

**STUDI KOMPARASI ANTARA HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM DALAM
PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP HAK-HAK PERDATA JANIN**



Oleh:

AULIYA GHAZNA NIZAMI, LC.

NIM: 1620310100

TESIS

Diajukan kepada Program Studi Magister Hukum Islam
Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta

Untuk Memenuhi Salah Satu Syarat
Memperoleh Gelar Magister Hukum Islam

YOGYAKARTA

2018

PERNYATAAN BEBAS PLAGIASI

Yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : Auliya Ghazna Nizami
NIM : 1620310100
Program Studi : Magister Hukum Islam
Konsentrasi : Hukum Keluarga

menyatakan bahwa naskah tesis ini secara keseluruhan benar-benar bebas dari plagiasi. Jika dikemudian hari terbukti melakukan plagiasi, maka saya siap ditindak sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Yogyakarta, 25 Juni 2018



enyatakan,

azna Nizami, Lc.

NIM: 1620310100

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis berjudul : Studi Komparasi antara Hukum Positif dan Hukum Islam
dalam Perlindungan Hukum Terhadap Hak-hak Perdata
Janin.
Nama : Auliya Ghazna Nizami
NIM : 1620310100
Program Studi : Magister Hukum Islam
Konsentrasi : Hukum Keluarga
Tanggal Ujian : 16 Juli 2018

telah dapat diterima sebagai salah satu syarat memperoleh gelar Magister Hukum
Islam.

menyatakan bahwa naskah tesis ini secara keseluruhan adalah hasil penelitian/
karya saya sendiri, kecuali pada bagian-bagian yang dirujuk sumbernya.

Yogyakarta, 25 Juni 2018

Dekan,



Dr. H. Agus Moh. Najib, M. Ag
NIP. 19710430 199503 1 001



KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI SUNAN KALIJAGA
FAKULTAS SYARIAH DAN HUKUM
Jl. Marsda Adisucipto Telp. (0274) 512840 Fax. (0274) 545614 Yogyakarta 55281

PENGESAHAN TUGAS AKHIR

Nomor : UIN.02/ 75 /PP.00.9/ 1816 /2018

Tugas Akhir dengan judul : "STUDI KOMPARASI ANTARA HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM DALAM PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP HAK-HAK PERDATA JANIN".

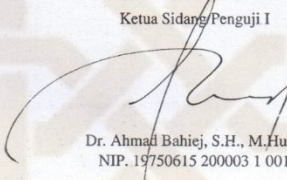
yang dipersiapkan dan disusun oleh:

Nama : AULIYA GHAZNA NIZAMI, Lc
Nomor Induk Mahasiswa : 1620310100
Telah diujikan pada : Senin, 16 Juli 2018
Nilai ujian Tugas Akhir : A-

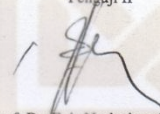
dinyatakan telah diterima oleh Fakultas Syariah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta

TIM UJIAN TUGAS AKHIR

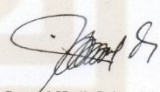
Ketua Sidang/Penguji I


Dr. Ahmad Bahiej, S.H., M.Hum.
NIP. 19750615 200003 1 001

Penguji II


Prof. Dr. Euis Nurlaelawati, M.A.
NIP. 19700704 199603 2 002

Penguji III


Dr. Samsul Hadi, S.Ag., M.Ag.
NIP. 19730708 200003 1 003

Yogyakarta, 16 Juli 2018
UIN Sunan Kalijaga
Fakultas Syariah dan Hukum
DEKAN


Dr. H. Agus Moh. Mujib, S.Ag., M.Ag.
NIP. 19710830 199503 1 001

NOTA DINAS PEMBIMBING

Kepada Yth.,
Dekan Fakultas Syariah dan Hukum
UIN Sunan Kalijaga
Yogyakarta

Assalamu'alaikum wr. wb.

Setelah melakukan bimbingan, arahan, dan koreksi terhadap penulisan tesis yang berjudul:

**STUDI KOMPARASI ANTARA HUKUM POSITIF DAN HUKUM ISLAM
DALAM PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP HAK-HAK PERDATA
JANIN**

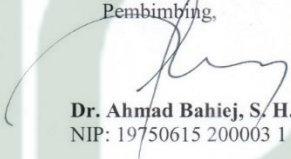
Yang ditulis oleh:

Nama : Auliya Ghazna Nizami
NIM : 1620310100
Program Studi : Magister Hukum Islam
Konsentrasi : Hukum Keluarga

Saya berpendapat bahwa tesis
Menyatakansebut sudah dapat diajukan kepada Magister Hukum Islam Fakultas
Syari'ah dan Hukum UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta untuk diujikan dalam
rangka memperoleh gelar Magister Hukum Islam.

Wassalamu'alaikum wr. wb.

Yogyakarta, 25 Juni 2018
Pembimbing,


Dr. Ahmad Bahiej, S. H., M. Hum.
NIP: 19750615 200003 1 001

ABSTRAK

Penelitian ini membahas dan mengkaji hak-hak perdata janin yang meliputi waris, wasiat, dan wakaf dalam hukum Islam yang diambil dari fikih klasik dan hukum positif Indonesia yang diambil dari pasal-pasal Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Penelitian dilakukan dikarenakan masih minimnya payung hukum yang tersedia untuk melindungi hak-hak keperdataan janin di dalam sistem prundang-undangan Indonesia. Sehingga hak-hak keperdataan yang sejatinya menjadi hak janin tidak tersalurkan dengan baik atau bahkan keberadaan janin terabaikan.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui bentuk-bentuk perlindungan hukum yang ditawarkan oleh masing-masing hukum Islam dan hukum positif di Indonesia, untuk kemudian diketahui persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan di antara hukum Islam dan hukum positif. Dimaksudkan dengan penelitian ini kekayaan hukum Islam akan hukum-hukum yang mengatur tentang janin dapat melengkapi dan menambahi hukum-hukum yang telah berlaku di Indonesia yang berkaitan dengan janin dan hak-haknya dalam waris, wasiat, dan wakaf melalui nilai-nilai yang terkandung dalam tiap kebijakan hukum yang ada.

Jenis penelitian ini adalah penelitian pustaka dengan cara mengumpulkan data untuk mengurai teks-teks hukum yang berkaitan dengan janin dan artikel penunjang lainnya, bersifat yuridis normatif yang berusaha mengeluarkan nilai-nilai dan norma-norma dari bulir-bulir hukum ataupun dalil-dalil yang termuat dalam hukum, dengan menggunakan metode perbandingan, dan menggunakan pendekatan deskriptif-komparatif yang bertujuan untuk menggambarkan secara umum cakupan perundangan di Indonesia dan hukum Islam atas perlindungan hukum terhadap janin dan membandingkan isi keduanya yang masih problematik.

Penelitian terhadap hukum Islam dan hukum positif ini menghasilkan dua kategori utama hasil penelitian, *satu*, persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan, *dua* nilai-nilai dalam hukum Islam yang dapat diimplementasikan ke hukum peraturan di Indonesia. Persamaan dan perbedaan yang dimaksud antara lain, *satu*, antara hukum Islam dan hukum positif di Indonesia sama-sama menerapkan hukum yang sama dalam hal pengakuan janin dalam kandungan dan pengakuan janin dalam kandungan yang terjadi akibat hubungan luar nikah atas suatu proses kewarisan. *Dua*, bagian waris yang diterima oleh janin yang telah mendapatkan pengakuan. *Tiga*, status dan kedudukan janin yang telah mendapatkan pengakuan. Nilai-nilai yang dimaksud meliputi nilai keadilan yang menggunakan pendekatan moralitas dan konsistensi penegakan hukum terhadap konteks yang melatar-belakangi, nilai kepastian hukum atau validitas hukum dengan menggunakan pendekatan yuridis, dan nilai manfaat yang menggunakan pendekatan sosiologis.

Kata Kunci : Perlindungan hukum, hukum Islam, hukum positif, janin, waris, wasiat, wakaf.

PEDOMAN TRANSLITERASI ARAB-LATIN

Berdasarkan Surat Keputusan Bersama Menteri Agama RI dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan RI Nomor 158/1987 dan 0543b/U/1987, tanggal 10 September 1987.

A. Konsonan Tunggal

Huruf Arab	Nama	Huruf Latin	Keterangan
ا	Alif	Tidak dilambangkan	Tidak dilambangkan
ب	ba'	b	Be
ت	ta'	t	Te
ث	sa'	ṡ	es (dengan titik di atas)
ج	jim	j	Je
ح	ḥa	ḥ	ha (dengan titik di bawah)
خ	kha	kh	ka dan ha
د	dal	d	De
ذ	zal	ẓ	zet (dengan titik di atas)
ر	ra'	r	Er
ز	zai	z	Zet
س	sin	s	Es
ش	syin	sy	es dan ye
ص	ṣad	ṣ	es (dengan titik di bawah)
ض	ḍad	ḍ	de (dengan titik di bawah)
ط	ṭa'	ṭ	te (dengan titik di bawah)
ظ	ẓa'	ẓ	zet (dengan titik di bawah)
ع	‘ain	‘	koma terbalik di atas
غ	gain	g	Ge
ف	fa'	f	Ef
ق	qaf	q	Qi
ك	kaf	k	ka
ل	lam	l	el
م	mim	m	em
ن	nun	n	en
و	wawu	w	we
ه	ha'	h	ha
ء	hamzah	‘	apostrof
ي	ya'	y	ye

B. Konsonan Rangkap karena Syaddah ditulis rangkap

متعقدین ditulis muta' aqqidīn

عِدَّة ditulis ‘iddah

C. *Ta' marbūtah*

1. Bila dimatikan ditulis h

هبة ditulis hibah

جزية ditulis jizyah

(ketentuan ini tidak diperlakukan terhadap kata-kata Arab yang sudah terserap ke dalam bahasa Indonesia, seperti shalat, zakat, dan sebagainya, kecuali bila dihindaki lafal aslinya).

2. Bila diikuti dengan kata sandang “al” serta bacaan kedua itu terpisah, maka ditulis dengan h.

كرامة الأولياء ditulis karāmah al-auliā'

3. Bila ta' marbutah hidup atau dengan harkat, fathah, kasrah, dan dammah ditulis t.

زكاة الفطر ditulis zakātul fiṭri

D. Vokal Pendek

◌ِ	kasrah	ditulis	i
◌َ	fathah	ditulis	a
◌ُ	dammah	ditulis	u

E. Vokal Panjang

Fathah + alif	ditulis	ā
جاهلية	ditulis	jāhiliyyah
Fathah + ya' mati	ditulis	ā
يسعى	ditulis	yas'ā
Kasrah + ya' mati	ditulis	
كريم	ditulis	karīm
Dammah + wawu mati	ditulis	ū
فروض	ditulis	furūd

F. Vokal Rangkap

Fathah + ya' mati	ditulis	ai
بينكم	ditulis	bainakum
Fathah + wawu mati	ditulis	au
قول	ditulis	qaulun

G. Vokal Pendek yang Berurutan dalam Satu Kata Dipisahkan dengan Apostrof

أنتم	ditulis	a'antum
أعدت	ditulis	u'iddat
لئن شكرتم	ditulis	la'in syakartum

H. Kata Sandang Alif+lam

1. Bila diikuti Huruf Qamariyah

القرآن	ditulis	al-Qur'ān
القياس	ditulis	al-Qiyās

2. Bila diikuti Huruf Syamsiyah ditulis dengan menggandakan huruf syamsiyah yang mengikutinya, serta menghilangkan huruf l (*el*)-nya.

