjadi tujuan atau maksud disyariatkannya hukum dalam wujud kemaslahatan bagi manusia. ‘*Illat*

---

<sup>427</sup>*Ibid.*, hlm. 22.

merupakan “tujuan yang dekat” dan dapat dijadikan dasar penetapan hukum, sedangkan hikmat merupakan “tujuan yang jauh” dan tidak dapat dijadikan dasar penetapan hukum. Al-Syatibi berpendapat, bahwa yang dimaksud dengan ‘*illat* adalah hikmat itu sendiri, dalam bentuk *mashlahat* dan *mafsadat*, yang berkaitan dengan ditetapkannya perintah, larangan, atau keizinan, baik keduanya itu *zhahir* atau *tidak*, *mundhabith* atau *tidak*.<sup>428</sup>

Makna ‘*illat* itu tidak lain kecuali adalah *mashlahat* dan *mafsadat* itu sendiri. Kalau demikian halnya, maka baginya hukum dapat ditetapkan berdasarkan *hikmat*, tidak berdasarkan ‘*illat*. Sebenarnya hikmat dengan ‘*illat* mempunyai hubungan yang erat dalam rangka penemuan hukum.<sup>429</sup>

Berdasarkan pernyataan di atas dapat dipahami, dalam *qiyas* penemuan ‘*illat* dari hikmat sangat menentukan keberhasilan mujtahid dalam menetapkan hukum. Di sinilah dapat dilihat betapa eratnya hubungan antara metode *qiyas* dengan *maqashid al-syari’ah*. Pencarian ‘*illat* dinyatakan, bahwa salah satu syarat diterimanya *shifat* menjadi ‘*illat* adalah, bahwa *shifat* tersebut *munusabat*, yakni sesuai dengan *maslahat* yang diduga sebagai tujuan disyariatkan hukum itu. *Maslahat* dalam ‘*illat* menjadi *maslahat daruriyat*, *hajiyyat* dan *takmiliyyat* dan dari sinilah muncul pengembangan prinsip dan teori *maqashid al-syariat*.

---

<sup>428</sup>Al-Syatibi, Tanpa tahun, *Al-Muwafakat fi Ushul al-Ahkam*, Jilid I, Dar Al-Fikr, hlm. 185.

<sup>429</sup>Contoh, dalam bidang ibadah (shalat *qashar*), boleh atau tidaknya, maka ditetapkan kebolehanannya itu ‘*illatnya* karena *safr*, sedangkan *musyaqatnya* merupakan *hikmat* itu ‘*illatnya* karena *safr*, sedangkan *musyaqatnya* merupakan *hikmat*.

Mashlahat yang menjadi tujuan utama disyariatkan hukum Islam, merupakan faktor penentu dalam menetapkan hukum melalui jalur *qiyas*. 'Illat adalah hal yang oleh *syari'* (pembuat aturan) dijadikan tempat bersandar, tempat bergantung atau petunjuk adanya ketentuan hukum.

'Illat pada pokoknya dapat dibagi menjadi 3 macam atas dasar sumber pengambilannya, yaitu 'illat diperoleh dengan dalil *naqli*, *nash* yang diperoleh dengan *ijma*" dan 'illat yang diperoleh dengan jalan *istinbath* (pemahaman kepada nash).<sup>430</sup> 'Illat yang diperoleh dengan dalil *naqli* dibagi lagi menjadi tiga macam, yaitu yang diperoleh dengan jelas disebutkan dalam nash yang disebut *sharih*, yang diperoleh hanya dengan isyarat, yang disebut *ijma* dan yang diperoleh dari adanya petunjuk *sebab*.<sup>431</sup> 'Illat yang diperoleh dengan jalan *istinbath* merupakan hal yang amat pelik. Untuk menentukan 'illat dengan jalan *istinbath* diperlukan ketajaman pemikiran. Sifat pemikiran kefilosofan dalam menentukan 'illat dengan jalan *istinbath* ini amat nyata. Untuk menentukan 'illat dengan jalan *istinbath* ditempuh dua macam cara, yaitu :

- a. Di dalam sesuatu ketentuan hukum jika terdapat beberapa hal yang dirasakan sesuai benar sebagai 'illat hukum, untuk menentukan mana di antara hal itu yang benar-benar sebagai 'illat dilakukan *taqsim* dan *sabr*. *Taqsim* ialah membatasi hal yang dirasakan sesuai sebagai 'illat hukum dan *sabr* adalah meneliti hal yang telah dibatasi dan dirasakan sesuai

---

<sup>430</sup>*Ibid.*, hlm. 24

<sup>431</sup>Muhammad Makruf Ad-Dawaalibi, 1959, *Al Madkhal Ilaa 'Im Ushul Al-Fiqh*, Tanpa penerbit, Tanpa tempat penerbit, hlm. 417.

sebagai *illat* hukum itu sehingga dapat diketahui mana yang harus disisihkan sebagai *'illat* dan mana yang harus diambil atau ditetapkan. Cara ini merupakan peluang amat luas untuk berijtihad dan amat memungkinkan terjadi perbedaan pendapat di kalangan para mujtahid.

- b. Menetapkan kesesuaian *'illat* bagi sesuatu ketentuan hukum dengan mengkaji *'illat* yang sesuai dengan hukum, kemudian menetapkan berlakunya *'illat* itu terhadap hukum bersangkutan. *'Illat* yang sesuai dengan ketentuan hukum itu disebut *al-'illah almunasibah*.<sup>432</sup> *Al-'illah al-munasibah* ada empat macam, yaitu : *'illat muatstsirah* (membekas), *'illat mula-imah* (sejalan), *'illat gharibah* (asing) dan *'illat ursalah* (lepas, bebas).<sup>433</sup>

Di bawah ini akan dibahas tentang empat *'illat* itu :

- a. *Al-'Illat Al-munasab*. *'Illat* yang secara jelas dapat diperoleh dari *nash* atau *ijma'* dan diketahui membekas pengaruhnya terhadap ketentuan hukum. Misalnya perwalian yang ditetapkan atas anak di bawah umur, yang dipandang *'illatnya* adalah keadaan di bawah umur.
- b. *'Illat mula-imah*. *'Illat* yang diperoleh dari *nash*, tetapi agak jelas membekas pengaruhnya terhadap hukum karena *nash* yang mengandung hukum memang tidak memberikan kejelasan mengenai *'illatnya*. *'Illat* itu dapat diperoleh dari sejumlah *nash* lain mengenai masalah yang sejenis yang dapat dipandang ada kesejalanannya untuk dijadikan *'illat* hukum yang bersangkutan.

---

<sup>432</sup>Ali Hasbullah, 1964, *Ushul At-Tasyrii" Al-Islami*, Tanpa penerbit, Tanpa tempat penerbit, hlm. 131.

<sup>433</sup>A hmad Azhar Basyi, *op.cit.*, hlm 28-31.

c. *'Illat gharibah*. *'Illat* yang diperoleh dari *nash*, tetapi tidak jelas, bahwa *'illat* itu membekas pengaruhnya terhadap hukum dan tidak diketahui dengan jelas kesejalanannya dengan hukum bersangkutan dari *nash* lain mengenai masalah yang bersangkutan dari *nash* lain mengenai masalah yang sejenis. *'Illat* yang diperoleh dari *nash* itu sendiri dipandang sesuai dengan hukum yang diakandungnya.

d. *'Illat mursalah*. *'Illat* yang tidak terdapat pendukungnya dari *nash*, tetapi dapat diketahui dari jiwa ajaran Islam pada umumnya. *'Illat* macam inilah yang merupakan hal yang amat pelik. Untuk menetapkannya diperlukan ketajaman pandangan dan keluasan cakrawala pemikiran tentang tujuan dan rahasia hukum Islam khususnya dan ajaran Islam umumnya. Oleh karenanya *'illat* adalah sifat yang jelas dan ada tolak ukurnya, yang di dalamnya terbukti adanya hikmah pada kebanyakan keadaan.

Maka *'illat* ditetapkan sebagi bertanda (*madzinnah*) yang dapat ditegaskan dengan jelas bagi adanya *hikmah*.<sup>434</sup> *Hikmah* itu bersifat implisit di dalam *'illat* dan tidak terpisah dengannya, karena *hikmah* tidak ada jika *'illat* tidak ada. Di samping itu, *'illah* adalah dasar perbuatan. Jika *'illat* ada tanpa adanya *hikmah*, maka *'illat* tidak dapat dianggap berasal dari hukum. Jika *'illat* itu jelas, tidak ada kesulitan, tetapi apabila *'illat* itu tidak jelas, para ahli Ushul Fiqh berbeda pendapat, ada yang mengambil jalan *ta'wil* dan mencoba menggali *'illat* berkenaan dengan kata-kata *nash*

---

<sup>434</sup>Fathurrahman Djamil, 1997, *Filsafat Hukum Dalam Islam*, Jakarta, Logos, hlm.4.

yang implisit, sedangkan yang lainnya mengambil metode interpretasi *nash* sesuai dengan akal berkenaan dengan kepentingan masyarakat (*social utility*). Dengan demikian dapat dikatakan, bahwa '*illat* merupakan "sebab" atau "tujuan" ditetapkan hukum. Adakalanya langsung disebut dalam *nash* (*manshushah*) dan adakalanya tidak (*muntanbathah*).<sup>435</sup>

### c. Metode *Istihsan*.

Secara bahasa, *ihthsan* berarti menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut istilah Ulama Ushul, *istihsan* ini dimaksudkan pindahnya seorang mujtahid dari tuntutan kias *jali* kepada kias *khafi*, atau dari dalil *kully* kepada hukum *takhshish* lantaran terdapat dalil yang menyebabkan mujtahid menyalahkan berpikirnya dan mementingkan perpindahan.<sup>436</sup>

*Isthsan* ini adalah sumber hukum yang banyak dipakai oleh dalam terminologi dan *istimbath* hukum oleh Imam Malik dan Imam Abu hanifah. Bahkan Imam Malik menilai, pemakaian *istihsan* merambah 90 % dari seluruh ilmu (fiqih).<sup>437</sup> Apabila terdapat suatu kejadian yang tidak ada *nash* hukumnya, maka di dalam rangka membahasnya ada dua segi yang saling berlawanan, yaitu :

- a). Segi *dhahir* yang berkehendak adanya suatu hukum.
- b). Segi *khafi* (tak tampak) yang menghendaki adanya hukum lain.

Pada diri mujtahid sudah terdapat dalil yang lebih mendahulukan pandangan *khafi*, kemudian, karena pindahnya kepada pandangan yang *dhahir* (nyata) ini, menurut syara' disebut *Istihsan*. Begitu pula jika ada

---

<sup>435</sup> *Ibid.*

<sup>436</sup> Abdul Wahhab Khallaf, *op.cit.*, hlm. 118.

<sup>437</sup> Muhammad Abu Zahrah, *op.cit.*, hlm. 401.

hukum *kully* pada diri mujtahid, kemudian didapatinya dalil yang menghendaki adanya pengecualian *juziyyah* dari hukum *kully*, dan memebrikan tetapnya hukum lain kepada *juziyyah*, menurut syara' juga disebut sebagai istihsan.<sup>438</sup>

Imam Abu Al-Hasan Al-Karkhi mengemukakan,<sup>439</sup> bahwa *isthsan* ialah penetapan hukum dari seorang mujtahid terhadap suatu masalah yang menyimpang dari ketetapan hukum yang diterapkan pada masalah-masalah yang serupa karena ada alasan yang lebih kuat yang menghendaki dilakukannya penyimpangan itu. Asas adanya diktum hukum yang menyimpang dari kaidah yang berlaku karena ada faktor lain yang mendorong agar keluar dari keterikatannya dengan kaidah itu, yang dipandang justru akan lebih dekat dengan tujuan syara', dibanding seandainya tetap terpaku dan berpegang teguh pada kaidah di atas. Sehingga dengan demikian berpegang pada istihsan dalam pemecahan kasus itu lebih daripada menggunakan dalil qiyas. Jadi istihsan apa pun bentuknya maupun apapun macamnya, terbatas pada masalah *juziyyah*.

Seorang ahli fiqih dalam memecahkan masalah *juziyyah* itu menggunakan dalil istihsan agar tidak terjadi pemakaian kaidah – yang tidak lain adalah qiyas -- secara berlebihan (melampaui batas) hingga terjauh dari ruh dan makna syara'. Dengan demikian dapat diketahui, bahwa istihsan adalah sebagai sumber hukum.

