

## **BAB I PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang Masalah**

Peradilan Agama dalam bentuk yang dikenal sekarang ini merupakan mata rantai yang tidak terputus dari sejarah masuknya agama Islam ke Indonesia. Sebagai pranata sosial hukum Islam, keberadaan Peradilan Agama secara normatif adalah sebuah keharusan (*conditio sine qua non*) dalam komunitas masyarakat Muslim Indonesia, akan tetapi mengingat Indonesia bukanlah negara Islam maka keberadaannya tidak bisa dilepaskan dari paradigma sistem dan dinamika hukum yang terjadi serta berkembang di negara hukum Indonesia.<sup>1</sup>

Jika ditinjau dari segi fungsinya, Peradilan Agama merupakan peradilan syariah Islam karena ia dibentuk atas dasar perintah syariah Islam guna menjalankan fungsi syariah Islam.<sup>2</sup> Hal demikian ini berdasarkan firman Allah SWT dalam al-Qur'an surah al-Maidah ayat 42 sebagai berikut:

سَمْعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْثُونَ لِلسُّحْتِ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرَضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا  
وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ

Artinya; Mereka suka mendengar berita palsu dan banyak memakan makanan haram. Jika orang Yahudi datang kepadamu (Muhammad) untuk meminta putusan, maka lakukan putusan di antara mereka atau berpaling dari mereka; jika engkau berpaling dari mereka, mereka tidak akan membahayakanmu; tetapi jika engkau memutuskan perkara mereka, maka lakukan putusan yang adil. Sesungguhnya Allah menyukai orang yang bertindak adil.

Dalam ayat di atas Allah SWT menerangkan tentang bagaimana cara memutuskan suatu perkara. Jika kamu memutuskan perkara di antara mereka, maka

---

<sup>1</sup> Jaenal Arifin, *Peradilan Agama Dalam Bingkai Reformasi Hukum Di Indonesia* (Jakarta : Kencana, 2008). h.20.

<sup>2</sup> Rifyal Ka'bah, *Peradilan Islam Kontemporer (Saudi Arabia, Mesir, Sudan, Pakistan, Malaysia, Dan Indonesia)* (Jakarta: Universitas Yarsi 2009). h. 122

putuskanlah diantara mereka secara wajar tidak berat sebelah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertindak adil dalam memberikan keputusan dan akan memberikan mereka pahala. Diriwayatkan pula dalam hadis tentang ijtihad seorang hakim.

وَعَنْ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ. مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ

Artinya: Dan dari Amr bin Ash bahwa ia pernah mendengar Rasulullah SAW bersabda:”apabila seorang hakim bersungguh-sungguh dalam memutuskan suatu perkara dan keputusan itu sesuai dengan kebenaran berarti telah mendapatkan dua pahala dan jika keliru maka dia mendapatkan satu pahala.” (HR. Al-Bukhari dan Muslim).<sup>3</sup>

Matan hadis di atas menjelaskan tentang ijtihad Dalam memutuskan suatu perkara, hakim harus memiliki dasar yang kuat dan unsur keadilan. Meskipun sorang hakim diberikan kewenangan dalam memutuskan suatu perkara, akan tetapi tetap pada ketentuan-ketentuan yang berlaku baik dari al-Qur’an, Hadis serta peraturan hukum yang berlaku.

Peradilan Islam di Indonesia yang selanjutnya disebut dengan Peradilan Agama telah berada di nusantara jauh sejak sebelum masa penjajahan Belanda. Bahkan menurut pakar sejarah Peradilan Agama sudah ada sejak Islam masuk ke Indonesia, yaitu melalui *tahkim*, dan akhirnya pasang surut perkembangannya hingga sekarang Peradilan Agama sebagai wujud peradilan Islam di Indonesia dapat dilihat dari berbagai sudut pandang:

1. Secara filosofis, peradilan dibuat untuk menegakkan hukum dan keadilan.
2. Secara yuridis, hukum Islam (di bidang perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf, dan sadaqah) berlaku di pengadilan di lingkungan Peradilan Agama.

<sup>3</sup> Shahih Muslim, *Ensiklopedia Hadist Bab Peradilan*. No. 3240, Jakarta, al Mahira.

3. Secara historis, sejak masa Rasulullah Peradilan Agama merupakan bagian dari rantai peradilan Islam.
4. ecara sosiologis, masyarakat Islam mendukung dan mengembangkan Peradilan Agama..<sup>4</sup>

Sebagai pelaku kekuasaan kehakiman, badan-badan tersebut oleh negara diberi kekuasaan dan wewenang mengadili masing-masing atas bidang-bidang tertentu sebagaimana tertuang dalam Pasal 24 Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.

Untuk pengadilan di lingkungan Badan Peradilan Agama, ada dua hal yang berhubungan dengan pemberian kekuasaan dan kewenangan mengadili oleh negara kepadanya, yaitu:

1. Untuk orang-orang tertentu yang beragama islam (muslim/muslimah) berlaku kekhususan ini.
2. Untuk bidang-bidang tertentu.

Kedua hal itu mengakibatkan pengadilan di lingkungan Badan Peradilan Agama merupakan pengadilan khusus, karena khusus untuk orang-orang atau rakyat Indonesia yang beragama Islam dan bidang-bidang tertentu<sup>5</sup>. Bidang bidang tertentu ini selanjutnya menjadi kewenangan absolut Peradilan Agama.

Pada saat menjalankan tugas dan fungsi dalam menerima, memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara tersebut pengadilan memerlukan serangkaian bahan hukum sebagai rujukan atau dikenal dengan sumber hukum. Sumber hukum terdiri dari aturan perundang-undangan yang mengatur dan

---

<sup>4</sup> Abdul Halim, *Peradilan Agama Dalam Politik Hukum Islam*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2000). h. 33-34.

<sup>5</sup> Hal ini sebagaimana yang dituangkan dalam pasal 49 Undang-undang No.3 tahun 20016 tentang Perubahan atas Undang undang Nomer 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang dinyatakan sebagai berikut: "Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang orang yang beragama Islam di bidang: Perkawinan; Waris Wasiat, Hibah, Wakaf, Infak, Sedekah dan, Ekonomi syari'ah".

memiliki kekuatan hukum yang dapat digunakan oleh peradilan saat memutuskan suatu perkara. Sumber hukum ini terdiri dari sumber hukum formil (hukum acara) dan sumber hukum materiil.

Hukum Islam yang menjadi salah satu sumber hukum materiil Peradilan Agama yang lebih lanjut kemudian diartikan sebagai produk hukum (fikih), yang sering kali terjadi perbedaan pendapat.<sup>6</sup> Adapun hukum formil merupakan bahan hukum bersifat prosedural yang secara teori bertujuan untuk menjamin terlaksananya ketentuan-ketentuan material dalam sebuah perundangan. Menurut Friedman prosedur adalah sarana untuk mencapai tujuan, prosedur mengikuti substansi, dan substansi yang memberitahu kita bidang-bidang prosedur mana yang akan menjadi penting.<sup>7</sup>

Khusus sumber hukum materiil pengadilan di lingkungan Peradilan Agama tersebut saat ini sebagian sudah terkodifikasi dalam bentuk peraturan perundangan, namun sebagian lagi masih dalam bentuk bahan hukum yang belum terkodifikasi dan tersebar dalam doktrin hukum. Oleh karenanya hakim dituntut kreatif dalam mengelaborasi serta menggali hukum yang belum ditemukan dari sumber yang ada.

Dalam penyelesaian kasus-kasus hukum yang belum memiliki sumber hukum materiil yang terkodifikasi, maka hakim diharuskan melakukan penemuan hukum melalui penggalian hukum serta memahami dan mengikuti nilai-nilai

---

<sup>6</sup> Basiq Jalil, *Pengadilan Agama Di Indonesia* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006), h. 147.

<sup>7</sup> Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) Dan Teori Peradilan (Judicialprudence)*, (Jakarta: Kencana, 2009), h. 235.

hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat,<sup>8</sup> seperti penyelesaian sengketa waris. Hal ini juga terjadi pada hakim pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan.

Hasil kreatifitas hakim dalam melakukan penemuan hukum dengan berbagai metode memungkinkan adanya putusan yang mengandung diskresi hukum demi untuk mewujudkan hukum yang progresif. Diskresi hukum yang selanjutnya disebut dengan diskresi hakim bisa terjadi manakala hakim dihadapkan pada perkara yang apabila didasarkan pada norma hukum yang ada terkesan ketidakadilan hukum, tidak memiliki norma hukum yang lengkap atau bahkan perkara yang sedang dihadapi tidak memiliki norma hukum sama sekali.<sup>9</sup>

Di dalam landasan peradilan Indonesia memang tidak ditemukan peraturan perundangan yang secara tegas mengatur penggunaan diskresi. Namun penggunaan diskresi ini tersirat dalam Pasal 24 UUD 1945 dan Pasal 21 UU No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan bahwa hakim adalah pelaku kekuasaan kehakiman yang merdeka, dan pasal 5 ayat 1 menyatakan bahwa hakim harus menggali, mengikuti, dan memahami rasa keadilan yang ada dalam masyarakat..

Beda halnya dalam sistem administrasi pemerintahan dan kepolisian ditemukan adanya pengaturan penggunaan diskresi. Dalam Undang Undang No 30 tahun tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan. Pada pasal 1 angka 9 yang menyebutkan istilah diskresi.<sup>10</sup> Kemudian dalam pasal 6 ayat (1) dan 2 disebutkan

---

<sup>8</sup> Lihat pasal 5 ayat (1) Undang Undang No 48 tahun 2009.

<sup>9</sup> Stanley L. Paulson, "Remarks on the Concept of Norm," *Journal of the British Society for Phenomenology* 21, no. 1 (1990): 3–13. <https://doi.org/10.1080/00071773.1990.11006873>.

<sup>10</sup>Diskresi adalah keputusan dan / atau tindakan yang ditentukan dan/ atau dilakukan oleh pejabat pemerintah untuk mengatasi pertentangan yang berkaitan dengan penyelenggaraan pemerintahan dalam hal peraturan perundang undangan yang memberikan pilihan, tidak disetujui, tidak lengkap atau tidak jelas, dan / atau keberadaan stagnasi pemerintahan.

bahwa pejabat pemerintahan punya hak dalam penggunaan kewenangan yang salah satu di antaranya adalah kewenangan diskresi tersebut.<sup>11</sup> Dalam hal ini praktek diskresi dapat disebut dengan kewenangan yang luas atau kebebasan untuk bertindak.

Dengan demikian dalam kajian administrasi pemerintahan diskresi bisa diartikan sebagai kebijakan berbuat atau membuat keputusan pada pemegang kewenangan administrasi negara berdasarkan pendapatnya sendiri. Diskresi merupakan kewenangan untuk menginterupsi kebijakan yang ada atas suatu kasus yang belum atau tidak diatur dalam suatu ketentuan yang baku.<sup>12</sup>

Untuk tugas hakim yang secara yuridis diberikan kebebasan hukum untuk mengadili secara mandiri sesuai dengan keyakinan mereka sendiri tanpa gangguan dari pihak lain. Hakim memutuskan perkara secara mandiri tanpa bantuan pihak ekstra judicial. Dilarang bagi pihak pihak lain di luar kehakiman untuk terlibat dalam urusan peradilan kecuali dalam hal yang diizinkan oleh undang-undang.<sup>13</sup> Karena menjadi penegak hukum, hakim punya posisi yang cukup krusial serta juga punya beban tugas yang sangat berat. Hal ini karena melalui hakimlah tercipta produk produk hukum yang dengannya produk hukum tersebut dapat dicegah dan diminimalkan segala bentuk kezaliman sehingga terjaminnya ketentraman masyarakat.

---

<sup>11</sup>Pasal 6 (1) Pejabat Pemerintahan memiliki hak untuk menggunakan kewenangan dalam mengambil keputusan dan/ atau tindakan". Kemudian dalam pasal 6 ayat (2) huruf e menyebutkan bahwa salah satu hak pejabat pemerintahan tersebut adalah "menggunakan diskresi sesuai dengan tujuannya".

<sup>12</sup> Agus Dwiyanto, *Reformasi Birokrasi Publik Di Indonesia* (Yogyakarta:UGM PRESS, 2021).h. 5.

<sup>13</sup>M. Syamsuddin., *Mengenal Tipologi Hakim Dalam Memutuskan Perkara*, Majalah Media Informasi Hukum dan Peradilan Komisi Yudisial, Edisi Mei-Juni 2013, h. 17.

Secara umum diskresi memiliki peran krusial pada segala aspek disemua lini kehidupan bangsa dan negara.<sup>14</sup> Hadirnya deskripsi Untuk memperbaiki segala kelemahan, kemandirian sangat penting pada aspek sumber hukum. Demikian pula dengan penyelesaian perkara waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan, diskresi hakim diharapkan dilakukan setelah mempertimbangkan kondisi sosiologis dan antropologis masyarakat Muslim Banjar (yang tinggal di Kalimantan Selatan) yang memiliki fenomena kewarisan (mungkin) berbeda dengan masyarakat muslim yang tinggal di wilayah lain.

Berdasarkan penelitian Gusti Muzainah<sup>15</sup> sistem kewarisan pada masyarakat Banjar yang tinggal di Kalimantan Selatan bervariasi. Selain menganut sistem pewarisan Islam (*individual bilateral*) sebagai alternative pertama masyarakat Banjar sebagian juga ada yang menggunakan sistem pewarisan gabungan antara sistem individual dan sistem pewarisan mayorat.<sup>16</sup>

Dari hasil kajian awal terhadap beberapa putusan sengketa waris ditemukan adanya putusan yang di dalamnya terdapat diskresi hakim, misal putusan Nomor: 48/Pdt.G/2016/Bjb yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama Banjarbaru yang dalam putusan tersebut hakim menetapkan perolehan wasiat wajibah untuk mantan isteri dengan pertimbangan mantan isteri tersebut terbukti berjasa dalam kehidupan

---

<sup>14</sup>J. Beatson and M. Matthews, *Administrative Law: Text and Materials*. by Mark Elliott. (Oxford University Press Inc,2005).h.113-114.

<sup>15</sup>Gusti Muzainah, *Asas Kemanfaatan Tentang Kedudukan Perempuan Dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar* (Yogyakarta:Pustaka Akademika, 2016).h. 91-92.

<sup>16</sup>Sistem pewarisan individual adalah sistem pewarisan yang menyatakan bahwa Setiap ahli waris menerima bagian dari harta warisan, yang memungkinkan mereka untuk memiliki atau mengendalikannya.. Sedangkan sistem mayorat adalah sistem pewarisan yang tidak membagikan warisan kepada ahli waris melainkan dikuasai oleh salah sorang ahli waris.

pewaris serta bertujuan untuk mendistribusikan keadilan kepada orang yang telah berjasa tersebut.

Secara historis diketahui bahwa kemunculan konsep wasiat wajibah ini di kalangan ulama dipergunakan sebagai bagian wasiat untuk yang mewarisi atau kerabat yang terhijab menjadi bagian ahli waris. Kompilasi Hukum Islam kemudian merumuskan keberadaan konsep wasiat wajibah yang didefinisikan sebagai tindakan yang dilakukan oleh hakim atau penguasa negara untuk memaksa atau membuat keputusan wajib wasiat untuk orang yang meninggal dunia yang diberikan kepada orang tertentu dalam situasi tertentu.<sup>17</sup> Kemudian dalam pasal 209<sup>18</sup> bahwa orang yang mendapat wasiat wajibah tersebut terbatas hanya untuk anak angkat dan orang tua angkat.

Kajian selanjutnya penulis lakukan terhadap putusan Pengadilan Agama Amuntai dengan nomor putusan: 0105/Pdt.G/PA.Amt. Dalam salah satu bagian pertimbangan hukumnya bahwa sah pembagian warisan yang dilakukan sebelumnya/di luar sidang dengan dasar pembagian antar anak perempuan dan anak laki-laki secara sama (sesuai/*amanat* keinginan pewaris). Jika ditinjau pada pengertian wasiat sebagaimana yang tertuang dalam kajian fikih klasik, maupun yang ditemukan pada KHI (Kompilasi Hukum Islam) yang mengisyaratkan bahwa wasiat adalah hak untuk memiliki sesuatu secara sukarela yang dihentikan setelah kematian atau pesan pewaris semasa hidupnya untuk memberikan sesuatu

---

<sup>17</sup> Roihan Rasyid, *Pengganti Ahli Waris Dan Wasiat Wajibah*, Cik Hasan Bisri, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999).h. 88-89.

<sup>18</sup> Pasal 209 KHI (1) Pihak yang berhak mendapatkan wasiat wajibah terdiri dari orang tua angkat dan anak angkat. (2) Syarat yang harus dipenuhi oleh penerima wasiat wajibah adalah bahwa orang tua dan anak angkat tersebut secara nyata tidak diberi wasiat oleh pewaris. (3) Bagian yang dapat diterima orang tua dan anak angkat adalah maksimal 1/3 dari harta warisan.



kepada seseorang yang penyerahannya nanti setelah yang bersangkutan meninggal dunia, diperuntukkan pada kerabat yang tidak mendapatkan harta warisan.<sup>19</sup> Sedangkannya amanat ini hanya menyangkut pesan-pesan pewaris yang berisi kadar pembagian warisan yang menyalahi kadar pembagian sesuai *faraidh*. Dengan demikian diskresi hakim ketika mengikuti keinginan para pihak yang menganggap amanat sebagai sesuatu yang sakral dan harus diikuti sebagai wujud penghormatan kepada pewaris adalah sesuai dengan esensi dari diskresi itu sendiri yakni kemerdekaan dan otoritas hakim sebagai penegak hukum.

Diskresi hakim kalau dilihat dari sifatnya terbagi menjadi dua, yakni bersifat terikat dan bersifat bebas. Diskresi yang bersifat terikat timbul karena peraturan perundangan sendiri yang memberikan pejabat kebebasan untuk menentukan kebijakan yang akan dibuat berdasarkan pilihan yang tersedia. Namun, diskresi bebas muncul karena undang-undang tidak mengaturnya atau ketentuan undang-undang sangat kaku sehingga tidak dapat diterapkan terhadap suatu masalah dengan cara apa pun.<sup>20</sup>

Ketika hakim menetapkan mantan isteri sebagai penerima wasiat wajibah dan ketika hakim menterjemahkan *amanat* sebagai wasiat (dijadikan dasar kadar pembagian waris) dalam putusan-putusan tersebut penulis anggap telah terjadi penyimpangan dari ketentuan yang digariskan dalam regulasi yang ada. Penyimpangan-penyimpangan inilah yang selanjutnya penulis sebut dengan diskresi hakim yang bersifat bebas.

---

<sup>19</sup> Moh Muhibbin and Abdul Wahid, *Hukum Kewarisan Islam: Sebagai Pembaruan Hukum Positif Di Indonesia (Edisi Revisi)* (Jakarta : Sinar Grafika, 2022).h. 55.