السماء	ditulis	as-Samā'
الشمس	ditulis	asy-Syams

I. Penulisan Kata-kata dalam Rangkaian Kalimat

ذوي الفروض	ditulis	żawī al-furūd
أهل السنة	ditulis	ahl as-sunnah



KATA PENGANTAR

Segala puji syukur penulis panjatkan kehadirat Allah SWT Yang Maha Mengetahui atas segala ilmu dan pengetahuan, shalawat dan salam kepada utusan Allah, Muhammad SAW, pembawa lentera ilmu yang menjadi penerang gelapnya kebodohan dan kedunguan manusia. *Asyhadu allā ilāha illallāhu wa asyhadu anna Muhammadan Rasūlullāh*. Tiada kata yang lebih pantas dituliskan kecuali kata-kata syukur atas segala karunia dan ridho Allah SWT, sehingga tesis dengan judul “Studi Komparasi Antara Hukum Positif Dan Hukum Islam Dalam Perlindungan Hukum Terhadap Hak-Hak Perdata Janin” ini dapat diselesaikan.

Tesis ini disusun untuk memenuhi salah satu persyaratan memperoleh gelar Magister Hukum (M.H.) dalam konsentrasi Hukum Keluarga pada program studi Magister Hukum Islam di Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta.

Oleh karena itu pada kesempatan ini penulis menyampaikan rasa hormat dan menghaturkan terima kasih yang sebesar-besarnya, kepada:

1. Bapak Dr. Ahmad Bahiej, S.H., M.Hum., selaku dosen pembimbing tesis sekaligus ketua program studi Magister Hukum Islam atas bimbingan, arahan, dan waktu yang telah diluangkan kepada penulis untuk sekedar memberikan bimbingan, arahan, dan diskusi yang mencerahkan, sehingga penulis mendapatkan langkah-langkah yang harus dicapai untuk menyelesaikan tesis ini.
2. Ibu Dr. Lindra Darnela, S.Ag., M.Hum., selaku dosen pembimbing proposal tesis, atas masukan-masukan, koreksi-koreksi, saran, dan kritik beliau yang secara langsung maupun tidak langsung telah membuka pintu arah penelitian tesis ini akan dilakukan.
3. Seluruh dosen program studi Magister Hukum Islam fakultas Syariah dan Hukum yang telah memberikan saran-saran dan diskusi-diskusi yang telah menjadi pemantik munculnya peneliatan tesis ini.
4. Keluarga saya, Bapak Drs. Moch. Machfudz, Ibu Sri Utari, kakak dr. Ike Febrilina Sindise, Sp.S., adik-adik Arjun Kamal Rusda, Gesantikov Dzawata Afnanin atas segala doa dan dukungan.

5. Istri saya Uswatun Khasanah, S. Pd. Gr., atas segala motivasi, dukungan, doa dan kesabaran selama pengerjaan penelitian tesis ini sembari mengandung calon buah hati yang menjadi motivasi utama penulis dalam mengerjakan penelitian ini.
6. Seluruh pemangku jabatan LPDP atas segala bantuan dan kemudahan yang telah diberikan.
7. Rekan-rekan mahasiswa S-2 Hukum Keluarga 2016.
8. Rektor dan semua civitas akademika Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Kalijaga Yogyakarta terkhusus rekan-rekan di fakultas Syariah dan Hukum.
9. Kepada semua pihak yang telah membantu, secara langsung maupun tidak langsung, yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu.

Dengan keterbatasan pengalaman, ilmu maupun pustaka yang ditinjau, penulis menyadari bahwa tesis ini masih jauh dari sempurna, masih diperlukan banyak pengembangan dan penelitian lanjutan sehingga area penelitian tesis ini mendapatkan sumbangsih hasil yang bermanfaat di masa yang akan datang.

Akhir kata, penulis berharap tesis ini memberikan manfaat bagi kita semua dan geliat kelimuan yang lebih dalam bidang perlindungan hukum terhadap janin yang masih kurang mendapat perhatian.

Yogyakarta, 20 Juni 2018

Auliya Ghazna Nizami

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
PENGESAHAN DEKAN	iii
DEWAN PENGUJI	iv
NOTA DINAS PEMBIMBING	v
ABSTRAK	vi
PEDOMAN TRANSLITERASI	vii
KATA PENGANTAR	x
DAFTAR ISI.....	xii
DAFTAR TABEL.....	xiv
DAFTAR LAMPIRAN.....	xv
DAFTAR SINGKATAN	xvi
BAB 1 : PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	8
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	8
D. Kajian Pustaka	9
E. Kerangka Teoretik.....	14
F. Metode Penelitian	23
G. Sistematika Pembahasan	27
BAB II : PERLINDUNGAN TERHADAP JANIN DALAM HAK-HAK KEPERDATAAN PERSPEKTIF HUKUM ISLAM	
A. Pengertian Janin	29
1. Definisi Janin	29
2. Periode-Periode Pertumbuhan Janin	29
3. Periode Peniupan Ruh.....	32
B. Hak Janin Atas Hal Keperdataan: Waris.....	33
1. Pengertian Waris	36
2. Pengertian <i>Farā'id</i>	36
3. Syarat-syarat Waris Janin.....	37
4. Masalah-masalah Lain Terkait Waris Janin.....	42
C. Hak Janin Atas Hal Keperdataan: Wasiat	48
1. Pengertian Wasiat	49
2. Pemberlakuan Wasiat.....	51
3. Perlindungan Hukum Hak Wasiat Terhadap Janin	54
4. Masalah-masalah Terkait Wasiat Janin.....	58
D. Hak Janin Atas Hal Keperdataan: Wakaf	62
1. Pengertian Wakaf.....	62
2. Pemberlakuan Wakaf	63
3. Hukum Wakaf Terhadap Janin	66
BAB III : PERLINDUNGAN TERHADAP JANIN DALAM HAK-HAK KEPERDATAAN PERSPEKTIF HUKUM POSITIF	
A. Pengertian Janin	72

1. Pengertian Anak dan Anak Dalam Kandungan	72
2. Perlindungan Hak Anak dan Anak Dalam Kandungan	73
B. Hak Janin Atas Hal Keperdataan: Waris.....	74
1. Pengertian Hukum Waris dalam KUHPerduta.....	76
2. Bentuk, Prinsip, dan Penggolongan Hukum Waris Dalam KUHPerduta	77
3. Dasar Hukum Kewarisan Perdata	82
4. Posisi Janin dalam Hukum Waris Perdata	88
C. Hak Janin Atas Hal Keperdataan: Wasiat	95
1. Pengertian Wasiat Menurut KUHPerduta	96
2. Dasar Hukum dan Bentuk Wasiat dalam KUHPerduta	98
3. Janin dalam Hak Wasiat.....	102
D. Hak Janin Atas Hal Keperdataan: Wakaf	107
1. Hukum Wakaf dalam Hukum Agraria Nasional.....	107
2. Wakaf dalam Perspektif Kompilasi Hukum Islam	109
3. Janin dalam Hak Wakaf	110
BAB IV : HAK-HAK JANIN DALAM HUKUM ISLAM DAN HUKUM POSITIF: KAJIAN PERBANDINGAN ATAS NILAI-NILAI PERLINDUNGAN ATAS HAK WARIS WASIAT DAN WAKAF	
A. Persamaan-persamaan dan Nilai-nilai yang Terkandung.....	112
1. Unsur Perkawinan Orang Tua Janin	112
2. Unsur Umur Kehamilan	114
3. Unsur Kondisi Kelahiran Janin	116
4. Unsur Pengakuan Janin Sebagai Ahli Waris.....	116
B. Perbedaan-perbedaan dan Nilai-nilai yang Terkandung.....	118
1. Unsur Perkawinan Orang Tua Janin	118
2. Unsur Umur Kehamilan	120
3. Unsur Bagian Waris Janin.....	121
4. Unsur Umur Janin Setelah Dilahirkan	123
5. Unsur Cara Pembagian Warisan	125
6. Unsur Nasab dalam Hak Wasiat Janin	127
BAB V : PENUTUP	
A. Kesimpulan	129
B. Saran-saran.....	138
DAFTAR PUSTAKA	134
LAMPIRAN-LAMPIRAN	138
DAFTAR RIWAYAT HIDUP	166

DAFTAR TABEL

Tabel 1	Sistem Pewarisan Kepala Demi Kepala, 75.
Tabel 2	Sistem Pewarisan Penggantian Tempat, 76



DAFTAR LAMPIRAN

- Lampiran 1 Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak,
153
- Lampiran 2 Kompilasi Hukum Islam (KHI) Bab Wakaf, 155.



DAFTAR SINGKATAN

KUHPerdata	Kitab Undang-undang Hukum Perdata
UU Perlindungan Anak	Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak
KHI	Kompilasi Hukum Islam
UUPA	Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria
PP PTM	Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977 tentang Perwakafan Tanah Milik



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Perlindungan hukum adalah suatu perlindungan yang diberikan terhadap subjek hukum dalam bentuk perangkat hukum, baik yang bersifat preventif maupun yang bersifat represif, baik yang tertulis maupun tidak tertulis.¹ Dengan kata lain, perlindungan hukum merupakan suatu gambaran dari fungsi hukum yang memberikan suatu keadilan, ketertiban, kepastian, kemanfaatan dan kedamaian.²

Di antara fitrah manusia adalah kenyataan bahwa seorang individu tidak dapat hidup sendiri³ (*madaniyyun bi al-ṭab'i*), menjadikan manusia sebagai sekumpulan *zat* yang memiliki kepentingan yang satu dengan yang lainnya pasti berbeda, menambah kemungkinan adanya gesekan-gesekan yang mengancam keamanan, dan urgensi perlindungan hukum terhadap setiap individu.⁴

Pada sisi lain, perlindungan hukum selalu dikaitkan dengan *rechstaat* atau *rule of law* atau peraturan hukum karena kedua konsep tersebut tidak dapat dilepaskan dari keinginan untuk memberikan pengakuan terhadap hak asasi

¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum* (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000), hlm. 53.

² *Ibid.* hlm. 74.

³ Muhammad Ali as-Sayis, *Sejarah Fikih Islam*, terj. Nurhadi AGA, cet. I, (Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2003), hlm. 8.

⁴ Nico Ngani dan A. Qiram Syamsuddin Meliala, *Psikologi kriminal dalam Teori dan Praktek Hukum Pidana*, cet. I, (Yogyakarta: Kedaulatan Rakyat, 1985), hlm. 25.

manusia.⁵ Karena itu, keberadaan hukum dalam masyarakat sangatlah penting sehingga hukum harus dibangun dengan dijiwai oleh moral konstitusionalisme yang menjamin kebebasan dan hak warga.

Perlindungan hukum erat kaitannya dengan entitas subyek hukum dalam hukum perdata, dikarenakan keterkaitan subyek hukum dengan hak-hak yang dimilikinya. Subyek hukum dalam hukum perdata terdiri dari manusia (*natuurlijke persoon*) dan badan hukum (*recht persoon*). Kelahiran seorang manusia berarti kelahiran hak keperdataannya, dan kematiannya menandakan terputusnya hak keperdataannya.⁶ Hal itu selaras dengan bunyi Pasal 1 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata⁷ (*Burgerlijk Wetboek*) bahwa “Menikmati hak-hak keperdataan tidak bergantung pada hak-hak kenegaraan”, yang berarti bahwa setiap manusia dan badan hukum dalam pelaksanaan haknya adalah sama. Selanjutnya dalam Pasal 2 KUHPerdata juga disebutkan bahwa “Anak yang berada dalam kandungan (janin) seorang wanita dianggap telah dilahirkan, bila kepentingan anak itu menuntutnya”, dengan kata lain, keberadaan seorang manusia sebagai subyek hukum dapat berlaku surut bagi anak yang belum dilahirkan, sehingga janin sebagai salah satu subyek hukum sudah sewajarnya mendapatkan perlindungan hukum sebagai warga negara.

