BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Penelitian Terdahulu

Untuk mengetahui dan memperjelas bahwa penelitian ini memiliki perbedaan dengan hasil penelitian terdahulu yang berkaitan dengan tema penerapan asas hukum, maka perlu dijelaskan hasil penelitian terdahulu untuk di kaji dan ditelaah secara seksama. Penelitian tersebut ialah:

No.	Nama Peneliti	Objek Kajian	Temuan	Keterangan
1	Siti Fatimah (2003)[1]	Penerapan asas Hakim bersifat aktif dalam mendamaikan pihak-pihak yang akan bercerai di Pengadilan Agama Malang.	Dalam mendamaikan para pihak, Hakim menggunakan beberapa teknik yaitu: menasehati para pihak yang akan bercerai, penundaan sidang, memfungsikan keluarga untuk menasehati pihak yang berperkara diluar persidangan	Dari kelima penelitian terdahulu tersebut dapat diketahui bahwa objek yang akan diteliti oleh peneliti adalah berbeda dan belum pernah dibahas sebelumnya yakni mengenai penerapan asas Retroaktif terbatas *Vis À Vis* Pasal 56 (1) ayat UU No.7 Tahun 1989 dalam penyelesaian sengketa waris (studi tentang
2	Amelia Ulfa (2003)[2]	Penerapan asas *In Flagrante delicto* dalam menyelesaikan perceraian dengan alasan zina (prespektif Hakim di Pengadilan Agama Kabupaten Malang)	Terdapat perbedaan dari beberapa hakim dalam menerapkan asas *in flagrante delicto* pada penyelesaian perkara cerai dengan alasan zina -hakim yang menyatakan bahwa asas tersebut tidak perlu diterapkan sesuai dg hukum islam karena ass tersebut lebih tepat diterapkan pada masalah had zina -Hakim yang mengatakan harus menerapkan asas tersebut agar orang tidak mudah menuduh orang lain berbuat zina.	

[1] Siti Fatimah, *Penerapan asas Hakim bersifat aktif dalam mendamaikan pihak-pihak yang akan bercerai di Pengadilan Agama Malang*. Skripsi. (Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2003)

[2] Amelia Ulfa, *Penerapan asas In Flagrante delicto dalam menyelesaikan perceraian dengan alasan zina (prespektif Hakim di Pengadilan Agama Kabupaten Malang)*. Skripsi (Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2003)

3	Serly sartika (2003)[3]	Penerapan asas *Ultra Petitum Partium* hubungannya dengan hak *Ex Officio* Hakim perkara cerai thalak (studi kasus di Pengadilan Agama KotaMalang tahun 2002)	60% hakim menggunakan asas *ultra petitum partium,* 22,86% menggunakan hak *Ex Officio,* yang digugat rekonvensi 5,7%, perkara yang dicabut 5,7%.	putusan perkara nomor:0883/Pdt.G/2010/PA.TA)
4	Nur Shofa Ulfiyati (2009)[4]	Ijtihad Hakim dalam memutuskan perkara perceraian (studi tentang putusan Pengadilan Agama Bangil nomor:0137/Pdt.G/2008/PA.Bgl)	Apabila seorang hakim tidak dapat memutuskan perkara dengan UU yang berlaku, maka seorang hakim menggunakan maslahah mursalah dan ijtihad kolektif (jama'i), namun dalam perkara ini hakim menggunakan pola pemikiran *Logic of Justification* (hanya menggunakan UU yang sudah ada)	
5	Nuryamin (2009)[5]	Eksistensi Kompilasi Hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan Negara Republik Indonesia.	Kedudukan KHI berdasarkan ketentuan MPRS No. XX/MPRS/1966, KHI memiliki kedudukan setingkat atau sama dengan peraturan menteri dan mempunyai kekuatan hukum mengikat dan tidak memaksa pada setiap warga negara yang beragama islam, sedangkan berdasarkan TAP MPR No. III/MPRS/2000 dan UU No.10 tahun 2004, KHI tidak mempunyai kedudukan dalam	

[3] Serly Sartika. *Penerapan asas Ultra Petitum Partium hubungannya dengan hak Ex Officio Hakim perkara cerai thalak (studi kasus di Pengadilan Agama KotaMalang tahun 2002)*. Skripsi. (Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2003)

[4] Nur Shofa Ulfiyati. *Ijtihad Hakim dalam memutuskan perkara perceraian (studi tentang putusan Pengadilan Agama Bangil nomor:0137/Pdt.G/2008/PA.Bgl)*. Skripsi. (Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2009)

[5] Nuryamin. *Eksistensi Kompilasi Hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan Negara Republik Indonesia*. Skripsi. (Malang: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2009)

			hierarki peraturan perundang-undangan dan tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat serta memaksa pada setiap warga negara yang beragama Islam.	

B. Konsep Umum Asas Hukum, Asas Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, dan Asas Peradilan Agama

a) Asas Hukum.

Dalam bahasa Inggris, kata asas diformatkan sebagai ”*Principle*” sedangkan dalam kamus besar bahasa Indonesia, asas diartikan dalam tiga pengertian, pertama yaitu dasar yakni sesuatu yang menjadi tumpuan berpikir atau berpendapat, kedua yaitu dasar cita-cita, dan yang ketiga yaitu hukum dasar.[6] Asas hukum adalah suatu sumber atau sebab yang menjadi pangkal tolak sesuatu; hal yang *inherent* dalam segala sesuatu, yang menentukan hakikatnya; sifat esensial, inilah yang diartikan asas hukum oleh R.H. Soebroto Brotodirejo.[7] Peraturan konkret (seperti Undang-Undang) tidak boleh bertentangan dengan asas hukum, demikian pula dalam putusan hakim, pelaksanaan hukum, dan sistem hukum.[8] Apabila terjadi pertentangan , maka asas hukum akan tampil untuk mengatasi pertentangan itu.

[6] Tim Penyusun Pusat Pembinaan Dan Pengembangan Bahasa. *Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Kedua*. (Jakarta:balai pustaka.1995.) hal 60

[7] Dudu Duswara, Mahmudin, *Pengantar Ilmu Hukum (sebuah sketsa).* (Bandung: PT. Refika Aditama Bandung, cet ke-2 2003).

[8] Marwan mas. *Pengantar Ilmu Hukum*. (Bogor: Ghalia Indonesia.2004.) hal 95

Selain itu menurut Satjipto Rahardjo, asas hukum adalah jiwanya peraturan hukum karena ia merupakan dasar lahirnya peraturan hukum, ia adalah *Ratio Legis*nya peraturan hukum.[9] Sudikno Mertokusumo yang menyatakan bahwa " Asas hukum itu sifatnya umum, tidak hanya berlaku bagi peristiwa khusus saja."[10] Ridhuan Syahrani mengutip dari pernyataan Paton bahwa asas sebagai sarana yang membuat hukum hidup, tumbuh, dan berkembang serta menunjukkan bahwa hukum tidak hanya sekedar kumpulan-kumpulan peraturan belaka. Asas hukum itu mengandung nila-nilai dan tuntutan etik, oleh karena asas hukum merupakan jembatan antara peraturan-peraturan hukum (positif) dengan cita-cita sosial dan pandangan etik masyarakat.[11] dan asas hukum tidak pernah habis kekuatannya hanya karena telah melahirkan suatu aturan atau peraturan hukum, melainkan tetap saja dan akan mampu terus melahirkan aturan dan peraturan seterusnya[12]. Dari beberapa pengertian yang dikemukakan di atas dapat ditarik kesimpulan bahwa asas hukum adalah dasar-dasar umum yang terkandung dalam peraturan hukum, dasar-dasar umum tersebut merupakan sesuatu yang mengandung nilai-nilai etis.

Dalam buku pedoman teknis administrasi dan teknis peradilan agama pada bagian hukum kewarisan terdapat asas retroaktif terbatas yang mempunyai pengertian bahwa Kompilasi Hukum Islam tidak berlaku surut dalam arti apabila harta warisan telah dibagi secara riil (bukan hanya pembagian di atas kertas)

---

[9] Satjipto Rahardjo.*Ilmu Hukum.* (Bandung:Alumni. cet kedua.1986.)hal 85

[10] sudikno mertokusumo. *Penemuan Hukum.* (Yogyakarta: Penerbit universitas atma jaya Yogyakarta.2010) hal 10

[11] H.Ridhuan syahrani. *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*. (Bandung:PT.Citra aditya bakti.2004) hal 158

[12] Marwan mas. *Loc .cit*.h 95

sebelum KHI diberlakukan, maka keluarga yang mempunyai hubungan darah karena ahli waris pengganti tidak dapat mengajukan gugatan waris. Jika harta warisan belum dibagi secara riil, maka terhadap kasus waris yang pewarisnya meninggal dunia sebelum Kompilasi Hukum Islam lahir, dengan sendirinya Kompilasi Hukum Islam berlaku surut[13].

Dari pengertian asas tersebut dapat terlihat bahwa terdapat dualisme asas hukum retroaktif terbatas, yakni terdapat asas *non retroactive* dan disisi lain terdapat asas retroaktif. Di mana yang dinamakan asas *non retroactive* adalah undang-undang hanya boleh dipergunakan terhadap peristiwa yang terjadi setelah undang-undang itu diundangkan.

Asas retroaktif adalah asas pemberlakuan surut suatu undang-undang terhadap peristiwa yang terjadi sebelum aturan itu diberlakukan dan diundangkan. Pemberlakuan surut tersebut dalam undang-undang dapat dilihat dari adanya selisih yang mundur antara tanggal pemberlakuan dengan tanggal pengesahan.

Berikut beberapa asas hukum yang dikenal dalam ilmu hukum:

1. *Lex Superior derogat legi inferiori* : hukum yang lebih tinggi diutamakan pelaksanaannya daripada hukum yang rendah.
2. *Lex specialist derogat legi general* : hukum yang khusus diutamakan daripada hukum yang umum.
3. *Eidereen wordt geacht de wette kennen* : setiap orang dianggap mengetahui hukum.