---

<sup>438</sup> Abdul Wahhab Khallaf, *loc.cit.*

<sup>439</sup> Muhammad Abu Zahrah, *loc.cit.*



#### d. Metode *Istishlahi*.

Istilah *istishlahi* juga disebut *al-maslahat al-mursalah*. Sebagaimana halnya metode ijihad lainnya, *al-maslahat al-mursalah* juga merupakan metode penemuan hukum yang kasusnya tidak diatur secara eksplisit dalam Al-Quran dan Hadis. Hanya saja metode ini lebih menekankan pada aspek maslahat secara langsung. Sehubungan dengan metode ini, dalam ilmu Ushul Fiqh dikenal ada tiga macam maslahat, yakni *maslahat mu'tabar*, *maslahat mulghat* dan *maslahat mursalat*. Maslahat yang pertama adalah maslahat yang diungkapkan secara langsung baik dalam Al Quran maupun dalam Hadit. Maslahat yang kedua adalah yang bertentangan dengan ketentuan yang termaktub dalam kedua sumber hukum Islam tersebut. Di antara kedua maslahat tersebut, ada yang disebut *maslahat mursalat*, yakni maslahat yang tidak ditetapkan oleh kedua sumber tersebut dan tidak pula bertentangan dengan keduanya.<sup>440</sup>

Istilah yang sering digunakan dalam kaitan dengan metode ini adalah *istishlahi*. *Istishlah* adalah suatu cara penetapan hukum terhadap masalah-masalah yang tidak dijelaskan hukumnya oleh nash dan ijmak dengan mendasarkan pada pemeliharaan *al-mashlahat almursalat*.<sup>441</sup>

---

<sup>440</sup>Dalam kajian ilmu Ushul Fiqh "*al-maslahat al-mursalah*" adalah suatu kemaslahatan yang tidak ditetapkan oleh al-Syari" sebagai dasar penetapan hukum, tidak pula ada dalil syar"i yang menyatakan keberadaannya atau keharusan meninggalkannya. Abdul Wahab Khallaf, 1972, *Ilmu Ushul al-Fiqh*, Al-Majlis Al-A"la Al-Indonesi li Al-Da"wat Al-Islamiyyat, Jakarta, hlm. 84.

<sup>441</sup>Abdul Aziz Ibn Abdurrahman Ibn Ali Al-Rabi"ah, 1399 H. / 1979 M., *Adillat Al-Tasyri"* *Al-Mukhatalaf Fi Aal-Ihtijaj Biha*, Cet. 1, Mu"assasat al-Risalat, Tanpa tempat penerbit, hlm. 221.

Mayoritas ahli Ushl Fiqh menerima metode *maslahat mursalat*. Untuk menggunakan metode tersebut mereka memberikan beberapa syarat. Imam Malik memberikan persyaratan, yaitu:<sup>442</sup>

- (a). *Mashlahat* tersebut bersifat reasonable (*ma'qul*) dan relevan (*munasib*) dengan kasus hukum yang ditetapkan.
- (b). *Mashlahat* tersebut harus bertujuan memelihara sesuatu yang *daruri* dan menghilangkan kesulitan (*raf'u al-haraj*), dengan cara menghilangkan *masyaqqat* dan *madharrat*.
- (c). *Mashlahat* tersebut harus sesuai dengan maksud disyari'atkan hukum (*maqashid al-syari'ah*) dan tidak bertentangan dengan dalil syara' yang *qahat'i*.

Imam Al Ghazali menetapkan beberapa syarat agar *mashlahat* dapat dijadikan sebagai penemuan hukum, yaitu :<sup>443</sup>

- (a). Kemaslahatan itu masuk kategori peringkat *daruriyyat*. Artinya, bahwa untuk menetapkan suatu kemaslahatan, tingkat keperluannya harus diperhatikan, apakah akan sampai mengancam eksistensi lima unsur pokok maslahat atau belum sampai pada batas tersebut.
- (b). Kemaslahatan itu bersifat *qath'i*, artinya yang dimaksud dengan *mashlahat* tersebut benabener telah diyakini sebagai *maslahat* tidak didasarkan pada dugaan (*zhan*) sematamata.

---

<sup>442</sup>Dalam karangan Al-Syathibi, *Al-I'tisham*, yang disetting oleh Fathurrahman Djamil, *op.cit.*, hlm. 142

<sup>443</sup> Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Mustashfa min 'Ilmi Al-Ushul*, Jilid II, Sayyyid Al-Husein, Kairo, hlm. 364-367.

- (c). Kemaslahatan itu bersifat *kulli*, artinya bahwa kemaslahatan itu berlaku secara umum dan kolektif, tidak bersifat individual. Apabila masalah itu bersifat individual maka syarat lain yang harus dipenuhi adalah bahwa masalah itu sesuai dengan *maqashid al syari'ah*.

Berdasarkan ungkapan tersebut di atas, maka dapat dipahami bahwa antara metode penemuan hukum *istislahi* sangat erat kaitannya dengan *maslahat*. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Imam Malik bahwa masalah itu harus sesuai dengan tujuan disyariatkannya hukum dan diarahkan pada upaya menghilangkan segala bentuk kesulitan. Bentuk penemuan hukum berdasarkan *istislahi* suatu kemaslahatan yang tidak mempunyai dasar, tetapi juga tidak ada pembatalannya. Suatu kejadian jika tidak ada ketentuan syari'ah dan tidak ada *'illat* yang keluar dari syara' yang menentukan kejelasan hukum kejadian tersebut, kemudian ditemukan sesuatu yang sesuai dengan hukum syara', yakni suatu ketentuan yang berdasarkan pemeliharaan kemandirian atau untuk menyatakan suatu mamfaat, maka kejadian tersebut dinamakan *istislahi*.

Melihat proses penetapan hukum terhadap suatu masalah yang ditunjukkan oleh khusus. Dalam hal ini adalah penetapan suatu kasus bahwa hal itu diakui oleh salah satu bagian tujuan syara'. Proses seperti itu disebut *istislah* (menggali dan menetapkan suatu masalah).<sup>444</sup>

Para ulama berbeda dalam memandang metode ini, hakikatnya adalah satu, yaitu setiap mamfaat yang di dalamnya terdapat tujuan secara umum, tetapi tidak terdapat dalil yang secara khusus menerima atau menolaknya. Menurut Imam Al-

---

<sup>444</sup> Rachmat Syafe'i, 1999, *Ilmu Ushul Fiqih*, Cet. 1, Bandung, Pustaka Setia, hlm. 117.

Ghazali, bahwa istislahi adalah suatu metode *istidlal* (mencari dalil) dari nash syara' yang tidak merupakan dalil tambahan terhadap nash syara', tetapi ia tidak keluar dari nash syara'. Menurut pandangannya, ia merupakan hujjah *qathi'iyat* selama mengandung arti pemeliharaan maksud syara', walaupun dalam penetapannya *dhani*.<sup>445</sup>

Secara ringkas, dapat dikatakan bahwa metode penemuan hukum dengan istislahi itu difokuskan terhadap lapangan yang tidak terdapat dalam nash, baik dalam Al-Quran maupun As-Sunnah yang menjelaskan hukum-hukum yang ada penguatnya melalui suatu i'tibar. Juga difokuskan pada hal-hal yang tidak didapatkan adanya *ijma'* atau *qiyas* yang berhubungan dengan kejadian tersebut. Hukum yang ditetapkan dengan istislahi seperti pembukuan Al-Quran dalam satu mushaf yang dilakukan oleh Usman Ibn Affan, khalifah ketiga. Hal itu tidak dijelaskan oleh *nash* dan *ijmak*, melainkan didasarkan atas *mashlahat* yang sejalan dengan kehendak syara' untuk mencegah kemungkinan timbulnya perselisihan umat tentang Al-Quran.<sup>446</sup>

*Istishlahi* merupakan cara penemuan hukum yang berdiri sendiri, yang beramal dengan *al-mashlahat al-mursalat*, *ijmak*, *'urf* dan kaidah "*raf'u al-harj wa al-masyaqqat*".

Peraturan hukum yang tidak lengkap dan tidak jelas, maka harus dilakukan dengan metode penemuan hukum dan Ijtihad. Sebab, dengan metode penemuan hukum ini, ketidaklengkapan atau ketidakjelasan peraturan hukum dapat

---

<sup>445</sup> Al-Ghazali, *op.cit.*, hlm. 310.

<sup>446</sup> Abdul Aziz Ibn Abdurrahman Ibn Ali al-Rabi'ah, *op.cit.*, hlm. 222.

diatasi.<sup>447</sup> Karena itu, penemuan hukum merupakan bagian penting dalam merealisasi atau menegakkan hukum.<sup>448</sup>

Realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama harus melakukan penemuan hukum dan melakuakn ijjitihad. Penemuan hukum yang harus dilakukan adalah dengan cara penalaran a contrario dan harus dengan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan kasus dengan cara melakukan telaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

Menurut Gustav Radbruch sebagaimana yang dikutip oleh Sudikno Mertokusumo,<sup>449</sup> bahwa putusan hakim yang ideal ialah apabila mengandung unsur-unsur *Gerechtigkeit* (keadilan), *Zweckmassigkeit* (kemanfaatan) dan *Rechtsicherheit* (kepastian hukum) secara proporsional. Suatu putusan hakim harus adil, tetapi harus pula bermanfaat baik bagi yang bersangkutan maupun bagi masyarakat, dan terjamin kepastian hukumnya. Hakim harus mengusahakan terciptanya keseimbangan antara tiga unsur *Idee des Rechts*. Untuk mengusahakan adanya keseimbangan antara tiga unsur *Idee des Rechts* secara proporsional dalam suatu putusan tidaklah mudah. Tetapi, hal tersebut merupakan seni atau kiat sendiri. Dalam hal terjadi konflik antara keadilan dan kepastian hukum, maka hakim berdasarkan *Freies Ermessennya* (kebebasannya) dapat

---

<sup>447</sup> Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Cetakan ke 6, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, hlm. 58.

<sup>448</sup> *Ibid.*, hlm. 59.

<sup>449</sup> Sudikno Mertokusumo, 2012, *Teori Hukum*, Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka, hlm. 23. Lihat juga Bambang Sutiyoso, 2012, *Metode Penemuan Hukum*, Yogyakarta, hlm. 8)

memilih keadilan dengan mengabaikan kepastian hukum sepanjang tidak bertentangan dengan kepentingan umum atau negara.<sup>450</sup>

Hakim wajib menafsirkan undang-undang agar undang-undang berfungsi sebagai hukum yang hidup (*living law*), karena hakim tidak semata-mata menegakkan aturan formal, tetapi harus menemukan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Oleh karena itu, kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*), dan keadilan (*gerechtigkeiteit*) harus ada dalam putusan secara proporsional.

Terkait dengan Kewarisan dan Harta Bersama, hal tersebut kita bisa berpatokan pada Pasal 128 KUHPerduta dan Pasal 96 ayat (1) KHI. Kedua ketentuan tersebut pada intinya menyatakan bahwa dalam hal terjadinya kematian, maka harta bersama dibagi menjadi 2 (dua), yaitu (1) menjadi milik suami/istri (yang masih hidup) dan (ii) menjadi hak dari para ahli waris. Untuk memudahkan, di bawah ini adalah kutipan dari pasal-pasal dimaksud:

Pasal 128 KUHPerduta

“Setelah bubarnya harta bersama, kekayaan bersama mereka bagi dua antara suami dan istri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dari pihak mana asal barang-barang itu”.

Pasal 96 ayat (1) KHI:

“apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”

Apabila kita memperhatikan ketentuan Pasal 128 KUHPerduta dan Pasal 96 ayat (1) KHI di atas, pandangan masyarakat yang menyimpulkan bahwa

---

<sup>450</sup>*Ibid.*, hlm. 24.

“dalam hal suami/istri meninggal, maka seluruh harta bersama menjadi milik suami/istri yang hidup atau seluruh harta bersama menjadi harta waris” adalah tidak tepat.