⁵ Hardi Munte, *Model Penyelesaian Sengketa Administrasi Pilkada* (Puspantara, 2017), hlm. 89-90.

⁶ Komariah, *Hukum Perdata*, (Malang: UMM Press, 2010), hlm. 21-22.

⁷ Selanjutnya dalam karya tesis ini akan disebut dengan KUHPerdata.

Mentaati hukum dan konstitusi pada hakikatnya adalah menghormati hak asasi manusia karena negara hukum pada dasarnya bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum bagi rakyat terhadap berbagai tindakan pemerintah.⁸ Janin, atau bisa disebut juga anak dalam kandungan yang dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) diartikan sebagai bakal bayi haruslah mendapat perlindungan yang layak selayaknya manusia pada umumnya. Janin membutuhkan perlindungan baik secara hukum maupun perlindungan dari orangtuanya, karena janin memiliki fisik yang masih sangat lemah, kondisi yang masih labil, dan tentu saja belum bisa memilih mana yang baik dan mana yang buruk serta memerlukan pendidikan ruhani dalam kandungan sang ibu.⁹

Janin adalah tahapan awal sebuah masyarakat. Dalam perspektif fikih, seperti definisi yang diberikan oleh Syafi'i bahwa istilah janin merupakan sebuah simbol dari proses akhir dari pembuahan sperma terhadap sel telur yang sebentar lagi akan lahir sebagai anak atau bayi dari kandungan ibunya. Pendapat itu berbeda dengan Al-Nuwairi yang mengatakan bahwa yang disebut dengan janin jika sudah ditiupkan ruh.¹⁰ Janin adalah amanah dari Allah yang harus dijaga sebagai generasi masa depan. Oleh karena itu janin harus tumbuh menjadi manusia seutuhnya. Untuk mencapai tahap ini diperlukan pemeliharaan dan perlindungan yang baik. Islam menggariskan agar

⁸ Komariah, *Hukum Perdata*, hlm. 22.

⁹ Kusmaryanto, *Tolak Aborsi, Budaya Kehidupan Versus Budaya Kematian* (Yogya: Penerbit Kanisius, 2005), hlm. 30.

¹⁰ Muhammad Salam Madzkur, *al Janīn wal Ahkām al Muta'alliqah bihī fī Fiqhil Islām* (Kairo: Dār al-Nahḍah al Arabiyya, 1996), hlm. 32.

pemeluknya menyiapkan generasi yang berkualitas dan untuk tidak mengkhawatirkan kesejahteraannya kelak.¹¹

Sangat disayangkan bahwa di Indonesia belum ada satu perundang-undangan khusus yang mengatur akan perlindungan hukum terhadap janin secara menyeluruh. Dalam hukum positif yang berlaku di Indonesia, perlindungan terhadap janin hanya dipayungi oleh pasal-pasal yang sejatinya hanya mengatur perihal anak dan ibu hamil. Padahal pada kenyatannya, seiring dengan umur perkembangan janin hingga menjelang waktu kelahiran seharusnya janin memiliki perlindungan hukum yang beragam dan sesuai dengan umur perkembangannya. Selain itu, sebagaimana yang telah dijelaskan dalam kitab fikih klasik, janin memiliki efek yang berbeda di tiap umur perkembangannya terhadap hak-hak yang harus diterima ketika lahir ataupun terhadap hak-hak orang terdekatnya.¹² Kekurangan payung hukum ini tentunya akan melahirkan celah¹³ dalam upaya memberikan perlindungan hukum terhadap janin, yang dapat berujung kepada tidak terpenuhinya hak-hak yang semestinya diterima oleh janin. Hal tersebut secara langsung maupun tidak langsung dapat membahayakan keselamatan janin bahkan dapat berdampak pada maraknya tindak pidana yang dialamatkan kepada janin maupun ibu hamil.

¹¹ *Ibid.*

¹² Awathef Tahseen Abdillah al Buqiry, "Ahkamul Janini wath Thifli fil Fiqhil Islamiy," *Risalat Majistir*, Makkah, Umm Qura' Press, 1990, hlm. 20.

¹³ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana* (Bandung: Alumni, 1986), hlm. 151-153.

Upaya pemberian payung hukum yang spesifik terhadap janin, dengan mengusahakan pemberlakuan hukum Islam yang dalam penelitian ini diwakili oleh fikih sebagai hukum positif Islam yang berkaitan dengan perlindungan janin harus ada hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan dengan baik oleh aparat penegak hukum maupun masyarakat.¹⁴ Hal ini dikarenakan pengadilan di Indonesia selalu dan hanya bekerja berdasarkan undang-undang. Pengadilan sama sekali tidak boleh bekerja memberikan keadilan berdasarkan kebijaksanaan-kebijaksanaan atau rekomendasi-rekomendasi belaka.¹⁵

Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak¹⁶ sebagai payung hukum utama untuk menyelamatkan anak dan hak-hak yang ada pada anak, haruslah selalu diperbaiki dan disempurnakan. Hal ini dikarenakan masih terdapat pelanggaran-pelanggaran yang luput dari cakupan payung hukum terhadap perlindungan anak dan hal tersebut sangat membahayakan bagi terjaminnya perlindungan terhadap hak anak. Janin yang sejatinya memiliki tingkat kebutuhan perlindungan lebih tinggi sangatlah beresiko apabila hanya dipayungi oleh UU Perlindungan Anak tersebut.¹⁷ Perlindungan terhadap janin hanya bisa terwujud apabila ada hukum yang

¹⁴ H. Busthanul Arifin, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Direktorat jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama Islam R.I., 2001), hlm. 132.

¹⁵ Busthanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya* (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 67.

¹⁶ Selanjutnya dalam karya tesis ini akan disebut dengan UU Perlindungan Anak.

¹⁷ Muhammad Joni dan Zulchaina Z. Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak dalam Perspektif Konvensi Hak Anak* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. viii.

manaunginya karena hukum adalah kekuatan yang mengatur, menguasai, dan sekaligus melindungi.¹⁸ Berkenaan dengan peran hukum tersebut, kekuasaan yang dimiliki oleh hukum melekat pada Tuhan, manusia dan pada organisasi masyarakat, yakni negara.

Payung hukum dari dimensi hukum Islam dapat diwujudkan dengan cara transformasi asas dan kaidah hukum Islam ke dalam peraturan perundang-undangan. Khusus di Indonesia, peran hukum yang berkuasa untuk mengatur dan mengikat (dimensi qanun) dari hukum Islam tersebut tersebar dalam berbagai aturan perundang-undangan, baik dalam hukum pidana, hukum keluarga, maupun hukum keperdataan lainnya.¹⁹ Oleh karena itu, usaha pencarian legitimasi legal formal hukum Islam secara keseluruhan sudah banyak dilakukan dan sudah bukan zamannya lagi, akan tetapi harus diarahkan pada seberapa banyak hukum Islam mampu menyumbangkan nilai-nilainya dalam rangka kemajuan, keteraturan, ketenteraman dan kesejahteraan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.²⁰

Hak-hak terkait dengan janin yang patut mendapatkan perhatian dan perlindungan secara hukum yang akan menjadi variabel-variabel yang menjadi fokus penelitian ini adalah waris, wasiat, dan wakaf. Janin, sebagai salah satu

¹⁸ Satcipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, hlm. 146.

¹⁹ Rifyal Ka'bah, "Peraturan Perundang-undangan Islam di Indonesia," dalam dakwah.wordpress.com/2013/08/21/Peraturan-perundang-undangan-islam-di-indonesia, diakses tanggal 8 oktober 2017, hlm. 4.

²⁰ Qodri Azizy, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum* (Yogyakarta: Gama Media, 2004), hlm. 176-177.

tahap anak sebagai subyek hukum hingga mencapai usia belum dewasa harus tetap dilindungi segala kepentingan dan perlu mendapatkan hak-hak yang khusus yang diberikan oleh negara dan pemerintah.²¹

Kepentingan dan hak yang menjadi fokus bahasan penelitian ini terfokus kepada waris, wasiat, dan wakaf, karena ketiganya adalah hak dan kepentingan yang paling erat kaitannya dengan ruang lingkup kehidupan manusia, dan ketiganya sangat berhubungan dalam prosesnya kepada sebuah peristiwa hukum yang niscaya akan dialami oleh setiap individu, yaitu kematian. Tentang pemindahan kepemilikan dan akibat hukum lainnya yang muncul setelah adanya kematian.²²

Pada hak waris sebagai contohnya, kedudukan janin menjadi sangat penting ketika keberadaannya sebagai anak sah dan sebagai salah satu ahli waris yang sah mempengaruhi bagian dan keabsahan ahli waris lainnya. Janin apabila terlahir dalam keadaan hidup (ditandai dengan suara tangisan) maka keberadaannya sebagai ahli waris terbilang sah. Seperti yang disebutkan dalam hadis riwayat Abū Daud:

²¹ Andi Lesmana, “Definisi Anak”, dalam <https://andibooks.wordpress.com/definisi-anak/>, diakses tanggal 20 Juni 2018.

²² Eman Suparman, *Hukum Waris Indonesia dalam Perspektif Islam, Adat, dan BW*, (Bandung: Refika Aditama, 2014), hlm. 1.

حدثنا حسين بن معاذ حدثنا عبد الأعلى حدثنا محمد - يعني ابن إسحاق - عن يزيد بن عبد الله بن قسيط عن أبي هريرة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال « إذا استهل المولود ورث ».²³

Keberadaan janin mengakibatkan penundaan pembagian warisan hingga waktu kelahiran janin untuk memastikan kondisi kelahiran janin, dengan kesepakatan seluruh ahli waris. Permasalahan timbul apabila salah satu dari ahli waris tidak sepakat adanya penundaan pembagian warisan dan memilih untuk tetap dilangsungkan pembagian warisan tanpa menunggu kelahiran janin. Apakah kemudian keberadaan janin tidak diperhitungkan dan pembagian warisan tetap dilangsungkan, atau keberadaannya diperhitungkan dengan menangguhkan bagian janin dan pembagian tetap dilaksanakan, atau justru ahli waris harus bersepakat bahwa pembagian warisan ditunda hingga kelahiran janin?

Begitu halnya dalam hal wasiat yang ditemukan dalam peraturan fikih karya Ibnu Qudāmah dalam kitabnya *al Mugni*, dalam bab *waṣiyyah bi al ḥamli*, bahwa apabila sebuah wasiat disebutkan di dalamnya janin atau anak, maka anak atau janin tersebut harus memiliki nasab yang jelas, nasab yang tersambung ke ayah sehingga memungkinkan dilakukan pewasiatan terhadap anak atau janin tersebut.²⁴ Hal ini tentunya berbeda dengan yang terdapat dalam peraturan wasiat (hibah wasiat) di hukum positif Indonesia yang tidak

²³ Abū Dāūd, *Sunan Abī Dāūd* (Beirūt: Dār al Risālah al ‘Alamiyyah, 2009), IX: 22. Hadis No. 2922, diriwayatkan oleh Abū Dāūd.

²⁴ Ibnu Qudāmah, *al-Mugnī* (Kairo: Maktabatu al-Qāhirah, 1968), VI: 314.

meletakkan tersambungny nasab sebagai syarat sah dilakukannya proses pewasiatan terhadap seorang anak.