[13] Pedoman teknis administrasi dan teknis peradilan agama, Mahkamah Agung RI.2009. h 235

4. *Nullum delictum noella poena sine praevia lege poenali* (asas legalitas): tidak ada suatu perbuatan yang dapat dihukum, sebelum didahului oleh suatu peraturan.
5. *Lex posteriori derogat legi priori* : peraturan yang baru didahulukan daripada peraturan yang lama.
6. *Presumtion of innocence* (asas praduga tak bersalah) : seseorang tidak boleh disebut bersalah sebelum dibuktikan kesalahannya melalui putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap.
7. *Audit et atteram partem* : hakim haruslah mendengarkan para pihak secara seimbang sebelum menjatuhkan putusannya.
8. *In dubio pro reo* : apabila hakim ragu mengenai kesalahan terdakwa, hakim harus menjatuhkan putusan yang menguntungkan bagi terdakwa.
9. *Unus testis nullus testis* : satu saksi bukanlah saksi, artinya keterangan saksi yang hanya satu orang terhadap suatu kasus, tidak dapat dinilai sebagai saksi.
10. *Ius curia novit* : Hakim dianggap mengetahui hukum. Artinya hakim tidak boleh menolak perkara yang diajukan kepadanya, dengan alasan tidak ada hukumnya karena ia dianggap mengetahui hukum.[14]

b) Asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Membahas mengenai asas-asas pembentukan perundang-undangan sangat berkaitan dengan asas hukum karena tidak dapat dipungkiri bahwa asas pembentukan peraturan perundang-undangan negara akan meliputi asas-asas

[14] Marwan mas. *Loc .cit*.h 97-98

hukum yang berkaitan dengan peraturan yang dibentuk tersebut. Pengertian dari asas-asas pembentukan peraturan perundang-undangan itu sendiri adalah suatu pedoman atau suatu rambu-rambu dalam pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik.[15] Dalam pembentukan peraturan perundangan-undangan tersebut, Maria Farida Indrati S mengutip istilah yang disebutkan oleh Burkhardt Krems, ia menyebutkan istilah *staatsliche Rechtssetzung*, sehingga pembentukan peraturan menyangkut:

1. isi peraturan (*Inhalt der Regelung*);
2. bentuk dan sususan peraturan (*Form der regelung*);
3. metoda pembentukan peraturan (*method der ausarbeitung der regelung*); dan
4. prosedur dan proses pembentukan peraturan (*verfahren der ausarbeitung der regelung*).

Selanjutnya, Maria Farida mengutip I.C. van der vlies yang membagi asas –asas pembentukan peraturan negara yang baik (*beginselen van behoorlijke regelgeving*) kedalam asas-asas formal dan material.

Asas-asas yang formal meliputi:

1. asas tujuan yang jelas (*beginsel van duidelijke doelstelling*);
2. asas organ atau lembaga yang tepat (*beginsel van het juiste orgaan*);
3. asas perlunya pengaturan (*het noodzakelijkheids beginsel*);
4. asas dapat dilaksanakannya (*het beginsel van uitvoerbaarheid*);
5. asas consensus (*het beginsel van consensus*).

[15] Maria farida indrati s. *Ilmu perundang-undangan (jenis, fungsi, dan materi muatan).* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius,2007) h 252

Asas-asas material meliputi:

1. asas tentang terminologi dan sistematika yang benar (*het beginsel van duidelijke terminolohi en duideilijke systematiek*);
2. asas tentang dapat dikenali (*het beginsel van de kenbaarheid*);
3. asas perlakuan yang sama dalam hukum (*het rechtsgelijkheids beginsel*);
4. asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginsel*);
5. asas pelaksanaan hukum sesuai dengan keadaan individual (*het beginsel van de individuele rechtsbedeling*).

A. Hamid S. Attamimi membagi asas-asas peraturan perundang-undangan yang patut kedalam[16]:

a. Asas-asas formal, dengan perincian:
   1) asas tujuan yang jelas;
   2) asas perlunya pengaturan;
   3) asas organ/lembaga yang tepat;
   4) asas materi muatan yang tepat;
   5) asas dapatnya dilaksanakan; dan
   6) asas dapatnya dikenali.
b. Asas-asas material dengan perincian:
   1) asas sesuai dengan Cita Hukum Indonesia dan Norma Fundamental Negara;

[16] Maria farida indrati s. *Ilmu perundang-undangan (jenis, fungsi, dan materi muatan).* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius,2007) h 256

2) asas sesuai dengan Hukum Dasar Negara;
3) asas sesuai dengan prinsip-prinsip Negara berdasar Atas Hukum; dan
4) asas sesuai dengan prinsip-prinsip Pemerintah Berdasar Sistem Konstitusi.

Agak berbeda dengan apa yang telah dikemukakan oleh kedua tokoh diatas, Purnadi Pubacaraka sebagaimana yang dikutip oleh C.S.T. Kansil menyampaikan enam asas peraturan perundangan yaitu[17]:

1) undang-undang tidak berlaku surut;
2) undang-undang yang dibuat oleh penguasa yang lebih tinggi, mempunyai kedudukan yang lebih tinggi pula;
3) undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum, kedudukan peraturan tersebut sama (*lex specialis derogat lex generalis*);
4) undang-undang yang berlaku belakangan membatalkan undang-undang yang berlaku terdahulu (*lex posteriore derogat lex priori*);
5) undang-undang tidak dapat diganggu gugat;
6) undang-undang sebagai sarana semaksimal mungkin dapat mencapai kesejahteraan spiritual dan material bagi masyarakat maupun individu, melalui pembaharuan atau pelestarian (asas *welvaarstaat*).

Dalam kaitannya dengan pembahasan ini, Amiroeddin Syarif menetapkan ada lima asas perundangan, yaitu[18]:

[17] C.S.T. Kansil. *Latihan ujian pengantar ilmu hukum.* (Jakarta:Penerbit Sinar Grafika,2001) h 79

1) Asas tingkatan hirarki;
2) Undang-undang tidak dapat diganggu gugat;
3) undang-undang yang bersifat khusus menyampingkan undang-undang yang bersifat umum (*lex specialis derogat lex generalis*);
4) undang-undang tidak berlaku surut;
5) undang-undang yang baru menyampingkan undang-undang yang lama (*lex posteriori derogat lex priori*).

Asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik juga telah termaktub dalam Undang-Undang No.10 Tahun 2004 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan dalam Pasal 5 dan Pasal 6, sebagaimana berikut[19]:

Pasal 5

Dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus berdasarkan pada asas pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang baik meliputi:

a. Kejelasan tujuan;
b. Kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat;
c. Kesesuaian antara jenis dan materi muatan;
d. Dapat dilaksanakan;
e. Kedayagunaan dan kehasilgunaan;
f. Kejelasan rumusan; dan
g. Keterbukaan.

Pasal 6

(1) Materi Muatan Peraturan Perandang-undangan mengandung asas

a. pengayoman;

---

[18] Rosjidi Ranggawidjaja. *Pengantar Ilmu Perundang-undangan Indonesia.* (Bnadung:Penerbit Mandar Maju.1998) h 47

[19] UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

b. kemanusian;

c. kebangsaan;

d. kekeluargaan;

e. kenusantaraan;

f. bhinneka tunggal ika;

g. keadilan;

h. kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;

i. ketertiban dan kepastian hukum; dan/atau.

j. keseimbangan, keserasian, dan keselarasan.

(2) Selain asas sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Peraturan Perundang-undangan tertentu dapat berisi asas lain sesuai dengan bidang hukum Peraturan Perundang-undangan yang bersangkutan.

c) Asas Peradilan Agama.

Asas-asas peradilan agama menurut M. Yahya Harahap[20]:

1. asas personalitas keislaman;
2. asas kebebasan;
3. asas wajib mendamaikan;
4. asas sederhana, cepat, dan biaya ringan;
5. asas persidangan terbuka untuk umum;
6. asas legalitas dan equality;
7. asas aktif memberi bantuan.

Asas-asas peradilan agama menurut Taufiq Hamami[21]:

[20] M. Yahya Harahap. *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama UU No.7 Tahun 1989*. (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika.2001) h 56

1. asas personalitas keislaman;
2. asas kebebasan;
3. asas tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak jelas;
4. asas wajib mendamaikan;
5. asas sederhana, cepat, dan biaya ringan;
6. asas mengadili menurut hukum dan persamaan hak;
7. asas persidangan terbuka untuk umum;
8. asas aktif memberi bantuan;
9. asas peradilan dilakukan dengan cara hakim majelis.

Dari asas-asas yang telah dikemukakan di atas terdapat beberapa persamaan dan perbedaan mengenai asas yang disebutkan oleh kedua tokoh tersebut Pada dasarnya asas-asas peradilan agama yang mereka jabarkan hampir sama namun Taufiq Hamami lebih mendetail lagi, beliau menyebutkan adanya asas tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak jelas dan asas peradilan dilakukan dengan cara hakim majelis sedangkan M. Yahya Harahap tidak menyebutkan kedua asas tersebut, namun semua asas yang dikemukakan beliau juga telah disebutkan dalam asas-asas peradilan agama yang disebutkan oleh Taufiq Hamami.

Berikut ini akan sedikit dijelaskan menganai makna dari masing-masing asas tersebut, yaitu:

---

[21] Taufiq Hamami. *Kedudukan dan Eksistensi Peradilan Agama dalam sistem tata hukum di Indonesia*. (Bandung: Penerbit Alumni. 2003) h 97

1. asas personalitas keislaman, mengenai asas personalitas keislaman ini telah diatur pada pasal 2 dan pasal 49 UU No 3 Tahun 2006 tentang peradilan agama yang rumusannya sebagai berikut:

Pasal 2

Peradilan Agama adalah salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini.

Pasal 49

Pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:
a. perkawinan;
b. waris;
c. wasiat;
d. hibah;
e. wakaf;
f. zakat;
g. infaq;
h. shadaqah; dan
i. ekonomi syari'ah.

Dari kedua Pasal tersebut dapat diketahui bahwa Pengadilan Agama adalah pengadilan yang khusus untuk mengadili perkara masyarakat Indonesia yang beragama Islam pada perkara perdata tertentu, dari kalimat "perkara perdata tertentu" ini dapat diketahui pula bahwasanya kewenangan absolute Pengadilan Agama ini tidak mencakup semua perkara perdata yang dihadapi orang yang beragama Islam, namun terbatas pada perkara perdata tertentu yang telah ditentukan oleh UU No.3 Tahun 2006 tersebut. Dan perkara perdata tertentu itu telah diatur dalam Pasal 49 UU No. 3 Tahun 2006 sebagaimana yang telah disebutkan di atas.