Dalam hal terjadi kematian dari suami/istri, maka sebelum dilakukan pembagian waris, terlebih dahulu harta bersama harus dibagi 2 (dua), dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris. Patut dicatat bahwa walaupun  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama menjadi milik suami/istri yang masih hidup, hal tersebut tidak menghalangi suami/istri yang masih hidup mendapatkan bagian dari harta waris. Terkait harta bersama sebagai harta waris ini telah diuji dalam sebuah sengketa di Pengadilan. Dalam putusan Mahkamah Agung RI No. 3784K/Pdt/1992 tanggal 30 Maret 1995 dinyatakan bahwa seorang janda mendapatkan  $\frac{1}{2}$  bagian dari harta bersama dan  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi harta warisan dari almarhum suami.

Dasar persoalan hak waris antara keluarga suami dan isteri adalah berawal dari terjadinya konflik. Dalam penelitian ini konflik yang terjadi adalah keluarga suami memperlakukan kepemilikan harta bersama yang dimiliki oleh suami dan isteri tersebut. Sehingga terjadinya konflik diantara keluarga suami dan isteri tersebut. Ketika konflik yang terjadi semakin besar dan tidak terkendali hal tersebut yang melatar belakangi terjadinya sengketa. Sengketa dalam penelitian ini adalah harta bersama yang diperebutkan oleh keluarga suami yang sudah meninggal dengan isteri.

Harta bersama dalam suatu pernikahan diatur dalam Bab VI Kitab Undang-undang Hukum Perdata atau yang biasa disebut dengan KUHPperdata. Pasal 120 KUHPperdata didalamnya: “Berkaitan dengan soal keuntungan, maka harta bersama itu meliputi barang- barang bergerak dan barang-barang tak bergerak suami isteri itu, baik yang sudah ada maupun yang akan ada, juga barang-barang yang mereka peroleh secara cuma-cuma, kecuali bila dalam hal terakhir ini yang mewariskan atau yang menghibahkan menentukan kebalikannya dengan tegas.”

Harta bersama tersebut merupakan harta yang didapatkan oleh suami isteri selama masa perkawinannya. Dimana dalam penelitian ini sampai dengan terjadinya kematian si suami. Kematian tersebut menyebabkan isteri atau si janda ditinggalkan yang mengakibatkan penguasaan dalam harta bersama yang diperoleh selama masa perkawinan hingga kematian si suami. Namun, semasa hidupnya si suami juga memiliki keluarga yang memiliki hubungan darah dengan suami yang telah meninggal. Pada dasarnya, keluarga si suami tidak memiliki hak apapun terhadap harta yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut bersama dengan isteri atau janda yang ditinggalkannya. Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Permasalahan muncul berkaitan dengan pembagian warisan apabila pewaris salah satu meninggal dunia baik istri maupun suami yang terlebih dahulu meninggal hingga terbukanya warisan, dalam hal suami isteri mempunyai anak, maka ahli waris yang berhak menerimanya adalah istri/suami yang masih hidup dengan anak-anaknya sesuai pembagian dalam hukum Islam, namun pembagian



warisan akan menjadi semakin rumit manakala suami istri tidak mempunyai keturunan atau hanya mempunyai anak angkat kemudian salah satu pewaris meninggal dunia (baik suami ataupun istri) maka terdapat ahli waris lain dari pihak pewaris yang meninggal dunia tersebut untuk mendapat bagian disamping ada hak waris istri yang ditinggalkan pewaris, bahwa pembagian warisan tersebut menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan.

Masalah waris merupakan masalah yang sangat penting, karena terkait dengan harta waris di mana jika pembagiannya dirasa tidak adil, maka akan mengakibatkan sengketa antara ahli warisnya. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat.<sup>451</sup>

Apabila dalam musyawarah tidak tercapai kata kesepakatan, maka pihak tertentu dalam keluarga akan menggugat pihak lain dalam suatu lembaga peradilan” Dalam Pasal 124 KUH Perdata disebutkan, bahwa: “Dia tidak boleh memberikan harta bersama sebagai hibah antara mereka yang sama-sama masih hidup, baik barang-barang tak bergerak maupun keseluruhannya atau suatu bagian atau jumlah yang tertentu dan barang-barang bergerak, bila bukan kepada anak-anak yang lahir dan perkawinan mereka, untuk memberi suatu kedudukan. Bahkan dia tidak boleh menetapkan ketentuan dengan cara hibah mengenai sesuatu barang yang khusus, bila dia memperuntukkan untuk dirinya hak pakai hasil dari barang itu.” Sengketa muncul karena keserakahan untuk menguasai dan

---

<sup>451</sup> Ellyne, P. D., *Pemahaman Sepultur Hukum Hak Waris di Indonesia*, Prenada Media Group, Jakarta, 2018, h. 45.

mendapatkan harta warisan. Mereka ingin dimasukan sebagai pihak ahli waris dengan mendapatkan persentase yang lebih besar atas harta warisan. Dalam penelitian ini pihak keluarga suami ingin mendapatkan pembagian yang lebih besar atas hana peninggalan suami yang termasuk harta bersama di dalamnya. Pemicu sengketa warisan dalam praktek ada yang muncul karena pihak keluarga suami menjadi serakah atas harta peninggalan suami yang telah meninggal. Hal tersebut merupakan hal yang mendasari persoalan antara keluarga suami dan istri yang ditinggalkan suami.

### **C. Rekonstruksi Ideal Pembagian Waris Harta Bersama Berbasis Nilai Keadilan dan Kemaslahatan**

#### **1. Rekonstruksi Nilai**

Tujuan hukum diciptakan adalah untuk kesejahteraan manusia (*kemaslahatan manusia*) yang memakai hukum itu sendiri, sehingga manakala ada hukum yang kurang menjamin kesejahteraan manusia perlu disempurnakan, dengan kesempurnaan hukum itu akan menimbulkan rasa bahagia, sehingga hukum itu menjadi adil dan bermanfaat bagi manusia itu sendiri.

Bila dikaji dari teori hukum keadilan sebagai *grand theory* adalah dalam rangka memenuhi rasa keadilan masyarakat, sesuai dengan Teori Hans Kelsen dalam bukunya *General Theory of Law and staat*, berpandangan bahwa hukum sebagai tatanan sosial yang dinyatakan adil apabila dapat mengatur perbuatan manusia dengan cara yang memuaskan sehingga dapat menemukan kebahagiaan di dalamnya, dikatakan lebih lanjut pembaharuan

hukum merupakan suatu keniscayaan dengan adanya perkembangan masyarakat, maka hukum pun harus berkembang mengikuti perkembangan masyarakat, agar hukum dapat menjawab kepentingan dan kebutuhan masyarakat sehingga dapat tercapai suatu keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum bagi masyarakat.<sup>452</sup>

Keadilan menurut sila kelima Pancasila, Keadilan Sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia. Keadilan berarti keadilan yang berlaku dalam masyarakat di segala bidang kehidupan, baik material maupun spiritual. Seluruh rakyat Indonesia berarti setiap orang yang menjadi rakyat Indonesia, baik yang berdiam di wilayah kekuasaan Republik Indonesia maupun warga negara Indonesia yang berada diluar negeri. Jadi, keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia berarti bahwa setiap orang Indonesia mendapat perlakuan yang adil dalam bidang hukum, politik, ekonomi, dan kebudayaan.

Sesuai dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, makna keadilan sosial mencakup pula pengertian adil dan makmur. Oleh karena kehidupan manusia itu meliputi kehidupan jasmani dan kehidupan rohani, maka keadilan itu pun meliputi keadilan di dalam pemenuhan tuntutan-tuntutan hakiki bagi kehidupan jasmani serta keadilan di dalam pemenuhan tuntutan-tuntutan hakiki bagi kehidupan rohani. Dengan kata lain keadilan itu meliputi keadilan di bidang material dan di bidang spiritual. Pengertian ini mencakup pula pengertian adil dan makmur yang dapat dinikmati oleh seluruh bangsa Indonesia secara merata, dengan berdasarkan asas

---

<sup>452</sup> Dominikus Rato, Op. Cit 81-82

kekeluargaan. *Sila Keadilan Sosial* adalah tujuan dari empat sila yang mendahuluinya, merupakan tujuan bangsa Indonesia dalam bernegara, yang perwujudannya ialah tata masyarakat adil makmur berdasarkan Pancasila.<sup>453</sup>

Menurut Kahar Masyur apa yang dinamakan adil tersebut adalah:

1. Adil ialah meletakkan sesuatu pada tempatnya;
2. Adil ialah menerima hak tanpa lebih dan memberikan hak orang lain tanpa kurang;
3. Adil ialah 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 pelanggarannya.<sup>454</sup>

Menurut Tasrip sebagaimana dikutip oleh Lili Rasjidi dan Arief Sidharta ada syarat minimum agar keadilan mendapat pernyataannya, yaitu:

1. yang adil itu adalah sekaligus tengah-tengah dan kesebandingan;
2. dalam sifatnya sebagai tengah-tengah, ia harus mempunyai dua ujung, dan diantara dua ujung itu ia berada;
3. dalam sifatnya sebagai yang sebanding, kesebandingan itu harus dinyatakan dalam dua bagian yang sebanding dari apa yang dibagi;
4. dalam sifatnya sebagai yang adil, harus ada orang-orang tertentu untuk siapa hal itu adil;

---

<sup>453</sup> Darji Darmodiharjo, Nyoman Dekker, A.G. Pringgodigdo, M.Mardojo, Kuntjoro Purbopranoto, J.W. Sulandra, 1991, *Santiaji Pancasila*, Usaha Nasional, Surabaya, hlm. 46.

<sup>454</sup> Kahar Masyur, 1985, *Membina Moral dan Akhlak*, Kalam Mulia, Jakarta, hlm. 71.

Dari 4 (empat) syarat tersebut dapat disimpulkan bahwa adil adalah kebijakan yang sempurna karena ia melaksanakan kebijakan yang sempurna. Yaitu bahwa orang yang memiliki keadilan itu mampu menerapkannya terhadap pihak lain dan bukan hanya dalam keadaan yang mengenai dirinya sendiri.<sup>455</sup>

Konsep adil dikenal dalam 4 (empat) hal, yaitu: *pertama*, adil bermakna keseimbangan dalam arti suatu masyarakat yang ingin tetap bertahan dan mapan, maka masyarakat tersebut harus berada dalam keadaan seimbang, dimana 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 (55) ayat (7) sebagai berikut:<sup>456</sup>

المِيزَانَ وَوَضَعَ رَفْعَهَا وَالسَّمَاءَ  
Artinya:  
"Allah meninggikan langit dan Dia meletakkan neraca (keadilan)".

Para ahli tafsir menyebutkan bahwa, yang dimaksud oleh ayat tersebut adalah keadaan alam yang diciptakan dengan seimbang. Alam diciptakan dari segala sesuatu dan dari setiap materi dengan kadar semestinya dan jarak-jarak diukur dengan cara yang sangat cermat.<sup>457</sup>

---

<sup>455</sup> Lili Rasjidi dan B. Arief Sidharta, 1994, *Filsafat Hukum, Mazhab dan Refleksinya*, Remaja Rosdakarya, Bandung, hlm. 26.

<sup>456</sup> *Ibid.*, hlm.192

<sup>457</sup> *Ibid.*

*Kedua*, adil adalah persamaan penafian terhadap perbedaan apapun. 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>458</sup> 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.<sup>459</sup>

Prinsip pokok keadilan digambarkan oleh Madjid Khadduri dengan mengelompokkan ke dalam 2 (dua) kategori, yaitu aspek substantif dan prosedural yang masing-masing meliputi satu aspek dari keadilan yang berbeda. Aspek substantif berupa elemen-elemen keadilan dalam substansi syariat (keadilan substantif), sedangkan aspek prosedural berupa elemen-elemen keadilan dalam hukum prosedural yang dilaksanakan (keadilan prosedural).<sup>460</sup>

Manakala kaidah-kaidah prosedural diabaikan atau diaplikasikan secara tidak tepat, maka ketidakadilan prosedural muncul. Adapun keadilan

---

<sup>458</sup> *Ibid.*, hlm.193

<sup>459</sup> *Ibid.*

<sup>460</sup> *Ibid.*, hlm. 194

substantif merupakan aspek internal dari suatu hukum dimana 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).<sup>461</sup>

Betapapun perubahan dan rekontruksi yang dilakukan, tetapi bangsa Indonesia tidak akan menghancurkan nilai religiusnya, nilai kemanusiaannya, nilai persatuannya, nilai kerakyatannya dan nilai kemanfaatan serta nilai keadilannya. Bahkan pada hakekatnya, rekontruksi adalah mengembalikan tatanan atau menata kembali kenegaraan ke arah sumber nilai yang merupakan platform kehidupan bersama bangsa Indonesia yang mencerminkan kemanfaatan dan mencerminkan rasa keadilan.

