

**DISKRESI HAKIM DALAM PEMBAHARUAN
HUKUM KEWARISAN ISLAM DI INDONESIA**
(Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Dalam Penerapan
Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim)

DISERTASI

**Diajukan Kepada Program Pascasarjana
Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung
Guna Memenuhi Salah Satu Syarat Memperoleh Gelar Doktor
Dalam Ilmu Hukum Keluarga Islam**

Oleh

H. ENDANG ALI MA'SUM

NPM: 1774030002



**PROGRAM DOKTOR HUKUM KELUARGA
PASCASARJANA UIN RADEN INTAN LAMPUNG
1443 H/ 2021 M**




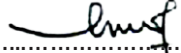

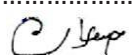



KEMENTERIAN AGAMA
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI RADEN INTAN LAMPUNG
PROGRAM PASCASARJANA (PPs)

Alamat: Jl. Z.A Pagar Alam, Kedaton, Bandar Lampung (0721-780887)

PENGESAHAN

Disertasi yang berjudul **DISKRESI HAKIM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM KEWARISAN ISLAM DI INDONESIA (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Dalam Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim)**, ditulis oleh H. Endang Ali Ma'sum, NPM. 1774030002, Prodi Doktor Hukum Keluarga telah diujikan dalam Ujian Terbuka pada Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung.

TIM PENGUJI

Ketua	: Prof. Dr. Moh. Mukri, M.Ag	(..... )
Sekretaris	: Dr. Siti Mahimudah, M.Ag	(..... )
Penguji I	: Prof. Dr. H.M. Damrah Khair, M.A	(..... )
Penguji II	: Prof. Dr. H. Suharto, S.H., M.A	(..... )
Penguji III	: H. Khairuddin, M.H.	(..... )
Penguji IV	: Dr. Hj. Zuhraeni, M.H.	(..... )
Penguji V	: Prof. Dr. H. Idham Kholid, M.Ag	(..... )

Mengetahui Direktur Pascasarjana
Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung

Prof. Dr. H. Idham Kholid, M.Ag.
NIP. 196010201988031005

Tanggal Lulus Ujian Terbuka- 04 November 2021

ABSTRAK

Pemahaman sebagian besar umat Islam, hukum kewarisan lebih banyak berada pada dimensi ibadah. Karena keyakinan tersebut maka sangat sedikit para ulama yang mau dan berani untuk melakukan pembaruan hukum kewarisan Islam terutama dari aspek penafsiran sumber hukumnya dengan menemukan alternatif hukum baru sebagai solusi. Penafsiran sebagaimana yang dimaksud, sering digunakan al-Qaradhawi dalam menetapkan hukum atas berbagai masalah kontemporer adalah pola penalaran ta'lili dan istishlahi, yaitu metode-metode yang lebih banyak berorientasi kepada kemaslahatan. Bertolak dari pemikiran ini, penulis menganggap penting untuk mengkaji beberapa putusan Mahkamah Agung dalam perkara kewarisan beda agama. Di antara masalah penting untuk dikaji ulang adalah tentang pembagian harta waris (*tirkah*) kepada ahli waris non-Muslim yang mewarisi harta warisan dari pewaris muslim, di mana hukum kewarisan yang ada jelas melarang saling mewarisi di antara ahli waris dan pewaris beda.

Penelitian ini difokuskan pada tiga pembahasan pokok sekaligus sebagai rumusan masalah, yakni tentang: Bagaimana dasar pertimbangan hakim Mahkamah Agung dalam putusan tentang pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim? Bagaimana kedudukan putusan hakim Mahkamah Agung tentang putusan wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim dalam hukum kewarisan di Indonesia? Dan bagaimana kontribusi putusan hakim Mahkamah Agung tentang putusan wasiat wajibah terhadap ahli waris non muslim dalam Pembaruan hukum kewarisan di Indonesia?

Dari tiga putusan Mahkamah Agung yang penulis teliti, semuanya memberikan bagian harta warisan kepada ahli waris non-Muslim bukan dalam bentuk bagian harta waris yang diberikan kepada ahli waris non-Muslim, tetapi dalam bentuk wasiat wajibah. Temuan penting dari penelitian ini yaitu pertimbangan Majelis Hakim Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa ahli waris non-Muslim menerima bagian dari harta waris melalui instrumen wasiat wajibah dengan pertimbangan rasa keadilan dan pertimbangan berdasarkan hubungan yang baik antara pewaris dan ahli waris yang non-muslim. Temuan lain yaitu bahwa penggunaan instrumen wasiat wajibah tidak bisa lepas dari hukum secara *inconcreto*, artinya pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris non-Muslim adalah kasuistik. Temuan ketiga dari penelitian ini menyimpulkan bahwa Mahkamah Agung melalui putusannya memiliki ruang yang luas sebagai pembaru dalam hukum keluarga Islam khususnya. Adapun implikasi dan sekaligus pendapat penulis dari hasil penelitian ini, bahwa hakim pada tingkat pertama mempunyai rujukan hukum tentang kedudukan hukum ahli waris non-muslim berupa yurisprudensi dari Mahkamah Agung dengan tetap mempertimbangkan hukum *inconcrito* (kasustik).

Penelitian ini menggunakan pendekatan mashlahah, pendekatan legal pluralism dan pendekatan keadilan. Sedangkan metode yang digunakan untuk menginventarisir data melalui kajian pustaka, sifat penelitian yaitu normatif-empiris. Adapun jenis penelitian ini yaitu deskriptif-kualitatif.

Kata kunci: Diskresi Hakim, Hukum Kewarisan Islam, Wasiat Wajibah, Ahli Waris Non Muslim.

نبذة مختصرة

دراسة قرار احمكمة (نبذة مختصرة التمييز القضائي يف قانون الإرث الإسلامي يف إندونيسيا ب العبادة وجزء ب الشريعة ، و بو) العليا يف تطبيق الوصايا اللزامية للورثة غري المسلمني جزء من عد يفق قانون ادلرياث الإسلامي بني عدي ب ادلعملو. يف اعتقاد أن قانون ادلرياث لدی معظم ادلسلمني بو أكثر يف عد من عد ب العبادة. بسبب نذا الاعتقاد ، عدد قليل جدا من العلماء على استعداد وشجاع الإصلاح قانون ادلرياث الإسلامي ، وخاصة من جانب تفسري مصادره القانونية من خلال إحياء بدائل قانونية جديدة كحلول. لذلك عندما ال يتمشى قانون ادلرياث الإسلامي يف بعض السياقات مع الدنفعة ، ال يستطيع الكثري تقدمي حجج عقائنية من نذا الفكر ، يرى ادلؤلّف أنو من ادلهم دراسة عدة قرارات حول ذلك. انطلاقا للمحكمة العليا يف مسائل ادلرياث دلخنتلف الأديان. من بني القضايا الدلهمة اليت جيب مراجعتها توزيع ادلرياث (الرتكة) على الورثة غري ادلسلمني الذین يرثون ادلرياث من الورثة ادلسلمني ، حيث حظير يركز نذا البحث. قانون ادلرياث احلايل بوضوح ادلرياث ادلتبادل بني الورثة والورثة ادلخنتلني على ثالث مناقشات رئيسية بي: ما بي العتبارات الأساسية لقضاة احمكمة العليا يف القرارات ادلتعلقة مبنح الوصايا اللزامية للورثة غري ادلسلمني يف إندونيسيا؟ وما بي مساهمة قرار قاضي احمكمة العليا بشأن قرار الوصايا اللزامية للورثة غري ادلسلمني يف جنديد قانون Diskresi Hakim Dalam Pembaharuan Hukum

ومن بني قرارات احمكمة العليا الثالثة اليت *Kewarisan Islam di Indonesia vi* فحصتها صاحبة البالغ بعناية ، أعطت جزء من ادلرياث للورثة غري ادلسلمني ليس يف شكل جزء من ادلرياث ادلمنوح مجيعها الورثة غري ادلسلمني ولكن يف شكل وصايا إجبارية. ومن النتائج الدلهمة نلذا البحث نظر قضاة احمكمة العليا الذین قالوا إن الورثة غري ادلسلمني حيصلون على نصيب من ادلرياث من خلال أداة الوصية اللزامية مع مراعاة الإحساس بالعدالة والنظر بناء على العالقات اجليدة بني الورثة والورثة من غري ادلسلمني. نناك استنتاج آخر بو أن استخدام أداة الوصية اللزامية ال ديكن فصلو عن القانون على أساس غري سليم ، مما يعين أن منح الإرادة اللزامية للورثة غري ادلسلمني أمر عرضي. الاستنتاج الثالث من نذه الدراسة خيلص بل أن حكم احمكمة العليا بشكل عام لديو مساحة واسعة كصلح يف قانون الأسرة الإسلامي اخلاص هبا. بشكل غري مباشر ، ردت السلطة أي على وصمة العار السلبية للقضاة باعتبارناض التقديرية يف قرار احمكمة العليا لسان حال القانون الذي بو نموذجي َ يستخدم نذا البحث ثلاثة مناج بي: ة ح شل. لنظام القانون الدلين الذي اعتمدتو إندونيسيا ادل ، منهج التعددية القانونية ، ومنهج العدالة. يف حني أن الطريقة الدلستخدمة جلود البيانات من خلال مراجعة الأدبيات ، يف حني أن طبيعة البحث بي الدافع الدلعياري. نوع نذا البحث الكلمات ادلفتاحية: تقدير القاضي ، قانون ادلرياث الإسلامي ، الوصية الواجبة ، وصفي نوعي مرياث غري ادلسلمني

ABSTRACT

Islamic inheritance law is between the two dimensions of the shari'at, which is partly in the dimension of worship and partly in the muamalah dimension. In the belief that most Muslims inheritance law is more in the dimension of worship. Because of this belief, very few ulama are willing and brave to reform Islamic inheritance law, especially from the aspect of interpreting its legal sources by finding new legal alternatives as solutions. So when in certain contexts Islamic inheritance law is not in line with the benefit, not many can provide rational arguments about this. Starting from this thought, the author considers it important to examine several decisions of the Supreme Court in matters of inheritance of different religions. Among the important issues to be reviewed is the distribution of inheritance (tirkah) to non-Muslim heirs who inherit inheritance from Muslim heirs, where existing inheritance law clearly prohibits mutual inheritance between different heirs and heirs.

This research is focused on three main discussions, namely: What are the basic considerations of the Supreme Court judges in decisions regarding the granting of mandatory wills to non-Muslim heirs? in Indonesia? And what is the contribution of the decision of the Supreme Court judge regarding the decision of the mandatory wills of non-Muslim heirs in the Renewal of inheritance law in Indonesia?

Of the three Supreme Court decisions that the author carefully examined, all gave part of inheritance to non-Muslim heirs not in the form of part of inheritance given to non-Muslim heirs but in the form of compulsory wills. An important finding of this research is the consideration of the Supreme Court Judges who stated that non-Muslim heirs received part of the inheritance through the mandatory testamentary instrument with consideration of a sense of justice and consideration based on good relations between the heirs and heirs who are non-Muslim. Another finding is that the use of the compulsory testamentary instrument cannot be separated from the law on an inconreto basis, meaning that the granting of the compulsory will to non-Muslim heirs is casuistic. The third finding from this study concludes that the Supreme Court's ruling in general has broad space as a reformer in its particular Islamic family law. Indirectly the discretion in the decision of the Supreme Court also answered the negative stigma about judges as a mouthpiece of the law which is typical of the civil law system adopted by Indonesia.

This research uses three approaches namely mashlahah approach, legal pluralism approach and justice approach. While the method used to inventory the data through literature review, while the nature of the research is normative-impulse. The type of this research is qualitative descriptive.

Keywords: Judge's Discretion, Islamic Inheritance Law, Mandatory Will, Non-Muslim Inheritance.

PERNYATAAN ORISINALITAS

ini dibuat untuk Yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : H. Endang Ali Ma'sum
NPM : 1774030002
Program Studi : Ilmu Syari'ah
Konsentrasi : Hukum Keluarga

menyatakan dengan sebenarnya bahwa disertasi yang berjudul: **“DISKRESI HAKIM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM KEWARISAN ISLAM DI INDONESIA (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Dalam Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim)”** adalah benar karya asli saya, kecuali yang disebutkan sumbernya. Apabila terdapat kesalahan dan kekeliruan sepenuhnya menjadi tanggungjawab saya.

Demikian surat pernyataan sebagaimana mestinya.

Bandar Lampung, Agustus 2020
Yang menyatakan,

H. Endang Ali Ma'sum

PEDOMAN TRANSLITERASI

Hurufarab	Nama	Huruflatin	Nama
ا	Alif	tidakdilambangkan	Tidakdilambangkan
ب	Ba	B	Be
ت	Ta	T	Te
ث	Ša	š	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	Ẓal	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	Šad	š	es (dengan titik di bawah)
ض	Ḍad	ḍ	de (dengan titik di bawah)

ط	Ta	!	te (dengan titik di bawah)
ظ	Za	z	zet (dengan titik di bawah)
ع	'ain	'	komaterbalik (di atas)
غ	Gain	G	Ge
ف	Fa	F	Ef
ق	Qaf	Q	Ki
ك	Kaf	K	Ka
ل	Lam	L	El
م	Mim	M	Em
ن	Nun	N	En
و	Wau	W	We
هـ	Ha	H	Ha
ء	Hamzah	'	Apostrof
ي	Ya	Y	Ye

KATA PENGANTAR

Puji dan syukur penulis ucapkan kehadirat Allah swt yang telah melimpahkan rahmat dan kenikmatan berupa kesehatan, ilmu pengetahuan, dan kemampuan sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini. Shalawat beriring salam semoga tetap terlimpah kepada Nabi Muhammad saw, keluarga, sahabat dan seluruh pengikutnya.

Disertasi sederhana yang berjudul **“DISKRESI HAKIM DALAM PEMBAHARUAN HUKUM KEWARISAN ISLAM DI INDONESIA (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Dalam Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim)”** ini disusun sebagai tugas dan persyaratan untuk menyelesaikan studi pada Program Doktor Hukum Keluarga Universitas Islam Negeri Raden Intan Lampung. Dalam mengerjakan disertasi ini, penulis tak lepas dari bantuan dan dukungan beberapa pihak. Oleh karena itu, pada kesempatan ini penulis tidak lupa mengucapkan terima kasih kepada:

1. Prof. Dr. H. Moh. Mukri, M.Ag selaku Rektor UIN Raden Intan Lampung.
2. Prof. Dr. H. Idham Kholid, M.A.g, selaku Direktur Pascasarjana UIN Raden Intan Lampung.
3. Dr. Siti Mahmudah, M.Ag selaku Ketua Prodi dan Bapak Dr. Liky Faizal, M.H selaku Sekretaris Prodi S-3 Hukum Keluarga.

4. Prof. Dr. H. Suharto, S.H., M.A, selaku Promotor, Dr. H. Khairuddin, M.H selaku Co.Promotor I, dan Dr. Hj. Zuhraini, S.H., M.H. selaku Co.Promotor II.
5. Bapak dan Ibu dosen, staf karyawan di lingkungan Pascasarjana UIN Raden Intan Lampung.
6. Isteri tersayang Hj, Masturi H. Yunus yang telah memberi dorongan lahir bathin untuk selesainya Disertasi ini. Begitu juga kepada H. Aulia Zacky Fuady, S.T. anak penulis beserta isterinya, Hj. Musdalifah, S.T. dan kedua cucu penulis Irfan Mubarak Aulia dan Salsabila Khairunnisa yang senantiasa menjadi inspirasi bagi penulis untuk menyelesaikan Disertasi in dan menyelesaikan Program Doktor Hukum Keluarga.
7. Rekan-rekan prodi S-3 Hukum Keluarga Angkatan 2017.
8. Semua pihak yang telah membantu dalam penyelesaian disertasi ini yang tidak bisa disebutkan satu-persatu.

Penulis menyadari bahwa penulisan dan penelitian ini adalah suatu hal yang sangat sederhana dikarenakan keterbatasan ilmu yang dimiliki. Untuk itu, peneliti terbuka dengan masukan, saran, dan informasi yang mendukung dalam pembahasan ini. Atas perhatiannya, terima kasih.

Bandar Lampung, Agustus 2020
Penulis,

H. Endang Ali Ma'sum
NPM: 1774030002

DAFTAR ISI

PERSETUJUAN PROMOTOR.....	ii
ABSRAK	iii
ORISINALITAS	ix
PEDOMAN TRANSLITERASI	x
KATA PENGANTAR.....	xii
DAFTAR ISI	xiv
BAB I. PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Identifikasi Dan Batasan Masalah	20
1. Identifikasi Masalah.....	20
2. Batasan Masalah	21
C. Rumusan Masalah	21
D. Tujuan Dan Kegunaan Penelitian	21
1. Tujuan Penelitian	21
2. Kegunaan Penelitian.....	22
E. Kajian Terdahulu	22
F. Kerangka Teoretik	25
1. <i>Grand Theory</i> : Teori Mashlahah At-Thufi.....	25
2. <i>Middle Theory</i> : Legal Pluralism.....	28
3. <i>Applied Theory</i> : Teori Keadilan, Putusan Hakim dan Hukum Progresif.....	31
G. Kerangka Pemikiran	38
H. Metode Penelitian	40

1. Jenis Penelitian dan Sifat Penelitian	40
2. Jenis dan Sumber Data.....	41
3. Pendekatan Penelitian	42
4. Teknik Pengumpulan dan Analisis Data	44
I. Sistematika penulisan	45

BAB II. DESKRIPSI HUKUM KEWARISAN DAN WASIAT

WAJIBAH.....	46
A. Hukum Kewarisan di Indonesia.....	46
1. Hukum Kewarisan Perspektif Hukum Islam.....	47
a. Pengertian Kewarisan Islam.....	47
b. Dasar Hukum Kewarisan Islam	49
c. Sebab Kewarisan Menurut Hukum Islam.....	55
d. Rukun Kewarisan Islam.....	56
e. Syarat Kewarisan Islam	57
f. Aspek Teologis Hukum Kewarisan Islam.....	58
g. Aspek Filosofis Hukum Kewarisan Islam	63
2. Epistemologi Hukum Waris Islam	67
3. Aksiologi Hukum Waris Islam	68
4. Aspek Sosiologi Hukum Waris Islam	72
5. Hukum Kewarisan Perspektif Hukum Perdata	83
a. Pengertian Dan Dasar Hukum Kewarisan Menurut Hukum Perdata	84
b. Unsur-Unsur Kewarisan Menurut Hukuim Perdata	86
c. Ahli Waris Menurut Hukum Perdata.....	86
d. Syarat-Syarat Kewarisan Menurut Hukum Perdata	86
e. Asas-Asas Hukum Kewarisan Menurut Hukum Perdata	87
f. Ahli Waris Pengganti Menurut Hukum Perdata.....	87
g. Aspek Teologis Hukum Kewarisan Menurut Hukum Perdata	88
h. Aspek Filosofis Hukum Kewarisan Menurut Hukum Perdata	91

6.	Hukum Kewarisan Perspektif Hukum Adat.....	93
a.	Pengertian Hukum Waris Adat.....	94
b.	Deskripsi Hukum Waris Adat.....	95
c.	Aspek Teologis Hukum Waris Adat.....	102
d.	Aspek Filosofis Hukum Waris Adat.....	103
B.	Wasiat Wajibah.....	104
1.	Pengertian Dan Dasar Hukum Wasiat Wajibah.....	104
2.	Sejarah Perkembangan wasiat Wajibah.....	106
3.	Wasiat Wajibah Menurut Konsep Ibnu Hazm.....	119
4.	Wasiat Wajibah Menurut Hukum Islam.....	126
5.	Aspek Teologis Wasiat Wajibah.....	133
6.	Aspek Filosofis Wasiat Wajibah.....	135

BAB III. PROBLEMATIKA WASIAT WAJIBAH DI INDONESIA

DAN SOLUSINYA.....139

A.	Wasiat Wajibah Menurut Peraturan Perundang-Undangan	139
1.	Wasiat Wajibah Menurut KUH Perdata.....	139
2.	Wasiat Wajibah Menurut Kompilasi Hukum Islam.....	150
B.	Putusan Mahkamah Agung Tentang Pemberian Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim.....	159
1.	Putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995.....	159
2.	Putusan Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.....	163
3.	Putusan Nomor 331 K/AG/2018.....	167
C.	Diskresi Hakim Sebagai Solusi Dalam Pembaruan Hukum Waris Di Indonesia.....	169
1.	Pengertian dan Ruang Lingkup Diskresi.....	169
2.	Hakim dan Ijtihad Hukum.....	174
3.	Batas Kewenangan Hakim Dalam Memutus Perkara.....	188
4.	Urgensi Legal Reasoning Dalam Memutus Perkara.....	200
5.	Diskresi Hakim Sebagai Solusi Pembaruan Hukum Islam.....	205

BAB IV PENERAPAN PEMBERIAN HAK WASIAT WAJIBAH

	KEPADA AHLI WARIS NON MUSLIM	208
A.	Teori Al-Maslahah Dalam Hukum Islam.....	208
	1. Pengertian al-Maslahah.....	208
	2. Ruang Lingkup al-Maslahah	212
	3. Pembagian al-Maslahah	217
	4. Kehujjahan al-Maslahah.....	224
B.	Legal Pluralism Dalam Putusan Mahkamah Agung Tentang Wasiat Wajibah Untuk Ahli Waris Non Muslim	229
	1. Pengertian Legal Plurarism	230
	2. Konsep Legal Plurarism Hukum.....	231
	3. Legal Plurarism Hukum Dalam Konteks Indonesia.....	233
	4. Legal Plurarisme Hukum Dalam Putusan mahkamah Agung.....	237
C.	Teori Keadilan Dalam Putusan Mahkamah Agung Tentang Wasiat Wajibah untuk Ahli Waris Non Muslim.....	244
	1. Tujuan Penegakan Hukum.....	244
	2. Antinomi Tujuan Hukum.....	248
	3. Teori Keadilan Dalam Putusan Mahkamah Agung.....	249
	a. Pengertian Adil	249
	b. Hakim Mengadili Menurut Hukum	250
	c. Hakim Penegak Keadilan.....	252

BAB V. REKONSTRUKSI PEMBERIAN HAK WASIAT

	WAJIBAH KEPADA AHLI WARIS NON MUSLIM	255
A.	Diskresi Hakim Agung Dalam Perkara Wasiat Wajibah Untuk Ahli Waris Non Muslim.....	255
	1. Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995	257
	2. Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010	263
	3. Pertimbangan Hukum Putusan Mahkamah Agung Nomor 331 K/AG/2018.....	270
B.	Kedudukan Diskresi Hakim Agung Tentang Putusan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim Dalam Sistem Hukum Di Indonesia.....	285

C.	Kontribusi Diskresi Hakim Agung Dalam Pembaruan Hukum Kewarisan Di Indonesia	292
1.	Ijtihad Hakim Melalui Pendekatan Al-Mashlaha	294
2.	Pembaruan Hukum Melalui Putusan Hakim	296
BAB VI. PENUTUP		301
A.	Simpulan	301
B.	Saran	303
DAFTAR PUSTAKA		304

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Dalam skala normatif-idealistik, hakim sebagai personifikasi institusi peradilan terpenting yang digambarkan oleh Dworkin sebagai “*the princes of law’s empire*”¹ memiliki fungsi tidak hanya untuk menegakan hukum (*law enforcement*), melainkan juga melaksanakan *public service*² di bidang memberikan keadilan kepada rakyat (*bringing justice to the people*).³ Lebih dari itu, pada titik tertentu hakim wajib memiliki kadar iman dan takwa yang tinggi, mampu berkomunikasi dengan baik, di samping sanggup menjaga peran, wibawa dan statusnya di hadapan masyarakat.⁴

Stigma tentang hakim sebagai corong undang-undang yang menjadi tipikal *civil law system* yang dianut Indonesia telah bergeser,⁵ Indonesia cenderung menganut perpaduan antara sistem

¹ Ronald Dworkin menyebut pengadilan sebagai ibukota imperium hukum, sedangkan hakim sebagai sang pangeran, “*The courts are the capitals of law’s and judge are it’s princes, but not its seers and prophets*” lihat Ronald Dworkin. 1986. *Law’s Empire*. Cambridge: Harvard University Press. h. 406

² Ahmad Kamil, *Filsafat Kebebasan Hakim*, (Jakarta: Kencana, 2016), h. 173.

³ Asas moral konstitusi menghendaki agar kekuasaan kehakiman ditujukan untuk tidak hanya menegakan hukum, tetapi juga keadilan, lihat Satjipto Rahardjo. 2009. *Pendidikan Hukum sebagai Pendidikan Manusia: Kaitannya dengan profesi Hukum dan pembangunan Hukum nasional*. (Yogyakarta: Genta Publishing, tt.). h. 81

⁴ Khudzaifah Dimiyati, dkk., *Potret Profesionalisme Hakim dalam Putusan: Laporan Penelitian Putusan Pengadilan Negeri 2008* (Komisi Yudisial, 2010)

⁵ Dalam peta epistemologis, ajaran bahwa hakim hanyalah corong undang-undang dan dilarang menciptakan hukum, dilihat dari tradisi hukum yang berkembang di di dunia umumnya dianut di negara-negara yang menganut tradisi hukum continental (*civil law*).

common law dengan sistem *civil law Anglo Saxons* yang disebut *hybrid system*.⁶ Satu sisi sistem hukum Indonesia menjunjung tinggi penerapan asas legalitas bahwa tidak ada perbuatan yang dapat dihukum, kecuali ada undang-undang yang mengatur terlebih dahulu. Namun disisi lain undang-undang menyatakan bahwa hakim dalam memutus perkara wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.⁷

Peluang yang diberikan kepada hakim untuk lebih kreatif dalam menciptakan hukum (*judge made law*) diharapkan mampu memberikan solusi atas kebuntuan perangkat undang-undang yang tidak sepenuhnya mampu melerai ketegangan yang terjadi antara tradisi hukum yang berkembang di Indonesia, termasuk ketegangan dalam persoalan hukum kewarisan beda agama akibat pluralisme hukum Indonesia.⁸

Term kewarisan beda agama dapat dipahami sebagai bentuk kewarisan antara pewaris dan ahli waris memiliki agama yang

Para ahli hukum dari tradisi continental, pada dasarnya berada pada arus besar (*mainstream*) pemikiran bahwa “*law is it is written in the book*” pada negara yang berkiblat pada tradisi kontinental, hakim dalam menyelesaikan perkara harus terlebih dahulu melihat kepada undang-undang daripada sumber hukum lainnya. Widodo Dwi Putro, *Kritik Terhadap Paradigme Positivisme Hukum*. (Yogyakarta: Genta Publishing 2011), h. 29.

⁶ HM. Fauzan, *Kaidah Penemuan Hukum Yurisprudensi Bidang Hukum Perdata* (Jakarta: Kencana, 2014), h. 2.

⁷ Sikap hakim untuk tidak semata-mata bergantung pada undang-undang sangat ditekankan bahkan oleh Pemerintah Hindia Belanda, menurut pengertian pasal 22 A.B. “*Hakim yang menolak untuk menyelesaikan suatu perkara dengan alasan bahwa peraturan perundang-undangan yang bersangkutan tidak menyebutkan, tidak jelas dan tidak lengkap, maka ia dapat dituntut untuk dihukum karena menolak mengadili*” dan dalam masa kemerdekaan orientasi ini semakin dikukuhkan antara lain dalam pasal 5 ayat (1) Undang-Undang kekuasaan kehakiman, “*Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*”

⁸ Sebagai sebuah bangsa dengan lebih dari 280 juta penduduk, dengan berbagai suku, etnik dan agama, Indonesia memang negeri yang mempunyai keunggulan pluralisme dari banyak sisi. Karakteristik pluralistik juga terjadi dalam domain hukum. Selama berabad-abad, sistem hukum Islam, sistem hukum adat dan sistem hukum Barat telah mempengaruhi bangunan sistem hukum di Indonesia. Ketiga sistem hukum tersebut, telah mempengaruhi dan mengubah sistem hukum yang lebih plural sepanjang waktu hingga sekarang ini. Bahkan keserasian penggunaan hukum Islam dan hukum adat dalam peradilan pernah digunakan secara nyata, sebagaimana terlihat dalam Putusan Mahkamah Agung atas kasus Marunduri Cs melawan Maruhawan Cs pada perkara Nomor 172 K/SIP/1974 dalam perkara ini MA menerapkan dua hukum sekaligus, hukum Islam untuk berlaku bagi orang Muslim dan hukum adat untuk Non-Muslim, lihat Mokhammad Najih, *Dilemma Legal Pluralism in Indonesia: Prospects and Role of Islamic law in The National Legal Reform*, Makalah disediakan untuk Conference on “*Religion, Law and Social Stability*” (Brighman Young University, Provo, Utah US, 1-4 Oktober 2016).

berbeda, dalam hal ini adalah orang yang bergama Islam dan nonmuslim.⁹

Agar tidak salah mengerti tentang istilah nonmuslim yang dimaksud di dalam disertasi ini maka penulis akan menjelaskan secara singkat sebagai berikut:

Menurut Buya Hamka kata non-muslim itu ada dua pengertian yaitu:

“Nonmuslim itu ada yang nonmuslim kepada Tuhan, nonmuslim kepada akhirat sama sekali. Tetapi ada lagi non-muslim dalam pengakuan iman. Dia sembahyang juga, puasa juga tetapi dia menolak ajakan membelanjakan harta di jalan Allah, dia bakhil, saku-saku dijahitnya peti uangnya ditutup, diajak kurban di jalan Allah dia pun malas bahkan diapun takut, akhirnya agamanya mundur, *fisabilillah* tidak berdiri, ummat jadi bodoh hakekat agama tidak tegak lagi.

Di dalam kamus besar bahasa Indonesia kata “nonmuslim” tidak ditemukan artinya sedangkan non sebagai kata sifat diartikan tidak dan bukan, jadi jika disebut kata nonmuslim maka yang dimaksud adalah orang yang tidak atau bukan beragama Islam, arti inilah yang dimaksud dengan nonmuslim dalam disertasi ini.

Terdapat persoalan di dalam kewarisan Islam, yang mana terdapat seseorang yang telah meninggal dunia beragama Islam, kemudian hendak membagikan kewarisan kepada para ahli warisnya, di sisi lain terdapat ahli waris yang memeluk agama nonmuslim. Kemudian jika harta waris tersebut jika akan dibagikan dengan menggunakan hukum Islam, maka ahli waris yang beragama nonmuslim tersebut akan kehilangan haknya berupa harta warisan, pasalnya di dalam konsep waris Islam tidak mengenal terhadap pembagian kepada nonmuslim, disisi lain ahli waris yang nonmuslim tersebut tetap akan mempertahankan haknya sebagai ahli waris. Terdapat persoalan nonmuslim tersebut menggunakan hukum waris adat atau menggunakan hukum perdata atau *burgerlijk wetboek*, yang mana semuanya juga diakui oleh Negara. Dari kacamata hukum, persoalan dalam kasus ini bukan semata karena adanya

⁹ Buya Hamka, *Tafsir al-Azhar* (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1983), Juz III, h. 15.

perbedaan agama antara pewaris dan ahli warisnya, tetapi memang terjadi dualisme hukum yang berbeda yang mengatur mengenai tatacara pembagian kewarisan yang dianut oleh kedua belah pihak.

Era zaman ini mengenai kewarisan diatur oleh hukum yang telah dirumuskan oleh legislator di suatu negara yang bernama undang-undang. Hukum Belanda mengenal masalah waris tetap dipakai setelah kemerdekaan dan terjelma dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer), sementara ajaran hukum Islam berhasil digabungkan ke dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tahun 1991.¹⁰ Terdapat suatu gagasan untuk memisahkan antara orang yang tunduk kepada undang-undang kewarisan Islam dan yang tunduk terhadap hukum waris lainnya. Bagian yang terakhir ini, hukum waris berasal dari ajaran hukum adat atau yang tercantum dalam KUHPerdata. Akibat pemisahan substantif inilah (ditambah pula dengan pemisahan tata administrasinya) menyebabkan problematika hukum kewarisan berbeda agama menjadi sukar diselesaikan.

Nampaknya sekali lagi, persoalan kuncinya adalah ketidakmampuan pemerintah membayangkan bahwa di dalam sebuah keluarga inti (*nuclear family*) bisa saja terjadi perbedaan agama. Problematika kewarisan beda agama ini diperburuk dengan adanya dua statmen perundang-undangan yang saling bertentangan, KUHPerdata tidak terdapat adanya pengaturan mengenai pelarangan waris beda agama, kemudian di dalam KHI jelas-jelas dijelaskan larangan dilakukannya kegiatan waris-mewaris antara orang Muslim dengan orang nonmuslim.¹¹

Sistem hukum waris di Indonesia masih menggunakan tiga landasan hukum, pertama hukum waris berdasarkan hukum Islam, hukum waris berdasarkan hukum adat dan ketiga menggunakan hukum waris berdasarkan hukum Barat (BW).¹²

¹⁰ Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 tahun 1991

¹¹ Pasal 171, huruf (a) Kompilasi Hukum Islam: *Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan.* Dan pasal 171 huruf (c) Kompilasi Hukum Islam.

¹² Sistem hukum yang berlaku di Indonesia pada saat ini khususnya sistem hukum kewarisan mengenal 3 (tiga) sistem hukum kewarisan, yaitu sistem hukum eropa yang mengatur tentang kewarisan yaitu pada bab XII sampai dengan bab XVIII (pasal 830 sampai dengan 1130) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata), sistem hukum

Dalam konteks hukum waris Islam, pembaruan hukum keluarga Islam pertama kali ditandai dengan pengundangan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan¹³ beberapa tahun kemudian, disusun KHI melalui instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 yang secara material aturannya kemudian digunakan oleh peradilan agama untuk menyelesaikan kasus-kasus yang berkaitan dengan hukum perkawinan, pewarisan dan pewakafan.¹⁴

Masalah kewarisan diatur dalam KHI Buku Kedua Hukum Kewarisan Pasal 171 sampai dengan Pasal 193 yang mencakup ketentuan mengenai ahli waris, bagian masing-masing ahli waris dan penghitungan waris.

Menurut KHI, kualifikasi ahli waris, selain memiliki hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, juga harus beragama Islam pada saat pewaris meninggal dunia. Ketentuan ini sebagaimana diatur dalam Pasal 171 huruf (c) yang berbunyi, "*Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.*"¹⁵

Ketentuan KHI mengenai kewarisan beda agama tersebut sejalan dengan pandangan fikih klasik yang menegaskan bahwa perbedaan agama antara pewaris (*muwwaris*) dan ahli waris menjadi penghalang (*mawani' al-irts*) terjadinya proses kewarisan. Syaikh

kewarisan adat dan sistem hukum kewarisan islam yang diberlakukan kepada golongan rakyat yang beragama Islam sebagaimana diatur dalam Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 1991 jo Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia Nomor 154 tahun 1991 tentang Kompilasi hukum Islam (KHI) dan pelaksanaannya.

¹³ Undang-undang nomor 1 tahun 1974 ini telah dirubah dengan undang-undang nomor 16 tahun 2019.

¹⁴ Terdapat beberapa ketentuan hukum yang dikategorikan sebagai pembaruan hukum keluarga Islam di Indonesia, antara lain: talik talak yang terdapat pada pasal 45, pengaturan tentang harta bersama atau gono gini yang terdapat pada pasal 85-97, ketentuan tentang ahli waris pengganti untuk cucu yatim yang terdapat pada pasal 185, ketentuan tentang wasiat wajibah untuk anak dan orang tua angkat yang terdapat pada pasal 209, ketentuan tentang harta hibah sebagai warisan yang terdapat pada pasal 221, Lihat Mahsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia: dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris* (Yogyakarta: LKiS, h., 2005) h. 271.

¹⁵ Kompilasi Hukum Islam, Pasal 171 Huruf (c)

Muhammad Ali al-Shabuni¹⁶ mencatat adanya dua pendapat mengenai kewarisan beda agama. *Pertama*, mazhab Imam Empat yang berpendapat bahwa orang Islam tidak mewarisi nonmuslim dan nonmuslim tidak mewarisi orang Islam. *Kedua*, pendapat sebagian ulama, di antaranya Mu'adz bin Jabal yang menyatakan bahwa orang Islam boleh mewarisi orang nonmuslim, tetapi tidak sebaliknya. Al-Shabuni juga menyatakan bahwa asas dari kewarisan itu adalah tolong-menolong (*al-Tanashur*) dan kerjasama (*al-Ta'awun*). Hal inilah yang tidak terdapat pada orang Islam dan orang nonmuslim.¹⁷ Faktor berbeda agama sebagai penghalang untuk saling mewarisi antara pewaris muslim dengan ahli waris nonmuslim atau sebaliknya memang sudah menjadi kesepakatan (*mutaffaun alaih*) para ahli hukum Islam.¹⁸

Meskipun KHI yang dijadikan pedoman hakim pada lingkungan pengadilan agama telah menutup peluang bagi ahli waris nonmuslim untuk memperoleh warisan, tetapi dalam praktiknya telah terjadi dinamika menarik dalam putusan-putusan hakim khususnya pada tingkat kasasi (hakim agung) mengenai kewarisan beda agama ini. Pada satu sisi putusan ini menghormati lembaga kewarisan dan tetap berpandangan bahwa ahli waris nonmuslim tidak dapat memperoleh warisan dari pewaris muslim. Namun, di sisi lain justru memberikan hak dari harta waris kepada ahli waris nonmuslim melalui lembaga wasiat wajibah. Padahal, KHI sendiri menunjuk secara terbatas praktik wasiat wajibah ini hanya pada anak angkat atau orang tua angkat saja, tidak mencakup ahli waris nonmuslim.¹⁹

¹⁶ Pendapat As-Shabuni ini juga senada dengan pendapat Wahbah az-Zuhaili di dalam kitabnya *fiqh Islam wa Adilatuhu*, (Jakarta: Gema Insani, 2011) jilid 10, h. 537

¹⁷ Muhammad Ali al-Shabuni. 1979. *al-Mawarits fi al-Syariat al-Islamiyah 'ala Dhau al-Kitab wa al-sunnah, Cet. III*, (Makkah: ttp), h. 38.

¹⁸ Menurut Wahbah al-Zuhaili: *وانظروا لهماء على نالته موانع للبرث هي الرق، والزنا، واختالف الدين*, artinya: *Telah sepakat para ahli hukum Islam (fuqaha), ada tiga hal yang dapat menghalangi untuk mewarisi, yaitu perbudakan, pembunuhan dan perbedaan agama.* Wahbah al-Zuhaili, *al Fiqh al-Islam wa Adillatu*. Juz IV. (Beirut: Dar al-Fikr, 1989), h. 255.

¹⁹ Kompilasi Hukum Islam pasal 209 ayat 1 "Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan pasal 176 sampai dengan pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya." Ayat 2: "Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua nagkatnya".