2. asas kebebasan, yang dimaksud asas kebebasan adalah tidak boleh adanya pihak-pihak yang mencampuri dalam suatu penanganan perkara yang

sedang ditangani oleh majelis hakim. Namun perlu dipahami juga bahwa asas kebebasan ini bukan berarti bebas sebebas-bebasnya, bukan kebebasan yang tanpa batas dan kebablasan, bebas dalam asas ini diartikan bahwa para penegak hukum dalam menjalankan fungsinya bebas menerapkan hukum dalam hal menerapkan sumber hukum yang tepat dan benar serta relevan dengan peristiwa hukum yang sedang dihadapi, menafsirkan hukum dengan cara pendekatan penafsiran yang dibenarkan serta bebas untuk mencari dan menemukan hukum (*rechtsvinding*). Hal tersebut sudah termaktub dalam Pasal 1 ayat (1) dan Pasal 3 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman serta Pasal 5 ayat (2), Pasal 12 ayat (2), dan Pasal 53 ayat (4) UU No.7 Tahun 1989 jo. UU No. 3 Tahun 2006 yang berbunyi:

Pasal 1

Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.

Pasal 3

Segala campur tangan dalam urusan peradilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang, kecuali dalam hal-hal sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pasal 5

(2) Pembinaan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.

Pasal 12

(2) Pembinaan dan pengawasan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak boleh mengurangi kebebasan hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.

Pasal 53

(4) Pengawasan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) ayat (2), dan ayat (3), tidak boleh mengurangi kebebasan Hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.

3. asas wajib mendamaikan, salah satu cara penyelesaian suantu sengketa yang baik adalah perdamaian, karena dalam hal ini tidak ada pihak yang dimenangkan ataupun pihak yang dikalahkan, lain halnya bila suatu permasalahan yang diserahkan untuk diadili, seadil-adilnya putusan bagaimanapun juga dalam suatu putusan selalu ada pihak yang merasa dirugikan oleh putusan tersebut. Asas mendamaikan para pihak ini dianut oleh Pengadilan Agama dalam Pasal 39 UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Pasal 10 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 65 dan Pasal 82 ayat (4) UU No.7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama, yang dirumuskan sebagai berikut:

Pasal 65

Perceraian hanya dapat dilakukan didepan sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.

Pasal 10

(2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menutup usaha penyelesaian perkara perdata secara perdamaian.

Pasal 82

(4) Selama perkara belum diputuskan, usaha mendamaikan dapat dilakukan pada setiap sidang pemeriksaan.

Apabila usaha perdamaian yang disampaikan oleh majelis hakim berhasil, maka dibuatlah akta perdamaian. Kekuatan hukum dari akta perdamaian tersebut adalah mengikat dan dapat dieksekusi Akan tetapi lain halnya dalam akta perdamaian perkara perceraian, apabila hakim berhasil mendamaikan kedua belah pihak maka tidak akan dibuatkan akta perdamaian melainkan perkara dicabut oleh pihak penggugat atau pemohon dan kemudian hakim mengeluarkan penetapan

yang isinya tentang pernyataan pencabutan dan penggugat atau pemohon dihukum untuk membayar biaya perkara.[22]

4. asas sederhana, cepat, dan biaya ringan, mengenai asas ini diatur dalam Pasal 57 ayat (3) UU No. 7 Tahun1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 2 ayat (4) UU No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, yang mana ketentuan tersebut bunyinya sebagai berikut:

Pasal 57

(3) Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.

Pasal 2

(4) Peradilan dilakukan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.

Makna yang dikandung oleh asas sederhana, cepat, dan biaya ringan adalah proses penyelesaian perkara tidak memakan jangka waktu yang lama, berbelit-belit hingga bertahun-tahun akan tetapi juga tidak terlalu cepat sehingga putusan yang dijatuhkan terkesan tidak berwibawa dan akan lebih baik apabila penyelesaian perkara dilakuan dengan pemeriksaan dengan seksama, wajar, rasioanal, dan objektif serta memberikan kesempatan yang berimbang dan sepatutnya kepada para pihak yang berperkara untuk mengajukan jawaban, replik, duplik, serta saksi-saksi, hal ini sesuai dengan asas *audit et atteram partem* (hakim haruslah mendengarkan para pihak secara seimbang sebelum menjatuhkan putusannya)

[22] Taufiq Hamami. *Kedudukan dan Eksistensi Peradilan Agama dalam sistem tata hukum di Indonesia*. (Bandung: Penerbit Alumni. 2003) h 101

Dalam penerapan asas sederhana, cepat, dan biaya ringan ini tidak boleh mengurangi "ketepatan" majelis hakim dalam memeriksa, menilai, dan memutuskan suatu perkara menurut hukum dan keadilan. Sedangkan yang dimaksud dengan biaya ringan adalah panjar perkara tersebut sudah jelas dan pasti peruntukannya, tanpa ada pungutan liar yang tidak jelas dan merugikan para pihak.

5. asas persidangan terbuka untuk umum, makna dari asas ini adalah setiap pemeriksaan perkara yang berlangsung pada sidang Pengadilan Agama boleh diikuti oleh masyarakat yang berkehendak untuk menghadiri, menyaksikan, dan mendengar jalannya persidangan tidak boleh dilarang dan dihalangi. Tujuan dari asas ini adalah agar dalam penyelesaian suatu perkara di Pengadilan tidak terjadi kesewenang-wenangan dan pemeriksaan yang dilakukan dengan cara yang menyimpang dari aturan hukum yang berlaku sehingga pemeriksaan suatu perkara dapat berjalan dengan *fair trial* (pemeriksaan sidang yang *fair*)[23]. Selain itu asas ini juga berdampak pada sisi edukasi serta preventif bagi masyarakat yang menghadiri persidangan.

   Akan tetapi perlu diingat disini bahwa asas persidangan terbuka untuk umum ini tidak berlaku pada saat pemeriksaan perkara perceraian, hal ini dikarenakan demi kerahasiaan rumah tangga para pihak yang sedang berperkara. Asas ini diatur dalam Pasal 59 ayat (1) dan (2) UU No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama dan Pasal 13 ayat (1), (2), dan (3)

[23] M. Yahya Harahap. *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama UU No.7 Tahun 1989*. (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika.2001) h 73

UU No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang dirumuskan sebagai berikut:

Pasal 59

(1) Sidang pemeriksaan Pengadilan terbuka untuk umum, kecuali apabila undang-undang menentukan lain atau jika Hakim dengan alasan-alasan penting yang dicatat dalam berita acara sidang, memerintahkan bahwa pemeriksaan secara keseluruhan atau sebagian akan dilakukan dengan sidang tertutup.

(2) Tidak terpenuhinya ketentuan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) mengakibatkan seluruh pemeriksaan beserta penetapan atau putusannya batal menurut hukum.

Pasal 13

(1)Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali undang undang menentukan lain.

(2)Putusan Pengadilan hanya sah dan mempunyai kekuatan hukum apabila diucapkan dalam sidang terbuka untuk umum.

(3)Tidak dipenuhinya ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dan (2) mengakibatkan putusan batal demi hukum.

6. asas legalitas dan equality, asas ini dapat disebut juga asas mengadili menurut hukum dan asas persamaan hak. asas ini termaktub dalam Pasal 58 UU No. 7 Tahun 1989 dan bunyi Pasal tersebut sama dengan bunyi Pasal 4 UU No.48 Tahun 2009 yang berbunyi:

   "(1) Pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membeda-bedakan orang".

Bila kita telusuri makna dari asas tersebut adalah mengadili menurut hukum dan hak-hak para pihak mulai dari awal persidangan hingga penjatuhan putusan oleh majelis hakim dan ekskusi putusan adalah sama. Asas mengadili menurut hukum sendiri berarti bahwa hakim sebagai salah satu organ pelaksana peradilan, haruslah dalam menegakkan hukum berpijak dan berlandaskan hukum,

tidak boleh keluar dari koridor hukum sehingga semua tindakan yang dilakukan dalam rangka menjalankan fungsi dan kewenangan peradilan haruslah berdasarkan hukum yang berlaku.

Setiap orang yang berhadapan dengan hukum, diproses "sama hak dan kedudukannya" hakim dan para penegak hukum lainnya tidak diperkenankan untuk membeda-bedakan orang, tidak ada diskriminasi dalam bentuk apapun sehingga dapat kita ketahui bahwa dalam asas equality ini terdapat tiga patokan yang paling pokok (*fundamentum*), yaitu[24]:

a) persamaan hak dan derajat dalam proses pemeriksaan persidangan pengadilan (*equal before the law*);
b) hak perlindungan yang sama oleh hukum (*equal protection on the law*);
c) mendapat hak perlakuan yang sama dibawah hukum (*equal treatment under the law*).

Ketiga patokan inilah yang menjadi acuan dalam menerapkan persamaan hak dalam proses peradilan.

7. asas aktif memberi bantuan, dalam perkara-perkara yang menjadi kewenangan absolut pengadilan khususnya Pengadilan Agama diwajibkan oleh negara untuk secara aktif memberikan bantuan kepada para pihak yang berperkara. Hal ini tersirat dalam Pasal 119 HIR atau Pasal 143 RBG yang berbunyi:

[24] M. Yahya Harahap. *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama UU No.7 Tahun 1989*. (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika.2001) h 86

Pasal 119

Ketua pengadilan negeri berkuasa memberi nasihat dan pertolongan kepada penggugat atau kepada wakilnya tentang hal memasukkan surat gugatnya.

Dan Pasal 58 ayat (2) UU No.7 Tahun 1989 jo Pasal 4 ayat (2) UU No.48 Tahun 2009 juga menyebutkan mengenai hakim harus "aktif" dalam memberi bantuan yang berbunyi:

"Pengadilan membantu para pencari keadilan dan berusaha sekeras-kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan untuk tercapainya peradilan yang sederhana, cepat, dan biaya ringan."