Berangkat dari pemaparan di atas, dan untuk menjawab pertanyaan di atas dan pertanyaan-pertanyaan lain seputar janin dan hak-hak perdata yang terkait dengannya, dalam penelitian ini dijelaskan kajian terhadap bentuk-bentuk perlindungan hukum terhadap hak-hak perdata janin yang telah digariskan dalam hukum positif yang berlaku di Indonesia dan hukum Islam dalam peraturan-peraturan dalam kitab-kitab fikih klasik dan kontemporer.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan pada latar belakang yang telah dipaparkan sebelumnya, maka dapat dirumuskan beberapa masalah yang harus ditemukan jawabannya dalam penelitian ini, di antaranya adalah:

1. Apakah perbedaan dan persamaan antara hukum positif dan hukum Islam dalam hak-hak janin terkait waris, wasiat dan wakaf?
2. Apakah nilai-nilai yang terkandung dalam persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan antara hukum Islam dan hukum positif terkait dengan hak-hak waris, wasiat, dan wakaf terhadap janin?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

Berdasarkan rumusan masalah yang ada, dapat ditarik beberapa tujuan dan kegunaan dari penelitian ini yaitu;

1. Tujuan

Tujuan dari diadakannya penelitian ini antara lain:

- A. Untuk mengetahui persamaan dan perbedaan bentuk dan macam perlindungan hukum di antara hukum Islam dan hukum positif terhadap hak perdata janin yang meliputi hak-hak waris, wasiat, dan wakaf.
- B. Untuk mendapatkan nilai-nilai yang terkandung dalam persamaan-persamaan dan perbedaan-perbedaan antara hukum Islam dan hukum positif Indonesia terkait dengan hak-hak waris, wasiat, dan wakaf terhadap janin.

2. Kegunaan

A. Teoretis

- 1. Dapat digunakan untuk mengetahui model-model perlindungan hukum yang ditawarkan oleh hukum positif yang berlaku di Indonesia terhadap keselamatan dan hak-hak janin sekaligus perbedaan dan persamaannya dengan yang ditawarkan oleh hukum Islam melalui fikih klasik dan kontemporer.
- 2. Dapat digunakan untuk mengembangkan kajian terhadap Undang- Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, KUHPerdata, dan Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat perlindungan terhadap janin.

B. Praktis

- 1. Dapat memberikan sumbangsih pemikiran, wacana dan ide terhadap tatanan hukum yang mengatur perlindungan hukum terhadap janin di Indonesia yang berakhir pada nilai-nilai serta

hukum-hukum yang dinilai dapat diimplementasikan di Indonesia sehingga dapat dijadikan sebagai bahan pertimbangan negara dalam penyelesaian masalah yang berkaitan dengan perlindungan janin.

2. Dapat menjadi awal munculnya kesadaran yang lebih dari masyarakat dan negara akan keselamatan janin, dengan berbagai cara, salah satunya yaitu dengan memberikan payung hukum yang lebih konkrit dan detail oleh pemerintah, dengan begitu masyarakat mendapatkan panduan yang lengkap yang menjadi awal daripada kesadaran masyarakat akan keselamatan janin.

D. Kajian Pustaka

Indonesia adalah salah satu negara yang masih memasukkan janin dalam kategori anak dalam Undang-Undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak yang memayunginya. Hal ini mengakibatkan sedikitnya penelitian ataupun bentuk karya ilmiah lainnya yang sudah dibukukan dan disebarluaskan yang membahas janin dan hak-haknya. Para peneliti terdahulu yang telah melakukan penelitian mengenai hukum perlindungan terhadap hak-hak lebih terfokus pada pembahasan hak anak, belum membahas tentang perlindungan hak-hak dan keselamatan janin.

Lain halnya dengan literatur-literatur fikih hasil pengembangan dari kitab-kitab fikih klasik. Dalam literatur-literatur fikih tersebut, penulis membahas secara detail mengenai permasalahan janin dan memberikan kajian lebih mendalam perihal perlindungan hukum Islam terhadap janin. Di antara literatur

fikih tersebut adalah sebuah tesis seorang mahasiswi asal Saudi Arabia, Awathef Tahseen Abdillah al Buqiry, yang berjudul *Ahkām al-Janīn wa al Ṭifl fī al-Fiqh al-Islāmiy*²⁵, yang menjelaskan perlindungan hak-hak janin dan anak dalam fikih. Dalam karyanya, Awathef telah menjelaskan hak-hak yang sudah seharusnya menjadi milik seorang anak dan janin seperti; hak waris, wasiat, dan wakaf. Dalam tesisnya tersebut, Awathef menjelaskan hak dan dampak hukum yang berbeda yang dimiliki oleh janin di setiap jenjang tumbuh kembang janin saat berada dalam kandungan. Penjelasan tersebut memberikan gambaran bagi pembaca tentang perlindungan hukum Islam terhadap janin. Dalam tesisnya tersebut juga disertakan pendapat beberapa mazhab fikih di setiap *qaḍiyyah* yang disajikan, sehingga memungkinkan setiap pembaca memiliki pendapat yang berbeda dalam mengkaji permasalahan janin.

Literatur di atas sesungguhnya telah memberikan modal yang cukup bagi yang membutuhkan perspektif fikih terhadap perlindungan hukum terhadap janin atau bisa disebut sebagai karya yang mewakili sudut pandang hukum Islam. Jadi, belum termasuk di dalamnya pendapat atau sudut pandang hukum positif di Indonesia.

Sedangkan di Indonesia, akan sangat sulit untuk menemukan sebuah karya tulis yang secara detail membahas tentang janin atau anak dalam kandungan. Tak lain dan tak bukan dikarenakan oleh masih dimasukkannya janin dalam

²⁵ Awathef Tahseen Abdillah al Buqiry, "Ahkamul Janin," hlm. i.

kategori anak dalam sistem perundang-undangan di Indonesia, sehingga penelitian jarang dilakukan.

Di antara karya ilmiah itu adalah, *pertama*, tesis karya Kudrat Abdillah yang berjudul “Status dan Hak Anak di Luar Nikah; Studi Sejarah Sosial Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010”.²⁶ Penulis menyertakan karya ini dalam kajian pustaka penelitian dengan asumsi bahwa anak yang dimaksud di dalam tesis Kudrat termasuk di dalamnya juga janin. Sehingga semua status dan hak yang Kudrat bicarakan dalam karyanya berlaku juga untuk suatu kasus yang melibatkan janin. begitu halnya dengan karya-karya tulis lainnya yang melibatkan anak dalam pokok pembahasannya, yang mau tak mau harus termasuk di dalamnya janin.

Kedua, dalam artikel yang ditulis oleh Achmad Musyahid Idrus yang berjudul “Perlindungan Hukum Islam Terhadap Janin”²⁷. Artikel ini sudah secara khusus membahas janin dari perspektif hukum Islam, mencakup bagaimana hakikat janin dalam hukum Islam dan bagaimana bentuk perlindungan hukum Islam terhadap janin. Artikel ini cakupannya masih terbatas pada perspektif hukum Islam, dan juga belum mencantumkan banyak tentang pendapat para ulama fikih klasik maupun kontemporer tentang hak-hak janin yang menyangkut waris, wasiat dan wakaf dan hal-hal lain yang berkaitan

²⁶ Kudrat Abdillah, “Status dan Hak Anak di Luar Nikah; Studi Sejarah Sosial Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VII/2010”, *Tesis*, Yogyakarta, UIN Sunan Kalijaga, 2015, hlm. i.

²⁷ Achmad Musyahid Idrus, “Perlindungan Hukum Islam Terhadap Janin”, *Al Daulah.*, No. 1, Vol. 4, Juni 2015, hlm. 78-106.

dengan janin. Akan tetapi, penelitian singkat sangatlah terbatas sekali pembendaharaan khasanah ke-Islaman serta rujukan dan landasan hukum Islamnya. Juga, belum diadakannya komparasi, atau penelitian terhadap perbedaan dan persamaannya dengan hukum positif yang berlaku di Indonesia, yang tentunya belum ada upaya untuk menarik nilai-nilai baru yang dapat diimplementasikan di Indonesia secara legal maupun kontekstual.

Ketiga, sebuah artikel yang membahas hak waris janin menurut sudut pandang hukum positif dengan judul “Kajian Hukum Atas Hak Waris Terhadap Anak Dalam Kandungan Menurut KUHPerduta” yang ditulis oleh Mawar Maria Pengemanan, yang membahas secara umum hukum waris para ahli waris di Indonesia, dan membicarakan pengaturan dan penerapan peraturan-peraturan perihal waris janin dalam Hukum Perdata Barat (BW). Penulis menegaskan bahwa hukum waris dalam KUHPerduta Pasal 913 mengatur akan adanya “bagian mutlak” atau dikenal dengan istilah *Legitieme Portie* (LP), yaitu sesuatu bagian dari harta peninggalan yang harus diberikan kepada waris. Ditambah dengan isi Pasal 2 KUHPerduta yang menyatakan bahwa janin secara sah memiliki hak waris, penulis di akhir tulisannya memberikan saran bahwa hak waris janin sah dan tidak ada alasan untuk tidak menyertakan janin dalam sebuah proses pewarisan.²⁸ Tulisan Mawar Maria memberikan penegasan bahwa janin tidak boleh diabaikan dalam suatu proses

²⁸ Maria Mawar Pangemanan, “Kajian Hukum Atas Hak Waris Terhadap Anak Dalam Kandungan Menurut KUHPerduta,” *Lex Privatum*, Vol. IV, No. 1, Januari 2016, hlm. 33-40.

pewarisan, karena ia memiliki hak yang secara sah diatur dalam undang-undang yang berlaku di Indonesia.

Keempat, sebuah artikel yang memberikan gambaran tentang regulasi wakaf dalam Islam. Artikel ditulis oleh Muh. Fudhail Rahman dengan judul “Wakaf Dalam Islam”²⁹. Regulasi dasar wakaf dalam Islam diutarakan dengan lengkap dalam artikel Fudhail, mulai dari pengertian, dalil-dalil, macam-macam, hikmah, syarat dan rukun. Dalam salah satu syarat yang disebutkan, Fudhail menjelaskan bahwa *Wāqif* (pemberi wakaf) disyaratkan orang yang mampu melakukan transaksi, di antaranya usia dewasa, berakal dan tidak dalam keadaan terpaksa. Dengan begitu, anak dalam kandungan belum sah untuk menjadi seorang *Wāqif*. Dikarenakan faktor usia dan kematangan menjadi pertimbangan seseorang untuk bertindak sebagai yang memberikan wakaf. Sedangkan dalam *Mauqūf ‘Alaihi* (yang diberi wakaf) tidak disyaratkan usia dan kedewasaan, sehingga janin bisa dijadikan seseorang yang diberikan wakaf.

Kelima, dalam hal wasiat, banyak artikel yang memaparkan tentang wasiat wajibah, yaitu sebuah jalan keluar dan solusi yang diberikan sistem perundang-undangan Indonesia bagi anak angkat yang secara regulasi awal tidak mendapatkan hak waris. Salah satunya sebuah artikel yang dituliskan oleh Ria Ramdhani dengan judul “Pengaturan Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat

²⁹ Muh Fudhail Rahman, “Wakaf Dalam Islam,” *Al-Iqtishad*, Vol. I, No. 1, Januari 2009, hlm. 79-90.