Dapat dipahami bahwa antara metode penemuan hukum *istislahi* sangat erat kaitannya dengan *maslahat*. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Imam Malik bahwa *maslahat* itu harus sesuai dengan tujuan disyariatkannya hukum dan diarahkan pada upaya menghilangkan segala bentuk kesulitan. Bentuk penemuan hukum berdasarkan *istislahi* suatu kemaslahatan yang tidak mempunyai dasar, tetapi juga tidak ada pembatalannya. Suatu kejadian jika tidak ada ketentuan syari'ah dan tidak ada '*illat* yang keluar dari syara' yang menentukan kejelasan hukum kejadian tersebut, kemudian ditemukan sesuatu yang sesuai dengan hukum syara', yakni suatu ketentuan yang berdasarkan pemeliharaan kemadaratan atau untuk menyatakan suatu mamfaat, maka kejadian tersebut dinamakan *istislahi*.

---

<sup>461</sup> *Ibid.*

Melihat proses penetapan hukum terhadap suatu masalah yang ditunjukkan oleh khusus. Dalam hal ini adalah penetapan suatu kasus bahwa hal itu diakui oleh salah satu bagian tujuan syara'. Proses seperti itu disebut *istislah* (menggali dan menetapkan suatu masalah).<sup>462</sup>

Berdasarkan keterangan dan penjelasan tersebut di atas, maka rekontruksi<sup>463</sup> terhadap regulasi khususnya Pengaturan dalam Undang-Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam tentang pembagian waris harta bersama adalah suatu pilihan yang harus dilakukan. Alasan yang mendasar, bahwa melihat realitas kenyataan yang ada dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam tentang pembagian waris harta bersama, yaitu dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris adalah sudah tidak relevan lagi, sehingga banyak menimbulkan ketidakadilan bagi para ahli waris maupun bagi janda/duda. Rekontruksi terhadap Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam mengenai pembagian waris harta bersama adalah untuk menata kembali secara mendasar atau untuk menyusun kembali yang lebih baik agar dalam pembagian waris harta bersama dapat benar-benar berbasis nilai keadilan sehingga benar-benar dapat mencerminkan rasa keadilan.

Mengacu pada uraian tersebut di atas, maka yang dimaksud dengan rekontruksi dalam penulisan ini adalah perumusan atau penyusunan kembali

---

<sup>462</sup> Rachmat Syafe'i, 1999, *Ilmu Ushul Fiqih*, Cet. 1, Bandung, Pustaka Setia, hlm. 117.



konsep pembagian waris harta bersama yang tersebut pada pasal dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam yang kemudian direduksi dengan tetap mempertimbangkan fakta sosial dan hukum di masyarakat. Hal tersebut kemudian dirumuskan menjadi klausul-klausul materi hukum dalam peraturan perundang-undangan dan Kompilasi Hukum Islam dan juga putusan-putusan Hakim di Pengadilan Agama. Untuk lebih jelasnya, berikut ini penulis menjelaskan melalui tabel:

**TABEL 5.1**  
**Rekontruksi Nilai Pembagian Waris Harta Bersama**  
**Berbasis Nilai Keadilan**

1.	Pembagian harta bersama yang saat ini berlaku	1. Peraturan pembagian harta bersama dalam Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan terlihat tidak jelas. 2. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam dalam pembagian waris harta bersama dinilai tidak adil.
2.	Pelaksanaan Pembagian Waris Harta Bersama.	Pelaksanaan pembagian waris harta bersama: 1. Menemukan kelemahan. 2. Menemukan kelebihan. 3. Merekonstruksi pembagian harta bersama yang adil dan masalah
3.	Pembagian waris harta bersama mendatang yang	Kontruksi Pembagian Waris Harta Bersama yang Adil dan Masalahah :

	ideal	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Peraturan Perundang-undangan tentang perkawinan yang mengatur waris harta bersama.</li> <li>2. Implikasi hukum Islam yang mengatur waris harta bersama yang adil.</li> </ol>
--	-------	--

Tabel atau skema tersebut di atas dapat dijelaskan oleh penulis sebagai berikut:

1. Pembagian waris harta bersama yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian waris harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta, tetapi tidak adil karena Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.
2. Pelaksanaan Pembagian waris harta bersama yang sekarang dilaksanakan menurut rekontruksi pembagian waris harta bersama adalah:
  - (1). Menemukan kelemahan.
  - (2). Menemukan kelebihan.

(3). Perlu merekonstruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan maslahah.

3. Pembagian waris harta bersama untuk masa mendatang yang ideal adalah melalui konstruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan maslahah. Pembagian waris harta bersama yang ideal dan adil serta maslahah adalah :

(1). Diperlukan adanya peraturan perundang-undangan tentang perkawinan yang mengatur pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci.

(2). Implikasi hukum Islam yang mengatur tentang pembagian waris harta bersama yang adil.

Putusan Peradilan Agama, mengenai pembagian waris harta bersama harus berbasis nilai keadilan, karena berdasarkan teori hukum kasus yang berkeadilan dan kemaslahatan hendaknya dapat dijadikan yurisprudensi dan sekaligus juga dapat dijadikan kontribusi terhadap hukum nasional, yaitu dapat dijadikan dasar dalam pembentukan hukum nasional dalam bidang perkawinan yang di dalamnya juga mengatur tentang harta bersama dan pembagian waris harta bersama.

**TABEL 5.2**  
**Rekonstruksi Nilai Terhadap Pembagian Waris Harta Bersama**  
**Berbasis Nilai Keadilan**

1.	Pembagian harta bersama yang saat ini berlaku	1. Peraturan pembagian harta bersama dalam Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak jelas. 2. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam dalam pembagian harta bersama tidak adil.
2.	Pelaksanaan	Pelaksanaan pembagian waris harta bersama:

	Pembagian Waris Harta Bersama.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Menemukan kelemahan.</li> <li>2. Menemukan kelebihan.</li> <li>3. Merekonstruksi pembagian harta bersama yang adil dan masalah</li> </ol>
3.	Pembagian harta bersama mendatang yang ideal.	<p>Kontruksi Pembagian Waris Harta Bersama yang Adil dan Masalah :</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Peraturan Perundang-undangan tentang perkawinan yang mengatur harta bersama berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.</li> <li>2. Implikasi hukum Islam yang mengatur harta bersama yang adil.</li> </ol>

Tabel atau skema tersebut di atas dapat dijelaskan oleh penulis sebagai berikut :

1. Pembagian harta bersama akibat perceraian, baik cerai hidup ataupun cerai mati yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta bersama, tetapi tidak adil karena Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.
2. Pelaksanaan Pembagian waris harta bersama yang sekarang dilaksanakan menurut rekontruksi pembagian waris harta bersama adalah :

- (1). Menemukan kelemahan.
- (2). Menemukan kelebihan.
- (3). Perlu merekonstruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan masalah.

3. Pembagian waris harta bersama untuk masa mendatang yang ideal adalah melalui konstruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan masalah. Pembagian waris harta bersama yang ideal dan adil serta masalah adalah :

- (1). Diperlukan adanya peraturan perundang-undangan tentang perkawinan yang mengatur pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci.
- (2). Implikasi hukum Islam yang mengatur tentang pembagian waris harta bersama yang adil.

Berdasarkan Pasal 35 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, bahwa “Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta benda bersama”. Apabila terjadi cerai mati, maka harta bersama dibagi menjadi 2 (dua) bagian, yaitu dimana  $\frac{1}{2}$  bagian menjadi milik istri/suami yang masih hidup dan  $\frac{1}{2}$  bagian lagi menjadi harta waris yang dibagi diantara para ahli waris.

Ketentuan dalam Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam sudah tidak dapat menjawab permasalahan mengenai perselisihan tentang pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci di zaman sekarang ini, oleh

karena itu, perlu dilakukan rekonstruksi (amandemen/ disempurnakan) agar dapat dijadikan dasar atau pedoman dalam menentukan pembagian waris harta bersama.

Dengan demikian, maka perlunya merekonstruksi nilai terhadap Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam.

## 2. Rekonstruksi Norma Hukum

Penguatan regulasi pembagian waris harta bersama dalam upaya menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan dilakukan rekonstruksi terhadap pasal dan ayat yang terindikasi memicu munculnya multitafsir, ketidaksetaraan/ ketidakadilan dalam pembagian waris, khususnya harta bersama.

Dengan demikian, maka perlu merekonstruksi norma terhadap Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam, yaitu sebagaimana dalam tabel berikut:

**TABEL 5.3**

### Rekonstruksi Regulasi

#### Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) Berbasis Nilai Keadilan dan Kemaslahatan

No	Sebelum direkonstruksi	Kelemahan-kelemahan	Setelah direkonstruksi
1	<b>Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan</b>  <b>Pasal 37</b> Bila perkawinan putus	Jika dipergunakan sebagai landasan atau dasar dalam pembagian harta bersama akan	<b>Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan</b>  <b>Pasal 37</b> Bila perkawinan putus

	karena perceraian, <b>harta bersama diatur menurut hukumnya masing-masing.</b>	menimbulkan ketidakadilan, karena pengaturannya tidak jelas dan tidak terperinci.	karena perceraian, <b>maka pembagian harta bersama ditentukan oleh suami/istri yang berperan besar mencukupi seluruh kebutuhan keluarga.</b>
2	<p><b>Kompilasi Hukum Islam (KHI)</b></p> <p>Pasal 96</p> <p>(1) Apabila terjadi cerai mati, <b>maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.</b></p> <p>(2) Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau isteri yang isteri atau suaminya hutang harus ditanggihkan sampai adanya kepastian matinya yang hakiki atau matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.</p>	<p>Pembagian harta bersama tidak berkeadilan.</p> <p>Pembagian harta bersama tidak membedakan suami/istri yang memberi kontribusinya tinggi dalam kehidupan keluarga.</p> <p>Tidak mengatur pembagian harta bersama jika suami/istri yang berperan besar mencukupi seluruh kebutuhan keluarga.</p>	<p><b>Kompilasi Hukum Islam (KHI)</b></p> <p>Pasal 96</p> <p>(1) Apabila terjadi cerai mati, <b>maka pembagian harta bersama ditentukan oleh suami/istri yang berperan besar mencukupi seluruh kebutuhan keluarga.</b></p>

Rekontruksi regulasi pada Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam tersebut, mendasar pada hukum pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan. Didasarkan pengaturan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang sebelumnya, bahwa pengaturan tentang hukum pembagian waris harta bersama tersebut sudah tidak relevan lagi dengan situasi dan kondisi pada saat sekarang ini. Oleh karena itu harus direkontruksi sehingga dalam

menyelesaian perselisihan pembagian waris harta bersama dapat mencerminkan rasa keadilan dalam menata kehidupan bangsa dan negara di bawah nilai-nilai Pancasila.

### 3. Temuan Gagasan Pemikiran Baru

Pemikiran hukum perlu kembali pada filosofis dasarnya, yaitu hukum untuk manusia. Dengan filosofis tersebut, maka manusia menjadi penentu dan titik orientasi hukum. Pemikiran filosofis tersebut sebetulnya sudah dilakukan sejak zaman Khalifah Umar bin Khattab (634 s/d 644 M).

Di masa kekhalifahannya, ‘Umar terkenal dalam menyumbangkan pemikiran yang cemerlang dalam perkembangan hukum Islam. Pemikiran-pemikiran ‘Umar tertuang dalam ijtihadnya.<sup>464</sup> Hukum Progresif sendiri adalah hukum yang mampu mengikuti perkembangan zaman, mampu menjawab perubahan zaman dengan segala dasar di dalamnya, serta mampu melayani masyarakat dengan menyandarkan pada aspek moralitas dari sumber daya manusia penegak hukum itu sendiri.<sup>465</sup>

Hukum bertugas melayani manusia, bukan sebaliknya. Oleh karena itu, hukum itu bukan merupakan institusi yang lepas dari kepentingan manusia. Mutu hukum ditentukan oleh kemampuannya untuk mengabdikan pada kesejahteraan manusia. Ini menyebabkan hukum progresif menganut “ideologi” : Hukum yang pro-keadilan dan Hukum yang Pro-rakyat.