Aktif memberi bantuan yang dimaksudkan oleh asas ini adalah aktif memberi bantuan dan nasihat yang dibenarkan oleh hukum sepanjang mengenai hal-hal yang berhubungan dengan permasalahan formal. Hal-hal yang berkenaan dengan masalah materiil atau pokok perkara tidak dijangkau oleh fungsi dan nasihat. Oleh karena secara umum pemberian bantuan dan nasihat hanya meliputi masalah formal, jangkauan fungsi tersebut terutama berkenaan dengan tata cara berproses di sidang pengadilan. Tujuannya supaya jalan pemeriksaan terarah, mulus, dan tidak menyimpang dari tata tertib beracara yang dibenarkan undang-undang.[25]

Contoh dari kewajiban memberi bantuan ini adalah memberi bantuan dalam membuat surat gugatan bagi para pihak yang buta huruf atau awam, memberi pengarahan izin "prodeo",memberi tahu cara mengajukan replik dan duplik, memberi penjelasan mengenai cara menngajukan alat bukti, dan lain sebagainya. Dengan bantuan yang diberikan ini diharapkan peradilan dapat dilaksanakan dengan sederhana, cepat, dan biaya ringan.

[25] M. Yahya Harahap. *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama UU No.7 Tahun 1989*. (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika.2001) h 91

8. asas tidak boleh menolak perkara dengan alasan tidak jelas, asas ini termaktub dalam Pasal 56 ayat (1) UU No.7 Tahun 1989 yang berbunyi:

Pasal 56

(1) Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya.

dan lebih terperinci lagi Pasal 10 ayat (1) UU No.48 Tahun 2009 juga menerangkan hal tersebut sebagaimana berikut:

Pasal 10

(1) Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.

Penerapan asas ini, karena hakim sebagai organ Pengadilan dianggap memahami hukum, pencari keadilan datang kepadanya untuk mohon keadilan. Dalam hal hakim tidak menemukan hukum tertulis (peraturan perundang-undangan), ia wajib berijtihad dan menggali hukum yang tidak tertulis untuk memutuskan hukum sebagai orang yang bijaksana dan bertanggung jawab penuh kepada Tuhan yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa, dan negara.[26]

Mengenai hukum yang tidak tertulis yang dapat dipakai hakim dalam menggali hukum, sekiranya hakim menggunakan hukum yang hidup dalam masyarakat tersebut adalah hukum yang tidak bertentangan dengan hukum islam.

9. asas peradilan dilakukan dengan cara hakim majelis, dalam proses persidangan harus dilakukan oleh majelis hakim. Majelis hakim ini

[26] Taufiq Hamami. *Kedudukan dan Eksistensi Peradilan Agama dalam sistem tata hukum di Indonesia*. (Bandung: Penerbit Alumni. 2003) h 99

sekurang-kurangnya terdiri dari tiga (3) orang hakim, salah satu hakim bertugas sebagai hakim ketua dan selebihnya bertugas sebagai hakim anggota majelis. Sebagaimana tertuang dalam Pasal 11 ayat (1) dan (2) UU No 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan kehakiman:

Pasal 11

(1) Semua pengadilan memeriksa, mengadili, dan memutus dengan sekurang-kurangnya 3 (tiga) orang hakim, kecuali undang-undang menentukan lain.

(2) Di antara hakim sebagaimana dimaksud pada ayat (1), seorang bertindak sebagai ketua dan lainnya sebagai hakim anggota sidang.

C. Undang-Undang No.7 Tahun 1989, Kompilasi Hukum Islam serta perkembangannya.

a) Undang-Undang No.7 Tahun 1989.

Kalimat peradilan agama dan peradilan Islam bila sepintas dibaca hampir memiliki makna yang sama namun bila kita telaah maka akan diketahui ada hal yang berbeda, kata peradilan Islam bila tanpa dikaitkan dengan kata Indonesia adalah peradilan menurut konsepsi hukum Islam secara universal, maka peradilan Islam itu meliputi segala macam jenis perkara menurut ajaran Islam secara universal. Sedang peradilan agama adalah sebutan (literatur) resmi bagi salah satu di antara empat lingkungan peradilan negara atau kekuasaan kehakiman yang sah di Indonesia.[27] Peradilan agama adalah salah satu jenis peradilan khusus di Indonesia diantara tiga peradilan khusus lainnya. Dua peradilan khusus lainnya

[27] H.A Basiq Djalil. *Peradilan Agama di Indonesia*. (Jakarta:Kencana Prenada Media Group.2006) h 9

yaitu peradilan militer dan peradilan tata usaha negara, peradilan agama dikatakan peradilan khusus karena peradilan agama mengadili perkara-perkara tertentu yang telah ditentukan oleh Undang-Undang dan golongan rakyat tertentu pula.

Peradilan agama di Indonesia merupakan peradilan islam yang bersifat limitatif, dikatakan limitatif karena sebagaimana yang telah kami sebutkan pada paragraph di atas bahwa jenis-jenis perkara yang menjadi kewenangan peradilan agama adalah jenis-jenis perkara tertentu dan tidak mencakup segala jenis perkara yang dapat diselesaikan menurut peradilan Islam secara universal.

Dalam sejarah, peradilan agama di Indonesia telah ada sejak agama Islam datang ke Indonesia dan telah diakui dan dimantapkan kedudukannya di Jawa dan Madura Tahun 1882 dengan disahkannya peraturan tentang Peradilan Agama staatsblad tahun 1882 No.152 dan staatsblad tahun 1937 No.116 dan 610 , di Kalimantan Selatan dan Timur pada Tahun 1937 dengan disahkannya peraturan tentang kerapatan Qadi dan kerapatan Qadi besar untuk sebagian residensi kalimatan selatan dan timur staatsblad tahun1937 No 638 dan 639, dan Peraturan Pemerintah No.45 Tahun 1957 tentang pembentukan Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah di luar Jawa dan Madura (Lembaran Negara Tahun 1957 No. 99).

Dari peraturan yang beraneka ragam mengenai peradilan agama tersebut dapat terlihat bahwa ada perbedaan-perbedaan subtansi dan hukum acara yang berlaku disetiap pengadilan agama yang menyebabkan ketidakseragaman dalam susunan, kekuasaan, dan hukum acara pengadilan serta ketidakmandirian

Peradilan Agama sebagaimana yang diharapkan UU No.14 Tahun 1970 Pasal 11 ayat(1) (yang kini UU tersebut sudah tidak berlaku lagi).

Selain itu Pasal 24 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 mmenentukan bahwa badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman di atur dalam Undang-Undang. Ketentuan ini ditegaskan oleh Pasal 12 Undang-Undang No.14 Tahun 1970 yang menetapkan bahwa susunan, kekuasaan, serta acara dari badan-badan peradilan seperti yang disebut dalam Pasal 10 ayat (1) diatur dalam bidang tersendiri. Dan sebagai tindak lanjut ketentuan Pasal tersebut, maka dikeluarkannya Undang-Undang No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung RI, Undang-Undang No. 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum, Undang-Undang No. 5 Tahun 1950 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dan Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

Oleh karena itu demi terciptanya kesatuan hukum yang mengatur Peradilan Agama dalam sistem kerangka hukum dan tata hukum nasional berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 maka dibentuklah Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 yang mengatur Peradilan agama yang mengakibatkan mandiri dan seragamnya peraturan yang mengatur hukum acara di lembaga peradilan agama, hal ini dapat kita lihat dalam konsideran Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 sebagaimana berikut:

a. bahwa Negara Republik Indonesia, sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945, bertujuan mewujudkan tata kehidupan bangsa yang sejahtera, aman, tenteram, dan tertib;

b. bahwa untuk mewujudkan tata kehidupan tersebut dan menjamin persamaan kedudukan warga negara dalam hukum diperlukan upaya untuk menegakkan keadilan, kebenaran, ketertiban, dan kepastian hukum yang mampu memberikan pengayoman kepada masyarakat;

c. bahwa salah satu upaya untuk menegakkan keadilan, kebenaran, ketertiban, dan kepastian hukum tersebut adalah melalui Peradilan Agama sebagaimana yang dimaksud dalam Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman;

d. bahwa pengaturan tentang susunan, kekuasaan, dan hukum acara pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama yang selama ini masih beraneka karena didasarkan pada : Peraturan tentang Peradilan Agama di Jawa dan Madura (Staatsblad Tahun 1882 Nomor 152 dihubungkan dengan Staatsblad Tahun 1937 Nomor 116 dan 610); Peraturan tentang Kerapatan Qadi dan Kerapatan Qadi Besar untuk sebagian Residensi Kalimantan Selatan dan Timur (Staatsblad Tahun 1937 Nomor 638 dan 639); Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 1957 tentang Pembentukan Pengadilan Agama/Mahkamah Syar'iyah di Luar Jawa dan Madura (Lembaran Negara Tahun 1957 Nomor 99).

perlu segera diakhiri demi terciptanya kesatuan hukum yang mengatur Peradilan Agama dalam kerangka sistem dan tata hukum nasional berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945;

e. bahwa sehubungan dengan pertimbangan tersebut, dan untuk melaksanakan Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok

Kekuasaan Kehakiman dipandang perlu menetapkan undang-undang yang mengatur susunan, kekuasaan, dan hukum acara pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama;

Mengingat:

1. Pasal 5 ayat (1), Pasal 20 ayat (1) Pasal 24, dan Pasal 25 Undang-Undang Dasar 1945;
2. Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Tahun 1970 Nomor 74, Tambahan Lembaran Negara Nomor 2951);
3. Undang-undang Nomor 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (Lembaran Negara Tahun 1985 Nomor 73, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3316);

Dari konsideran tersebut dapat diketahui landasan filosofis ditetapkannya Undang-Undang tersebut dari kata "menimbang" yang mencakup lima landasan dan dengan diundangkannya Undang-Undang No.7 Tahun 1989 tersebut, maka semua badan peradilan agama di seluruh wilayah Indonesia mandiri dan seragam. Mandiri dalam arti peradilan agama tidak bergantung pada badan peradilan lainnya, kedudukannya telah sejajar dan sederajat dengan peradilan umum, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara. Seragam dalam artian nama, susunan, dan kewenangan (kekuasaan), dan hukum acaranya telah sama dan seragam seluruh Indonesia, terciptanya unifikasi hukum acara peradilan agama itu akan memudahkan terwujudnya ketertiban dan kepastian hukum yang berintikan keadilan dalam lingkungan peradilan agama, lebih memantapkan upaya

penggalian berbagai asas dan kaidah hukum Islam sebagai salah satu bahan baku dalam penyusunan dan pembinaan hukum nasional melalui yurisprudensi, terlaksananya ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman, dan terselenggaranya pembangunan hukum nasional berwawasan nusantara yang sekaligus berwawasan Bhineka Tunggal Ika dalam bingkai undang-undang Peradilan Agama.