Dinamika putusan kewarisan beda agama tersebut sebagaimana terlihat dalam putusan Hakim Agung pada tingkat kasasi, yaitu: (1) Putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995, (2) Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010, dan (3) Putusan Mahkamah Agung Nomor 331 K/AG/2018.

Dalam perkembangannya putusan-putusan *judex jurist* tersebut telah menjadi *yurisprudensi* dan diikuti oleh hakim-hakim lainnya dalam memutus perkara serupa.

Dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995,²⁰ anak kandung perempuan yang beragama nonIslam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta peninggalan kedua orangtuanya berdasarkan wasiat wajibah yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayahnya dan almarhumah ibunya yang beragama Islam.

Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010,²¹ memberikan wasiat wajibah kepada istri yang bukan beragama Islam dalam harta peninggalan pewaris yang beragama Islam. Istri yang bukan beragama Islam mendapatkan warisan dari pewaris melalui lembaga *wasiat wajibah* yang besarnya sama dengan kedudukan yang sama dengan istri yang beragama Islam ditambah dengan harta bersama.

Sedangkan Putusan nomor 331 K/AG/2018 yaitu tentang wasiat wajibah yang diberikan kepada seorang suami yang murtad setelah ditinggal mati oleh istrinya.

Dengan mencermati ketiga putusan tersebut, nampaknya Mahkamah Agung hanya memberikan hak berupa wasiat wajibah terhadap ahli waris nonmuslim. Artinya, ahli waris nonmuslim tetap menempati posisi orang yang terhalang (*mamnu'/mahrum*) untuk mewarisi dari pewaris muslim sebagaimana telah menjadi kesepakatan para ahli hukum Islam (*ijma*), dengan mempertimbangkan nilai dan norma hukum yang hidup (*living law*) dan berkembang dalam masyarakat Indonesia. Dengan demikian, pemberian hak *wasiat wajibah* kepada ahli waris nonmuslim

²⁰ Putus tanggal 16 Juli 1998. Putusan ini dimuat di dalam *Varia Peradilan* nomor 193, bulan Oktober 2001

²¹ Putus tanggal 31 April 2010

dipandang sebagai jalan keluar yang bisa menjembatani antara ketentuan *ijbari (compulsory)* dengan norma hukum yang hidup (*living law*) di masyarakat Indonesia.

Dengan putusan tersebut, setidaknya ada dua fungsi yang diperankan oleh Mahkamah Agung.²² *Pertama*, fungsi Mahkamah Agung sebagai *judge made law*, dalam hal ini Hakim Agung menciptakan hukum dengan memberi hak wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim, fungsi ini diperankan oleh hakim, dalam hal ini Hakim Agung, terutama terhadap kasus-kasus yang sama sekali belum ada hukumnya. Dalam proses analisis dan penciptaan hukum atas kasus-kasus perkara yang belum ada aturan hukumnya tersebut, Hakim wajib menggali nilai-nilai hukum yang hidup dan dipelihara baik di tengah-tengah masyarakatnya antara lain: nilai-nilai ajaran agama, nilai-nilai adat istiadat yang masih terpelihara dengan baik, budaya dan tingkat kecerdasan masyarakat, keadaan sosial dan ekonomi masyarakat, dan lain-lain. *Kedua*, fungsi sebagai pembaharu yang melakukan Pembaruan terhadap hukum kewarisan Islam. Karena, selain hukum terapan di lingkungan Peradilan Agama yakni KHI tidak mencantumkan *wasiat wajibah* bagi ahli waris nonmuslim, juga wacana dan pemahaman yang berkembang di kalangan masyarakat muslim, khususnya praktisi Peradilan Agama, ahli waris nonmuslim tidak akan mendapatkan sesuatu apapun dari harta warisan pewaris muslim karena faktor *mawani al-irts*.²³

Dengan demikian, pemberian hak wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim tersebut, merupakan diskresi hakim yang menjadi juru damai atas konflik pluralisme hukum di bidang kewarisan di Indonesia sekaligus menjadi sumbangsih utama bagi pembaruan atau reformasi hukum kewarisan Islam itu sendiri. Penggunaan lembaga *wasiat wajibah* tersebut merupakan keputusan menarik, mengingat di negeri-negeri muslim sendiri seperti Mesir, Tunisia

²² Dede S. Ibin, "Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris nonmuslim" Dalam *Mimbar Hukum*, No.63. Tahun 2004, XV, h. 92.

²³ Dua Pengadilan Agama yang berbeda, yaitu Pengadilan Agama Jakarta Pusat dan Pengadilan Agama Yogyakarta mengadili perkara waris yang di antara ahli warisnya terdapat ahli waris nonmuslim. Kedua Pengadilan Agama tersebut telah menjatuhkan putusan yang sama, ahli waris nonmuslim tidak dapat mewarisi pewaris muslim. Putusan kedua Pengadilan Agama tersebut diperbaiki oleh Mahkamah Agung dengan memberikan hak wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim.

dan Maroko, *wasiat wajibah*²⁴ hanya diberikan kepada cucu yang orang tuanya meninggal terlebih dahulu.²⁵

Posisi hakim agung pada Mahkamah Agung sebagai pembuat keputusan tertinggi dalam kasus-kasus yang dimohonkan kasasi dari pengadilan-pengadilan di bawahnya, peran hakim sebagai agen negara dalam menyebarluaskan nilai-nilai hukum nasional sangatlah signifikan. Dengan kata lain, ketika pada kenyataannya negara memang tidak mampu menangani konflik pluralism hukum waris dengan menyelesaikannya lewat undang-undang atau peraturan lainnya, maka pencarian solusinya kemudian diserahkan kepada hakim. Contoh terbaik dari fenomena ini dapat dilihat dalam kasus kewarisan beda agama antara pewaris dan ahli waris yang memiliki agama berbeda.

Secara etimologis, kata 'diskresi' berasal dari bahasa Inggris '*discretion*'. Dalam Merriem Webster, *discretion* punya beberapa arti, antara lain: 1) *individual choice or judgment* (pilihan individual atau pertimbangan), 2) *power of free decision or latitude of choice within certain legal bounds* (kekuasaan untuk memutus secara bebas atau kebebasan pilihan dengan batasan hukum yang pasti).²⁶ Dalam Cambridge Dictionary,²⁷ *discretion* diartikan *choice or the right to make a choice, based on judgment* (Pilihan atau hak untuk membuat pilihan, berdasarkan pertimbangan). Menurut Kamus Hukum, diskresi berarti kebebasan mengambil keputusan dalam setiap situasi yang dihadapi menurut pendapatnya sendiri.

Secara terminologis, ada beberapa pakar hukum yang memberikan definisi diskresi diantaranya S. Prajudi Atmosudirjo²⁸ yang mendefinisikan diskresi, *discretion* (Inggris), *discretionair*

²⁴ Istilah wasiat wajibah yang digunakan di Mesir, Tunisia dan Maroka, tidaklah sama dengan yang dimaksud di Indonesia. Di dalam Kompilasi Hukum Islam istilah tersebut dinamakan "ahli waris pengganti".

²⁵ H.M. Atho Mudzhar "Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern". Dalam *Mimbar Hukum* Nomor 12, tahun 1994, h. 32.

²⁶ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/discretion> Artikel diakses pada tanggal 16 Januari 2019

²⁷ Cambridge Dictionary, online, diakses pada tanggal 20 Mei 2020, pukul 14:37 WIB, dari <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/discretion>

²⁸ S. Prajudi Atmosudirjo. *Hukum Administrasi Negara* (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994) h. 82.

(Perancis), *freies ermessen* (Jerman) sebagai kebebasan bertindak atau mengambil keputusan dari para pejabat administrasi negara yang berwenang dan berwajib menurut pendapat sendiri. Selanjutnya dijelaskannya bahwa diskresi diperlukan sebagai pelengkap dari asas legalitas, yaitu asas hukum yang menyatakan bahwa setiap tindak atau perbuatan administrasi negara harus berdasarkan ketentuan Undang-Undang. Akan tetapi tidak mungkin bagi Undang-Undang untuk mengatur segala macam kasus posisi dalam praktek kehidupan sehari-hari. Oleh sebab itu perlu adanya kebebasan atau diskresi dari administrasi negara yang terdiri atas diskresi bebas dan diskresi terikat.

Mengenai “diskresi bebas”, Undang-Undang hanya menetapkan batas-batas tertentu dan administrasi negara bebas mengambil keputusan apa saja asalkan tidak melampaui/melanggar batas-batas tersebut, sedangkan pada diskresi terikat, Undang-Undang menetapkan beberapa alternatif keputusan dan administrasi negara bebas memilih salah satu alternatif keputusan yang disediakan oleh Undang-Undang.

Dalam konteks peradilan, diskresi berintikan kewenangan hakim yang mandiri dan merdeka dalam melakukan tindakan secara tepat, yakni memutus suatu perkara sesuai dengan peraturan perundang-undangan dengan tetap memberikan rongga bagi munculnya alternatif pemikiran dan tindakan lain yang sejalan dengan prinsip keadilan, hal ini sejalan dengan jiwa konstitusi. Dalam pasal 24 UUD 1945,²⁹ disebutkan bahwa hakim adalah pelaksana kekuasaan kehakiman yang merdeka, sebagaimana ditegaskan lebih lanjut dalam pasal 1 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan, “*Kekuasaan Kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Negara Republik*

²⁹ Hasil amendemen ke 3 tahun 2001 pasal 24 ayat 1 berbunyi: “Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.” Di dalam amendemen ke 4 (terakhir) tahun 2002, pasal ini tetap dipertahankan dengan penambahan ayat 3 yang bunyinya: “Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-undang”.

Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya Negara Hukum Republik Indonesia.”

Dengan beberapa penjelasan di atas, Diskresi Hakim dapat diartikan sebagai kemerdekaan hakim dalam menyimpangi hukum untuk menghadirkan keadilan substantif. Dalam fiqh konvensional, diskresi dapat disepadankan dengan ijtihad meskipun dengan spesifikasi tersendiri. Karena dalam melakukan diskresi, hakim tidak sendiri melainkan dalam suatu majelis, maka istilah yang cocok untuk diskresi itu adalah *Ijtihad Tathbiqi* (Ijtihad penerapan hukum syar’i).

Wasiat wajibah sendiri sebenarnya merupakan salah satu konsep *fiqh ijthadiyah* yang lahir dari pemahaman ahli hukum Islam terhadap nash-nash yang menyelaraskan tentang wasiat. Konsep ini muncul sebagai kelanjutan dari perbedaan pendapat ahli hukum Islam (ulama fikih) sekitar hukum wasiat. Sebagian mereka mengatakan bahwa wasiat itu merupakan suatu kewajiban agama yang harus ditunaikan oleh setiap muslim, sedangkan sebagian ulama lain mengatakan tidak wajib.

Perbedaan ulama tentang hukum wasiat tersebut disebabkan adanya dua nash ayat yang berbeda yang sama-sama mengatur tentang pengalihan dan pembagian harta dari orang yang meninggal dunia kepada ahli waris yang ditinggalkannya. Dua ayat dimaksud adalah ayat wasiat surat al-Baqarah ayat 180:

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا نَالِوَصِيَّةً لِّلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

Artinya: *Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, Berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertakwa.*

Dan surat al-Nisa' ayat 7:

لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ
الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا

Artinya: *Bagi orang laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu bapa dan kerabatnya, dan bagi orang wanita ada hak bagian (pula) dari harta peninggalan ibu-bapa dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan.*

Kedua ayat di atas sama-sama mengatur tentang cara peralihan harta dari seorang yang meninggal dunia kepada ahli waris yang ditinggalkannya. Ayat pertama Q.S. Al-Baqarah 180, menjelaskan tentang kewajiban terhadap orang yang telah mendekati masa kematiannya untuk berwasiat bagi ibu bapak dan kerabat yang akan ditinggalkannya. Sedangkan ayat kedua menjelaskan tentang ahli waris dan bagian-bagian harta peninggalan yang akan diterimanya.

Mayoritas ahli hukum Islam dan kebanyakan ahli tafsir memandang kedua ayat di atas saling bertentangan (*ta'ârudh*), sehingga berlaku *nasikh* dan *mansukh* padanya. Oleh sebab itu, dengan turunnya ayat waris (*mirats*), kewajiban berwasiat untuk ibu bapak dan kerabat tidak ada lagi. Dalam pandangan mereka, nasakh ini berlaku baik bagi ahli waris yang mendapat bagian maupun bagi yang tidak mendapat bagian.

Sebagian ulama lain seperti Abu Muslim al-Asfihani dan Ibnu Jarir ath-Thabari³⁰ berpendapat bahwa kedua ayat tersebut tidak saling bertentangan. Oleh karena itu, tidak berlaku *nasikh* dan *mansukh* padanya. Kedua ayat tersebut dapat dikompromikan sehingga kewajiban berwasiat tetap berlaku, tetapi khusus untuk ibu

³⁰ Abd. Salam, *Wasiat Dan waris Dalam Al-Qur'an (Perspektif Muhammad Shahrur)*, diakses pada tanggal 20 Mei 2020, pukul 15.00, dari <https://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/wasiat-dan-waris-dalam-al-qur-an-36>

bapak dan kerabat yang terhalang untuk menerima warisan (*mawani' al-irts*) atau yang terhibab oleh kerabat utama yang lain (*mahjub*). Sedangkan bagi ibu bapak dan kerabat yang tidak terhalang atau tidak terhibab untuk menerima warisan berlaku hukum waris.

Ibnu Hazm dalam masalah ini cenderung kepada pendapat yang kedua. Beliau mengatakan, sebenarnya ayat wasiat itu telah dinasakhkan oleh ayat-ayat *mawaris*, tetapi penghapusan itu hanya berlaku bagi ibu bapak saja, sedangkan untuk kerabat yang tidak mendapatkan harta pusaka tetap berlaku hukum wajib wasiat.³¹

Jadi wasiat itu tetap berlaku bagi setiap muslim, yang oleh karenanya ia harus berwasiat. Hanya saja wasiat itu diberikan kepada kerabat yang tidak mendapat warisan, baik karena perbedaan agama maupun karena adanya kerabat lain yang lebih dekat kepada si mayit, sehingga menghibabnya. Termasuk dalam ketentuan ini cucu yang telah ditinggalkan mati oleh ayahnya, sementara paman atau bibi mereka masih hidup. Dalam keadaan semacam ini, jika kakek atau nenek mereka meninggal dunia, menurut sebagian besar ulama fikih, cucu tersebut tidak mendapat bagian dari harta peninggalan, karena terhibab oleh paman mereka. Menurut *Ibnu Hazm*, cucu yatim ini dapat menerima harta peninggalan kakek atau nenek mereka melalui jalan wasiat.³² Selanjutnya *Ibnu Hazm* berpendapat, bahwa wasiat tidak boleh diberikan kepada ahli waris yang menerima warisan baik atas izin ahli waris yang lain maupun tidak.³³

Pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim, yang menjadi bahasan utama dalam penulisan ini, selain sebagai produk diskresi Hakim, wasiat wajibah juga menjadi salah satu aspek pembaruan terhadap hukum kewarisan Islam Indonesia, setelah ahli waris pengganti yang diintroduksi oleh Hazairin dan wasiat wajibah

³¹ *Ibnu Hazm, al-Muhalla*, Jilid IX, (Beirut: Dar al-Afaq al-Jadidah, tt), h. 312

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, h. 425

bagi anak dan orang tua angkat yang diakomodasi dalam Kompilasi Hukum Islam.³⁴

Pembaruan, dalam bahasa Inggris disebut *recondition*³⁵ atau dalam bahasa Arab disebut *tajdîd*.³⁶ *Tajdîd* itu sendiri di antara transliterasi ke dalam bahasa Inggris yaitu *reform*, *modernization*, *reconditioning*.³⁷ Sedangkan reformasi, berasal dari bahasa Inggris *reform* atau *reformation* yang berarti *change* (perubahan), *improvement* (perbaikan), *betterment* (peningkatan), *correction* (pembetulan) atau pengertian lainnya.

Dalam Islam, sebagaimana dikutip oleh Rifyal Ka'bah, ada tiga istilah yang berhubungan dengan reformasi, yaitu *tajdîd* (pemurnian), *taghyîr* (perubahan), dan *ishlâh* (perbaikan). *Tajdîd* berarti pemurnian dengan kembali kepada ajaran asli Islam seperti termaktub dalam al-Qur'an dan al-Sunnah. Dalam sebuah hadits shahih riwayat Abu Dawud disebutkan bahwa setiap penghujung seratus tahun, Allah mengirim seseorang yang akan mentajdid (memurnikan) agama-Nya. *Mujaddid* (pemurni) ini akan mengembalikan agama yang sudah menyimpang kepada pengertian aslinya. Penyimpangan tersebut dapat terjadi pada teks agama, atau pemahamannya, atau praktiknya, atau pada semuanya.³⁸ Reformasi hukum dalam pengertian tajdid merupakan perubahan kepada teks,

³⁴ Ahli waris pengganti diatur di dalam kompilasi Hukum Islam pasal 185 ayat (1). Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 173. Ayat (2). Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.

Sedangkan wasiat wajibah diatur di dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 209 ayat (1). *Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan pasal 176 sampai dengan pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta wasiat anak angkatnya.* Pasal (2). *Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat di beri wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.*

³⁵ John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Cet. XIX, (Jakarta: Gramedia, 1983) h. 470

³⁶ Rifyal Ka'bah, *Reformasi Metodologi Pengembangan Hukum Islam*, dalam Rifyal Ka'bah, *Penegakan Syariat Islam di Indonesia*, (Jakarta: Khairul Bayan, 2004) h. 164.

³⁷ Hans Wehr, *A Dictionary of Modern Written Arabic, Thirds Edition* (Beirut: Librarie du Liban. London: MacDonald & Evans Ltd, 1984) h. 114.

³⁸ Rifyal Ka'bah et.al., *Reaktualisasi Ajaran Islam: Pembaharuan Visi Modernis & Pembaharuan Visi Salaf* (Jakarta: Penerbit Minaret, 1987) h. 49-50.

pemahaman dan praktik hukum yang benar yang berasal dari pembawa agama.³⁹

Pengertian lain tentang tajdid disampaikan oleh Faturrahman Djamil:

“Tajdid dalam pembaruan hukum Islam mempunyai dua, Pertama: apabila dilihat dari segi sasaran, dasar, landasan dan sumber yang tidak berubah-ubah, maka pembaruan bermakna mengembalikan segala sesuatu kepada aslinya. Kedua: pembaruan bermakna modernisasi, apabila tajdid itu sasarannya mengenai hal-hal yang tidak mempunyai sandaran, dasar, landasan dan sumber yang berubah-ubah seperti metode, sistem, tehnik, strategi dan lainnya untuk disesuaikan dengan situasi dan kondisi, ruang dan waktu.”⁴⁰

Taghyîr adalah perubahan. Reformasi dalam pengertian taghyîr adalah usaha pencegahan agar tidak terjadi pelanggaran terhadap hukum kehidupan dan hukum Allah dalam diri pribadi, masyarakat dan negara. Sedangkan *ishlâh* berasal dari kata *shalâh* yang berarti lawan dari *fasâd* (kerusakan). Reformasi dalam pengertian *ishlâh* adalah usaha perbaikan yang dilakukan terhadap sektor-sektor yang sudah rusak dalam kehidupan individu, masyarakat dan negara, khususnya dalam bidang hukum.⁴¹

Sedangkan menurut Abdul Manan, mengkaji ulang (*harakat al-Tajdid*) hukum Islam bermaksud mengembalikan aktualisasinya, berupaya mengembalikan pada keadaan semula sehingga ia tampil seakan barang baru. Dengan demikian, perubahan (*tajdid*) bukan merubah yang pertama dengan yang baru, melainkan mengembalikannya menjadi lebih bermanfaat bagi umat manusia sesuai dengan zamannya.⁴²

Pembaruan hukum Islam yang dilakukan oleh Mahkamah Agung, menurut Dr. Yasardin, hanya terbatas pada pemberian hak

³⁹ *Ibid*

⁴⁰ Faturrahman Djamil, *Metode Ijtihad Majelis Tarjih Muhammadiyah* (Jakarta: Logos Publishing House, 1995), h. 6

⁴¹ Rifyal Ka'bah, *Reaktualisasi...*, *Ibid*, h. 165-166.

⁴² Abdul Manan. 2003. *Hukum Islam Dalam Berbagai Wacana*, (Jakarta: Pustaka Bangsa Press), h. 181.

kewarisan dengan memberikan hak wasiat wajibah terhadap ahli waris nonmuslim. Artinya, ahli waris nonmuslim tetap menempati posisi orang yang terhalang (*mamnu'/mahrum*) untuk mewarisi pewaris muslim sebagaimana telah menjadi kesepakatan para ahli hukum Islam (*ijma*), dengan mempertimbangkan nilai dan norma hukum yang hidup (*living law*) dan berkembang dalam masyarakat Indonesia. Dengan demikian, pemberian hak wasiat wajibah kepada ahli nonmuslim dipandang sebagai jalan keluar yang bisa menjembatani antara ketentuan ijbari (*compulsory*) dengan norma hukum yang hidup (*living law*) di masyarakat Indonesia.

Pada sisi lain, berkaitan dengan nilai dan norma hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat Indonesia, dapat diprediksi bahwa masyarakat Indonesia merupakan masyarakat yang telah mengadakan kontrak sosial untuk hidup rukun, damai dan saling hormat menghormati tanpa saling merendahkan martabat kemanusiaan atas dasar apapun juga karena perbedaan suku, budaya dan agama.

Kontrak sosial seperti disebutkan di muka, tertuang dalam dasar negara Pancasila dan konstitusi negara Undang-Undang Dasar 1945. Sebagai penjabaran dari Pancasila, Undang-Undang Dasar 1945 yang telah mengalami perubahan⁴³ (*amandement*) memuat pasal-pasal menyangkut perlindungan terhadap hak asasi manusia (HAM), di antaranya:

1. Pasal 28 D ayat 1: "Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum."

Pasal ini mengenai kedudukan warga negara Indonesia di hadapan hukum adalah sama dan sederajat, tanpa ada perbedaan (*equal before law*). Dengan demikian, setiap warga negara berhak untuk (1) memperoleh pengakuan hukum (2) mendapat jaminan perlindungan hukum (3) memperoleh

⁴³ Undang-undang Dasar 1945 telah mengalami empat kali perubahan yaitu: **Pertama** terjadi pada sidang Sidang Umum Majelis Permusyawaratan Rakyat pada 14-21 Oktober 1999. Ketua MPR kala itu adalah Amien Rais. Ada 9 dari 37 pasal di dalam UUD yang berubah. **Kedua** terjadi pada sidang umum MPR 7-18 Agustus 2000. **Ketiga** perubahan yang terjadi di dalam sidang umum MPR pada 1-9 November 2001. **Keempat** perubahan yang terjadi pada masa sidang tanggal 1-11 Agustus 2002.

kepastian hukum yang adil, dan (4) memperoleh perlakuan sama di hadapan hukum.

2. Pasal 28 E ayat (1): "Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya "

Pasal ini mengatur tentang kebebasan warga negara Indonesia untuk memeluk agama dan melaksanakan ajaran agamanya.

3. Pasal 28 I ayat (2): "Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif⁴⁴ atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu."

Pasal ini dapat dipahami sebagai jaminan terhadap setiap warga negara atau orang yang berdomisili di wilayah hukum Republik Indonesia, dari tindakan yang bersifat diskriminatif, dan pada kesempatan yang sama, sebagai jaminan untuk memperoleh perlindungan dari tindakan diskriminatif.

Dengan mengacu kepada pasal-pasal tersebut, terdapat dua penafsiran manakala diterapkan pada kasus ahli waris nonmuslim. *Pertama*, ahli waris nonmuslim bisa mendapat bagian dari harta warisan pewaris muslim dengan pertimbangan harus bebas dari tindakan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun, sedangkan tidak memberikan hak waris kepada ahli waris nonmuslim dianggap sebagai tindakan yang bersikap diskriminatif. *Kedua*, ahli waris nonmuslim tidak mendapatkan hak waris dari pewaris muslim dengan pertimbangan, asas personalitas keislaman merupakan syarat untuk memperoleh hak kewarisan. Sedangkan perbedaan agama⁴⁵ merupakan penghalang untuk memperoleh hak waris dari pewaris muslim. Rasionalisasi dari pertimbangan kedua didasarkan kepada pemikiran bahwa memeluk suatu agama merupakan hak asasi dari setiap warga negara, dan setiap warga negara bebas untuk melaksanakan ajaran agamanya (termasuk mentaati ajaran agamanya dalam hal larangan kewarisan), sedangkan keputusan tidak memberikan hak waris kepada ahli waris nonmuslim dari harta

⁴⁴ Diskriminatif menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia yaitu: membeda-bedakan, <https://www.kbbi.web.id/diskriminatif>

⁴⁵ Kompilasi Hukum Islam, pasal 171 huruf (c) "Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris."

waris pewaris muslim merupakan ketentuan ajaran agama yang bersifat ijbari.

Seandainya penafsiran pertama yang menjadi pilihan, di satu sisi, ajaran Islam atau hukum Islam diberlakukan sebagaimana adanya atau secara tektualis, karena hukum Islam bersifat determinant. Namun di sisi lain, hukum Islam tidak saja dikesankan sebagai hukum yang kaku (*strike law*) yang kehilangan semangat kemanusiaan, melainkan juga dirasakan diskriminatif dan menginjak-injak rasa keadilan bagi ahli waris yang kebetulan nonmuslim. Selain itu, hukum kewarisan Islam juga dianggap merendahkan martabat kemanusiaan dan dinilai tidak menghormati HAM yang tidak saja disepakati oleh masyarakat Indonesia sebagaimana tertuang dalam Undang-undang Dasar 1945, tetapi juga telah disepakati oleh masyarakat global (*international*). Selain itu, pilihan ini akan menepis dugaan sementara kalangan nonmuslim, hukum Islam merupakan ancaman apabila ditransformasikan ke dalam hukum nasional (hukum positif) dengan menghilangkan hak waris bagi ahli waris nonmuslim. Kondisi ini, kecuali menjadi preseden tidak baik, juga sangat tidak menguntungkan bagi perkembangan hukum Islam selanjutnya di tanah air.

Sedangkan seandainya penafsiran kedua yang menjadi pilihan dalam menetapkan hukum sebagaimana yang telah dilakukan oleh Mahkamah Agung, di satu sisi hukum Islam dipandang tidak diskriminatif dan inklusif, akan tetapi di sisi lain dianggap "telah keluar" dari ajaran prinsipal yang disepakati oleh para ahli hukum Islam (*ijma jumhur Fuqaha*).

Fazlur Rahman menyampaikan beberapa ciri Pembaruan hukum Islam⁴⁶: *Pertama*, mempertimbangkan seluruh tradisi Islam, baik yang bersifat tradisional maupun yang bersifat modern. *Kedua*, perbedaan antara Islam normatif dan historis, Islam konseptual dan Islam aktual. *Ketiga*, digunakannya metode ilmiah dalam upaya reformasi hukum Islam, berdasarkan khazanah intelektualisme Islam klasik dan akar-akar spiritualisme Islam. *Keempat*, penafsiran al-

⁴⁶ Ghofron A. Mas'adi, *Pemikiran Fazlur Rahman Tentang Metodologi Pembaharuan Hukum Islam*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1997), h. 103

Qur'an dan al-Sunnah secara historis sosiologis dan kronologis. *Kelima*, ada perbedaan antara yang ideal moral dengan legal spesifik, dengan ide moral. *Keenam*, upaya mensistematisasi metode penafsiran modernisme klasik. *Ketujuh*, memasukkan masalah kekinian ke dalam pertimbangan reinterpretasi al-Qur'an.

Noel J Coulson⁴⁷ membagi empat corak terjadinya Pembaruan hukum Islam di negara-negara muslim, termasuk negara Indonesia. *Pertama*, dikodifikasikannya hukum Islam menjadi hukum positif dalam negara tersebut yang dikenal dengan doktrin *siyasah*. *Kedua*, tidak terikatnya umat Islam pada hanya satu madzhab saja, yang disebut dengan doktrin *takhayur* dan menyeleksi pendapat mana yang paling baik dan dominan dalam masyarakat. *Ketiga*, perkembangan hukum dalam mengantisipasi perkembangan peristiwa hukum yang baru timbul, yang disebut dengan doktrin *ta'tbiq*. *Keempat*, perubahan hukum yang baru timbul yang disebut dengan *ijtihad* atau *noe ijtihad*.⁴⁸

Pemaparan Fazlur Rahman dan Noel J Coulson di atas telah dipraktekkan oleh Yusuf Qardhawi dalam metode *ijtihadnya*. Penalaran yang sering digunakan al-Qardhawi dalam menetapkan hukum atas berbagai masalah kontemporer adalah pola penalaran *ta'lili* dan *istishlahi*, yaitu metode-metode yang lebih banyak berorientasi kepada kemaslahatan, seperti metode *istihsan*, *maslahah mursalah*, *qiyas*, dan *istishab*. Ambil contoh, metode *maslahah mursalah* digunakan al-Qardhawi pada kasus membolehkan perempuan menjadi anggota parlemen dan kebolehan memberikan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim.⁴⁹

Berdasarkan penjelasan tersebut di atas, maka Pembaruan Hukum Kewarisan yang dilakukan oleh Mahkamah Agung melalui Diskresi Putusan-putusannya dan sifat Pembaruannya, menarik perhatian penulis untuk meneliti dan mengujinya. Selanjutnya

⁴⁷ NJD Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern*, terjemah Machnun Husein, (Surabaya: Amar Press, 1991) h. 95-96. Lihat juga Ahmad Rofiq, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia*. (Yogyakarta: Gama Media, 2001), h.30

⁴⁸ Noul J. Coulson, *A History of Islamic Law*, (Edinburgh University Press, 1994) h. 181-217. Ahmad Rafiq, *Ibid*, h. 130.

⁴⁹ Mendra Siswanto, *Pola Penalaran Yusuf Al-Qardlawi Dalam Masalah-Masalah Kontemporer*, (Tesis.: Universitas Negeri Riau, 2011)

penulis akan meneliti permasalahannya ini dengan mengambil judul, “Diskresi Hakim Dalam Pembaruan Hukum Kewarisan Islam di Indonesia (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung RI Dalam Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Nonmuslim).”

B. Identifikasi dan Batasan Masalah

1. Identifikasi Masalah

Persoalan pewarisan beda agama merupakan salah satu isu menarik dalam kajian pluralisme hukum di Indonesia, dalam persepektif hukum Islam, perbedaan agama antara ahli waris dan pewaris menjadi penghalang pewarisan (*mawani' al-irts*), akan tetapi realitas sosiologis dan hukum kewarisan di Indonesia yang cenderung plural meniscayakan terjadinya kewarisan beda agama. Hakim pengadilan agama merupakan personifikasi pengadilan terpenting yang mengemban tugas semata-mata menegakan hukum (*law enforcement*), melainkan juga memberikan keadilan kepada rakyat (*bringing justice to the people*). Dalam rangka mewujudkan spirit keadilan dalam putusan-putusannya, hakim tidak boleh terpaku pada tekstualitas peraturan perundang-undangan, akan tetapi harus mampu menemukan jiwa hukum berkeadilan dengan cara menggali dan mengikuti nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat sebagaimana amanat Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.⁵⁰

Melalui putusan-putusannya, hakim tidak hanya dianggap mampu melerai ketegangan yang terjadi antara hukum kewarisan yang berbeda yang tak sanggup di atasi sepenuhnya oleh peraturan perundang-undangan, tetapi pada saat bersamaan putusan hakim tersebut dapat menjadi bagian dari Pembaruan hukum kewarisan itu sendiri. Putusan seperti itu tercermin dalam putusan hakim agung pada tingkat kasasi yang mampu memberikan solusi hukum terhadap problem kewarisan antar iman melalui penerapan lembaga *wasiat wajibah*.

⁵⁰ Undang-undang Nomor. 48 tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman pasal 5: *Hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*

2. Batasan Masalah

Dalam penelitian ini, isu kewarisan beda agama (ahli waris non-muslim) penulis batasi pada putusan Hakim Agung pada Mahkamah Agung RI, yaitu dalam Putusan Nomor 368 K/AG/1995, Putusan Nomor 16 K/AG/2010 dan Putusan Nomor 331 K/AG/2018 mengenai penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim.

C. Rumusan Masalah

Dari uraian tersebut di atas, terdapat beberapa hal yang dijadikan rumusan masalah dalam penulisan disertasi ini, yaitu sebagai berikut:

1. Bagaimana dasar pertimbangan diskresi Hakim Agung Mahkamah Agung dalam putusan tentang pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim?
2. Bagaimana eksistensi diskresi Hakim Mahkamah Agung tentang putusan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim dalam hukum kewarisan di Indonesia?
3. Bagaimana kontribusi diskresi Hakim Mahkamah Agung tentang putusan wasiat wajibah terhadap ahli waris nonmuslim dalam Pembaruan hukum kewarisan di Indonesia?

D. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Adapun yang menjadi tujuan penelitian dan penulisan disertasi⁵¹ ini adalah:

- a. Menganalisis dasar pertimbangan diskresi Hakim Mahkamah Agung tentang putusan penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim.
- b. Mengkaji Kedudukan diskresi Hakim Mahkamah Agung tentang putusan penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim dalam hukum waris di Indonesia.

⁵¹ "Dalam penelitian hukum, yang menjadi sasaran atau objek bahasannya adalah ilmu hukum. Jadi tujuan dari penelitian adalah mencari atau menemukan kebenaran dalam ilmu hukum". Lihat: Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Metode Penelitian Hukum* (Bandung: Refika Aditama, 2018), h.54

- c. Mengkaji kontribusi diskresi Hakim Mahkamah Agung tentang putusan penerapan wasiat wajibah terhadap ahli waris nonmuslim dalam Pembaruan hukum waris di Indonesia.

2. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan kegunaan baik pada aspek teoritik maupun aspek praktis yaitu:⁵²

a. Kegunaan Teoritis

Secara teoritis, manfaat penelitian ini diharapkan dapat memberikan kontribusi akademik dalam menjelaskan diskresi hakim dalam putusan-putusannya tentang penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim dalam kerangka Pembaruan hukum kewarisan di Indonesia.

b. Kegunaan Praktis

Secara praktis penelitian ini diharapkan :

- 1) Dapat memberikan sumbangan pemikiran dan wawasan tentang diskresi hakim dalam putusan-putusannya tentang penerapan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim dalam kerangka Pembaruan hukum kewarisan di Indonesia, bagi para *stakeholder* yang berkaitan dengan penelitian ini.
- 2) Sumber informasi dan referensi bagi peneliti yang akan datang.
- 3) Sebagai prasyarat untuk menyelesaikan perkuliahan program doktor Universitas Islam Negeri Raden Intan, Lampung.

E. Kajian Terdahulu

Demi validitas penelitian, penulis akan menguraikan beberapa literatur yang penulis jadikan sebagai *previous finding* (penelitian maupun penemuan sebelumnya). Ada beberapa disertasi dan penelitian yang relevan dan memiliki keterkaitan dengan penelitian ini, antara lain:

⁵² Kegunaan penelitian hukum secara umum ada dua yaitu kegunaan teoritis dan kegunaan praktis.

No	Nama/ Universitas/ Jurnal/Tahun	Judul	Metode Pendekatan	Hasil/ Temuan	Kebaharuan
1	Haridi Program Doktor Universitas Islam Negeri Radin Intan Lampung 2019	Pemikiran hakim Dalam Perkara Pewarisan Beda Agama (Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung)	Pendekatan Filosofis	Ahli waris nonmuslim mendapat wasiat wajibah dengan syarat tidak melebihi sepertiga. Putusan Mahkamah Agung tersebut bersifat kasuistik	Putusan Mahkamah Agung Tentang wasiat wajibah tidak diqiyaskan kepada waris tetapi diqiyaskan kepada infaq
2	HM. Sutomo Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga 2011	Dinamika Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia, Studi Atas Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1991-2002	Pendekatan Emprikal dan Normatif		
3	Sidik Tono Universitas Islan Indonesia Yogyakarta 2013	Wasiat Wajibah Sebagai Alternatif Mengakomodasi Bagian Ahli Waris Nonmuslim Di Indonesia	Pendekatan Sosio- Normatif	Pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim oleh Mahkamah Agung merupakan kasuistik.	Pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris nonmuslim merupakan cara yang adil dengan syarat ahli waris tersebut tidak memusuhi Islam

4	Riyanta Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga 2014	Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama, Studi Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 51/K/AG/1999		Pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim merupakan ijtihad Mahkamah Agung yang mengadopsi pendapat <i>Ibnu Hazm</i>	Penerapan Wasiat Wajibah bagi ahli waris nonmuslim sangat relevan bagi pembaruan hukum Islam di Indonesia
5	Rian Prima Akhdiawan. Universitas Andalas 2016	Pengaturan Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Murtad Dalam Pembagian Harta Haris (ANALISIS PUTUSAN No. 368/K/AG/1995)	Pendekatan Sosio- Normatif	Memberikan wasiat kepada anak yang murtad oleh hakim dengan pertimbangan asas manfaat, asas hati nurani dan asas keadilan	Anak yang murtad hilang hak warisnya, tetapi masih bisa mendapatkan harta dari <i>wasiat wajibah</i> . Hal ini berdasarkan kewenangan hakim
5	Ali Pamungkas Raharjo dan Elok Fauzia Dwi Putri/Jurnal Suara Hukum/2019	Analisis Pemberian Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama Pasca Putusan Mahkamah Agung Nomor 331/K/AG/2018	Penelitian ini menggunakan pendekatan normatif	Perlunya penegasan kembali dan putusan yang konsisten tentang dari manakah sumber yang diambil untuk wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim, mengambil dari harta warisan atau harta peninggalan pewaris.	Mahkamah Agung tidak tegas dan konsisten tentang darimana asal harta yang akan dibagikan untuk ahli waris nonmuslim

Perbedaan penelitian ini dari penelitian-penelitian sebelumnya yaitu berfokus kepada pembahasan mengenai diskresi Hakim Agung dalam memutus perkara warisan terhadap ahli waris non-muslim melalui lembaga wasiat wajibah dengan pendekatan teori *maslahah*. Teori tersebut telah memberikan pintu masuk bagi hakim untuk memberikan bagian dari harta peninggalan mayit kepada ahli waris nonmuslim. Putusan ini menjadi penting dalam kerangka guna memberikan solusi bagi kenyataan kemajemukan hukum di Indonesia, di sisi lain menjadi bagian dari pembaruan hukum kewarisan itu sendiri dengan pendekatan *al-maslahah*.