Menurut Hukum Islam”. Ria menjelaskan bahwa wasiat menurut Islam adalah perbuatan penetapan pesan terakhir dari seseorang sebelum meninggal, dengan begitu pewaris dapat menentukan siapa saja yang akan menjadi ahli warisnya. Ria mengutip isi Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menjelaskan bahwa wasiat wajibah diberlakukan di antara orang tua dan anak angkatnya dengan syarat tidak melebihi dari 1/3 (sepertiga) dari keseluruhan harta pewaris.³⁰

E. Kerangka Teoretik

Untuk mendapatkan hasil penelitian yang diharapkan dari studi perbandingan dibutuhkan lebih dari satu teori sebagai alat bedah penelitian. Dalam penelitian ini beberapa teori yang dipergunakan antara lain adalah:

1. Teori Perbandingan Hukum

Teori perbandingan hukum termasuk dari salah satu teori yang perkembangannya baru memasuki umur yang masih muda. Ilmu perbandingan hukum baru mulai dikenal sebagai sebuah disiplin ilmu yang baru di akhir abad 19, dimulai dengan anggapan Joseph Kohler yang menyatakan bahwa perbandingan hukum, sebagai sebuah satu variabel baru teori dalam disiplin ilmu penelitian, adalah bagian daripada ilmu sejarah umum.³¹

³⁰ Ria Ramdhani, “Pengaturan Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat Menurut Hukum Islam,” *Lex et Societatis*, Vol. III, No. 1, Januari-Maret 2015, hlm. 55-63.

³¹ R. Soeroso, *Perbandingan Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2014), hlm. 1-3.

Dalam praktek perbandingan hukum, proses membandingkan dua *variable* yang berbeda akan menghasilkan beberapa fungsi dan kegunaan.

Di antara fungsi perbandingan hukum adalah:

1. Fungsi perbandingan hukum bagi pengembangan ilmu hukum di Indonesia.

Alasan kenapa metode perbandingan hukum dapat memberikan manfaat bagi pengembangan ilmu hukum adalah:

- a. Bahwa sistem hukum yang berbeda menunjukkan adanya kaidah-kaidah hukum, landasan, rujukan dan pranata yang berbeda.
- b. Dalam penerapan sistem perbandingan sering terjadi sistem-sistem hukum yang sama sekali tidak ada hubungan atau pertemuan historis, dapat melahirkan persamaan-persamaan dalam konsep, teori, dan landasan hukum.
- c. Perbedaan dan persamaan yang ditemukan dalam sistem hukum yang berbeda akan membawa kepada pengertian yang mendalam tentang masalah-masalah yang sebenarnya menjadi obyek filsafat hukum.
- d. Manfaat perbandingan hukum lainnya adalah terhadap disiplin ilmu sosiologi hukum. Sudah menjadi maklum bahwa sumber hukum Islam di berbagai negara Islam adalah sama, yaitu Al Qur'an dan Hadist, akan tetapi penerapan dalam ranah sosialnya terjadi banyak perbedaan, meskipun juga ditemukan banyak kesamaan.

2. Fungsi perbandingan hukum sebagai perencanaan hukum (*legal planning*).

Dalam perencanaan hukum, perbandingan hukum mempunyai fungsi penting. Hingga saat ini para sarjana hukum masih dinilai tidak sanggup untuk mempersiapkan payung hukum untuk sebuah permasalahan, selalu saja permasalahan terjadi dan berlalu sedangkan payung hukum belum tersedia. Dalam hal ini dibutuhkan *legal drafters* yaitu perencanaan-perencanaan hukum di masa yang akan datang. Untuk mempersiapkan payung hukum dibutuhkan perbandingan hukum di antara bentuk-bentuk hukum yang sudah tersedia sebelumnya. Karena terkadang sesuatu yang baru lahir daripada sebuah proses penelusuran perbedaan dan persamaan di antara produk-produk yang sudah disahkan sebelumnya³².

Teori perbandingan hukum memiliki banyak macam yaitu:

1. Perbandingan hukum penalaran atau *descriptive comparative law*, memberika suatu ilustrai deskriptif tentang bagaimana suatu peraturan hukum itu diatur dalam berbagai sistem hukum tanpa adanya penganalisisan lebih lanjut. Prof. Suedargo Gautama dalam karangan-karangannya menggunakan metode penalaran ini yang oleh Guttaridge dinamakan "*descriptive comparative law*." yang

³² R. Soeroso, *Perbandingan*, hlm. 29-30.

dibedakan dengan *applied comparative law*. Sebagai contoh: *Descriptive comparative law* ialah, bagaimana diaturnya hukum perkawinan didalam HOI, Undang-undang NO. 1/1974, dalam hukum Islam, dalam BW dan dalam hukum adat.

2. Perbandingan hukum terapan atau *applied comparative law*.

Perbandingan hukum terapan menggunakan hasil perbandingan hukum deskriptif untuk memilih mana dari pranata-pranata hukum yang diteliti itu paling baik serta cocok untuk diterapkan. Berbeda dengan *descriptive comparative law* dalam *applied comparative law* diadakan pemilihan hukum yang dianggap paling cocok untuk diterapkan pada masyarakat yang dihadapi berdasarkan hasil yang diperoleh dari perbandingan yang telah dilakukan.

Applied comparative law digunakan untuk lembaga-lembaga legeslatif untuk menyusun rancangan undang-undang, oleh pengacara dan notaris untuk pembuatan kontrak-kontrak, oleh hakim untuk menjatuhkan keputusan-keputusan yang tepat atau oleh pemerintah untuk mengambil putusan yang adil.

3. *Comparative History of Law*.

Comparative history of law ini berkaitan erat dengan sejarah, sosiologi hukum dan filsafat hukum. Disamping metode-metode tersebut, Tahir Tungadi menyebutkan sebagaimana yang dikutip oleh R. Soeroso bahwa, "Perbandingan hukum modern telah menggunakan metode-metode kritis, realitis dan tidak dogmatis".

- a. Kritis karena komparatis sekarang tidak mementingkan perbedaan atau persamaan-persamaan dari berbagai sistem hukum (*legal order*) semata-mata sebagai faktor, tetapi yang dipentingkan ialah: *the fitness, the practicabilily, the justice and the why of legal sulation to given problem.*
- b. Realistis karena perbandingan hukum bukan saja meneliti perundang-undangan, keputusan pengadilan dan doktrin, tetapi peraturan-peraturan seperti: *all the real motives, wich rule the world, the ethical, the psycological, the economical and those of legeslative policy.*
- c. Tidak dogmatis karena perbandingan hukum tidak hendak terkekang dalam kekakuan dogma-dogma seperti yang sering terjadi pada tiap-tiap tata hukum. Dogma-dogma tersebut dapat mengaburkan dan menyerongkan (*distort*) pandangan dalam menentukan *better legal solutions*, meskipun dogma itu memiliki fungsi sistematisasi.³³

2. Teori Nilai Dasar Hukum

Teori ini termasuk salah satu teori hukum konvensional, yang cenderung tidak sempit dan berperspektif luas. Pendekatan teori konvensional mencakup tiga macam pendekatan. *Pertama*, pendekatan moralitas, yang fokus utamanya adalah meneliti moral hukum, dan validitas

³³ R. Soeroso, *Perbandingan*, hlm. 39-41.

hukumnya adalah konsistensi hukum dengan etika eksternal atau nilai-nilai moral. *Kedua*, pendekatan ilmu hukum normatif yang meneliti independensi hukum dan validitas hukumnya adalah konsistensi internal hukum, dengan aturan-aturan, norma-norma dan asas-asas yang dimiliki hukum itu sendiri. *Ketiga*, pendekatan sosiologis, yang penelitiannya terfokus kepada hukum dan tindakan sosial, dimana validitas hukumnya adalah konsekuensi-konsekuensi hukum bagi masyarakat³⁴.

Perkembangan berikutnya lahirlah pemikiran hukum modern yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch yang berusaha mengkombinasikan ketiga pandangan klasik (filsufis, normatif dan empiris) menjadi satu pendekatan dengan masing-masing pendekatan dijadikan sebagai unsur pokok dan menjadi dasar pendekatan hukum “ala” Gustav Radbruch yang kemudian dikenal sebagai tiga nilai dasar hukum yang meliputi; keadilan (filosofis), kepastian hukum (juridis) dan kemanfaatan bagi masyarakat (sosiologis). Gustav Radbruch memulai dengan pandangan bahwa masyarakat dan ketertiban memiliki hubungan yang sangat erat, bahkan dikatakan sebagai dua sisi mata uang, hal ini menunjukkan bahwa setiap komunitas (masyarakat) di dalamnya membutuhkan adanya ketertiban. Untuk mewujudkan ketertiban ini maka dalam masyarakat selalu terdapat beberapa norma seperti kebiasaan, kesusilaan dan hukum³⁵.

³⁴ M. Muslih, “Negara Hukum Indonesia dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch”, *Legalitas*, Volume IV, No. 1, Juni 2013, hlm. 141-142.

³⁵ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, hlm. 13-17.

Perbedaan antara ketiga norma di dalam masyarakat tersebut dimana kebiasaan lebih berorientasi pada perbuatan-perbuatan yang memang lazim dilakukan sehari-hari menjadi norma, dan menurut Radbruch tatanan kebiasaan ini tidak sesuai dengan hukum atau kesusilaan. Kebiasaan lebih menggambarkan posisi kebalikan dari kesusilaan, kalau kebiasaan mutlak berpegangan pada kenyataan tingkah laku orang, maka kesusilaan justru berpegang pada ideal yang masih harus diwujudkan dalam masyarakat. Untuk itu tolok ukur penilaian terhadap tindakan yang diterima atau ditolak didasarkan pada idealisme manusia yakni insan kamil atau manusia sempurna. Norma hukum lebih berorientasi pada dunia ideal (kesusilaan) dan kenyataan (kebiasaan), dengan demikian maka untuk memenuhi unsur ideal, hukum harus mengakomodir nilai filosofis dan guna memenuhi tuntutan kenyataan hukum harus memasukkan unsur sosiologis. Dalam perkembangannya masyarakat tidak hanya menginginkan keadilan (idealisme) dan kepentingan-kepentingannya dilayani oleh hukum (sosiologis), akan tetapi masyarakat masih membutuhkan adanya peraturan-peraturan yang menjamin kepastian dalam hubungan mereka satu sama lain³⁶. Hukum yang mengakomodir nilai filosofis (keadilan) selaras dengan asas yang menjiwai peradilan Islam, yang tujuan utamanya adalah menjadi

³⁶ *Ibid*, hlm. 14-17.

penengah di tengah pertikaian, pembawa kebenaran, alat pemusnah kebatilan, dan penjunjung keadilan di tengah-tengah manusia.³⁷

Berbekal dengan kegelisahan akademis yang telah disebutkan sebelumnya, dan teori yang telah diuraikan di atas, penelitian ini berupaya untuk mengakomodasi hal-hal yang berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap janin. Penelitian ini diharapkan menjadi alat pemantik untuk menyalakan kesadaran akan urgensi aktualisasi tatanan hukum yang berlaku di Indonesia, terkhusus hukum keluarga Islam.

F. Metode Penelitian

Penelitian ini dalam pelaksanaannya menggunakan beberapa macam metode dalam pengumpulan data untuk mengurai setiap pokok bahasan yang berupa teks-teks hukum dan literatur penunjang. Metode adalah sekumpulan cara yang saling berdialektika dalam upaya sebuah penelitian. Metode *kualitatif* adalah metode yang digunakan dalam penelitian ini, yaitu penelitian yang dikumpulkan tidak bewujud angka-angka ataupun nominal, melainkan kata-kata dan tulisan.