<sup>20</sup> Darmoko Yuti Witanto, *Diskresi Hakim Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif Dalam Perkara-Perkara Pidana* (Bandung : Alfabeta, 2013). h.71-72

Untuk mengetahui lebih jauh terhadap diskresi hakim dalam putusan perkara waris lainnya pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan inilah penulis tertarik melakukan riset mendalam dengan judul :”Diskresi Hakim dalam Penyelesaian Perkara Waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan”.

## **B. Rumusan Masalah**

Berangkat dari deskripsi pada latar belakang di atas, pokok masalah dalam penelitian ini adalah adanya sumber hukum material Peradilan Agama yang tidak terkodifikasi dalam bentuk peraturan perundangan, maka dibutuhkan kreativitas hakim untuk melakukan penemuan hukum hingga menghasil diskresi hakim dengan fokus pembahasan pada bentuk dan sifat diskresi hakim dalam penyelesaian perkara waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan dengan melakukan analisis terhadap putusan hakim dalam perkara waris tersebut. Secara spesifik persoalan yang akan diungkap dalam penelitian ini adalah;

1. Bagaimana bentuk dan sifat diskresi hakim yang terdapat dalam putusan perkara waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan?
2. Apa saja yang menjadi pertimbangan hakim dalam putusan waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan?
3. Bagaimana diskresi hakim yang ideal dalam penyelesaian perkara waris di Pengadilan Agama?

### **C. Tujuan Penelitian**

Adapun tujuan dari penelitian ini adalah untuk mendapatkan gambaran mengenai:

1. Untuk mengetahui bentuk dan sifat diskresi hakim yang terdapat dalam putusan perkara waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan.
2. Untuk mengetahui pertimbangan hakim dalam diskresi hukum putusan waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan.
3. Untuk mengetahui diskresi hakim yang ideal dalam penyelesaian perkara waris di Pengadilan Agama.

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

Kajian ini diharapkan dapat menemukan bentuk diskresi hakim hakim yang ideal untuk menghasilkan putusan yang ideal pula. Karena bagaimanapun putusan yang sudah *in cracht* selain memberi manfaat bagi para pihak juga memberi manfaat bagi hakim lainnya dalam memutus perkara yang sama, dengan kata lain ia telah menjadi sumber hukum bagi hakim lainnya berupa yurisprudensi. Sehingga penelitian ini juga diharapkan bermanfaat dan menjadi masukan berharga bagi para praktisi terutama hakim untuk pengayaan pengetahuan dan pengalamannya dalam rangka penguatan pelaksanaan tugasnya ke depan. Kemudian untuk akademisi penelitian ini diharapkan menjadi sumber inspirasi untuk pengembangan ilmu pengetahuan terutama terkait dengan pengetahuan hukum.

## E. Definisi Istilah

Untuk mendapatkan pemahaman yang benar dan proporsional serta pengertian komprehensif sebagai suatu rangkaian yang bermakna, maka terlebih dahulu dikemukakan pengertian beberapa kata antara lain;

### 1. Diskresi Hakim

#### a. Diskresi

Diskresi secara gramatikal ditemukan di Bahasa Belanda yakni *discretie* yang berarti keputusan yang bijaksana dan rahasia.<sup>21</sup> Diskresi, yang berasal dari kata "discretion" dalam bahasa Inggris, juga berarti kebebasan, dan kebebasan ini dapat ditemukan dalam berbagai bentuk, seperti kebebasan memilih, menafsirkan, mempertimbangkan, atau mengambil keputusan.<sup>22</sup>

*Freies Ermessen* adalah istilah diskresi yang digunakan dalam hukum Jerman yang berasal dari kata *frei* yang berarti bebas, lepas, tidak terikat, dan merdeka. *Ermessen* adalah istilah yang mengacu pada proses menilai, menduga, dan memperkirakan<sup>23</sup>. Berdasarkan pengertian etimologi sebelumnya, istilah *freies ermessen*, juga dikenal sebagai diskresi, berarti kebebasan atau kemerdekaan untuk membuat keputusan, menilai, dan memperkirakan. Sudah jelas bahwa pertimbangan, penilaian, dan perkiraan tersebut dibuat oleh seseorang atau suatu jabatan terkait dengan situasi, hal, atau masalah tertentu.<sup>24</sup> Yan Pramudya dalam

---

<sup>21</sup> Sudarsono, *Kamus Hukum*, (Jakarta : Rineka Cipta, 2002), h.120.

<sup>22</sup> Aka Kamarulzaman, M. Dahlan Y. Al Barry, and M. Dahlan, *Kamus Ilmiah Serapan* (Yogyakarta: Absolut, 2005), h.135

<sup>23</sup> Murtir Jeddawi, *Diskresi (Freies Ermessen) Perangkat Hukum Penunjang Pembangunan*, Jurnal Ilmu Pemerintahan Suara Khatulistiwa, Vol. II, No. 2 Desember 2017, h. 4.

<sup>24</sup> Hotma P. Sibuea, *Asas Negara Hukum, Peraturan Kebijakan & Asas-Asas Umum Pemerintahan Yang Baik* (Jakarta : Erlangga, 2010). h.70

kamus hukum menyatakan bahwa *discretionair* (Belanda) berarti kebijaksanaan, memutuskan sesuatu berdasarkan kebijaksanaan, pertimbangan, atau keadilan daripada peraturan, undang-undang, atau hukum yang berlaku.<sup>25</sup>

Diskresi yang dimaksud dalam penelitian ini adalah hasil kreatifitas hakim dalam penggalian hukum pada kondisi tertentu sehingga menghasilkan keputusan atas pertimbangan dan keyakinan yang tidak hanya didasari oleh kaidah-kaidah yang berlaku berupa hukum tertulis tetapi juga hukum tidak tertulis.

#### b. Hakim

Hakim yang dimaksud dalam penelitian ini adalah hakim pada pengadilan di lingkungan Peradilan Agama. Hakim merupakan organ pokok (inti) pengadilan yang memahami hukum. Di bawah tanggung jawabnya diletakkan kewajiban untuk tegaknya hukum dan keadilan.<sup>26</sup> Hakim peradilan agama adalah merupakan satu kesatuan yang tak mungkin terpisahkan dalam sistem kekuasaan kehakiman yang merupakan bagian dari kekuasaan negara dan sistem kehidupan beragama. Hakim dan pengadilan adalah dua elemen yang meskipun dapat dibedakan namun tidak dapat dipisahkan, karena antara keduanya telah terjadi persenyawaan sebagai lembaga syariah dan lembaga negara. Dalam hal ini menurut Mukti Arto telah terjadi deindividualisasi hakim terhadap pengadilan karena individu hakim telah lebur dan masuk ke dalam institusi pengadilan.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Yan pramadya Puspa, *Kamus Hukum, Semarang: CV* (Semarang : Aneka Ilmu, 2008). h.230.

<sup>26</sup> Samsul Wahidin, *Politik Penegakan Hukum Di Indonesia* (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2017). h.66-67.

<sup>27</sup> A. Mukti Arto, *Peradilan Agama Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia: Kajian Historis, Filosofis, Ideologis, Politis, Yuridis, Futuristis, Pragmatis* (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2012). h.209-210.

Jadi diskresi hakim yang dimaksudkan dalam penelitian ini adalah hasil kreativitas yang dilakukan hakim dalam memberikan pertimbangan hukum dalam sebuah putusan akibat kekosongan hukum atau ketiadaan hukum untuk melayani keinginan pencari keadilan dan memenuhi rasa keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum dalam penyelesaian perkara waris di Pengadilan Agama.

## 2. Waris

Waris artinya keberhakan seseorang menerima harta berharga (pusaka) seseorang yang sudah wafat, warisan, pusaka, harta peninggalan, atau dalam artian warisan adalah suatu yang diwariskan seperti harta pusaka. Waris secara etimologi berasal dari kata waratsa (ورث) yang tersusun dari huruf *wa*, *ra*, *tsa* berarti perpindahan harta milik atau perpindahan pusaka.<sup>28</sup> *Mawaris* adalah jama' dari *mirats*, maka dimaksud dengan *mirats*, *Irts*, *wirts*, *wiratsah* dan *turats*, yang dimaknakan dengan *mauruts*, ialah harta peninggalan orang yang telah meninggal yang diwarisi oleh para warisnya.<sup>29</sup> Dalam istilah hukum yang baku, istilah "waris" digunakan dengan awalan "ke" dan "an". Istilah ini dapat berarti orang, pewaris, atau proses.<sup>30</sup> Waris yang dimaksud dalam penelitian ini adalah berupa persengketaan yang masuk dalam kompetensi Peradilan Agama yang terdiri dari determinasi ahli waris, determinasi harta peninggalan, determinasi bagian masing-masing ahli waris.

---

<sup>28</sup> Ibn Faris and Abu al-Husain Ahmad, *Mu'jam Maqayis al-Lughah*, (Bairut: Dar al-Fikr 1423, 1979). h.105

<sup>29</sup> M. Hasbi Ash Shiddieqy, *Fiqhul Mawaris: Hukum-Hukum Warisan Dalam Syariat Islam* (Jakarta: Bulan Bintang, 1973). h.17.

<sup>30</sup> Muhibbin and Wahid, *Hukum Kewarisan Islam*. h. 9.

### 3. Pengadilan Agama

Pengadilan agama adalah peradilan di tingkat pertama untuk lingkungan Peradilan Agama. Peradilan agama<sup>31</sup> sendiri adalah merupakan bagian dari sistem peradilan Indonesia yang memiliki otoritas penuh dan independen, setara dan setara dengan sistem peradilan lainnya.<sup>32</sup> Sebagai salah satu dari empat lingkungan peradilan di Indonesia, Peradilan Agama memiliki status hukum sebagai lembaga peradilan negara yang mandiri. Peradilan Agama mempunyai kedudukan yang sejajar dan sederajat dengan lembaga peradilan lingkungan lainnya, yakni Peradilan Umum, Peradilan Militer, dan Peradilan Tata Usaha Negara. Lingkungan peradilan Agama dijalankan oleh Pengadilan Agama yang berada di tingkat kabupaten/kota yang berwenang penyelesaian sengketa perdata Islam tertentu pada tingkat pertama sedangkan Pengadilan Tinggi Agama berwenang menyelesaikan perkara perdata Islam tertentu pada tingkat banding. Adapun yang di masuk dengan Pengadilan Agama di sini adalah khusus yang berada di wilayah Kalimantan Selatan.

### F. Penelitian Terdahulu

Berdasarkan penelusuran, studi tentang diskresi hakim dalam perkara waris di Peradilan Agama, penulis menemukan beberapa kajian yang berhubungan dengan kajian tersebut antara lain:

---

<sup>31</sup>Pengadilan Agama di tiap ibu kota kabupaten/kota dan Pengadilan Tinggi Agama di tiap ibu kota propinsi menjalankan tugas kehakiman di lingkungan badan Peradilan Agama. Menerima, memeriksa, memutus, dan menyelesaikan setiap tugas yang diajukan kepada mereka adalah tanggung jawab utama kedua lembaga ini. Mahkamah Agung adalah pengadilan negara tertinggi dari kedua kategori ini.

<sup>32</sup>Hal ini sebagaimana dinyatakan dalam Undang-undang 1945 yang diubah dan Undang-undang Pokok Kekuasaan kehakiman. (UU.No.14 tahun 1970 Jo.UU.No 35 tahun 1999 yang telah direvisi oleh Undang-undang no.4 tahun 2004).

1. *Kewenangan Hakim dalam Menerapkan Diskresi dalam Permohonan Dispensasi nikah*<sup>33</sup> oleh M. Syuib dan Nadhilah Firzah

Penelitian ini menunjukkan bahwa kewenangan hakim dalam menerapkan diskresi adalah dengan melakukan telaah dan pilihan yang tepat dari fakta-fakta yang diajukan sehingga dapat diterima secara hukum. Dengan demikian, hakim dapat membuat keputusan yang memenuhi unsur-unsur keadilan, kepastian, kemanfaatan hukum, dan kemaslahatan bagi pasangan tersebut. Hasil lain yang menjadi pertimbangan hakim saat menerapkan dispensasi nikah adalah kekhawatiran tentang efek negatif atau kemudhratan yang akan muncul jika tidak diberikan dispensasi nikah..

Sebagai penyimpangan dari batasan usia yang telah ditetapkan oleh undang-undang, hakim memiliki kewenangan untuk menggunakan diskresinya dalam kasus permohonan dispensasi nikah. Hakim berpendapat bahwa untuk menetapkan dispensasi perkawinan, hakim tidak hanya cenderung pada undang-undang karena apabila hakim menggunakan pendekatan metodologi dalam mengkaji hukum Islam tentang permohonan dispensasi nikah, maka hakim harus mempertimbangkan apakah calon suami dan calon istri akan menderita kerugian atau mudharat jika perkawinan di bawah umur tidak dilaksanakan.

Hal senada jua dikemukakan dalam tulisan yang berjudul :Diskresi Hakim: Pola Penyelesaian Kasus Dispensasi Perkawinan oleh Ramadhita.<sup>34</sup> Dalam tulisan ini dikemukakan bahwa ketiadaan kriteria atau indikator yang ditetapkan Undang-

---

<sup>33</sup> M. Syuib dan Nadhilah Firzah, *Kewenangan Hakim dalam Menerapkan Diskresi dalam Permohonan Dispensasi Nikah* Jurnal Samarah (Jurnal Hukum Keluarga dan Hukum Islam UIN Ar Raniniry Aceh).2018, 434-464 (<https://jurnal.ar-raniry.ac.id/index.php/samarah/article/view/4747> di akses pada Kamis 03/11/2022 jam 20.51.

<sup>34</sup> Ramadhita Ramadhita, "Diskresi Hakim: Pola Penyelesaian Kasus Dispensasi Perkawinan," *De Jure: Jurnal Hukum dan Syar'iah* 6, no. 1 (2014). <https://doi.org/10.18860/j-fsh.v6i1.3192>. Diakses pada kanmis 03/11/202 jam 08.49.



undang sebagai pedoman penetapan perkara dispensasi kawin membuka peluang bagi majelis hakim untuk memberikan putusan berdasarkan inisiatifnya sendiri (diskresi), namun tetap melihat situasi dan kondisi serta tetap memperhatikan pada peraturan perundang-undangan, rasa keadilan, kemanfaatan, dan kearifan masyarakat lokal. Selain itu hakim cenderung mengacu kepada teks-teks Fiqh. Hal ini berdampak sebagian besar permohonan dispensasi selalu dikabulkan dan menjadi penyebab banyaknya pernikahan di bawah umur.

2. *Penggunaan diskresi dalam pembentukan produk hukum oleh Yuniar Kurniawaty*<sup>35</sup>

Penelitian ini merumuskan tentang bagaimana penggunaan diskresi dalam pembentukan hukum dan bagaimana pertanggungjawaban pejabat yang telah menerbitkan putusan atas dasar diskresi. Penggunaan diskresi dalam pembentukan produk Hukum administrasi negara memerlukan asas kemerdekaan untuk dapat bertindak atas inisiatif dan kebijaksanaan sendiri, apalagi dalam penyelesaian perkara yang timbul dan peraturannya belum ada atau belum dibuat oleh badan kenegaraan yang dalam hukum administrasi negara disebut dengan asas diskresi, yang mengandung kewajiban dan kekuasaan yang luas terhadap tindakan yang akan dilakukan dan kebebasan untuk memilih melakukan tindakan atau tidak.

Adanya asas diskresi ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan pembentuk undang-undang dipindahkan ke tangan pemerintah/administrasi negara, sebagai badan eksekutif. Penggunaan diskresi oleh pejabat publik harus berlandaskan semangat dan tekad serta senantiasa

---

<sup>35</sup> Yuniar Kurniawaty, "Penggunaan Diskresi Dalam Pembentukan Produk Hukum," *Jurnal Legislasi Indonesia* 13, no. 1 (2016): 53–62. Diakses pada 3 maret 2022 jam 20. 47 Wita

mempertanggung-jawabkan kebijakan sikap dan tindakannya, karena siapa saja yang menggunakan diskresi secara keliru, berarti tidak melandasi diskresi yang dipertanggungjawabkan secara pribadi, korps, dan profesinya. Selain pertanggungjawaban, kaidah hukum, nilai-nilai standar di tengah masyarakat, hak asasi manusia dan hak lainnya, penggunaan diskresi juga harus memberikan landasan untuk kepentingan publik.

Jika diskresi dijalankan sesuai dengan ketentuan dan pra syarat yang ada, maka sangat diyakini bahwa persoalan ketertiban umum, keamanan masyarakat, pelayanan prima kepada konsumen, atau lain-lain sejenis akan dapat teratasi dengan baik. Pertanggungjawaban hukum pejabat/badan administrasi negara yang menerbitkan suatu keputusan atas dasar diskresi harus dapat dibedakan dari segi administrasi, perdata dan pidana.

3. *Implementasi Kewenangan Diskresi Kepolisian Dalam Penanganan Tindak Pidana Di Polres Demak Jawa Tengah oleh Son Haji, Gunarto dan Widayati*<sup>36</sup>

Tulisan ini merupakan hasil penelitian yang mengkaji tentang penggunaan diskresi kepolisian dalam menangani tindak pidana di Polres Demak. Temuannya menunjukkan bahwa implementasi kewenangan diskresi kepolisian dalam menangani tindak pidana di Polres Demak didasarkan pada pasal 18 Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia, yaitu: untuk kepentingan umum pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut

---

<sup>36</sup> Son Haji and Gunarto Gunarto, "Implementasi Kewenangan Diskresi Kepolisian Dalam Penanganan Tindak Pidana Di Polres Demak Jawa Tengah," *Jurnal Hukum Khaira Ummah* 13, no. 1 (2018): 53–62. (<http://jurnal.unissula.ac.id/index.php/jhku/article/view/2583>) diakses pada Kamis 03/11/2022 jam 21.00 Wita

penilaiannya sendiri, dan pelaksanaan ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan dalam keadaan yang sangat perlu dengan memperhatikan peraturan perundang-undangan, serta kode etik profesi Kepolisian Negara Republik Indonesia.

Kemudian solusi dalam mengatasi kelemahan implementasi kewenangan diskresi kepolisian adalah dengan beberapa asas mempergunakan asas keperluan yang menentukan bahwa tindakan itu harus benar-benar diperlukan. Kemudian juga menggunakan asas tujuan, yang mengatakan bahwa tindakan yang paling tepat untuk menghilangkan gangguan atau menghindari akibat yang lebih besar. Yang terakhir adalah asas keseimbangan, yang mengatakan bahwa ketika mengambil tindakan, harus dipertimbangkan keseimbangan antara sifat tindakan atau sasaran yang digunakan dan seberapa besar atau ringan gangguan atau objek yang harus ditindak.

#### 4. *Diskresi Hakim Melalui Dissenting Opinion dalam Pembentukan Putusan*<sup>37</sup> oleh Rahmat Hidayat

Dalam tulisan ini dikemukakan bahwa diskresi hakim melalui *dissenting opinion* merujuk pada pasal 5 dan pasal 14 Undang-undang No 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Hal ini memungkinkan bagi hakim di Indonesia menyampaikan pendapat yang berbeda dan dimuat dalam bentuk putusan melalui *dissenting opinion*. Hal demikian ini bisa terjadi sebagai buah pikir dari proses diskresi bagi seorang hakim berdasarkan otoritas yang dimiliki secara independent.