F. Kerangka Teoretik

Kerangka teoretik¹ yang dimaksud dalam penelitian ini adalah landasan teoritis yang digunakan sebagai perangkat analisis dalam penelitian ini. Dalam konteks ini, peneliti akan menggunakan seperangkat teori sebagai berikut: *al-maslahah* (pluralisme hukum) sebagai *Grand Theory*, teori *legal pluralism* sebagai *Middle Theory* serta teori keadilan, teori penemuan hukum hakim (*rechsvinding*) dan hukum progresif sebagai *Applied Theory*.

1. *Grand Theory*: Teori Maslahah At-Tufi

Islam adalah agama *rahmatan lil alamin*, artinya meskipun agama ini secara historis terlahir di Semenanjung Arabia, namun ajaran dan doktrin-doktrinnya tidak berlaku eksklusif untuk bangsa semitik semata. Dalam Islam, parameter kemuliaan dan keluhuran bukan ditentukan oleh atribut-atribut duniawi dan simbol-simbol material, melainkan kualitas ketaqwaan yang kualitas itu lebih ditentukan oleh dimensi batiniah dari setiap orang. Ajaran Islam yang berlaku universal, menekankan ajaran-ajarannya pada terwujudnya maslahat atau kebahagiaan yang tidak hanya berdimensi dunia semata, melainkan juga berdimensi akhirat.

Secara dzati (essensi), *maslahah* dimaknai sebagai manfaat sedangkan kebalikannya yaitu *mafsadat* yang diartikan dengan

¹ Kerangka teoritis dalam penulisan karya ilmiah hukum mempunyai empat ciri, yaitu; (1) teori-teori hukum, (2) asas-asas hukum, (3) doktrin hukum, dan (4) Ulasan pakar hukum berdasarkan pembidangan kekhususannya. Lihat: Zainudin ali, *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2009) h, 79

mudarat.² Sedangkan secara terminologis, mayoritas ulama ushul fiqh memberikan pemaknaan yang sama mengenai mashlahat dan batasan-batasannya. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Al-Ghazali bahwa prinsip utama adalah "mengambil manfaat dan menolak kemudaratatan dalam rangka memelihara tujuan-tujuan syara".³

Abu Ishaq As-Syatibi menjelaskan di dalam bukunya *al-muwaqat fii ushuli syari'ah* bahwa tujuan dari syariah yaitu dalam rangka melindungi perkara yang bersifat *al-Dharurah*, *al-Hajiyyah* dan *al-Tahsiniyyah*.⁴ Dengan tujuan tersebut diupayakan bahwa hukum syariat yang berjalan adalah hukum yang melindungi kepentingan-kepentingan muslim, sehingga dapat diminimalisir adanya hukum yang tidak sesuai dengan garis tujuannya.

Kemaslahatan itu yang paling utama (*al-maslahah ad-daruriyyah*) ditujukan untuk menjamin hak-hak dasar manusia yang meliputi, pertama, hak dan kebebasan beragama (*hifz ad-din*). Kedua, keselamatan fisik atau jiwa (*hifz an-nafs*). Ketiga, keselamatan keluarga atau keturunan (*hifz an-nasl*). Keempat, keselamatan harta benda atau hak milik pribadi (*hifz al-mal*) dan kelima, keselamatan akal atau kebebasan berpikir (*hifz al-'aql*).⁵

Kemasalahatan telah menjadi isu teoretik kajian para ahli hukum Islam dalam rentang waktu yang panjang, termasuk di antaranya adalah Najmuddin At-Tufi. Nama lengkapnya adalah Najamudin Abu ar-Rabi Sulaiman bin Abd al-Qawi bin Abd al-Karim bin Said at-Tufi as Sarsari al-Baghdadi al-Hanbali, yang terkenal dengan nama at-Tufi. Sebenarnya Tufi adalah nama sebuah desa di daerah Sarsar Irak, di desa itulah tokoh ini dilahirkan. Di samping tokoh tersebut terkenal dengan nama at-Tufi, juga populer dengan Ibn Abu Abbas.

² Muatafa Ahamad al-Zarqa, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Studi Komperatif Delapan Mazhab Fiqh*, penerjemah Ade Dedi Rohayana, M.Ag (Jakarta: Riora Cipta, 2000) h. 36

³ Wahbah az-Zuhaili, *Usul al-Fiqh al-Islami* (Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'asirah, t.t) h. 769

⁴ Satria Effendi, *Ushul Fiqh* (Jakarta: Kencana, 2005) h. 233

⁵ *Ibid*, h. 234

Seperti dikemukakan bahwa teori Utama dari penelitian ini adalah *al-Mashlahah* yang dikembangkan oleh at-Tûfi (675-716 H), menurutnya tujuan hukum Islam adalah memberikan perlindungan terhadap kemaslahatan ummat manusia. Artinya manusia memiliki hak untuk memperoleh kemaslahatan bagi dirinya. Menurut at-Tûfi ada dua hak yang dimiliki manusia berkaitan dengan kemaslahatan ini, yaitu hak Allah dan hak manusia. Hak Allah terdiri dari hal-hal yang berkaitan dengan ibadah dan akidah. Hak Allah ini termaktub dalam nash, oleh karena itu manusia wajib mentaati isi dari nash yang mengatur dirinya. Sementara itu, hal-hal yang berkaitan dengan diri manusia itu menjadi hak atau kewenangan manusia. Kalau ada sumber di luar dirinya, termasuk dalam hal ini adalah nash, maka manusia berhak menolak nash. Artinya, kemaslahatan manusia yang menjadi hak manusia lebih didahulukan dari hak Allah (nash).

Tolok ukur kemaslahatan, menurut at-Tûfi, didasarkan pada perspektif manusia (*anthroposentris*) sehingga perlindungan terhadapnya dalam masalah hukum muamalat lebih didahulukan atas pertimbangan hukum lain, termasuk dari al-Quran, *as-Sunnah al-Makbûlah*, dan *ijmâ'*. Artinya, jika ada nash yang tidak selaras dengan kemaslahatan manusia, maka kemaslahatan manusia harus diberi prioritas di atas dua sumber tersebut.⁶

Cara menentukan kemaslahatan menurut at-Tûfi, adalah melalui cara-cara yang diberikan Allah kepada manusia, yaitu sifat-sifat alami, pengalaman-pengalaman hidup manusia sendiri, dan tuntunan akal atau intelegensinya sendiri.

Dalam Kajian Hukum Islam, *al-Maslahah* mendapatkan perhatian yang khusus dari para ulama. Mereka bersepakat bahwa salah satu tujuan hukum Islam adalah untuk mewujudkan kemaslahatan bagi ummat manusia. Di samping itu, hukum Islam juga berusaha melindungi manusia dari segala macam bentuk kejahatan, ini sebagaimana yang ditegaskan oleh Mohammad Hashim Kamali:

⁶ Abdullah M. Al-Husayn al-'Amiri, *Dekonstruksi sumber Hukum Islam, Pemikiran Hukum Najm ad-Diin Thufi*, penerjemah Abdul Basir, (Ciputat: Gaya Media Pratama, 2004)

*A Principle objective of the Syari'ah is realization of benefit to the people concerning their affairs both in this world and hereafter. It is generally held that the Syari'ah in all of its parts aims at securing a benefit for the people or practicing them against corruption and evil.*⁷

Pendapat di atas menyatakan bahwa Islam (hukum Islam) menjunjung tinggi nilai keseimbangan (*tawazun*) antara dunia dan akherat sekaligus melindungi manusia dari kerusakan dan kejahatan.

Teori *al-Maslahah* ini menjadi teori utama di dalam menganalisa dan mengkaji putusan Mahkamah Agung yang pada pokoknya memberikan bagian dari harta warisan kepada anak pewaris yang tidak seiman dengan pewaris dengan jalan wasiat wajibah. Teori *al-Maslahah* ini tentunya tidak bisa berdiri sendiri tetapi juga dilengkapi dengan teori lain yaitu teori *Legal Pluralism* dan teori Keadilan.

2. *Middle Theory: Legal Pluralism*

Penulis memilih teori *legal pluralism*, karena dipandang relevan dengan pokok permasalahan yang menjadi isu sentral dalam penelitian ini, yaitu kewarisan beda agama, ketika pewaris muslim meninggalkan ahli waris nonmuslim, yang secara normatif perpindahan harta warisan menjadi terhalang disebabkan oleh perbedaan agama,⁸ akan tetapi realitas kemajemukan baik secara sosiologis maupun yuridis tidak bisa dihindarkan dalam konteks ber hukum di Indonesia yang plural. Dalam optik pluralism hukum, maka putusan Hakim Agung pada Mahkamah Agung yang menerapkan wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim, dapat dilihat secara lebih kontekstual.

Teori *legal pluralism* sendiri lahir dari kemajemukan hukum yang terjadi pada berbagai negara, kajian *legal pluralisme* melihat

⁷ Mohammad Hashim Kamali, *Foundation of Islam, Syari'ah Law An Introduction*, (A. Oneword Book, Published by Oneword Publication, 2008) h. 32

⁸ Kompilasi Hukum Islam, pasal 171 huruf (c): *Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.*

adanya ko-eksistensi antara hukum yang ada baik dalam skala lokal, nasional dan internasional. Kajian mengenai hukum dapat ditinjau dari berbagai dimensi, baik dalam konteks yang dibuat oleh negara, maupun dalam konteks sosial, budaya, ekonomi dan politik. Secara terbatas hukum dikaitkan dengan hukum negara, khususnya undang-undang (*law in the book*). Para Antropolog menangkap hukum sebagai suatu acuan normative yang luas dan terus hidup dan berkembang secara dinamis (*living law*), meliputi tidak hanya hukum negara, tetapi juga sistem norma di luar negara, ditambah pula dengan segala proses dan aktor yang ada di dalamnya. Hukum tidak hanya berisi konsepsi normative: hal-hal yang dilarang dan dibolehkan, tetapi juga berisi konsep kognitif. Situasi pluralisme hukum berkembang pesat seiring dengan laju pluralisme sosial. Karena itu, adalah keniscayaan, bahwa masyarakat yang plural akan melahirkan tata hukum yang plural. Sebaliknya, pemaksaan sentralisme hukum adalah pekerjaan sia-sia karena bersifat asosial.

Menurut Griffiths,⁹ salah satu bentuk dari pluralisme hukum itu dibagi 2 macam, yaitu *strong legal pluralism* dan *weak legal pluralism*. Suatu kondisi dapat dikatakan *strong legal pluralism* jika masing-masing sistem hukum yang beragam itu otonom dan eksistensinya tidak tergantung kepada hukum negara. Jika keberadaan pluralisme hukum itu bergantung kepada pengakuan dari hukum negara maka kondisi seperti itu disebut dengan *weak legal pluralism* dengan kata lain, pluralisme hukum yang kuat karena ada situasi ketika antar berbagai sistem hukum melangsungkan interaksi yang saling tidak mendominasi alias sederajat.

Individu atau kelompok yang hidup dalam lapangan atau wilayah sosial tertentu bebas memilih salah satu hukum dan bebas untuk mengkombinasikan berbagai sistem hukum dalam melangsungkan aktivitas keseharian atau untuk menyelesaikan sengketa. Pluralisme hukum yang lemah adalah salah satu sistem hukum memiliki posisi superior dihadapkan dengan sistem hukum

⁹ Sulistyowati Irianto, *Sejarah Dan Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum Dan Konsekuensi Metodologisnya*, diakses 28 Mei 2020, dari laman file:///C:/Users/Win10/Downloads/1425-2778-1-SM.pdf

lainnya. Individu atau kelompok lebih sering menggunakan salah satu sistem hukum karena tekanan.

Para *legal pluralist* pada masa permulaan (1960–1970an) mengajukan konsep pluralisme hukum yang meskipun agak bervariasi, namun pada dasarnya mengacu pada adanya koeksistensi di antara beberapa sistem hukum yang berada dalam lapangan sosial yang sama. Sebagai contoh adalah konsep yang dikemukakan oleh Sally Engle Merry, pluralisme hukum adalah “*is generally defined as a situation in which two or more legal systems coexist in the same social field*”. Contoh lain adalah konsep klasik dari John Griffiths, yang mengacu pada adanya lebih dari satu tatanan hukum dalam suatu arena sosial. “*By ‘legal pluralism’ I mean the presence in a social field of more than one legal order*”.¹⁰

Pengkajian mengenai pluralism hukum bukanlah menjadi isu baru, ini merupakan salah satu bentuk kritikan terhadap aliran sentralisme dan positivisme dalam penerapan hukum kepada rakyat.

Terdapat beberapa jalan dalam memahami pluralisme hukum. *Pertama*, pluralisme hukum menjelaskan relasi berbagai sistem hukum yang bekerja dalam masyarakat. *Kedua*, pluralisme hukum memetakan berbagai hukum yang ada dalam suatu bidang sosial. *Ketiga*, menjelaskan relasi, adaptasi, dan kompetisi antar sistem hukum. *Ketiga*, pluralisme hukum memperlihatkan pilihan warga memanfaatkan hukum tertentu ketika berkonflik. Dari tiga cara pandang tersebut dan masih banyak cara pandang lainnya, secara ringkas kita bisa katakan bahwa pluralisme hukum adalah kenyataan dalam kehidupan masyarakat. Senada dengan itu, mengutip ungkapan dari Brian Z. Tamanaha, *legal pluralism is everywhere*. Ungkapan ini menegaskan bahwasanya di area sosial keragaman sistem normatif adalah keniscayaan.

Namun, hal menarik tentang pluralisme hukum bukan hanya terletak pada keanekaragaman sistem normatif tersebut, melainkan pada fakta dan potensi untuk saling bersitegang hingga menciptakan ketidakpastian. Ketidakpastian ini menjadi salah satu titik lemah

¹⁰ Sulistyowati Irianto, *Sejarah Dan Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum Dan Konsekuensi Metodologisnya*, diakses 28 Mei 2020, dari laman file:///C:/Users/Win10/Downloads/1425-2778-1-SM.pdf

yang “diserang” dari pluralisme hukum, walaupun hal ini tidak sepenuhnya benar karena permasalahan pokok dari potensi konflik tersebut adalah adanya relasi yang asimetris dari sistem normatif tersebut.

Teori *Legal Pluralism* ini oleh penulis dijadikan sebagai alat untuk menganalisa lebih dalam tentang sistem hukum yang berlaku di Indonesia, yaitu hukum perdata, hukum Islam dan Hukum adat. Kajian terhadap ketiga sistem hukum tersebut meliputi perbedaan, persamaan dan hubungan di antara ketiganya serta aplikasi ketiganya di dalam praktik di peradilan.

3. *Applied Theory*: Teori Keadilan, Putusan Hakim dan Hukum Progresif

Hakim adalah profesi yang memiliki peran penting dalam mewujudkan tujuan hukum. Hakim mempunyai kewenangan memutus perkara yang disidangkan di peradilan berdasarkan kebijaksanaanya. Makna lebih jauh, hakim tidak sebatas pada itu saja, hakim memiliki makna filosofi jauh lebih mulia dari sekedar pemutus perkara dalam peradilan. Hakim harus senantiasa bijaksana melihat nilai-nilai yang ada, karena nilai sangat berperan dalam penegakan hukum dan menghadirkan keadilan. Hakim dalam memutus suatu perkara dilandasi pertimbangan- pertimbangan sebagai upaya menghadirkan keadilan dalam setiap perkara yang diputusnya. Sebagaimana telah penulis kemukakan di muka, hakim memiliki fungsi tidak hanya untuk menegakan hukum (*law enforcement*), melainkan juga memberikan keadilan kepada rakyat (*bringing justice to the people*).

Menurut Syarif Mappiase, “Mengadili menurut hukum harus selalu berorientasi pada ketiga tujuan hukum, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan karena telah menjadi amanat UUD 1945 dan UU Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman”.¹¹ Gustav Radbruch merumuskan sebuah teori dalam rangka mewujudkan cita hukum, bahwa hukum yang berjalan di tengah masyarakat harus memenuhi unsur yang memberikan

¹¹ Syarif Mappiase, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim* (Jakarta: Prenadamedia Group, cetakan ke II, 2017) h. 4

kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan hukum. Di sisi lain ketiga rumusan tersebut dapat terjadi suatu potensi untuk saling bertentangan, akan tetapi garis besar dari ketiga rumusan redbruch tersebut adalah dapat tercapainya cita hukum yang dapat memberikan rasa adil di tengah masyarakat.

Teori keadilan terkait dengan tujuan hukum. Tujuan hukum menurut Rusli Effendi dan kawan-kawan dapat dikaji melalui tiga sudut pandang, yakni: 1. Dari sudut pandang ilmu hukum normatif, tujuan hukum dititikberatkan pada segi kepastian hukum; 2. Dari sudut pandang filsafat hukum, maka tujuan hukum dititikberatkan pada segi keadilan; dan 3. Dari sudut pandang sosiologi hukum, maka tujuan hukum dititikberatkan pada segi kemanfaatan.

Sesungguhnya apa yang disebut Gustav Radbruch¹² dengan cita atau tiga nilai dasar itulah yang merupakan tujuan hukum dalam arti luas, yaitu 1) untuk mewujudkan keadilan; 2) untuk memberikan kemanfaatan; dan 3) untuk mewujudkan kepastian hukum. Meski diharapkan bahwa putusan hakim hendaklah merupakan *resultante* dari ketiga hal di atas, namun dalam praktiknya hal itu sulit terjadi. Bahkan seringkali yang terjadi adalah sebaliknya, bahwa antara ketiganya terjadi ketegangan atau pertentangan. Dalam satu peristiwa, jika hakim harus memutuskan dengan adil, kepastian hukum terpaksa dikorbankan. Atau sebaliknya demi kepastian hukum, keadilan tidak tercapai karena hukum yang ada sudah tidak sesuai lagi dengan rasa keadilan dalam masyarakat.

Istilah keadilan (*iustitia*) berasal dari kata “adil” yang berarti: tidak berat sebelah, tidak memihak, berpihak kepada yang benar, sepatutnya, tidak sewenang-wenang. Secara konseptual-teoretik, gagasan tentang keadilan telah diperbincangkan sejak masa-masa paling klasik dalam sejarah pemikiran manusia. Salah satu di antara teori keadilan itu adalah teori etis, menurut teori ini hukum semata-mata bertujuan keadilan. Isi hukum ditentukan oleh keyakinan yang etis tentang yang adil dan tidak adil. Hukum, menurut teori ini bertujuan untuk merealisasikan atau mewujudkan keadilan. Pemikiran filsafat tentang keadilan ini, terutama yang dipandang dari sudut

¹² Muhamad Erwin, *Filsafat Hukum, Refleksi Kritis Terhadap Hukum* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011) h. 123

filosof hukum, sesuai dengan sudut pandang teori tentang tiga lapisan ilmu hukum yang meliputi dogmatik hukum, teori hukum dan filsafat hukum, sangat bermanfaat juga pada akhirnya bagi praktek hukum.

Hakim dalam mengadili suatu perkara yang diajukan kepadanya harus mengetahui dengan jelas tentang fakta dan peristiwa yang ada dalam perkara tersebut. Oleh karena itu, Majelis Hakim sebelum menjatuhkan putusannya terlebih dahulu harus menemukan fakta dan peristiwa yang terungkap dari Penggugat dan Tergugat, melalui jawab-menjawab¹³serta alat-alat bukti yang diajukan oleh para pihak dalam persidangan. Terhadap hal yang terakhir ini, Majelis Hakim harus mengonstatir dan mengkualifisir peristiwa dan fakta tersebut sehingga ditemukan peristiwa/fakta yang konkrit. Setelah Majelis Hakim menemukan peristiwa dan fakta secara objektif, maka Majelis Hakim berusaha menemukan hukumnya secara tepat dan akurat terhadap peristiwa yang terjadi itu. Jika dasar-dasar hukum yang dikemukakan oleh pihak-pihak yang berperkara kurang lengkap, maka Majelis Hakim karena jabatannya dapat menambah dan atau melengkapi dasar-dasar hukum itu sepanjang tidak merugikan pihak-pihak yang berperkara (lihat Pasal 178 ayat (1) HIR dan Pasal 189 ayat (1) R.Bg). Ketika suatu kasus sedang tahap peradilan di pengadilan, dalam proses *recht finding* atau penemuan hukum, maka Majelis Hakim dapat mencarinya dalam: (1) Berpedoman terhadap hukum positif, seperti Undang-undang, kodifikasi peraturan perundang-undangan yang telah di undangkan oleh pemerintah, (2) Hukum tidak tertulis, dapat berupa fatwa dari ketua adat dan penasihat agama sebagaimana yang diatur pada Pasal 44 dan 15 Ordonansi Adat, (3) Sumber yurisprudensi, dengan catatan bahwa hakim sama sekali tidak boleh terikat dengan putusan putusan yang terdahulu itu, ia dapat menyimpang dan berbeda pendapat jika ia yakin terdapat ketidakbenaran atas putusan atau tidak sesuai dengan perkembangan hukum kontemporer. Tetapi hakim dapat

¹³ Elitsbet Nurhaini Butar-butar, *Arti Pentingnya Pembuktian Dalam Proses Penemuan Hukum Di Peradilan Perdata*, di dalam *Mimbar Hukum*, Volume 22, Nomor 2, Juni 2010, h. 348

berpedoman sepanjang putusan tersebut dapat memenuhi rasa keadilan bagi pihak-pihak yang berperkara, (4) Tulisan-tulisan ilmiah para pakar hukum, dan buku-buku ilmu pengetahuan lain yang ada sangkut-pautnya dengan perkara yang sedang diperiksa itu.

Hakim menemukan hukum melalui sumber-sumber sebagaimana tersebut di atas. Jika tidak diketemukan dalam sumber-sumber tersebut maka ia harus mencarinya dengan mempergunakan metode interpretasi dan konstruksi. Metode interpretasi adalah penafsiran terhadap teks undang-undang, masih tetap berpegang pada bunyi teks itu. Sedangkan metode konstruksi hakim mempergunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks undang-undang, di mana hakim tidak lagi terikat dan berpegang pada bunyi teks itu, tetapi dengan syarat hakim tidak mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

Dahulu dikenal dengan doktrin *Sens clair* yang mengatakan bahwa penemuan oleh hakim hanya boleh dilakukan kalau peraturannya belum ada untuk suatu kasus *in concreto* atau peraturannya sudah ada tetapi belum jelas, di luar ketentuan ini penemuan hukum oleh hakim tidak dibenarkan atau tidak ada. Tetapi sekarang doktrin *Sens Clair* ini sudah banyak ditinggalkan, sebab sekarang muncul doktrin baru yang menganggap bahwa hakim dalam setiap putusannya selalu melakukan penemuan hukum karena bahasa hukum senantiasa terlalu miskin bagi pikiran manusia yang sangat bernuansa. Dalam arus globalisasi seperti sekarang ini banyak hal terus berkembang dan memerlukan interpretasi, sedangkan peraturan perundang-undangan banyak yang statis dan lamban dalam menyesuaikan diri dengan kondisi perubahan zaman, menurut Mertokusumo,¹⁴ tidak ada peraturan perundang-undangan yang jelas sejelas-jelasnya dan lengkap selengkap-lengkapannya.

Rifyal Ka'bah¹⁵ menyebut ada 3 (tiga) bentuk keadilan yang harus diwujudkan dalam sebuah putusan hakim, yaitu: *Legal Justice*, *Moral Justice* dan *Social Justice*. *Legal Justice* (Keadilan Hukum)

¹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum* (Yogyakarta: Liberty, 1984) h. 56

¹⁵ Hakim: *Legal Justice, Moral Justice dan Social Justice*, artikel diakses tanggal 28 Mei 2020, dari: <https://muntasirsyukri.wordpress.com/2011/09/01/hakim-antara-legal-justice-moral-justice-dan-sosial-justice/>

adalah keadilan berdasarkan undang-undang yang dapat dilihat dari peraturan perundang-undangan yang berlaku dan dari putusan hakim pengadilan yang mencerminkan keadilan hukum negara dalam bentuk formal. *Moral Justice* (Keadilan Moral) tidak lain dari keadilan berdasarkan moralitas. Moralitas adalah standar baik dan buruk. Moralitas berasal dari berbagai sumber, yang terpenting adalah agama. *Social Justice* (Keadilan Sosial) sebagai salah satu dasar Negara (sila kelima Pancasila) digambarkan dalam 3 bentuk keadilan sosial yang meliputi keadilan ekonomi, kesejahteraan rakyat dan keadilan yang diinsafi (disadari) oleh mayoritas rakyat yang dapat berkembang.

Sudikno Mertokusumo memberikan gambaran, bahwa selain harus memenuhi rasa keadilan, maka terdapat *stakeholder* yang patut menjadi bahan pertimbangan, yaitu, para pihak berperkara, masyarakat umum, pengadilan banding, dan ilmu pengetahuan. Dalam meramu ketiga unsur keadilan tersebut maka diperlukan upaya penemuan hukum (*rechvinding*) oleh hakim sehingga dapat memberikan putusan yang berkeadilan, berkepastian hukum dan bermanfaat bagi pihak berperkara.

Menurut Bagir Manan,¹⁶ secara hirarkis penemuan hukum itu dapat dibedakan menjadi tiga makna:

- a. Menerapkan hukum kedalam kasus konkret (*Law Applying*). Dalam konteks ini, hakim berusaha mengkonstruksi satu kasus dan menerapkan hukum yang dapat diberlakukan pada kasus tersebut. Meskipun pada tatanan ini hakim sering dinilai sebagai mulut undang-undang, namun anggapan ini tidak benar, karena tidak ada satu putusan pun yang di dalamnya tidak mengandung unsur-unsur penemuan hukum.¹⁷ Keniscayaan adanya penemuan hukum dalam suatu putusan atau penetapan disebabkan karena dalam kenyataan tidak ada peristiwa hukum

¹⁶ Bagir Manan, "Seputar Penemuan Hukum", dalam *Majalah Peradilan Agama* edisi 2, tahun 2013, h.6.

¹⁷ Ambo Asse, *Setiap Putusan Hakim Selalu Dengan Penemuan Hukum (RECHTVINDING)* (Resume Seminar sehari Penemuan Hukum Hakim Tahap Ke II), diakses tanggal 28 Mei 2020, dari <https://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/setiap-putusan-hakim-selalu-dengan-penemuan-hukum-rechtvinding-oleh-drs-h-ambo-asse-shmh-69>

yang nyata-nyata sama persis dan sebangun dengan undang-undang.

- b. Penemuan hukum dimaknai sebagai aktifitas penafsiran, konstruksi, analogi dan penghalusan hukum. Konteks pemaknaan ini didasari atas kenyataan bahwa suatu peraturan perundang-undangan atau pun kaidah hukum seringkali tidak jelas dalam pemaknaanya, sehingga hakim harus berusaha memecahkan kebuntuan untuk sampai pada maksud dan makna dibalik narasi kaidah hukum. Penafsiran (interpretasi) merupakan metode paling umum yang digunakan dalam upaya penemuan hukum, baik di Negara yang menganut sistem hukum *common law* maupun *civil law* atau Eropa Kontinental, meskipun bentuk penafsiran yang lebih diutamakan berbeda-beda.
- c. Penemuan hukum dalam pengertian membentuk hukum atau menciptakan hukum (*rechtschepping, rechtsvorming*). Konteks dilakukan, manakala hakim menemukan ketidakjelasan, kekosongan undang-undang atau ada pertentangan antara berbagai undang-undang.

Pada dasarnya di dalam hukum acara, baik perdata maupun pidana, dibagi menjadi tiga tahap, yaitu tahap pendahuluan atau permulaan, tahap penentuan dan tahap pelaksanaan.¹⁸ Dalam tahap penentuan, hakim sebagai pemutus yuridis melakukan 3 (tiga) tugas atau kegiatan pokoknya dalam memeriksa dan mengadili sengketa di persidangan,¹⁹ yaitu mengkonstatasi peristiwa konkret,²⁰ mengkualifikasi peristiwa konkret dan terakhir mengkonstitusinya.²¹

¹⁸ Pada tahap ini Hakim melakukan ada prosedur tanya-jawab antara kedua belah pihak untuk memperoleh peristiwa manakah yang sekiranya menjadi sengketa, kemudian melakukan proses pembuktian sehingga terdapat kepastian dari peristiwa konkrit tersebut.

¹⁹ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010) h. 54-57.

²⁰ Hakim mengkualifikasi peristiwa konkrit yang telah dibuktikan dengan cara mengelompokkan atau menggolongkan peristiwa konkrit tersebut mana yang peristiwa hukum dan mana yang bukan.

²¹ Hakim menetapkan hukum terhadap peristiwa hukum yang telah dibuktikan dengan sebuah putusan yang mengandung unsur keadilan di dalamnya. Hakim harus mengadili menurut hukum, oleh karena itu putusannya harus berdasarkan hukum, sehingga menjamin kepastian hukum, yang berarti bahwa ada jaminan hukum telah

Penemuan hukum oleh hakim yang semata-mata tidak terpaku pada ketentuan tekstual peraturan perundang-undangan selaras dengan gagasan hukum progresif yang dikembangkan oleh Profesor Satjipto Rahardjo.

Pendekatan hukum progresif yang digagas oleh Profesor Satjipto Rahardjo bertujuan mewujudkan alternatif bagi pendekatan dominan dalam interpretasi hukum di Indonesia, yaitu pendekatan yang dianggap formalitas dan kurang memperhatikan substansi keadilan. Dalam buku yang ditulis Beliau pada tahun 2007-“Biarlah hukum mengalir”-beliau menjelaskan kepastian hukum terlalu ‘didewakan’ padahal hukum seharusnya lebih ‘manusiawi’.²²

Menurut satjipto Rahardjo, penegakan hukum pada hakekatnya mengandung supremasi nilai substansial, yaitu keadilan.²³ Oleh karena itu penegakan hukum progresif adalah menjalankan hukum tidak hanya sekedar kata-kata hitam putih dari peraturan (*according to the letter*), melainkan menurut semangat dan makna lebih dalam (*to the very meaning*) dari undang-undang atau hukum.²⁴ Penegakan hukum tidak hanya kecerdasan intelektual, melainkan dengan kecerdasan spiritual. Dengan kata lain, penegakan hukum yang dilakukan dengan penuh determinasi, empati, dedikasi, komitmen terhadap penderitaan bangsa dan disertai keberanian untuk mencari jalan lain daripada yang biasa dilakukan.²⁵

Hukum progresif memiliki karakteristik sebagai berikut: *Pertama*, paradigma dalam hukum progresif adalah bahwa “hukum untuk manusia”. Pegangan, optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam berhukum, melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum.

dijalankan, yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan putusnya dilaksanakan.

²² Adriana Bedner, *An Elementary Approach to the Rule of Law* diterjemahkan Suatu Pendekatan Elementer terhadap Negara Hukum dalam Myrna Safitri dkk (editor), *Seri Tokoh Hukum Indonesia Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif Urgensi dan Kritik*, (Jakarta: Episteme Institute dan Huma, 2011) h. 139

²³ Satjipto Rahardjo, *Penegakan hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009) h. ix

²⁴ *Ibid*, h.xiii

²⁵ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologis*. (Yogyakarta. Genta, 2009) h. xiii

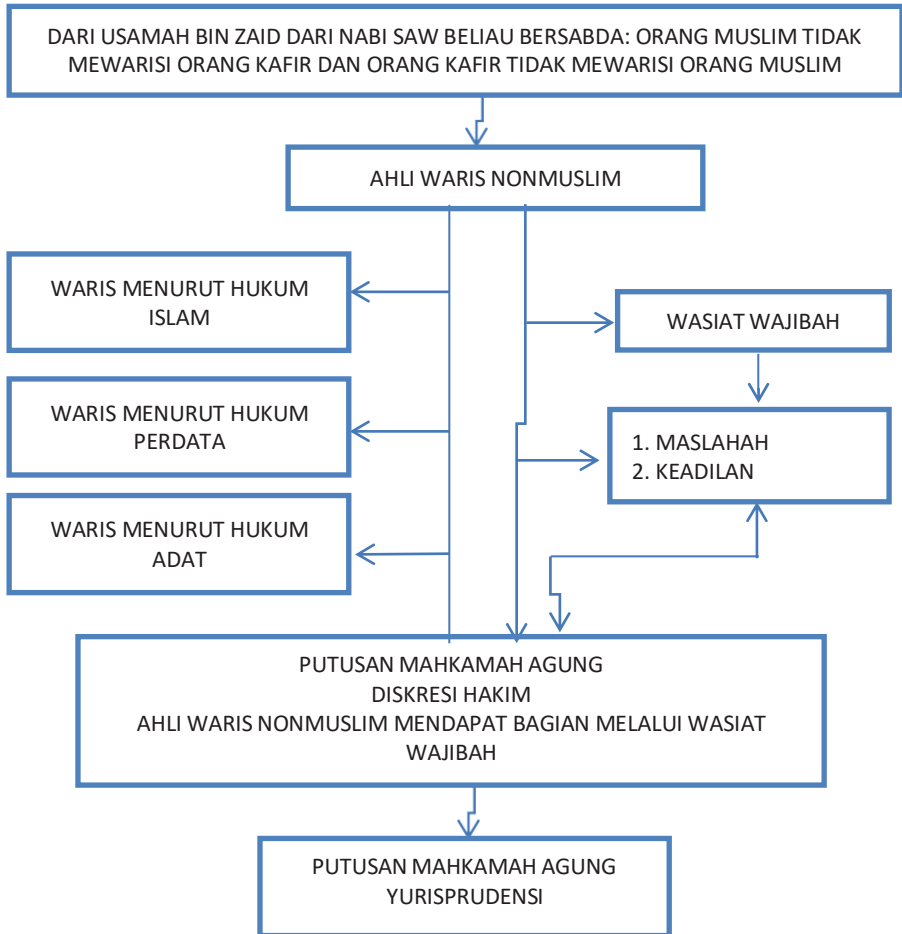
Hukum itu berputar di sekitar manusia sebagai pusatnya. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. *Kedua*, hukum progresif menolak untuk mempertahankan keadaan *status quo* dalam berhukum. Mempertahankan *status quo* memberikan efek yang sama seperti, waktu orang berpendapat bahwa hukum adalah tolak ukur untuk semuanya dan manusia adalah untuk hukum. *Ketiga*, apabila diakui, bahwa peradaban tertulis akan memunculkan sekalian akibat dan risiko, maka cara berhukum sebaiknya juga mengantisipasi tentang bagaimana cara mengatasi hambatan-hambatan dalam menggunakan hukum tertulis tersebut.²⁶

G. Kerangka Pemikiran

Kerangka pemikiran adalah sebuah pemahaman yang melandasi pemahaman- pemahaman yang lainnya, sebuah pemahaman yang paling mendasar dan menjadi pondasi bagi setiap pemikiran selanjutnya.²⁷ Kerangka pikir dalam disertasi ini digambarkan dengan proyeksi sebagai berikut agar lebih menarasikan alur pikir atau kerangka pikir yang lebih jelas dalam penulisan disertasi ini:

²⁶ Satjipto Rahardjo. *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta : Kompas, 2010) h. 61-64

²⁷ Masnur Muslih, *Tata Bahasa Indonesia* (Jakarta:Sinar Grafika Offset, 2008) h. 10



Sketsa di atas dapat dibaca secara abstrak bahwa hukum Islam (fikih) tegas menyatakan bahwa ahli waris nonmuslim tidak mendapat warisan dari pewaris muslim. Demikian juga sebaliknya, ahli waris muslim tidak menerima warisan dari pewaris nonmuslim. Di dalam kompilasi Hukum Islam juga dinyatakan bahwa ahli waris harus seagama dengan pewaris.

Mahkamah Agung dalam hal ini sebagai lembaga peradilan tingkat akhir telah memutuskan perkara waris dengan memberikan harta peninggalan pewaris kepada ahli waris nonmuslim dengan pertimbangan “rasa keadilan”.

Di sisi lain sistem hukum yang berlaku di Indonesia yaitu hukum perdata, hukum Islam dan hukum adat, memungkinkan

ketiga-tiganya diadopsi oleh Mahkamah Agung di dalam memutus perkara dengan tujuan agar terwujudnya keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum, atau salah satu dari ketiganya apabila terjadi antinomi. Untuk mendapatkan tujuan hukum tersebut legal argumen yang dibangun oleh Hakim Agung yaitu melalui pendekatan *al-Maslahah* dan keadilan.

H. Metode Penelitian

Penelitian (*research*) secara umum mengacu pada pencarian pengetahuan (*searching for knowledge*). Penelitian dapat didefinisikan sebagai pencarian ilmiah dan sistematis mengenai informasi terkait terhadap topik tertentu. Penelitian adalah seni investigasi ilmiah.²⁸ Dalam kajian hukum, penelitian hukum merupakan kegiatan ilmiah yang didasarkan pada metode, sistematika dan pemikiran tertentu dengan jalan menganalisisnya.²⁹ Sedangkan hukum lazimnya diartikan sebagai kaidah atau norma. Kaidah atau norma ialah patokan atau pedoman mengenai perilaku manusia yang dianggap pantas mengenai perilaku manusia yang dianggap pantas. Hukum kadang-kadang juga diartikan sebagai keputusan dari pejabat dan sejalan dengan ini hukum juga dapat diartikan sebagai petugas-petugas.³⁰

1. Jenis Penelitian dan Sifat Penelitian

Penelitian ini merupakan kombinasi antara penelitian hukum normatif dan empiris. Penelitian hukum normatif-empiris. Penelitian hukum Normatif-empiris disebut juga dengan *applied law research* yaitu penelitian hukum mengenai pemberlakuan atau implementasi ketentuan hukum normatif (kodifikasi, undang-undang atau kontrak) secara *in action* pada setiap peristiwa hukum tertentu yang terjadi dalam masyarakat.³¹ Masing-masing jenis penelitian tersebut

²⁸ C.R. Kothari, *Research Metodology Methodes and Techniques (Second Revised Edition)* (New Delhi: New Age International (P) Limited Publishers, 2004) h. 1

²⁹ Soeryono Soekamto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: Universitas Indonesia Press, 1986) h. 43

³⁰ *Ibid.*

³¹ Elisabeth Nurhaini Butarbutar, *Metode Penelitian Hukum, Langkah-langkah untuk menemukan kebenaran dalam hukum* (Bandung: Refika Aditama, 2018) h. 97

digunakan sesuai dengan kebutuhannya. Penelitian hukum normatif-empiris bermula dari aturan hukum yaitu yang diatur di dalam Kompilasi Hukum Islam yang mensyaratkan ahli waris harus beragama Islam. Di sisi lain Hakim Agung di dalam beberapa putusan perkara warisnya memberikan sebgai harta waris kepada ahli waris nonmuslim sebagai wasiat wajibah. Metode penemuan hukumnya yang mengarah lahirnya putusan hakim, menemukan argumentasi hukum dan asas-asas hukum yang menjadi ruh dan spirit lahirnya putusan tersebut. Selanjutnya penulis mengkaji situasi dan kondisi yang turut serta mempengaruhi lahirnya putusan dan akibatnya dan kemudian menjelaskan relevansinya bagi pengembangan hukum waris di Indonesia dalam menghadapi masyarakat yang majemuk.