Metode dalam penelitian ini dapat dijabarkan dengan lebih lengkap dalam uraian berikut ini:

1. Jenis Penelitian

³⁷ Ali Aḥmad al-Jurjāwī, *Hikmatut Tasyrī' wa Falsafatuhu*, (Beirūt: Dār al Fikr, 1998), II: 101-103.

Jenis penelitian ini adalah penelitian pustaka, yaitu penelitian dengan cara mengumpulkan data untuk mengurai setiap pokok bahasan yang berupa teks-teks hukum dan literatur penunjang berupa buku atau sumber tertulis lainnya.³⁸ Data dari buku-buku fikih klasik mewakili sisi hukum Islam dan fikih, serta data dari buku-buku yang membahas pemahaman dan interpretasi terhadap bulir-bulir hukum maupun pasal-pasal KUHPerdara yang mewakili sisi hukum positif.

2. Sifat penelitian

Penelitian ini bersifat yuridis normatif, yaitu sebuah metode penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti bahan pustaka³⁹. Metode penelitian ini juga biasa disebut dengan penelitian hukum doktriner atau penelitian perpustakaan. Dinamakan penelitian hukum doktriner dikarenakan penelitian ini hanya ditujukan pada peraturan-peraturan tertulis sehingga penelitian ini sangat erat hubungannya pada perpustakaan, dan fokus penelitian pustaka adalah pada pasal-pasal perundangan, berbagai teori hukum, maupun hasil karya tulis ilmiah lainnya. Penelitian terhadap sumber data kepustakaan bertujuan untuk memungkinkan diadakannya penelusuran terhadap teks-teks yang berisi sistem-sistem perundang-undangan, peraturan-peraturan dan hukum-hukum, dan mengambil norma-norma serta nilai-nilai yang terkandung di dalam bulir-bulir pasal. Penelusuran norma

³⁸ Moh. Nazir, *Metode Penelitian* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), hlm. 30.

³⁹ Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif (Suatu Tinjauan Singkat)* (Jakarta: Rajawali Press, 2001), hlm. 13-14.

ataupun nilai dilakukan terhadap pendapat-pendapat ulama fikih dalam kitab-kitab klasik dan kontemporer, agar memungkinkan didapatkan nilai-nilai baru yang terkandung.

3. Pendekatan

Sebagaimana layaknya sebuah perbandingan, penelitian ini menggunakan pendekatan *deskriptif – komparatif*. Metode *deskriptif* menurut Nazir adalah suatu metode dalam meneliti status sekelompok manusia, suatu obyek, suatu set kondisi, suatu sistem pemikiran ataupun suatu kelas peristiwa pada masa sekarang.⁴⁰ Tujuan dari penelitian *deskriptif* adalah untuk membuat deksripsi, gambaran, atau lukisan secara sistematis, faktual, dan akurat mengenai fakta-fakta, sifat-sifat serta hubungan antar fenomena yang diteliti. Metode *deskriptif* dalam penelitian ini bertujuan untuk menggambarkan cakupan perundang-undangan di Indonesia dan hukum Islam dalam hal perlindungan terhadap hak-hak perdata janin. Sedangkan metode *komparatif* adalah suatu penelitian yang bersifat membandingkan. Di antara keunggulan-keunggulan metode *komparatif* adalah meningkatkan efektivitas estimasi terhadap parameter-parameter hubungan kausal, dan kemampuannya untuk mengganti metode eksperimental. Metode *komparatif* dalam penelitian ini bertujuan untuk membandingkan isi hukum positif dan hukum Islam perihal perlindungan terhadap hak-hak perdata janin.⁴¹

⁴⁰ Moh. Nazir, *Metode Penelitian* (Bogor: Ghalia Indonesia, 2011), hlm. 63.

⁴¹ *Ibid.*

4. Metode pengumpulan data

Untuk memperoleh semua informasi yang maksimal terkait dengan permasalahan yang diteliti berdasarkan variabel-variabel yang ada, peneliti menggunakan beberapa langkah pengumpulan data dan beberapa sumber data. Sumber data dalam penelitian ini terbagi menjadi; data primer, data sekunder dan data tersier. Data primer dalam penelitian ini adalah Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, KUHPerdata, dan Kompilasi Hukum Islam. Data sekunder dari penelitian ini berupa data yang diperoleh dari literatur pendukung berupa buku-buku. Sedangkan data tersier dalam penelitian ini berupa artikel ilmiah, dan laporan penelitian dan referensi pustaka lainnya yang berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap anak, ibu hamil, dan janin.

5. Analisis data

Analisis data dalam penelitian ini menggunakan metode induktif dan deduktif. Dengan metode induktif peneliti membandingkan sumber pustaka terhadap fokus penelitian. Dengan kata lain, peneliti menilik pada permasalahan khusus untuk kemudian ditarik kesimpulan yang bersifat umum. Metode induktif digunakan dalam menganalisa data kualitatif yang diperoleh yaitu data yang berupa dalil hukum, pendapat ulama, bulir pasal dan teks-teks lain yang terdapat dalam fikih maupun hukum positif Indonesia untuk kemudian ditarik kesimpulan berupa nilai-nilai umum yang terkandung dalam hal perlindungan hukum terhadap hak keperdataan janin yang meliputi waris, wasiat, dan wakaf. Sedangkan metode deduktif yang

digunakan untuk menganalisa data yang dimulai dari dalil-dalil umum, yaitu nilai-nilai dasar hukum yang meliputi keadilan, kepastian hukum, dan manfaat, untuk kemudian dihubungkan dengan bulir-bulir hukum, pendapat-pendapat ulama fikih, dan ketentuan-ketentuan hukum lainnya untuk mengambil kesimpulan.⁴²

G. Sistematika Pembahasan

Sistematika pembahasan yang digunakan dalam penelitian ini dibagi ke dalam beberapa bab yang dijabarkan sebagai berikut:

Bab pertama dalam dalam penelitan ini berisi penjelasan mengenai sistematika penulisan yang meliputi; latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, kajian pustaka, kerangka teoritik dan metodologi penelitian.

Bab kedua membahas mengenai cakupan hukum Islam terhadap perlindungan hukum terhadap janin. Bab ini memaparkan pendapat-pendapat ulama fikih klasik dan kontemporer tentang hak-hak janin berkenaan dengan waris, wasiat dan wakaf.

Sedangkan pada bab ketiga membahas mengenai cakupan hukum positif yang berlaku di Indonesia, Undang-undang No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak, KUHPerdara, dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap hak-hak perdata janin yang meliputi waris, wasiat, dan wakaf.

⁴² Moh. Nazir, *Metode Penelitian*, hlm. 31-34.

Bab keempat menjelaskan tentang analisa dan komparasi antara dua variabel utama penelitian ini, yaitu hukum positif dan hukum Islam perihal perlindungan hukum terhadap janin, dan melihat nilai-nilai yang terkandung dalam hukum Islam untuk diaplikasikan dalam hukum positif di Indonesia. Melihat celah hukum dan kelebihan-kekurangan di tiap variabelnya, untuk kemudian saling berkolaborasi sehingga melahirkan tatanan hukum yang lengkap.

Bab kelima merupakan merupakan bab akhir yang memberikan kesimpulan dari permasalahan yang diteliti dan merupakan kesimpulan dari pembahasan yang telah diuraikan pada bab-bab sebelumnya.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Sebagai penutup dari pembahasan yang ada dalam tesis ini, maka perlu dibuat sebuah kesimpulan agar lebih mudah dipahami.

1. Unsur-unsur persamaan antara hukum Islam dan hukum positif beserta nilai-nilai yang terkandung di dalamnya yang dapat disimpulkan antara lain adalah:

- a. Unsur Perkawinan Orang Tua Janin

Hukum Islam dan hukum positif sama-sama melihat keabsahan perkawinan orang tua janin sebagai syarat dan unsur utama dalam menentukan keabsahan status janin sebagai ahli waris dari kedua orang tuanya. Dalam hukum positif disebutkan dalam Pasal 250 KUHPerdara yang berbunyi:

Tiap-tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan, memperoleh suami sebagai bapaknya.

Dan dalam hukum Islam dijelaskan anak zina atau anak yang dilahirkan dari sebuah hubungan yang belum dilegalkan dengan akad perkawinan yang sah tidak berhak atas harta warisan.

- b. Unsur Umur Kehamilan

Letak persamaan antara hukum Islam dan hukum positif dalam unsur umur kehamilan adalah bahwa kedua sistem hukum tersebut menentukan 180 (seratus delapan puluh) hari atau enam bulan adalah

batas minimal usia sebuah kehamilan, dan kehamilan dapat dihukumi sebagai seorang anak. Batas minimal kehamilan dalam hukum positif Indonesia dapat dilihat di dalam pasal 251 KUHPerdara,⁴³ sedangkan dalam hukum Islam disebutkan dalam pendapat fikih.⁴⁴

c. Unsur Kondisi Kelahiran Janin

Antara hukum Islam dan hukum positif sepakat bahwa kondisi kelahiran sangat menentukan status janin sebagai ahli waris. Apabila janin dilahirkan dalam keadaan hidup dan memenuhi syarat lainnya sebagai ahli waris, maka janin tersebut berhak atas hak waris yang disematkan padanya. Apabila syarat sebagai ahli waris telah dipenuhi akan tetapi janin dilahirkan dalam keadaan mati, maka janin dianggap tidak pernah ada, dan tidak mendapatkan waris yang disematkan kepadanya, tidak pula orang lain mendapatkan warisan dari janin.

d. Unsur Pengakuan Janin Sebagai Ahli Waris

Hukum Islam dan hukum positif di Indonesia sepakat bahwa apabila sudah dapat dipastikan keberadaannya dalam kandungan saat pewaris meninggal dunia, maka janin tersebut sudah sah dianggap sebagai ahli waris apabila memang hal itu menghendaknya.

⁴³ Sahnya anak yang dilahirkan sebelum hari keseratus delapan puluh dari perkawinan, dapat diingkari oleh suami. Namun pengingkaran itu tidak boleh dilakukan dalam hal-hal berikut ini: (1) bila sebelum perkawinan suami telah mengetahui kehamilan itu; (2) bila pada pembuatan akta lahir dia lahir, atau memuat suatu keterangan darinya yang berisi bahwa dia tidak dapat menandatangani; (3) bila anak itu mati.

⁴⁴ Muḥammad bin Aḥmad bin Abū Sahl as-Sarkhasyī, *al-Mabsūṭ*, XXX: 50.

2. Unsur-unsur perbedaan antara hukum Islam dan hukum positif hanya dapat ditemukan dalam masalah janin terkait dengan waris, antara lain adalah:

a. Unsur Perkawinan Orang Tua Janin

Berawal dari perkawinan orang tua janin yang tidak sah timbul sebuah perbedaan antara hukum Islam dan hukum positif di Indonesia dalam hal cara pengakuan terhadap janin yang dilahirkan di luar kawin. Hukum positif tidak mewajibkan adanya perkawinan antara orang tua janin untuk melakukan pengakuan terhadap janin tersebut, berbeda dengan hukum Islam yang membenarkan pengakuan terhadap anak di luar kawin hanya melalui perkawinan yang sah antara kedua orang tua janin.

b. Unsur Umur Kehamilan

Terlepas dari kesepakatan antara hukum Islam dan hukum positif dalam permasalahan batas minimal umur kehamilan, kedua system hukum tersebut memiliki perbedaan pandangan dalam melihat dampak dan konsekuensi penetapan batas umur kehamilan terhadap status waris janin. Hukum positif tidak melihat batas minimal umur kehamilan sebagai salah satu syarat sah nya janin menjadi ahli waris, berbeda dengan hukum Islam yang menjadikan batas minimal umur kehamilan dan batas maksimal umur kehamilan dalam durasi antara kelahiran janin dengan kematian pewaris.