---

<sup>37</sup>Rahmat Hidayat, *Diskresi Hakim Melalui Dissenting Opinion dalam Pembentukan Putusan*. Artikel disitus Mahkamah Agung. (<https://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/diskresi-hakim-melalui-dissenting-opinion-dalam-pembentukan-putusan-oleh-rahmat-hidayat-shi-mh-131>) di akses pada kamis 03/11/2022.

Diskresi hakim melalui *dissenting opinion* merupakan proses pembuatan kebijakan maupun pengambilan suatu keputusan dengan berbagai pertimbangan yang dilakukan secara merdeka, mandiri dan kontekstual. Dengan berdiskresi, maka akan membuka kesempatan bagi hakim dalam membentuk putusan sesuai dengan rasa keadilan. Diskresi dapat diartikan sebagai suatu penyimpangan tindakan hakim yang dilakukan dalam mengambil langkah cepat untuk menetapkan kebijakan pada proses penegakan hukum dalam tatanan praktis.

Seiring perkembangannya, wacana diskresi hakim melalui *dissenting opinion* dalam pembentukan putusan tetap perlu memandang masalah kepastian hukum di satu sisi dan juga memahami bahwa ada masalah kemandirian hakim yang tidak boleh dikesampingkan. Sebuah putusan baru bisa disebut adil, apabila setiap hakim bisa menggunakan haknya untuk mengungkapkan pandangannya secara bebas, terbuka dan jujur, yang tentunya dapat dipertanggungjawabkan, sehingga menghasilkan suatu putusan yang bersifat kolektif dan holistik untuk mewujudkan kemaslahatan bagi para pencari keadilan.

##### 5. Reformulasi Diskresi Penataan Hukum Administrasi oleh Arfan Faiz Muhlizi<sup>38</sup>

Penelitian ini menitikberatkan bahasan tentang diskresi dalam hukum administrasi, karena pada dasarnya diskresi diperlukan dalam hukum administrasi, khususnya dalam menyelesaikan masalah jika peraturan perundang-undangan tidak mengaturnya atau hanya mengaturnya secara umum, sehingga administrasi negara dapat melakukannya sendiri.

Pada diskresi terikat, undang-undang hanya menetapkan pilihan, dan administrasi negara bebas memilih salah satu pilihan yang diberikan oleh undang-

---

<sup>38</sup> Arfan Faiz Muhlizi, "Reformulasi Diskresi Dalam Penataan Hukum Administrasi," *Jurnal Rechts Vinding: Media Pembinaan Hukum Nasional* 1, no. 1 (2012): 93–111. <http://dx.doi.org/10.33331/rechtsvinding.v1i1.108> diakses pada Kamis 03/11/2022 jam 21.11 Wita.

undang; pada diskresi bebas, undang-undang hanya menetapkan batas, dan administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja, asalkan tidak melampaui atau melanggar batas-batas tersebut.

Reformulasi diskresi dalam penataan hukum administrasi sangat diperlukan, meskipun pada dasarnya diskresi tidak bisa digunakan dalam setiap hal, namun diskresi hanya dapat digunakan pada keadaan tertentu saja, seperti kekosongan hukum, adanya delegasi perundang-undangan, serta pemenuhan kepentingan umum. Selain itu, pembuatan diskresi juga dibatasi oleh asas-asas hukum administrasi serta asas-asas umum pemerintahan yang baik. Di antara asas pemerintahan yang baik adalah larangan penyalahgunaan wewenang dan larangan bertindak sewenang-wenangnya.

6. *Penemuan Hukum oleh Mahkamah Agung dalam Putusan Perkara Kewarisan Islam di Indonesia pada Tahun 1995-2014 oleh Shobirin*<sup>39</sup>

Dalam tulisan ini dikemukakan bahwa secara sosiologis Proses penerapan hukum kewarisan Islam di masyarakat Islam Indonesia terus berkembang sebagai hasil dari perkembangan masyarakat. Ini ditunjukkan dengan banyaknya kasus baru tentang kewarisan Islam yang masuk ke Mahkamah Agung, yang kemudian harus diputuskan sesuai dengan kekuatan hakim Mahkamah Agung.

Sebagai penegak hukum, hakim memiliki peran sentral dalam penerapan hukum di Indonesia. Hakim tidak hanya diharuskan untuk berlaku adil, tetapi juga harus mampu menafsirkan undang-undang sesuai dengan tuntutan masyarakat pencari keadilan dengan mempertimbangkan keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan. Putusan hakim Mahkamah Agung yang berenaan perkara-perkara waris (mawaris) Islam di Indonesia adalah putusan yang merupakan wujud penerapan hukum dalam peristiwa hukum yang konkret, yakni perkara yang

---

<sup>39</sup> Shobirin Shobirin, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Mahkamah Agung Dalam Putusan Perkarakewarisan Islam Di Indonesia Pada Tahun 1995-2014," *Yudisia: Jurnal Pemikiran Hukum Dan Hukum Islam* 9, No. 1 (2018): 152–174. [Http://Dx.Doi.Org/10.21043/Yudisia.V9i1.3678](http://Dx.Doi.Org/10.21043/Yudisia.V9i1.3678) Diakses Pada Kamis 03/11/2022 Jam 21.17 Wita.

berkaitan dengan hukum kewarisan Islam di Indonesia, di sisi lain putusan tersebut juga mencerminkan pembentukan atau penemuan hukum oleh hakim Mahkamah Agung.

Putusan hakim Mahkamah Agung (MA) dalam perkara hukum kewarisan di Indonesia didasarkan pada hukum tertulis, baik hukum material maupun hukum positif. Hukum tertulis yang dimaksud adalah hukum yang bersumber pada peraturan perundang-undangan. Kemudian proses pengambilan keputusan perkara hukum kewarisan di Indonesia, hakim Sebagai penegak hukum, Mahkamah Agung harus mempelajari, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang ada di masyarakat, karena hal ini memberikan peluang kepada hakim Mahkamah Agung melakukan penemuan hukum baru.

*7. Penggunaan Asas Diskresi dalam pengambilan keputusan adalah sebuah karya yang ditulis oleh Didik Hery Santoso<sup>40</sup> (Widyaswara Pusdiklat Pajak)*

Penggunaan Asas Diskresi dalam pengambilan keputusan ini merupakan tulisan yang menguraikan panjang lebar mengenai pengertian dan asas diskresi secara umum. Tulisan ini juga menguraikan isi dari Undang Undang No 30 tahun 2014, serta menjabarkan asas asas diskresi didasarkan pada undang-undang tersebut serta konsekuensi yuridis dari penggunaan diskresi yang tidak didasarkan pada tujuan, Peraturan perundang- undanga dan asas-asas umum pemerintahan yang baik.

---

<sup>40</sup> Didik Hery Santoso , *Penggunaan Asas Diskresi dalam pengambilan keputusan*, <https://bppk.kemenkeu.go.id/sekretariat-badan/berita/penggunaan-asas-diskresi-dalam-pengambilan-keputusan-77716>. Diakses Pada Kamis 03/11/2022 Jam 21.50 Wita.

8. *Peranan Peradilan Agama Dalam Pertumbuhan dan Dinamika Hukum Kewarisan Di Indonesia, oleh Hamzah*<sup>41</sup>

Pada kajian ini membahas peran Peradilan Agama dalam ranah konstruksi hukum waris Islam. Dalam Pasal 49 Undang Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama disebutkan bahwa salah satu kewenangannya adalah bidang kewarisan. Pentingnya peranan Peradilan Agama dalam konteks perkara waris adalah membuka dimensi kelahiran dan pertumbuhan hukum waris dalam priodesasi perkembangan Peradilan Agama.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa hukum Islam telah ada sejak zaman kesultanan dan digunakan sebagai hukum umum, termasuk hukum waris. Setelah penjajahan kolonial, teori *receptie* yang dituangkan dalam *Staatsblad* membuat kewenangan Peradilan Agama dalam bidang waris menjadi tidak terarah.

Kekuasaan Peradilan Agama mencapai puncaknya saat badan peradilan didirikan dan diberi autonomi sebagai pelaksana kekuasaan kehakiman. Peradilan Agama dalam bidang waris menghadapi tantangan karena tidak ada hukum materil yang tersedia dan rancangan undang-undang tentang hukum waris yang penuh dengan ketidakpastian. Dalam hal undang-undang, keberadaannya masih belum jelas. Kultur masyarakat Indonesia yang pluralis adalah salah satu faktor yang menjadi penghambat. Karena lembaga peradilan menghadapi tantangan khusus dalam memenuhi hukum materil tentang waris, hakim memiliki kemampuan untuk menyelesaikan sengketa waris di tengah keterbatasan peraturan perundang-undangan tentang waris.

---

<sup>41</sup> Hamzah Hamzah, "Peranan Peradilan Agama Dalam Pertumbuhan Dan Dinamika Hukum Kewarisan Di Indonesia," *AL-SYAKHSHIYYAH Jurnal Hukum Keluarga Islam dan Kemanusiaan* 2, no. 2 (2020): 122–139. DOI : 10.35673/as-hki.v2i2.921. diakses pada Kamis 03/11/2022 jam 21.22 Wita

9. *Ijtihad Hakim Peradilan Agama Bidang Hukum Kewarisan dan Kontribusinya Terhadap Hukum Nasional*<sup>42</sup>

Hasil penelitian yang dimuat di jurnal ilmiah yang ditulis oleh Akhmad Khisni dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang. Dalam tulisan ini dikemukakan bahwa konsep ijtihad yang dimaksud adalah mengutip pendapatnya Bagir Manan bahwa ijtihad itu berupa pengembangan hukum kewarisan dalam KHI guna menemukan dan memutuskan sebuah kasus hukum kewarisan yang tidak diatur dalam KHI.

Kekuasaan negara di bidang hukum Islam menjadi nyata melalui pengadilan. Tradisi hukum kewarisan Islam di Indonesia tidak tunggal, melainkan beragam, yaitu ada tradisi hukum kewarisan yang bersumberkan dari hukum Islam, hukum adat dan perdata/BW. Perpaduan unsur-unsur tradisi hukum tersebut, diharapkan mampu mengakomodasi rasa keadilan semua lapisan masyarakat dan dinamika perkembangan masyarakat.

Dengan demikian, putusan hakim Mahkamah Agung dalam perkara kewarisan Islam sebagai hukum dalam tindakan dianggap tepat apabila melihat pola dan fakta dinamika tradisi hukum tersebut; ini menggabungkan hukum Islam, hukum adat, dan hukum Perdata, serta mengakomodir peran dan dimensi sosial. Tulisan ini kemudian menghadirkan temuan berupa beberapa putusan hakim yang merupakan hasil ijtihad dalam upaya menangkap ruh atau *maqasid al syari'ah* untuk menegakkan keadilan dengan berbagai pertimbangan hukum.

10. *Metode Penemuan Hukum (Rechtsvinding) oleh hakim dalam upaya mewujudkan hukum responsif oleh Muwahid*<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Akhmad Khisni, "Ijtihad Hakim Peradilan Agama Bidang Hukum Kewarisan Dan Kontribusinya Terhadap Hukum Nasional," *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* 18 (2011): 146–163. diakses pada Kamis 03/11/2022 jam 21.25

<sup>43</sup> Muwahid -, "Metode Penemuan Hukum (Rechtsvinding) Oleh Hakim: (Sebuah Upaya Untuk Mewujudkan Hukum Yang Responsif)," *AL-HUKAMA': The Indonesian Journal of Islamic Family Law* 7, no. 1 (June 21, 2017): 224–248. <https://doi.org/10.15642/al-hukama.2017.7.1.224-248> diakses pada Kamis, 03/11/2022 jam 21.29 Wita.



Hasil penelitian yang dimuat dalam tulisan ini menguraikan eksestensi penafsiran/ interpretasi dan konstruksi hukum sebagai metode penemuan hukum manakala peraturan perundangan kurang jelas atau belum lengkap sebagaimana yang diharapkan. Karena pada dasarnya perundangan tersebut bersifat statis yang terkadang tidak dapat mengikuti perkembangan masyarakat sehingga terjadi kekosongan hukum yang harus diisi oleh hakim melalui kreatifitasnya dalam bentuk penemuan hukum.

Diakhir tulisannya disimpulkan bahwa interpretasi hukum dilakukan oleh hakim dalam hal peraturannya ada, akan tetapi tidak jelas, ambigu, atau terjadi kekaburan norma (*vague normen*) untuk diterapkan dalam peristiwa konkrit. Sedangkan konstruksi hukum dilakukan hakim dalam hal peraturan tidak ada atau terjadi kekosongan norma (*rechts vacuum*), atau kekosongan undang-undang (*wet vacuum*), maka hakim menggunakan penalaran logisnya dengan cara *argumentum a contrario* dan *argumentum per analogium*.

## **G. Kerangka Teoritis**

Sebelum diuraikan beberapa teori hukum akan dijelaskan dulu mengenai definisi hukum. Istilah hukum dalam bahasa Indonesia berasal dari perkataan *huk'mun* (bahasa Arab), yang artinya adalah “menetapkan”.<sup>44</sup> Secara etimologis yang sederhana kita bisa mengatakan bahwa urusan hukum itu adalah kurang lebih menetapkan sesuatu menjadi lurus dan benar, tetapi dari sejarahnya yang sudah

---

<sup>44</sup> Budiono Kusumohamidjojo, *Teori Hukum: Dilema Antara Hukum Dan Kekuasaan* (Bandung:Yrama Widya, 2016),h.90.

setua rasi usia manusia, hukum ternyata tidaklah sesederhana itu, dan perkembangannya di seluruh dunia memperlihatkan bahwa makna hukum untuk kebanyakan orang menjadi semakin tidak sederhana saja.

Menetapkan sesuatu menjadi lurus dan benar, seringkali hukum itu diselenggarakan melalui banyak belokan prosedur dan apa yang untuk kebanyakan orang adalah 'silat bahasa'. Namun demikian tetap saja tugas utamanya adalah menegakkan perdamaian dan ketertiban dan jika mungkin malahan juga keadilan dalam kehidupan bersama. Tentang keadilan sebagai cita-cita hukum yang utama, Magnis Suseno misalnya mengutip kata-kata dari Gustav Radbruch (Jerman 1878-1949) yang mengatakan bahwa 'Hukum bisa saja tidak adil ..., tetapi hukum hanyalah hukum karena maunya adil'.<sup>45</sup>

Hoebel mendefinisikan hukum begitu lengkap yang di dalamnya mencakup pula pengadilan yang tersirat dalam ungkapan:, "sebuah norma sosial berlaku legal". Menurut Hoebel, jika pengabaian atau pelanggaran ditangani secara tertata, baik dalam bentuk ancaman atau dalam kenyataan melalui penerapan, melalui penerapan kekuatan fisik oleh seorang individu atau kelompok yang memiliki hak istimewa, yang diakui secara sosial untuk menjalankannya.<sup>46</sup> Definisi ini mendorong konsep mengenai pengadilan atau institusi sampai kebatasnya.<sup>47</sup>

Selanjutnya Munir Fuady mendefinisikan hukum adalah ketentuan baik tertulis maupun yang tidak tertulis yang mengatur tingkah laku manusia dalam

---

<sup>45</sup> Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik: Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern* (Jakarta:Gramedia Pustaka Utama, 1988).h.82.

<sup>46</sup> E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics* (Harvard University Press, 2009).h.28.

<sup>47</sup> Lawrence M Friedman....h. 8

berinteraksi antar sesamanya, baik tingkah laku yang menjadi sengketa ataupun belum yang berisikan hak, kewajiban, apa yang dibolehkan ataupun apa yang dilarang dan berlaku dalam masyarakat, tetapi diakui atau dibuat oleh otoritas pembuat hukum yang sah dan diterapkan oleh lembaga penerap hukum yang sah pula yang berisikan juga sanksi terhadap orang yang melanggarnya, dengan tujuan utamanya untuk mencapai keadilan, di samping juga untuk mencapai kepastian hukum, uniformitas hukum, koherensi hukum, ketertiban, kesejahteraan, ketentraman, ketenangan, dan berbagai kebutuhan serta tujuan hidup manusia lainnya.<sup>48</sup>

Hukum bukan hanya bangunan peraturan, melainkan juga bangunan ide, kultur dan cita-cita. Hal ini penting untuk dikemukakan sebab orang sering melihat hukum hanya sebagai sebuah peraturan dan prosedur, di mana kesemua itu sangat tergantung dengan aturan tekstual yang ada dalam peraturan perundangan, yang kesemua itu mempunyai konotasi "netral".<sup>49</sup> Semakin banyak orang yang berusaha memberikan rumusan definisi tentang hukum, semakin memperkaya khazanah pengembangan ilmu pengetahuan itu sendiri.<sup>50</sup> Karena bagaimanapun keragaman difinisi hukum linier dengan peningkatan wawasan dalam ilmu hukum. Seperti apa pendapat orang mengenai hukum sebenarnya juga tergantung pada keadaan dimana

---

<sup>48</sup> Munir Fuady, *Dinamika Teori Hukum* (Jakarta:Ghalia Indonesia, 2007). h.54

<sup>49</sup> Satjipto Rahardjo, *Sisi-Sisi Lain Dari Hukum Di Indonesia* (Yogyakarta:Penerbit Buku Kompas, 2003).h.23.

<sup>50</sup> Ali Achmad, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis)*, (Jakarta: Toko Gunung Agung, 2002).h.46

yang bersangkutan berada sehingga berdampak pada cara yang bersangkutan melihat hukum.<sup>51</sup>

## 1. Teori Negara Hukum

Konsep negara hukum telah lama dikenal dan berkembang diberbagai belahan dunia. Di Eropah kontenental yang menggunakan sistem hukum *civil law* konsep negara hukum dikenal dengan istilah *rechtsstaat*. Di negara Inggris dan Amerika yang menggunakan sistem hukum *common law* konsep negara hukum dikenal dengan istilah *rule of law*. Konsep negara hukum dalam kedua sistem hukum tersebut pada dasarnya mempunyai tujuan yang sama yaitu melakukan pembatasan kekuasaan agar diperoleh pengakuan dan perlindungan terhadap hak hak asasi manusia.

Selain kedua istilah tersebut (*rule of law* dan *rechtsstaat*) dalam perkembangan selanjutnya muncul konsep negara hukum lain seperti *sosialis legality* sebagai varian dari sistem *civil law* yang diimplementasikan oleh negara negara sosialis komunis. Di beberapa negara yang menganut prinsip hukum Islam (*nomokrasi*) juga dikenal istilah *relegy legality*.<sup>52</sup>

Indonesia sebagai negara bekas jajahan Belanda mengadopsi sistem yang berasal dari dari Eropah kontenental yakni menganut sistem hukum *civil law* dengan konsep negara hukum dikenal dengan istilah *rechtsstaat*.