Sedangkan sifat Penelitian ini bersifat deskriptif-kualitatif yang melaporkan dan memaparkan data sesuai dengan kondisi objek yang diteliti yakni diskresi hakim dalam Pembaruan Hukum Kewarisan di Indonesia (Studi Terhadap Putusam Mahkamah Agung dalam Penerapan *Wasiat Wajibah*)

2. Jenis dan Sumber Data

a. Sumber Data.

Data yang digunakan dalam penelitian ini mengacu kepada pendapat Soerjono Soekamto yang bersumber dari penulisan kepustakaan (*library research*) dan penelitian lapangan (*field research*).³²

b. Jenis dan Sumber Data.

Bahan utama dari penelitian ini adalah data sekunder yang dilakukan dengan menghimpun bahan-bahan berupa:

1) Bahan hukum primer

Yaitu bahan hukum yang mengikat, berupa ketentuan peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan penelitian ini dan putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995/, Putusan Mahkamah

³² Soeryono Soekamto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: Universitas Indonesia Press, 1986) h.76.

Agung Nomor 16 K/AG/2010 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 331/K/AG/2018

2) Bahan hukum sekunder

Yaitu bahan yang memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer antara lain berupa buku-buku hasil penulisan fikih klasik dan kontemporer, jurnal, makalah, artikel, surat kabar, internet yang berkaitan dengan objek penulisan ini.

3) Bahan hukum tersier

Yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus umum dan jurnal ilmiah, majalah, surat kabar, dan internet juga menjadi tambahan bagi penulisan disertasi ini sepanjang memuat informasi yang relevan dengan penelitian yang dilakukan.

3. Pendekatan Penelitian

Suatu penelitian hukum dimulai dengan melakukan penelusuran terhadap bahan-bahan hukum sebagai dasar untuk membuat keputusan hukum (*legal decision making*) terhadap kasus-kasus hukum yang konkret. Cara pendekatan yang digunakan dalam suatu penelitian normatif memungkinkan seorang peneliti untuk memanfaatkan hasil-hasil temuan ilmu hukum empiris dan ilmu-ilmu lain untuk kepentingan analisis serta eksplanasi hukum tanpa mengubah karakter ilmu hukum sebagai ilmu normatif.³³ Beberapa pendekatan dalam penelitian normatif yang akan digunakan dalam penelitian ini meliputi: pendekatan filosofis, historis, perundang-undangan dan studi kasus.

a) Pendekatan filosofis, pendekatan ini memiliki sifat yang menyeluruh, mendasar dan spekulatif. Tugas dari filsafat bukanlah menjawab pertanyaan yang diajukan tetapi mempersoalkan jawaban yang diberikan. Ciri khas filsafat

³³ Johni Ibrahim. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. (Malang: Bayumedia Publishing, 2007) h. 300

ditambah dengan beberapa pendekatan yang tepat dapat membentuk *fundamental research*, yaitu suatu penelitian untuk memperoleh pemahaman yang lebih mendalam terhadap implikasi sosial dan efek penerapan suatu peraturan perundang-undangan terhadap masyarakat atau kelompok masyarakat yang melibatkan penelitian terhadap pemberlakuan suatu hukum.

- b) Pendekatan historis, pendekatan ini dilakukan dalam rangka pelacakan sejarah lembaga hukum dari waktu ke waktu. Pendekatan ini sangat membantu untuk memahami filosofi aturan hukum dari waktu ke waktu serta memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi aturan hukum tersebut.³⁴ Pendekatan ini juga diperlukan untuk mengetahui latar belakang lainnya peraturan perundang-undangan sehingga memungkinkan peneliti memahami hukum dalam perundang-undangan tersebut secara lebih mendalam dan meminimalisir kekeliruan.³⁵
- c) Pendekatan undang-undang, pendekatan ini mencakup dua hal, yakni metode pembentukan hukum dan metode penafsiran hukum. Dalam pengertian pertama dikemukakan seperti seperti teknik perundang-undangan, sedangkan yang kedua menyangkut metode-metode penafsiran undang-undang. Menurut Peter Mahmud Marzuki manfaat penggunaan pendekatan perundang-undangan adalah untuk mencari *ratio legis* dan dasar ontologis lahirnya peraturan perundang-undangan.³⁶ Dengan mempelajari *ratio legis* dan dasar ontologism, maka peneliti akan mampu menangkap kandungan filosofis yang ada di belakang undang-undang itu, maka peneliti akan dapat menyimpulkan mengenai adanya tidaknya beturan filosofis antara undang-undang dengan isi yang dihadapi, dalam hal ini antara hukum *in abstracto* dengan kenyataannya.
- d) Pendekatan studi kasus, pendekatan ini bertujuan untuk mempelajari penerapan norma-norma atau kaidah hukum yang

³⁴ Peter Mahmud Marzuki, *Ibid*, h. 126

³⁵ Johny Ibrahim, *Ibid*, h. 318-319

³⁶ Peter Mahmud Marzuki, *Ibid*, h. 93

dilakukan dalam praktik hukum. Pendekatan jenis ini biasanya digunakan mengenai kasus-kasus yang mendapat putusan, dalam hal ini penulis akan melakukan kajian terhadap putusan-putusan hakim Mahkamah Agung terkait dengan kewarisan antar iman dengan menerapkan *wasiat wajibah*.

4. Tehnik Pengumpulan dan Analisis Data.

a) Tehnik Pengumpulan Data

Penelitian ini adalah penelitian hukum normatif-empiris. Untuk itulah data yang diperlukan adalah data sekunder dan data primer. Pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan dengan menggunakan beberapa teknik pengumpulan data yaitu:

- 1) Penelusuran kepustakaan berupa penelusuran literatur dan dokumen yang relevan dengan penelitian ini.
- 2) Penelusuran lapangan berupa wawancara terhadap beberapa tokoh yang berkompeten terkait dengan putusan hakim mengenai kewarisan antar iman.
- 3) Pengolahan data merupakan suatu hal yang sangat penting dalam suatu penelitian untuk memberikan jawaban terhadap permasalahan yang diteliti. Data yang telah dikumpulkan dengan studi kepustakaan tersebut selanjutnya dianalisis dengan menggunakan metode kualitatif yang didukung oleh logika berfikir secara deduktif, sebagai jawaban atas segala permasalahan hukum yang ada dalam penulisan disertasi ini.

b) Analisis Data

Bahan-bahan hukum dan bahan non hukum yang diperoleh dari penelitian dikumpulkan, dioleh dan dilakukan analisis secara kualitatif untuk diambil kesimpulan dengan menggunakan cara berfikir induktif dan deduktif. Metode induktif digunakan untuk menganalisis pengetahuan atau pendapat yang bersifat khusus atau fakta-fakta yang bersifat individual yang kemudian diambil kesimpulan secara umum. Adapun metode deduktif

digunakan untuk menelaah norma-norma hukum yang terkandung dalam teks-teks hukum yang bersifat umum untuk diterapkan dalam kasus konkret yang bersifat khusus.

I. Sistematika Penulisan.

Disertasi ini disusun menjadi 6 (enam) Bab dengan uraian sebagai berikut:

Bab I merupakan pendahuluan, berisi: Latar Belakang Masalah, Identifikasi dan Pembatasan Masalah, Perumusan Masalah, Tujuan dan Kegunaan Penelitian, Kajian Terdahulu, Kerangka Teoritis, Kerangka Pikir, Metode Penelitian, dan Sistematika penulisan.

Bab II membahas Landasan Teori, berupa deskripsi waris dan wasiat wajibah yang terdiri dari: Hukum Kewarisan di Indonesia dalam Perspektif Hukum Islam, Hukum Adat dan Hukum Perdata (KUHPer) Serta Perkembangan Hukumnya, Wasiat Wajibah Meliputi Pengertian, Konsep, dan Wacananya, Kewenangan Hakim dalam Memutus Perkara mencakup Pengertian, Metodologi Nalar Hakim dalam Memutus Perkara, Hakim dan Ijtihad Hukum.

Bab III membahas tentang Problema wasiat wajibah di Indonesia dan solusinya. Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris NonMuslim, yang terdiri dari: Pembaruan Hukum Ahli Waris Pengganti dalam Islam, Pembaruan Hukum Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam, Diskresi Hakim dalam Pembaruan Hukum di Mahkamah Agung.

Bab IV membahas tentang Putusan-Putusan Mahkamah Agung Tentang Pemberian Hak Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Nonmuslim, terdiri dari: beberapa Putusan Mahkamah Agung tentang pemberian hak wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim, Pertimbangan Hukum tentang pemberian hak wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim, Analisa terhadap Diskresi Putusan-putusan Mahkamah Agung tentang pemberian hak wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim.

Bab V Analisis Data yaitu seluruh data yang telah didapat dianalisa secara komprehensif guna menjawab rumusan masalah yang telah dirumuskan pada bab I.

Bab VI Penutup, terdiri dari kesimpulan dan saran.

BAB II

DESKRIPSI HUKUM KEWARISAN DAN WASIAT WAJIBAH

A. Hukum Kewarisan Di Indonesia

Hukum waris merupakan salah satu bagian dari hukum perdata secara keseluruhan dan merupakan bagian terkecil dari hukum keluarga. Hukum waris sangat erat kaitannya dengan ruang lingkup kehidupan manusia. Sebab semua manusia akan mengalami peristiwa hukum yang dinamakan kematian. Akibat hukum yang selanjutnya timbul, dengan terjadinya peristiwa hukum seseorang di antaranya ialah masalah bagaimana pengurusan dan kelanjutan hak-hak dan kewajiban-kewajiban seseorang yang meninggal dunia tersebut.³⁷ Sebagai bagian dari hukum keluarga, hukum kewarisan memegang peranan sangat penting, bahkan menentukan dan mencerminkan sistem dan bentuk hukum yang berlaku dalam masyarakat.³⁸

Saat ini pengaturan hukum waris di Indonesia masih bersifat dualism dan pluralism. Secara historis, hal demikian tidak terlepas dari sejarah hukum berlakunya hukum perdata di Indonesia. Sebelum Indonesia merdeka, sebagai akibat penjajahan kolonial Belanda, politik hukum pemerintah Belanda pada waktu itu yang dituangkan dalam Pasal 131 dan 163 *Indische Staatregeling* (IS), terdapat penggolongan hukum dan Penggolongan penduduk.

³⁷ Eman Suparman. *Hukum Waris Indonesia*. (Bandung. Refika Aditama. 2007), h. 27

³⁸ M. Idris Ramulyo. *Hukum Kewarisan Islam*. (Jakarta. IND-HILL, 1984, CO), h. 1

Mengacu pada ketentuan tersebut berlakulah Hukum Perdata Eropa (*Burgerlijk Wetboek*) yang diberlakukan di Indonesia berdasarkan *Staatblad* No. 23/1847 Bagi Golongan Eropa, Hukum Adat bagi Golongan Bumiputra (Penduduk Indonesia Asli) dan Hukum Adat masing-masing bagi Golongan Timur Asing. Dalam perjalannya *Burgerlijk Wetboek* (KUHPerdata) diberlakukan bagi Golongan Timur Asing dan diberikan kemungkinan golongan Bumiputra untuk melakukan penundukan diri secara sukarela (*gelijkstelling*) terhadap *Burgerlijk Wetboek* (KUHPerdata) dan Hukum Adat. Di dalamnya termasuk hukum kewarisannya. Selanjutnya dalam perkembangan agama Islam, di daerah tertentu berlakulah hukum Islam, khususnya yang digunakan dalam pembagian waris. Dengan demikian ada pluralism sistem hukum waris yang berlaku: Sistem Hukum Waris Barat, Sistem Hukum Waris Adat dan Sistem Hukum Waris Islam.³⁹

Hukum waris yang terdapat dalam KUHPerdata, diatur dalam Buku I Bab XII sampai dengan Bab XVIII dari Pasal 830 sampai dengan Pasal 1130, hukum waris yang terdapat dalam hukum Adat, yaitu dalam bagian hukum waris adat sedangkan hukum waris yang terdapat dalam hukum waris Islam, yaitu ketentuan waris dalam fikih Islam yang disebut mawaris atau ilmu *faraidh* atau Kompilasi Hukum Islam.⁴⁰

Berikut akan penulis uraikan masing-masing dari ketiga sistem hukum waris tersebut:

1. Hukum Kewarisan Perspektif Hukum Islam
 - a. Pengertian Kewarisan Islam

Kewarisan Islam mengatur peralihan harta dari seseorang yang telah meninggal kepada yang masih hidup. Tentang peralihan

³⁹ Komari. 2011. Laporan Akhir Komentarium Bidang Hukum Waris. Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia

⁴⁰ Memang untuk saat ini, untuk sementara waktu dasar materiil bidang kewarisan masih merujuk Kompilasi Hukum Islam buku III tentang Kewarisan. Akan tetapi, selain status Kompilasi Hukum Islam yang hanya merupakan instruksi Presiden masih menjadi persoalan dalam kerangka hieararki perundang-undangan di Indonesia, juga substansi hukum kewarisan yang ada dalam kompilasi masih banyak yang perlu dilakukan perbaikan dan pengembangan seiring dengan berbagai temuan dan perkembangan baru dalam praktik di pengadilan pada khususnya dan masyarakat pada umumnya yang meniscayakan adanya adaptasi di sana - sini, lihat Muchit A Karim (ed). *Problematika Hukum Kewarisan Islam Kontemporer di Indonesia*, (Jakarta. Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI), h. 5

harta tersebut terdapat beberapa nama yang digunakan untuk menyebut perihal tersebut, dalam literatur hukum Islam misalnya, ditemui istilah *fara'id*, *fiqh al-mawarits*, dan *hukm alwarits*.⁴¹ Sedangkan dalam literatur hukum di Indonesia, ditemukan beberapa kata yang digunakan untuk menyebut peralihan harta tersebut dengan nama-nama yang merupakan serapan dari bahasa Arab, seperti waris, warisan, pusaka, dan hukum Kewarisan.

Pewarisan (*al-irats*) menurut bahasa adalah seseorang masih hidup setelah yang lain mati, di mana orang yang masih hidup itu mengambil apa yang ditinggalkan oleh orang yang mati. Sedangkan menurut fikih *al-irats* adalah apa yang ditinggalkan oleh orang mati berupa harta atau hak-hak yang karena kematiannya itu menjadi hak ahli warisnya secara *syar'i*.⁴² Ilmu *Miraats* adalah kaidah-kaidah fiqih dan perhitungan yang dengannya diketahui bagian setiap ahli waris akan peninggalan mayit.⁴³ Ilmu *mirats* disebut juga ilmu *faraid*, artinya masalah-masalah pembagian warisan. Kata *faraid*, merupakan bentuk jamak dari kata *faridah*, yang berasal dari kata *farada* yang artinya adalah ketentuan. Dengan demikian kata *faraid* atau *faridah* artinya adalah ketentuan-ketentuan tentang siapa yang termasuk ahli waris yang berhak mendapatkan warisa, ahli waris yang tidak berhak mendapatkannya, dan berapa bagian masing-masing.⁴⁴

Pada masa jahiliyah sebelum Islam, bangsa Arab menetapkan bahwa warisan hanya diterima oleh kaum laki-laki, sementara kaum wanita tidak berhak mendapatkannya, dan itu pun bagi kaum laki-laki yang sudah besar, sementara laki-laki yang masih kecil tidak berhak mendapatkannya. Saat itu ada ketentuan pewarisan melalui sumpah.⁴⁵ Namun demikian Allah SWT menghapus semua ketentuan itu dan menurunkan QS. An-Nisa' [4]: 11.

⁴¹ Amir Syarifudin, *Hukum Kewarisan Islam*, (Jakarta: Penerbit Kencana, 2004), h. 5.

⁴² Wahbah az-Zuhaili. *Fiqh Islam wa Adilatuhu*, *Ibid*, h. 340

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ A. Khisni, *Hukum Waris Islam*, (Semarang. Unissula Press, 2017), h. 1

⁴⁵ Sayyid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, *Ibid*, h. 602-603

b. Dasar Hukum Kewarisan Islam

Dasar hukum yang dijadikan sumber-sumber dalam penentuan hukum kewarisan Islam terdapat dalam Al-Qur'an dan Sunah serta ijma para ulama yang secara langsung mengatur kewarisan tersebut. Dalam Al-Qur'an, ayat-ayat yang mengatur masalah kewarisan Islam tersebut di antaranya:

1) Surah an-Nisa' ayat 7:

لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ
الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا

Artinya: "Bagi orang laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu-bapa dan kerabatnya, dan bagi orang wanita ada hak bagian (pula) dari harta peninggalan ibu-bapa dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan".

2) Al-Qur'an Surah an-Nisa' ayat 11:

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ۖ فَإِن كُنَّ نِسَاءً
فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۖ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ
وَلِأَبْوَابِهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ
يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ
السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ۚ أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا
تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۚ فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا
يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ

1

Artinya: Allah mensyari'atkan bagimu tentang (pembagian pusaka untuk) anak-anakmu. Yaitu: bahagian seorang anak lelaki sama dengan bagahian dua orang anak perempuan; dan jika anak itu semuanya perempuan lebih dari dua, Maka bagi mereka dua pertiga dari harta yang ditinggalkan; jika anak perempuan itu seorang saja, Maka ia memperoleh separo harta. dan untuk dua orang ibu-bapa, bagi masing-masingnya seperenam dari harta yang ditinggalkan, jika yang meninggal itu mempunyai anak; jika orang yang meninggal tidak mempunyai anak dan ia diwarisi oleh ibu-bapanya (saja), Maka ibunya mendapat sepertiga; jika yang meninggal itu mempunyai beberapa saudara, Maka ibunya mendapat seperenam. (Pembagian-pembagian tersebut di atas) sesudah dipenuhi wasiat yang ia buat atau (dan) sesudah dibayar hutangnya. (Tentang) orang tuamu dan anak-anakmu, kamu tidak mengetahui siapa di antara mereka yang lebih dekat (banyak) manfaatnya bagimu. ini adalah ketetapan dari Allah. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Bijaksana”.

3) Al-Qur'an Surah An-nisa' ayat 12

وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ
الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا
تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ
وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَهُ أَخٌ
أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي
الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۗ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ
عَلِيمٌ حَلِيمٌ

Artinya: Dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh isteri-isterimu, jika mereka tidak mempunyai anak. jika isteri-isterimu itu mempunyai anak, Maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) seduah dibayar hutangnya. Para isteri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan jika kamu tidak mempunyai anak. jika kamu mempunyai anak, Maka Para isteri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat atau (dan) sesudah dibayar hutang-hutangmu. jika seseorang mati, baik laki-laki maupun perempuan yang tidak meninggalkan ayah dan tidak meninggalkan anak, tetapi mempunyai seorang saudara laki-laki (seibu saja) atau seorang saudara perempuan (seibu saja), Maka bagi masing-masing dari kedua jenis saudara itu seperenam harta. tetapi jika saudara-saudara seibu itu lebih dari seorang, Maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu, sesudah dipenuhi wasiat yang dibuat olehnya atau sesudah dibayar hutangnya dengan tidak memberi mudharat (kepada ahli waris)[274]. (Allah menetapkan yang demikian itu sebagai) syari'at yang benar-benar dari Allah, dan Allah Maha mengetahui lagi Maha Penyantun.

Selain ayat-ayat tersebut di atas, masih terdapat ayat-ayat lain seperti ayat yang membahas tentang tanggung jawab orang tua dan anak yang tercantum

1) Al-Qur'an Surat annisa' ayat 176:

يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَالدُّ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَالدُّ فَإِنْ كَانَتَا أَنْثَىٰ فَلَهُمَا التُّلُثُ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَىٰ لِلَّهِ حُكْمٌ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ

*Artinya: Mereka meminta fatwa kepadamu (tentang kalalah) [387].
Katakanlah: "Allah memberi fatwa kepadamu tentang kalalah (yaitu): jika seorang meninggal dunia, dan ia tidak mempunyai anak dan mempunyai saudara perempuan, Maka bagi saudaranya yang perempuan itu seperdua dari harta yang ditinggalkannya, dan saudaranya yang laki-laki mempusakai (seluruh harta saudara perempuan), jika ia tidak mempunyai anak; tetapi jika saudara perempuan itu dua orang, Maka bagi keduanya dua pertiga dari harta yang ditinggalkan oleh yang meninggal. dan jika mereka (ahli waris itu terdiri dari) saudara-saudara laki dan perempuan, Maka bahagian seorang saudara laki-laki sebanyak bahagian dua orang saudara perempuan. Allah menerangkan (hukum ini) kepadamu, supaya kamu tidak sesat. dan Allah Maha mengetahui segala sesuatu.*

2) Al-Qur'an surah al-Baqarah ayat 233:

وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ
وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ
لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بَوْلِدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ
أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۚ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ
تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُم بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَاتَّقُوا
اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya: Para ibu hendaklah menyusukan anak-anaknya selama dua tahun penuh, Yaitu bagi yang ingin menyempurnakan penyusuan. dan kewajiban ayah memberi Makan dan pakaian kepada Para ibu dengan cara ma'ruf. Seseorang tidak dibebani melainkan menurut kadar kesanggupannya. Janganlah seorang ibu menderita kesengsaraan karena anaknya dan seorang ayah karena anaknya, dan warispun berkewajiban demikian. Apabila keduanya ingin menyapih (sebelum dua tahun) dengan kerelaan keduanya dan permusyawaratan, Maka tidak ada dosa atas keduanya. Dan jika kamu ingin anakmu disusukan oleh orang lain, Maka tidak ada dosa bagimu apabila kamu memberikan pembayaran menurut yang patut. Bertakwalah kamu kepada Allah dan ketahuilah bahwa Allah Maha melihat apa yang kamu kerjakan.

3) Al-Qur'an surah an-Nisa' ayat 33:

وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِي مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبُونَ^ق وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبُهُمْ^ق إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا

Artinya: Bagi tiap-tiap harta peninggalan dari harta yang ditinggalkan ibu bapak dan karib kerabat, Kami jadikan pewaris-pewarisnya [288]. Dan (jika ada) orang-orang yang kamu telah bersumpah setia dengan mereka, Maka berilah kepada mereka bahagiannya. Sesungguhnya Allah menyaksikan segala sesuatu.

4) Al-Qur'an surah al-Anfal ayat 75:

وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدُ وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَٰئِكَ مِنْكُمْ وَأُولَٰئِكَ الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ^ق إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ

Artinya: *Dan orang-orang yang beriman sesudah itu kemudian berhijrah serta berjihad bersamamu Maka orang-orang itu Termasuk golonganmu (juga). Orang-orang yang mempunyai hubungan Kerabat itu sebagiannya lebih berhak terhadap sesamanya (daripada yang bukan kerabat) di dalam kitab Allah. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui segala sesuatu.*

5) Al-Qur'an Surah al-Ahzab ayat 6:

النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا

Artinya: *Nabi itu (hendaknya) lebih utama bagi orang-orang mukmin dari diri mereka sendiri [1200] dan isteri-isterinya adalah ibu-ibu mereka. Dan orang-orang yang mempunyai hubungan darah satu sama lain lebih berhak (waris-mewarisi) di dalam kitab Allah daripada orang-orang mukmin dan orang-orang Muhajirin, kecuali kalau kamu berbuat baik kepada saudara-saudaramu (seagama). Adalah yang demikian itu telah tertulis di dalam kitab (Allah).*

Sedangkan dalam Sunah, yang menjadi ketentuan pembagian harta warisan di antaranya:

Artinya: *“Telah menceritakan kepada kami Musa bin ‘Ismail, telah menceritakan kepada kami dari Wuhayb, telah menceritakan kepada kami Ibnu Tawus, dari ayahnya dari Ibnu ‘Abbas ra. Nabi saw bersabda: “Berikanlah harta warisan kepada orang-orang yang berhak. Sesudah itu, maka bagian yang tersisa bagi pewaris lelaki yang paling dekat (nasabnya). (H.R. Bukhari)”*

Artinya: *Telah menceritakan kepada kami Ishaq bin Ibrahim dan Muhammad ibnu Rafi' dan 'Abd ibnu Humaid, dan ini adalah lafadz Ibnu Rafi'. Ishaq berkata: telah menceritakan kepada kami, sedangkan yang dua mengatakan; telah mengabarkan kepada kami 'Abd ar-Razaq telah mengabarkan kepada kami Ma'mur dari Ibnu Tawus dari ayahnya dari Ibnu 'Abbas, dia berkata: Rasulullah SAW bersabda: Bagikanlah harta warisan di antara ahli waris menurut Kitabullah, sedangkan sisa dari harta warisan untuk keluarga laki-laki yang terdekat.* (HR. Muslim)

Dalam ijma dan ijtihad para sahabat, imam-imam mazhab dan para mujtahid kenamaan mempunyai peranan dalam pemecahan masalah pembagian harta waris yang belum dijelaskan oleh nas-nas yang jelas, seperti pembagian *muqassamah* dalam masalah *al-jaddu wa al-ikhwah*, pembagian bagi cucu yang ayahnya lebih dahulu meninggal dalam masalah *wasiat wajibah*, dan lain sebagainya.

Selain itu, untuk hukum kewarisan Islam yang berlaku dalam konteks hukum positif di Indonesia sudah diatur dalam bentuk Intruksi Presiden No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, buku II tentang hukum kewarisan.¹⁴ Dengan dikeluarkannya Intruksi Presiden tersebut, Kompilasi Hukum Islam telah mendapat pengesahan untuk dipergunakan sebagai pedoman bagi masyarakat Islam terutama bagi para hakim pada lingkungan Peradilan Agama dan instansi lain dalam melaksanakan tugasnya sehari-hari. Buku II Kompilasi Hukum Islam tentang hukum kewarisan ini telah mempunyai landasan hukum dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang hukum kewarisan bagi orang yang beragama Islam.⁴⁶

c. Sebab Kewarisan

Sebab-sebab mewarisi secara garis besar ada 2, yaitu sebab nasab dan pernikahan. Menurut Sayyid Sabiq yang dimaksud nasab yaitu nasab *hakiki*, didasarkan pada firman Allah SWT (Al-Anfal [8]:

⁴⁶ Amien Husein Nasution, *Hukum Kewarisan. Suatu Analisis Komparatif Pemikiran Mujtahid dan Kompilasi Hukum Islam*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2002), 34.

75) dan nasab *hukmi*, berdasarkan sabda Nabi Saw., “Perwalian lantaran kemerdekaan adalah kekerabatan seperti kekerabatan nasab”.⁴⁷ Yang dimaksud dengan nasab *hakiki* ialah kekerabatan hakiki, yaitu setiap hubungan yang penyebabnya adalah kelahiran. Ini mencakup cabang-cabang (keturunan) si mayit dan asal-usulnya juga anak keturunan dari asal-usul mayit, baik warisan itu dengan bagian saja seperti ibu atau dengan bagian dan *ashabah* seperti ayah, atau dengan *ashabah* saja seperti saudara laki-laki, atau karena rahim seperti *dzawil arham* seperti paman dari ibu. Warisan karena nasab mencakup hal-hal sebagai berikut: 1) anak-anak dan anak-anak mereka, baik laki-laki maupun perempuan, 2) ayah dan ayah-ayah mereka juga ibu. Artinya, ibu dan ibunya dan ibu dari ayah, 3) saudara laki-laki dan saudara perempuan, 4) paman-paman dan anak-anak mereka yang laki-laki saja.⁴⁸ Sedangkan nasab atau kekerabatan secara *hukmi* adalah kekerabatan secara hukum yang dibentuk oleh syari’ karena memerdekakan budak. *Wala’ al-Itqi* (memerdekakan budak) adalah *ashabah sababiyah* atau hubungan antara tuan dan orang-orang dimemerdekakannya. *Wala’* bisa menjadikan tuan atau *ashabah* dari tuan yang mempunyai hak mewarisi harta orang yang dimemerdekakannya, jika dia mati sementara tidak ada kerabat yang mewarisinya.⁴⁹

Adapun hubungan suami istri atau nikah yang sah, yang dimaksudkan adalah akad yang sah, baik disertai menggauli istri atau tidak. Hubungan ini mencakup suami istri.⁵⁰

d. Rukun Kewarisan Islam

Warisan mempunyai 3 rukun yaitu orang yang mewariskan, orang yang mewarisi dan harta yang diwarisi.

- 1) Ahli waris. Yaitu orang yang berafiliasi kepada mayit dengan suatu sebab di antara sebab-sebab yang menjadikannya berhak mendapatkan warisan.

⁴⁷ Sayyid Sabiq, *Ibid*, h. 606

⁴⁸ Wahbah Az-Zuhaily, *Ibid*, h. 347.

⁴⁹ Wahbah Az-Zuhaily, *Ibid*, h. 348

⁵⁰ Wahbah Az-Zuhaily, *Ibid*, h. 347

- 2) Pihak yang mewariskan. Yaitu mayit atau ketetapan hukum, seperti orang hilang yang ditetapkan secara hukum dia telah mati.
- 3) Sesuatu yang diwariskan, atau yang disebut dengan peninggalan dan warisan, yaitu berupa harta atau hak yang dialihkan dari pihak yang mewariskan kepada ahli waris.⁵¹

Ketiga rukun tersebut di atas harus terpenuhi, jika salah satu dari rukun-rukun ini tidak ada maka tidak ada pewarisan. Sebab, warisan adalah ungkapan dari perolehan hak seseorang terhadap harta orang lain karena bagian, *ashabah*, atau rahim. Jika salah satu dari hal itu tidak ada maka tidak ada warisan.⁵²

e. Syarat Kewarisan Islam

Untuk ditetapkan sebagai warisan ditetapkan tiga syarat:

- 1) Kematian orang yang mewariskan dengan kematian yang pasti atau berdasarkan penetapan hukum. Contohnya hakim menetapkan kematian orang yang dinyatakan hilang. Ketetapan hukum ini menjadikannya seperti orang yang dinyatakan hilang. Ketetapan Pengadilan ini menjadikannya seperti orang yang benar-benar sudah mati atau kematiannya berdasarkan prediksi. Misalnya seseorang melakukan tindak pemukulan terhadap seorang wanita hamil hingga akibatnya janinnya gugur dalam keadaan mati. Dalam perkara ini diprediksi bahwa janin yang gugur tersebut sempat hidup sebelum gugur meskipun belum benar-benar terwujud setelah itu.
- 2) Eksistensi atau adanya ahli waris setelah kematian pemberi warisan meskipun ditetapkan secara hukum. Seperti janin yang dikandung, dia dinyatakan hidup dalam pandangan hukum (bukan hakikatnya) tidak lain karena dimungkinkan bahwa nyawanya masih belum ditiupkan ke dalam dirinya. Jika kehidupan ahli waris belum diketahui setelah kematian pemberi warisan, seperti orang yang tenggelam, terbakar dan tertimpa reruntuhan, maka tidak ada saling mewarisi di antara mereka jika mereka termasuk orang-orang yang saling mewarisi, dan

⁵¹ Sayyid Sabiq, *Ibid*, h. 606

⁵² Wahbah Az-Zuhaily, *Ibid*, h. 346

harta masing-masing dari mereka dibagikan kepada ahli warisnya yang hidup.

- 3) Terhindar dari faktor-faktor yang menghalangi pewarisan.⁵³ Adapun penghalang pewarisan menurut para ulama fiqih ada tiga yaitu (1) budak, (2) membunuh, (3) perbedaan agama.⁵⁴ Selain itu ada penyebab lain yang masih diperdebatkan, antara lain perbedaan negara,⁵⁵ ketidaktahuan tanggal kematian orang-orang yang mati, seperti orang-orang yang tenggelam, orang yang terbakar, orang yang keruntuhan, orang-orang yang terbunuh dalam waktu yang sama⁵⁶ dan ketidaktahuan orang yang mewarisi.⁵⁷

Sedangkan ulama *Malikiyah* menyebutkan sepuluh penghalang warisan, yaitu: 1). Perbedaan agama, 2) Budak, 3) Pembunuhan sengaja, 4) *Al-Li'an*, 5) Zina, 6) Ragu-ragu mengenai kematian muwarits, seperti orang yang ditahan dan orang yang hilang, 7) Janin dalam kandungan, 8) Ragu-ragu mengenai hidupnya anak yang baru lahir, 9) Ragu-ragu mengenai matinya muwarits atau ahli waris, seperti dua orang yang meninggal di bawah reruntuhan atau tenggelam, 10) Ragu-ragu mengenai kelelakian atau kewanitaan (banci).⁵⁸

f. Aspek Teologis Hukum Waris Islam

Sebelum lebih lanjut membahas tentang aspek teologis hukum waris Islam maka akan penulis kemukakan tentang pengertian dari kata “teologis”.

Teologi berasal dari kata Yunani, yakni “logy” dan “theos”. Dalam bahasa Indonesia menjadi teologi. “Logy” atau “logos” berarti “percakapan”, “pengkajian” dan “penelitian”. Sedangkan “theos”

⁵³ Sayyid Sabiq, *Ibid*, h. 607

⁵⁴ Wahbah Az-Zuhaily, *Ibid*, h. 351

⁵⁵ Hanafiyah menyebutkan empat penghalang warisan yang populer yakni budak, membunuh, perbedaan agama dan perbedaan Negara. Al-Qudari dalam al-Kitaab mengatakan ada empat orang yang tidak bias mewarisi, yakni budak belian, orang yang membunuh terhadap orang yang dibunuh, orang murtad, orang yang berbeda agama demikian juga orang yang berbeda Negara. Lihat Wahbah az-Zuhaily, *Ibid*, h. 351

⁵⁶ Wahbah Az-Zuhaily, *Ibid*, h. 351

⁵⁷ *Ibid*.

⁵⁸ Wahbah az-Zuhaily, *Ibid*, h. 352-353

berarti “Tuhan” atau sesuatu yang berkenaan dengan Tuhan. Jadi, Teologi dalam bahasa Yunani adalah penelitian secara rasional segala sesuatu yang berkenaan dengan ke-Tuhanan.

Dengan kata lain, teologi merupakan salah satu cabang filsafat yang mempelajari pengetahuan tentang hakekat Tuhan serta keberadaan-Nya.

Pada hakekatnya, Ilmu Teologi membahas berbagai masalah ketuhanan dengan menggunakan logika dan filsafat. Akan tetapi secara teoritis khusus untuk aliran salaf tidak dapat dikelompokkan pada aliran Ilmu Kalam sebab ia dalam masalah-masalah ketuhanan tidak menggunakan argumentasi filsafat dan logika. Dan ia hanya cukup dikategorikan pada aliran Ilmu Tauhid atau Ilmu Ushuluddin.

Dalam sejarah Islam, pergulatan pemikiran dalam disiplin ilmu kalam atau teologi demikian polemis. Perdebatan di bidang ini menyentuh bidang yang paling prinsip yakni soal keberimanan seseorang terhadap Tuhan dan segala aspek yang berkaitan dengan hal tersebut. Pada perkembangannya, di dalam teologi Islam dijumpai berbagai aliran kalam atau teologi, seperti Mu'tazilah, Asy'ariyah, Khawarij, Murji'ah dan Syi'ah.⁵⁹

Para filosof Islam terdahulu menjadikan Tuhan, alam dan manusia (*Theo, cosmos* dan *antrophos*) sebagai alat untuk menganalisa dirinya sendiri yang tidak dimiliki oleh makhluk lainnya. Sebab dengan metode ini para ahli teologi tidak hanya membicarakan bagaimana sesungguhnya manusia berbicara tentang Tuhan. Teologi juga berbicara lebih jauh tentang bentuk-bentuk ekspresi yang lebih baik dan ekspresi yang lebih buruk serta mencari defenisi yang berimbang mengenai pembicaraan khusus tentang Tuhan. Sementara itu, Jan Hendrik Rapar mengungkapkan bahwa teologi merupakan salah satu cabang filsafat yang mempelajari dan mencari tahu tentang hakekat, makna dan eksistensi Tuhannya dalam kehidupan keseharian, oleh sebab itu pembicaraan tentang Tuhan menjadi tetap aktual setiap waktu yang tidak pernah lesu.

Dari pemikiran tersebut, dapat diketahui bahwa pendekatan teologi dalam pemahaman keagamaan adalah pendekatan yang

⁵⁹ Lihat Harun Nasution, *Teologi Islam (Ilmu Kalam)*, (Jakarta: UI Press, 1978, cet.1), h.32.

menekankan pada bentuk forma atau simbol-simbol keagamaan yang masing-masing mengklaim dirinya sebagai yang paling benar, sementara yang lainnya salah.

Dengan demikian, antara satu aliran dengan aliran lainnya tidak terbuka dialog atau saling menghargai; yang ada hanyalah eksklusifisme, sehingga yang terjadi adalah pemisahan dan pengkotak-kotakan.

Atas dasar pemaparan di atas, maka pendekatan teologis dalam memahami agama merupakan upaya memahami agama dengan menggunakan kerangka Ilmu Ketuhanan yang bertolak dari suatu keyakinan bahwa wujud empirik dari suatu keagamaan dianggap sebagai yang paling benar dibandingkan dengan yang lainnya. Amin Abdullah mengatakan, bahwa teologi, pasti mengacu kepada agama tertentu. Loyalitas terhadap kelompok sendiri, komitmen, dan dedikasi yang tinggi serta penggunaan bahasa yang subjektif, yakni bahasa sebagai pelaku, bukan sebagai pengamat merupakan ciri yang melekat pada bentuk pemikiran teologis.⁶⁰

Menurut Frank Whaling, bahwa telah muncul suatu pandangan baru tentang teologi dalam pandangan dunia (*world view*) global kontemporer saat dan berusaha mengonseptualisasikan kategori-kategori teologis universal guna memenuhi kebutuhan dunia. Ada tiga hal yang ditekankan oleh pandangan ini; Pertama, teologi senantiasa berkaitan dengan Tuhan atau transendensi, dilihat secara mitologis, filosofis, atau dogmatis. Kedua, doktrin tetap menjadi elemen signifikan dalam memaknai teologi. Ketiga, teologi sesungguhnya adalah aktivitas (*second order activity*) yang muncul dari keimanan dan penafsiran atas keimanan.⁶¹

Berangkat dari konsep teologi yang penulis paparkan di dalam wacana di atas maka “aspek teologis” yang dimaksud di dalam sub bab ini yaitu cara pandang atau pendekatan yang mengikatkan diri pada nilai-nilai Ketuhanan.

Terlepas dari kelebihan dan kekurangannya cara pandang (aspek) teologis ini lebih kokoh memegang teks-teks agama.

⁶⁰ Eric J. Sharpe, *Comparative Religion of History*, (London : Duckworth, 1986), h.313.