Dengan seiring berkembangnya zaman dan waktu, lembaga peradilan agama sebagai salah satu lingkungan peradilan yang berada di bawah Mahkamah Agung dan sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman mendapatkan angin segar dengan diundangkanya Undang-Undang No. 3 Tahun 2006, karena dalam Undang-Undang ini kewenangan pengadilan di lingkungan Peradilan Agama diperluas[28] dalam menyelenggarakan penegakan hukum dan keadilan bagi rakyat pencari keadilan perkara tertentu antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak, sedekah, dan ekonomi syari'ah. Dengan penegasan dan perluasan kewenangan Peradilan Agama tersebut dimaksudkan untuk memberikan dasar hukum kepada Pengadilan Agama dalam menyelesaikan perkara tertentu tersebut serta agar dapat dipenuhinya kebutuhan hukum masyarakat khususnya umat Islam seiring dengan berkembangnya hukum dalam bernegara dan berbangsa.

Dalam kaitannya dengan perubahan Undang-undang ini pula maka kalimat yang terdapat dalam penjelasan umum UU No.7 Tahun 1989 tentang

[28] Abdul Manan. *Etika Hakim dalam Penyelenggaraan Peradilan (Suatu kajian dalam sistem peradilan Islam)*. (Jakarta: Kencana Prenada Media Group. 2007) h 241

Peradilan Agama yang menyatakan " Para pihak sebelum berperkara dapat mempertimbangkan untuk memilih hukum apa yang digunakan dalam pembagian warisan", dinyatakan dihapus[29]. Selain itu dengan pergantian dan perubahan UU No.7 Tahun 1989 menjadi UU No. 3 Tahun 2006 secara tegas juga menyatakan bahwa mengalihkan organisasi administrasi, dan finansial serta semua lingkungan peradilan menjadi di bawah kekuasaan Mahkamah Agung sepenuhnya.

Beberapa ketentuan-ketentuan yang dirubah dalam UU No. 3 Tahun 2006 yaitu: Pasal 2, disisipkannya Pasal 3A diantara Pasal 3 dan 4, Pasal 5, Pasal 18, Psal 19, Pasal 20, Pasal 36, Pasal 40, Pasal 44, Pasal 45, Pasal 47, Pasal 49, Pasal 50, diantara ketentuan Pasal 52 dan 53 disisipkan Pasal 52A, dan ketentuan Pasal 90.

b) Kompilasi Hukum Islam.

Latar belakang lahirnya Inpres No.1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya disebut dengan KHI) adalah karena setelah diundangkannya UU No.7 Tahun 1989, terjadinya kekosongan hukum materiil yang harus menjadi acuan bagi para hakim Pengadilan Agama dalam menyelesaikan kasus-kasus yang diajukan kepadanya, karena bila tidak ada hukum materiil yang dapat menjadi acuan bagi para hakim maka akan terjadi disparitas putusan hakim yang satu dengan hakim lainnya dalam kasus yang sama karena hakim yang mengadili suatu kasus tersebut terpaku pada madzhab yang dipahaminya. Hukum menjadi tersisih, putusan yang dijatuhkan sangat beraroma

[29] *Ibid,.* h 241

doktrin madzhab yang telah terkodifikasi dalam kitab-kitab fikih dan bukan berdasarkan pada hukum. Sangat keliru mengidentikkan hukum Islam dengan fikih, fikih bukan hukum positif yang telah dirumuskan secara sistematik dan unikatif. Fikih adalah kandungan ajaran atau hukum Islam, itulah sebabnya fikih disebut "doktrin" hukum Islam atau lebih tepat dikatakan fikih adalah pendapat dan ajaran imam madzhab. Kitab-kitab fikih bukan "kitab hukum" kitab-kitab fikih adalah buku-buku yang berisi tulisan pendapat dan *ijtihad* para imam madzhab.[30]

Dengan lahirnya KHI maka telah jelas akan hukum materiil yang dapat diterapkan untuk menyelesaikan kasus-kasus yang ditangani para hakim, kaidah-kaidah hukum dan rumusannya sama dengan apa yang harus diterapkan oleh para hakim seluruh Indonesia. KHI menjadi pegangan dan menjadi rujukan hukum yang mesti mereka pedomani dan KHI sebagai satu-satunya kitab hukum yang memiliki keabsahan dan otoritas. Terlepas dari hal yang melatarbelakangai lahirnya KHI, secara keseluruhan KHI terdiri dari tiga (3) buku yang terdiri dari:

a. Buku I tentang Perkawinan;
b. Buku II tentang Kewarisan;
c. Buku III tentang Perwakafan.

Dari ketiga buku tersebut, penulis akan membahas mengenai hukum kewarisan yang terdapat dalam KHI yang mana relevan dengan penelitian yang penulis angkat mengenai sengketa waris. Hukum kewarisan dalam KHI terdiri

[30] M. Yahya Harahap. *Kedudukan, Kewenangan, dan Acara Peradilan Agama UU No.7 Tahun 1989*. (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika.2001) h 20

dari empat bab dan dua puluh tiga pasal yang terdiri dimulai dari Pasal 171 s/d 193.

Pada bab kesatu, yang membahas mengenai ketentuan umum dalam Pasal 171 menjelaskan bahwa yang dinamakan hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan (*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing, yang dinamakan Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan Pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan, kemudian yang dinamakan Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris, harta yang ditinggalkan oleh pewaris baik yang berupa benda yang menjadi miliknya maupun hak-haknya inilah yang dinamakan harta peninggalan, sedangkan yang disebut dengan Harta waris adalah harta bawaan ditambah bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (*tajhiz*), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat. Wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia. Hibah adalah pemberian suatu benda secara sukarela dan tanpa imbalan dari seseorang kepada orang lain yang masih hidup untuk dimiliki. Anak angkat adalah anak yang dalam pemeliharaan untuk hidupnya sehari-hari, biaya pendidikan dan sebagainya beralih tanggung jawabnya

dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan Pengadilan. Baitul Mal adalah Balai Harta Keagamaan.

Pada bab kedua, dimulai dari Pasal 172 s/d 175. Dalam Pasal 172 diterangkan bahwa, ahli waris dipandang beragama islam apabila diketahui dari kartu identitas atau pengakuan atau amalan atau kesaksian, sedangkan bagi bayi yang baru lahir atau anak yang belum dewasa, beragama menurut ayahnya atau lingkungannya. Hal-hal yang dapat menjadikan seseorang terhalang untuk mendapat waris dalam pasal 173 disebutkan bahwa seseorang dapat terhalang menjadi ahli waris apabila telah diterbukti membunuh atau mencoba untuk membunuh atau menganiaya pewaris, karena telah memfitnah bahwa pewaris telah melakukan suatu kejahatan dengan ancaman hukuman lima tahun penjara atau hukuman yang lebih berat. Selanjutnya dalam Pasal 174 disebutkan mengenai golongan-golongan yang dapat menjadi ahli waris, golongan yang pertama dapat menjadi ahli waris karena hubungan darah seperti ayah, ibu, anak laki-laki, anak perempuan, saudara laki-laki maupun saudara perempuan, paman, bibi, dan kakek ataupun nenek. Sedangkan yang dapat menjadi ahli waris dari hubungan pernikahan adalah duda atau janda dari pewaris. Dan pada Pasal 175 menjelaskan mengenai kewajiban-kewajiban yang harus dikerjakan oleh ahli waris sebelum dilakukan pembagian harta warisan seperti : mengurus jenazah hingga pemakamannya, melunasi hutang-hutangnya (bila ada), melaksanakan wasiat pewaris, dan melaksanakan pembagian harta waris kepada ahli waris yang berhak dengan bagiannya masing-masing secara baik dan benar.

Pada bab ketiga, lebih menjelaskan mengenai besarnya bagian waris yang dapat diterima oleh ahli waris hal ini termaktub dalam pasal 176 s/d 185, dan pada Pasal 186 menerangkan bahwa anak yang lahir dari perbuatan zina (diluar pernikahan yang sah) hanya mempunyai hubungan saling mewaris dengan ibunya dan keluarga dari pihak ibunya saja. Para ahli waris dibebani untuk menginventarisir harta peninggalan pewaris baik harta bergerak maupun tidak bergerak, menghitung jumlah pengeluaran yang diperlukan untuk kepentingan pewaris, setelah dihitung sedemikian rupa maka sisa dari pengeluaran itulah yang menjadi harta warisan yang harus dibagi kepada ahli waris yang berhak, hal inilah yang termaktub dalam pasal 187. Sedang dalam pasal 188 menjelaskan bahwa para ahli waris secara bersama-sama maupun perorangan dapat mengajukan permintaan kepada ahli waris yang lain untuk melakukan pembagian harta warisan, namun demikian apabila ahli waris yang lainnya menolak atau berselisih akan hal itu maka yang bersangkutan dapat mengajukan gugatan kepada Pengadilan Agama untuk mengajukan pembagian harta warisan. Pasal 189 menjelaskan Bila warisan yang akan dibagi berupa lahan pertanian yang luasnya kurang dari 2 hektar, supaya dipertahankan kesatuannya sebagaimana semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan dan Bila ketentuan tersebut pada ayat (1) pasal ini tidak dimungkinkan karena di antara para ahli waris yang bersangkutan ada yang memerlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris yang dengan cara membayar harganya kepada ahli waris yang berhak sesuai dengan bagiannya masing-masing. Kemudian pada Pasal 190 dijelaskan bahwa Bagi pewaris yang

beristeri lebih dari seorang (berpoligami), maka masing-masing isteri berhak mendapat bagian atas gono-gini dari rumah tangga dengan suaminya, sedangkan keseluruhan bagian pewaris adalah menjadi hak para ahli warisnya. Selain itu apabila pewaris tidak meninggalkan ahli waris sama sekali atau ahli warisnya tidak diketahui ada atau tidaknya, maka harta tersebut atas putusan Pengadilan Agama diserahkan penguasaannya kepada Baitul Mal untuk kepentingan Agama Islam dan kesejahteraan umum, inilah yang tercantum dalam Pasal 191.