---

<sup>51</sup> Yuddin Chandra Nan Arif, "Dimensi Perubahan Hukum Dalam Perspektif Sistem Hukum Terbuka The Dimension Of The Change Of Law Viewed From The Perspective Of Open Legal System," *Jurnal IuS* 1, no. 1 (2013).h.114

<sup>52</sup> I. Dewa Gede Atmadja and Dewa Gede, *Teori Konstitusi Dan Konsep Negara Hukum*, (Malang:Setara Press,2011),h.133-134

Istilah ini pertama kali muncul di Eropa sekitar abad ke 19 yang diperkenalkan oleh seorang guru besar bernama Rudolf Von Gneist di tahun 1857 di Berlin (Jerman) yang dituangkan dalam karyanya yang berjudul *Das englische Verwaltungsgerechte* yang mana istilah *rechtsstaat* dipakai untuk menunjuk pemerintahan Inggris, meskipun pada dasarnya istilah negara hukum tersebut sudah digunakan sejak Abad ke-17 di negara-negara Eropa barat bersamaan dengan munculnya perjuangan melawan kekuasaan yang tanpa batas dan mutlak dari penguasa saat itu.<sup>53</sup> Walaupun sebelumnya konsep negara hukum telah tersirat disinggung bahkan pada masa Yunani kuno sebagaimana yang pernah ditulis oleh Plato dan Aristoteles sekitar tahun 350 SM. Plato menulis: “Di mana hukum itu berada tunduk pada otoritas lain dan tidak memiliki otoritasnya sendiri, dimana hukum menjadi tuan dan pemerintah adalah budaknya”.<sup>54</sup> Sehingga dapat dikatakan bahwa pemerintah dan warga negara harus taat terhadap hukum.<sup>55</sup>

Ada empat asas sebagai ciri dari *rechtstaat* klasik, yakni:<sup>56</sup>

- a. Asas legislasi, artinya kedudukan masyarakat sipil harus diatur dengan undang-undang yang dibuat oleh parlemen yang dipilih secara demokrasi.
- b. Asas legalitas, pemerintah harus bertindak berdasarkan peraturan umum yang ditetapkan oleh parlemen (*acts of parliament*) dan pemerintah tidak boleh bertindak dengan instrumen diskresi atau wewenang bebas.

---

<sup>53</sup> Abdul Mukthie Fadjar, *Tipe Negara Hukum* (Malang: Bayumedia Pub., 2004).h.10.

<sup>54</sup> Alok Prasanna Kumar, “Demonetisation and the Rule of Law,” *Economic and Political Weekly* (2016).h.206

<sup>55</sup> Brian Z. Tamanaha, “The History and Elements of the Rule of Law,” *Singapore Journal of Legal Studies*, no. Dec 2012 (2012): 232–247.h.233.

<sup>56</sup> I. Dewa Gede Atmadja and Dewa Gede, “Teori Konstitusi Dan Konsep Negara Hukum,” (Malang: Setara Press 2015).h.134-135.

- c. Asas kekuasaan kehakiman yang merdeka atau prinsip peradilan yang independen (*independence judiciary*). Artinya, peradilan tidak dipengaruhi oleh kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan legislatif.
- d. Asas yang berasal dari unsur negara hukum, yakni asas-asas perlindungan hak-hak sipil, khususnya hak-hak sipil klasik, seperti kebebasan berbicara, kebebasan pers, kebebasan berkumpul, dan berserikat.

Sudargo Gautama menyebutkan ciri *rechtsstaat* antara lain:<sup>57</sup>

- a. Terdapat pembatasan kekuasaan negara kepada perorangan, pembatasan dilakukan oleh hukum;
- b. Pelanggaran atas hak-hak individu hanya boleh atas dasar aturan hukum (asas legalitas);
- c. Adanya perlindungan hak-hak asasi manusia (hak-hak kodrat).
- d. Adanya pemisahan kekuasaan;
- e. Badan peradilan yang tidak memihak.

Frans Magnis Suseno mengemukakan ciri *rechtsstaat* yakni:

- a. Asas legalitas.
- b. Kebebasan/kemandirian kekuasaan kehakiman;
- c. Perlindungan hak asasi manusia;
- d. Sistem konstitusi hukum dasar.

Syarat-syarat utama *rechtsstaat* yaitu<sup>58</sup>:

1. Asas legalitas, yang berarti bahwa setiap tindakan pemerintah harus didasarkan pada peraturan perundang-undangan;
2. Pembagian kekuasaan, yang berarti bahwa kekuasaan negara tidak boleh bertumpu pada satu tangan;
3. Hak-hak dasar, yang berarti bahwa hak dasar harus dilindungi secara hukum, meskipun kekuasaan pembentuk undang-undang dibatasi;
4. Adanya kesempatan untuk pengadilan yang bebas untuk menguji tindakan pemerintah.

---

<sup>57</sup> Bahder Johan Nasution, *Negara Hukum Dan Hak Asasi Manusia*, (Bandung: Mandar Maju, 2013).h.20.

<sup>58</sup> Bahder Johan,...h. 75

## 2. Teori Yurisprudensi Sosiologis

Salah satu kajian sosiologi hukum adalah mengenai perubahan hukum yang merupakan suatu konsekuensi yang terjadi pada sistem hukum yang berfungsi menjembatani keinginan-keinginan manusia agar tidak timbul perilaku yang anarkis, destruktif, kondisi *chaos*, dan selainnya. Oleh sebab itulah perubahan hukum yang terjadi akan berujung pada pengaturan secara tertulis (sebagai suatu dokumen yang sah menurut hukum modern), sehingga siapapun harus tunduk pada apapun yang telah diatur dalam perubahan hukum tersebut.

Menurut isinya hukum dalam pandangan perubahan adalah punya sifat *interdisiplinier* yang sudah sepantasnya dilihat sebagai sesuatu yang terus berkembang penuh dinamika dan tidak akan ada batasan yang menjadikannya alat pembaharuan di dalam beragamnya perubahan sosial yang ada yang bertujuan pada masa yang akan datang (*for work looking*) dan masa lalu sebagai pelajaran untuk perubahan masa akan datang yang lebih positif.<sup>59</sup>

Perubahan hukum senantiasa dirasa perlu yang dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan keadaan, peristiwa peristiwa, serta hubungan hubungan dalam masyarakat dengan hukum yang mengaturnya. Bagaimanapun kaidah hukum tidak bisa kita lepaskan dari hal hal yang diaturnya. Sehingga Ketika hal hal yang seyogyanya diaturnya tadi telah berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahn hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam mengaturnya. Hal ini sesuai dengan aliran *sociological jurisprudence* sebagaimana yang disebutkan oleh Rescoe Pound, Eugen Erlich dan lain lain yang menyatakan

---

<sup>59</sup> Bahder Johan,...h. 75.

hukum yang nilainya sesuai dengan kehidupan masyarakat adalah hukum yang baik.<sup>60</sup>

Kerangka Perubahan hukum mempunyai dua persepsi yang sangat dominan, yakni:

- 1) Pandangan tradisional yang menganggap bahwa dalam rangka perubahan hukum, masyarakat perlu berubah terlebih dahulu, baru kemudian hukum datang untuk mengaturnya. Kedudukan hukum dalam pandangan ini adalah sebagai pembenar apa yang telah terjadi, sehingga fungsi hukum sebagai fungsi pengabdian. (*diedende funtie*). Hukum berkembang mengikuti fenomena yang terjadi dalam suatu tempat dan selalu berada di belakang peristiwa yang terjadi (*hetrechthink-tachterdefeitenaan*). Hukum dianggap tidak bergerak dan berusaha untuk menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat.<sup>61</sup>
- 2) Kedua, pandangan modern yang menganggap bahwa hukum diusahakan agar dapat menampung segala perkembangan baru, oleh karena itu hukum harus selalu berada bersamaan dengan peristiwa yang terjadi. Hukum tidak hanya berfungsi sebagai pembenar, tetapi juga harus tampil bersamaan dengan peristiwa, bahkan jika diperlukan. Hukum berfungsi sebagai alat rekayasa. social (*law a tool of social engineering*), di mana hukum harus menggerakkan masyarakat menuju perubahan yang terencana. Pada fungsi

---

<sup>60</sup> H. Lili Rasjidi, *Dasar-Dasar Filasafat Dan Teori Hukum* (Bandung:Citra Aditya Bakti, 2004).h.66

<sup>61</sup> Abdul Manan , *Aspek-Aspek Pengubah Hukum* (Jakarta:Prenada Media, 2018).h.7.



kontrolnya (*social control*) diletakkan pada kehidupan pribadi dalam konteks kehidupan masyarakat.<sup>62</sup>

Ada beberapa kemungkinan untuk menafsirkan apa yang dimaksud dengan perubahan hukum:

- 1) Perubahan dengan memberikan konten konkrit sebagai pengganti standar yang abstrak. Karena hukum biasanya memberikan bentuk abstrak umum untuk hal yang diaturnya, sehingga pengaturannya dapat bertahan lama.
- 2) Perubahan peraturannya secara formal Karena itu, perubahan hukum adalah hasil dari berbagai komponen perubahan yang membebani hukum dengan berbagai permintaan.<sup>63</sup>

Dalam bentuk pertama, perubahan terjadi karena perubahan sosial menuntut perubahan, atau perubahan hukum tertinggal oleh perubahan sosial. Dalam situasi ini, hukum dianggap sebagai alat untuk menjaga stabilitas atau kontrol sosial. Salah satu contohnya adalah warisan kolonial yang masih ada saat Indonesia baru mendapatkan kemerdekaan, meskipun implementasinya berubah seiring dengan kemajuan masyarakat, tanpa mengubah ketentuan formalnya.<sup>64</sup> Perubahan ini disebut dengan istilah “perubahan penerapan”.

Jenis kedua perubahan terjadi setelah perubahan hukum, atau setelah struktur sosial berubah. Dalam hal ini, hukum dianggap sebagai alat untuk mengadakan *social engineering*. Contohnya ialah ditetapkannya UUD 1945 setelah Indonesia merdeka yang mengubah secara fundamental kehidupan dan struktur masyarakat

---

<sup>62</sup> Abdul Manan , *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, ..... h. 8

<sup>63</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006).h.57

<sup>64</sup> Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*.....h.146

Indonesia. Perubahan hukum dilihat sebagai *social engenering* ini disebut “pembaharuan hukum”.

Dengan demikian perubahan hukum baik sebagai *social control* maupun sebagai *social engenering* terjadi di manapun termasuk di Indonesia sebagai sebuah keniscayaan. Hal ini terjadi melalui proses yang panjang sesuai dengan perkembangan kehidupan masyarakat yang bersangkutan.

Menurut L.M. Friedman secara teoritis perubahan hukum dapat dibedakan ke dalam 4 (empat tipe yang dihadapkan kepada titik awal perubahannya dan titik dampak akhirnya:<sup>65</sup>

- 1) Perubahan yang berasal dari luar sistem hukum, yaitu masyarakat, tetapi mempengaruhi sistem hukum saja dan berakhir di sana seperti peluru.
- 2) Perubahan yang berasal dari luar sistem hukum dan melewati sistem hukum (dengan atau tanpa proses internal tertentu) kemudian disampaikan ke titik di luar sistem hukum, yaitu masyarakat.
- 3) Perubahan yang berasal dari dalam sistem hukum dan berdampak pada masyarakat kemudian berdampak pada sistem hukum.
- 4) Perubahan ini dimulai di dalam sistem hukum dan kemudian menyebar ke masyarakat.

Ahmad Ali berpendapat bahwa tidak ada alasan untuk memperdebatkan bagaimana hukum menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat dan bagaimana hukum berfungsi sebagai katalisator untuk perubahan masyarakat. Selain itu, tidak ada alasan untuk mempertanyakan variabilitas tambahan karena

---

<sup>65</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (Russell : Sage Foundation, 1975).h.353-354

undang-undang baru saja menerapkan perubahan. Bagaimanapun kenyataannya hukum dapat ikut serta (sebagai pertama ataupun kedua atau keberapa pun tidak menjadi soal) pada dinamisnya sebuah perubahan itu. Dengan kata lain, hukum telah berkontribusi pada perubahan dan mengubah masyarakat yang terus mengalami dinamisasi.<sup>66</sup>

Salah satu ulama dan pemikir hukum Islam terkenal di abad pertengahan Ibnu Qayyim al-Jauziyyah menciptakan teori perubahan hukum, dan *I'lam al-Muaqqie'ien* adalah salah satu karyanya yang fenomenal dan membahas bahasan yang berhubungan dengan teori ini. Menurutnya, penerapan prinsip dan prinsip-prinsip hukum Islam di masyarakat harus disesuaikan dengan perubahan hukum Islam sesuai dengan keadaan dan keadaan dalam masyarakat muslim itu sendiri. Teori ini sesuai dengan kaidah hukum Islam bahwa perubahan hukum harus sesuai dengan keadaan, keadaan, waktu, dan tempatnya.<sup>67</sup> Selain itu, merujuk pada tujuan umum hukum Islam, yaitu meniadakan kemudharatan dan mendahulukan kemaslahatan umum., ( دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح ).<sup>68</sup> Karakteristik hukum Islam memang diniscayakan dinamis dan dapat memenuhi tuntutan zaman dan keadaan.<sup>69</sup>

Dalam sosiologi hukum selain dikenal adanya teori perubahan hukum dikenal pula teori perubahan sosial dikemukakan oleh para ahli dengan aksentasi

---

<sup>66</sup> Ali Achmad, "Menguak Tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis, Bandung: Alumni, 2009, h. 125.

<sup>67</sup> Ibn Qayyim Al-Jauziyyah, "*I'lam al-Muwaqqi 'in an Rabb al-Alamin*," (Beirut: Dar al-Fikr, 1980).h. 3.

<sup>68</sup> Usman Muhlish, *Kaidah-Kaidah Ushuliyah Fiqhiyah Dalam Pedoman Dasar Istibath Hukum Islam*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997).h.14.

<sup>69</sup> Rami Koujah, "Islamic Legal Reform or Re-Formation? The Transmutations of Critique in Rumees Ahmed's Sharia Compliant: A User's Guide to Hacking Islamic Law," *Islamic Law and Society* 28, no. 3 (2021): 283–315.h. 28.

yang berbeda beda, sesuai dengan sudut pandangnya masing masing. Terlepas dari perbedaan tersebut ada kesepakatan di kalangan mereka bahwa perubahan sosial terkait dengan masyarakat dan kebudayaan serta dinamika keduanya. Perubahan sosial ini juga bisa dikatakan sebagai sebuah proses yang mencakup segala aspek dalam kehidupan masyarakat dan di Indonesia biasanya terjadi berupa proses yang dikendalikan oleh perencanaan yang populer dikenal dengan sebutan pembangunan.<sup>70</sup>

Definisi perubahan sosial yang ditulis oleh para sosiolog, seperti:<sup>71</sup>

- 1) William F Ogburg dan Mayer F. Nimkoff menyebutkan bahwa ruang lingkup perubahan sosial mencakup kebudayaan, baik material maupun immaterial, terutama pengaruh besar dari unsur unsur kebudayaan materiil terhadap unsur unsur immateriil.
- 2) Kingsley Davis menyebutkan bahwa perubahan yang terjadi dalam struktur dan fungsi masyarakat misalnya timbulnya pengorganisasian buruh dalam masyarakat kapitalis, menyebabkan perubahan-perubahan dalam hubungan antara buruh dan majikan yang kemudiann menyebabkan perubahan-perubahan dalam pengorganisasian bidang ekonomi dan politik.
- 3) Samuel Koenig, menurutnya perubahan sosial menunjuk pada modifikasi-modifikasi yang terjadi dalam pola pola kehidupan manusia, modifikasi terjadi disebabkan karena adanya faktor internal dan faktor eksternal.

---

<sup>70</sup> Winda Apriani Zarona Harahap, Asep Syarifuddin, and Bambang Hermawan, "Pengaruh Perubahan Sosial Dalam Perkembangan Hukum Di Indonesia," *LEX SUPREMA Jurnal Ilmu hukum* 3, no. 1 (2021).h.557.

<sup>71</sup> Soerjono Soekanto, *Sosiologi: Suatu Pengantar* (Jakarta:Raja Grafindo,1982).h.34.

4) Soedjono Dirdjosiswoyo mengatakan bahwa perubahan sosial sebagai perubahan fundamental yang terjadi dalam struktur sosial, sistem sosial dan organisasi sosial.

Dari beberapa muatan definisi di atas dapat diketahui bahwa secara empirik dan patut mendapat perhatian bahwa setiap masyarakat senantiasa mengalami perubahan-perubahan. Baik masyarakat tersebut dalam bentuk masih primitif yang masih tradisional maupun pada masyarakat modern yang sudah terdidik. Karena perubahan-perubahan sosial inilah yang menyebabkan masyarakat terus berkembang dan bersifat dinamis.

Perubahan sosial ini bisa diketahui dengan membandingkan keadaan dalam tenggang waktu yang berbeda yang mungkin dilatarbelakangi oleh hal-hal yang disadari maupun yang tidak disadari untuk menyesuaikan dengan keadaan yang baru baik yang berasal dari dalam masyarakat itu sendiri maupun yang bersumber dari luar masyarakat tersebut.<sup>72</sup>

Faktor penyebab terjadinya perubahan sosial ada yang bersumber dari internal masyarakat dan ada pula yang bersumber dari eksternal masyarakat. Menurut Soekanto faktor yang bersumber dari internal masyarakat adalah:

- Bertambah atau berkurangnya penduduk
- Adanya penemuan-penemuan baru
- Pertentangan-pertentangan dalam masyarakat
- Terjadinya revolusi atau pemberontakan dalam masyarakat.

Sedangkan faktor yang berasal dari luar masyarakat adalah :

---

<sup>72</sup> Syarifuddin Harahap, Hermawan, *Pengaruh Perubahan Sosial Dalam Perkembangan Hukum Di Indonesia*. h.556

- Sebab yang berasal dari lingkungan fisik yang ada di sekitar manusia.
- Peperangan dengan negara lain.

Perubahan itu haruslah merangkum pertanyaan pokok berikut:<sup>73</sup>

- a) Faktor apa saja yang mengalami perubahan itu.
- b) Sejauh manakah perubahan itu terjadi.
- c) Bagaimana kecepatan perubahan itu berlangsung.
- d) Kondisi kondisi apakah yang terdapat sebelum dan sesudah perubahan itu terjadi.
- e) Apa yang terjadi selama transisi itu
- f) Stimulus-stimulus apakah yang mendorong terjadinya perubahan itu.
- g) Melalui mekanisme apakah perubahan itu terjadi.
- h) Unsur unsur apakah yang menimbulkan kestabilan pada suatu titik tertentu di dalam perubahan itu.
- i) Dapatkah manusia menentukan arah dari perubahan itu.