⁶¹ Lihat Peter Connolly (ed.), *Aneka Pendekatan Studi Agama*, *Ibid*, h.319

Hukum dalam berbagai bentuknya termasuk hukum Islam (fiqih) di samping memiliki aspek sosiologis, tak dapat dipungkiri bahwa Hukum Islam juga memiliki dimensi *teologis* dan inilah yang membedakan Hukum Islam (fiqih) dengan hukum dalam terminologi ilmu hukum modern.

Akan tetapi penempatan cara pandang yang keliru terhadap dimensi teologis yang dikandungnya dapat mengakibatkan anggapan bahwa fikih merupakan aturan yang sakral, bahkan dalam keadaan tertentu muncul rasa takut untuk melakukan evaluasi terhadap aturan-aturan fikih yang ada, karena secara psikologis sudah terbebani oleh nilai-nilai kesakralan tersebut, untuk itu perlu kajian yang mampu mengantarkan pada cara pandang yang benar mengenai aspek teologis dalam fikih.

Hukum Islam dalam perjalanan sejarahnya yang awal merupakan suatu kekuatan yang dinamis dan kreatif. Hal ini dapat dilihat dari munculnya sejumlah mazhab hukum yang memiliki corak sendiri-sendiri sesuai dengan latar belakang sosiokultural dan politik di mana mazhab hukum itu tumbuh dan berkembang.

Perkembangan yang dinamis dan kreatif ini setidaknya didorong oleh empat faktor utama: *pertama*, dorongan keagamaan, karena Islam merupakan sumber norma dan nilai normatif yang mengatur seluruh aspek kehidupan umat Islam, maka kebutuhan untuk membumikan norma dan nilai tersebut atau pun mengintegrasikan kehidupan umat Islam ke dalamnya selalu muncul ke permukaan. *Kedua*, dengan meluasnya domain politik Islam pada masa khalifah Umar terjadi pergeseran-pergeseran sosial yang pada gilirannya menimbulkan sejumlah besar problem baru sehubungan dengan hukum Islam. Faktor *Ketiga*, independensi para spesialis hukum Islam dari kekuasaan politik. Kemandirian ini telah menyebabkan kemampuan mengembangkan pemikiran hukum tanpa mendapat rintangan, selaras dengan pemahaman masing-masing. Faktor *keempat*, fleksibilitas hukum Islam yang memampukannya untuk berkembang mengatasi ruang dan waktu.⁶²

⁶² Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia* (Yogyakarta: Gama Media, 2001), h. 23.

Kedudukan hukum Islam sangat penting dan menentukan pandangan hidup serta tingkah laku Muslim, tidak terkecuali bagi pemeluk Islam di Indonesia. Di sinilah, kata hukum Islam merupakan terjemahan atau penjabaran dari syariah dan fikih secara umum. Jika sepanjang sejarah, kata hukum Islam (Islamic Law) diasosiasikan sebagai fikih, maka dalam perkembangan produk pemikiran hukum Islam di Indonesia, tidak lagi didominasi oleh fikih. Setidaknya masih ada tiga jenis produk lainnya: fatwa, keputusan pengadilan, dan undang-undang. Diskursus tentang hukum Islam tidak lepas dari cara pandang terhadap bagaimana hukum Islam itu dipahami. Sebab, ada sejumlah faktor yang dapat memengaruhi dan menentukan hasil dari pemahaman umat Islam atas syariat.

Persoalan sosiologis, budaya, dan intelektual menjadi bagian yang ikut menentukan bentuk-bentuk dan substansi penafsiran. Kecenderungan intelektual yang berbeda dalam usaha memahami hukum Islam tertentu mungkin mendasari perbedaan penafsiran terhadap suatu doktrin tertentu. Dengan demikian, ketika menerima prinsip umum tentang hukum Islam, umat Islam tidak hanya mengikuti interpretasi yang tunggal.⁶³ Oleh karena itu, pada dasarnya polemik ini kembali menyangkut masalah penafsiran terhadap hukum Islam. Perbedaan sejumlah aliran dalam hukum Islam atau berbagai aliran teologi dan filsafat menunjukkan bahwa ajaran Islam adalah multitafsir. Atas dasar sifat majemuk penafsiran dari Islam, telah berfungsi sebagai basis dari fleksibilitas Islam dalam sejarah sekaligus memperkuat pluralisme dalam tradisi Islam.

Di atas telah diungkapkan bahwa ciri khas hukum Islam adalah aspek teologis yang menghiasinya. Aspek teologis ini akan memberikan dua gaya tarik yang berlawanan, yang pengaruhnya sangat terasa pada “area” pembaruan hukum. Termasuk di dalamnya aspek teologis terhadap hukum waris. Jika disimak ayat-ayat yang berbicara masalah warisan, maka nuansa teologis hukum waris itu akan sangat terasa, salah satu contoh dapat kita lihat pada ayat 13, surah an-Nisa’:

تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ ۚ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا
الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا ۚ وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ

⁶³ Bahtiar Effendy, *Masyarakat Agama dan Pluralisme Keagamaan; Perbincangan*

Artinya: Itu adalah ketentuan-ketentuan dari Allah. Barangsiapa taat kepada Allah dan Rasul-Nya, niscaya Allah memasukkannya kedalam syurga yang mengalir di dalamnya sungai-sungai, sedang mereka kekal di dalamnya; dan Itulah kemenangan yang besar.

Ayat di atas sangat terasa nuansa teologisnya ketika menutup ayat-ayat waris pada surah an-Nisa' ayat 11 dan 12. Setelah Allah jelaskan secara rinci pembagian warisan maka Allah tutup dengan janji Allah bagi orang yang mentaati ketentuan-ketentuan Allah tersebut dengan syurga-Nya.

g. Aspek filosofi Hukum Waris Islam

Kajian hukum waris Islam jika ditinjau dari perspektif filosofis, maka tidak akan lepas dari tinjauan umum filsafat ilmu dengan tiga cabangnya, yakni Ontologi, Epistemologi dan Aksiologi. Pembahasannya akan terpusat pada hakikat hukum waris Islam dan tinjauan ontologi, epistemologi dan aksiologi hukum waris Islam.

1) Ontologi Hukum Waris Islam

Pembahasan ontologi sebagai dasar ilmu berusaha untuk menjawab apa hakikat sesuatu. Hakikat adalah kenyataan yang sebenarnya atau sesungguhnya.⁶⁴ Keberadaan hukum waris sebagai salah satu yang disyariatkan Allah sangat menarik apabila dikaji lebih dalam dalam aspek filsafat metafisik. Penelitian Zainal Arifin tentang pemikiran waris Syekh Muhammad Zainuddin Abdul Madjid, Lombok menyebutkan bahwa hakikat hukum waris Islam dalam ranah ontologi merupakan ilmu yang berkaitan dengan hukum syara' yang memiliki sifat praktis dan berkaitan dengan harta yang warisan

⁶⁴ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, (Jakarta: Pusat Bahasa, 2008), h. 515.

seorang yang meninggal.⁶⁵ Dalam kaitan ini, hukum waris dalam tinjauan ontologi atau filsafat metafisik dapat dikategorikan dalam beberapa hal sebagai berikut:

a) Harta Waris

Hukum waris juga secara jelas menunjukkan bahwa Islam adalah agama yang bersifat transparan dan akuntabel terutama dalam masalah harta. Hal ini terlihat ketika harta warisan belum boleh dibagi kecuali telah terbayarkan semua kewajiban yang berkaitan dengan jenazah. Semua hak yang menyangkut hak adami harus segera dibereskan agar keluarga mengetahui seberapa besar harta maupun hutang si pelaku. Selain itu, kejelasan bagian-bagian dalam waris Islam juga membuktikan pernyataan tersebut ahli waris.

b) Ahli Waris

Ahli waris dalam Islam tidak hanya disebabkan karena keturunan saja. Islam juga mengakomodir hubungan perkawinan, keagamaan dan bahkan hubungan pembebasan budak sebagai sebab-sebab seseorang memperoleh hak waris. Ini menunjukkan betapa luasnya cakupan sosial dalam Islam tidak hanya sebatas hubungan kekerabatan, melainkan juga hubungan pernikahan dan keagamaan. Islam juga mengenal jumlah golongan ahli waris yang cukup luas, sebab ahli waris tidak terbatas hanya pada anak-anak melainkan meluas ke istri, orangtua, dan saudara kandung. Hal ini menunjukkan bahwa nilai sosialitas Islam selalu menyebar secara luas sehingga pemanfaatan harta warisan bisa sangat luas, meskipun kemudian harta terbagi-bagi sampai jumlah yang kecil. Selain itu, bagian waris yang diperoleh ahli waris juga disesuaikan dengan besarnya tanggung jawab yang dimiliki masing-masing pewaris. Permasalahan ini sangat jelas terlihat dalam masalah ashabah. Hal ini mengajarkan bahwa Islam menjunjung

⁶⁵ Zaenal Arifin, "Pemikiran Hukum Waris Islam Maulana Syekh Muhammad Zainuddin Abdul Madjid", *Disertasi*, tidak diterbitkan (Yogyakarta: UII, 2017), h. 17.

tinggi nilai-nilai tanggung jawab yang harus diemban seseorang dengan cara memberinya hak lebih.

c) Asas-Asas Hukum Waris Islam

Asas-asas hukum waris Islam dapat digali dari sumber hukum waris Islam baik Al-Qur'an maupun Sunnah. Asas-asas dimaksud dapat diklasifikasikan sebagai berikut:

(1) *Asas Ijbari*

Asas *ijbari* dalam waris Islam tidak dimaksudkan untuk memberatkan ahli waris. Andai kata pewaris mempunyai hutang yang lebih besar daripada warisan yang ditinggalkannya, ahli waris tidak dibebani membayar semua hutang pewaris itu. Berapapun besarnya hutang pewaris, hutang itu hanya akan dibayar sebesar warisan yang ditinggalkan oleh pewaris tersebut. Kalau seluruh harta warisan sudah dibayarkan hutang, kemudian masih ada sisa utang, maka ahli waris tidak diwajibkan membayar sisa hutang tersebut. Kalaupun ahli waris hendak membayar sisa hutang, pembayaran itu bukan merupakan sesuatu kewajiban yang diletakkan oleh hukum, melainkan karena dorongan moralitas.⁶⁶ Dari beberapa ayat mengenai waris, dapat diketahui bahwa hukum waris Islam mengandung beberapa asas, yakni asas *Ijbari*, asas bilateral, asas individual dan asas keadilan berimbang. Dalam kawasan ontologis, waris merupakan salah satu perintah Allah yang di dalamnya banyak mengandung ketentuan hukum yang bersifat absolut atau *qath'i*. Tentunya ketentuan tersebut berimplikasi pada kewajiban umat Islam secara menyeluruh untuk melaksanakannya. Dalam hukum waris, asas *ijbari* berarti menuntut umat Islam secara memaksa untuk mematuhi peraturan tersebut. Terlebih ketika melihat peringatan Allah dalam surat al-Nisa ayat 13 dan 14. Asas *ijbari* juga bisa diartikan bahwa seorang pewaris

⁶⁶ Moh. Muhibbin dan Abdul Wahid, *Hukum Kewarisan Islam Sebagai Pembaharuan Hukum Positif di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), h. 23.

mau ataupun tidak mau, secara otomatis, ketika ia meninggal, maka seluruh hartanya akan beralih kepemilikan pada ahli warisnya.

(2) *Asas Bilateral*

Asas bilateral dalam hukum waris Islam mengandung arti bahwa harta warisan beralih kepada ahli warisnya melalui dua arah (dua belah pihak), laki-laki dan perempuan. Hal ini berarti pula bahwa setiap orang berhak menerima hak waris dari kedua belah pihak garis kerabat, yaitu pihak kerabat garis keturunan laki-laki dan pihak kerabat garis keturunan perempuan. Pada prinsipnya asas ini menegaskan bahwa jenis kelamin bukan merupakan penghalang untuk mewarisi atau diwarisi.⁶⁷

(3) *Asas Individual*

Asas individual berarti setiap ahli waris (secara individu) berhak atas bagian yang didapatkannya tanpa terikat kepada ahli waris lainnya (hukum adat misalnya). Dengan demikian bagian yang diperoleh oleh ahli waris dari harta pewaris, dimiliki secara perorangan, dan ahli waris yang lainnya tidak ada sangkut paut sama sekali dengan bagian yang diperolehnya tersebut, sehingga individu masing-masing ahli waris bebas menentukan (berhak penuh) atas bagian yang diperolehnya.⁶⁸

(4) *Asas Keadilan.*

Keadilan dalam hal waris dapat diartikan sebagai keseimbangan antara hak dan kewajiban serta keseimbangan antara yang diperoleh dengan keperluan dan kegunaannya. Sedangkan asas keadilan berimbang dalam hal ini maksudnya ialah keseimbangan antara hak dan kewajiban dan keseimbangan antara yang diperoleh dengan keperluan dan kegunaan. Sebagaimana laki-laki, perempuan pun mendapatkan

⁶⁷ *Ibid.* h. 24

⁶⁸ *Ibid*

hak yang sama kuat untuk mendapatkan warisan. Hal ini secara jelas disebutkan dalam Al-Qur'an surah al-Nisa' ayat 7 yang menyamakan kedudukan laki-laki dan perempuan ketika mendapatkan warisan. Pada ayat 11, 12, 176 surah al-Nisa', secara rinci diterangkan bahwa kesamaan kekuatan hak menerima antara laki-laki dan anak perempuan, ayah dan ibu,⁶⁹ suami dan istri,⁷⁰ saudara laki-laki dan saudara perempuan.⁷¹

2. Epistemologi Hukum Waris Islam

Epistemologi sebagai salah satu aspek dalam ilmu pengetahuan berasal dari dua kata asing yakni episteme dan logos. Kedua istilah tersebut berarti pengetahuan. Epistemologi sering diartikan sebagai teori ilmu pengetahuan. Artinya, epistemologi memiliki pembahasan seputar pengetahuan dan cara atau metode untuk mendapatkannya. Untuk mendapatkan ilmu pengetahuan, harus melalui prosedur yang dikenal dengan istilah metode ilmiah.⁷² Epistemologi merupakan bagian dari filsafat yang membicarakan tentang terjadinya pengetahuan, sumber pengetahuan, asal mula pengetahuan, batas-batas, sifat-sifat dan kesahihan pengetahuan.

Hukum waris merupakan salah satu cabang dari syariat Islam yang ketentuannya banyak terdapat dalam Al-Qur'an dan Hadis. Al-Qur'an adalah sumber utama dalam penentuan hukum waris karena di dalamnya menjelaskan ketentuan-ketentuan fard} (bagian) bagi tiap-tiap ahli waris. Beberapa ayat dalam Al Qur'an menjadi sumber hukum waris Islam antara lain dapat diketahui sebagai berikut:

- a. Daftar ayat Al-Qur'an sebagai sumber utama hukum Waris Islam:

QS. al-Nisa' ayat 7

Dasar penetapan hukum waris Prinsip kesamaan laki-laki dan perempuan dalam mendapatkan hak waris kesamaan dalam mendapat, bukan kesamaan bagian.

⁶⁹ QS. al-Nisa': 11

⁷⁰ QS. al-Nisa': 12

⁷¹ QS. al-Nisa': 12 dan 176.

⁷² Mohammad Adib, *Filsafat Ilmu: Ontologi, Epistemologi, Aksiologi, dan Logika Ilmu Pengetahuan*, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 69.

QS. al-Nisa' ayat 11:

Bagian anak perempuan lebih dari 1 = $\frac{2}{3}$ Bagian anak perempuan 1 = $\frac{1}{2}$ Ayah ibu ketika ada anak/cucu mendapatkan $\frac{1}{6}$ Ayah ibu, jika tidak ada anak/cucu, maka bagian ibu adalah $\frac{1}{3}$ Ayah ibu jika ada saudara, maka bagian ibu $\frac{1}{6}$ Waris dilaksanakan setelah pelaksanaan wasiat dan pembayaran hutang Allah paling tahu mana yang lebih dekat dan lebih memberikan manfaat ketetapan dari Allah. Bagian suami jika tidak ada anak = $\frac{1}{2}$ Bagian suami jika ada anak = $\frac{1}{4}$ Bagian istri jika ada anak = $\frac{1}{8}$ Bagian istri jika tidak ada anak = $\frac{1}{4}$ Bagian istri jika ada anak = $\frac{1}{8}$ Bagian saudara tunggal dalam keadaan kalalah = $\frac{1}{6}$ Bagian saudara lebih dari satu dalam keadaan kalalah = $\frac{1}{3}$

QS. al-Nisa' ayat 176:

Bagian saudara perempuan ketika tidak ada anak atau cucu, ketika sendirian mendapat $\frac{1}{2}$. Dan ketika lebih dari 1 menjadi $\frac{2}{3}$. Ketika ada saudara laki-laki, maka mendapatkan bagian bersama dengan saudara laki-laki dengan prinsip 2:1 QS.al-Anfal ayat 75 Hubungan kekerabatan adalah salah satu penyebab waris.

- b. Sumber hukum waris Islam yang kedua adalah hadis. Hadis ialah segala macam perkataan, perbuatan dan ketetapan yang bersumber dari Nabi Muhammad SAW.

3. Aksiologi Hukum Waris Islam

Aksiologi ilmu erat kaitannya dengan kegunaan atau fungsi dari pengetahuan. Aksiologi membahas tentang nilai guna atau tujuan dari pengetahuan serta hubungannya dengan tatanan moral.⁷³ Dalam tinjauan filsafat, tujuan keberadaan hukum waris Islam adalah dalam rangka memberikan hak waris kepada para ahli waris sesuai proporsinya. Tujuan ini telah disebutkan dalam Al-

⁷³ Jujun S. Suria Suamantri, *Filsafat Ilmu*, (Jakarta: Sinar Harapan, 1984), h. 32

Qur'an surah al-Nisa' ayat 7 bahwa baik kerabat laki-laki maupun perempuan memiliki hak yang sama dalam mendapatkan harta waris yang ditinggalkan kerabatnya yang meninggal.

Di dalam bahasa agama, tujuan atau fungsi diistilahkan sebagai hikmah. Hikmah dan faedah yang terkandung dalam hukum waris sangat besar pengaruhnya sebagaimana ketentuan-ketentuannya terkandung dalam beberapa ayat dalam Al-Qur'an.

Secara global dapat dirasakan bahwa hukum waris dapat menguatkan hubungan kekerabatan dan perasaan alamiah sejak lahir.⁷⁴ Manusia terlahir ke dunia ini tentunya melalui sebuah keluarga. Keluargalah yang secara tulus menyayangi anak semenjak lahir serta bersedia menemaninya sampai kapanpun untuk menjadi orang-orang terdekat. Oleh karena itulah, Islam semakin memupuk semangat kekerabatan dengan hubungan waris. Jika dirinci, sebenarnya banyak sekali hikmah dan faedah yang terkandung dalam hukum waris. Terutama jika dikaitkan dalam beberapa ketentuannya sebagai berikut:

a. Hikmah Hukum Waris Sebab Perkawinan

Sebagaimana yang diyakini bahwa Allah menciptakan makhluknya yang bernama manusia secara berpasang pasangan.⁷⁵ Allah juga mensyariatkan adanya pernikahan antara laki-laki dan perempuan sebagai upaya legalisasi hubungan antara keduanya. Dan Allah juga menjadikan hubungan perkawinan sebagai salah satu sebab seseorang memperoleh hak waris. Di antara hikmahnya adalah bahwa masing-masing dari suami maupun istri merupakan penolong antara satu dengan yang lain dalam menjalani dinamika kehidupan, mulai dari mengatur rumah, mendidik anak dan apa yang diberikan kepada mereka. Oleh karena itu, tidak pantas bagi mereka untuk tidak mendapat bagian dari harta warisan. Ini artinya saling mewarisi karena perkawinan semakin memperkuat ikatan lahir dan batin di dalam berumahtangga.

⁷⁴ Ali Ahmad Al Jurjawi, *Hikmah di Balik Hukum Islam* (Buku kedua), alih Bahasa Erta Mahyudin Firdaus, (Jakarta; Mustaqim, 2003), h. 226.

⁷⁵ QS. Al-Naba': 8.

b. Hikmah Pembagian 2 banding 1 antara Laki-laki dan Perempuan

Salah satu ketentuan dalam hukum waris yang hingga kini banyak dipertanyakan oleh kaum di luar Islam dan juga oleh sebagian ummat Islam serta dijadikan bahan untuk menyerang Islam dan ummat Islam yang lainnya ialah adanya kesenjangan bagian antara laki-laki dan perempuan yakni 2 banding 1.

Adapun hikmah pensyariaan 2 banding 1 antara anak laki-laki dengan perempuan, karena laki-laki lebih berat tanggungannya daripada perempuan. Seperti mencari nafkah untuk belanja kehidupan keluarganya, anak-anaknya serta orang-orang yang menjadi tanggungannya secara syar'i. Bahkan laki-laki bertanggung jawab atas segala pengaturan masalah yang khusus maupun umum. Berbeda dengan perempuan yang selalu terikat dengan beberapa penghalang. Tidak ada aktivitas lain bagi mereka kecuali mengatur rumah, sedang yang memberi uang belanja untuk urusan itu adalah suaminya, sebagai suatu kewajiban syar'i. Seorang istri tetap akan mendapatkan bagian meskipun istri dalam keadaan cukup baik dari segi harta dan kenikmatan hidup. Hikmah lain yang terkandung dalam ketentuan 2 banding 1 ialah, karena laki-laki itu dibebani dengan masalah hidup yang tidak mampu dijalankan oleh kaum wanita. Laki-laki cenderung dinisbatkan pada pekerjaan-pekerjaan berat dan kasar yang tentunya sangat menguras tenaga dan pikiran. Bahkan dalam Islam, hanya kaum laki-laki lah yang diwajibkan untuk berperang di jalan Allah.⁷⁶ Meski dalam kasus tertentu, perempuan juga terkadang bekerja keras, namun jika dilihat dari sisi besarnya tanggung jawab kaum lelaki, maka pantaslah jika mereka mendapatkan bagian lebih. Dalam beberapa ketentuan syariat, terdapat banyak tempat di mana kedudukan laki-laki lebih diutamakan daripada perempuan.

Selain dalam hukum waris sendiri, kaum laki-laki juga lebih utama kedudukannya dalam berperang, kesempurnaan puasa, kesempurnaan salat, kenabian, khilafah, imaamah, adzan, khutbah,

⁷⁶ Ali Ahmad Al Jurjawi, *Hikmah di Balik Hukum Islam* (Buku kedua), alih Bahasa Erta Mahyudin Firdaus, (Jakarta; Mustaqiim, 2003), h. 268.

berjamaah, salat jumat, persaksian, hak nikah, pemberian mahar, hak menceraikan serta penyandaran nasab.⁷⁷

c. Hikmah Pembagian Waris Kepada Perempuan

Menurut catatan ahli sejarah pembagian waris pada masa jahiliyah sangat diskriminatif, hak waris hanya diberikan kepada laki-laki yang sudah dewasa dan mampu berperang serta tidak ada hak waris bagi perempuan dan anak kecil.⁷⁸ Bahkan lebih tragis lagi, mereka yang ditinggal mati suaminya, menjadi 'harta' warisan yang juga dapat diwaris.⁷⁹

Ketika Islam datang maka dengan serta merta menghapus hukum jahiliyah tersebut dan selanjutnya Islam memberikan bagian waris pada kaum perempuan secara proposional. Inilah hikmahnya, bahwa Islam sangat memperhatikan kaum perempuan.

Bagi orang tua, tentunya kasih sayang tidak hanya diberikan kepada anak laki-laki saja. Anak perempuan juga mendapatkan kasih sayang yang sama. Oleh karena itulah, Islam mensyariatkan pembagian harta waris juga untuk anak perempuan.⁸⁰ Tidak hanya itu, bahkan bagian anak perempuan termasuk dalam bagian-bagian pasti (*al-furud al-muqaddarah*), sedangkan anak laki-laki hanya mendapatkan sisa. Beberapa hikmah lain yang terkandung dalam hukum waris adalah ketika ayah dan ibu mendapatkan hak waris.

Tidak hanya hubungan nasab ke bawah saja yang mendapatkan warisan, melainkan hubungan nasab ke atas juga mendapatkan hak waris, mengingat betapa besar jasa ayah dan ibu kepada pewaris.⁸¹ Meskipun keduanya tidak pernah mengharapkan balasan atas jasanya kepada pewaris, yang notebene anaknya, namun Islam memerintahkan untuk tetap memberikan harta waris tersebut. Tidak hanya itu, Islam juga memerintahkan untuk membagi hak

⁷⁷ Ali Ahmad Al Jurjawi, *Hikmah...*, *Ibid.* h. 268.

⁷⁸ Abu Ja'far Muhammad Ibn Jarir at-thabari, *Jami' al-Bayan at-Ta'wil Ayat al-Qur'an*, juz VII (Kairo, maktabah ibnu Taimiyah, tt) h. 597

⁷⁹ Muhammad Razi, *Islamic Inheritance General Rule And Share*, (Canada, 2008). h.4

⁸⁰ Ali Ahmad Al Jurjawi, *Hikmah di Balik Hukum Islam* (Buku kedua), alih Bahasa Erta Mahyudin Firdaus, (Jakarta; Mustaqim, 2003), h. 269

⁸¹ *Ibid.*, h. 272

waris kepada saudara pewaris. Hal ini sebagai wujud terjalannya kasih sayang persaudaraan antara keduanya.

Hikmah lain dalam hukum waris adalah bahwa sistem hukum Islam sangatlah sistematis dalam mengatur bagian-bagian waris serta keterhalangan beberapa ahli waris oleh ahli waris yang lain. Dalam hal *hijab* (terhalang mendapatkan waris), baik itu *hijab nuqsan* (pengurangan) maupun *hirman* (peniadaan), dapat ditemukan ketentuan tentang faktor skala prioritas hak waris, yakni yang paling utama tentunya ahli waris anak dan hubungan perkawinan (suami atau istri). Mereka sama sekali tidak bisa terhalang oleh siapapun. Hal ini dikarenakan besarnya kasih sayang pewaris pada anak maupun istri atau suaminya.

Selanjutnya pada tingkatan kedua, terdapat ayah, ibu dan saudara yang masing-masing di antaranya bisa terpengaruh oleh keberadaan ahli waris anak. Ayah mendapatkan $1/6$ ketika ada anak. Bagian ayah akan mengalami peningkatan ketika tidak ada anak laki-laki yakni $1/6$ dan asabah. Hal ini menunjukkan bahwa Islam mengatur tanggung jawab atas ahli waris yang ditinggalkan pewaris, pertama dilimpahkan.

4. Aspek Sosiologis Hukum Waris Islam

Perubahan sosial adalah suatu perubahan yang terjadi dalam masyarakat. Dengan catatan bahwa perubahan tersebut mempengaruhi kehidupan sosial kemasyarakatan tersebut.

Terkait dengan hal ini para sosiolog memberikan berbagai penekanan yang berbeda antara satu dengan yang lain. Apapun penekanan yang diberikan, pada dasarnya mereka sepakat bahwa perubahan itu bersifat mempengaruhi sistem sosial sebuah masyarakat.

Demikin juga dengan masyarakat yang penduduknya mayoritas beragama Islam pun mengalami perubahan sosial yang berkaitan dengan pembagian harta warisan. Pembagian harta warisan yang diamalkan oleh masyarakat adalah lebih kepada budaya turun-temurun sehingga menimbulkan ketidakpuasan hati kepada semua pihak karena terjadi ketidakadilan dalam pembagiannya. Mereka menganggap telah terjadi diskriminasi

antara laki-laki dan perempuan dalam persoalan harta warisan jika mengikuti pembagian harta warisan menurut ulama fiqh mazhab.

Perkembangan sejarah menunjukkan bahwa pembinaan pembagian harta warisan bukan hanya saja berdasarkan sumber Al-Qur'an dan al-Sunnah. Rujukan terhadap dua sumber ini berlaku karena keduanya menjadi sumber rujukan utama dalam Islam, khususnya semasa hayat Rasulullah S.A.W. Setelah Rasulullah S.A.W wafat, kegiatan penafsiran Al-Qur'an dan al-Sunnah berkembang pesat, khususnya dalam memahami hukum Islam. Proses ini dinamakan ijtihad sahabat atau *tābī'īn*.

Perkembangan pembagian harta warisan dalam kalangan sahabat adalah melalui ijtihad yang telah lama diamalkan sejak zaman Rasulullah S.A.W. Hal ini bertujuan untuk menyelesaikan kasus-kasus pada waktu tersebut yang menuntut penyelesaian segera dan menghindari terjadinya kekacauan dalam masyarakat. Terdapat banyak *Ṣahābat* yang melakukan ijtihad seperti: Abū Bakr al-Ṣiddīq (M. 13 H), Mu'āz bin Jabal (M. 18H), Ubay bin Ka'ab (M. 19 H), 'Umar bin al-Khattāb (M. 23 H), 'Abdullāh bin Mas'ud (M. 33 H), 'Utsmān bin Affān (M. 35 H), 'Alī bin Abī Tālib (M. 40H), Zayd bin Thābit (M. 45H), dan Abū Mūsā al-Asy'āri (M.42/53H).

Proses ijtihad sejak para *Ṣahābat* diutus ke beberapa wilayah tertentu untuk bertugas sebagai hakim dalam mengajar hal agama dan menyelesaikan masalah yang terjadi.⁸² Contohnya, Rasulullah S.A.W, telah mengutus Mu'āz bin Jabal sebagai hakim di Yaman dan membenarkannya melakukan ijtihad ketika menyelesaikan kasus-kasus baru yang tidak terdapat nas dan tanpa menunggu untuk bertanya kepada Rasulullah S.A.W.

Proses ijtihad pada masa zaman Khulafā al-Rāsyidīn (632- 661 M) lebih signifikan akibat dari banyaknya peristiwa baru yang terjadi akibat percampuran berbagai budaya, adat istiadat dan berbagai ragam cara hidup masyarakat melalui penguasaan wilayah, perkembangan peradaban dan migrasi penduduk.

Secara umumnya, perubahan sistem pembagian harta di masa Sahabat ini berbeda-beda berdasarkan tempat, kemajuan ekonomi,

⁸² Jasni Sulong, *Pembaharuan Undang-Undang Pentadbiran Warisan Islam* (Malaysia: Universiti Sains Malaysia, 2011), h. 42.

peradaban luar, adat-istiadat dan struktur masyarakat. Faktor-faktor ini turut mempengaruhi masyarakat di sekitar Mekah dan Madinah. Masyarakat di Mekah lebih maju dari segi ekonomi dan peradaban karena menjadi pusat kota masyarakat. Kota Mekah bukan saja terletak di tengah-tengah jalan perdagangan antara Yaman, Syam, Qaysiriyah, Palestina, Persia dan Romawi, akan tetapi malah menjadi pusat ibadah dan aktifitas akademik.

Berdasarkan faktor ini, keadaan struktur masyarakat Mekah berbeda dengan masyarakat Arab yang lain. Kaum laki-laki dan perempuan Mekah mempunyai peranan yang sama dalam pembangunan ekonomi dan kepemilikan kekayaan. Sebagai contoh, laki-laki dan perempuan bebas melakukan perniagaan dan memiliki barang-barang bernilai seperti hamba sahaya, unta, kambing, senjata, dan barang perhiasan.⁸³

Kedudukan warisan perempuan di kalangan masyarakat Mekkah adalah *diiktiraf*, yaitu perempuan mendapat separuh dari bagian laki-laki. Sebagai contoh, 'Āmir bin Jasyim bin Ghanam bin Habīb bin Ka'ab telah mewariskan warisan kepada anak laki-laki dan anak perempuannya dengan keadaan waris perempuan mendapat separuh dari bagian laki-laki.⁸⁴ Kedudukan bagian perempuan juga didasarkan pada peristiwa Khadijah yang mewarisi harta warisan dari bapak dan mantan suaminya seperti perniagaan, rumah dan perhiasan perempuan. Hal ini jelas berdasarkan sejarah Rasulullah saw. sebelum dilantik menjadi Rasul, beliau pernah bekerja dengan Khadijah dan kemudian menikahinya. Bukan saja Khadijah, Diba'a binti 'Āmir juga diceritakan telah mewarisi harta peninggalan suaminya, Hawdha bin 'Alī al-Hanafi.⁸⁵ Pemberian bagian warisan yang khusus kepada perempuan seperti anak perempuan dan isteri ini merupakan pengaruh dari hubungan antara Mekah dengan negara luar. Hal tersebut merupakan sebagian dari pengaruh baik dari perpaduan antara peradaban pada ketika itu dengan negara-

⁸³ Jasni Sulong, *Pembaharuan Undang-Undang Pentadbiran Warisan Islam* (Malaysia: Universiti Sains Malaysia, 2011) h. 9

⁸⁴ Jawad 'Alī, *Tārikh al-'Arab Qabl al-Islām*, Jilid 6 (t.tp: Matba'ah al-Majma' al-'Ilmi al'Iraqi, 1956), h. 328

⁸⁵ Ibn Sa'a, Muhammad (ed), *al-Tabaqāt al-Kubrā*, Jilid 8 (Beirut: Dār Sadir/Suhayl kayyali, 1994), 153.

negara di sekitarnya. Pewarisan perempuan atas harta-harta tertentu ini menunjukkan bahwa perempuan juga mempunyai hak untuk memiliki harta. Keadaan sebaliknya berlaku dalam masyarakat Madinah yang hidup terpencil dari pengaruh peradaban luar.

Sebagian besar masyarakat Madinah tidak memberi warisan kepada kaum perempuan, khususnya yang melibatkan kabilah tertentu yang kuat berpegang pada adat. Kekurangan ilmu semasa itu, peradaban masyarakat dan kepentingan sosial telah menyebabkan sebagian dari mereka mengamalkan adat sehingga sanggup membunuh anak perempuan sendiri demi menjaga nama baik kaum seperti yang dilakukan oleh Banī Asad dan Banī Tamīm.

Dapat dipahami di sini bahwa perubahan fakta-fakta kemasyarakatan adalah faktor yang mendasar bagi perkembangan hukum syari'at. Realitas sosial itu memberi pengaruh langsung terhadap perubahan pembagian harta warisan. Bahkan penetapan hukum harta warisan yang bersifat terperinci dan pasti dari Al-Qur'an serta telah dikuatkan oleh Rasulullah saw., tidak dapat mengelak dari sentuhan perkembangan yang sangat penting. Tegasnya, perubahan sosio-ekonomi, budaya, dan nilai-nilai masyarakat merupakan salah satu faktor utama berlakunya perubahan hukum pembagian harta warisan. Faktor ini memberi pengaruh positif terhadap pembagian harta warisan sendiri.

Adaptasi hukum pembagian harta warisan dan fakta-fakta sosio kultural agar dicapai kemaslahatan yang diharapkan merupakan fenomena sejarah yang tidak dapat diingkari. Kemaslahatan adalah jembatan yang dapat diharapkan mempersempit jarak dua realitas hukum asal dan realitas sosial yang berkembang. Jika demikian, maka perubahan semacam ini sejalan dengan konsep *al-tadriġ* dalam falsafah hukum Islam. Perubahan pembagian harta warisan di atas sebenarnya memang merupakan kesadaran terhadap perlunya pelaksanaan hukum dengan melihat konteks sosio kultural yang dinamis yang benar-benar dihadapi oleh masyarakat demi mencapai apa yang oleh 'Umar bin al-Khattāb disebut sebagai kemaslahatan.

Apa yang dilakukan para Sahabat yang berbeda dengan lainnya bukan berarti menukar Syariat kepada bukan Syariat atau dari hukum Allah swt., dan Rasulullah saw., kepada kehendak manusia.

Hakikat perubahan yang berlaku adalah perpindahan ke luar dari sudut syariat, masuk ke sudut syariat lainnya dalam kerangka syariat yang luas dan besar.⁸⁶ Setelah masa Sahabat atau Tābi'īn, pembagian harta warisan ini telah dilahirkan melalui ijtihad ulama-ulama yang mengikuti “tradisi Nabi dan Ṣahābat.

Dari kalangan ulama, yang masyhur adalah Imam empat mazhab, karena hanya dari Imam empat mazhab ini yang masih mempunyai pengikut yaitu Hanafiyah yang dinisbatkan kepada Imam Abu Hanifah (150H/767 M); Malikiyah yang dinisbatkan kepada Imam Malik ibn Anas (179H/795M); Syafi'iyah yang dinisbatkan kepada Imam al-Syafi'i (204H/819M); dan Hanabilah yaitu nisbah kepada Imam Ahmad ibn Hanbal (241H/855M).⁸⁷

Karena tuntutan “keras” dan “cepat” dari perubahan sosial yang terjadi di berbagai tempat dan negara, maka sistem perundangan di beberapa negara muslim tidak lagi mengikuti aturan atau metode para imam tersebut dengan kaku. Salah satu contoh terdapat beberapa perubahan yang dilakukan terutama berkaitan hak cucu yang kematian ayahnya terhibab⁸⁸ atau cucu yatim (yakni dihalang) oleh saudara ayahnya (ahli waris pengganti, serta kemungkinan menjadikan anak perempuan menghijab kerabat garis sisi).

Persoalan terhadap pembagian harta warisan bagi cucu yatim telah dijawab di lima negara yaitu: Mesir,⁸⁹ Iraq,⁹⁰ Pakistan, Tunisia,⁹¹ dan Syria.⁹² Hukum harta warisan di Mesir (1946) memperkenalkan

⁸⁶ M. Firdaus, “Kesan Perubahan Sosial Terhadap Hukum Islam”, *Tesis*, (Jabatan Fiqh dan Ushul Akademi Pengajian Islam University of Malaya, Kuala Lumpur 1999), h. 3

⁸⁷ Alī Hasan ‘Abd al-Qadīr, *Nazrat ‘Ammat fi Tarikh al-Fiqh al-Islami*, ed.ke-3 (Kairo: Dār alKitāb hadithah, 1965), h. 173.

⁸⁸ Hijab, *hajab, yahjubu* ialah istilah dalam ilmu fiqh yang artinya menutup atau terhalang.

⁸⁹ Perkara 37 dan 76-79, Qanun al-Wasiyyah li-Jumhuriyah Misr al-Arabiyah (1946)

⁹⁰ Perkara 73-74, dari Iraq Civil Code (Qānūn al-Madani)1951 ke dalam perkara 1108, akta no. 188/1959 yang dipinda melalui no. 72/1979.

⁹¹ Perkara 191-192, no. 77/1959; dan perkara 179, 182-189 Tunisian Law of Personal Status Code, Addenda of 1959.