---

<sup>464</sup> Secara sederhana ijtihad berarti mengerahkan kemampuan secara menyeluruh untuk menetapkan hukum-hukum syari`at. Lihat: A. Hanafi, *Ushul Fiqh*, Wijaya, Jakarta, 1962, hlm. 151.

<sup>465</sup> Satjipto Rahardjo, *Biarkan Hukum Mengalir*, Kompas, Jakarta, 2007, hlm. ix.



Dalam logika itulah revitalisasi hukum dilakukan setiap kali. Bagi hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan (*changing the law*). Peraturan buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan keadilan untuk rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru setiap kali terhadap suatu peraturan.

Adapun penemuan gagasan hukum barunya dalam disertasi ini adalah **"Pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan"**, artinya realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama, bahwa pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan karena berdasarkan teori hukum kasus yang berkeadilan dan kemaslahatan hendaknya dapat dijadikan pedoman dalam menentukan pembagian waris harta bersama oleh umat Islam khususnya dan oleh bangsa Indonesia umumnya tanpa membeda-bedakan agama.

## **BAB VI**

### **PENUTUP**

#### **A. Simpulan**

Penulis setelah membahas dan menganalisis sebagaimana tersebut di atas, maka penulis dapat menyimpulkan sebagai berikut:

1. **Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Pembagian Waris Belum Berkeadilan**

Nomenklatur perkara harta bersama, dalam undang-undang, masih masuk dalam bidang perkawinan. Secara yuridis, perkara ini menjadi kompetensi absolut Pengadilan Agama berdasarkan Pasal 49 ayat (1) huruf (a) UU Nomor 7 Tahun 1989 sebagaimana telah diubah dengan UU Nomor 3 Tahun 2006 dan perubahan kedua dengan UU Nomor 50 Tahun 2009 tentang Peradilan Agama. Cakupan bidang perkawinan tersebut, menurut penjelasan Pasal 49 ayat (2) UU tersebut, termasuk perkara “penyelesaian harta bersama”.

Putusan Pengadilan Agama Kendal Nomor 838/Pdt.G/2023/PA Kdl. terkait pembagian waris harta bersama berpedoman pada ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI), janda memperoleh separuh dari harta bersama. Namun, semasa hidupnya si suami juga memiliki keluarga yang memiliki hubungan darah dengan suami yang telah meninggal. Pada dasarnya, keluarga si suami tidak memiliki hak apapun terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut bersama

dengan isteri atau janda yang ditinggalkannya. Namun, dalam beberapa kasus, banyak keluarga yang juga merasa bahwa mereka memiliki hak terhadap harta bersama yang dimiliki oleh suami yang telah meninggal tersebut.

Menurut penulis, bahwa pertimbangan hukum oleh Majelis Hakim Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl yang mengacu pada bunyi Pasal 96 KHI, beserta amar putusannya mengenai penentuan pembagian waris harta bersama tersebut adalah kurang tepat dan belum berbasis keadilan. Putusan Pengadilan Agama Kendal atas Perkara Nomor 838/Pdt.G/2023/PA. Kdl berdasarkan bunyi Pasal 96 KHI tersebut belum mempertimbangkan, bahwa Pewaris selain meninggalkan istri sah dari pernikahan ketiga yang tidak mempunyai anak, Pewaris juga meninggalkan para ahli waris, yaitu anak-anak kandung dari pernikahan sah pertama dan juga anak-anak kandung dari pernikahan kedua secara siri. Oleh sebab itu, sehingga dapat disimpulkan bahwa regulasi pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris saat ini masih belum berkeadilan.

## 2. Kelemahan-kelemahan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Dalam Peraturan Perundang-Undangan

Teori Sistem Hukum untuk menganalisis kelemahan-kelemahan regulasi pembagian waris harta bersama saat ini yang belum mewujudkan keadilan dan kemaslahatan, yaitu kelemahan substansi hukum, kelemahan struktur hukum dan kelemahan budaya hukum. Masing-masing kelemahan-kelemahan sistem hukum tersebut adalah sebagai berikut:

**a. Kelemahan Substansi Hukum**

Substansi hukum (*legal substance*) adalah bagian substansial yang menentukan bisa atau tidaknya hukum itu dilaksanakan. Faktor substansi hukum ini ialah bahwa harta bersama sesuai dengan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI), bahwa apabila terjadi cerai mati, maka separuh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.

Pembagian waris harta bersama yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian waris harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta belum berbasis keadilan, karena pasal tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.

**b. Kelemahan Struktur Hukum**

Struktur hukum (*legal structure*) adalah bagian struktur yang menentukan dalam Penegakan Hukum kewarisan dan harta bersama. Bahwa seringkali Hakim dalam memutus suatu kasus atau suatu perkara yang ditanganinya hanya menerapkan pasal-pasal dalam peraturan perundang-undangan, Hakim tidak memperhatikan substansi

suatu perkara atau suatu kasus yang sedang ditanganinya tersebut dan Hakim tidak memperhatikan makna dibalik kata dalam pasal-pasal peraturan perundang-undangan. Selain itu juga sering terjadi adanya kekhilafan atau kekeliruan Hakim dalam menerapkan hukumnya, sehingga jika pihak yang merasakan belum mendapat keadilan dapat melakukan upaya hukum banding sampai dengan kasasi.

**c. Kelemahan Kultur Hukum**

Kelemahan Kultur Hukum, bahwa sengketa waris muncul karena keserakahan untuk menguasai dan mendapatkan harta warisan. Pembagian warisan tersebut menjadi polemik di lingkungan keluarga hingga berujung sengketa di Pengadilan. Masalah waris merupakan masalah yang sangat penting, karena terkait dengan harta waris di mana jika pembagiannya dirasa tidak adil, maka akan mengakibatkan sengketa antara ahli warisnya. Pembagian harta waris pada dasarnya dapat dilakukan dengan musyawarah mufakat dan sepakat antar anggota keluarga, namun adakalanya pembagian harta warisan dapat mengakibatkan perpecahan antara anggota keluarga atau kerabat.

**3. Penguatan Regulasi Pembagian Waris Harta Bersama Yang Mampu Menciptakan Pembagian Waris Yang Berbasis Nilai Keadilan Dan Kemaslahatan.**

Pembagian waris harta bersama untuk masa mendatang yang ideal adalah melalui kontruksi pembagian waris harta bersama yang adil dan maslahah. Diperlukan adanya peraturan perundang-undangan tentang

perkawinan yang mengatur pembagian waris harta bersama secara totalitas dan rinci. Selain itu juga implikasi hukum Islam yang mengatur tentang pembagian waris harta bersama yang adil.

Pembagian harta bersama akibat perceraian, baik cerai hidup ataupun cerai mati yang berlaku pada saat ini adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan ketentuan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam, tetapi Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan tidak menjelaskan secara totalitas dan rinci mengenai pembagian harta bersama tersebut. Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur mengenai pembagian waris harta bersama, berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan, karena Pasal tersebut tidak dapat menjawab permasalahan tentang perselisihan pembagian waris harta bersama yang terjadi pada saat ini.

Rekonstruksi regulasi pada Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam tersebut, mendasar pada hukum pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan. Didasarkan pengaturan Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan dan Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam yang sebelumnya, bahwa pengaturan tentang hukum pembagian waris harta bersama tersebut sudah tidak relevan lagi dengan situasi dan kondisi pada saat sekarang ini. Oleh karena itu harus direkonstruksi sehingga dalam menyelesaikan perselisihan pembagian waris harta bersama dapat

mencerminkan rasa keadilan dalam menata kehidupan bangsa dan negara di bawah nilai-nilai Pancasila.

Adapun penemuan gagasan hukum barunya dalam disertasi ini adalah **"Pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan"**, artinya realisasi mewujudkan keadilan dalam pembagian waris harta bersama, bahwa pembagian waris harta bersama yang berbasis nilai keadilan karena berdasarkan teori hukum kasus yang berkeadilan dan kemaslahatan hendaknya dapat dijadikan pedoman dalam menentukan pembagian waris harta bersama oleh umat Islam khususnya dan oleh bangsa Indonesia umumnya tanpa membeda-bedakan agama.

#### **B. Saran-Saran**

Setelah penulis menyimpulkan disertasi ini sebagaimana tersebut di atas, maka penulis dapat memberikan saran-saran sebagai berikut:

1. Diharapkan kepada Pemerintah untuk merevisi atau meng-amandemen Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam agar dapat menjadi pedoman atau dasar bagi bangsa Indonesia yang beragama Islam dalam menyelesaikan perselisihan pembagian waris harta bersama dengan menentukan pembagian waris harta bersama.
2. Diharapkan kepada Pemerintah dan DPR RI untuk merevisi atau meng-amandemen Pasal 37 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan kepada Dewan Perwakilan Rakyat RI, sehingga menjadi pedoman atau dasar bagi bangsa Indonesia tanpa membeda-bedakan agama dalam menyelesaikan perselisihan pembagian waris harta bersama.

3. Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama dan putusan Pengadilan Agama tersebut dapat mencerminkan rasa keadilan atau mewujudkan keadilan, maka hendaknya Hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama tersebut harus berdasarkan Teori Hukum Kasus yang Berkeadilan dan Kemaslahatan.
4. Tercapainya putusan Pengadilan Agama yang dapat mewujudkan keadilan, maka hendaknya hakim Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara atau kasus yang ditanganinya sesuai dengan hukum acara yang berlaku, dan pula hendaknya hakim tidak terpengaruh oleh salah satu pihak yang berperkara, serta hendaknya tidak adanya kekhilafan atau kekeliruan hakim dalam menerapkan hukumnya.

### **C. Implikasi**

Implikasi penelitian ini, bahwa hasil-hasil dari penelitian ini terkait penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang berbasis pada keadilan dan kemaslahatan akan berimplikasi pada beberapa aspek sebagai berikut:

#### **1. Implikasi Secara Teoritis**

Implikasi hasil penelitian ini secara teoritis memberikan kontribusi positif terhadap perkembangan teori hukum di Indonesia dengan cara mengembangkan teori hukum yang bersifat aplikatif sehingga mudah diterapkan dalam kehidupan masyarakat sehari-hari. Untuk memahami dan menemukan hukum baru mengenai pembagian waris harta bersama dalam pembagian waris yang berkeadilan dan sekaligus menambah informasi yang



lebih konkret tentang penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

Hasil penelitian ini juga secara nyata dapat turut memperluas studi ilmu hukum di Indonesia dengan cara melakukan resepsi dan harmonisasi kaidah syariah Islam ke dalam sistem hukum konvensional di Indonesia yang bercirikan tradisi hukum eropa kontinental (*anglo saxon/common law*) yang pada akhirnya memungkinkan “lahirnya” tradisi hukum khas Indonesia.

## **2. Implikasi Secara Praktis**

Implikasi hasil penelitian ini secara praktis dapat memberikan solusi terhadap masalah-masalah terkait Kewarisan dan harta bersama. Selanjutnya hasil penelitian ini dapat menghasilkan penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

Hasil penelitian ini juga secara nyata dapat memberi kontribusi kepada negara dalam rangka pembentukan hukum nasional khususnya dalam hal penguatan regulasi pembagian waris harta bersama yang mampu menciptakan pembagian waris yang berbasis nilai keadilan dan kemaslahatan.

Implikasi praktis selanjutnya terhadap Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama. Hakim Pengadilan Agama dalam memutus perkara perselisihan mengenai pembagian waris harta bersama tersebut harus berdasarkan Teori Hukum Kasus yang Berkeadilan dan Kemaslahatan.