Kemudian pada bab keempat, menjelaskan mengenai *aul* dan *rad* yang mana apabila dalam pembagian harta warisan di antara para ahli warisnya *Dzawil furud* menunjukkan bahwa angka pembilang lebih besar dari angka penyebut, maka angka penyebut dinaikkan sesuai dengan angka pembilang, dan baru sesudah itu harta warisnya dibagi secara aul menurut angka pembilang hal ini yang disampaikan dalam Pasal 192. Dan pada Pasal 193 apabila dalam pembarian harta warisan di antara para ahli waris *Dzawil furud* menunjukkan bahwa angka pembilang lebih kecil dari angka penyebut, sedangkan tidak ada ahli waris *asabah*, maka pembagian harta warisan tersebut dilakukan secara *rad*, yaitu sesuai dengan hak masing-masing ahli waris sedang sisanya dibagi berimbang di antara mereka.

D.Metode Penemuan Hukum.

Metode penemuan hukum dibagi menjadi tiga, yakni metode interpretasi, metode konstruksi hukum, dan metode hermeneutika hukum. Metode interpretasi adalah metode interpretasi hukum yang dilakukan dalam hal peraturannya ada,

tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwa konkret, metode ini dibagi menjadi 11 (sebelas) macam, yaitu:[31]

a. Interpretasi Gramatikal (menurut bahasa) yaitu menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa.
b. Interpretasi Historis adalah makna undang-undang dapat dijelaskan atau ditafsirkan dengan jelas meneliti sejarah terjadinya[32] ada dua macam interpretasi historis yaitu: interpretasi menurut sejarah pengaturannya yang mencari maksud dari perundang-undangan itu seperti apa dalam hal ini adalah pembentuk undang-undangnya dan interpretasi menurut sejarah kelembagaan hukumnya yang berusaha memahami undang-undang dalam konteks seluruh sejarah hukumnya, khususnya yang terkait dengan kelembagaan hukumnya.
c. Interpretasi Sistematis adalah metode yang menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan.
d. Interpretasi Sosiologis atau Teleologis yakni cara menafsirkan undang-undang berdasarkan tujuan kemasyarakatannya.
e. Interpretasi Komparatif, metode penafsiran yang dilakukan dengan cara membandingkan antara berbagai sistem hukum.
f. Interpretasi Futuristik, metode penemuan hukum yang bersifat antisipatif, yakni penjelasan ketentuan undang-undang dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum.
g. Interpretasi Restriktif adalah metode interpretasi yang sifatnya membatasi.

---

[31] Jazim Hamidi. *Hermeneutika Hukum*. (Yogyakarta: UII Press.2005) h 53

[32] Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo. *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum.*(Bandung: PT. Citra Aditya Bakti bekerjasama dengan konsorsium Ilmu Hukum Departemen Pendidikan dan Kebudayaan dan The Asia Foundation, 1993) h 17

h. Interpretasi Ekstensif yakni metode penafsiran melebihi batas-batas interpretasi gramatikal.
i. Interpretasi Otentik atau secara resmi, pada jenis penafsiran ini hakim tidak diperkenankan melakukan penafsiran dengan cara lain selain dari apa yang telag ditentukan pengertiannya di dalam undang-undang itu sendiri.
j. Interpretasi Interdisipliner yaitu cara menganalisis atau menafsirkan suatu masalah yang menyangkut berbagai disiplin ilmu hukum, seperti hukum pidana, hukum administrasi negara, dan hukum perdata.
k. Interpretasi Multidisipliner adalah cara menganalisis atau menafsirkan suatu masalah yang menyangkut berbagai disiplin ilmu di luar ilmu hukum seperti ilmu kesehatan, astronomi, dan ilmu ekonomi.

Metode konstruksi hukum dibagi menjadi 4 (empat) metode, yakni:

a. Metode *Argumentum Per Analogiam* (analogi) adalah metode penemuan hukum dimana hakim mencari esensi yang lebih umum dari sebuah peristiwa hukum atau perbuatan hukum baik yang telah diatur oleh undang-undang maupun yang belum ada peraturannya.
b. Metode *Argumentum a contrario* yakni metode penemuan hukum yang esensinya mengedepankan cara penafsiran yang berlawanan pengertian antara peristiwa konkret yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang.
c. Metode Penyempitan atau Pengkonkritan Hukum (*Rechtsvervijnings*) metode ini bertujuan untuk mengkonkritkan atau menyempitkan suatu aturan hukum

yang terlalu abstrak, luas, dan umum, supaya dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu.

d. Fiksi Hukum, merupakan metode penemuan hukum yang mengemukakan fakta-fakta baru sehingga tampil suatu personifikasi baru di hadapan kita.

Sedangkan yang dinamakan hermeneutika hukum adalah ajaran filsafat mengenai hal mengerti atau memahami sesuatu atau sebuah metode interpretasi (penafsiran) terhadap teks[33]. Fungsi dan tujuannya adalah memperjelas sesuatu yang tidak jelas supaya lebih jelas, menempatkan perdebatan kontemporer tentang interpretasi hukum di dalam kerangka hermeneutika pada umumnya.

Selain beberapa metode yang telah penulis jelaskan sebelumnya, ada beberapa metode lain yang apabila hakim pada penafsiran atau penerapan kaidah-kaidah hukum tersebut mengalami kesulitan, teknik penemuan hukum lain itu adalah:

a. Penerapan atau penafsiran Undang-Undang secara rasional

penerapan atau penafsiran Undang-Undang secara rasional berarti suatu penerapan undang-undang tertentu sehubungan dengan kejadian yang tengah dibahas memang sudah sangat sesuai dengan tuntutan akal. Perujukan pada penerapan undang-undang atau penafsiran undang-undang secara rasional (secara akali, secara masuk akal) terjadi dalam hal terjadi suatu kekosongan dalam undang-undang atau jika menerapkan atau justru tidak menerapkan suatu aturan tertentu akan menyebabkan hasil-hasil yang jelas tidak

[33] Jazim Hamidi. *Hermeneutika Hukum*. (Yogyakarta: UII Press.2005) h 17

memuaskan atau dalam hal terdapat ketidakjelasan dalam undang-undang[34]. Teknik penemuan hukum ini sangat menekankan pada "rasioanalitas"-nya (kemasuk-akalannya) dari penafsiran itu, apabila dalam penyelesaian perkara yang sedang dihadapi tidak dapat diselesaikan dengan metode-metode pendekatan yang laazim digunakan dalam menyelesaikan suatu kasus.

b. Menimbang-nimbang kepentingan

Secara teoretikal, tiap sengketa hukum (*rechtsstrijd*) sekaligus merupakan sengketa kepentingan (*belangenstrijd*). Dalil ini melandasi pikiran bahwa tiap aturan hukum yang dirumuskan secara umum didasarkan pada suatu tindakan menimbang-nimbang (*afweging*, penimbangan) kepentingan individual dan/atau kolektif.[35] Dengan adanya aturan hukum, kepentingan-kepentingan dilindungi adan apabila dalam suatu sengketa terjadi ketidakjelasan antara penerapan aturan-aturan hukum dengan kasus sengketa konkret yang sedang dihadapi, maka di situ hakim harus menelusuri apa yang menjadi kepentingan-kepentingan dalam sengketa tersebut. Dalam prakteknya hakim melakukan hal ini dengan teknik penemuan hukum lain yakni metode timbangan (*weegschaal-methode*). Argumen-argumen yang diajukan untuk membela suatu kepentingan tertentu dan argumen-argumen yang diajukan untuk melawan kepentingan tertentu, atau argumen-argumen yang mendukung satu kepentingan atau kepentingan yang lain, diletakkan pada timbangan. Argumen-argumen itu akan mendorong jarum penunjuk kesatu sisi tertentu.

---

[34] J.A Pointer. Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*).(Bandung: JMP Art Division.cet pertama.2008) h 60

[35] Ibid, h 62

Sedangkan di dalam hukum Islam ada sepuluh cara penemuan hukum, yakni *al-ijtihad* yaitu mengerahkan segala kesanggupan yang dimiliki untuk meraih hukum yang mengandung nilai-nilai uluhiyah atau mengandung nilai-nilai syari'ah.[36] *al-Ijma'* yaitu kesepakatan seluruh mujtahid dari kaum muslimin pada suatu masa setelah wafatnya Rasulullah SAW atas sesuatu hukum syara' dalam suatu kasus tertentu.[37] *al-Qiyas* menurut ulama ushul adalah menerangkan sesuatu yang tidak ada nashnya dalam Al-qur'an dan Hadits dengan cara membandingkan sesuatu yang ditetapkan hukumnya berdasarkan nash.[38]

Metode penemuan hukum lainnya seperti *istihsan* secara bahasa adalah menganggap baik sesuatu dan menurut istilah adalah beralihnya pemikiran seorang mujtahid dari tuntutan *Qias* yang nyata kepada *Qias* yang samar atau dari hukum umum kepada perkecualian karena ada kesalahan pemikiran yang kemudian memenangkan perpindahan itu[39], *al-maslahah mursalah*, para ahli ushûl memberikan *takrif* " memberikan hukum dengan syara kepada suatu kasus yang tidak terdapat dalam *nash* atau ijma' atas dasar memelihara kemashlahatan" , *al-'urf* yaitu apa yang dikenal oleh manusia dan menjadi tradisinya baik ucapan atau perbuatan, *al-istihsab* yaitu tetapnya suatu hukum selama tidak ada kyang mengubahnya, *syar'un man qablana* (syari'at sebelum umat kita), *madzhab shahabi* (pendapat sahabat), *sadd al-dzari'ah* dan *fath al-dzari'ah, sadd al-dzâriah* adalah perbuatan-perbuatan yang menyampaikan kita kepada terlaksananya yang wajib atau mengakibatkan kepada terjadinya yang haram

[36] Prof.A.H. Jazuli.ilmu fiqh.(Jakarta:Prenada Media.2006)h 71
[37] ibid, h 73
[38] Dr wahab khalaf. ilmu ushul fiqh kaidah hukum islam (Jakarta:pustaka amani.2003)hlmn 45-46
[39] ibid, hlm 104

sedang yang dimaksud dengan *fath al-dzâriah* adalah memperbolehkan sesuatu hal asal tidak berlebihan dan bertujuan untuk mencapai mashlahat.