Apabila janin lahir kurang dari enam bulan sejak kematian pewaris, maka janin sah sebagai ahli waris tanpa melihat status perkawinan sang ibu. Apabila janin lahir lebih dari empat tahun sejak kematian pewaris maka ia tidak menjadi ahli waris. Dan apabila janin lahir di antara enam bulan dan empat tahun maka apabila sang ibu belum melangsungkan perkawinan lagi maka janin adalah ahli waris yang sah, jika sang ibu telah kawin lagi maka janin adalah milik suami terakhir.

c. Unsur Bagian Waris Janin

Dalam hukum Islam bagian waris janin yang lahir di luar kawin dan telah mendapatkan pengakuan melalui perkawinan kedua orang tuanya adalah sama dengan bagian waris anak sah yang tanpa melalui pengakuan. Berbeda dengan yang diterapkan dalam hukum positif di Indonesia yang masih membedakan bagian waris anak lahir di luar kawin dan telah mendapatkan pengakuan dari salah satu atau kedua orang tuanya tanpa adanya perkawinan yang sah di antara orang tuanya dengan bagian waris anak sah. Anak sah melalui pengakuan mendapatkan sepertiga bagian dari satu bagian yang sejatinya diterima oleh anak sah tanpa melalui pengakuan.

d. Unsur Umur Janin Setelah Dilahirkan

Salah satu syarat janin untuk mendapatkan hak waris adalah kelahirannya dengan hidup. Tidak ditemukan dalam hukum positif di Indonesia berapa durasi minimal seorang janin dapat dihukumi sebagai

janin yang telah lahir hidup setelah kelahirannya sehingga dapat mewarisi atau diwarisi. Dalam hukum Islam apabila ada seorang janin yang telah lahir sebagian besarnya dalam keadaan hidup dan kemudian meninggal dunia maka janin tersebut dapat diwarisi dan mewarisi. Dalam hukum Islam keadaan hidup janin dalam sebuah proses persalinan dapat dilihat dari adanya suara tangisan yang berasal dari sang janin.

e. Unsur Cara Pembagian Warisan

Letak perbedaan antara hukum Islam dan hukum positif dalam cara pembagian warisan kepada janin adalah dikenalnya dalam Islam pembagian warisan, yang melibatkan janin di dalamnya, tanpa menunggu kelahiran janin. Pembagian tetap dilaksanakan sesaat setelah kematian pewaris kepada semua ahli waris dan menanggihkan bagian waris janin untuk kemudian diberikan kepada janin setelah kelahirannya.

f. Unsur Nasab dalam Hak Wasiat Janin

Dalam hukum Islam, apabila seorang pewasiat menyebutkan dalam wasiatnya, "Saya berwasiat kepada anak dalam kandungan seorang perempuan dari seorang laki-laki bernama Zaid", maka sudah menjadi syarat sahnya wasiat tersebut adalah tersambungnyanya nasab sang janin kepada Zaid. Apabila tidak dapat dipastikan tersambungnyanya nasab sang janin kepada Zaid, seperti yang dimaksudkan oleh pewasiat maka wasiat batal dan tidak dapat diserahkan kepada janin.

3. Nilai-nilai yang dapat diambil dari perbandingan yang telah dilakukan antara hukum Islam dan hukum positif adalah:
- a. Berdasar kepada nilai sosiologis dan fakta empiris tentang manfaat yang akan diterima janin dari hak pewarisan, maka Islam melalui fikih meletakkan ketentuan bahwa apabila tubuh janin telah keluar sebagian besarnya, kemudian janin meninggal dunia, maka janin berhak atas hak waris yang melekat pada dirinya.
 - b. Nilai kepastian dan validitas hukum dalam hukum Islam bisa dilihat dalam ketentuan bagian waris janin yang harus ditangguhkan ketika sebuah proses pewarisan tidak menunggu kelahiran janin. Islam berketentuan bahwa bagian yang ditangguhkan adalah bagian terbesar berdasar atas kemungkinan terbanyak janin dalam satu kandungan.
 - c. Ketiga nilai dasar hukum, keadilan, kepastian, dan kebermanfaatan ada di dalam kebijakan lain fikih yang mengharuskan pembagian waris menunggu kelahiran janin. Penundaan pembagian waris hingga kelahiran janin terkandung nilai keadilan, karena seluruh ahli waris, termasuk janin, mendapat kepastian bagian sesuai dengan ketentuan. Nilai validitas dan konsistensi tercermin dari pembagian bagian waris sesuai dengan ketentuan *farā'id*, dan nilai sosiologis didapat dari bagaimana Islam memberikan perhatian besar kepada manfaat yang diterima janin, sebagai salah satu perangkat sosial layaknya masyarakat lainnya.

- d. Kondisi kelahiran janin dalam keadaan hidup diketahui dengan terdengarnya suara tangisan, untuk memberikan kepastian keberadaan janin.
- e. Nilai keadilan bagi seluruh ahli waris juga dapat diambil dari pembebanan secara merata kepada seluruh ahli waris, selain janin, apabila dalam suatu proses pewarisan yang tidak menunggu kelahiran janin, bagian yang ditangguhkan tidak sesuai dengan fakta kondisi kelahiran janin, dari segi jenis kelamin maupun jumlah janin yang dilahirkan.
- f. Termasuk dari sebuah kepastian hukum, fikih memberikan batasan enam bulan sebagai batas minimal sebuah umur kehamilan, dan empat tahun sebagai batas maksimal sebuah umur kehamilan.
- g. Demi kemaslahatan janin, salah satu pendapat dalam fikih memperbolehkan wasiat kepada janin yang belum ada, dengan meng-*qiyās*-kannya dengan praktek *salam muajjal*.
- h. Dalam praktek wasiat kepada janin yang lebih dari satu, demi kebermanfaatan bagi janin dan nilai kepastian hukum yang terkandung, fikih tidak mempermasalahkan isi wasiat dengan kondisi kelahiran janin, dari segi jumlah atau jenis kelamin. Wasiat kepada janin sebuah kandungan, berarti wasiat kepada semua yang ada di dalam kandungan.
- i. Hukum Islam dan hukum positif Indonesia sepakat bahwa wakaf tidak dibenarkan atas orang-orang atau lembaga yang tidak jelas

keberadaannya. Akan tetapi, dengan melihat kepada masalah janin sebagai sebuah struktur sosial, fikih memperbolehkan wakaf terhadap janin dengan syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk menjamin keberadaan janin.

- j. Salah satu pendapat dalam fikih menyebutkan bahwa wakaf kepada janin secara mutlak tidak diperbolehkan, berbeda dengan waris dan wakaf yang dianggap sebagai transaksi yang berkaitan dengan masa yang akan datang, wakaf dinilai sebagai sebuah transaksi yang berkaitan dengan masa dilangsungkannya transaksi tersebut, sehingga janin tidak memiliki kemampuan untuk menjadi pelaku transaksi wakaf.
- k. Islam memberikan syarat enam bulan sebagai jangka waktu minimal umur sebuah kehamilan untuk memberikan kepastian keberadaan janin dalam kandungan ketika kematian pewaris. Nilai yang dapat diambil dari ketentuan ini adalah bahwa Islam masih memberikan ruang kepada teknologi modern dan logika dalam meletakkan sebuah dasar pertimbangan hukum.
- l. Islam memberikan perlindungan hukum terhadap hak janin dengan porsi yang besar, akan tetapi apabila janin terlahir dalam keadaan mati maka Islam juga tetap konsisten dan memberikan kepastian kepada berlangsungnya proses pewarisan yang terkait dengan janin. Apabila bagian janin telah ditanggihkan dan pada akhirnya janin terlahir dalam keadaan mati, maka janin dianggap tidak ada, dan pembagian

waris terhadap orang-orang yang terkait dengan janin akan tetap berlangsung. Nilai yang dapat diambil adalah Islam memperhatikan konsistensi hukum dan keberlangsungan hukum yang terkait.

- m. Dalam penangguhan bagian waris janin dari sebuah proses pewarisan, tanpa mengetahui apakah janin akan terlahir dalam keadaan hidup maupun mati nantinya, terdapat sebuah nilai yang dapat diambil. Penangguhan bagian janin bertujuan memberikan sebuah hak kepada pemilik hak, meskipun sang pemilik hak masih belum dapat dipastikan wujudnya dan kondisinya. Nilai yang dapat diambil adalah perlindungan hukum yang *massive* yang diberikan hukum Islam terhadap sebuah hak, perlindungan juga meliputi janin yang secara wujud belum sempurna.
- n. Dalam wasiat terhadap janin yang lebih dari satu, Islam memberikan bagian terbesar sebagai langkah antisipasi. Maka apabila dalam sebuah proses wasiat dituliskan bagian janin untuk dua anak dalam kandungan sebesar dua bagian, maka baginya dua bagian tersebut, meskipun pada faktanya hanya terlahir satu janin. Dan dalam kondisi lainnya, seperti perbedaan jenis kelamin janin yang dilahirkan, waktu kelahiran janin yang berbeda satu di antara yang lainnya. Nilai yang dapat diambil, Islam memberikan langkah dan kebijakan yang antisipatif dalam memberikan perlindungan hukum terhadap suatu pemberian hak.

- o. Islam mengenal istilah *al-waqfu al-mahbūs* atau harta wakaf yang ditangguhkan dalam hukum wakaf Islam. Harta wakaf yang ditangguhkan ini juga berlaku bagi harta wakaf yang pada walanya ditujukan kepada janin, yang pada akhirnya tidak pernah dilahirkan, atau dilahirkan dalam keadaan meninggal. Perlindungan hukum yang diberikan Islam yaitu berupa pemberlakuan memperjual-belikan harta wakaf yang ditangguhkan tadi, selama hasil dari penjualan harta wakaf bermanfaat dan tidak menyalahi niat awal *wāqif* dalam mewakafkan harta tersebut.

B. Saran-saran

- a. Saran penelitian
 - i. Hendaklah pada penelitian selanjutnya dilakukan penelitian kepada kasus-kasus yang terjadi di lapangan, sehingga data tidak terbatas pada data kepustakaan.
 - ii. Penelitian ini bisa dianggap sebagai penelitian yang besar, dikarenakan cakupannya yang luas, dan variabel penelitiannya yang mencapai tiga bahasan besar. Disarankan agar dilakukan penelitian yang lebih fokus terhadap satu variabel besar, sehingga pembahasan berakhir kepada sebuah kesimpulan yang valid.
- b. Saran kepustakaan
 - i. Masih minimnya pembahasan tentang janin yang kaitannya dengan wasiat dan wakaf dalam hukum positif di Indonesia mengharuskan peneliti untuk banyak melakukan interpretasi-interpretasi terhadap

pasal-pasal dalam undang-undang yang ada kaitannya dengan anak dalam kandungan dan hak-hak yang berkaitan dengannya.