⁹² Perkara 238/2, 257, Syrian Code of Personal Status (1945).

lembaga *wasīyyat al-wajībah* (wasiat wajib), secara langsung seorang pewaris dianggap telah berwasiat untuk cucu yang kematian ayah yang terhijab itu tadi. Bagiannya adalah sebanyak hak yang seharusnya diterima oleh ayahnya, atau paling maksimum adalah sepertiga harta (kadar maksimum bagi wasiat). Dalam perundang-undangan Tunisia (1959), disamping menerima aturan *wasīyyat al-wajībah* ini, anak perempuan juga bisa menghalangi kerabat garis sisi.⁹³

Perundang-undangan Pakistan (1961) juga menerima ahli waris pengganti, tetapi hanya dalam kelompok keturunan saja, baik itu laki-laki dan perempuan yang diperkenalkan dengan nama *lineal descendants*.⁹⁴ Berbeda dengan perundang-undangan negara lain, di Syria, *wasīyyat al-wajībah* hanya untuk keturunan laki-laki dan perempuan saja. Namun, tidak diperuntukkan kepada keturunan dari perempuan yang meninggal.⁹⁵

Pemaparan di atas adalah sekilas tentang pengaruh sosial kultural terhadap perkembangan hukum waris di dunia Islam.

Bagaimana dengan pengaruh sosial terhadap hukum waris Islam di Indonesia?

Dari Perspektif sosiologis, menurut Prof. Satjipto Rahardjo perubahan sosial merupakan ciri yang melekat dalam masyarakat. Hal ini disebabkan karena masyarakat itu mengalami suatu perkembangan.⁹⁶ Oleh karena itu perkembangan tersebut perlu direspon juga oleh hukum Islam, yang pada gilirannya hukum Islam diharapkan mempunyai kemampuan sebagai fungsi sosial engineering atau sebagai sosial kontrol yang berfungsi untuk membentuk perilaku sosial.

Kajian hukum Islam sebagai produk intelektual, perlu dipahami tidak sebatas pada fikih. Persepsi yang tidak proporsional dalam memandang eksistensi sering melahirkan persepsi yang keliru dalam memandang perkembangan atau perubahan yang terjadi dalam

⁹³ N. J. Coulson, *Succession in The Muslim Family* (London: Cambridge University Press Bentley House, 1971), h. 14

⁹⁴ N. J. Coulson, *Succession in The Muslim...*, *Ibid*, h.145.

⁹⁵ *Ibid*. h. 144

⁹⁶ Artijo Alkostar, M Sholeh Amin, *Pembangunan Hukum Dalam Perspektif Politik Hukum Nasional*, (Jakarta: Rajawali Pers, 1986), h. 35

hukum Islam. Selain fikih, setidaknya ada tiga produk pemikiran hukum dalam hukum Islam, yaitu fatwa, keputusan pengadilan, dan perundangundangan.⁹⁷

Pemahaman yang tidak proporsional dalam memahami hukum Islam maka kesan yang akan diperoleh adalah bahwa hukum Islam mengalami stagnasi (rigid) dan tidak dapat untuk menjawab tantangan perubahan zaman yang berkembang semakin pesat. Pembaharuan hukum Islam dapat dimaknai sebagai upaya baik yang bersifat individual maupun secara kelompok pada kurun dan situasi tertentu, untuk mengadakan perubahan dalam persepsi dan praktek yang telah mapan kepada pemahaman yang baru.

Pembaharuan yang bertitik tolak dari asumsi atau pandangan yang jelas dipengaruhi oleh situasi dan lingkungan sosial, bahwa hukum Islam sebagai realitas dan lingkungan tertentu tersebut tidak sesuai bahkan menyimpang dengan Islam yang sebenarnya.⁹⁸ Berbeda dengan Harun Nasution yang lebih menekankan bahwa pembaharuan hukum Islam diperlukan untuk menyesuaikan pemahaman keagamaan dengan perkembangan baru yang ditimbulkan oleh perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi modern.⁹⁹

Ilmu pengetahuan dan teknologi mau tidak mau akan mempengaruhi pola pikir dan perubahan nilai, sistem sekaligus problematika terutama dalam bidang hukum. Tidak terkecuali pula dalam hukum Islam.

Hukum Islam sebagai salah satu pranata sosial memiliki dua fungsi, fungsi pertama sebagai kontrol sosial, yaitu hukum Islam diletakkan sebagai hukum Tuhan, yang selain sebagai kontrol sosial sekaligus sebagai social engineering terhadap keberadaan suatu komunitas masyarakat. Sedang kontrol yang kedua adalah sebagai nilai dalam proses perubahan sosial yaitu hukum lebih merupakan produk sejarah yang dalam batas-batas tertentu diletakkan sebagai

⁹⁷ M Atho' Mudzhar, *Figh dan reaktualisasi Ajaran Islam*, Makalah serie KKA 50 TH V/1991, (Jakarta: Yayasan Wakaf Paramadina, 199), h. 1-2

⁹⁸ Azyumardi Azra, *Akar-akar Historis Pembaharuan Islam di Indonesia Neo Sufisme Abad Ke 11-12 dalam Tasawuf*, (Jakarta: Yayasan Wakaf Paramadina), h. 179

⁹⁹ Harun Nasution, *Pembaharuan dalam Islam Sejarah Pemikiran dan Gerakan*, (Jakarta: Bintang, Cet 4, 1986), h. 11-12

justifikasi terhadap tuntutan perubahan sosial, budaya, dan politik.¹⁰⁰ Sehingga dalam konteks ini hukum Islam dituntut untuk akomodatif terhadap persoalan umat tanpa harus kehilangan prinsip-prinsip dasarnya.

Hukum Islam mempunyai dinamika dan karakter sendiri serta mempunyai ruang lingkungannya sendiri. Sistem hukum Islam mempunyai sistem yang tersendiri yang dikenal dengan hukum fikih.⁸ Hukum fikih bukanlah hukum yang sempit tetapi hukum yang masih sangat luas. Hukum fikih ini mencakup semua aspek kehidupan umat manusia. Baik yang bersifat ibadah maupun muamalah. Ibadah adalah hukum mengenai bagaimana manusia berhubungan dengan Allah, sedang muamalah adalah hukum yang mengatur bagaimana hubungan antar sesama manusia.

Sejak awal kelahirannya Islam tidak mempunyai tujuan yang lain selain untuk mencapai kemaslahatan umat manusia, baik lahir maupun batin, baik selamat di dunia maupun di akhirat. Apabila semua hukum Islam selalu terikat dengan Teks (nash) yang selalu dikukuhkan dengan pandangan yang sempit, maka konteks hukum Islam akan mengalami kemunduran sehingga tidak dapat memenuhi kebutuhan hidup umat manusia. Pandangan yang ortodok inilah sebagai penghalang umat Islam untuk bisa sejajar dengan bangsa-bangsa lainnya dari percaturan kehidupan di dunia. Sehingga prinsip kemaslahatan umat akan menemui ruang kosong yang tidak ada manfaatnya. Kebenaran fikih yang dipersepsikan sebagai kebenaran yang mutlak dianggap telah membelenggu kreativitas intelektual umat Islam yang merupakan pintu gerbang kemajuan peradaban umat Islam. Pandangan yang tidak proporsional terhadap fikih ini disebabkan tidak adanya penelitian pengembangan secara serius. Padahal evolusi historical dari perkembangan fikih telah menyediakan semacam frame work bagi pemikiran hukum Islam atau tepatnya actual working bagi karakteristik perkembangan hukum Islam itu sendiri termasuk pula dalam sistem hukum pewarisan Islam di Indonesia.

¹⁰⁰ Ahmad Rofiq, *Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*, (Yogyakarta: Gama Media, 2001), h. 98

Sebagai negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam dimungkinkan banyak dari anggota masyarakat yang menggunakan sistem hukum Islam. Tetapi seiring dengan perkembangan zaman yang ditandai dengan kemajuan dan teknologi prinsip-prinsip dalam hukum Islam terus mengalami kemajuan yang pesat dan selalu mengikuti perubahan zaman guna untuk kemaslahatan umat di dunia tanpa membedakan baik laki-laki maupun perempuan.

Asas hukum dalam pewarisan Islam tidak memandang perbedaan antara laki-laki dengan perempuan, semua ahli waris baik laki-laki maupun perempuan mempunyai hak yang sama sebagai ahli waris. Tetapi hanyalah perbandingannya saja yang berbeda. Memang di dalam hukum waris Islam yang ditekankan adalah keadilan yang berimbang, bukanlah keadilan yang sama rata sebagai sesama ahli waris. Karena prinsip inilah yang sering menjadi polemik dan perdebatan yang kadang kala menimbulkan persengketaan diantara para ahli waris.

Terlepas dari diskripsi di atas, hukum Islam termasuk di dalamnya hukum Waris Islam yang berlaku di Indonesia tidak lepas dari pengaruh perubahan sosial budaya, yang oleh Prof Satjipto Raharjo dikatakan sebagai perspektif soisologis.

Sebagai negara muslim yang besar, hukum waris Islam di Indonesia juga mengalami pembaruan yang tentunya tidak terlepas dari faktor sosiologis.

Berikut ini beberapa contoh perkembangan hukum waris Islam di Indonesia yang dapat dijumpai di dalam Kompilasi Hukum Islam, antara lain:

1) Tentang Harta Bawaan

Pasal 171 huruf e yang berbunyi "Harta warisan adalah harta bawaan ditambah bagian dan harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (tajhiz) pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat." Di dalam pasal tersebut terungkap bahwa harta bersama itu terpisah dari harta pribadi masing-masing.

Bahkan dalam perkawinan poligini-perkawinan serial, wujud harta bersama itu terpisah antara suami dengan masing-masing

isteri. Sementara dalam al-Qur'an dan al-Hadits, masalah ini tidak dijumpai nashnya secara pasti. Dalam literatur lama fiqh Islam tidak dijumpai pembahasan mengenai harta bersama. Ilmu fiqh cenderung mengabaikan masalah ini sehingga menimbulkan kesan bahwa isteri tidak berperan dalam pembinaan rumah tangga, termasuk aspek finansialnya.¹⁰¹

Dedikasi seorang isteri telah berubah di zaman kita hari ini, hal ini merupakan adat dan kebiasaan yang sudah mengakar di dalam masyarakat kita. Jadi, dalam membina rumah tangga selain menjalankan ketentuan-ketentuan hukum yang normatif, kita tidak dapat mengabaikan pula peranan adat dan tradisi yang pada akhirnya dapat direalisasikan sebagai hukum. Maka konsep harta bersama ini sangat urgen sekali untuk dimasukkan ke dalam Kompilasi sebagai suatu ketentuan hukum di Indonesia. Hasil ijtihad (fiqh) ini, sebagai suatu produk hukum yang diambil dengan menggunakan metodologi urf dan tentu saja bertujuan mashlahat.¹⁰²

2) Tentang Bagian Anak Laki-laki dan Bagian Anak Perempuan

Di dalam pasal 176 dinyatakan bahwa bagian waris anak laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan. Namun pasal 229 (yang merupakan ketentuan penutup) menyatakan bahwa dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, hakim wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.

Hal itu sudah sering dilakukan oleh pengadilan Indonesia, dengan tidak melaksanakan pembagian warisan berdasarkan prinsip anak laki-laki mendapat bagian dua sedang perempuan satu.¹⁰³ Hal ini lebih bertujuan pada pelestarian adat dan tradisi putusan hukum yang hidup di Indonesia, ketimbang nilai-nilai syari'at Islam.

¹⁰¹ A. Wasit Aulawi, 1981, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, (Jakarta: Bulan Bintang), h.

¹⁰² *Ibid.* h. 60

¹⁰³ *Ibid.* h. 224

3) Tentang Jalan Damai Dalam Pembagian Waris

Di dalam pasal 183 membuka peluang adanya pembagian warisan dalam porsi yang sama (1:1) antara anak laki-laki dan anak perempuan yang menyimpang dari pasal 176 yang mengatur ketentuan anak laki-laki dan anak perempuan. Hal ini bisa dilakukan dengan cara kesepakatan seluruh ahli waris setelah masing-masing mengetahui bagiannya.

4) Tentang Memelihara Lahan Pertanian

Pasal 189 tentang pemeliharaan keutuhan dan kesatuan lahan pertanian yang luasnya kurang dari 2 (dua) hektar, supaya dipertahankan kesatuannya sebagaimana semula. Sedangkan bagi ahli waris yang membutuhkan uang atau modal, maka bisa dilakukan dengan cara mengganti harga bagian dari harta warisan yang didapatkannya. Pola pembagian ini sebenarnya bertentangan pula dengan asas ijbari, asas ijbari itu mengandung artin bahwa perpindahan hak milik dan seorang muwarits kepada orang lain (ahli waris) berlaku dengan sendiri menurut ketentuan Allah tanpa tergantung pada kehendak muwarits atau ahli waris.

5) Tentang Ayah Angkat

Pasal 209 menyatakan bahwa ayah angkat berhak ikut menerima warisan harta peninggalan anak angkatnya. Demikian juga sebaliknya, anak angkat berhak ikut menerima warisan harta peninggalan ayah angkatnya. Kalau mereka tidak menerima wasiat, diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan anak atau orang tua angkatnya. Padahal, dalam hukum Islam, tidak ada anak dan orang tua angkat menerima warisan.

Di samping hukum waris di pengaruhi oleh sosial budaya dan politik, ketetapan hukum waris juga mempunyai hikmah bagi kehidupan sosial.

Berikut ini beberapa hikmah hukum waris yang berkaitan dengan sosial,¹⁰⁴ sebagai berikut:

¹⁰⁴ Jaenal Arifin, *Filsafat Hukum Islam: Tasyri' dan Syar'i*, (Jakarta: UIN Jakarta Press, 2006), h. 130.

Pertama, Pembagian waris dimaksudkan untuk memelihara harta (*hifdz al maal*).

Kedua, mengentaskan kemiskinan dalam kehidupan ber-keluarga, serta kehidupan bermasyarakat dalam skala luas.

Ketiga, menjalin tali silaturahmi antar anggota keluarga dan memeliharanya agar tetap utuh.

Keempat, merupakan suatu bentuk pengalihan amanah atau tanggung jawab dari seseorang kepada orang lain, karena hakekatnya harta adalah amanah Allah SWT yang harus dipelihara dan tentunya harus dipertanggungjawabkan kelak.

Kelima, mewujudkan kemaslahatan umat Islam dengan menjadikan kesamaan agama sebagai salah satu sebab pendukung hubungan waris.

Keenam, ketentuan hukum waris menjamin perlindungan bagi keluarga dan mendukung kemajuan dari generasi ke generasi dalam bermasyarakat. Hal ini karena waris merupakan bagian dari hukum keluarga dalam kajian keislaman.¹⁰⁵

Di samping hikmah sosial, hukum waris juga memiliki hikmah spritual, yaitu:

Pertama, membuktikan bahwa Allah tidak akan pernah lalai di dalam memberi petunjuk kepada hambanya dari hal yang kecil sampai masalah-masalah besar dan dalam masalah ibadah maupun masalah mu'amalah.

Kedua, Allah menguji hambanya bagaimana kepatuhan hambanya terhadap aturan waris yang telah Allah tetapkan.

5. Hukum Kewarisan Persfektif Hukum Perdata di Indonesia

Hukum perdata yang berlaku di Indonesia sampai saat ini masih memakai ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam Kitab Undang-Undang hukum Perdata (Buergelijk Wetboek/BW). Dalam KUHPerdata, hukum waris merupakan bagian dari hukum harta kekayaan sehingga pengaturan hukum terdapat dalam Buku II Perdata tentang Benda. Hukum waris diatur di dalam Buku II,

¹⁰⁵ Sadari, "Studi Islam dalam Kajian Hukum Keluarga Islam di Indonesia", *Indonesian Journal of Islamic Literature and Muslim Society*, Vol. 1, No. 1, 2016, h. 63-8

bersama-sama dengan benda pada umumnya, dikarenakan adanya pandangan bahwa pewarisan adalah cara untuk memperoleh hak milik sebenarnya terlalu sempit dan bisa menimbulkan salah pengertian, karena yang berpindah dalam pewarisan bukan hanya hak milik saja, tetapi juga hak-hak kebendaan yang lain (hak kekayaan) dan di samping itu juga kewajiban-kewajiban yang termasuk dalam Hukum Kekayaan.¹⁰⁶

a. Pengertian dan Dasar hukum Kewarisan Menurut KUHPerdata
Berikut akan dikemukakan pengertian hukum kewarisan perdata Indonesia menurut para ahli:

- 1) Wirjono Prodjodikoro mengemukakan bahwa hukum waris adalah hukum-hukum atau peraturan-peraturan yang mengatur tentang apakah dan bagaimanakah berbagai hak - hak dan kewajiban tentang kekayaan seseorang pada waktu ia meninggal dunia akan beralih kepada orang lain yang masih hidup.¹⁰⁷
- 2) A. Pitlo mengemukakan Hukum Waris adalah kumpulan peraturan yang mengatur hukum mengenai kekayaan karena wafatnya seseorang, yaitu mengenai perpindahan kekayaan yang ditinggalkan oleh di mati dan akibat dari hubungan antara mereka dengan mereka, maupun dalam hubungan antara mereka dengan pihak ketiga.¹⁰⁸
- 3) A. Winkler Prins, mengemukakan bahwa Hukum waris ialah seluruh peraturan yang mengatur pewarisan, menentukan sejauh mana dan dengan cara bagaimana hubungan-hubungan hukum dari seorang yang telah meninggal dunia pindah kepada orang lain, dan dengan demikian hal itu dapat diteruskan oleh keturunannya.¹⁰⁹
- 4) Vollmar, berpendapat bahwa Hukum waris adalah perpindahan dari sebuah harta kekayaan seutuhnya, jadi keseluruhan hak-

¹⁰⁶ C.S.T. Kansil. 2006. *Ibid*, h. 143

¹⁰⁷ M. Idris Ramulyo, *Perbandingan Hukum Kewarisan Islam dengan Kewarisan Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), h. 84

¹⁰⁸ A.Pitlo, *Hukum Waris Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda* (Alih Bahasa M.Isa Arief, SH), (Jakarta: PT.Intermasa,1986), h. 1

¹⁰⁹ Sudarsono, *Hukum Waris dan Sistem Bilateral*, (Jakarta: PT.Rineka Cipta, 1991) h. 12

hak dan kewajiban kewajiban, dari orang yang mewariskan kepada warisnya.¹¹⁰

- 5) Menurut KUHPerdata Pasal 830: "Pewarisan hanya berlangsung karena kematian"

Sedangkan dasar hukum dalam pelaksanaan kewarisan menurut Hukum Perdata di Indonesia terdapat di dalam buku ke-Dua, Bab Dua Belas, pasal 830 sampai pasal 873.

b. Unsur-unsur Kewarisan KUH Perdata.

Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa pengertian kewarisan menurut KUH Perdata memperlihatkan beberapa unsur, yaitu :

- 1) Wafatnya Seseorang yang pada wafatnya meninggalkan kekayaan. Unsur pertama ini menimbulkan persoalan bagaimana dan sampai dimana hubungan seseorang peninggal warisan dengan kekayaannya dipengaruhi oleh sifat lingkungan kekeluargaan, dimana peninggal warisan berada.
- 2) Seseorang atau beberapa orang ahli waris (*erfgenaam*) yang berhak menerima kekayaan yang ditinggalkan itu. Ini menimbulkan persoalan bagaimana dan sampai dimana harus ada tali kekeluargaan antara peninggal warisan dan ahli waris agar kekayaan si peninggal warisan dapat beralih kepada si ahli waris.
- 3) Harta Warisan (*nalatenschap*), yaitu ujud kekayaan yang ditinggalkan dan beralih kepada ahli waris. Ini menimbulkan persoalan bagaimana dan sampai dimana wujud kekayaan yang beralih itu, dipengaruhi oleh sifat lingkungan kekeluargaan, dimana peninggal warisan dan ahli waris bersama-sama berada.¹¹¹

¹¹⁰ Vollmar, *Pengantar Studi hukumPerdata*, Jilid I, diterjemahkan oleh I.S.Adiwimarta (Jakarta: PT.Rajawali Pers,1989) h. 373

¹¹¹ M. Idris Ramulyo, *Perbandingan Hukum Kewarisan Islam dengan Kewarisan Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), h. 85

c. Ahli Waris Menurut KUHPerdata

Ahli waris dalam hukum waris perdata, dapat dibedakan menjadi ahli waris karena kedudukannya sendiri, dan ahli waris karena penggantian tempat. Ahli waris karena kedudukannya dibedakan menjadi beberapa golongan, golongan yang di bawah hanya dapat menerima warisan jika tidak ada golongan yang di atas. Penggolongan ahli waris tersebut sebagai berikut:

- 1) Golongan I: anak-anak dan keturunannya (tanpa membedakan jenis kelamin, serta waktu lahir) bersama dengan suami atau istri yang hidup lebih lama dari pewaris (Pasal 852 dan Pasal 852 (a) KUH Perdata).
- 2) Golongan II: ayah dan/atau ibu (dalam garis lurus ke atas) yang masih hidup bersama dengan saudara-saudara dalam garis menyamping (Pasal 854 ayat 1).
- 3) Golongan III: keluarga dari ayah dan/atau ibu dalam garis lurus ke atas (Pasal 853).
- 4) Golongan IV: keluarga sedarah dalam garis lurus ke atas yang masih hidup, dan para sanak saudara dalam garis yang lain (paman dan bibi sekalian keturunannya), masing-masing separuh dari harta warisan (Pasal 858). Jika semua golongan ahli waris tersebut tidak ada, maka harta warisan akan jatuh kepada negara

d. Syarat-syarat Mewaris Menurut KUHPerdata

Menurut Pasal 830 KUHPerdata, suatu pewarisan baru dapat dilaksanakan kalau si pewaris (orang yang meninggal dunia). Adapun syarat-syarat seseorang dapat menerima warisan adalah:

- 1) Pewaris telah meninggal dunia
- 2) Pewaris memiliki sejumlah harta kekayaan yang ditinggalkan
- 3) Orang tersebut haruslah termasuk sebagai ahli waris dan orang yang ditunjuk berdasarkan wasiat si pewaris untuk menerima bagian warisan
- 4) Orang-orang yang disebutkan dalam point 3 di atas tidak atau bukanlah orang yang dinyatakan sebagai orang yang tidak patut menerima warisan menurut putusan pengadilan;

e. Asas-asas Hukum Waris Menurut KUHPerdata

Dalam hukum waris perdata yang berlaku di Indonesia berlaku juga asas-asas sebagai berikut:

- 1) Hanyalah hak-hak dan kewajiban dalam lapangan hukum kekayaan harta benda saja yang dapat diwariskan.
- 2) Adanya *Saisine* bagi ahli waris, yaitu : sekalian ahli waris dengan sendirinya secara otomatis karena hukum memperoleh hak milik atas segala barang, dan segala hak serta segala kewajiban dari seorang yang meninggal dunia.
- 3) Asas Kematian, yaitu; Pewarisan hanya karena kematian.
- 4) Asas Individual, yaitu: Ahli waris adalah perorangan (secara pribadi) bukan kelompok ahli waris.
- 5) Asas Bilateral, yaitu: Seseorang mewaris dari pihak bapak dan juga dari pihak ibu.
- 6) Asas Penderajatan, yaitu: Ahli waris yang derajatnya dekat dengan pewaris menutup ahli waris yang lebih jauh derajatnya.¹¹²

f. Ahli Waris Pengganti Menurut KUHPerdata

Ahli waris pengganti dalam hukum waris Perdata dikenal dengan istilah Penggantian tempat yang dalam bahasa Belanda *Plaatsvervulling*.

Hal ini diatur dalam Pasal 854 s/d 857 dihubungkan dengan Pasal 860 dan Pasal 866 Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Adanya pasal-pasal ini menunjukkan kepada kita bahwa KUH Perdata mengenal dan mengakui adanya *Plaatsvervulling* atau penggantian ahli waris. Penggantian memberi hak kepada orang yang menggantikan untuk bertindak sebagai pengganti dalam derajat dan dalam segala hak orang yang digantikannya sebagaimana diatur dalam Pasal 841 KUH Perdata, umpamanya : seorang cucu yang menggantikan orang tuanya yang sudah meninggal lebih dahulu selaku anak dari pewaris, berhak atas semua hak itu. Penggantian dalam garis lurus ke bawah yang sah, berlangsung terus tanpa batas (Pasal 842 ayat 1).

¹¹² M. Idris Ramulyo, 2004, *Ibid*, h. 95-96

Dalam segala hal, penggantian seperti di atas selamanya diperbolehkan, baik dalam hal beberapa orang anak pewaris, mewarisi bersama-sama satu sama lain dalam pertalian keluarga yang berbeda-beda derajatnya (Pasal 842 ayat 2).

Dalam garis menyimpang, penggantian diperbolehkan atas keuntungan anak-anak dan keturunan saudara laki-laki dan perempuan yang telah meninggal lebih dahulu, baik mereka mewarisi bersama-sama dengan paman atau bibi mereka, maupun bersama-sama dengan keturunan paman atau bibi itu, meskipun mereka dalam derajat yang tidak sama (Pasal 844).

Bila disamping ayah atau ibu yang masih hidup itu hanya ada seorang saudara, maka ayah atau ibu itu menerima $\frac{1}{2}$ dan $\frac{1}{2}$ lagi untuk saudara atau keturunannya.¹¹³

Jadi dengan penggantian tempat (plaatvervulling), maka keturunan dari seseorang masuk dalam hubungan hukum yang sama seperti orang yang digantinya, seandainya orang yang diganti masih hidup. Lalu undang-undang mengatakan bahwa dia yang menggantikan tempat akan memperoleh hak-hak (dan juga kewajiban) dari orang yang digantikannya, jika sekiranya ia tidak meninggal sebelum pewaris meninggal dunia.¹¹⁴

g. Aspek Teologis Hukum Waris Menurut KUHPerdata

Sistem hukum Indonesia yang berlaku saat ini adalah bersumber dari tradisi sistem hukum adat, hukum Islam, dan hukum Barat yang merupakan tiga sistem hukum yang menjadi komponen utama dalam pembentukan hukum di Indonesia.

Dalam bagian ini penulis akan membahas tentang aspek teologis Hukum waris menurut KUHPerdata yang di representasikan oleh kitab Undang-undang Hukum Perdata (KUHPerdata) yang dikenal dengan istilah BW (Burgerlijk Wetboek) merupakan kodifikasi hukum perdata yang disusun di Belanda.

¹¹³ Ismuha, *Penggantian Tempat Dalam Hukum Waris Menurut KUHPerdata, Hukum Adat dan Hukum Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1978), h. 73

¹¹⁴ Suparman Usman, *Ikhtisar Hukum Waris Menurut Kitab Undang-Undang hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)*, (Serang: Darul Ulum Press. 1993), h. 87

Penyusunan BW tersebut sangat dipengaruhi hukum perdata Perancis (Code Napoleon) dan Code Napoleon tersebut disusun berdasarkan hukum Romawi yang dikenal dengan istilah Corpus Juris Civilis.

Ratno Lukito menyebutnya "...hukum sipil Belanda adalah tradisi hukum 'barat' yang menancapkan dirinya dalam masyarakat Indonesia, meskipun rezim kolonial sudah berakhir."¹¹⁵

Oleh karena identitas hukum "barat" yaitu sekuler dalam arti bebas nilai transedental (teologis). Oleh karena itu sistem hukum yang diperkenalkan oleh Barat sebenarnya telah menemui kegagalan, ditandai dengan krisis yang terjadi dalam masyarakat Barat sekaligus menampakkan kegagalan peradaban modern karena pemikiran modern memisahkan spiritualisme dengan segala aspeknya dalam satu kesatuan kehidupan dan pembangunan peradaban manusia.

Krisis paradigma yang dibangun positivisme dunia Barat telah mengguncang keyakinan manusia terhadap peradaban ilmu hukum sebagai representasi dari realitas yang utuh. Krisis paradigma bahkan telah memunculkan kegelisahan-kegelisahan baru hakikat alam dalam kehidupan, hubungan manusia dengan hukum serta hubungan manusia dengan Sang Pencipta.

Hukum Barat itu bebas nilai ketuhanan setidaknya semakin nyata jika kira runut pendapat Comte tentang positivisme. Auguste Comte dengan filsafat Positivismenya berpendapat bahwa perkembangan pemikiran manusia dalam masyarakat melalui 3 (tiga) tahapan. Tahap pertama disebutnya dengan tahap "Teologique", di mana pemikiran manusia masih diliputi oleh hal-hal yang tidak rasional, mistik dan sebagainya. Di sini pikiran manusia penuh dengan kepercayaan-kepercayaan yang tidak masuk akal. Pada tahap kedua, menurut Comte, manusia mulai meninggalkan kepercayaan-kepercayaan semacam itu, tetapi masih juga diliputi oleh hal-hal yang abstrak dan tidak empiris. Tahap ini disebutnya sebagai tahap "Metaphysique". Baru kemudian pada tahapan yang ketiga manusia mulai berpikir konkrit, jelas dan hanya melihat pada

¹¹⁵ Ratno Lukito, *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler (Studi Tentang konflik dan Resolusi Dalam Sistem Hukum Indonesia)* (Jakarta: Pustaka Afabet, 2008) h. 9

apa yang dapat dialami secara empiris. Tahap berpikir yang ketiga inilah merupakan tahapan terakhir dan paling maju, dan ini disebutnya sebagai tahap "Positive". Masyarakat yang maju, menurut Auguste Comte haruslah berada pada tahap ini. Karena itu filsafat Comte ini disebut dengan Filsafat Positivisme.¹¹⁶

Disini nampak jelas, dalam masyarakat modern ini, maka berpikir teologis, keagamaan dan ketuhanan - jika pikiran Comte ini diikuti - tidaklah memadai lagi. Jika diteliti lebih lanjut, sebenarnya, pemikiran Comte ini sekarang, tidaklah tepat. Karena, kehidupan beragama dewasa ini justru menunjukkan gejala yang meningkat. Keadaan seperti ini, tidak saja eksis di masyarakat negara-negara yang sedang berkembang. Setidaknya apabila diukur dengan teori Comte itu mungkin berada dalam tahap *metaphysique*, tetapi juga justru di masyarakat negara-negara maju seperti Amerika dan negara-negara Eropa sendiri.

Dr. Soedjatmoko, seorang anggota "Club of Rome" yang kini menjadi Rektor Universitas PBB di Tokyo, pernah mengatakan bahwa kini di mana-mana di seluruh dunia sedang terjadi gejala kerinduan kembali akan kehidupan spiritual.¹¹⁷

Beranjak dari kegelisahan itulah pada gilirannya muncul kesadaran untuk meninggalkan cara pandang sekuler yang sering diidentikkan dengan metode ilmiah.

Oleh karena itu perlu dihadirkan paradigma baru sebagaimana pandangan Fritjof Capra, yaitu pemikiran paradigma holistik atau *holistic paradigm*, agar ilmu hukum bisa tampil sebagai sebenarnya ilmu atau *genuine science*.

Berawal dari adanya kegagalan peradaban barat, mulai mencari alternatif pemikiran yang memadukan antara hati dan akal dengan mengenalkan berfikir spiritual atau spiritual thinking sebagaimana pandangan Danah Zohar dan Ian Marshall, yang dikutip oleh Absori dengan menggunakan pendekatan kecerdasan spiritual atau *spiritual quition*, yang akan diperoleh kecerdasan yang paling sempurna atau *ultimate intelegent*, dilakukan dengan cara menerabas garis-garis formalisme atau *existing rule* dan

¹¹⁶ Prof Dr. H.M. Rasjidi, *Filsafat Agama*, (Jakarta, Bulan Bintang, 1978), h. 143-147.

¹¹⁷ Diskusi di Youth Islamic Study Qub, Al-Azhar, Jakarta, 1979.

transendental, sehingga akan diperoleh pemikiran baru yang mendekati kebenaran yang hakiki atau *the ultimate truth*.

Oleh karena itu manusia memerlukan *spritual quotient* yang merupakan alat bagi manusia untuk dapat membangun berbagai perspektif baru dalam kehidupan, mampu menemukan cakrawala luas pada dunia yang sempit dan bisa merasakan kehadiran Tuhan tanpa bertemu dengan Tuhan.

Menyimak latar belakang terbentuknya hukum perdata di Indonesia yang berasal dari hukum barat (Belanda) maka sandaran transendental sebagai salah satu ciri perspektif teologis terhadap hukum waris di Indonesia bisa dikatakan tidak ada. Hukum waris yang diatur dari hukum perdata tidak memuat nilai-nilai teologis.

h. Aspek Filosofis Hukum Waris Menurut KUHPerdata

Jika kita berbicara filsafat, kita seakan berada pada ranah yang sangat abstrak, dan filsafat hukum merupakan cabang dari filsafat, filsafat hukum mempunyai fungsi yang strategis dalam pembentukan hukum di Indonesia.

Pengertian Filsafat dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, adalah pengetahuan dan penyelidikan dengan akal budi mengenai hakikat segala yang ada, sebab, asal, dan hukumnya, arti lainnya yakni suatu teori yang mendasari alam pikiran atau suatu kegiatan atau juga berarti ilmu yang berintikan logika, estetika, metafisika dan epistemologi.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPerdata) Hindia Belanda berlaku sebelum digantikan dengan Undang-Undang baru berdasarkan Undang-Undang dasar ini. Burgerlijk Wetboek (BW) Hindia Belanda disebut juga sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Indonesia sebagai buku induk hukum perdata.

Menurut Sudikno Mertokusumo bahwa keberlakuan hukum pada produk dan peninggalan Belanda tersebut di Indonesia didasarkan pada beberpa peninggalan antara lain:¹¹⁸ 1) Para ahli tidak pernah mempersoalkan secara mendalam tentang mengapa hukum Belanda masih berlaku di Indonesia. Tatanan hukum Indonesia

¹¹⁸ Tutik Titik Triwulan, *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, (Jakarta: Kencana, 2010) h. 58.

hendaknya tidak dilihat sebagai kelanjutan dari tata hukum Belanda, tetapi sebagai hukum nasional. 2) Sepanjang hukum tersebut tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945, peraturan perundang-undangan serta dibutuhkan; dan 3) Apabila hukum tersebut bertentangan, maka menjadi tidak berlaku lagi. Kaidah hukum perdata dapat dilihat dari beberapa hal, antara lain bentuk, subyek hukum, dan substansinya. Berdasarkan bentuk hukum perdata dapat dibedakan menjadi dua macam, yaitu tertulis dan tidak tertulis.

Kaidah hukum perdata tertulis, terdapat di dalam peraturan peraturan-peraturan perundang-undangan, seperti KUHPerdata, Undang Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan. Adapun kaidah hukum tidak tertulis adalah kaidah-kaidah hukum perdata yang timbul, tumbuh, dan berkembang dalam praktek kehidupan bermasyarakat (kebiasaan/adat) seperti hukum adat dan hukum Islam.

Dalam konteksnya kajian kritis terhadap hukum perdata yang telah berlaku di Indonesia dengan menggunakan pendekatan filsafat (filosofis), maka seharusnya yang dijadikan dasar pemikirannya ialah falsafah Pancasila. Sebagaimana diketahui bahwa Pancasila merupakan sumber dari segala sumber hukum negara Indonesia. Sebagaimana dikemukakan di atas, Sepanjang hukum tersebut tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945, peraturan perundang-undangan serta dibutuhkan dan apabila hukum tersebut bertentangan, maka menjadi tidak berlaku lagi.

Hal yang demikian ini dirasa sesuai mengingat falsafah Pancasila adalah merupakan ruh perjuangan dari para pejuang bangsa, sebagai alat pemersatu, dari yang sebelumnya terkotak-kotak oleh suatu daerah/wilayah, ras, suku, golongan dan agama. Merupakan latar belakang dari masyarakat Indonesia yang heterogen dan majemuk, sehingga dengan didasarkan pada nilai-nilai Pancasila mampu menjunjung cita-cita luhur para pejuang untuk menciptakan masyarakat yang adil dan makmur sejahtera dapat diwujudkan bagi masyarakat Indonesia secara keseluruhan.

Dalam ruang lingkup hukum perdata salah satunya yaitu hukum waris. Jika kita cermati beberapa paragraf di atas maka dapat

disimpulkan bahwa aspek filosofis dari hukum waris perdata yang berlaku di Indonesia bersumber dari falsafah Pancasila. Meskipun hukum Perdata tersebut berasal dari “Barat” tetapi sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila maka hukum tersebut tetap berlaku.

6. Hukum Kewarisan Perspektif Hukum Adat

Sebelum menguraikan lebih lanjut tetanga Hukum Waris Adat, ada baiknya penulis sajikannya tentang pengertian adat. Kata adat diadopsi dari bahasa arab “*adah*” yang berarti “kembali lagi” atau “berulang”.¹¹⁹ Dan adat (istiadat) dalam bahasa inggris disebut dengan istilah custom (latin: *consuetudo*). Secara harfiah kata ini berarti praktek-praktek yang berdasarkan kebiasaan, baik perorangan maupun kelompok. Dan istilah kebiasaan adalah terjemahan dari bahasa belanda *gewoonte*.¹²⁰ Dalam istilah *Fuqaha* kebiasaan disebut *urf*.¹²¹ Secara bahasa *urf* adalah suatu yang dapat disenangi dan diterima oleh akal sehat manusia. Sedangkan menurut arti terminologi *urf* adalah adat kebiasaan atau suatu yang sudah mentradisi sehingga dapat disenangi dan dianggap baik oleh akal sehat serta tidak dapat dipungkiri oleh akal sehat serta tidak dapat dipungkiri juga oleh jiwa dan perasaan komunitas tertentu.¹²²

Sejalan makna leksikal dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia yang menguraikan bahwa adat adalah aturan yang lazim dilakukan sejak dahulu telah menjadi kebiasaan, berwujud dalam suatu gagasan kebudayaan yang terdiri atas nilai-nilai budaya, norma, hukum, atau aturan-aturan yang menjadi suatu sistem dalam suatu komunitas.¹²³ Oleh karena itu, adat istiadat sangat tergantung seting sosial masyarakat. Adat lahir dari rahim realitas sosial yang sedang

¹¹⁹ Anwar Harjono, *Hukum Islam” Keluasan dan Keadilan”,* Cet. II, (Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1987), h. 132

¹²⁰ Hilman Hadikusuma, *Bahasa Hukum Indonesia,* Cet.III, (Bandung: PT. Alumni, 2005), h. 23.

¹²¹ Ahmad Hanafi, *Pengantar dan Sejarah Hukum Islam* (Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1970), h. 89

¹²² Abu Yasid, *Aspek-aspek Penelitian Hukum” Hukum Islam-Hukum Barat”,* Cet. I, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010), h. 55

¹²³ Tim Pustaka Phenix, *Kamus Besar Bahasa Indonesia,* Cet. V, (Jakarta: PT Media Pustaka Phoenix, 2010), h. 7-8.

terjadi. Bila sedang panen berhasil biasanya megah meriah, begitu pula bila keadaan sebaliknya. Adat adalah gagasan kebudayaan yang terdiri atas nilai-nilai kebudayaan, norma, kebiasaan, kelembagaan, dan hukum adat yang lazim dilakukan disuatu daerah oleh suatu komunitas.