## DAFTAR PUSTAKA

### A. Buku-Buku:

- Abdul Gani Abdullah, 1992, Pengantar Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia, Gema Insani Press, Jakarta
- Abdul Aziz Ibn Abdurrahman Ibn Ali Ar-Rabi'ah, 1399 H./1979 M., *Adilla At-Tasyri' Al-Mukhatalaf fi Al-Ihtijaj Biha*, Cetakan I, Mu'assasat Ar-Risalat, Tanpa tempat penerbit.
- Alimuddin, 2011, *Kompilasi Hukum Islam Sebagai Hukum Terapan Bagi Hakim Pengadilan Agama*, Alauddin University Press, Makassar.
- Al-Ghazali, Tanpa tahun, *Al-Mustashfa min 'Ilmil Ushul*, Vol 1, Dar Ihyail Turuts Al-Arabi, Beirut.
- Abu Hamid Muhammad Ibn Muhammad Al-Ghaali, tanpa tahun, *Mustasfa min 'Ilmil Ushul*, Juz I, Al-Kutub Al-Ilmiyah, Beirut.
- Abdul Kadir Muhammad, 1988, *Perkembangan Hukum Keluarga Di beberapa Negara Eropa*, Penerbit Aditya Bakti, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 1978, *Hukum Acara di Indonesia*, Penerbit Alumni, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 1992, *Hukum Acara Perdata*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 2004, *Hukum Dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Abdoelraof, 1986, *Al-Quran Dan Ilmu Hukum*, Cetakan Kedua, Penerbit Bulan Bintang, Jakarta.
- Abdul Manan, 2001, "Problematika perceraian Karena Zina Dalam Proses Penyelesaian Perkara Di Lingkungan Peradilan Agama", *Mimbar Hukum*, No. 52 Thn. XII, Al-Hikmah & Ditbinbapera Islam, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2006, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2000, *Peranan Hukum Acara Perdata Dilingkungan Peradilan Agama*, Cetakan kesatu, UI-Press, Jakarta.
- Abdurrahman, 1994, *Hukum Acara Perdata*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta.

- Abdul Wahab Afif, *Maslahat Al-Ummah : Suatu Pendekatan Menuju Masyarakat Muslim Moderat*, Orasi Penganugrahan Gelar Doktor Honoris Causa Ilmu Perbandingan Mdzhah & Bimbingan Masyarakat Islam, 7 Agustus 2010, Bandung, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati, Bandung.
- Abdul Wahhab Khallaf, 1985, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, Alih Bahasa dan Editor Moech. Tolchah Mansoer, Noer Iskandar Al-Barsany dan Andi Asy'ari, Cetakan Kedua, Volume Kedua, Penerbit Risalah, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 1972, *Ilmu Ushul Al-Fiqh*, Al-Majlis Al-A'la Al-Indonesia li Al-Dawat Al-Islamiyah, Jakarta.
- Abu Zahrah, 1957, *Al-Ahwalusy- Syahshiyah*, Penerbit Dar al-Fikri Arabi, Beirut.
- Achmad Ali, 2001, "Eksistensi Hakim dalam Menegakkan Hukum di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum* No. 52 Thn. XII 2001.
- Ahmad Ali, 2002, *Keterpurukan Hukum Di Indonesia Penyebab Dan Solusinya*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Ahmad Azhar Basyir, 2000, *Hukum Perkawinan Islam*, Cetakan Kesembilan, (Anggota IKAPI), Penerbit UII-Press, Yogyakarta.
- Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial*, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang, Tanpa penerbit, Jakarta.
- Ahmad Ghandur, 1976, *At-Thalaqu fisy-Syari'atil-Islamiyah wal-Qanun*, Cetakan ke I, Dar al-Ma'arif, Mesir.
- Ahmad Khisni, 2010, *Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional (Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional)*, Program Doktor Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, hlm. 60.
- Ahmad Warson Munawar, 1984, *Kamus Al-Munawir*, Pondok Pesantren Al-Munawir, Yogyakarta.
- Al-Hakim, 2010, *Al-Quran Dan Terjemahnya*, Asy-Syifa' Semarang.
- Al-Khazin, Tanpa tahun, *Tafsir Al-Khazin*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Al-Alusy, Tanpa tahun, *Tafsir Al-Alusy*, Al-Maktabah Asyamilah.

- Ali Hasbullah, 1964, *Ushul At-Tasyri'*, Tanpa tempat penerbit, Tanpa penerbit.
- Ali Yafi, 1994, *Menggagas Fikih Sosial*, Ceatak I, Mizan, Bandung.
- Allen J.D. Elizabeth.dan Mohr. Donald D., 1997, *Affordable Justice How to Settle Any Dispute Including Divorce Out of Court*, West Coast Press, Manchester.
- Al-Mahaly dan As-Suyuthy, Tanpa tahun, *Tafsir Al-Jalalain*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Al-Munjid fi Al-Lughat wa Al-Islam*, 1986, Al-Maktabah Asy-Syarkiyah, Beirut.
- Al-Qadhi Muhammad Suwaid, 1995, *Al-Madzahib Al-Islamiyah Al-Khamsah wa Al-Madzhah Al-Muwahad*, Cetakan Pertama, Dar At-Taqrif baina Al-Mawahib Al-Islamiyah, Libanon, Beirut.
- Al-Qurtuby, Tanpa tahun, *Tafsir Al-Qurtuby*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Ath-Thabary, Tanpa tahun, *Tafsir Ath-Thabary*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Alvin Tofler, 1980, *The New Wave*, Morrow, New York.
- Amir Syarifuddin, 2009, *Hukum Perkawinan Islam Di Indonesia : Antara Fiqih Munakahat Dan Undang-Undang Perkawinan*, Cetakan ke-3, Kencana PrenadaMedia Group, Jakarta.
- Andi Syamsu Alam, 1998, *Buku Pintar Hakim, Panitera Dan Juru Sita Pengadilan Agama*, Pengadilan Tinggi Agama, Sulawesi Selatan.
- Ar-Razy, Tanpa tahun, *Tafsir Ar-Razy*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Arso Sastroatmodjo, dan A. Wasit Aulawi, 2004, *Hukum Perkawinan Di Indonesia*, Cetakan Ke 4, Bulan Bintang, Jakarta.
- Asfari Jaya Bakti, 1994, *Konsep Maqashid al-Syari'ah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa Ini*, Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta.
- AS Homby, et. Al., 1942, *Oxford Advanced Dictionary of Current English*, Edisi Revisi, Oxford University, Ed, London.
- Asnawi, Tanpa tahun, *Himpunan Peraturan Dalam Undang-Undang RI Tentang Perkawinan Dan Aturan Pelaksanaannya*, Tanpa penerbit, Tanpa tempat penerbit.
- Asrory zain Muhammad dan Mizan, 1981, *Al-faraidh (Pembagian Pusaka dalam Islam*, Surabaya: Bina Ilmu, Surabaya.

- Asy-Syathiby, Tanpa tahun, *Al-Muwafaqat fi Ushulisy Syari'ah*, Juz II, Darul Kutub Al-Ilmiyah, Beirut.
- \_\_\_\_\_, Tanpa tahun, *Al-Muwafaqat fi Ushulil Ahkam*, Jilid I, Dar Al-Fikr,
- Asy-Syarqawy, Tanpa tahun, *Asy-Syarqawy Ala Tahrir*, Dar Ihyak Al-Kutub Al-Arabiyah li Ashhabihha 'Isa Al-Baby Al-Halaby wa Syirkah, Mesir.
- Atho' Mudzar dan Khairuddin Nasution, 2003, *Hukum Keluarga Islam Modern*, Ciputat Press, Jakarta.
- Bagir Manan, "Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional," di dalam Juhaya S. Praja, 1991, *Hukum Islam Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, Remaja Rosdakarya, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 2000, *Peran Hakim Dalam Dekolonisasi Hukum, dalam Wajah Hukum Di era Reformasi*, Citra Aditya Bakti, Bandung.
- Bambang Soepeno, 1997, *Statistik Terapan Dalam Penelitian Ilmu-Ilmu Sosial & Pendidikan*, Rineka Cipta, Jakarta.
- Bambang Sunggono, 2003, *Metode Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Bambang Sutiyoso, 2012, *Metode Penemuan Hukum*.
- Basiran Yusuf, 2001, "Plus Minus Hukum Acara Peradilan Agama" *Membedah Peradilan Agama Mencari Solusi Untuk Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan I, LKBHI Fakultas Syari'ah IAIN Walisongo Semarang dengan PPHIM / Pengadilan Tinggi Agama Jawa Tengah.
- Bernard Raho, SVD., 2007, *Teori Sosiologi Modern*, Cetakan Pertama, Prestasi Pustakaraya, Jakarta.
- Bismar Siregar, dalam Sidik Sunaryo, 2004, dalam "Kapita Selekta Sistem Peradilan Pidana", Penerbit Universitas Muhammadiyah Malang, Malang.
- Cambridge Learner's Dictionary, 2007 :393, dalam Ahmad Fadlil Sumadi, 2012, *Hukum Dan Keadilan Sosial, Materi Perkuliahan Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang*, Tanpa Penerbitan, Jakarta.

- Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum*.
- Daliyo J.B., 2007, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenhallindo, Jakarta.
- Daniel Bell, 1973, *The Coming of Industrial Society*, Basic Books, New York.
- Dardji Darmodiharjo dan Sudharto, 1995, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta.
- Dawoud Sudqi El-Alami, 1992, *The Marriage Contract in Islamic Law in the Syari'a and Personal Status Laws of Egypt and Marocoo, Cet. I*, Hartnoll Ltd, London.
- Dedi Susanto, 2011, *Al-Maktabah Asyamilah.*, Pustaka Yustisia, Yogyakarta.
- Departemen Agama R.I., 1982/1983, *Al-Quran Dan Terjemahnya*, Proyek Pengadaan Kitab Suci Al-Quran, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2001, *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama*, Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1998 / 1985, *Kompilasi Hukum Islam Tentang NTCR II*, Proyek Pembinaan Badan Peradilan Agama, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1998 / 1999, *Suntingan Fiqh Bidang Perkawinan*, Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2001, *Tinjauan Fiqh Islam Terhadap Putusan Badan Peradilan Agama Dalam Perkara Perceraian*, Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam Direktorat Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam, Jakarta.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, 1994, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Kedua, Cetakan ke 3, Balai Pustaka, Jakarta.
- Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, 1997, *Ensiklopedi Islam*, Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta.
- Djamil Latif, 1985, *Aneka Hukum Perceraian Di Indonesia*, Cet. Kedua, Penerbit Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Djoko Sarwoko, 1996, "Beberapa Model Alternatif Dispute Resolution", *Varia Peradilan*, No. 124, Ikatan Hakim Indonesia.

- El Alami, Dawoud dan Hinchcliff, Doreen, 1996, *Islamic Marriage and Divorce Laws of The Arab World*, Kluwer Law International, London.
- Elizabeth A. Martin, (Editor), 1997, *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, Fourth Edition, New York.
- Ensiklopedia Nasional Indonesia*.
- Fathurrahman Djamil, 1997, *Filsafat Hukum Dalam Islam*, Logos, Jakarta.
- Fuad Said, 1994, *Perceraian Menurut Hukum Islam*, Cetakan Pertama, Penerbit Pustaka Al-Husna, Jakarta.
- Gijssels, Jan dan Mark van Hoecke, 1982, *Wat is rechtstheorie?*, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen.
- Habiburrahman, 2011, *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Gatot Supramono, 1993, *Hukum Pembuktian di Pengadilan Agama*, Penerbit Alumni, Bandung.
- HA Hafizh Dasuki, 1997, *Ensiklopedia Hukum Islam*, PT Ikhtiar Baru Van Hoev, FIKIMA, Jakarta.
- Hamka, 1978, *Tafsir Al-Azhar*, Penerbit Panji Masyarakat, Jakarta.
- Haqqy, Tanpa tahun, *Tafsir Haqqy*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Harahap, Yahya, M., 1993, *Kedudukan Kewenangan Dan Acara Peradilan Agama (Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989)*, Cetakan Kedua, Pustaka Kartini, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1991, *Kumpulan Makalah Hukum Acara Perdata*, Tugu Bogor, Pendidikan Hakim Senior Angkatan Ke I.
- \_\_\_\_\_, 1989, *Tinjauan Masalah Perceraian di Indonesia*, Makalah pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1975, *Hukum Perkawinan Nasional Berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975*, Cet. Pertama, Penerbit CV. Zahir Trading Co., Medan.
- Hasbi Ash-Shiddieqy, 1964, *Peradilan dan Hukum Acara Islam*, PT. Al-Ma'araif, Bandung.
- Ibnu Hajar Al-Asqalani, 1374 H., *Bulughul Maram*, Salim Nabhan, Surabaya.