- ii. Untuk meningkatkan data pustaka tentang hak-hak anak dalam kandungan, seharusnya kasus-kasus anak dalam kandungan, perdata dan pidananya, mendapatkan lebih banyak perhatian, dengan tujuan untuk menambah minat peneliti untuk mengkaji kemudian menuliskan masalah dan solusinya yang terkait dengan anak dalam kandungan.

c. Saran operasional-institusional

- i. Pemerintah seharusnya segera meletakkan undang-undang khusus yang melindungi hak-hak anak dalam kandungan. Selain ketersediannya dalam hukum Islam yang dianggap sudah relevan dengan kondisi ke-Indonesiaan, tindakan meletakkan undang-undang khusus yang melindungi anak dalam kandungan akan menghasilkan antisipasi-antisipasi terhadap tindak penyelewengan terhadap anak dalam kandungan dan hak-haknya yang sangat mungkin terjadi.
- ii. Disarankan agar UIN sebagai institusi Islam mengakomodir berbagai pembahasan dan penelitian yang ada kaitannya dengan perlindungan terhadap anak dalam kandungan, yang diharapkan menjadi awal akan terlahirnya undang-undang yang khusus untuk melindungi janin dan hak-haknya.



DAFTAR PUSTAKA

A. Al-Qur'an/Ilmu Al-Qur'an/Tafsir

Kašīr, Ismā'īl bin ʿUmar bin, *Tafsīr al-Qurān al-ʿAḍīm*, Riyāḍ: Dār Ṭayyibah, 1999.

B. Al-Hadis/Ilmu Hadis

Bukhāri, Al-, *Ṣaḥīḥ al-Bukhari*, “Kitāb al-Adab”, Beirut: Dār Ibnu Kašīr, 1987.

Dāwud, Sulaimān bin Asy'as bin Syaddād bin 'Amrū al-Azdī Abū, *Sunan Abī Dāwud*, Beirut: Dār al-Fikr.

Hujjāj, Muslim bin, *Ṣaḥīḥ Imām Muslim*, Beirut: Dār Iḥyā at-Turās al-'Arabi.

Qazwīnī, Muhammad bin Yazīd Abū Abdillāh al-, *Sunan Ibn Mājah*, Beirut: Dār al-Fikr.

Tirmizī, Abū 'Isā at, *Sunan at Tirmizī*, Kairo: Wizāratul Awqāf al Maṣriyyah, 1969.

C. Fikih/Usul Fikih/Hukum

'Ābidīn, Ibnu, *Radd al-Mukhtār 'alā ad-Durr al-Mukhtār*, Beirut: Dār al-Fikr, 1992.

Abdillah, Kudrat, "Status dan Hak Anak di Luar Nikah; Studi Sejarah Sosial Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VII/2010", *Tesis*, Yogyakarta, UIN Sunan Kalijaga, 2015.

Arifin, Busthanul, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.

Arifin, H. Busthanul, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam, Direktorat jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam Departemen Agama Islam R.I., 2001.

Azizy, Qodri, *Eklektisisme Hukum Nasional, Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Yogyakarta: Gama Media, 2004.

Bār, Muḥammad 'Alī al-, *Khalqu al-Insān baina at-ṭibb wa al-Qur'ān*, Jedah: Dār as-Sa'ūdiyyah, 1991.

Buqīry, Awāṭif Taḥsīn Abdillāh al-, "Aḥkām al-Janīn wa at-Ṭifl fī Fiqh al-Islāmiy," *Risalat Majistir*, Makkah, Umm Qura' Press, 1990.

Dardīr, Aḥmad bin Muḥammad bin Aḥmad ad-, *asy-Syarḥu aṣ-ṣagīr alā aqrabi al-masāliki ilā mazhabī al-Imām Mālik*, Kairo: Dār al-Ma'ārif.

Dasūqi, Muḥammad bin Aḥmad bin 'Arafah ad-, *Ḥāsiyyatu ad-Dasūqi alā asy-syarhi al-kabīr*, Beirut: Dār al-Fikr.

Hamidi, Jazim, *Hermeneutika Hukum, Teori Penemuan Hukum Baru dengan Interpretasi Teks*, Yogyakarta: UII Press, 2005.

Ḥanafī, 'Alā ad-Dīn al-, *ad-Durru al-Mukhtār Syarḥu Tanwīr al-Abṣār*, Kairo: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 2002.

Ḥanbalī, Maṣṣūr bin Yūnus bin Ṣalāḥ ad-dīn bin Idrīs al-, *Syarḥu Muntahā al-Irādāt*, 'Ālam al-Kutub.

Idrus, Achmad Musyahid, "Perlindungan Hukum Islam Terhadap Janin", *Al Daulah.*, No. 1, Vol. 4, Juni 2015.

Joni, Muhammad, *Aspek Hukum Perlindungan Anak dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999.

- Jurjawi, Ali Ahmad al-, *Hikmatu at-Tasyri' wa Falsafatuhu*, Beirut: Dar Fikr, 1998.
- Ka'bah, Rifyal, "Peraturan Perundang-undangan Islam di Indonesia," dalam dakwah.wordpress.com/2013/08/21/Peraturan-perundang-undangan-islam-di-indonesia.
- Kāsāni, Abū Bakr bin Mas'ūd bin Aḥmad al-, *badāi'u aṣ-ṣanāi' fī Tartīb asy-Syarāi'*, Kairo: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 1986.
- Komariah, *Hukum Perdata*, Malang: UMM Press, 2010.
- Leyh, Gregory, *Hermeneutika Hukum, Sejarah, Teori dan Praktik*, terj. Moh. Khozim, Bandung, Nusa Media, 2008.
- Machmudin, Dudu Duswara, *Pengantar Ilmu Hukum, Sebuah Sketsa*, Bandung: Refika Adhitama, 2013.
- Madzkur, Muhammad Salam, *al Janin wal Ahkam al Muta'alliqah bihi fi Fiqhil Islam*, Kairo: Darun Nahdhah al Arabiyya, 1996.
- Māliki, Syihāb ad-Dīn an-Nafrāwi al-, *al-Fawākih ad-Dawāni*, Beirut: Dār al-Fikr, 1995.
- Marzuki, Peter Mahmud, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Kencana Prenada Media, 2008.
- Munte, Hardi, *Model Penyelesaian Sengketa Administrasi Pilkada*, Puspantara, 2017.
- Muhadjir, Noeng, *Filsafat Ilmu Kualitatif dan Kuantitatif untuk Pengembangan Ilmu dan Penelitian*, edisi III (revisi), Yogyakarta: Rake Sarasin, 2006.
- Muslih, M., "Negara Hukum Indonesia dalam Perspektif Teori Hukum Gustav Radbruch", *Legalitas*, Volume IV, No. 1, Juni 2013.
- Nawawi, Muhyī ad-Dīn Yahyā bin Syaraf an-, *al-Minhāj*, Beirut: Dār Ihya' at-Turās al-'Arabi, 1392 H.
- Nawawi, Muhyī ad-Dīn Yahyā bin Syaraf an-, *al-Majmū' Syarḥ al-Muhazzab*, Kairo: Dār al-Fikr.
- Ngani, Nico, *Psikologi kriminal dalam Teori dan Praktek Hukum Pidana*, cet. I, Yogyakarta: Kedaulatan Rakyat, 1985.
- Pangemanan, Maria Mawar, "Kajian Hukum Atas Hak Waris Terhadap Anak Dalam Kandungan Menurut KUHPperdata," *Lex Privatum*, Vol. IV, No. 1, Januari 2016.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Hukum Warisan di Indonesia*, Bandung: satelit, 1983.
- Purnamasari, Irma Devita, *Panduan Lengkap Hukum Praktis Populer: Kiat-kiat Cerdas, Mudah, dan Bijak Memahami Masalah Hukum Waris*, Bandung: Mizan Media Utama, 2012.
- Rahardjo, Satcipto, *Ilmu Hukum*, Semarang: Citra Aditya Bakti.

- Rahardjo, Satjipto *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2000.
- Rahman, Muh Fudhail, "Wakaf Dalam Islam," *Al-Iqtishad*, Vol. I, No. 1, Januari 2009.
- Ramdhani, Ria, "Pengaturan Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat Menurut Hukum Islam," *Lex et Societatis*, Vol. III, No. 1, Januari-Maret 2015.
- Ramulyo, Idris, *Perbandingan Hukum Kewarisan Islam dengan Kewarisan Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Ramulyo, M. Idris, "Suatu perbandingan antara Ajaran Syafi'i dan Wasiat Wajib di Mesir, tentang Pembagian Harta Warisan untuk Cucu Menurut Islam", *Majalah Hukum dan Pembangunan*, No. 2, Maret 1982, Jakarta: FHUI.
- Santoso, Urip, *Hukum Agraria: Kajian Komprehensif*, Jakarta: Kencana, 2015.
- Sarkhasyi, Muḥammad bin Aḥmad bin Abū Sahl as-, *al-Mabsūṭ*, Beirūt: Dār al-Ma'rifah, 1993.
- Satrio, J., *Hukum Waris*, Bandung: Penerbit Alumni, 1992.
- Sayis, Muhammad Ali as-, *Sejarah Fikih Islam*, terj. Nurhadi AGA, cet. I, Jakarta: Pustaka Al-Kautsar, 2003.
- Soeroso, R., *Perbandingan Hukum Perdata*, Jakarta: Sinar Grafika, 2014.
- Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1986.
- Syāfi'ī, Muḥammad bin Idrīs asy-, *al-Umm*, Beirūt: Dār al-Ma'rifat, 1990.
- Syāfi'ī, Abdullah bin Hījāzi bin Ibrāhīm asy-, *Ḥāsiyatu asy-Syarqāwi*, Kairo: Maṭba'atu al-Amīriyyah, 1298 H.
- Suparman, Eman, *Hukum Waris Indonesia dalam Perspektif Islam, Adat, dan BW*, Bandung: Refika Aditama, 2014.
- Qalyūbi, Aḥmad Salāmah al-, Aḥmad al-Barlisi 'Umairah, *Ḥāsiyatu Qalyūbi wa 'Umairah*, Beirūt: Dār al-Fikr, 1995.
- Qudāmah, Ibnu, *al-Mugnī*, Kairo: Maktabatu al-Qāhirah, 1968.

D. Peraturan Perundang-undangan

- Undang-undang No. 23 tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.
- Undang-undang No. 36 tahun 2009 tentang Kesehatan.
- Kompilasi Hukum Islam (KHI).
- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata)

E. Lain-lain

- Fayūmi, Aḥmad bin Muḥammad bin ‘Alī al-, *al-Miṣbāḥ al-munīr fī garīb asy-syarḥi al-kabīr*, Beirūt: Maktabah al-‘Ilmiyyah.
- Kusmaryanto, *Tolak Aborsi, Budaya Kehidupan Versus Budaya Kematian*, Yogya: Penerbit Kanisius, 2005.
- Lesmana, Andi, “Definisi Anak”, dalam www.andibooks.wordpress.com.
- Margīnānī, ‘Alī bin Abī Bakr al-, *al-Hidāyah fī Syarḥ Bidāyati al-Mubtadi*’, Beirūt: Dār Iḥyā’ at-Turāṣ.
- Nazir, Moh., *Metode Penelitian*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2011.
- Syarbīnī, Syamsu ad-Dīn asy-, *Mugnī al-Muḥtāj ilā Ma’rifati Ma’ānī Alfāzi al-Minhāj*, Kairo: Dār al-Kutub al’Ilmiyyah, 1994.
- Syarbīnī, Syamsu ad-Dīn asy-, *al-Iqnā’ fī ḥilli alfāzi Abī Syujā’*’, Beirūt: Dār al-Fikr.
- Ṭarāblisi, Syams ad-Dīn bin Abd ar-Raḥmān aṭ-, *Mawāhib al-Jalīl fī Syarḥ Mukhtaṣar Khalīl*, Beirūt: Dār al-Fikr, 1992.
- Tim Redaksi Tatanusa, *Kamus Istilah Menurut Peraturan Perundang-Undangan Republik Perdana* cet. I, Jakarta: Tatanusa, 2008.