Perubahan sosial yang terjadi secara terstruktur dalam bentuk-bentuk perubahan masyarakat yang teratur dan tersistematisir merupakan bentuk pembangunan masyarakat. Pembangunan masyarakat atau perubahan sosial merupakan masalah pembaharuan cara berfikir dan sikap hidup, tanpa sikap hidup dan cara berfikir yang berubah, pengenalan lembaga-lembaga baru dalam kehidupan tentu tidak akan berhasil.<sup>74</sup>

Secara historis terjadi perdebatan panjang mengenai keterkaitan antara hukum dengan perubahan sosial, yang akhirnya pada masyarakat modern peranan hukum dalam perubahan sosial lebih dari hanya *interest* teoritis saja. Selama beberapa tahun terakhir, studi tentang sosial telah muncul sebagai sub bidang interdisipliner dalam sosiologi politik internasional.<sup>75</sup> Dalam banyak bidang

---

<sup>73</sup> Everst M. Roger, *Komunikasi Pembangunan, Perspektif Kritis* (Terjemahan oleh Dosmor Nurdin) (Jakarta: Penerbit LP3ES, 1985).h.12.

<sup>74</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan* (Bandung: Alumni, 2002).h.10.

<sup>75</sup> Kjersti Lohne and Kristin Bergtora Sandvik, "Bringing Law into the Political Sociology of Humanitarianism," *Oslo Law Review* 4, no. 1 (2017): 4–27.h.5

kehidupan sosial, seperti pendidikan, hubungan rasial, perumahan, transportasi, penggunaan energi, dan perlindungan lingkungan hukum telah dijadikan sandaran sebagai instrumen perubahan yang penting.<sup>76</sup>

Perubahan sosial yang disebabkan oleh pertumbuhan dan perubahan, bersama dengan faktor-faktor lainnya, pada akhirnya menimbulkan masalah sosial yang mempengaruhi hukum, sehingga hukum harus menangani masalah tersebut. Hal ini mengisyaratkan keharusan adanya perubahan terhadap hukum. Susdjono Dirdjosisworo mengemukakan bahwa: “terjadinya perubahan hukum dan perubahan masyarakat adalah fenomena nyata, tidak sentral sebagai penentu dari berbagai gejala yang juga menentukan watak dan perubahan hukum adalah manusia sendiri”.<sup>77</sup>

Mengaitkan secara sistematis antara hukum dan perubahan sosial atau pembangunan berarti meningkatkan pula intensitas pertukaran antara hukum dan politik. Posisi hukum sebagai sarana untuk melakukan perubahan atau rekayasa sosial menjadi semakin besar dalam konteks ini, maka hubungan ketegangan antara kemandirian asa, doktrin, dan institusi hukum berhadapan dengan politik menjadi lebih intensif.<sup>78</sup>

Pada awalnya hukum dikonstruksikan sebagai alat kontrol bagi masyarakatnya, terutama apabila mekanisme-mekanisme kontrol sosial lainnya tidak dapat berfungsi dengan baik. Hukum sebagai salah satu perangkat kerja sistem

---

<sup>76</sup> Samsir Salam, “Hukum Dan Perubahan Sosial (Kajian Sosiologi Hukum),” *Tahkim*, XI (1) 11 (2015).h. 167.

<sup>77</sup> Soedjono Dirdjo Sisworo, *Sosiologi Hukum: Studi Tentang Perubahan Hukum Dan Sosial*, (Jakarta: CV Rajawali 1983), h.83.

<sup>78</sup> Rahardjo, *Sisi-Sisi Lain Dari Hukum Di Indonesia*.h.91.

sosial, harus mampu mengakomodir kebutuhan dan kepentingan serta mampu memberikan pelayanan yang berkeadilan bagi masyarakatnya. Hukum harus mampu mengintegrasikan kepentingan dan sumber daya yang ada dalam masyarakat, sehingga dapat tercipta anggota masyarakat yang berperan dan menjalankan ketertiban, keamanan dan perdamaian (*social order*) dalam kehidupannya.

Ada dua hal penting yang berhubungan dengan hukum dan perubahan masyarakat, yaitu:

- 1) Perubahan masyarakat harus mendapat penyesuaian oleh hukum; dengan kata lain hukum menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat dan ini menunjukkan sifat pasif hukum. Dalam hal ini terjadi perubahan penerapannya tanpa mengubah ketentuan formalnya, karena adanya tuntutan perubahan sosial, maka di sini hukum berfungsi sebagai *social control*.
- 2) Hukum berperan untuk menggerakkan masyarakat menuju suatu perubahan yang terencana. Di sini hukum berperan aktif, dan inilah yang sering disebut fungsi hukum *a tool of social engineering, sebagai alat rekayasa sosial*.<sup>79</sup> Perubahan hukum dilihat sebagai *social engineering* ini disebut dengan istilah pembaharuan hukum.<sup>80</sup>

Perubahan masyarakat dapat mengenai nilai-nilai sosial, pola perilaku organisasi, susunan lembaga kemasyarakatan, lapisan-lapisan dalam masyarakat,

---

<sup>79</sup> Achmad, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis Dan Sosiologis)*. h.202

<sup>80</sup> Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Dalam Kerangka Pembangunan Di Indonesia:(Suatu Tinjauan Secara Sosiologis)* (Jakarta:Yayasan Penerbit Universitas Indonesia, 1975).h.146.



kekuasaan dan wewenang, interaksi sosial dan lain sebagainya.<sup>81</sup> Hukum dalam fungsinya yang bersifat mengintegrasikan kepentingan-kepentingan anggota masyarakat dilakukan dengan jalan mengatur hukum yang tidak hanya memperhatikan hubungan tersebut dari aspek ketertiban saja, akan tetapi hukum harus juga mampu menentukan ukuran-ukuran atau parameter-parameter tertentu yang sering dalam ilmu hukum disebut dengan nilai keadilan, bahkan ada orang yang berpandangan bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dan harus digabungkan dengan keadilan supaya hukum sungguh-sungguh mempunyai makna sebagai hukum.<sup>82</sup>

Dalam perkembangannya pada saat ini hukum tidak saja di konstruksikan sebagai alat kontrol sosial, akan tetapi hukum juga dikonstruksikan sebagai alat perubahan sosial (*a tool of social engineering*), konsepsi yang melihat bahwa hukum sebagai sifat yang mewakili komponen substantif (kaidah-kaidah) dan komponen struktural serta kultural (peraturan-peraturan dan kebiasaan-kebiasaan atau tradisi) memberikan fungsi hukum secara langsung dan aktif sebagai *a tool social engineering* yang dapat memaksakan perubahan masyarakat.<sup>83</sup>

Hukum juga diharapkan memiliki peran optimal untuk mendorong dan menjadi alat rekayasa terjadinya perubahan-perubahan sosial yang diinginkan dan dicita-citakan oleh masyarakatnya, dalam konteks ini tentu hukum tidak dapat dipisahkan dari kehidupan masyarakatnya, sesuai dengan apa yang menjadi inti

---

<sup>81</sup> Soekanto, "Sosiologi."h.44.

<sup>82</sup> Theo Huijbers, *Filsafat Hukum* (Yogyakarta: Kanisius, 1995). h.64.

<sup>83</sup> Erwin Arifin, "Konsep Mazhab Sociological Jurisprudence Dalam Hubungannya Dengan Perkembangan Hukum Di Indonesia," *Dalam Buku Filsafat Hukum Mazhab dan Refleksinya*. (Bandung: Remaja Karya,1989).h.86.

pemikiran *sociological jurisprudence*, yaitu bahwa hukum yang baik hendaknya harus sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.<sup>84</sup>

Hukum berasal dari masyarakat dan hidup serta berproses di dalam masyarakat, maka pembaharuan hukum dalam hubungannya untuk melakukan perubahan masyarakat tidak mungkin dilepaskan secara mutlak dari masyarakatnya sebagai satu kesatuan sistem sosial.<sup>85</sup> Perubahan sosial yang terjadi secara terstruktur dalam bentuk perubahan-perubahan masyarakat yang teratur dan sistematis merupakan bentuk pembangunan masyarakat. Pembangunan masyarakat atau perubahan merupakan masalah pembaharuan cara berpikir dan sikap hidup, tanpa sikap dan cara berpikir yang berubah, pengenalan lembaga-lembaga baru dalam kehidupan tentu tidak akan berhasil.<sup>86</sup>

Apa yang terwujud dalam hukum pertama ditentukan oleh hubungan sosial sebagai yang penentu dalam pembentukan dan perubahan hukum yang berarti kejadian nyata atau keadaan sosial masyarakat yang berhubungan dengan sikap yang bisa menjadikan pranata hukum yang senantiasa dinamis jika dihubungkan dengan hal hal yang tidak terlihat kepada hal yang nyata dalam transformasi perubahan hukum yang mengiringi perubahan sosial yang ditekankan pada prinsip pergerakan yang bervariasi terhadap kebutuhan masyarakat.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Erwin Arifin....., h. 103.

<sup>85</sup> Erwin Arifin, ..... h.75.

<sup>86</sup> Kusumaatmadja, "*Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan.*"h.10

<sup>87</sup> Yuddin Chandara Arif, "Dimensi Perubahan Hukum Dalam Perspektif Sistem Hukum Terbuka ", *Jurnal IUS (KajianHukum dan Keadilan)*, 1 no 1 hal 113-127.

Dengan demikian diharapkan peranan hukum dalam pembangunan adalah sebagai satu instrumen yang menjamin bahwa perubahan sosial yang terjadi akan berjalan secara teratur. Perubahan sosial yang teratur melalui prosedur hukum, baik dalam bentuk peraturan perundangan maupun keputusan badan-badan peradilan akan lebih baik dari pada perubahan yang tidak teratur.<sup>88</sup>

Dalam perkembangan sejarah diketahui bahwa legislator, hakim dan institusi hukum memiliki peran yang cukup besar dalam melakukan pembaharuan hukum serta perubahan norma-norma dan nilai-nilai yang menjadi parameter penentuan prioritas perubahan sosial dari tahap pembangunan yang satu ke tahap pembangunan yang lain.<sup>89</sup>

### 3. Teori Antropologi Hukum

Antropologi hukum diartikan sebagai ilmu tentang manusia yang berkaitan dengan kaidah-kaidah sosial yang bersifat hukum, sedangkan kaidah-kaidah yang tidak bersifat hukum bukanlah sasaran pokok dalam penelitian antropologi hukum.<sup>90</sup> Pendekatan antropologi hukum pada akhirnya menggeser pusat perhatian dari aturan-aturan kepada individu atau manusia sebagai aktor yang dalam mengambil keputusan mengenai perilakunya dihadapkan kepada tuntutan-tuntutan dari tatanan hukum yang dihadapinya.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Yuddin Arif. ...h. 20.

<sup>89</sup> Erman Rajagukguk, *Peranan Hukum dalam Pembangunan Hukum di Indonesia: Implikasi bagi Pendidikan Hukum di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Bidang Hukum pada Fakultas Hukum UI, 1997, h. 2.

<sup>90</sup> Erman Rajagukguk..., h. 10

<sup>91</sup> Omas Ihromi, *Kajian Terhadap Hukum Dengan Pendekatan Antropologi: Catatan-Catatan Untuk Peningkatan Pemahaman Bekerjanya Hukum Dalam Masyarakat*, (Jakarta: Gramedia, 2000), h. 3.

Objek kajian dari antropologi hukum adalah mempelajari hubungan timbal balik antara hukum dengan fenomena-fenomena sosial secara empiris dalam kehidupan masyarakat; bagaimana hukum berfungsi dalam kehidupan masyarakat, atau bagaimana hukum bekerja sebagai alat pengendalian *social control* atau sarana untuk menjaga keteraturan sosial (*social order*) dalam masyarakat.<sup>92</sup>

Sasaran pokok dari antropologi adalah manusia, kemudian menyusul perilaku budayanya. Sehingga perbedaan tempat tinggal dan lingkungan, perbedaan sejarah dan asal usul, perbedaan semangat dan jiwanya, perbedaan agama dan kepercayaan mengakibatkan perbedaan perilaku budaya manusia juga berbeda. Jadi tidak ada suatu sistem pola perilaku manusia yang seragam, dan oleh karenanya tidak ada pula sistem pola kepribadian manusia yang sama.<sup>93</sup>

Budaya hukum merupakan salah satu unsur dari sistem hukum. Karena menurut L.M. Friedman unsur dari sistem hukum itu terdiri dari; (a) struktur hukum, (b) substansi hukum, (c) budaya hukum.<sup>94</sup>

- 1) Unsur struktur hukum meliputi lembaga pengadilan dan ruang lingkup kompetensinya, lembaga legislatif dan lain lain yang membentuk dan menegakkan hukum.
- 2) Unsur substansi hukum adalah aturan atau norma dalam sistem hukum yang memberi aturan yang memberi tuntunan untuk melakukan perilaku yang seharusnya.
- 3) Unsur budaya hukum adalah sikap manusia terhadap hukum dan sistem hukum yang berkaitan dengan kepercayaan, nilai, pemikiran serta harapannya.

---

<sup>92</sup> Elizabeth Mertz and Mark Goodale, "Comparative Anthropology of Law," in *Comparative Law and Society* (Edward Elgar Publishing, 2012).h.78.

<sup>93</sup> Hilman Hadikusuma, *Antropologi Hukum Indonesia* (Bandung: Alumni, 1986).h.5

<sup>94</sup> EM K. Kaswardi, *Pendidikan Nilai Memasuki Tahun 2000* (Jakarta:Grasindo, 1993).h.7.

Dengan demikian diketahui bahwa aneka ragam persepsi, sikap, dan perilaku masyarakat terhadap substansi hukum (mematuhi mengabaikan, dan atau melanggarnya) sangat bergantung pada nilai-nilai budaya yang hidup dan melandasi budaya hukum masyarakat tersebut. Lebih lanjut Friedman berpendapat sebagaimana dikutip Sunarjati, bahwa setiap masyarakat, setiap negara, setiap komunitas mempunyai budaya hukum. Maka tiap negara, tiap komunitas dan tiap negara memiliki budaya hukum yang berbeda-beda.<sup>95</sup>

Dalam perspektif antropologi, hukum adalah bagian integral dari kebudayaan secara keseluruhan, dan karena itu hukum dipelajari sebagai produk dari interaksi sosial yang dipengaruhi oleh aspek aspek kebudayaan yang lain, seperti politik, ekonomi, ideologi, religi dan lain lain.<sup>96</sup> Di sisi lain hukum juga dipelajari sebagai proses sosial yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat.<sup>97</sup>

Antropologi hukum juga memberikan telaah kritis terhadap pemahaman dan sifat manusia yang bertindak atas nama hukum. Ciri-ciri pendekatan antropologi hukum terhadap undang undang di antara melalui pertanyaan apakah Undang-undang memenuhi kebutuhan masyarakat? Antropologi hukum memfokuskan pada telaah sistem hukum dalam lingkup norma dan budaya manusia, norma-norma hukum harus mengacu pada nilai-nilai yang ideal berlaku dalam masyarakat.<sup>98</sup>

Dengan demikian, hukum dalam lingkup kajian Antropologi Hukum, ditanggapi sebagai gejala empirik yang terjadi dalam kehidupan masyarakat.

---

<sup>95</sup> Sunaryati Hartono, *Kapita Selekta Perbandingan Hukum*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti,1991).h.9.

<sup>96</sup> Leopold J. Pospisil, *Anthropology of Law: A Comparative Theory* (Michigan:Hraf Press 1971).h.270.

<sup>97</sup> Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach* (LIT Verlag Münster, 2000).h.133.

<sup>98</sup> Beni Ahmad and Encup Supriatna, *Antropologi Hukum* (Bandung: Pustaka Setia, 2012).h.73.

Hukum dalam konteks ini tidak ditanggap seperti halnya para yuris mengkaji hukum (secara dogmatik). Secara umum metode Antropologi Hukum adalah sebagai berikut:<sup>99</sup>

- 1) Deskriptif yakni pemberian gejala hukum empirik dalam masyarakat yang diteliti;
- 2) Ideologi (menelusuri aturan normatifnya)
- 3) Telaah Kasus (*case study method*),

Selain ketiga metode di atas ditambah metode komparasi (*perbandingan*). Metode yang satu ini mendorong, antara lain diberlakukannya komparasi *cultural relativism* (relativisme budaya). Selain metode di atas, dapat ditambahkan pendekatan historis yang mempelajari perilaku manusia dan budaya hukumnya dengan sudut proses sejarah.<sup>100</sup>

Berikut ini akan dijabarkan, dianalisis dan akan diulas beberapa pendekatan yang digunakan dalam sejarah perkembangan sub disiplin Antropologi Hukum dalam mengkaji hubungan hukum dengan masyarakat dan budayanya.

Sejak itu perhatian para ahli mulai memfokuskan kajian beralih bukan saja terhadap hukum-hukum pada institusi modern, seperti negara, namun juga hukum masyarakat lainnya. Salah satu batasan hukum yang cukup sering dikutip adalah yang disebut oleh Leopold Pospsil sebagai "*attributes of law*". Dia tidak secara langsung mendefinisikan hukum, namun mamaparkan ciri-cirinya yaitu:

- 1) *Atribut otoritas,*
- 2) *Atribut penerapan secara universal,*

---

<sup>99</sup> Sartono Sahlan, "The Other Laws Di Era Otonomi Daerah (Studi Antropologi Hukum)," *Pandecta Research Law Journal* 5, no. 2 (2010).h.151

<sup>100</sup> Hadikusuma, *Antropologi Hukum Indonesia*.(Bandung:PT Citra Aditya,1992),h.9

3) *Atribut obligatio dan*

4) *Atribut sanction.*

Konsep atribut hukum ini muncul dari hasil telusuran komparatif Pospisil atau berbagai sistem hukum masyarakat-masyarakat yang dikajinya. Definisi, batasan atau atribut hukum yang disusun oleh para ahli tersebut berasal dari kajian komprasinya antara berbagai sistem dan proses hukum dari berbagai masyarakat dan kebudayaan. Dengan kata lain, benih-benih perhatian akan kemajemukan kemudian bersemi.<sup>101</sup>

Jadi secara empiris dapat dijelaskan bahwa hukum yang berlaku dalam masyarakat selain terwujud dalam bentuk perundang undangan (hukum positif), juga terwujud sebagai hukum agama dan hukum adat. Namun secara antropogis bentuk mekanisme mekanisme pengaturan sendiri dalam komunitas-komunitas masyarakat adalah juga merupakan hukum secara lokal berfungsi sebagai sarana untuk menjaga keteraturan sosial.<sup>102</sup>

Dalam literatur hukum di Indonesia, istilah hukum adat pertama kali disebutkan oleh Snouck Horgronye yang menyebutkan bahwa hukum yang diperuntukan bagi masyarakat asli Indonesia atau yang disebutnya dengan rakyat bumi putra dan pendatang dari timur asing. Kemudian hal tersebut diperkuat lagi dengan pernyataan Van Vollen Hoven yang menyebutkan bahwa hukum adat adalah hukum yang diberlakukan untuk rakyat Indonesia yang dilaksanakan sebagai

---

<sup>101</sup> Soekanto, Hendratno, and Sardjito, *Antropologi Hukum*.h.47

<sup>102</sup> F. von Benda-Beckmann, *From The Law of Primitive Man to Social-Legal Study of Complex Societies*, dalam *Antropologi Indonesia*, Majalah Antropolgi Sosial dan Budaya No 47 Tahun VIII, Fisip UI, Jakarta, 1989, h. 67-75.

objek ilmu pengetahuan hukum positif dan dipelajari sebagai bagian dari mata kuliah di perguruan yang dipisahkan dengan mata kuliah lainnya.<sup>103</sup>

Soeryono Soekanto menterjemahkan hukum adat sebagai hukum tidak tertulis yang merupakan kata lain dari hukum kebiasaan, yang bisa dikelompokkan menjadi dua yakni pertama hukum adat dalam bentuk tertulis atau hukum adat tercatat (*beschreven adatrech*) yang merupakan hasil penelitian para pakar yang kemudiadibukukan dalam bentuk monografi dan hukum ada yang didokumentasikan (*gedocumentereerd adat rech*) merupakan pencatatan hukum adat yang dilakukan oleh pejabat yang berwenang.<sup>104</sup>

Sebagai sebuah aturan, maka kebiasaan digunakan untuk mengatur kehidupan berkeluarga, bermasyarakat dan bernegara. Jika kemudian hukum adat yang dasarnya adalah kebiasaan yang berlaku dijadikan hukum tertulis dalam bentuk peraturan perundangan, maka ia menjelma menjadi hukum negara dan menjadi hukum positif. Namun masih banyak kebiasaan masyarakat tersebut tetap dipertahankan dan tetap menjadi hukum adat yang merupakan implementasi dari nilai nilai budaya yang berkembang di masyarakat setempat.