Sedangkan yang dimaksud dengan “hukum adat” adalah istilah hukum yang telah lama ada di Indonesia, menurut Hilman Hadikusuma, hukum adat berarti aturan kebiasaan yang sudah lama berlaku di Indonesia. Pada masa pemerintahan Sultan Iskandar Muda (1607-1636) di Aceh istilah hukum adat sudah dipakai, ini ditemukan di dalam kitab hukum yang bernama “makuta alam” dan di dalam kitab “safinatul hukum fi tahsilil khosam” yang di tulis oleh Syeh Jalaludin bin Syeh Muhammad Kamaludin, di dalam muqoddimah kitab hukum tersebut dinyatakan: “di dalam memeriksa perkara seorang, Hakim hendaklah memperhatikan hukum syara’, hukum adat serta adat dan resam.¹²⁴

a. Pengertian Hukum Waris Adat

Hukum adat adalah sistem hukum yang dikenal dalam lingkungan kehidupan sosial di Indonesia dan negara-negara Asia lainnya seperti Jepang, India, dan Tiongkok. Sumbernya adalah peraturan-peraturan hukum tidak tertulis yang tumbuh dan berkembang dan dipertahankan dengan kesadaran hukum masyarakatnya. Peraturan-peraturan ini tidak tertulis dan tumbuh kembang, maka hukum adat memiliki kemampuan menyesuaikan diri dan elastis. Penegak hukum adat adalah pemuka adat sebagai pemimpin yang sangat disegani dan besar pengaruhnya dalam lingkungan masyarakat adat untuk menjaga keutuhan hidup sejahtera.¹²⁵

Hukum waris adat adalah hukum penerus harta kekayaan dari suatu generasi kepada keturunannya, seperti yang dikemukakan oleh Ter Haar: “Hukum waris adat adalah aturan-aturan hukum yang

¹²⁴ H. Hilman Hadikusuma, *Pengantar Hukum Adat Indonesia*, (Bandung: Mandar maju, 1992), h. 9

¹²⁵ Supriyady, “Kedudukan Hukum Adat Dalam Lintasan Sejarah”, *Addin* Vol. 2 No. 1 Januari-Juli 2008, h. 221

mengatur cara bagaimana dari abad ke abad penerusan dan peralihan dari harta kekayaan yang berwujud dan tidak berwujud dari generasi pada generasi berikut”.¹²⁶

Menurut H. Zainudin Ali: “Hukum waris adat adalah serangkaian peraturan yang mengatur penerusan dan pengoperan harta peninggalan atau harta warisan dari suatu generasi ke generasi yang lain, baik yang berkaitan dengan harta benda maupun yang berkaitan dengan hak-hak kebendaan (materi dan nonmateri)”.¹²⁷

Sedangkan Soepomo mendefenisikan: “Hukum Adat Waris memuat peraturan-peraturan yang mengatur proses meneruskan serta mengoperkan barang-barang harta benda dan barang-barang yang tidak berwujud benda (*immateriele goenderen*) dari suatu angkatan manusia (*generatie*) kepada turunannya”.¹²⁸

Soerojo Wignjodipoero berpendapat: “Hukum adat waris meliputi norma-norma hukum yang menetapkan harta kekayaan baik yang bersifat materil maupun yang immateril dari seseorang yang telah meninggal dunia kepada ahli warisnya”.¹²⁹

b. Deskripsi Hukum Waris Adat di Indonesia

Sebagaimana yang kita ketahui bahwa eksistensi masyarakat adat di Indonesia diakui secara konstitusional sebagaimana diatur dalam UUD 1945 Amandemen ke-4 Pasal 18B ayat (2): “Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang”. Faktanya dalam tataran praktis misalnya UUD 1945 yang mengintrodukir Hak Menguasai Negara, diangkat dari Hak Ulayat, Hak Pertuanan yang secara tradisional diakui dalam hukum adat.

¹²⁶ Ter Haar, *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, Terjemahan R. Ng Surbakti Presponoto, Let. N. Voricin Vahveve, (Bandung, 1990), h.47

¹²⁷ Prof. Dr. H. Zainuddin Ali, MA, *Pelaksanaan Hukum waris Di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2008), h. 2

¹²⁸ Soepomo, *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, cetakan ke 13 (Jakarta: Pradnya Paramita, 1993), h. 79

¹²⁹ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat*, cetakan ke 8 (Jakarta: Haji Masagung, 1989), h. 161

Selain dilindungi oleh konstitusi, eksistensi masyarakat adat juga dilindungi dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (1) dan ayat (2) yang menentukan: Dalam rangka penegakan Hak Asasi Manusia perbedaan dan kebutuhan, dalam masyarakat hukum adat harus diperhatikan dan dilindungi oleh hukum, masyarakat, dan pemerintah. Identitas budaya masyarakat hukum adat termasuk hak atas tanah ulayat dilindungi, selaras dengan perkembangan jaman.

Mengingat hukum Adat adalah hukum yang mencerminkan kepribadian dan jiwa bangsa, maka diyakini bahwa sebagian pranata hukum Adat tentu masih relevan menjadi bahan dalam membentuk sistem hukum Indonesia.¹³⁰ Hukum Adat yang tidak lagi dapat dipertahankan akan lenyap dengan berjalannya waktu, sesuai dengan sifat hukum adat yang fleksibel dan dinamis (tidak statis).

Oleh karena itu hukum Adat adalah hukum yang hidup, karena merupakan penjelmaan perasaan hukum yang nyata dari rakyat. Sejalan dengan fitrahnya sendiri, hukum adat terus menerus dalam keadaan tumbuh dan berkembang seperti hidup itu sendiri.

Salah satu bagian dari Hukum Adat yaitu hukum waris adat. Hukum Waris adat memuat seluruh peraturan hukum yang mengatur pemindahan hak milik barang-barang dan harta benda karena kematian.

Dalam tertib parental semua harta benda kepunyaan kedua orang tua diwariskan sama rata kepada semua anak ahli waris. Harta pusaka dalam tertib ini terdiri dari harta milik sendiri dari yang meninggal ditambah dengan setengah dari harta bersama dalam perkawinan.

Suami atau istri yang masih hidup tidak mendapat bagian waris dari yang meninggal. Apabila yang meninggal tidak memiliki anak, harta bersama akan jatuh ke tangan saudaranya yang masih hidup, dan apabila tidak ada saudara, harta bersama akan menjadi warisan keluarga dari kedua belah pihak. Pada tertib patrilineal hanyalah anak laki-laki yang mendapat warisan dari bapak dan ibunya, dan berhak atas semua harta benda. Apabila yang meninggal

¹³⁰ Ratna Winahyu Lestari Dewi, "Peranan Hukum Adat dalam Pembangunan Dan Pembangunan KUHP Nasional", *Jurnal Perspektif* Vol. X No. 3 Edisi Juli, Tahun 2005.

tidak mempunyai anak laki-laki maka bagian warisnya itu akan jatuh pada kakeknya dari bapak yang mewariskan, demikian pula dengan harta pusaka. Apabila kakeknya sudah meninggal maka anak-anak dari kakek itu (saudara laki-laki yang mewariskan) menjadi ahli waris.

Pada tertib matrilineal yang menjadi ahli waris adalah semua anak-anak, akan tetapi biasanya hanyalah anak-anak dari si Ibu. Bila yang meninggal laki-laki maka yang menjadi ahli waris adalah saudara-saudaranya yang perempuan beserta anak-anak mereka.

Politik hukum nasional dalam hal perwarisan adalah menyerahkan pada hukum adat masing-masing, hukum Islam pada masyarakat yang beragama Islam. Berdasarkan hal ini maka eksistensi hukum waris adat masih diperlukan sebagai landasan hukum proses perwarisan. Negara mengakui mekanisme pembagian waris oleh masyarakat berdasarkan hukum waris adat, dan apabila terjadi perselisihan hakim akan memutuskan perkara dengan berpedoman pada hukum adatnya masing-masing sepanjang bukan yang beragama Islam, tetapi apabila mereka beragama Islam maka akan di putus sesuai dengan hukum Islam. Se jauh ini Negara tidak hendak melakukan unifikasi terhadap hukum waris, karena permasalahan waris merupakan bidang hukum tidak netral (sensitif).

Upaya unifikasi hukum waris menjadi satu hukum waris nasional akan berdampak pada terjadinya disintegrasi bangsa. Oleh karenanya hukum waris nasional terdiri atas hukum waris adat dan hukum waris Islam, di mana hukum waris adat terdiri atas hukum waris masing-masing masyarakat adat.

Terkait dengan permasalahan perwarisan hukum pertalian sanak. Sistem perwarisan masyarakat adat sangat dipengaruhi oleh susunan pertalian yang dianutnya. Pada masyarakat yang mengambil garis keturunan berdasarkan susunan pertalian matrilineal akan berbeda sistem perwarisannya dengan masyarakat patrilineal dan parental. Dikarenakan hukum waris nasional adalah hukum waris masing-masing masyarakat adat maka keberadaan hukum pertalian sanak atau hukum keluarga tidak dapat dipisahkan keberadaannya dari hukum waris adat.

Pandangan hukum adat terhadap hukum kewarisan sangat ditentukan oleh persekutuan hukum adat itu sendiri. Beberapa persekutuan itu di antaranya pertama persekutuan genealogis (berdasarkan keturunan) dan persekutuan territorial (berdasarkan kependudukan yakni persekutuan hukum teritorial).

Di dalam persekutuan yang geneologis, anggota-anggotanya merasa diri terikat satu sama lain, karena mereka berketurunan dari nenek moyang yang sama, sehingga diantara mereka terdapat hubungan keluarga. Sementara persatuan hukum territorial anggota-anggotanya merasa terikat satu sama lain karena mereka bertempat kedudukan di suatu daerah yang sama.

Persekutuan geneologis disebut desa atau gampong di Aceh dan sebagian daerah melayu Sumatera. Sedangkan persekutuan hukum yang dipengaruhi territorial dan geneologis terdapat di beberapa daerah seperti Mentawai yang disebut Uma, di Nias disebut Euri di Minangkabau disebut dengan Nagari dan di Batak disebut Kuria atau Huta.

Persekutuan geneologis terbagi menjadi tiga tipe tata susunan yaitu patrilineal (kebapaan), matrilineal (keibuan) dan parental (bapak-ibu).

Menurut sistem *patrilineal* ini keturunan diambil dari garis bapak, yang merupakan pancaran dari bapak asal dan menjadi penentu dalam keturunan anak cucu. Oleh karenanya perempuan tidak menjadi saluran darah yang menghubungkan keluarga. Perempuan yang kawin dengan laki-laki ikut dengan suaminya dan anaknya menjadi keluarga ayahnya. Sistem pertalian seperti ini terjadi di Nias, Gayo, Batak dan sebagian di Lampung, Bengkulu, Maluku dan Timor. Dalam hukum waris, persekutuan ini lebih mementingkan keturunan anak laki-laki daripada anak perempuan.

Sistem *matrilineal* adalah keturunan yang berasal dari Ibu, sehingga yang menjadi ukuran hanyalah pertalian darah dari garis ibu yang menjadi ukuran dan merupakan suatu persekutuan hukum. Perempuan yang kawin tetap tinggal dan termasuk dalam gabungan keluarga sendiri, sedangkan anak-anak mereka masuk dalam keturunan ibunya. Sistem matrilineal ini terdapat di Minangkabau, Kerinci, Semendo dan beberapa daerah Indonesia Timur.

Sesuai dengan persekutuannya, matrilineal lebih menghargai ahli waris dari pihak perempuan daripada ahli waris dari pihak laki-laki. Selama masih ada anak perempuan, anak laki-laki tidak mendapatkan tirkah.

Selanjutnya pertalian darah dilihat dari kedua sisi, bapak dan ibu serta nenek moyang. Kedua keturunan sama-sama penting bagi persekutan ini (bilateral). Golongan masyarakat inilah yang meletakkan dasar-dasar persamaan kedudukan antar suami dan isteri di dalam keluarga masing-masing.¹³¹

Di dalam hukum waris adat dikenal beberapa prinsip yaitu:

- 1) Prinsip azas umum yang menyatakan “Jika pewarisan tidak dapat dilaksanakan secara menurun, maka warisan ini dilakukan secara ke atas atau ke samping. Artinya yang menjadi ahli waris ialah pertama-tama anak laki atau perempuan dan keturunan mereka. Kalau tidak ada anak atau keturunan secara menurun, maka warisan itu jatuh pada ayah, nenek dan seterusnya keatas. Kalau ini juga tidak ada, yang mewarisi adalah saudara-saudara sipeninggal harta dan keturunan mereka yaitu keluarga sedarah menurut garis ke samping, dengan pengertian bahwa keluarga yang terdekat mengecualikan keluarga yang jauh”.
- 2) Prinsip penggantian tempat (Plaats Vervulling) yang menyatakan bahwa jika seorang anak sebagai ahli waris dari ayahnya, dan anak tersebut meninggal dunia maka tempat dari anak itu digantikan oleh anak-anak dari yang meninggal dunia tadi (cucu dari sipeninggal harta). Dan warisan dari cucu ini adalah sama dengan yang akan diperoleh ayahnya sebagai bagian warisan yang diterimanya. Dikenal adanya lembaga pengangkatan anak (adopsi), di mana hak dan kedudukan juga bisa seperti anak sendiri (Kandung) “Pembagian harta warisan menurut hukum adat umumnya tidak menentukan kapan waktu harta warisan itu akan dibagi atau kapan sebaiknya diadakan pembagian, begitu pula siapa yang menjadi juru bagi tidak ada ketentuannya. Menurut adat kebiasaan waktu pembagian setelah wafat pewaris dapat dilaksanakan setelah upacara

¹³¹ Sudarsono. *Hukum Waris dan Sistem Bilateral*. (Jakarta: Rineka Cipta.1991), h. 6

sedekeh atau selamatan yang disebut tujuh hari, empat puluh hari, seratus hari, atau seribu hari setelah pewaris wafat. Sebab pada waktu-waktu tersebut para anggota waris berkumpul.

Di samping sistem kekeluargaan yang sangat berpengaruh terhadap pengaturan hukum waris adat, terutama terhadap penetapan ahli waris dan bagian harta peninggalan yang diwariskan, hukum waris adat mengenal tiga sistem kewarisan, yaitu:

1) Sistem Kewarisan Individual

Ciri Sistem Kewarisan Individual, ialah bahwa harta peninggalan itu terbagi-bagi pemilikannya kepada para waris, sebagaimana berlaku menurut KUH Perdata (Kitab Undang-Undang Hukum Perdata), dan Hukum Islam, begitu pula berlaku di lingkungan masyarakat adat seperti pada keluarga-keluarga Jawa, yang parental, atau juga pada keluarga-keluarga Lampung yang patrilineal. Pada umumnya sistem ini cenderung berlaku di kalangan masyarakat keluarga mandiri, yang tidak terikat kuat dengan hubungan kekerabatan. Pada belakangan ini di kalangan masyarakat adat yang modern, di mana kekuasaan penghulu- penghulu adat sudah lemah, dan tidak ada lagi milik bersama, sistem ini banyak berlaku. Kebaikan sistem individual ini adalah dengan adanya pembagian, maka pribadi-pribadi waris mempunyai hak milik yang bebas atas bagian yang telah diterimanya. Para waris bebas menentukan kehendaknya atas harta warisan yang menjadi bagiannya, ia bebas untuk mentransaksikan hak warisannya itu kepada orang lain. Kelemahannya, ialah bukan saja pecahnya harta warisan, tetapi juga putusannya hubungan kekerabatan antara keluarga waris yang satu dan yang lainnya. Hal mana berarti, lemahnya asas hidup kebersamaan dan tolong-menolong antara keluarga yang satu dan keluarga yang lain yang seketurunan.¹³²

2) Sistem Kewarisan Kolektif

Ciri sistem kewarisan kolektif, ialah bahwa harta peninggalan itu diwarisi/dikuasai oleh sekelompok waris dalam keadaan tidak terbagi-bagi, yang seolah-olah merupakan suatu badan hukum

¹³² I.G.N. Sugangga, *Hukum Waris Adat*, (Semarang: UNDIP, 1995), h. 11

keluarga kerabat (badan hukum adat). Harta peninggalan itu di sebut hartou menyayanak di Lampung, dalam bentuk bidang tanah kebun atau sawah, atau rumah bersama (di Minangkabau-Gedung).¹³³

3) Sistem Kewarisan Mayorat

Ciri sistem kewarisan mayorat, adalah bahwa harta peninggalan orang tua atau harta peninggalan leluhur kerabat tetap utuh tidak dibagi-bagi kepada para waris, melainkan dikuasai oleh anak tertua laki-laki (mayorat laki-laki) di lingkungan masyarakat patrilineal Lampung dan juga Bali, atau tetap dikuasai anak tertua perempuan (mayorat wanita) di lingkungan masyarakat matrilineal semendo di Sumatera Selatan dan Lampung. Bagi masyarakat adat Lampung Pesisir, penduduknya menggunakan sistem kewarisan mayorat laki-laki. Sistem kewarisan mayorat hampir sama dengan sistem kewarisan kolektif, hanya penerusan dan pengalihan hak penguasa atas harta yang tidak terbagi-bagi itu dilimpahkan kepada anak tertua yang bertugas sebagai pemimpin rumah tangga atau kepala keluarga menggantikan kedudukan ayah atau ibu sebagai kepala keluarga. Diserahkannya hak penguasaan atas seluruh harta kepada anak laki-laki tertua, bagi masyarakat Adat Lampung Pesisir, maksudnya adalah sebagai penerus tanggung jawab orang tua yang wafat, untuk bertanggung jawab atas harta peninggalan dan kehidupan adik-adiknya yang masih kecil, hingga mereka dapat berdiri sendiri. Di daerah Lampung yang memimpin, mengurus, dan mengatur penguasaan harta peninggalan adalah anak punyimbang, yaitu anak lelaki tertua dari isteri tertua.¹³⁴ Kelemahan dan kebaikan sistem kewarisan mayorat, adalah terletak pada kepemimpinan anak tertua dalam kedudukannya sebagai pengganti orang tua yang telah wafat, dalam mengurus harta kekayaan dan memanfaatkannya guna kepentingan semua anggota keluarga yang ditinggalkan. Hal ini disebabkan, karena anak tertua bukanlah sebagai pemilik harta peninggalan secara perseorangan, tetapi sebagai pemegang mandat orang tua yang dibatasi oleh musyawarah keluarga, dibatasi oleh

¹³³ Hilman Hadikusuma, *Hukum Waris Adat*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), h. 16

¹³⁴ *Ibid*, h. 28

kewajiban mengurus orang tua yang dibatasi oleh musyawarah keluarga yang lain, dan berdasarkan atas tolong-menolong oleh bersama untuk bersama.¹³⁵

c. Aspek Teologis Hukum Waris Adat di Indonesia

Di dalam sistem hukum adat, apabila diperhatikan memiliki ciri yang serupa dengan hukum Islam dalam kaitannya dengan aspek ketuhanan (teologis). Menurut Prof. R. Soepomo, ciri-ciri yang menonjol dalam hukum adat adalah: (1) sifat kebersamaan yang kuat, (2) adanya unsur magisreligius, (3) Cara berpikir yang konkrit, dan (4) sifat yang visuil.¹³⁶

Di sinilah tampak bahwa sesungguhnya Hukum Adat itu sifatnya memang tidak terlepas dari aspek ketuhanan. Tentunya berbeda dengan Hukum Islam, keterkaitan hukum dengan Tuhan dalam pandangan masyarakat adat bukanlah dalam pengertian Tuhan sebagai sumber hukum (norma) langsung melalui proses 'pewahyuan' seperti dalam pandangan Islam. Hukum dalam masyarakat adat itu justru lahir dan tumbuh sebagai hasil dari pengalaman manusiawi belaka. Tetapi, bagaimanapun juga hal ini tetap tidak dipisahkan dari persepsi kepercayaan dan ketuhanan mereka.

Demikian juga dengan hukum waris adat yang umumnya berlaku di wilayah Indonesia tidak bisa lepas dari pengaruh agama yang dianut oleh komunitas adat tersebut. Demikian pula sebaliknya komunitas adat yang beragam dengan agama yang sama bukan berarti hukum warisnya menjadi sama. Artinya Hukum waris Islam yang dianut oleh komunitas adat tertentu masing-masing mempunyai ciri khas tersendiri.

Salah satu contoh pembagian waris dalam komunitas adat yang beragama Islam yaitu pada masyarakat Bugis, Menurut hukum Islam, warisan dibagi atas dasar laki-laki mendapat dua bagian dari bagian yang didapatkan perempuan. Namun demikian, praktik ini justru tidak dipilih dalam masyarakat Bugis. Pembagian warisan

¹³⁵ *Ibid*, h. 30

¹³⁶ Lihat. Dr. Soerjono Soekamto, SH. MA., *Masalah Kedudukan dan Peranan Hukum Adat*, (Jakarta: Academica, 1979), h 14.

didasarkan pada persetujuan di antara keluarga yang berhak menerima warisan. Keturunan langsung seseorang yang meninggalkan warisan mengadakan musyawarah dan menentukan bagian masing.

Pembagian waris bukan didasarkan pada jenis kelamin. Tetapi beberapa pertimbangan yang muncul adalah keadaan ekonomi keluarga masing-masing, jika sudah berkeluarga. Sementara bagi yang masih bujang biasanya mendapat bagian lebih besar. Adapun anak bungsu selalu mendapatkan rumah beserta isinya. Atau saudara yang memelihara orang tua sampai wafatnya.¹³⁷

d. Aspek Filosofis Hukum Waris Adat di Indonesia

Adapun yang dimaksud dengan aspek filosofis dari Hukum Waris Adat adalah nilai-nilai dan sifat Hukum Waris Adat itu sangat identik dengan nilai dasar pengetahuan, yang di dalamnya terkandung nilai, religio, keadilan. Dan hak asasi manusia yang mengkristal di dalam Hukum Waris Adat yang berlaku.

Salah satu contoh yaitu budaya matrilineal di Minangkabau yang juga mengandung nilai-nilai filosofis, hal ini dapat kita amati dari nilai *feminism* di dalam masyarakat adat minangkabau yaitu bahwa budaya matrilineal masyarakat adat Minangkabau memposisikan perempuan menjadi sangat berharga dan menjadikan perempuan memiliki hak-hak penuh di kalangan luar rumah, sehingga para perempuan Minangkabau memiliki kepercayaan diri yang lebih dari pada yang lain.

Persoalan feminisme dalam budaya matrilineal adat Minangkabau di Sumatera Barat pada hakikatnya merupakan budaya yang menjadi cikal bakal bagi gerakan feminisme di Indonesia.¹³⁸ Di dalam budaya matrilineal di Minangkabau menempatkan posisi perempuan sebagai posisi yang menentukan kehidupan masyarakat dan keberlangsungan keturunannya. Tetapi hal tersebut tidaklah menjadi suatu hal yang begitu saja menguntungkan bagi masyarakat

¹³⁷ Ismail Suardi Wekke, "Islam dan Adat: Tinjauan Akulturasi Budaya dan Agama Dalam Masyarakat Bugis", *Jurnal Analisis*, Volume VIII, Nomor 1, Juni 2013, h.42-43

¹³⁸Iva Ariani, "Nilai Filosofis Budaya Matrilenial di Minangkabau (relevensinya bagi pengembangan hak-hak perempuan di Indonesia)", *Jurnal Filsafat*, Fakultas Filsafat, Universitas Gajah Mada, Vol. 25, No.1, 2015

Minangkabau. Posisi dan kedudukan perempuan beserta keluarganya yang sangat dominan tersebut terkadang menjadikan posisi laki-laki justru sebagai posisi yang terjepit dan tidak mendapatkan penghargaan yang sepatutnya.

Kedudukan dan posisi perempuan yang kuat, terutama berkaitan dengan persoalan warisan menjadikan posisi perempuan memiliki kedudukan yang kuat dalam lingkungan sosial kemasyarakatan dikarenakan perempuan yang dianggap memiliki harta dalam keluarga. Kekuatan materi tersebut yang menjadikan perempuan di Minangkabau memiliki kepercayaan diri untuk bisa menduduki posisi yang penting di ranah publik.

Kedudukan perempuan sebagai kekuatan adat yang memiliki hak pewarisan yang berbeda dengan laki-laki juga menjadikan perempuan Minangkabau memiliki kekuatan materi apabila mendapati suaminya berpoligami.

B. Wasiat Wajibah

1. Pengertian Wasiat Wajibah

Menurut etimologi, kata wasiat artinya berpesan, menetapkan, memerintah, mewajibkan, dan mensyariatkan. Akan tetapi, menurut Fathurrahman Djamil, kata wasiat (الوصية) diambil dari kata *washaitu*

al-Syai, ūshīhi (وصيت الشئ ، او وصيته) artinya *aushiltuhu* (اوصيته) aku menyampaikan sesuatu. Maka orang yang berwasiat disebut *al-Mūshī*.¹³⁹ Secara umum, kata wasiat disebutkan dalam al-Qur'an sebanyak 9 kali, dalam bentuk kata kerja 14 kali, dan dalam bentuk kata benda sebanyak 2 kali. Hal yang berhubungan dengan wasiat ini seluruhnya disebut dalam al-Qur'an sebanyak 25 kali.¹⁴⁰

Sedangkan secara terminologi, Sayid Sabiq¹⁴¹ menta'rifkan wasiat sebagai berikut:

هبة الاءنسان غيره عينا أو دينا أو منفعة على أنيملكالموصى له
بعدالموت الموصى

¹³⁹ H. Fathurrahman Djamil, "Wasiat: Makna, Urgensi dan Kedudukannya dalam Islam", dalam *Mimbar Hukum*, No. 38 Thn IX, 1998.

¹⁴⁰ Abdul Manan, "Beberapa Masalah Hukum Tentang Wasiat dan Permasalahannya

Dalam Konteks Kewenangan Peradilan Agama, dalam *Mimbar Hukum* No. 38 Tahun IX 1998, h. 23.

¹⁴¹ Sayid Sabiq, *Fiqh al-Sunnah*, (Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi, 1987) h. 417.

Artinya: Pemberian seseorang kepada orang lain, berupa benda, hutang, atau manfaat agar sipenerima wasiat memiliki pemberian itu setelah si pewasiat meninggal dunia.

Dr. Subhi Mahmarshshani¹⁴² mengutip definisi yang diberikan oleh para Fuqaha sebagai berikut :

تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع

Proses pemilikan yang disandarkan kepada sesuatu setelah kematian dengan jalan sukarela (tabarru’).

Pengertian di atas memberikan pemahaman bahwa wasiat itu sebagai tindakan sukarela pewasiat memberikan hak atau benda kepada orang lain tanpa mengharapkan imbalan (*tabarru’*), yang pelaksanaannya setelah meninggal si pewasiat. Dari sini dapat disimpulkan, sebagaimana dikemukakan oleh Nurchozin, dalam Hukum Islam, wasiat itu merupakan salah satu lembaga pemindahan hak tanpa imbalan apa pun.¹⁴³

Sementara itu, Sajuti Thalib memberikan pengertian wasiat sebagai, pernyataan kehendak oleh seseorang mengenai apa yang akan dilakukan terhadap hartanya sesudah dia meninggal kelak.¹⁴⁴

Pengertian ini senada dengan pengertian yang diberikan oleh Kompilasi Hukum Islam yang menyebutkan bahwa wasiat adalah pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia.¹⁴⁵

Di dalam KUHPerdara istilah wasiat di padukan dengan surat, jadi “surat wasiat” didefenisikan sebagai: “Adapun yang dinamakan

¹⁴² Subhi Mahmarshshani, *al-Mabadi al-Syar’iyah wa al-Qanuniyah*, (Beirut: Dar al-Qalam Li al-Malayin, 1967) h. 151.

¹⁴³ H. Nurchozin, *Bentuk-Bentuk, Persyaratan Dan Kekuatan Hukum Wasiat Menurut Hukum Islam*, dalam *Mimbar Hukum* No. 38 Thn IX, 1998, h. 10.

¹⁴⁴ Sajuti Thalib, *Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, Cek. VII, 2002) h. 104.

¹⁴⁵ *Kompilasi Hukum Islam*, pasal 171 huruf f.

surat wasiat atau testamen ialah suatu akta yang memuat pernyataan seorang tentang apa yang dikehendakinya akan terjadi setelah ia meninggal dunia, dan yang olehnya dapat dicabut kembali.”¹⁴⁶

Sedangkan menurut Abdul Manan *wasiat wajibah*, adalah suatu tindakan pembebanan yang dilakukan oleh penguasa atau hakim sebagai aparat negara atau lembaga yang berwenang atas harta seseorang yang telah meninggal dunia, tanpa berwasiat secara sukarela, untuk diberikan kepada orang tertentu.¹⁴⁷

2. Sejarah Perkembangan Wasiat Wajibah

Sepanjang penelitian yang dilakukan oleh penulis, istilah wasiat wajibah pertama kali dipergunakan di Mesir melalui Undang-Undang Wasiat Nomor 71 Tahun 1946.¹⁴⁸ Ini berarti, sebelum perundang-undangan Mesir mengadopsinya, istilah wasiat wajibah tidak dipergunakan bagi penyebutan wasiat yang diwajibkan oleh penguasa dan diberikan kepada kerabat yang terhijab, baik *dzawil arham* maupun *ghairu warits*.

Jauh sebelum Undang-undang Mesir, Ibn Hazm adalah salah seorang ulama yang memperkenalkan teori wasiat wajibah, walaupun ketika itu beliau tidak menggunakan istilah wasiat wajibah.

Sebagai tokoh pengembang teori wasiat wajibah, yang konsisten dengan pendapatnya bahwa wasiat itu wajib bagi kerabat *ghairu warits*, tetapi beliau tidak mempergunakan istilah *wasiat wajibah*. Beliau hanya menyebutnya dengan istilah wajib berwasiat (*wajib al-Washiat*) atau dalam al-Muhalla dipergunakan istilah fardhu (*al-Washiat fardhu 'ala kulli muslim* atau *wafuridha 'ala kulli muslim an yusha*).¹⁴⁹ Wahbah al-Zuhaili menuturkan bahwa sudah jelas menurut pendapat mayoritas ahli hukum Islam, di antaranya

¹⁴⁶ Pasal 875, Kitab Undang-undang Hukum Perdata

¹⁴⁷ Abdul Manan, *Ibid*, hal 25.

¹⁴⁸ M.Atho Mudzhar, *Membaca Gelombang Ijtihad: Antara Tradisi dan Liberasi* (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1988) h. 163. Literatur lainnya, baik yang berbahasa Arab maupun yang berbahasa Indonesia menyebutkan bahwa istilah wasiat wajibah pertama kali dipergunakan dalam Undang-Undang Wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946.

¹⁴⁹ Ibn Hazm, *Ibid*, h. 312-314.

Imam empat madzhab, sesungguhnya wasiat bagi kerabat itu dianjurkan (*mustahabah*), tidak diwajibkan kepada seseorang untuk berwasiat kecuali yang menyangkut hak Allah dan hak hamba.

Sedangkan sebagian ahli hukum Islam lainnya seperti Ibn Hazm al-Zhahiri, al-Thabari dan Abu Bakar bin abd al-'Aziz dari kalangan Hanabilah menyatakan, sesungguhnya wasiat itu wajibah, *diyana*h dan *qadha'an* bagi kedua orang tua dan kerabat yang tidak mewarisi karena terhijab atau karena terlarang seperti berbeda agama. Jika orang meninggal tidak berwasiat, maka ahli warisnya atau orang yang diberi wasiat wajib untuk mengeluarkan dari harta orang meninggal tersebut dan menyerahkannya kepada orang tua *ghairu warits*.

Di dalam Perundang-undangan Mesir (melalui Pasal 76-79 Undang-Undang Nomor 71 Tahun 1946) dan Perundang-undangan Syria (melalui Pasal 257 Undang-Undang al- Ahwal al-Syahshiyah Tahun 1953) mengambil alih pendapat kedua dan mewajibkan wasiat untuk sebagian ahli waris yang terhalang di antaranya cucu-cucu yang ayahnya meninggal terlebih dahulu. Padahal dalam hukum kewarisan Islam, cucu-cucu tersebut tidak memperoleh bagian karena ada paman (saudara ayah), sedangkan dalam beberapa kondisi mereka sangat membutuhkannya. Undang-Undang Mesir dan Syria tersebut menetapkan hukum wasiat wajibah sebagai jalan keluarnya yang sejalan dengan syari'at Islam atas dasar kemaslahatan.¹⁵⁰

Konsep wasiat wajibah sebagaimana dikenal dalam perundang-undangan Mesir, sesungguhnya dalam hukum kewarisan Islam Indonesia terakomodasi dalam Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam, tetapi memang tidak menggunakan istilah wasiat wajibah, tetapi menggunakan istilah ahli waris pengganti, sedangkan istilah wasiat wajibah itu sendiri tercantum dalam Pasal 209.

Pasal 185 KHI ayat (1): "Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 173."

¹⁵⁰ Wahbah al-Zuhaili, Juz VIII, *Ibid*, h. 122.

Ayat (2): Bagian ahli waris Pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.”

Pasal 209 KHI ayat (1): “Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan pasal 176 sampai dengan pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta wasiat anaknya.”

Ayat (2): “Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatanya.”

Menurut H.M. Atho Mudzhar, mengenai wasiat wajibah terhadap cucu yatim, Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam menyatakan bahwa ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya. Pasal ini, menurut H.M. Atho Mudzhar, sesuai dengan ijthihad para ulama Mesir yang melalui Hukum Waris 1946 menyatakan bahwa seorang anak yang lebih dahulu meninggal dunia dan meninggalkan anak pula maka si cucu menggantikan ayahnya dalam mewarisi kakeknya atau neneknya dengan cara memperoleh wasiat wajibah tidak lebih dari sepertiga harta.¹⁵¹

Dengan demikian, wasiat wajibah sebagaimana dikenal di Mesir dan beberapa negara Islam lainnya, di Indonesia diterapkan dalam konsep pengganti ahli waris, suatu istilah yang diintroduksi oleh Hazairin sebagai padanan *bij plaatsvervulling* dalam BW. Seperti dikemukakan oleh H. Roichan A. Rasyid bahwa Pengganti ahli waris dikenal dalam istilah hukum BW dengan *bij plaatsvervulling* (Belanda) atau *wasiat wajibah* (Arab/Fiqh Mawaris).¹⁵² Ini berarti bahwa Kompilasi Hukum Islam melalui Pasal 185 menempuh jalan dengan *Pengganti ahli waris* bagi cucu- cucu dari pewaris yang ayah/ibunya meninggal lebih dahulu dari pewaris,

¹⁵¹ H.M. Atho Mudzhar, “Hukum Keluarga Di Dunia Islam Modern; Suatu Studi Perbandingan” dalam *Mimbar Hukum*, Nomor 12 Tahun 1994, h. 31-32.

¹⁵² H. Roichan A. Rasyid, “Pengganti Ahli Waris Dan *Wasiat Wajibah*”, dalam *Mimbar Hukum* Nomor 23 Tahun 1995, h. 54.

sedangkan negara-negara Islam lainnya kebanyakan menempuh jalan dengan *wasiat wajibah*.¹⁵³

Penetapan wasiat wajibah untuk memberikan hak atau bagian harta kepada orang-orang yang secara kekerabatan mempunyai hubungan darah, tetapi kedudukannya termasuk klasifikasi *Dzawil Arham* atau *Ghairu Warits* seperti cucu laki-laki garis perempuan atau cucu perempuan garis perempuan, merupakan kompromi hukum. Seperti dikemukakan oleh Abdul Manan, dasar hukum penentuan wasiat wajibah adalah kompromi dari pendapat ulama salaf dan khalaf.¹⁵⁴

Mengutip pendapat Fatchur Rahman, ia merinci dasar hukum yang dikompromikan dari ulama salaf dan khalaf tersebut sebagai berikut:

- a. Tentang kewajiban berwasiat kepada kerabat-kerabat yang tidak menerima pusaka, diambil dari pendapat-pendapat Fuqaha dan Tabi'in besar ahli hukum Islam (Faqih) dan ahli hadits, antara lain Sa'id Ibnu al-Musayyab, Hasan al-Basri, Thawus, Ahmad, Ishaq Ibnu Rahawaih dan *Ibnu Hazm*;
- b. Pemberian sebagian harta peninggalan si mati kepada kerabat-kerabat yang tidak menerima pusaka yang berfungsi sebagai wasiat wajibah bila si mati tidak berwasiat, diambil dari pendapat *Ibnu Hazm* yang dinukilkan dari Fuqaha tabi'in dan pendapat Imam Ahmad;
- c. Pengkhususan kerabat-kerabat yang tidak dapat menerima pusaka kepada cucu-cucu dan pembatasan penerimaan sebesar sepertiga peninggalan adalah didasarkan kepada pendapat *Ibnu Hazm* dan kaidah syari'ah yang mengatakan:

ان لولي الأمر أن يأمر بالمباح لما يراه من المصلحة العامة وممتى امر به
وجبت طاعته

¹⁵³ *Ibid*, h. 59.

¹⁵⁴ Abdul Manan, *Ibid*.

*Artinya: Sesungguhnya pemegang kekuasaan (wali al-Amr) mempunyai wewenang memerintahkan perkara yang diperbolehkan yang menurut pendapatnya hal itu akan membawa kemaslahatan umum. Apabila penguasa menetapkan demikian, wajiblah ditaati.*¹⁵⁵

Fatchur Rahman mengemukakan pula tentang munculnya wasiat yang ditetapkan oleh Penguasa atau hakim, yang kemudian dikenal dengan wasiat wajibah itu dikarenakan:

- a. Hilangnya unsur ikhtiar bagi orang yang memberi wasiat dan munculnya kewajiban melalui perundang-undangan atau surat keputusan tanpa tergantung pada kerelaan orang yang berwasiat dan persetujuan orang yang menerima wasiat;
- b. Ada kemiripan dengan ketentuan pembagian harta pusaka dalam penerimaan laki-laki dua kali lipat bagian perempuan;¹⁵⁶

Pendapat ini sejalan dengan pernyataan yang dikemukakan oleh Wahbah al-Zuhaili. Menurutnya, status wasiat wajibah tidak sama dengan *wasiat ikhtariyah* karena tidak ada ijab kabul, ia lebih menyerupai kewarisan dalam hal bagian laki-laki memperoleh bagian dua orang perempuan. Kerabat yang lebih tinggi derajatnya menghibab terhadap kerabat yang lebih rendah derajatnya, dan kerabat yang lebih rendah menempati posisi kerabat yang lebih tinggi derajatnya dan mengambil bagiannya.¹⁵⁷

Sedangkan orang yang berhak menerima wasiat wajibah adalah cucu-cucu laki-laki maupun perempuan, baik pancar laki-laki maupun pancar perempuan yang orang tuanya mati mendahului atau bersama-sama dengan kakek atau neneknya.