Selain metode penemuan hukum Islam diatas, berikut beberapa asas-asas hukum Islam yaitu[40]:

a. Asas Keadilan adalah asas yang sangat penting dan mencakup semua asas dalam bidang hukum Islam, asas ini seperti termaktub pada Q.S An-Nisa' (4) ayat 135:

۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَوِ ٱلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَۚ إِن يَكُنۡ غَنِيًّا أَوۡ فَقِيرٗا فَٱللَّهُ أَوۡلَىٰ بِهِمَاۖ فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلۡهَوَىٰٓ أَن تَعۡدِلُواْۚ وَإِن تَلۡوُۥٓاْ أَوۡ تُعۡرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ١٣٥

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. jika ia Kaya ataupun miskin, Maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu Karena ingin menyimpang dari kebenaran. dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.

b. Asas Kepastian Hukum adalah asas yang menyatakan bahwa tidak ada satu perbuatan yang dapat dihukum kecuali atas kekuatan ketentuan peraturan yang ada dan berlaku pada perbuatan itu. Oleh karena itu tidak ada sesuatu

[40] Zainuddin Ali. *Hukum Islam*.(Jakarta: Sinar Grafika. 2006) h 45-51

pelanggaran sebelum ada ketentuam hukum yang mengaturnya. Asas ini berdasarkan Q.S Al- Israa' (17) ayat 15:

مَّنِ ٱهۡتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهۡتَدِي لِنَفۡسِهِۦۖ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا ١٥

Artinya: Barangsiapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), Maka Sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan barangsiapa yang sesat Maka Sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan kami tidak akan meng'azab sebelum kami mengutus seorang rasul.

c. Asas Kemanfaatan adalah asas yang menyertai asas keadilan adan asas kepastian hukum. Dalam menerapkan kedua asas yang telah disebutkan di atas, seyogianya dipertimbangkan asas kemanfaatannya, sebagaimana yang disebutkan pada Q.S Al-Baqarah (2) ayat 178 yang berbunyi:

يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ٱلۡحُرُّ بِٱلۡحُرِّ وَٱلۡعَبۡدُ بِٱلۡعَبۡدِ وَٱلۡأُنثَىٰ بِٱلۡأُنثَىٰۚ فَمَنۡ عُفِيَ لَهُۥ مِنۡ أَخِيهِ شَيۡءٞ فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖۗ ذَٰلِكَ تَخۡفِيفٞ مِّن رَّبِّكُمۡ وَرَحۡمَةٞۗ فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ بَعۡدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٞ ١٧٨

Artinya: Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishaash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba, dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pema'afan dari saudaranya, hendaklah (yang mema'afkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi ma'af) membayar (diat) kepada yang memberi ma'af dengan cara yang baik (pula). yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kamu dan suatu rahmat.

barangsiapa yang melampaui batas sesudah itu, Maka baginya siksa yang sangat pedih.

d. Asas Legalitas adalah asas yang menyatakan bahwa tidak ada pelanggaran dan tidak ada hukuman sebelum ada undang-undang yang mengaturnya. Asas ini terdapat pada Q.S Al-Israa' (17) ayat 15:

مَّنِ ٱهۡتَدَىٰ فَإِنَّمَا يَهۡتَدِي لِنَفۡسِهِۦۖ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيۡهَاۚ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبۡعَثَ رَسُولٗا ١٥

Artinya: Barangsiapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), Maka Sesungguhnya dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan barangsiapa yang sesat Maka Sesungguhnya dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan kami tidak akan meng'azab sebelum kami mengutus seorang rasul.

Dan terdapat pada Q.S. Al-An'am (6) ayat 19 yang berbunyi:

قُلۡ أَيُّ شَيۡءٍ أَكۡبَرُ شَهَٰدَةٗۖ قُلِ ٱللَّهُۖ شَهِيدُۢ بَيۡنِي وَبَيۡنَكُمۡۚ وَأُوحِيَ إِلَيَّ هَٰذَا ٱلۡقُرۡءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَۚ أَئِنَّكُمۡ لَتَشۡهَدُونَ أَنَّ مَعَ ٱللَّهِ ءَالِهَةً أُخۡرَىٰۚ قُل لَّآ أَشۡهَدُۚ قُلۡ إِنَّمَا هُوَ إِلَٰهٞ وَٰحِدٞ وَإِنَّنِي بَرِيٓءٞ مِّمَّا تُشۡرِكُونَ ١٩

Artinya: Katakanlah: "Siapakah yang lebih Kuat persaksiannya?" Katakanlah: "Allah". dia menjadi saksi antara Aku dan kamu. dan Al Quran Ini diwahyukan kepadaku supaya dengan dia Aku memberi peringatan kepadamu dan kepada orang-orang yang sampai Al-Quran (kepadanya). apakah Sesungguhnya kamu mengakui bahwa ada tuhan-tuhan lain di samping Allah?" Katakanlah: "Aku tidak mengakui." Katakanlah: "Sesungguhnya dia adalah Tuhan yang Maha

Esa dan Sesungguhnya Aku berlepas diri dari apa yang kamu persekutukan (dengan Allah)".

e. Asas Praduga Tak Bersalah adalah asas yang mendasari bahwa seseorang yang dituduh melakukan suatu kejahatan harus dianggap tidak bersalah sebelum hakim dengan bukti-bukti yang meyakinkan menyatakan dengan tegas kesalahannya. Termaktub pada Q.S. Az-Zumar ayat 7:

إِن تَكۡفُرُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ عَنكُمۡۖ وَلَا يَرۡضَىٰ لِعِبَادِهِ ٱلۡكُفۡرَۖ وَإِن تَشۡكُرُواْ يَرۡضَهُ لَكُمۡۗ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٞ وِزۡرَ أُخۡرَىٰۗ ثُمَّ إِلَىٰ رَبِّكُم مَّرۡجِعُكُمۡ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمۡ تَعۡمَلُونَۚ إِنَّهُۥ عَلِيمُۢ بِذَاتِ ٱلصُّدُورِ ٧

Artinya: Jika kamu kafir Maka Sesungguhnya Allah tidak memerlukan (iman)mu dan dia tidak meridhai kekafiran bagi hamba-Nya; dan jika kamu bersyukur, niscaya dia meridhai bagimu kesyukuranmu itu; dan seorang yang berdosa tidak akan memikul dosa orang lain. Kemudian kepada Tuhanmulah kembalimu lalu dia memberitakan kepadamu apa yang Telah kamu kerjakan. Sesungguhnya dia Maha mengetahui apa yang tersimpan dalam (dada)mu.

f. Asas Kebolehan atau *Mubah* yaitu asas yang membolehkan melakukan semua kegiatan sepanjang tidak ada larangan. Asas ini berdasarkan Q.S. Al-Baqarah (2) ayat 185:

شَهۡرُ رَمَضَانَ ٱلَّذِيٓ أُنزِلَ فِيهِ ٱلۡقُرۡءَانُ هُدٗى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَٰتٖ مِّنَ ٱلۡهُدَىٰ وَٱلۡفُرۡقَانِۚ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُۖ وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٖ فَعِدَّةٞ مِّنۡ أَيَّامٍ أُخَرَۗ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ وَلِتُكۡمِلُواْ ٱلۡعِدَّةَ وَلِتُكَبِّرُواْ ٱللَّهَ عَلَىٰ مَا هَدَىٰكُمۡ وَلَعَلَّكُمۡ تَشۡكُرُونَ ١٨٥

Artinya: (beberapa hari yang ditentukan itu ialah) bulan Ramadhan, bulan yang di dalamnya diturunkan (permulaan) Al Quran sebagai petunjuk bagi manusia dan penjelasan-penjelasan mengenai petunjuk itu dan pembeda (antara yang hak dan yang bathil). Karena itu, barangsiapa di antara kamu hadir (di negeri tempat tinggalnya) di bulan itu, Maka hendaklah ia berpuasa pada bulan itu, dan barangsiapa sakit atau dalam perjalanan (lalu ia berbuka), Maka (wajiblah baginya berpuasa), sebanyak hari yang ditinggalkannya itu, pada hari-hari yang lain. Allah menghendaki kemudahan bagimu, dan tidak menghendaki kesukaran bagimu. dan hendaklah kamu mencukupkan bilangannya dan hendaklah kamu mengagungkan Allah atas petunjuk-Nya yang diberikan kepadamu, supaya kamu bersyukur.

g. Asas Tidak Memberatkan, ajaran Islam tidak memberatkan manusia dalam pelaksanaannya, sebagaimana yang telah ditegaskan oleh Allah SWT dalam Q.S Al-Hajj (22) ayat 78:

وَجَٰهِدُواْ فِي ٱللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِۦۚ هُوَ ٱجۡتَبَىٰكُمۡ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ مِّلَّةَ أَبِيكُمۡ إِبۡرَٰهِيمَۚ هُوَ سَمَّىٰكُمُ ٱلۡمُسۡلِمِينَ مِن قَبۡلُ وَفِي هَٰذَا لِيَكُونَ ٱلرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيۡكُمۡ وَتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِۚ فَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱعۡتَصِمُواْ بِٱللَّهِ هُوَ مَوۡلَىٰكُمۡۖ فَنِعۡمَ ٱلۡمَوۡلَىٰ وَنِعۡمَ ٱلنَّصِيرُ ٧٨

Artinya: Dan berjihadlah kamu pada jalan Allah dengan jihad yang sebenar-benarnya. dia Telah memilih kamu dan dia sekali-kali tidak menjadikan untuk kamu dalam agama suatu kesempitan. (Ikutilah) agama orang tuamu Ibrahim. dia (Allah) Telah menamai kamu sekalian orang-orang muslim dari dahulu, dan (begitu pula) dalam (Al Quran) ini, supaya Rasul itu menjadi saksi atas

dirimu dan supaya kamu semua menjadi saksi atas segenap manusia, Maka Dirikanlah sembahyang, tunaikanlah zakat dan berpeganglah kamu pada tali Allah. dia adalah Pelindungmu, Maka dialah sebaik-baik pelindung dan sebaik-baik penolong.