Sejak Indonesia memproklamirkan kemerdekaannya keberadaan hukum adat di Indonesia tergambar dalam pembukaan UUD 1945 dan pasal-pasal yang termuat di dalamnya. Pengakuan negara terhadap keberadaan hukum adat jelas

---

<sup>103</sup> Amrita Ajeng Safitri et al., "Eksistensi Hukum Adat Dalam Tata Hukum Indonesia," *Rechtenstudent Journal UIN KHAS Jember* 3, no. 2 (2022): 214–230.h.216 <https://doi.org/10.35719/rch.v3i2.124>.

<sup>104</sup> Soerjono Soekanto, *Kedudukan Dan Peranan Hukum Adat Di Indonesia* (Jakarta:Kurnia Esa, 1982).h.10.



termaktub dalam pasal 18 B ayat (2).<sup>105</sup> Dalam pasal tersebut negara mengakui keberadaan hak ulayat dan hak konstitusional dalam sistem hukum di Indonesia. Di Indonesia saat ini keberadaan adat kebiasaan (hukum adat) masyarakat sudah menjadi *living laws* bahkan sebagian sudah menjadi *positif laws* baik dalam bentuk yurisprudensi maupun sudah masuk dalam peraturan perundangan.

Sebagai sebuah sistem hukum yang berlaku di masyarakat, hukum adat bertujuan untuk mewujudkan tatanan kehidupan yang damai dan tentram sehingga tercipta keadilan hukum bagi mereka. Pemaknaan keadilan disini fokus pada keseimbangan dari segala bidang pada berbagai aspek kehidupan perorangan dan kelompok, bahkan sampai pada sudut pandang spritual.<sup>106</sup>

Fungsi nilai hukum adat menurut Satcipto Raharjo ada (3) tiga, yakni :<sup>107</sup>

- a) Pembuatan norma atau aturan aturan.
- b) Penyelesaian perselisihan.
- c) Penjamin keberlangsungan kehidupan masyarakat.

Dalam pembangunan hukum terutama terkait dengan penyelesaian sengketa diharapkan tetap memperhatikan kondisi sosial masyarakat. M. Rogers berpendapat bahwa negara negara berkembang perlu meneliti dan memperhatikan aspek aspek sosio kultural dari masalah masalah pembangunan, terutama yang terkait perilaku,

---

<sup>105</sup> Isi pasal 18 B ayat (2) UUD 1945: "Negara mengakui dan menghormati kesatuan kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesiayang diatur dalam undang-undang".

<sup>106</sup> Gusti Muzainah, "Prinsip Prinsip Hukum Kedudukan Perempuan Dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar," *DIH, Jurnal Ilmu Hukum* 8, no. 15 (2012): 10–19.h.10.

<sup>107</sup> Raharjo Satjipto, *Hukum Dan Perubahan Sosial Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman Di Indonesia* (Bandung:Genta Publishing.)h.126.

pandangan dan keyakinan serta kebiasaan yang ada.<sup>108</sup> Sehingga berhasil tidaknya pembangunan termasuk juga pembangunan hukum sangat dipengaruhi oleh perhatian terhadap nilai sosial budaya masyarakat setempat atau dikenal juga dengan kearifan lokal.

Kearifan lokal yang merupakan kekhasan adat sebuah wilayah juga merupakan tanda atau lambang adat daerah tersebut dan sebagai bukti kebesaran dan popularitas kearifan lokal tersebut, sehingga popularitas kebiasaan setempat merupakan kebanggaan anggotanya dan mereka berusaha menjunjung tinggi, mempertahankan serta melakukan penghormatan terhadapnya.

Dalam kajian Islam istilah adat atau kebiasaan dikenal dengan istilah *urf*<sup>109</sup> dapat digunakan sebagai pertimbangan dalam hukum Islam. Urf/adat kebiasaan bisa dijadikan pedoman bagi mazhab mazhab fikih sehingga produk hukum fikih didasarkan kenyataan adat kebiasaan setempat. Bahkan ditemukan kaidah kaidah *al-a'datu muhkamah*.<sup>110</sup> Namun tidak semua *urf* dapat diambil sebagai sumber hukum Islam, melainkan hanya *urf* yang tidak bertentangan dengan syariat/shahih saja yang dijadikan acuan fikih.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> M. Rogers, dalam Guswah Hakim, (Disertasi), *Prinsip Prinsip Hukum Adat* Kolasari, Perpustakaan Universitas Air Langga, h. 12. (<https://repository.unair.ac.id/32679/4/4.%20BAB%20I%20PENDAHULUAN.pdf>) diakses pada Jumat, 18 November 2022, jam 09.32.

<sup>109</sup> ‘Urf dan Adat mempunyai pengertian yang sama yaitu sesuatu yang dibiasakan oleh rakyat umum dan golongan masyarakat, selanjutnya diartikan sebagai adat kebiasaan. Lihat Abd Rauf, “Kedudukan Hukum Adat Dalam Hukum Islam,” *Jurnal Tahkim* 9, no. 1 (2013), h.23

<sup>110</sup> Abdul Wahab Khalaf, *Ilmu Ushul Fikih*, (Jakarta: Pustaka Amani, 2003), h.90

<sup>111</sup> Wahbah Az Zuhaili, *Ushul-Fiqh al Islami*, Vol.II, (Beirut: Dar al Fikr, tt), , h. 835.

Ada empat syarat untuk menjadikan sebuah kebiasaan menjadi pedoman hukum, yakni:<sup>112</sup>

- 1) Kebiasaan secara umum paling tidak berlaku disebagian besar orang di satu tempat dan terus menerus diberlakukan.
- 2) Sudah ada sebelum atau pada saat digunakan.
- 3) Tidak ditemukan perkataan atau perbuatan yang berbeda dengan nilai substansi *'urf*.
- 4) Tidak bertentangan dengan dengan nash (al-Qur'an dan al -Hadis).

Sikap penerimaan hukum Islam terhadap kebiasaan masyarakat dapat dilihat dari adanya perubahan hukum yang dipengaruhi oleh adat kebiasaan setempat. Demikian juga dengan penetapan hukum Islam yang dilakukan oleh para mujtahid sebagian berpedoman kepada kebiasaan yang dilakukan masyarakat. Hal ini dilakukan semata untuk kemaslahatan masyarakat, karena kemaslahatan itu sendiri merupakan suatu dasar asasi yang harus dijunjung tinggi.<sup>113</sup>

#### **4. Teori Penemuan Hukum Progresif**

Penemuan hukum adalah: "proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang di tugaskan untuk untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit".<sup>114</sup> Dari pengertian itu dapat diketahui bahwa pihak-pihak yang menemukan hukum antara lain adalah hakim yang hasil

---

<sup>112</sup> M. Noor Harisudin, "'Urf Sebagai Sumber Hukum Islam (Fiqh) Nusantara," *Jurnal Ushuluddin: Media Dialog Pemikiran Islam* 20, no. 1 (2016): 66–86.h.76.

<sup>113</sup> Abd Rauf, "Kedudukan Hukum Adat Dalam Hukum Islam," *Jurnal Tahkim* 9, no. 1 (2013).h.23.

<sup>114</sup> Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, 2007).h.37.

penemuan hukumnya adalah hukum yang dituangkan dalam bentuk putusan. Di samping itu ia juga merupakan sumber hukum. Sifatnya adalah konfliktif atau menyelesaikan peristiwa hukum konkret berupa konflik.

Pihak lain yang juga bertugas menemukan hukum adalah pembentuk undang-undang, penemuan hukum oleh pembentuk undang-undang adalah hukum yang dituangkan dalam bentuk undang-undang dan sekaligus menjadi sumber hukum. Sifatnya adalah perspektif atau menyelesaikan peristiwa abstrak (yang belum terjadi) tetapi besar kemungkinan akan terjadi di waktu mendatang dan yang ketiga adalah dosen dan peneliti hukum, penemuan hukumnya tidaklah dinamakan hukum, tetapi menjadi sumber hukum berupa doktrin. Sifatnya adalah teoritis.<sup>115</sup>

Menurut Purwoto S. Ganda Subrata sebagaimana dikutip Ahmad Rifai, menguraikan bahwa ada 3 pedoman hakim pada saat menghadapi perkara;<sup>116</sup>

- 1) Pada kasus yang dasar hukumnya sudah jelas Hakim hanya menerapkan hukum dalam kasus yang hukumnya jelas, atau bisa dikatakan dia bertindak sebagai terompet atau membunyikan hukum (*la Bouce de la lo*).
- 2) Jika hukum tidak atau belum jelas, hakim harus menafsirkan hukum atau undang-undang dengan cara atau metode yang berlaku dalam ilmu hukum.
- 3) Jika terjadi pelanggaran atau penerapan hukumnya bertentangan dengan undang-undang yang berlaku, maka hakim akan menggunakan hak pengujian formal atau materiel, yang biasanya dilakukan oleh undang-undang atau *judix pacti*.

Bagir Manan mengatakan bahwa rumusan umum undang-undang tidak pernah mencakup setiap peristiwa hukum. Hakim adalah orang yang memiliki tugas untuk menghubungkan atau menyambungkan peristiwa hukum yang spesifik dengan ketentuan hukum yang lebih abstrak. Dalam kehidupan sehari-hari, tugas

---

<sup>115</sup> Sudikno Mertokusumo., h. 38-39.

<sup>116</sup> Achmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim: Dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), h.46.

hakim adalah menafsirkan atau menciptakan hukum berdasarkan peristiwa tertentu.<sup>117</sup> Apa yang dilakukan oleh hakim tersebut merupakan bagian dari upaya penemuan hukum. Hakim tidak semata-mata menentukan bagaimana hukum diterapkan pada peristiwa tertentu; mereka juga menciptakan dan menetapkan hukum yang dikemudain hari menjadi acuan.<sup>118</sup>

Dalam bidang penemuan hukum, ada dua kelompok yang berbeda: yang pertama berpendapat bahwa hukum dan peradilan adalah alat untuk mengubah masyarakat (progresif). Di sisi lain, kelompok konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan hanyalah alat untuk mencegah kerusakan moral dan nilai-nilai lainnya.<sup>119</sup>

Dalam penemuan hukum yang progresif adalah berangkat dari gagasan hukum progresif bahwa hukum adalah untuk manusia, dengan nilai-nilai kebenaran dan keadilan yang menjadi pusat diskusi hukum, sehingga aspek etika dan moralitas tidak terlepas dari diskusi tersebut. Penemuan hukum yang dibuat oleh hakim saat menjalankan tugas yustisialnya, yang pada akhirnya akan membuat keputusannya.<sup>120</sup>

Berdasarkan penjelasan sebelumnya, kita dapat mengetahui bahwa ciri-ciri penemuan hukum yang progresif adalah:

---

<sup>117</sup> Bagir Manan, *Suatu Tinjauan Terhadap Kekuasaan Kehakiman Dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004*, (Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2005), h. 209.

<sup>118</sup> Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 58.

<sup>119</sup> Rahardjo, "Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan)." h. 5.

<sup>120</sup> Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 48.

- 1) Penemuan hukum yang didasarkan pada rasa terima kasih yang diberikan oleh hakim kepada dirinya sendiri terhadap kemampuannya, berdasarkan gagasan bahwa hukum dibuat untuk membantu manusia.
- 2) Penemuan hukum yang didasarkan pada prinsip-prinsip etika, moralitas, kebenaran, dan keadilan.
- 3) Penemuan hukum yang memiliki kemampuan untuk memasukkan nilai-nilai baru ke dalam kehidupan masyarakat atau mengubah masyarakat sesuai dengan kemajuan teknologi dan zaman.<sup>121</sup>

Berpedoman pada sifat dan karakter penemuan hukum yang progresif di atas sehingga metode dan cara penemuan hukum yang memenuhi karakter tersebut haruslah:

- 1) Pendekatan penemuan hukum yang cerdas yang mempertimbangkan setiap kasus secara individual untuk mempertimbangkan prospek masa depan dari masalah hukum tersebut (studi kasus-kasus).
- 2) Pendekatan penemuan hukum yang berani melakukan terobosan (pelanggaran hukum) dengan memperhatikan perubahan masyarakat sambil tetap berpegang pada hukum, kebenaran, dan keadilan serta memperhatikan dan memprioritaskan nasib dan kondisi negara dan bangsanya.
- 3) Teknik penemuan hukum yang dapat meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat dan membawa negara dan bangsa keluar dari ketidakstabilan dan keterpurukan sosial.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 48.

<sup>122</sup> Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 93.

Memang tidak dapat ditentukan secara pasti metode penemuan hukum apa yang tepat digunakan hakim dalam melakukan penemuan hukum yang sesuai dengan karakteristik hukum progresif. Hal ini karena setiap perkara atau kasus mempunyai karakteristik yang berbeda satu sama lain. Sehingga hakim akan menggunakan metode penemuan hukum yang sesuai dengan kasus yang dihadapinya. Hakim bisa menggunakan salah satu dari metode interpretasi hukum atau salah satu dari metode konstruksi hukum. Atau bisa juga dengan memadukan beberapa metode penemuan hukum yang ada.

Interpretasi hukum (*intepretation method*) digunakan ketika terdapat ketentuan Undang-undang dapat dibuat secara langsung pada peristiwa dan kejadian tertentu. Teknik ini digunakan ketika undang-undang sudah ada, tetapi tidak jelas untuk diterapkan pada peristiwa tertentu karena norma yang kabur (*vage normen*), konflik antar norma hukum (*antinomy normen*), dan ketidakpastian undang-undang.<sup>123</sup> Metode ini menjelaskan teks undang-undang dengan jelas dan konkrit, sehingga ruang lingkup kaedah undang-undang dapat diterapkan dalam peristiwa hukum dan kejadian tertentu.<sup>124</sup> Sehingga ketentuan undang-undang dapat diterapkan untuk menyelesaikan peristiwa tertentu yang dihadapi oleh hakim, tujuan interpretasi adalah untuk menjelaskan maksud sebenarnya dari teks undang-undang. Sedangkan metode kontruksi hukum atau penalaran (*redeneerwijzen*), terjadi apabila tidak ada ketentuan undang-undang yang secara langsung dapat diterapkan pada masalah hukum yang dihadapi, atau apabila tidak ada peraturan.

---

<sup>123</sup> Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, h. 60.

<sup>124</sup> Mertokusumo, "Penemuan Hukum."h.13

Dalam kasus seperti ini, terjadi kekosongan hukum, juga dikenal sebagai "recth vacuum" atau "wet vacuum", di mana hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang. Hakim tidak lagi berpegang pada teks tersebut; namun, mereka tidak mengabaikan prinsip hukum sebagai sistem.<sup>125</sup>

Metode penemuan hukum yang progresif tentu saja akan menghasilkan putusan yang bukan semata mata didasarkan ketentuan yuridis, melainkan juga didasarkan pada hati nurani. Karena sebagai pelaku kekuasaan kehakiman hakim dalam memeriksa dan memutus perkara bukanlah sesuatu yang mudah, karena menurut Gerhard Robbers secara kontekstual ada 3 (tiga) hal esensial yang terkandung dalam kebebasan hakim yakni:

- 1) Hukum dan keadilan yang menjadi dasar hakim untuk tunduk
- 2) Independensi hakim sehingga tidak ada yang bisa melakukan intervensi terhadap putusan hakim meskipun itu pemerintah sekalipun. dan
- 3) Putusan hakim tidak berdampak pada atau tidak berhubungan pada pribadi hakim sebagai pelaksana fungsi yudikatifnya.<sup>126</sup>

Teori hukum progresif adalah teori yang ditawarkan oleh Satjipto Raharjo yang didasarkan pada adanya keinginan untuk menjawab kebutuhan akan adanya penegakan hukum yang progresif. Inti dari konsep hukum progresif terletak pada cara berfikir dan bertindak progresif yang membebaskan dari belenggu teks

---

<sup>125</sup>Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum: Sejarah, Filsafat, & Metode Tafsir* (Malang : Universitas Brawijaya Press, 2011),h.40.

<sup>126</sup> Gerhard Robbers, *An Introduction to German Law*. (Jerman: Baden-Baden, 1998).h.27.



dokumen hukum, karena pada akhirnya hukum itu bukan untuk teks hukum, melainkan untuk kebahagiaan dan kesejahteraan manusia.<sup>127</sup>

Kata progresif diambil dari kata *progress* yang diterjemahkan dengan kata kemajuan. Ini mengisyaratkan adanya harapan bahwa hukum itu hendaknya bisa mampu mengikuti dan menyesuaikan dengan kemajuan zaman serta mampu menjawab perkembangan zaman dengan segala isi di dalamnya. Selain itu hukum diharapkan menjadi pelayan masyarakat dengan cara menyandarkan pada aspek etika sumber daya manusia penegak hukum dan pelaksana hukum.<sup>128</sup>

Hukum progresif melihat hukum sebagai institusi yang tidak dapat dibatalkan dan terakhir; sebaliknya, mereka percaya bahwa hukum dapat mengabdikan kepada manusia. Dalam perspektif seperti itu, hukum selalu berkembang. Institusi hukum terus berkembang dan menjadi lebih baik. Keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat adalah beberapa faktor yang dapat digunakan untuk menentukan kualitas kesempurnaan itu (*law a proces, law in the making*). Ini adalah kenyataan bahwa hukum selalu berubah (dinamis). Hukum bertujuan untuk membantu manusia, bukan untuk dirinya sendiri.<sup>129</sup>

Sebelum muncul teori ini Roscoe Pound telah memunculkan teori *pragmatisme legal realism* yang mengajarkan bahwa "*law as tool social engineering*".<sup>130</sup> Hukum berfungsi sebagai sarana untuk merekayasa masyarakat

---

<sup>127</sup> Satjipto Rahardjo, "Konsep Dan Karakteristik Hukum Progresif," in *Makalah Dalam Seminar Nasional Hukum Progresif I, Semarang*, vol. 15, 2007.h.346.