- Ibnu Katsir, Tanpa tahun, *Tafsir Ibnu Katsir*, Al-Maktabah Asyamilah.
- Ibn Qudamah, Tanpa tahun, *Al Kafi fiqh Ahmad ibn Hanbal*, Kitab nikah, Vol. 2, Juz 3, Maktabah Syamilah.
- Ibnu Rusyd, Tanpa tahun, *Bidayatul Mujtahid*, Jilid II, Terjemahan oleh Abu Usamah Fhturrahman, Cetakan Pertama, Pustaka Azzam, Jakarta.
- Imadudin Abi Al-Fida Ismail Ibn Katsir Al-Qurasyi Al-Damsyiiqy, Tanpa tahun, *Tafsir Al-Quranul-Adhim*, Juz I, An-Nur, Asia.
- Imam Muslim, Tanpa tahun, *Soheh Muslim*.
- Jaenal Aripin, 2008, *Peradilan Agama dalam Bingkai Reformasi Hukum di Indonesia*, Cetakan Ke 1, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Jalaluddin Abdurrahmanbin Abi Bakar As-Suyuthy, Tanpa tahun, *Al-Asyban wan Nadhair*, Abdul Qadir Al-Munawar, Semarang.
- Jimly Asshiddiqie, *Makalah Penegakan Hukum*, diakses dari google.com pada 20 Maret 2013.
- John Rawls, 1973, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, London. yang sudah diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, 2006, *Teori Keadilan*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- John Z. Loudoe, 1983, *Fakta dan Norma Dalam Hukum Acara*, Jakarta, Penerbit Bina Aksara.
- Johnny Ibrahim, 2007, *Metode dan Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia Publising, Jawa Timur, Malang.
- Juhaya S. Praja, 2011, *Teori Hukum dan Aplikasinya*, Cetakan ke I, Pustaka Setia, Bandung.
- Kahar Masyhur, 1985, *Membina Moral dan Akhlaq*, Jakarta, Kalam Mulia.
- Kamal Muchtar, Tanpa tahun, *Asasa-Asas Hukum Islam Tentang Perkawinan*, Bulan Bintang, Jakarta.
- Keluarga Besar Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung RI, 2013, *Majalah Peradilan Agama*, Edisi 1, Mei 2013, MARI.



- Khismi A., 2012, *Hukum Islam Antara Teks Dengan Konteks (Studi Tentang Hukum Islam Antara Normatif dengan Empiris untuk Menggali Maqashid al-Syari'ah dalam Upaya Mewujudkan Fikih Indonesia)*, Cetakan Pertama, UNISSULA PRESS, Semarang.
- Kuncaraningrat, 1997, *Metode-Metode Penelitian Masyarakat*, Gramedia, Pustaka Utama, Jakarta.
- Kurdianto, 1991, *Sistem Pembuktian Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*, Penerbit Usaha Nasional, Surabaya, Indonesia.
- Lawrence Meier Friedman, 1998, *American Law : On Introductions*, Secondedition, W.W. Norton & Company, New York.
- Lilik Mulyadi, 1999, *Hukum Acara Perdata Menurut Teori dan Praktek Peradilan Indonesia*, Penerbit Djambatan, Jakarta.
- Lily Rasyidi, 1985, *Dasar-Dasar Filsafat Hukum*, alumni, Bandung.
- \_\_\_\_\_ dan B. Arief Sidharta, 1994, *Filsafat Hukum, Madzab dan Refleksinya*, Remaja Rasdakarya, Bandung.
- Loren Bagus, 1996, *Kamus Filsafat*, Gramedia, Jakarta.
- Mahkamah Agung RI., 2010, *Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Pengadilan Agama*, Buku II, Edisi Revisi 2010, Mahkamah Agung RI., Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, Jakarta.
- Mahkamah Agung RI., 2013, *Pedoman Pelaksanaan Tugas Dan Administrasi Pengadilan Agama*, Buku II, Edisi Revisi 2013, Mahkamah Agung RI., Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1994, *Himpunan Perundang-undangan Peradilan Agama*, Penerbit Proyek Peningkatan Tertib Hukum dan Pembinaan Hukum Mahkamah Agung RI, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1990-1995, *Pelatihan Teknis Yustisial Hakim Tingkat Pertama dan Banding*, Penerbit Mahkamah Agung Republik Indonesia, Jakarta.
- Mahmud Syaltut, Tanpa tahun, *Al-Fatawa*, Cetakan Ketiga, Dar Al-Qalam, Kairo.
- Mahmud Yunus, 1973, *Kamus Arab-Indonesia*, Yayasan Penterjemah Al-Quran, Jakarta.

- \_\_\_\_\_, 1966, *Al-Islam Aqidah wa Syari'ah*, Cetakan ke-3, Dar Al-Qalam, Kairo.
- Mahmud Yunus, 1973, *Kamus Arab-Indonesia*, Yayasan Penterjemah / Penafsiran Al-Quran, Jakarta.
- M. Ali Hasan, 2006, *Pedoman Berumah Tangga Dalam Islam*, Siraja, Jakarta.
- Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, 2008, *Panduan Pemasyarakatan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta.
- Marshal D Sahlins, 1972, *Stone Age economics*, Aldine, Chicago.
- Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Masalah Sebagai Acuan Syari'ah" *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an*, No.3, Vol. VI Th. 1995.
- M. Niphan Abdul Halim, 2002, *Membahagiakan Istri Sejak Malam Pertama*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta.
- Moedjono, 1974, *Pengantar Ilmu Hukum Dan Pengantar Tata Hukum Indonesia*, Bagian I, Penerbit Yayasan Penerbitan FKIS-KIP, Yogyakarta.
- Mohd. Idris Ramulya, 2006, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama dan Zakat Menurut Hukum Islam*, Cetakan ke-4, Sinar Grafik, Jakarta.
- Muchsin, Tanpa tahun, *Nilai-nilai Hukum dalam Pembangunan Nasional Indonesia*, Tanpa penerbit, Tanpa tempat penerbit.
- \_\_\_\_\_, "Kontribusi Hukum Islam Terhadap Perkembangan Hukum Nasional", *Mimbar Hukum Islam Dan Peradilan*, No. 68, Februari 2009, Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani (PPHIMM), Jakarta.
- Muhammad Abu Zahrah, 2003, *Ushul Fiqih*, Terjemahanoleh Saefullah, Ma'sum, Slamet Basyir, Mujib Rahmat, Hamid Ahmad, HamdanRasyid, Ali Zawawi, dan Fuad Falahuddin, Cetakan Kedelapan, Pustaka Firdaus, Jakarta.
- Muhammad Ali Ash-Shabuni, 1971, *Tafsir Ayat Ahkam*, Jilid I, Maktabah Al-Ghazali, Damsyiq.
- Muhammad Ali As-Sais, Tanpa tahun, *Tafsir Ayat Ahkam*, Tanpa Penerbit, Tanpa tempat penertbit.

- Muhammad Ali Asy-Syaukaniy, Tanpa tahun, *Nailul Authar*, Mustafa Al-Baby Al-Halaby, Mesir.
- Muhammad Amin Summa, 2004, *Himpunan Undang-Undang Perdata Islam & Peraturan pelaksanaan Lainnya Di Negara Hukum Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2005, *Hukum Keluarga Islam di Dunia Islam*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Muhammad Al-Qurtuby, 1985, *Al-Jami' li Ahkam Al-Quran*, Juz XVIII, Dar Al-Ihya li Tirkah Al-Arabi, Beirut.
- Muhammad Makruf Ad-Dawalibi, 1959, *Al-Madkhal Ilaa Ilmi UshulAl-Fqh*, Tanpa Penerbit, Tanpa tempat penerbit.
- Muhammad Mustafa Syalabi, 1981, *Ta' lil al-Ahkam*, Dar Al-Nahdah Al-Arabiyah, Beirut.
- Muhammad Rasyid Ridla, Tanpa tahun, *Tafsir Al-Manar*, Juz III, Darul Ma'rifah, Beirut, Libanon.
- Muhammad Sa'id Ramdan Al-Buti, 1977, *Dawabit al-Maslahah fi As-Syariah Al-Islamiyah*, Mu'assasah Ar-Risalah, Beirut.
- Muhammad Salam Madzkur, 1993, *Al-Qada' fil Islam*, alih bahasa oleh Imron AM., dengan judul *Peradilan dalam Islam*, Cetakan Keempat, Penerbit Bina Ilmu, Surabaya.
- Muhammad Tahir Azhary, 2003, *Negara Hukum (Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa kini)*, Edisi kedua, Kencana, Jakarta.
- Mukti Arto A., 1996, *Praktek Perkara Perdata Pada Pengadilan Agama*, Cetakan I, Pustaka Pelajar.
- Mumtaz Ahmad (ed), 1994, *Masalah-Masalah Teori politik Islam*, Mizan, Bandung.
- Musthafa Al-Halaby, 1966, *Al-Ahwal Asy-Syakhshiyah*, Maktabah Jami'ah, Damsyiq.
- Musthafa As-Syiba'i, 1966, *Syarah Al-Ahwal Al-Syakhshiyah*, Maktabah Jami'ah, Damsyiq.
- Noto Susanto, 1975, *Organisasi dan Yurisprudensi Peradilan Agama di Indonesia*, Yayasan Badan Penerbit Universitas Gajah Mada.

- Ny Soemiyati, 2004, *Hukum Perkawinan Islam Dan Undang-Undang Perkawinan No.1 Tahun 1974 (Undang-Undang No. 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan)*, Cetakan Kelima, Liberty, Yogyakarta.
- Otje Salaman & Anton F.S., 2005, *Teori Hukum*, Refika Atima, Bandung.
- Paul Edward dan Lewis Mulford Adams, 1965, *Webster World Universiti Dictionari*, Publister Company inc, Washington DC.
- Peter Mahmud Marzuki, 2006, *Penelitian Hukum*, Cetakan Ke-2, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum Fakultas Hukum Unissula, *Buku Pedoman Panduan Penyusunan Disertasi, Paqnduan Penyusunan Dalil, Panduan Penulisan Artikel Ilmiah*, Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang.
- Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, 1996, *Pedoman Umum Bahasa Indonesia Yang Disempurnakan & Pedoman Umum Pembentukan Istilah*, Cetakan Ke V, Penerbit Pustaka setia, Bandung.
- Rachmat Syafe'i, 1999, *Ilmu Ushul Fiqih*, Cetakan I, Pustaka Setia, Bandung.
- Rahmat Hakim, 2000, *Hukum Perkawinan Islam*, Pustaka Setia, Bandung.
- Retnowulan Susantio, dan Iskandar Oeripkartawinata, 1989, *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*, Penerbit CV. Mundur Maju, Bandung.
- Riduan Syahrani, 1992, *Himpunan Surat-surat Edaran, Intruksi, Surat Keputusan dan Peraturan Mahkamah Agung tentang Perdata dan Acara perdata*, Penerbit Alumni, Bandung.
- Roihan A. Rasyid, 1994, *Hukum Acara Peradilan Agama*, Cetakan Ke 3, Penerbit Raja Grafindo Persada, Jakarta.
- Ronny Hanitijo Soemitro, 1994, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimerti*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, Ronny Hanitijo Soemitro, 1994, *Metodologi Penelitian Hukum dan Jurimerti*, Cetakan Ke V, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Roeslan Saleh, 1996, *Pembinaan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional*, Karya Dunia Fikir, Jakarta.

- Richard lee, 1979, *The Kung Sun : Men, women and Work in a Foraging society*, Cambridge Univercity Press, New York.
- Said ibnu Abdul Qadir, Tanpa Tahun, *Al-Mughni fi Fiqhil Hajji wal Umrah*, Maktabatul ‘Ilmi, Jiddah, Riyadl.
- Sanafiah Faisah, 1990, *Penelitian Kualitatif, Dasar-Dasar dan Aplikasi*, Yayasan Asih Asah Asuh, Malang.
- Sarantakos S., 1993, *Social Research*, Mac Millan Educational Australia, Pty. Ltd, Merlbourne.
- Satria Effendi M. Zein, 2010, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer : Analisis Yurisprodensi Dengan Pendekatan Ushuliyah*, Cetakan Ketiga, Kencana Prenada Media Group, Jakarta.
- Satjipto Rahardjo, 1982, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 2000, *Ilmu Hukum*, Cetakan Ke-V, Citra Adiya Bakti, Bandung.
- \_\_\_\_\_, *Ddiskusi panel memperingati Dies Natalis ke-49 Fakultas Hukum UNDIP*, tanggal 17 Januari 2006 Kompas, 20 Januari 2006.
- \_\_\_\_\_, “Mahkota Hakim Dalam Lensa Pakar”, *Dalam Majalah Peradilan Agama*, Keluarga Besar Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama RI, Jakarta.
- Sayyid Sabiq, 1971, *Fiqh Sunnah*, Juz III, Penerbit Dar Al-Kitabi Al-‘Araby, Beirut, Libanon.
- Sayid Usman, Tanpa tahun, *Al-Qawaninusy Syari’ah*, Penerbit Salim Nabhan, Surabaya.
- Sayuti Thalib, 1974, *Hukum Kekeluargaan Indonesia*, Yayasan Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta.
- Seymor Martin Lipset, 1979, *The Third Century : America as A Post Industrial Society*, Univercity Of Chicago Press, Chicago.
- Sidik Sunaryo, 2004, dalam *Kapita Seleкта Sistem Peradilan Pidana*, Penerbit Universitas Muhammadiyah Malang, Malang.
- Soejono Koesoemo Sisworo, tanpa tahun, *Beberapa Pemikiran Tentang Filsafat Hukum*, FH UNDIP, Semarang.
- Soerjono Soekanto, 1986, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Pers, Jakarta.