h. Asas Tidak Memperbanyak Beban, yaitu hukum Islam tidak mempunyai banyak tuntutan atas manusia, hukum Islam datang untuk kepentingan manusia dan bukan untuk mengeksploitasi manusia dan tuntutan hukum Islam tidak lebih dari batas kewajaran yang menurut kadarnya akan memberi manfaat bagi kemashlahatan. sebagaimana Q.S Al-Baqarah (2) ayat 286:

لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ ۖ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآ ۚ أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴿٢٨٦﴾

Artinya: Allah tidak membebani seseorang melainkan sesuai dengan kesanggupannya. ia mendapat pahala (dari kebajikan) yang diusahakannya dan ia mendapat siksa (dari kejahatan) yang dikerjakannya. (mereka berdoa): "Ya Tuhan kami, janganlah Engkau hukum kami jika kami lupa atau kami tersalah. Ya Tuhan kami, janganlah Engkau bebankan kepada kami beban yang berat sebagaimana Engkau bebankan kepada orang-orang sebelum kami. Ya Tuhan kami, janganlah Engkau pikulkan kepada kami apa yang tak sanggup kami memikulnya. beri ma'aflah Kami; ampunilah Kami; dan rahmatilah kami. Engkaulah penolong kami, Maka tolonglah kami terhadap kaum yang kafir."

i. Asas *Tadruj* (bertahap) yakni penerapan hukum Islam secara bertahap, tidak secara drastic, dan sekaligus. Hal ini berdasarkan Q.S. Al-Maidah (5) ayat 3:

حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾

Artinya: Diharamkan bagimu (memakan) bangkai, darah, daging babi, (daging hewan) yang disembelih atas nama selain Allah, yang tercekik, yang terpukul, yang jatuh, yang ditanduk, dan diterkam binatang buas, kecuali yang sempat kamu menyembelihnya, dan (diharamkan bagimu) yang disembelih untuk berhala. dan (diharamkan juga) mengundi nasib dengan anak panah, (mengundi nasib dengan anak panah itu) adalah kefasikan. pada hari ini orang-orang kafir Telah putus asa untuk (mengalahkan) agamamu, sebab itu janganlah kamu takut kepada mereka dan takutlah kepada-Ku. pada hari Ini Telah Kusempurnakan untuk kamu agamamu, dan Telah Ku-cukupkan kepadamu nikmat-Ku, dan Telah Ku-ridhai Islam itu jadi agama bagimu. Maka barang siapa terpaksa Karena kelaparan tanpa sengaja berbuat dosa, Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.

Selain pada pembahasan asas-asas hukum Islam diatas, terlihat adanya garis hukum yang dalam kepustakaan hukum islam disebut dengan kaidah fikih, sebagaimana berikut ini[41]:

a. الأَ صْلُ فِيْ الكلَا مِ الحَقِيْقَةُ: asal dalam perkataan adalah hakikatnya

b. إِذَ تَعَذَّرَتْ الحَقِيقَةُ يُصَا رُ إِلىَ الْمَجَازِ: apabila makna hakiki berhalangan maka dibawa ke makna majazi

c. الإِ جْتَهَا دُ لاَ يَنْقُضُ بِمِثْ ْلِهِ: ijtihad tidak dibatalkan dengan ijtihad serupa

d. إِذَ ضَاقَ الأَمْرُ إِتَّسَعَ: apabila perkara itu menyempit, maka ia diberi keluasan

e. إِذَتَعَارَضَ المَا نِعُ وَ الْمُقتَضَى يُقَدَّ مُ الْمَاَ نِعُ: apabila bertentangan antara yang menghalangi dan yang menyebabkan, maka didahulukan yang menghalangi.

f. ٱلْبَيَنَةُ حُجَّةُ مُتَعَدِّ يَةٌ وَ الْإِ قْرَارُ حُجَّةُ قَاَ صِرَ ةٌ: bukti adalah argumen yang bisa merambah sedangkan pengakuan adalah argumen yang terbatas

g. إِذَا إِجْتَمَعَ الحَلَالُ وَالْحَرَامُ غَلَبَ الْحَرَا مَ: apabila halal dan haram berkumpul, maka dimenangkan haram.

h. الَ ْأَ صْلُ فِيْ الأَشْيَاءِ الإِبَاحَةُ: hukum asal dalam segala sesuatu adalah boleh

i. لاَ يَجُوْزُ لِأَ حَدٍ اَنْ يَأْ خُذَ مَالَ أَحَدِ إِ لَّأ بِسَبَبٍ شَرْعِيٍّ: seseorang tidak boleh mengambil harta orang lain kecuali dengan sebab yang dibenarkan syara'

j. لَيْسَ لِعِرْ قِ ظَا لِمِ حَقٌّ : pemilik tanah yang dzalim tidak punya hak

[41] Abdul Karim Zaidan, *"Al- Wajiz fi syarhi Al-Qawa'id Al-Fiqhiyyah fi Asy Syari'ah Al-Islamiyyah ",*diterjemahkan Muhyiddin Mas Rida, *Al-Wajiz 100 Kaidah Fikih dalam Kehidupan Sehari-hari.* (Cet.1;Jakarta:Pustaka Al-Kautsar,2008)

D.Konsep Hukum Waris.

Dalam membahas waris erat kaitannya dengan masalah harta yaitu segala sesuatu yang memiliki nilai, baik dalam bentuk benda bergerak atau benda yang tidak bergerak maupun berbentuk hak-hak yang punya nilai kebendaan atau hak-hak yang mengikuti bendanya.[42]

Waris berasal dari kata bahasa arab *waratsa, yaritsu, wartsan* yang mempunyai arti mempusakai harta[43] secara istilah waris adalah aturan-aturan yang mengatur tentang siapa saja yang menjadi ahli waris yang berhak mewarisi harta pusaka si-mayit dan bagian yang diterima masing-masing ahli waris. dalam bidang keilmuan, ilmu yang mempelajari ilmu waris adalah ilmu mawaris atau ilmu faraidh . Sumber hukum waris Islam adalah:

a. Al-qur'an, merupakan sumber hukum utama dalam segala bidang hukum, seperti halnya hukum waris yang telah banyak dijelaskan di dalamnya seperti pada QS an-Nisa'ayat 7, 11, 12, 127, 176, dan pada surat dan ayat lainnya yang menjelaskan tentang hukum waris.
b. hadits, merupakan sumber hukum kedua setelah Al-Qur'an.

Sebab-sebab mewarisi yaitu: karena hubungan kekeluargaan, hubungan perkawinan, dan *wala'*(hubungan tuan dan hamba) yaitu hubungan kerabat secara hukum. Sedangkan rukun-rukun dalam waris adalah *muwarits* (orang yang wafat), *warits* (orang yang mempunyai hubungan dengan yang meninggal),maurun (harta

[42] Sudarsono. *Pokok-pokok hukum islam*. (Jakarta:rineka cipta.2001) h285
[43] Mahmud yunus. *kamus bahasa arab Indonesia* (Jakarta:hidakarya agung.1990) h 496

yang diwariskan) dan syarat-syarat dari kewarisan adalah meninggalnya pewaris, adanya ahli waris, dan mengetahui status kewarisan.[44]

Adapun sebab-sebab seseorang tidak mendapat warisan (hilangnya hak kewarisan/penghalang mempusakai) adalah disebabkan[45]:

1. Halangan kewarisan, dalam hal hukum kewarisan islam, yang menjadi penghalang bagi seorang ahli waris adalah pembunuhan, perbedaan agama, dan budak.
2. Kelompok keutamaan dan *hijab* (*mahjub* dan *mahrum*)[46], sesorang yang tergolong kedalam orang yang terkena salah satu sebab dari ketiga hal yang dapat menggugurkan hak warisnya seperti membunuh atau beda agama dikalangan fikih dikenal dengan istilah *mahrum*. Sedangkan *mahjub* adalah seorang ahli waris yang kehilangan hak warisnya disebabkan adanya ahli waris yang lebih dekat kekerabatannya atau lebih kuat kedudukannya, seperti saudara kandung lebih utama dari saudara seayah atau seibu.

Ahli waris dan macam-macamnya, ahli waris dibagi menjadi dua macam, yaitu:

1. Ahli waris *nasabiyah*, yaitu ahli waris yang hubungan kekeluargaannya timbul karena hubungan darah.

[44] A.rahman budiono. pembaruan hukum kewarisan isalam di Indonesia.(bandung:citra aditya bakti.1999) hlmn 10
[45] suhrawardi k lubis. hukum waris islam.(Jakarta:sinar grafika.2004) hlm 53-59
[46] abu umar basyir. warisan.(solo:penerbit rumah dzikir.2006) hlm 73

2. Ahli waris *sababiyah,* yaitu hubungan kewarisan yang timbul karena suatu sebab tertentu, yaitu:
    a. Perkawinan yang sah;
    b. Memerdekakan hamba sahaya (*al-wala'*) atau karena ada perjanjian tolong menolong.

Apabila dilihat dari segi bagian-bagian yang diterima mereka, ahli waris dapat dibedakan kepada:

1. Ahli waris *ashabah al-furudh,* yaitu ahli waris yang menerima bagian yang besar kecilnya ditentukan dalam al-qur'an, seperti ½, 1/3, atau 1/6.
2. Ahli waris *ashabah,* yaitu ahli waris yang bagian yang diterimanya adalah sisa setelah harta warisan dibagikan kepada ahli waris *ashabah al-furudh.*
3. Ahli waris *zawi al-arhâm,* yaitu ahli waris yang sesungguhnya memiliki hubungan darah akan tetapi menurut ketentuan al-qur'an tidak berhak menerima bagian warisan.

Apabila ahli waris dilihat dari jauh dekatnya hubungan kekerabatannya, sehingga dekat lebih berhak menerima warisan daripada yang jauh dapat dibedakan:

1. Ahli waris *hâjib,* yaitu ahli waris yang dekat yang dapat menghalangi ahli waris yang jauh atau karena garis keturunannya yang menyebabkannya dapat menghalangi ahli waris yang lain.

2. Ahli waris *mahjûb*, yaitu ahli waris yang jauh yang terhalang oleh ahli waris yang dekat hubungan kekerabatannya. Ahli waris ini menerima warisan, jika yang menghalanginya tidak ada.[47]

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM PUSAT PERPUSTAKAAN

[47] ahmad rofiq. *Fiqh Mawaris Edisi Revisi*. (Jakarta: PT.Raja grafindo.cet keempat 2002). hal 59