<sup>128</sup> Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan)," *Majalah Hukum Newsletter Nomor 59* (2004).h.1

<sup>129</sup> Satjipto Rahardjo.h.346.

<sup>130</sup> Roscoe Pound, *Pengantar Filsafat Hukum* (Jakarta:Bharatan, 1996).h.71.

kearah tertentu yang diinginkan. Menurut Roescoe Pound bahwa dalam rangka memfungsikan hukum sebagai sarana *social enggenering*, maka haruslah diciptakan hukum yang:

- 1) dapat menciptakan keseimbangan antar berbagai kepentingan,
- 2) mengarahkan kehidupan sosial ke arah yang lebih baik,
- 3) menciptakan keadaan masyarakat yang lebih tertib untuk mencapai cita-cita yang diinginkan; dan
- 4) mampu mendorong terjadinya perubahan sosial dan dapat memaksa masyarakat untuk mengikuti norma-norma yang baru yang ditetapkan.

Menurutnya hukum tidak lagi dilihat hanya sekedar tatanan penjaga *status quo*, tetapi sebagai sebuah sistem pengaturan untuk mencapai tujuan-tujuan tertentu secara terencana.<sup>131</sup> Teori ini kemudian dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmaja sebagai teori hukum pembangunan.<sup>132</sup> Menurutnya hukum yang baik harus memenuhi empat syarat, yakni:

- 1) sesuai dan memperhatikan kesadaran hukum masyarakat,
- 2) tidak boleh menghambat modernisasi,
- 3) dapat menjadi sarana pembaharuan masyarakat,
- 4) mempunyai kekuatan legalisasi dari negara.

Muchtar mengemukakan bahwa Jika tidak ada hukum, hukum adalah angan-angan, dan kekuasaan tanpa hukum adalah kezaliman.<sup>133</sup>

Menurut Satjipto Raharjo, pemikiran tentang hukum harus kembali ke filosofinya—hukum untuk manusia.<sup>134</sup> Menurut filosofi ini, manusia adalah penentu dan titik orientasi hukum, dan hukum dimaksudkan untuk melayani manusia, bukan

---

<sup>131</sup> Darji Darmodiharjo, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum: Apa Dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia* (Jakarta:Gramedia Pustaka Utama, 1995).h.128.

<sup>132</sup> H. Abdul Manan and S. SH, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum* (Jakarta:Prenada Media, 2018).h.21.

<sup>133</sup> Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi Dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional* (Bandung:Bina Cipta, 1976).h.11.

<sup>134</sup> Mochtar Kusumaatmadja, h. 4.

sebaliknya. Oleh karena itu, hukum bukan institusi yang lepas dari kepentingan manusia.

Menurut Mackenzie, ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat digunakan hakim dalam mempertimbangkan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yakni sebagai berikut:<sup>135</sup>

- a) Teori keseimbangan, maksudnya adalah pertimbangan hukum yang dilakukan hakim dalam memutuskan perkara haruslah ada keseimbangan antara syarat yang ditentukan undang-undang dan kepentingan pihak-pihak yang bersangkutan atau berkaitan dengan perkara, yaitu antara lain adanya keseimbangan antara kepentingan penggugat dan kepentingan tergugat (dalam perkara perdata).
- b) Teori pendekatan seni dan intuisi, penjatuhan putusan oleh hakim merupakan diskresi atau kewenangan dari hakim. Sebagai diskresi dalam penjatuhan putusan perkara perdata hakim akan melihat keadaan pihak-pihak yang berperkara, yaitu penggugat dan tergugat. Pendekatan seni dipergunakan oleh hakim dalam penjatuhan suatu putusan, lebih ditentukan oleh *instink* atau intuisi daripada pengetahuan dari hakim. Hakim diharapkan untuk berhati-hati dalam menggunakan teori ini, karena keyakinan hakim yang didasarkan pada *instink* dan naluri saja terkadang sangat bersifat subjektif. Hal ini karena hakim sebagai manusia biasa terkadang dipengaruhi oleh kondisi jasmani dan rohani yang

---

<sup>135</sup> Abdul Manan, "Suatu Tinjauan Terhadap Kekuasaan Kehakiman Dalam Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004."h.7-12

terkadang menempatkan instink atau intuisi dalam posisi yang tidak terlalu tepat. Sehingga dikhawatirkan akan mempengaruhi putusan yang diambil. Atau bisa berakibat lahirnya putusan yang salah atau sesat yang akhirnya putusan tersebut lebih banyak *mudharat* dari pada manfaatnya.

c) Teori pendekatan keilmuan, pendekatan keilmuan ini bertitik tolak kepada pemikiran bahwa penjatuhan putusan haruslah dilakukan secara sistematis dan penuh kehati-hatian. Pendekatan ini merupakan peringatan bahwa dalam memutus perkara hakim tidak boleh semata mata mendasarkan pada *instink* atau intuisi, namun harus dilengkapi dengan ilmu pengetahuan hukum dan juga wawasan keilmuan hakim dalam menghadapi perkara yang akan diputuskan. Dalam teori ini kemandirian hakim menguasai berbagai teori teori dalam ilmu hukum, ataupun sekedar pengetahuan akan teori teori ilmu pengetahuan yang lainnya sangat menentukan putusan yang akan dijatuhkan oleh hakim. Untuk itu hakim dituntut untuk terus belajar dan belajar ilmu pengetahuan yang berkaitan dengan hukum pada khususnya dan ilmu pengetahuan yang lain pada umumnya.

d) Teori pendekatan pengalaman. Teori pendekatan pengalaman seorang hakim merupakan hal yang dapat membantunya dalam menghadapi perkara perkara yang dihadapinya sehari hari, karena dengan pengalaman yang dimilikinya, seorang hakim dapat mengetahui bagaimana dampak dari putusan yang dijatuhkan, yang dalam perkara perdata berkaitan dengan pihak pihak yang berperkara dan masyarakat. Pengalaman yang

didasarkan kepada perjalanan karier yang panjang diharapkan semakin memberikan bekal yang cukup bagi hakim untuk bersikap professional, arif, dan bijaksana dalam menjalankan tugasnya. Sehingga dengan pengalaman dapat mendorong para hakim untuk semakin berhati hati dalam menjatuhkan suatu putusan dan akan memberikn rasa keyakinan akan perlunya sikap professional, arif dan bijaksana dalam menjatuhkan putusan.

- e) Teori *Ratio Decidendi*. Teori ini ini didasarkan pada landasan dasar filsafat yang mempertimbangkan segala aspek terkait dengan pokok perkara pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam menjatuhkan putusan. Demikian pula dengan landasan filsafat juga merupakan bagian dari pertimbangan hukum seorang hakim dalam menjatuhkan putusan, karena filsafat berkaitan dengan hati nurani dan rasa keadilan yang terdapat dalam diri hakim tersebut, agar putusannya memberikan rasa keadilan baik keadilan bersifat formal (procedural) maupun keadilan substantive dengan tetap mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan oleh para pihak. Meskipun demikian peraturan perundang-undangan tetaplah menjadi pedoman bagi hakim dalam menjatuhkan putusan untuk selanjutnya tetap mempertimbangkan motivasi yang jelas dari tujuan sebuah putusan, yakni untuk menegakkan hukum (kepastian hukum), memberikan rasa keadilan bagi para pihak yang berpekara.

f) Teori Kebijaksanaan. Seorang hakim haruslah memiliki kebijaksanaan agar putusan putusan yang dijatuhkannya dapat memenuhi dimensi keadilan, yaitu keadilan formal dan keadilan substantial sekaligus. Teori ini sebenarnya lebih ditujukan pada penjatuhan putusan dalam perkara anak, akan tetapi jika dimaknai lebih dalam teori ini juga bisa digunakan dalam penjatuhan perkara lainnya termasuk perdata. Karena kebijaksanaan merupakan modal lainnya yang harus dimiliki oleh hakim.

### 5. Teori *al Mashlahat*

Secara bahasa/etimologi kata *maslahat* berasal dari kata *shalaha* yang berarti baik dan menjadi lawan kata buruk, sehingga kata *mashlahat* digunakan untuk menunjukkan jika sesuatu itu baik atau seorang menjadi baik.<sup>136</sup> Ada juga yang mengartikan *Al-Maslahah (mashlahat)* berarti kebaikan, kemanfaatan, kepantasan, kelayakan, keselarasan, kepatutan. Kata *al- mashlahah* di lawankan dengan *al-mafsadah* artinya kerusakan,<sup>137</sup> *al-maslahah* identik dengan *al khair* (kebajikan), *al naf'* (kebermanfaatan), *al husn* (kebaikan).<sup>138</sup>

Dalam kamus besar Bahasa Indonesia membedakan antara *mashlahat* dengan *kemaslahatan*. Kata *maslahat*, menurut kamus ini diartikan sebagai suatu yang mendatangkan kebajikan, faidah dan guna. Sedangkan kata *kemaslahatan*

---

<sup>136</sup> Kutbuddin Aibak, *Metodologi Pembaharuan Hukum Islam* (Yogyakarta:Pustaka Pelajar, 2008).h.187.

<sup>137</sup>Asmawi Asmawi, "Konseptualisasi Teori Maslahah," *SALAM: Jurnal Sosial Dan Budaya Syar-I* 1, no. 2 (2014).h.314 Lihat juga Muhammad Roy Purwanto, *Kritik Terhadap Konsep Maslahah Najm ad Din at Tufi*, *Jurnal Madania* Vol 11, no 1 (Juni 2015), h. 29.

<sup>138</sup>Lihat Jamal al-Din Muhammad ibn Mukarram al Ifriqi, *Lisan, al Arab*, juz II, (Riyad : Dar Alam al Kutub, 1423 H/2003 M, h. 348.

mempunyai makna kegunaan, kebaikan, manfaat, kepentingan. Berdasarkan hal ini jelas sekali bahwa kamus ini mengkategorikan kata *maslahat* sebagai kata dasar, dan *kemaslahatan* di kategorikan sebagai kata benda jadian yang berasal dari kata *maslahat* yang mendapat awalan ke dan akhiran.

*Maslahat* atau sering pula disebut dengan *maslahat mursalah* atau ada juga yang menyebutnya *istislah* merupakan tujuan syara' (*maqasid syariah*)<sup>139</sup> dari ditetapkannya hukum Islam. *Maslahat* di sini berarti *jalb al manfaah wa daf al mafsadah* (menarik kemanfaatan dan menolak kemudharatan).<sup>140</sup> *Kemaslahatan* merupakan cerminan dari syariat itu sendiri.<sup>141</sup> Menurut Imam as-Syatibi hasil penelitian para 'ulama terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah bahwa hukum Islam di syari'atkan Allah untuk mewujudkan keadilan dan kemaslahatan umat manusia baik di dunia maupun di akhirat kelak.<sup>142</sup>

*Al-maslahah* menurut istilah *syara'* adalah memelihara dan mewujudkan tujuan syara yang berupa memelihara agama, jiwa, akal budi, keturunan, kehormatan dan harta kekayaan. Setiap sesuatu yang dapat menjamin dan melindungi eksestensinya keenam hal tersebut dikualifikasikan sebagai *al-maslahah*. Dalam arti *syari'* *al-maslahah* adalah sebab yang membawa kepada tujuan *al syari'*, baik yang menyangkut ibadah maupun muamalah.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup>Hamadi Al-Ubaidi, *Ibnu Rusyd Wa 'Ulum al-Syari'Ah al-Islamiyah*, (Beirut: Darl Fikr, 1991).h. 97.

<sup>140</sup> Robitul Firdaus, "Konsep Maslahat Di Tengah Budaya Hukum Indonesia," *Al-Manahij: Jurnal Kajian Hukum Islam* 5, no. 1 (2011): 53–66.h.53.

<sup>141</sup> Mohammad Hashim Kamali, "Maqasid Al-Shari'ah and Ijtihad as Instrument s of Civilisational Renewal: A Methodological Perspective," *ICR Journal* 2, no. 2 (2011): 245–271.h.245.

<sup>142</sup> Ahmad Suganda, "Urgensi Dan Tingkatan Maqashid Syari'ah Dalam Kemaslahatan Masyarakat," *Jurnal At-Tadbir: Media Hukum Dan Pendidikan* 30, no. 1 (2020): 1–16.h.3.

<sup>143</sup> Al-Ghazali, "*Al-Mustasyfa Min 'Ilm al-Ushul*."h.416-417

Dalam diskursus keilmuan ushul fikih, *mashlahah* dikaji dalam dua fungsi, yakni:

1) *Al Mashlahah* sebagai tujuan hukum (*maqasid al-syariah*).

Teori tentang *mashlahah* ini sebagai tujuan hukum telah mengalami kematangan dengan diklasifikasikannya sektor sektor dan skala prioritasnya. Bermula dari paparan mengenai *mashlahah* sebagai dalil atau sumber hukum Islam. Dipahami bahwa fungsi *mashlahah* sebagai tujuan hukum tidak berujung pada kontroversi, sebagaimana yang terjadi pada *mashlahah* sebagai dalil atau sumber hukum.<sup>144</sup>

Imam al-Syatibi memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan syariat yang bersifat *dharruriyah*, *hajjiyah* dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum syara' yakni;

- a) Memelihara agama (*hifzh al-din*),
- b) Memelihara jiwa (*hifzh al-nafs*),
- c) memelihara keturunan (*hifzh al-nast*),
- d) memelihara akal (*hifzh al-Aql*),
- e) memelihara harta (*hifzh al-maal*).<sup>145</sup>

Dengan demikian, konsep *mashlahah* memberi legitimasi bagi anutan hukum baru dan memungkinkan para ulama fikih mengelaborasi konteks masalah yang tidak ditegaskan oleh nash syara'. Seberapa besar perubahan hukum dapat

---

<sup>144</sup> Siti Maryam Qurotul Aini, "Al-Mashlahah Al-Mursalah Dan Permasalahannya," *Jurnal Pikir* 2, no. 1 (2016): 66–79.h.67.

<sup>145</sup> Ishaq asy Syatibi, "Abu, al Muwafaqat Fi Ushul as Syari'ah" (Jilid II juz keempat (Beirut: Dar al Kutub al Ilmiyah, tt, n.d.).h.7.



dicapai melalui aplikasi konsep *mashlahah* tergantung pada terutama pola penalaran hukum berbobot *mashlahah* yang diterapkan para ahli fikih.<sup>146</sup> *Mashlahah* sebagai bagian *Maqâshid syari`ah* merupakan instrumen yang sangat penting bagi seorang mujtahid untuk memproduksi hukum Islam sebagai solusi persoalan kehidupan sehari-hari. Tanpa memahami fikih *maqâshid*, maka ajaran Islam hanya akan terkesan sebagai piranti tanpa ruh.<sup>147</sup>

2) ***Al Mashlahah* sebagai sumber hukum yang berdiri sendiri (*adillat al syari`i*).**

Secara umum, mayoritas ulama membagi *al mashlahah* yang berfungsi sebagai sumber hukum menjadi tiga, yakni:<sup>148</sup>

- a) *Mashlahah mu'tabarah*, jika memiliki legitimasi dari *syara'*.
- b) *Mashlahah Mulghah*, jika tidak memiliki legitimasi dari *syara'* atau dapat merusak kemashlahatan yang lebih besar yang ditunjukkan oleh nash.
- c) *Mashlahah mursalah*<sup>149</sup>, jika secara eksplisit tidak ada satu dalil pun baik yang mengakui maupun menolak.

Para ulama yang mengatakan bahwa *al-mashlahah al mursalah* dapat dijadikan dalil hukum Islam juga menetapkan berbagai persyaratan operasional atas implementasinya, sehingga terhindar dari hawa nafsu. *Mashlahah* itu berupa ke-

---

<sup>146</sup> Felicitas Opwis, "Maslaha in Contemporary Islamic Legal Theory," *Islamic law and society* 12, no. 2 (2005): 182–223.h.183.

<sup>147</sup> Mukti Tabrani, "Maqashid Revitalization in Global Era: Istidlal Study from Text to Context," *AL-IHKAM: Jurnal Hukum & Pranata Sosial* 13, no. 2 (2018): 310–333, h.313.

<sup>148</sup> Abdul Karim Zaidan, *Al-Wajiz Fi Ushul al-Fiqh, Cet. VII* (Baghdad : Dar al A`rabiyyah li al Tiba`ah 1994).h.12.

<sup>149</sup> Istilah *al mursalah* hanya untuk membedakan dengan *al mashlahah* yang legitimasinya disebut secara jelas oleh *syara'* yang memungkinkan dilakukan *qiyas*.(I'yad bin Nami al Sulami, *Ushul Fiqh*, (Riyad: Dar al Tadmuriyah, 2010, h. 206.

*mashlahat*-an yang hakiki dan bukan ke-*mashlahat*-an semu. Artinya penetapan hukum *syara'* harus benar benar dilakukan secara nyata dan menarik kemanfaatan serta menolak ke-*mudharat*-an. Jika hanya didasarkan bahwa penetapan hukum tersebut mungkin mendatangkan kemanfaatan tanpa harus membandingkan dengan sisi *mudharat*-nya, maka hal itu berarti kemanfaatan semu.<sup>150</sup>

Dari berbagai pendapat mengenai penggunaan *al mashlahah* sebagai dalil hukum baik yang setuju maupun yang tidak setuju terdapat titik temu yakni pihak yang tidak setuju tidak sepenuhnya menolak *al mashlahah al mursalah*. Dalam hal ini mereka sebenarnya bisa menerima penggunaannya asalkan *al mashlahah* tersebut harus dapat dikategorikan sebagai *al mashlahah* yang dikehendaki *syara'* untuk dipelihara, bukan berdasarkan hawa nafsu semata.<sup>151</sup>

## 6. Teori Dekonstruksi

Selain itu dikenal juga teori dekonstruksi dipopulerkan oleh Jacques Derrida. Pemikiran Derrida berkaitan dengan masalah bahasa yaitu dekonstruksi strukturalisme Saussure juga isu-isu perdamaian dan keadilan yang universal yang hanya menerima satu bentuk keadilan yang selalu dielu-elukan bangsa Barat. Menurut pandangan strukturalisme bahwa bahasa mempunyai makna yang stabil dan pasti. Yang diutamakan bahasa adalah aturan (*langue*) sedangkan keberagaman

---

<sup>150</sup>That would be end I'm not I'm not so bad sorry all my time I think that at the moment yeah I'm gonna do it I mean looking back Salazar lastly IBEW then round and you must I have a better I'm not You must see say I just best guess in Metallica I get it is a good cat Papa the nurse how I'm lucky a visa and mini media hello tango but but in the Other other boogie happy<sup>150</sup>Abdul Wahhab Khallaf, *Ilmu Ushul Fikih*, Terj Faiz al Muttaqin, Jakarta, Pustaka Amani, 2003, h. 113-114.