- \_\_\_\_\_, dan Ratih Lestarini, 1988, *Fungsionalisme dan Teori Konflik Dalam Perkembangan Sosiologi*, Sinar Grafika, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, & Sri Mamudji, 2001, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tjinauan Singkat)*, Rajawali Pers, Jakarta.
- Soeroso R., 1983, *Praktek Hukum Acara Perdata, Tata Cara Proses Persidangan*, Penerbit Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Soetandyo Wignyosoebroto, "Teori, Apakah itu", *Makalah Kuliah Program Doktor UNDIP Semarang 2003*.
- Soerjono Soekanto, Tanpa tahun, *Pengantar Penelitian Hukum*, UI-Press, Jakarta.
- Sri Soemantri, 1954, *Konstitusi Sebuah Seketsa Sepintas*, dalam Jurnal Mimbar Hukum, Gajah Mada Press, Yogyakarta.
- Sri Sumarwani, 2012, *Moral, Keadilan dan Kesejahteraan*, Makalah Acara Matrikulasi Program Doktor (S 3) Ilmu Hukum Universitas Islam Sultan Agung Semarang 2012.
- Subekti, 1985, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Cetakan Keduapuluh, PT. Intermasa, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1989, *Hukum Acara Perdata*, Cetakan Ketiga, Badan Pembinaan Hukum Nasional, Departemen Kehakiman RI, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 1995, *Hukum Pembuktian*, Cetakan Ke II, Penerbit Pradnya Paramita, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, dan Tjitrosudibio, 2001, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)*, Cetakan Ketiga puluh satu, PT. Pradnya Paramita, Jakarta.
- Suchan Yaslina, (Ed), 1997, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia(KBI-Besar) Serta Ejaan Yng Disempurnakan Dan Kosa Kata Baru*", Amanah, Surabaya.
- Sudarmayanti & Syarifudin Hidayat, 2002, *Metodologi Penelitian*, CV Mandar Maju, Bandung.
- Sudikno Mertokusumo, 1988, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Penerbit Liberty, Yogyakarta.
- \_\_\_\_\_, 1996, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Penerbit Usaha Nasional, Yogyakarta.

- \_\_\_\_\_, 2012, *Teori Hukum*, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta.
- Sulaiman Rasyid, Tanpa tahun, *Al-Fiqhul Islami*, Cetakan Ketujuh belas, Ath-Thahiriyah, Jakarta.
- Supriadi, 2006, *Etika dan Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta.
- Suyuthi, 1936, *Al-Asybah Wan Nadhair*, Musthofa Muhammad, Mesir.
- Syamsuddin, 2004, “Pemberlakuan Hukum Acara Perdata Peradilan Umum Pada Peradilan Agama Dari Perspektif Ijtihad”, *Suara Uldilag*, No. 4, Pokja Perdata Agama MARI, Jakarta.
- Syamsul anwar, Tanpa tahun, *Islam, Negara dan hukum*, INIS, Jakarta.
- Syihabuddin Ahmad bin Ahmad bin Salamah Al-Qalyuby, Tanpa tahun, *Qalyuby*, Juz III, Musthafal Al-Baby Al-Halaby wa Auladih, Mesir.
- Taufiq, 1988, *Teknik Membuat Putusan*, Makalah pada Temu Karya Hukum Hakim Pengadilan Tinggi Agama se-Jawa, PPHIM, Jakarta.
- Taufik Adnan Amal dan Samsu Rizal Panggabean, *Politik Syari`at Islam*.
- Teguh Samudera, 1992, *Hukum Pembuktian Dalam Acara Perdata*, Penerbit Alumni, Bandung.
- Theo Hubbers, 1995, *Filsafat Hukum Dalam Lintasan Ssejarah*, Cetakan Ke VIII, Kanisius, Yogyakarta.
- Trisno Yuwono – Pius Abdullah, 1994, *Kamus Lengkap Bahasa Indonesia Praktis*, Penerbit Arloka, Surabaya.
- Umar Mansyur Syah, Tanpa tahun, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama Menurut Teori Dan Praktek*, Yayasan Al-Umaro, Garut.
- Utrecht, 1966, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Tanpa penerbit, Jakarta.
- Varia Peradilan*, Majalah Hukum, Januari 2014, Tahun XXIX, No. 338.
- Von Savigny dalam W. Friedman, 1960, “*Legal Theory*” *Stevens & Sons Limited*, London, Terj. Mohammad Arifin, 1990, Buku Susunan II.
- Wahab Afif A., *Mashlahat Al-Ummah : Suatu Pendekatan Menuju Masyarakat Muslim Moderat*, Orasi Penganugrahan Gelar Doktor Honoris Causa Ilmu Perbandingan Mazhab & Bimbingan

- Masyarakat Islam, Bandung, 7 Agustus 2010, Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati Bandung, Bandung.
- Wantjik Saleh, 1976, *Hukum Perkawinan Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta.
- Wahbah Az-Zuhaily, 1989, *Al-Fiqhul Islamy wa Adillatuhu*, Juz VI, Cetakan Ketiga, Penerbit Darul Fikri, Damsyik.
- Walter. R. Borg dan Meredith. D. Gall, 1983, *Educational Research, An Introduction*, Longman, New York.
- Walter L. Wallace, 1994, *Metoda Logika Ilmu Sosial*, Bumi Aksara, Jakarta.
- Wildan Suyuthi, 2004, *Beberapa Permasalahan Acara Perdata Peradilan Agama Dalam Tanya Jawab*, Puslitbang Diklat Mahkamah Agung RI, Jakarta.
- \_\_\_\_\_, 2004, *Bunga Rampai Masalah Hukum Perdata*, Mahkamah Agung RI, Jakarta.
- W.J.S. Purwadarminta, 1982, *Kamus Bahasa Indonesia*, Penerbit Balai Pustaka, Jakarta.
- Wiryo Projudikoro, 1992, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, Penerbit Sumur, Bandung.
- \_\_\_\_\_, 1981, *Asas-Asas Ilmu Hukum Tata Negara dan Politik*, PT. Eresco, Bandung.
- Zainal Abidin Abubakar, 1993, *Kumpulan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama*, Cetakan Ke 3, Yayasan Al-Hikmah, Jakarta.
- Zainuddin bin Abdul Aziz Al-Malibary Al-Fanaby, Tanpa tahun, *Fathul Mu'in*, Al-Maktabah As-Siqafiyah, Surabaya.
- Zakariya Al-Anshari, Tanpa tahun, *Tuhfatuth Thulab*, Syarkah Maktabah wa Mathba'ah Ahmad bin Saad bin Nabhan wa Auladih, Surabaya.
- \_\_\_\_\_, 1925, *Fathul Wahhab*, Juz II, Cairo, Penerbit Musthafa Babil Halabi, Mesir.
- Zakaria Al-Bardisyi, 1980, *Al-Qawaninusy Syari'ah*, Jilid II, Penerbit Dar Al-Kutub, Beirut, Libanon.



## **B. Peraturan Perundang-undangan :**

- Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (Hasil Amandemen Pertama 1999 - Keempat 2002).
- Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama
- Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2002 Tentang Sistem Nasional Penelitian, Pengembangan Ilmu Pengetahuan dan Teknologi.
- Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 Tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama.
- Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009. Tentang Perubahan Kedua Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama
- Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.
- Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 Tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan.
- Keputusan Mahkamah Agung R I Nomor KMA/004/Sk/II/1992 Tentang Organisasi dan Tata Kerja Kepaniteraan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama, Tanggal 24 Februari 1992.
- Intruksi Presiden RI Nomor 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam.

## **C. Jurnal dan makalah**

- Ahmad Khisni, *"Ijtihad Hakim Peradilan Agama Bidang Hukum Kewarisan dan Kontribusinya Terhadap Hukum Nasional"*, Jurnal Hukum No. Edisi Khusus Vol. 18 Oktober 2011, Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (UNISSULA) Semarang
- Dwi Yuliyanti, *Perkembangan Hukum Waris Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) Di Indonesia*, Undergraduate thesis, Universitas Islam Sultan Agung, 2021.
- Imron AM, Hukum Kewarisan dan Hibah dalam Kompilasi Hukum Islam, *Mimbar Hukum*, No. 24, Tahun 1996
- Ismail Saleh, *"Wawasan Pembangunan Hukum Nasional"*, Makalah Dalam Dialog Tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1999

- Munaim A.Sirry (ed.), 2004, *Fiqih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Inklusif Pluralis*, Jakarta: Yayasan Wakaf Paramadina.
- Muhammad Ali Ash Abuni, 1995, *al Mawaris Fisy Syariatil Islamiyyah â~Ala Dhaniâ, al Kitab wa Sunnahlm*. Terj. A.M. Basalamah *Pembagian Waris Menurut Islamâ*, Jakarta: Gema Insane Press.
- Ninuk Tri Welas, *Comparative Study of Development between Islamic Inheritance Law According to Compilation of Islamic Law (KHI) & Faroid Science*, *Sanlar journal*, Vol 3, No. 1, 2021.
- Ridwan, *Telaah Pemikiran Hukum Progresif Umar Bin Khatab Perspektif Indonesia*, *Jurnal Hukum, Samudra Keadilan, Volume 13, Nomor 1*, Januari-Juni 2018
- Rifyal Ka'bah, *Reformasi Hukum*, *Jurnal Mimbar Ilmu Hukum*, Vol. X No. 2, Universitas Islam Jakarta, Jakarta, 2004.
- Satjipto Rahadjo, *Hukum Progresif: Hukum Yang Membebaskan*, *Jurnal Hukum Progresif*, Vol. 1 No.1, Tahun 2005

**D. Internet :**

- [http://law.uui.ac.id/images/stories/jurnal hukum/13-Ahmad Khisni.pdf](http://law.uui.ac.id/images/stories/jurnal%20hukum/13-Ahmad%20Khisni.pdf).
- <http://ashibly.blogspot.com/2011/07/teori-hukum.html>.
- <http://www.artikata.com/arti-347397-rekontruksi.php>
- <http://hidupbersamabencana.wordpress.com/2007/06/01/rekontruksi>,
- [http://law.uui.ac.id/images/stories/ Jurnal Hukum/13-Akhmad Khisni.pdf](http://law.uui.ac.id/images/stories/Jurnal%20Hukum/13-Akhmad%20Khisni.pdf).
- Google.com.<https://www.google.com/search?q=utf-8&oe=utf-8&aq=t&rtls=org.mozilla:id:official&clean=fresh>
- [http://prasetya.ub.ac.id/berita/Disertasi-Lalu sabardi-Penyelesaian-Sengketa-Perkawinan-Merarik-2151-id.html](http://prasetya.ub.ac.id/berita/Disertasi-Lalu%20sabardi-Penyelesaian-Sengketa-Perkawinan-Merarik-2151-id.html)
- <http://kbpa-uinjkt.blogspot.com/2012/11/hukum-keluarga-di-saudi-arabia.html>.
- [http://www.perisai.net/agama/saudi bakal larang pernikahan dibawah umur/kirim#axzz2BALJ5L7I](http://www.perisai.net/agama/saudi_bakal_larang_pernikahan_dibawah_umur/kirim#axzz2BALJ5L7I),
- <http://kbpa-uinjkt.blogspot.com/2012/11/hukum-keluarga-di-saudi-arabia.html>
- [www.google.com/Mesir](http://www.google.com/Mesir)