<sup>151</sup> Romli SA, *Muqaranah Madzahib fil Ushul*, (Jakarta, Gaya Media Pratama, 1999), h. 171.

bahasa, bentuk bahasa lain (*parole*) tidak diperlukan. Cara berpikir strukturalisme yang demikian ditentang Derrida dengan istilah dekonstruksi.<sup>152</sup>

Pada awalnya dekonstruksi merupakan cara atau metode membaca teks. Metode dekonstruksi bukan mencari inkonsistensi logis, argumentasi yang lemah seperti yang biasa dilakukan kaum modernisme. Yang dilacak Derrida adalah unsur yang secara filosofis menjadi penentu atau unsur yang memungkinkan teks itu menjadi filosofis. Umumnya dalam setiap teks pemaparannya argumentatif, rasional dan terjalin rapi antara satu sama yang lain. Akan tetapi yang dilacak Derrida bukan penataan yang secara sadar, prosedur yang logis melainkan tatanan yang tidak disadari, yang merupakan asumsi-asumsi tersembunyi yang terdapat di balik teks. Dengan kata lain, Derrida ingin menelanjangi tekstualitas laten dalam sebuah teks.

Melalui dekonstruksi, Derrida menjadi tokoh yang sangat sentral bagi kaum poststrukturalis sekaligus postmodernisme. Hal-hal kecil yang kurang diperhatikan kaum strukturalis menjadi pokok perhatian Derrida. Realitas yang dianggap objektif, homogen, singular, didekonstruksi sehingga realitas itu terlihat dengan jelas menjadi plural, heterogen, dan fragmentaris. Melalui dekonstruksinya, Derrida meninggalkan modernisme dan membunuh kedua pahlawan narasi mitos dan logos.<sup>153</sup>

Dekonstruksi yang dipopulerkan Derrida pada awalnya merupakan suatu tindakan atau lebih populer suatu metode. Metode dekonstruksi merupakan suatu

---

<sup>152</sup> Mangihut Siregar, "Kritik Terhadap Teori Dekonstruksi Derrida," *Journal of Urban Sociology* 2, no. 1 (2019): 65–75.h. 66

<sup>153</sup> Mangihut Siregar, "Kritik Terhadap Teori Dekonstruksi Derrida, h.66.

tindakan dari subjek untuk mempertanyakan, membongkar suatu objek yang tersusun dari berbagai unsur.<sup>154</sup> Pembongkaran yang dilakukan merupakan suatu tindakan yang radikal karena berani menghancurkan yang sudah tertata rapi, dianggap paling benar dan sudah diagung-agungkan pada masa itu. Keberanian yang dimiliki dengan argumentasi yang kuat menjadikan Derrida sebagai salah satu tokoh postrukturalis dan postmodernis yang sangat disegani.

Dekonstruksi bukanlah hanya membongkar saja sampai habis dan membiarkannya begitu saja. Seperti yang dikatakan Piliang, agar dekonstruksi berguna untuk kemajuan masyarakat maka diperlukan suatu tindakan baru, tindakan itu disebut rekonstruksi. Rekonstruksi artinya penataan secara terus-menerus struktur, yang juga didekonstruksi secara terus-menerus. Dengan demikian proses dekonstruksi harus.<sup>155</sup>

Dalam pemahaman Derrida, teks tidak hanya dalam bentuk tulisan atau nash. Teks adalah jejaring makna dan struktur simbol. Perilaku, tindakan, norma, mimik, tata nilai, isi pikiran, percakapan, benda-benda dan obyek sejarah dan lain sebagainya adalah teks. Segala sesuatu yang dapat dipahami, yang memiliki makna dan dapat diolah dengan akal itulah teks. Dalam konteks pengertian teks seperti inilah, teks dan makna dibicarakan dalam tulisan ini. Di tengah keluasan makna teks menurut Derrida dan keberagaman makna dalam perspektif dekonstruksi, maka berhermeneutik bersama Derrida adalah peziarahan menapaki jejak-jejak

---

<sup>154</sup> Christopher Norris, "Membongkar Teori Dekonstruksi," *Inyik Ridwan Muzir (Pentj.)*. (Yogyakarta: Penerbit Ar-ruzz, 2003): h.5.

<sup>155</sup> Yasraf Amir Piliang, *Semiotika Dan Hipersemiotika: Gaya, Kode Dan Matinya Makna*, (Bandung: Matahari, 2012): h.239.

pemikiran Derrida di ruang keseharian kita yang tidak pernah lepas dari kegiatan membaca, memahami dan memaknai realitas.<sup>156</sup>

## H. Metode Penelitian

Suksesnya penelitian sebagian besar ditentukan oleh metode yang digunakan. Berdasarkan hal tersebut metode penelitian perlu ditentukan dengan didasarkan kepada sifat masalah, signifikansi dan hasil yang ingin diperoleh.<sup>157</sup>

### 1. Jenis dan Pendekatan Penelitian

Penelitian hukum berarti penelitian dalam cabang ilmu yang berhubungan dengan asas-asas hukum dan lembaga hukum.<sup>158</sup> Jenis penelitian yang digunakan penelitian kepustakaan dengan pendekatan hukum normatif, yakni penelitian yang lebih mengarah kepada pencitraan hukum sebagai sebuah disiplin preskriptif. Hukum hanya dilihat dari segi norma-normanya saja yang pasti bersifat preskriptif.<sup>159</sup> Penelitian hukum normatif juga dikenal dengan penelitian hukum doktrinal yang menelaah berkaitan dengan konsep hukum.<sup>160</sup> Peter Mahmud Marzuki berpendapat bahwa penelitian hukum normatif ini merupakan langkah langkah dalam menemukan suatu aturan hukum, prinsip prinsip hukum, maupun doktrin doktrin hukum untuk menjawab isu hukum yang ada.<sup>161</sup>

---

<sup>156</sup> Frety Cassia Undang, "Berhermeneutik Bersama Derrida," *Tumou Tou* 6, no. 2 (2019): 117–127.h.119.

<sup>157</sup> Amy E. Sloan, *Basic Legal Research: Tools and Strategies* (Boston: Aspen Publishing, 2021).h.32.

<sup>158</sup> H. N. Tewari, *Legal Research Methodology* (Islamabad : Allahabad Law Agency, 1997). h.13.

<sup>159</sup> Soekanto Soerjono and Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta : PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995).h.14.

<sup>160</sup> Vijay M. Gawas, "Doctrinal Legal Research Method a Guiding Principle in Reforming the Law and Legal System towards the Research Development" (2017). *International Journal of 2017 Law*.<http://www.lawjournals.org/archives/2017/vol3/issue5/3-5-130>. h.128

<sup>161</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Kencana Prenada Media ,2005).h.3.

Dalam pendekatan penelitian hukum normatif ini digunakan juga pendekatan lain, yakni :

a. Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*)<sup>162</sup>

Pendekatan perundang-undangan dengan menelaah semua regulasi atau peraturan perundang-undangan yang bersangkutan paut dengan dengan isu diskresi, hakim dan penyelesaian waris di pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama. Pendekatan ini memandang hukum identik dengan norma tertulis yang dibuat dan diundangkan oleh pejabat yang berwenang.<sup>163</sup> Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) mempunyai sifat:

- 1) *Comprehensive* artinya norma-norma hukum yang ada di dalamnya terkait antara yang satu dengan yang lainnya secara logis;
- 2) *All-iclusive* bahwa kumpulan norma hukum tersebut cukup mampu menampung permasalahan hukum yang ada sehingga tidak akan ada kekurangan hukum;
- 3) *Sistematic* bahwa di samping bertautan antara satu dengan yang lain, norma-norma hukum tersebut juga tersusun secara sistematis.<sup>164</sup>

b. Pendekatan kasus (*case approach*)

Pendekatan kasus bertujuan untuk mempelajari penerapan norma-norma hukum atau kaidah-kaidah hukum yang dilakukan dalam praktik hukum. Pendekatan kasus (*case approach*)<sup>165</sup> dalam penelitian normatif bertujuan untuk

---

<sup>162</sup>Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, Pertama (Lombok:Mataram University Press, 2020), h.56.

<sup>163</sup>Rahayu Hartini, "Juridical Analysis of " Safeguards" on Protection of State Industrial Law," *ICASESS 2019* (2020): 180.h.182.

<sup>164</sup> Paul M. Dwyer, "Approach to Legal Research: A Study in Sources and Methods," *Notre Dame Law*. 21 (1945): 92.h.100.

<sup>165</sup>Muhaimin, *Metode Penelitian Hukum*, 57.

mempelajari penerapan norma-norma atau kaidah hukum yang dilakukan dalam praktik hukum terutama mengenai kasus-kasus yang telah diputus sebagaimana yang dapat dilihat dalam yurisprudensi perkara-perkara yang menjadi fokus penelitian.<sup>166</sup> Kasus yang dilihat mengenai kasus kasus sengketa waris yang telah diputus dan menjadi bahan hukum dalam penelitian ini. Pendekatan kasus yang peneliti gunakan dengan menelaah putusan terhadap sengketa waris yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama di wilayah Kalimantan Selatan. Dalam pendekatan kasus ini sasaran yang ingin dicapai adalah *ratio decedendi* atau *legal reasoning* yang digunakan oleh hakim sehingga tercipta satu keputusan. Penggunaan pendekatan kasus mempunyai kegunaan baik praktis maupun akademik sebagai referensi bagi hakim dalam menyusun dan membuat sistematika argumentasi yang diperlukan sekali dalam memecahkan sengketa hukum.<sup>167</sup>

#### c. Pendekatan analisis

Pendekatan analisis terhadap bahan hukum penulis gunakan untuk mengetahui makna yang dikandung oleh istilah-istilah yang digunakan dalam aturan perundang-undangan secara konseptual, sekaligus mengetahui penerapan dalam praktik pada putusan-putusan hukum. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa pada dasarnya tugas analisis hukum adalah menganalisis pengertian hukum, asas hukum, kaidah hukum, sistem hukum, dan berbagai konsep yuridis.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> Suhaimi Suhaimi, "Problem Hukum Dan Pendekatan Dalam Penelitian Hukum Normatif," *Jurnal Yustitia* 19, no. 2 (2018).h.209.

<sup>167</sup> Alice Hsieh, "Using Cases in Legal Analysis," *The Writing Center* (2012): 1-9.h.1.

<sup>168</sup>I. Made Pasek Dianta, *Metodologi Penelitian Hukum Normatif Dalam Justifikasi Teori Hukum* (Prenada Media, 2016), h.180.

## 2. Bahan Hukum dan Sumber Bahan Hukum

Bahan hukum yang menjadi bahan kajian dalam penelitian ini terdiri dari bahan hukum primer, bahan hukum sekunder serta bahan hukum tersier:<sup>169</sup>

- a. Bahan Hukum Primer adalah bahan hukum yang bersifat otoritas,<sup>170</sup> yang berisi asas dan kaidah hukum. Perwujudan asas dan kaidah hukum dapat berupa; peraturan dasar, konvensi ketatanegaraan, peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis dan putusan Pengadilan.<sup>171</sup> Dalam penelitian ini bahan hukum yang penulis gunakan adalah putusan-putusan sengketa waris yang dikeluarkan oleh Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan. Putusan putusan ini didapatkan dari direktori putusan yang diambil dari website Mahkamah Agung. Putusan pengadilan ini dijadikan sebagai bahan hukum primer karena putusan pengadilan merupakan hasil atau produk lembaga yang mempunyai nilai *otoritatif*.
- b. Bahan hukum sekunder adalah yakni bahan hukum yang digunakan untuk melengkapi (mendukung dan memperkuat) bahan hukum primer, serta memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer yang ada, sehingga dapat dilakukan analisa dan pemahaman yang lebih mendalam.<sup>172</sup> Sehingga bahan hukum sekunder selain menguatkan juga melengkapi bahan hukum primer yang berdampak pada proses dan hasil

---

<sup>169</sup> Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*. h.153-154.

<sup>170</sup> Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* ...h. 141.

<sup>171</sup>I. Gusti Ketut Ariawan, "Metode Penelitian Hukum Normatif," *Kertha Widya* 1, no. 1 (2013). <https://doi.org/10.37637/kw.v1i1.419.h.28>.

<sup>172</sup> Soerjono and Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*.h.23.



analisa hukum yang baik.<sup>173</sup> Dalam penelitian ini yang menjadi bahan hukum sekunder adalah serangkaian bahan hukum baik bersumber dari hukum tertulis berupa peraturan perundangan maupun hukum tidak tertulis yang bersumber dari doktrin- doktrin yang terkait dengan diskresi hakim, hukum waris Islam dan penyelesaian sengketa waris di lingkungan Peradilan Agama. Selain itu digunakan pula bahan-bahan non hukum sebagai pelengkap sepanjang mempunyai keterkaitan dengan topik penelitian ini.

- c. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang merupakan pelengkap yang bersifat memberikan petunjuk dan penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder.<sup>174</sup>, yakni berupa kamus kamus baik bersifat umum maupun kamus kamus hukum yang digunakan untuk memberikan pengertian yang jelas terhadap istilah-istilah yang digunakan dalam penelitian ini.

### 3. Teknik pengumpulan, pengolahan, penyajian dan analisis bahan hukum

#### a. Pengumpulan bahan hukum

Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini dikumpulkan melalui studi dokumenn yang merupakan langkah awal setiap penelitian hukum. Dalam penelitian ini bahan hukum dikumpulkan melalui penelusuran dan inventarisir studi kepustakaan guna mendapatkan bahan hukum primer, sekunder dan tersier.<sup>175</sup>

---

<sup>173</sup> Attorneys Stephen Elias and Susan Levinkind, "Legal Research: How to Find & Understand the Law" (n.d). <http://ndl.ethernet.edu.et/bitstream/123456789/23506/1/67> h.76.

<sup>174</sup> Soerjono and Mamudji, "*Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat.*"h.66.

<sup>175</sup> Robert J. Morris, "Lecture Notes for LLAW6022 Advanced (Legal) Research Methodology" (2016).h.21.

Untuk bahan hukum primer berupa dokumen putusan-putusan sengketa waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan dicari dengan membuka situs resmi (direktori putusan) Mahkamah Agung. Sedangkan untuk bahan hukum sekunder dan tersier dikumpulkan dilakukan dengan mengumpulkan sejumlah peraturan perundang-undangan, buku-buku, jurnal-jurnal, bahan dari internet dan referensi lain untuk memperoleh bahan hukum yang relevan dengan obyek penelitian yang akan dianalisis dan disusun secara sistematis menurut rumusan masalah dan tujuan penelitian ini.<sup>176</sup>

#### b. Pengolahan Bahan Hukum

Setelah bahan hukum terkumpul dan telah diklasifikasikan selanjutnya dipelajari materi-materi yang berkesesuaian dengan pokok bahasan, dari peraturan perundang-undangan yang berlaku, putusan-putusan pengadilan, buku-buku, jurnal-jurnal, bahan dari internet dan referensi lain yang relevan seperti kamus dan ensiklopedi dengan permasalahan yang akan dibahas.<sup>177</sup> Kemudian mengkajinya untuk menemukan isu hukum terkait keberadaan diskresi hakim pada putusan sengketa waris terutama pada pertimbangan hukum yang terdapat dalam putusan tersebut.

#### c. Penyajian bahan hukum

Setelah berhasil mengumpulkan dan mengolahnya terkait isu hukum yang diteliti penulis kemudian menyajikannya dalam bentuk narasi/diskriptif. Kemudian dianalisis dengan langkah berpikir sistematis dimana bahan hukum dianalisis

---

<sup>176</sup> Khusal Vibhute and Filipos Aynalem, "Legal Research Methods, 2009," n.d.h.47-48

<sup>177</sup> Ruth Wodak and Michael Meyer, *Methods of Critical Discourse Studies* (sage, 2015).h.121.

dengan langkah-langkah normatif (yaitu telaah terhadap bahan hukum positif).<sup>178</sup> Kemudian mengkajinya berdasarkan kajian teori yang sudah disiapkan sebelumnya, dan dilanjutkan dengan pembahasan secara *deskriptif analitik*, yaitu penelitian yang menjelaskan rumusan perundang-undangan yang dapat diterapkan yang dirangkai dengan teori-teori hukum positif mengenai hal yang sedang diteliti.<sup>179</sup> Analisis yang digunakan dalam penelitian ini adalah analisis kualitatif (*in-depth analysis*) yang berupa pemberian gambaran/deskripsi dengan kata-kata atau temuan-temuan, yang karenanya ia lebih mengutamakan mutu/kualitas dari bahan hukum.

## I. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan di dalam disertasi ini dibagi kepada beberapa bagian yang selanjutnya disebut dengan bab dan sub-sub bab.

Bab 1 berisi pendahuluan yang memuat latar belakang, tujuan penelitian, rumusan masalah, kegunaan penelitian, definisi istilah serta uraian singkat terkait penelitian-penelitian terdahulu yang berkaitan dengan diskresi hakim di pengadilan. Dalam bab I ini juga memuat metode penelitian dan kerangka teoritis yang berisi *grand teori* yang terdiri dari teori negara hukum, Kemudian *midle teori* sosiologi hukum, antropologi hukum yang terakhir *aplicative theory* yang terdiri dari teori penemuan hukum progressif, teori *al-mashlahah* dan teori dekonstruksi. serta pada bagian akhir dikemukakan sistematikan pembahasan.

---

<sup>178</sup>Adrian Vermeule, "Connecting Positive and Normative Legal Theory," *U. Pa. J. Const. L.* 10 (2007) h.387. <https://heinonline.org/>

<sup>179</sup>Victoria Tabita Majesty Lamada and Tetania Retno Gumilang, "The Function of Legal Research in Formulation of Legislation," *Jurnal Hukum Prasada* 7, no. 1 (2020): 61–65. h.62 <https://doi.org/10.22225/jhp.7.1.2020.61-65>

Bab II berisi konsep dasar mengenai diskresi, hakim, diskresi hakim, kewarisan Islam serta Peradilan Agama dan kewenangannya terhadap sengketa waris. Konsep-konsep di atas merupakan tambahan dari *aplicative theory* yang sudah dikemukakan sebelumnya.

Bab III berisi temuan bahan hukum kemudian dideskripsikan dalam bentuk narasi yang berisi deskripsi putusan perkara waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan, bentuk dan sifat diskresi serta pertimbangan hukumnya.

Bab IV berisi analisis terdiri dari analisis terhadap bentuk dan sifat diskresi hakim, pertimbangan hukum serta diskresi yang ideal dalam putusan perkara waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan.

Bab V simpulan dan rekomendasi.

Pada bagian akhir juga dilengkapi dengan daftar pustaka, lampiran lampiran, yang terdiri dari link putusan waris Pengadilan Agama, daftar riwayat hidup dan lampiran lain yang dibutuhkan dalam penelitian ini.