Wasiat wajibah sebagaimana dikemukakan di atas, menurut Abdul Manan, mempunyai titik singgung dengan hukum kewarisan Islam yang apabila dilaksanakan akan menimbulkan banyak persoalan yang memerlukan solusi penyelesaian dengan sebaik-

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid*, h. 26. Fatchur Rahman, *Ilmu Waris*, Cet. III, (Bandung: Al-Ma'arif,1987) h. 63.

¹⁵⁷ Wahbah al-Zuhaili, Juz VIII, *Ibid*, h. 123.

baiknya agar prinsip keadilan dan kemanusiaan dapat ditegakkan sebagaimana dikehendaki oleh hukum kewarisan itu sendiri.¹⁵⁸

Sebelum sampai pada bahasan yang bersifat *komprehensif* dan menyeluruh tentang wasiat wajibah, prioritas perhatian penulis dalam disertasi ini terfokus pada dasar hukum wasiat dan wasiat wajibah serta komentar para ahli hukum Islam tentang kedua *term* tersebut.

Dasar hukum wasiat adalah Firman Allah :¹⁵⁹

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ
بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

Artinya: *Diwajibkan atasmu, bila kematian merenggut salah seorang di antara kamu, jika ia meninggalkan harta peninggalan, berwasiat kepada kedua orang tua dan kerabat-kerabat secara adil, sebagai suatu kewajiban bagi orang-orang yang taqwa.*

Dalam menafsirkan ayat ini, kebanyakan ahli tafsir di antaranya Muhammad Ali al-Sayis menyatakan bahwa yang dimaksud dengan firman Allah *Kutiba 'alaikum* (كُتِبَ عَلَيْكُمْ) dalam ayat tersebut adalah *furidha 'alaikum* (أَرْضَعُ عَلَيْكُمْ) yang artinya *diwajibkan atas kamu*.¹⁶⁰ Hal senada juga diberikan oleh Ahmad Mushthafa al-Maraghi yang mengutip pendapat jumhur ulama dan para Imam salaf. Akan tetapi, ia juga menyitir adanya riwayat dari sebagian sahabat yang menyatakan bahwa wasiat itu diperuntukkan bagi selain ahli waris. Meskipun demikian, menurut al-Maraghi, sebagian Imam membolehkan wasiat kepada ahli waris dengan spesifikasi ahli waris tersebut lebih membutuhkan harta warisan karena miskin dan tidak mampu bekerja yang menghasilkan untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Dengan demikian, menurut al-Maraghi, jika

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Q.S.Al-Baqarah ayat 180.

¹⁶⁰ Muhammad Ali al-Sayis, *Tafsir Ayat al-Ahkam*, (tk,tp,tt) h. 55

tidak mempersamakan antara ahli waris yang kaya dengan ahli waris yang miskin akan terwujud kemaslahatan.¹⁶¹

Sedangkan firman Allah dalam ayat tersebut yang berbunyi *haqqan 'ala al-Muttaqin* (عقوا على المتقين), menurut Ibn Arabi, menjadi petunjuk bahwa wasiat itu tidak wajib hukumnya. Seandainya wasiat itu wajib, perintah wasiat semestinya ditujukan kepada semua orang Islam, tidak hanya kepada orang-orang bertaqwa saja. Karena dalam ayat ini, khitabnya hanya kepada orang-orang taqwa saja, maka hal ini menunjukkan bahwa wasiat itu tidak wajib.¹⁶²

Lebih tegas lagi menurut Ali al-Sayis, wasiat itu merupakan kewajiban yang mesti dilaksanakan oleh orang yang bertaqwa.¹⁶³ Penafsiran serupa juga diberikan oleh Ahmad Mushthafa al-Maraghi.¹⁶⁴

Sementara itu, Imam Ibnu Katsir berpendapat bahwa ayat 180 surat Al-Baqarah mengandung maksud adanya perintah membuat wasiat kepada orang tua dan para kerabat. Hal ini hukumnya wajib sebelum turun ayat tentang kewarisan. Akan tetapi, setelah turun ayat tentang kewarisan, hukum wasiat tersebut dihapus oleh ayat-ayat tentang kewarisan. Sistem kewarisan dengan pembagiannya yang pasti menjadi ketentuan yang harus diambil dan dipegangi oleh orang-orang yang berhak.¹⁶⁵

Dalam pada itu, Sayid Sabiq mencatat perbedaan para ulama mengenai wasiat yang dapat digolongkan pada tiga kelompok :

Pertama, pendapat yang menyatakan bahwa wasiat itu wajib bagi setiap orang yang meninggalkan harta, baik sedikit maupun banyak. Pendapat ini dipegangi oleh al-Zuhri dan Ibn Hazm.

Kedua, pendapat yang menyatakan bahwa wasiat itu wajib bagi orang tua dan para kerabat yang tidak mewarisi. Pendapat ini dipegangi oleh Masruq, Iyas Qatadah dan Ibn Jarir.

¹⁶¹ Ahmad Mushthafa al-Maraghi, *Tafsir al-Maraghi* (Mesir: Syarikah Maktabah wa Mathba'ah Mushthafa al-Bab al-Halabi, Cet. V, 1974) Juz I, h. 65-66.

¹⁶² Ibn al-'Arabi, *Ahkam al-Qur'an*, (Beirut ; Dar al-Kutub al-Ilmiah, 1988) h.104.

¹⁶³ Muhammad Ali al-Sayis, *Ibid*, h.57.

¹⁶⁴ Ahmad Mushthafa al-Maraghi, *Ibid*.

¹⁶⁵ Ismail Ibn Katsir, *Tafsir al-Qur'an al-Azhim*, (Beirut: Dar al-Ma'rifah, 19920), h.217.

Ketiga, pendapat yang menyatakan bahwa wasiat tidak wajib bagi orang yang meninggalkan harta sebagaimana pendapat pertama, baik bagi orang tua maupun para kerabat yang tidak mewarisi sebagaimana pendapat kedua. Pendapat ini dipegangi oleh Imam madzhab empat dan golongan Zaidiyah.¹⁶⁶

Ketika memegang pendapat bahwa wasiat itu tidak wajib hukumnya, mayoritas ahli hukum Islam (*Jumhur fuqaha*) mendasarkan pendapatnya kepada sabda Nabi berikut ini:

ما حق امرء مسلم له شيء يوصى فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عنده
مكتوبة

Artinya: *Tidak dibenarkan seorang muslim yang memiliki sesuatu yang mesti diwasiatkan bermalam dua malam, kecuali di sampingnya tertulis wasiat.*¹⁶⁷

Ibn Umar menyatakan sebagaimana dikutip oleh Sayid Sabiq, “Setelah mendengar hadits ini, aku tak pernah melewatkan malam tanpa tertulis wasiat di sampingku.”¹⁶⁸

Berangkat dari pendapat-pendapat di atas, dapat disimpulkan bahwa menurut kebanyakan Ulama, hukum wasiat adalah tidak wajib, karena kewajiban berwasiat telah dihapus oleh sistem kewarisan. Oleh karena itu, penulis sependapat dengan Taqiyuddin Abu Bakar al-Husaini ketika menyatakan bahwa pada permulaan Islam, wasiat itu wajib dengan seluruh harta bagi kerabat (*aqrabin*) berdasarkan firman Allah dalam surat al-Baqarah ayat 180, kemudian hal tersebut *dinasakh* oleh ayat *mawarits*.

Sedangkan pendapat yang menganut eksistensi wasiat wajibah, maka wasiat itu dianjurkan hanya sepertiga harta yang diperuntukkan bagi non ahli waris (*ghairu warits*).

Berdasarkan pola pemikiran serupa itulah kemudian kaum muslimin berijma' untuk menganjurkan wasiat dengan mendasarkan pada hadits Rasul riwayat Bukhari–Muslim yang tidak membenarkan

¹⁶⁶ Sayid Sabiq, *Ibid*, h. 420.

¹⁶⁷ HR Bukhari. Hadits yang serupa diriwayatkan oleh Iman Muslim seperti dikutip kemudian dengan redaksi (*matan*) agak berbeda, yaitu '*Tsalatsa layâl*' artinya tiga malam.

¹⁶⁸ Sayid Sabiq, *Ibid*, h. 418.

seorang muslim yang memiliki harta bermalam dua malam tanpa wasiat di sampingnya.¹⁶⁹

Meskipun mayoritas ahli hukum Islam (*jumhur Fuqaha*) berpendapat bahwa hadits tersebut jika dikaitkan dengan *kitab* disyariatkannya wasiat sebagaimana tersebut dalam surat Al-Baqarah ayat 180 dan ayat-ayat kewarisan lainnya, wasiat itu tidak wajib hukumnya, khususnya untuk kerabat terdekat (*aqrabin*). Akan tetapi, jika dikaitkan dengan *sifat hukum*, maka hukum wasiat bisa bermacam-macam. Adakalanya hukumnya menjadi wajib apabila wasiat itu ditujukan untuk membayar hutang atau mengembalikan barang titipan. Hukum wasiat menjadi sunnah, apabila wasiat tersebut ditujukan kepada para kerabat yang tidak menerima warisan atau untuk kebajikan secara umum. Sementara itu, hukum wasiat menjadi mubah apabila wasiat tersebut ditujukan untuk saudara dan para kerabat yang kaya. Dan adakalanya hukum wasiat menjadi haram apabila ditujukan untuk kejelekan dan kemaksiatan.¹⁷⁰

Seperti dikemukakan terdahulu, wasiat wajibah sebagai salah satu konsep fiqh ijthadiyyah yang lahir dari pemahaman ulama terhadap nash-nash yang menyelaraskan tentang wasiat, muncul sebagai kelanjutan dari perbedaan pendapat ulama fiqh sekitar hukum wasiat. Sebagian mereka mengatakan bahwa wasiat itu merupakan suatu kewajiban agama yang harus ditunaikan oleh setiap muslim, sedangkan sebagian ulama lain mengatakan tidak wajib.

Kajian lebih dalam terhadap perbedaan pendapat di kalangan ahli hukum Islam tentang hukum wasiat tersebut menunjukkan lebih disebabkan oleh adanya dua nash ayat yang berbeda yang sama-sama mengatur tentang pengalihan dan pembagian harta dari orang yang meninggal dunia kepada ahli waris yang ditinggalkannya. Dua ayat yang dimaksud itu adalah ayat wasiat dan ayat waris.

¹⁶⁹ Taqiyuddin Abu Bakar al-Husaini, *Kifayat al-Akhyar fi ghayat al-Ikhtishar*, jilid II (Qathar: Syu'un al-Diniyah, tt), h. 55-56.

¹⁷⁰ Wahbah Al-Zuhaili, *Fiqh al-Islam wa Adillatuh*, Cet.III, (Beirut: Dar al-Fikr, 1989) h. 12.

Adapun ayat wasiat dimaksud adalah Surat al-Baqarah (2) ayat 180:

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ
بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

Artinya: *Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, Berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertakwa.*

Jika menggunakan teori tentang garis hukum Hazairin sebagaimana dirilis kembali oleh Sajuti Thalib, maka ayat ini memberikan garis hukum sebagai berikut:

- a. Wasiat yang baik kepada ibu bapak dan *aqrabun* itu wajib bagi orang hendak meninggal dunia.
- b. Ketentuan wajib wasiat itu berlaku bagi orang yang bertaqwa.

Kedua garis hukum ini sifatnya tidak konstan, melainkan mengikuti pendapat para ahli hukum Islam mengenai hukum wasiat. Karena, di kalangan para ahli hukum Islam terdapat pro kontra terhadap kedudukan hukum wasiat sebagaimana akan dikemukakan kemudian.

Sedangkan ayat waris adalah surat al-Nisa' (4) ayat 7 sebagai berikut:

لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ
وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ ۗ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا

Artinya: *Bagi laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu bapak dan kerabatnya, dan bagi perempuan ada hak bagian dari dari harta peninggalan ibu bapa dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bagian yang telah ditetapkan.*¹⁷¹

¹⁷¹ *Ibid*, h. 116

Garis hukum yang dapat ditarik dari ayat tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Bagi anak laki-laki ada bagian warisan dari harta peninggalan ibu bapaknya.
- b. Bagi *aqrabun* (keluarga dekat) laki-laki ada bagian warisan dari harta peninggalan *aqrabun* (keluarga dekat yang laki-laki atau perempuan)-nya.
- c. Bagi anak perempuan ada bagian warisan dari harta peninggalan ibu bapaknya.
- d. Bagi *aqrabun* (keluarga dekat) perempuan ada bagian warisan dari harta peninggalan *aqrabun* (keluarga dekat yang laki-laki atau perempuan)-nya.
- e. Ahli waris itu ada yang mendapat warisan sedikit dan ada yang mendapat warisan banyak.
- f. Pembagian-pembagian itu ditentukan oleh Tuhan.¹⁷²

Seperti yang telah dikemukakan sebelumnya, kedua ayat di atas sama-sama mengatur tentang cara peralihan harta dari seorang yang meninggal dunia kepada ahli waris yang ditinggalkannya. Ayat pertama Q.S. al-Baqarah 180, menjelaskan tentang kewajiban terhadap orang yang telah mendekati masa kematiannya untuk berwasiat bagi ibu bapak dan kerabat yang akan ditinggalkannya. Sedangkan ayat kedua menjelaskan tentang ahli waris dan bagian-bagian harta peninggalan yang akan diterimanya.

Mayoritas ahli hukum Islam (ulama fiqh) dan kebanyakan ahli tafsir memandang kedua ayat di atas saling bertentangan (*ta'arrudh*), sehingga berlaku *nasikh* dan *mansukh* padanya. Menurut pendapat mereka, ayat tentang wasiat dinasakhkan oleh ayat waris dan sabda Nabi:

خطب رسول الله صلعم فقال : ان الله قد اعطى كل ذى حق حقة ولا
وصية لوارث

*Artinya: Rasulullah s.a.w. berkhotbah, beliau bersabda sesungguhnya Allah s.w.t. memberikan hak bagi setiap yang punya dan tidak ada wasiat bagi ahli waris.*¹⁷³

¹⁷² Sajuti Thalib, *Ibid*, h. 6-7.

Oleh sebab itu, kewajiban berwasiat untuk ibu bapak dan kerabat dengan turunnya ayat *mirats* tidak ada lagi. *Nasakh* ini berlaku baik bagi ahli waris yang mendapat bagian maupun bagi yang tidak mendapat bagian. Sebagian ulama lain seperti Abu Muslim al-Asfahani berpendapat, bahwa kedua ayat tersebut tidak saling bertentangan. Oleh karena itu, tidak berlaku *nasikh* dan *mansukh* padanya. Mereka berpendapat bahwa kedua ayat tersebut dapat dikompromikan sehingga kewajiban berwasiat tetap berlaku, tetapi khusus untuk ibu bapak dan kerabat yang terhalang untuk menerima warisan (*mawani' al-irts*) atau yang *terhijab* oleh kerabat utama yang lain (*mahjub*). Sedangkan bagi ibu bapak dan kerabat yang tidak terhalang atau tidak *terhijab* untuk menerima warisan berlaku hukum waris.¹⁷⁴

Ibnu Arabi dalam menafsirkan surat al-Baqarah tersebut mengemukakan keterangan yang hampir senada dengan keterangan di atas.¹⁷⁵ Menurutnya, sebagian ulama berpendapat bahwa wasiat hukumnya wajib, sebagaimana hadis Rasulullah s.a.w.:

ما حق امرئ مسلم شيئ يوصى فيه يبيت ثلاث ليال الا ووصيته عنده
مكتوبة

Artinya: *Tidak ada hak seorang muslim yang mempunyai sesuatu yang pantas diwariskan sampai tiga malam, melainkan hendaknya wasiatnya tertulis disisinya.*¹⁷⁶

Sebagian ulama yang lain berpendapat, bahwa kewajiban wasiat itu telah *dinasakh*, tetapi mereka berbeda pendapat tentang untuk siapa yang *dinasakh*kan itu. Menurut sebagian mereka, wasiat telah *dinasakh* untuk seluruhnya, baik terhadap yang menerima pusaka maupun yang tidak. Sebagian yang lain berpendapat bahwa yang *dinasakh*kan itu hanya wasiat untuk ibu bapak dan tidak berlaku bagi kerabat yang lain.

¹⁷³ Imam al-Nasa'i, *Sunan al-Nasa'I bi Syarh al-Hafidz Jalaluddin al-Suyuthi wa al-Hasyiyah li Imam Sind*, Jilid III, (Beirut: Dar al-Kutub al-Arabiyyah, t.t.), h. 247

¹⁷⁴ *Ibid*, h. 293

¹⁷⁵ Ibnu Arabi, *Ahkam al-Qur'an*, (Beirut: Dar al-Ma'rifat, t.t.), h. 71

¹⁷⁶ Muslim, *Shahih Muslim bi Syarah Nawawi*, Jilid IV, (Kairo: Dar al-Sya'bi, t.t.), h.

Disisi lain, Sajuti Thalib menyatakan bahwa dalam ilmu ushul fiqh ada bagiannya yang erat hubungannya dengan pembicaraan ayat-ayat al-Qur'an bersangkutan. Ajaran itu ialah untuk menjawab pertanyaan: apakah ayat yang satu menghapuskan (*memansukhkan*) ayat yang terdahulu yang membicarakan yang sama. Ada yang menyatakan *mansukh* (hapus kekuataannya) dan ada yang menyatakan tidak *mansukh*. Menurut Sajuti Thalib, surah al-Baqarah lebih dahulu turunnya (nomor urut turun yang ke 87) dari surah al-Nisa' (nomor urut turun yang ke 92), walaupun sama-sama turun di Madinah.¹⁷⁷

Pendapat Sajuti Thalib ini sejalan dengan pendapat Wahbah al-Zuhaili dalam hal ini. Menurut Wahbah, *nasakh* hukum dalam suatu ayat diperbolehkan di luar bacaannya, di antaranya seperti *nasakh* hukum yang terdapat di dalam wasiat untuk kedua ibu bapak dan kerabat.¹⁷⁸

Dalam sistem kewarisan bilateral disimpulkan bahwa memberi wasiat dapat dilakukan pewaris kepada siapa atau badan apa saja asal dalam rangka kebaikan, misalnya untuk perbaikan mesjid, sekolah, kegiatan-kegiatan agama dan lain-lain. Bahkan menurut ajaran ini, berwasiat kepada ahli waris yang kebetulan ikut mewaris tidak terlarang. Hubungan garis hukum mengenai wasiat dalam Qur'an surat al-Baqoroh ayat 180 dengan garis hukum mengenai wasiat dalam Qur'an surat an-Nisa' ayat 11 dan 12 tidak menghapus berlakunya seluruh yang ada di dalam Qur'an surat al-Baqoroh ayat 180 itu.

Tetapi kemungkinan terjadi perubahan hukumnya bisa saja. Hukum yang tadinya "kutiba" atau 'diwajibkan' sekarang beralih menjadi lebih ringan berupa 'kebolehan' atau "ibahah".¹⁷⁹

Dari pendapat tersebut, terkesan Sajuti Thalib sejalan dengan pendapat yang menyatakan bahwa ayat tentang wasiat tidak *dimansukh* secara total, melainkan masih terdapat celah hukum

¹⁷⁷ Sajuti Thalib, *Ibid*, h. 106.

¹⁷⁸ Wahbah al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqh*, Juz II (Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'ashir), 2001, h. 1007.

¹⁷⁹ *Ibid*.

untuk melakukan wasiat dalam kondisi tertentu yang bersifat kasuistis.

Jadi dapat disimpulkan bahwa menurut jumhur Fuqaha, hukum wasiat itu tetap tidak wajib, khususnya untuk kerabat terdekat, sekalipun hadits tentang keharusan menyiapkan wasiat bagi orang yang memiliki kompetensi terhadap hartanya dipertautkan dengan *kitab* disyariatkannya wasiat sebagaimana tersebut dalam surat Al-Baqarah ayat 180 dan ayat-ayat kewarisan lainnya. Akan tetapi, jika dikaitkan dengan *sifat hukum*, maka hukum wasiat bisa bermacam-macam. Adakalanya hukumnya menjadi wajib apabila wasiat itu ditujukan untuk membayar hutang atau mengembalikan barang titipan. Hukum wasiat menjadi sunnah, apabila wasiat tersebut ditujukan kepada para kerabat yang tidak menerima warisan atau untuk kebajikan secara umum. Sementara itu, hukum wasiat menjadi mubah apabila wasiat tersebut ditujukan untuk saudara dan para kerabat yang kaya. Dan adakalanya hukum wasiat menjadi haram apabila ditujukan untuk kejelekan dan kemaksiatan.¹⁸⁰

Agar lebih rinci lagi berikut ini penulis sajikan pendapat dan konsep wasiat wajibah menurut *Ibnu Hazm* dan Kompilasi Hukum Islam. Penulis sengaja memilih *Ibnu Hazm* karena beliau merepresentasikan ulama terdahulu yang cukup punya perhatian kepada wasiat. Sedangkan Kompilasi Hukum Islam penulis pilih karena merepresentasikan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Juga Kompilasi Hukum Islam itu lahir dari hasil ijtihad ulama di Indonesia.

3. Wasiat Wajibah Menurut Konsep Ibn Hazm

Ibn Hazm bernama lengkap 'Ali ibn Ahmad ibn Sa'id Hazm ibn Ghalib ibn Shalih ibn Khalaf ibn Ma'dan ibn Sufyan ibn Yazid.¹⁸¹ Ia dilahirkan pada tanggal 7 November 994 M bertepatan dengan hari akhir bulan Ramadhan 384 H di Cordova, Spanyol. Meninggal dunia pada tanggal 20 Sya'ban 456 H atau 15 Agustus 1046 M, sebagaimana

¹⁸⁰ Wahbah Al-Zuhaili, *Fiqh al-Islam wa Adillatuh*, Cet.III, (Beirut: Dar al-Fikr, 1989) h. 12.

¹⁸¹ Yaqut, *Mu'jam Udabâ*, Juz XII, (Beirut: Dar al-Fikr, 1980) h. 235.

dikutip oleh Rahman Ali dari "Ibn Hazm", Shorter Encyclopedia of Islam karya H.A.R. Gibb & J.H. Kramer, et al.¹⁸²

Kalangan penulis klasik maupun kontemporer memakai nama singkatnya yang populer, Ibn Hazm, dan terkadang dihubungkan dengan panggilan al-Qurthubi atau al-Andalusi sebagai penisbatan kepada tempat kelahirannya, Cordova dan Andalus. Sebagaimana sering pula dikaitkan dengan sebutan al-Zhahiri sehubungan dengan aliran fiqh dan pola pikir al-Zhahiri yang dianutnya. Sedangkan Ibn Hazm sendiri memanggil dirinya dengan Ali atau abu Muhammad sebagaimana ditemukan dalam karya-karya tulisnya.

Di dalam kajiannya tentang ilmu fiqh, Ibn Hazm berupaya memahami ayat dan hadits-hadits tidak hanya dari segi kebahasaan saja atau istilah lain arti yang ia berikan tidak selalu secara harfiah. Dalam menentukan pendapat hukum, Ibn Hazm hampir selalu mengaitkan penggunaan satu kata pada suatu ayat dengan penggunaannya pada ayat lain, mencari kesamaan dan perbedaannya dan atas dasar itu menetapkan artinya.

Dengan metode ini, ia sering memperluas atau mempersempit arti kata sedemikian rupa, sehingga terasa lebih luwes dan lebih logis, walaupun kadang-kadang menunjukkan kekakuan. Ibn Hazm juga sering menunjukkan bahwa illat yang digunakan oleh para ulama tidak berlaku umum atau tidak betul-betul logis (rasional).¹⁸³

Oleh karena Ibn Hazm dianggap sebagai tokoh utama yang mengintroduksi wajibnya wasiat, yang kemudian dalam hukum kewarisan Islam kontemporer dikenal sebagai *wasiat wajibah*.

Dalam konsep pemikiran Ibn Hazm, wasiat adalah wajib atas setiap orang yang meninggalkan harta sebagaimana ditegaskan:

الوصية فرض على كل من ترك مالا

*Artinya: Wasiat itu wajib bagi setiap orang yang meninggalkan harta.*¹⁸⁴

¹⁸² H. Rahman Alwi, *Metode Ijtihad Mazhab al-Zahiri (Alternatif Menyongsong Modernitas)*, (Jakarta: Gaung Persada Press, 2005) h. 29.

¹⁸³ Alyasa Abu Bakar, "Wasiat Wajibah Dan Anak Angkat" dalam *Mimbar Hukum* No.29, Tahun VII 1996, h. 108.

¹⁸⁴ Ibn Hazm, *al-Muhalla* Cet.IX (Beirut: Dar al-Fikr, tt.) h. 313.

Karena kewajiban wasiat tersebut berlaku bagi setiap orang yang meninggalkan harta, maka apabila seseorang meninggal dunia dan orang tersebut tidak berwasiat, hartanya harus disedekahkan sebagian untuk memenuhi kewajiban wasiat tersebut.

Sementara itu, karena yang berhak menetapkan urusan-urusan umat Islam itu penguasa (*wali al-amri*), sedangkan urusan wasiat ini termasuk salah satu urusan pada diri setiap muslim, maka dalam hal ini penguasa hendaknya bertindak untuk memberikan sebagian harta peninggalan sebagaimana terserbut di atas guna memenuhi kewajiban hukum wasiat.¹⁸⁵

Wasiat wajibah, menurut *Ibnu Hazm*, adalah wasiat yang ditetapkan oleh penguasa (dilaksanakan oleh hakim) untuk orang-orang tertentu yang tidak diberi wasiat oleh orang yang meninggal dunia, sedangkan ia meninggalkan harta yang baginya berlaku kewajiban wasiat.

Adapun dasar hukum yang menjadi rujukan Ibn Hazm antara lain surat al-Baqarah ayat 180 :

كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

Artinya: Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, Berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertakwa.

dan an-Nisa ayat 12 :

وَأَكْمَرُ نَصْفُ مَا تَرَكَ أَرْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُنْ لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا
تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِن لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۗ
فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ
رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ
مِنَ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۗ مِنَ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۗ وَصِيَّةً
مِّنَ اللَّهِ ۗ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ

Artinya: Dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh isteri-isterimu, jika mereka tidak mempunyai anak. jika isteri-isterimu itu mempunyai anak, Maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) seduah dibayar hutangnya. Para isteri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan jika kamu tidak mempunyai anak. jika kamu mempunyai anak, Maka Para isteri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat atau (dan) sesudah dibayar hutang-hutangmu. jika seseorang mati, baik laki-laki maupun perempuan yang tidak meninggalkan ayah dan tidak meninggalkan anak, tetapi mempunyai seorang saudara laki-laki (seibu saja) atau seorang saudara perempuan (seibu saja), Maka bagi masing-masing dari kedua jenis saudara itu seperenam harta. tetapi jika saudara-saudara seibu itu lebih dari seorang, Maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu, sesudah dipenuhi wasiat yang dibuat olehnya atau sesudah dibayar hutangnya dengan tidak memberi mudharat (kepada ahli waris). (Allah menetapkan yang demikian itu sebagai) syari'at yang benar-benar dari Allah, dan Allah Maha mengetahui lagi Maha Penyantun.

Sama halnya dengan jumhur ulama, dalam Hadits Ibn Hazm mendasarkan pendapatnya pada hadits riwayat Malik dari Nafi dari Ibn Umar seperti telah dikutip di muka.¹⁸⁶ Kemudian hadits wajibnya disedekahkan sebagian harta peninggalan orang yang tidak berwasiat yang diriwayatkan dari jalan Malik dari Hisyam bin Urwah dari ayahnya dari Aisyah.

Pendapat Ibn Hazm tentang wajibnya wasiat, dapat terjadi karena ia mengambil *arti zhahir* atau *arti harfiah* nash al-Qur'an dan hadits yang telah disebutkan di atas. Dalam pandangannya, nash dipahami secara langsung dari arti zhahir. Ibn Hazm menegaskan :¹⁸⁷

ومن ترك ظاهر اللفظ وطلب معانى لا يدل عليها لفظ الوحي فقد افترى على الله عزوجل

Artinya: Barang siapa meninggalkan zhahir lafazh dan mencari arti yang tidak ditunjukkan oleh wahyu, maka sungguh ia telah mendustakan Allah.

Pendapatnya tersebut didasarkan pada firman Allah dalam surat Al-Baqarah 181. Menurut Ibn Hazm, lafazh *tabdil* mengandung arti *mengalihkan pembicaraan dari kedudukan dan runtutnya kepada arti lain tanpa ada dalil nash atau ijma*. Dengan demikian, menurutnya, mengikuti zhahir nash itu wajib, sebaliknya mengalihkan arti zhahir nash itu dilarang,¹⁸⁸ berdasarkan firman Allah dalam surat al-Baqarah 190:

وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ

¹⁸⁶ Ibn Hazm, *Ibid*.

¹⁸⁷ T.M. Hasby Ash-Shiddieqy, *Pokok-Pokok Pegangan Imam Mazhab*, (Semarang: Pustaka Rizki Putra, 1997), h. 344.

¹⁸⁸ Ibn Hazm, *al-Ihkam fi Ushul al-Ahkam*, (Kairo: Mathba'ah al-Asima, tt, Juz III) h.292

Artinya: Dan perangilah di jalan Allah orang-orang yang memerangi kamu, (tetapi) janganlah kamu melampaui batas, karena Sesungguhnya Allah tidak menyukai orang-orang yang melampaui batas.

Dengan demikian, menjadi jelaslah bahwa pendapat Ibn Hazm tentang wajibnya wasiat berdasarkan pada zhahir nash, baik Al-Qur'an maupun hadits yang pada perinsipnya menunjukkan bahwa wasiat itu merupakan suatu kewajiban yang harus dikerjakan.

Adapun orang-orang yang berhak menerimanya, menurut Ibn Hazm adalah para kerabat yang tidak mewarisi sebagai mana ditegaskan :

وفرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون امارق واما لكفر
واما هنالك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون

Artinya: Difardukan setiap Muslim berwasiat kepada kerabatnya yang tidak mewarisi karena perbudakan, kekufuran, terhijab, atau bukan ahli waris.

Kemudian kewajiban berwasiat kepada orang tua dan kerabat yang dapat menerima warisan dikeluarkan dengan adanya hadits yang dinukil oleh ahli Koufah yang menyatakan bahwa Nabi saw bersabda sebagai berikut :

ان الله قد أعطى كل ذى حق حقة فلا وصية لوارث

Artinya: Sesungguhnya Allah telah memberikan hak kepada orang yang berhak, maka tidak ada wasiat bagi ahli waris.

Oleh karena itu, kewajiban pemberian wasiat tersebut tinggal pada kerabat yang tidak dapat menerima warisan baik karena ia menjadi budak, berbeda Agama, adanya kerabat lain yang menghalangi maupun karena ia tidak berhak menerima warisan.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Muhammad Abu Zahrah, *Ahkam al-Tirkah Wa al-Mawarits* (Tk, Dar al-Fikr al-

'Arabi,1963) h. 483.

Selanjutnya *Ibnu Hazm* menjelaskan bahwa yang dimaksud dengan kerabat adalah orang-orang yang apabila dinasabkan akan diketahui bahwa mereka berada pada garis keturunan yang sama dengan orang yang meninggal dunia, dalam garis ibu atau ayah atau dalam garis ayah dan ibu secara bersamaan. Sebab, menurut pengertian bahasa, orang-orang tersebutlah yang dimaksud dengan para kerabat. Oleh karena itu, mengartikan para kerabat dengan selain orang-orang tersebut tidak mempunyai dasar yang kuat.¹⁹⁰

Apabila pendapat Ibn Hazm ini dibandingkan dengan pendapat jumhur, terlihat perbedaan sebagai berikut. *Pertama*, kewajiban berwasiat menurut Ibn Hazm bersifat qath'ie dalam arti ahli waris yang ada akan bertindak melakukan wasiat atas nama orang yang telah meninggal sekiranya dia tidak berwasiat. Menurut jumhur, kewajiban tersebut bersifat ta'abbudi, artinya seseorang akan berdosa sekiranya tidak memberikan wasiat, namun tidak ada keharusan bagi ahli waris untuk bertindak atas nama orang yang telah meninggal itu. *Kedua*, menurut Ibn Hazm *wasiat wajibah* itu berkenaan dengan anggota kerabat yang tidak berhak mewaris, mungkin karena terhibab atau terhalang. Sedangkan menurut jumhur, *wasiat wajibah* tersebut berkenaan dengan kewajiban yang belum ditunaikan seperti hutang yang tidak mempunyai alat bukti, kafarat, zakat dan kewajiban keibadatan lainnya.¹⁹¹

Jadi dapat disimpulkan, bahwa yang berhak menerima *wasiat wajibah* menurut Ibn Hazm adalah orang-orang yang jika ditelusuri lewat garis keturunannya, berada pada garis yang sama dengan si-mayat baik lewat garis bapak atau ibu atau bahkan keduanya. Untuk lebih jelasnya, perhatikan tabel berikut.

Perbandingan Pendapat antara Ibn Hazm dengan Jumhur tentang Wasiat.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Al Yasa Abu Bakar, *Ibid*, h. 101.

	Ibn Hazm	Jumhur
• WASIAT	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kewajiban Bersifat qath'ie ▪ Ahli waris berwasiat atas nama orang meninggal 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Kewajiban Bersifat Ta'abbudi ▪ Berdosa jika tak berwasiat, tapi tak ada keharusan wasiat
	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Berkenaan dengan Kerabat ghairuwarits karena mahjub atau mamnu' 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Berkenaan dengan kewajiban yang belum ditunaikan: hutang kafarat, zakat

4. *Wasiat Wajibah* Menurut Kompilasi Hukum Islam

Seperti telah dikemukakan, negara pertama yang memasukkan wasiat wajibah ke dalam perundang-undangan resmi adalah Mesir. Melalui Pasal 76 dan 77 Undang-Undang Nomor 71 Tahun 1946 tentang Wasiat, Parlemen Mesir menggunakan wasiat wajibah untuk memberikan hak kewarisan kepada cucu yatim (karena meninggal ayahnya) yang terhibab oleh anak pewaris (saudara dari ayah anak yatim). Penjelasan resmi undang-undang tersebut menyatakan bahwa dorongan memasukkan pasal-pasal tadi ke dalam undang-undang negara adalah kenyataan sering munculnya keluhan dan pengaduan bahwa anak-anak yatim tidak mendapat warisan karena terhibab oleh saudara-saudara ayahnya. Walaupun seseorang biasanya berwasiat untuk cucu yatim, tetapi karena ajal yang tidak terduga, wasiat tidak sampai terucapkan. Oleh karena itu, undang-undang memberi tempat dan menguatkan keinginan yang tidak terucapkan tersebut, sebagai telah diucapkan seseorang.¹⁹²

Ulama terkemuka di masanya, Abu Zahrah, menambahkan bahwa dalam kenyataan, seringkali anak-anak yang kematian

¹⁹² Al-Kisyki, *al-Mirats al-Muqaran*, Cet. III, (Baghdad: Jami'at Baghdad, 1969), h. 135.

ayahnya hidup dalam kemiskinan, sedangkan saudara-saudara ayahnya hidup dalam kecukupan. Anak yatim tersebut menderita karena kehilangan ayah dan kehilangan hak kewarisan. Memang biasanya seseorang berwasiat untuk cucunya yang yatim, akan tetapi hal tersebut tidak dilakukan karena kematian sebelum melakukannya. Oleh karena itu, undang-undang mengambil alih aturan yang tidak dikenal di dalam mazhab empat tetapi menjadi pendapat beberapa ulama lain.¹⁹³

Dari sini, terlihat bahwa pertimbangan undang-undang mengambil pendapat Ibn Hazm dan beberapa ulama lain selain jumhur, adalah berdasarkan kebutuhan sosial (*al-Mashlahat*) suatu masyarakat (dalam hal masyarakat Mesir). Di Indonesia, beberapa ulama di antaranya T.M. Hasby Ash-Shiddieqy juga mengusulkan penerimaan lembaga wasiat wajibah sebagai jalan keluar mengatasi keterhijaban cucu yang meninggal ayahnya atau masalah penggantian ahli waris.¹⁹⁴

Lembaga wasiat wajibah yang diperkenalkan oleh perundang-undangan Mesir tersebut, dengan berbagai variasi diambil alih dan diikuti oleh perundang-undangan negara berpenduduk mayoritas muslim, termasuk Indonesia. Lahirnya Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, mencatat kemajuan yang mengesankan dan diibaratkan sebagai lompatan seratus tahun, yang dari segi substantif sebagai lompatan seratus windu.¹⁹⁵ Perkembangan lain ditandai oleh Instruksi Presiden Nomor 1 tahun 1991 tentang penyebaran hukum Islam yang berfungsi sebagai pedoman bagi yang beragama Islam di bidang perkawinan, kewarisan dan kewakapan. Perkembangan hukum Islam menunjukkan suatu yang menarik apabila dilihat dari segi legalitasnya.

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), masalah wasiat wajibah tercantum pada Pasal 209. Dalam pasal tersebut dinyatakan bahwa orang tua angkat atau anak angkat yang tidak menerima warisan

¹⁹³ Abu Zahrah, *Ahkam al-Tarikat wa al-Mawarits*, (Kairo: Dar al-Fikr al-Arabi, tt), h. 135.

¹⁹⁴ T.M. Hasby Ash-Shiddieqy, *Ibid*, h. 291.

¹⁹⁵ A.Hamid S. Attamimi, *Kedudukan Kompilasi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta : Gema Press, 19960), h. 155.

diberi wasiat wajibah maksimal sepertiga dari harta orang tua angkat atau anak angkatnya.

Jadi yang dimaksud wasiat wajibah menurut KHI adalah wasiat yang ditetapkan oleh perundang-undangan yang diberikan kepada orang tua angkat atau anak angkat yang tidak menerima wasiat dari anak atau orang tua angkatnya yang telah meninggal dunia.

Yahya Harahap lebih lanjut menjelaskan, makna wasiat wajibah, seseorang dianggap menurut hukum telah menerima wasiat meskipun tidak ada wasiat secara nyata in konkreto. Anggapan hukum itu lahir dari asas apabila dalam suatu hal hukum telah menetapkan harus wajib berwasiat, maka ada atau tidak ada wasiat dibuat, wasiat itu dianggap ada dengan sendirinya.¹⁹⁶

Dasar hukum yang digunakan oleh KHI dalam menetapkan wasiat wajibah yaitu dengan mengkompromikan antara hukum Islam (referensi fiqh) dengan hukum adat.

Pada kitab-kitab fiqh, anak angkat tidak menerima warisan dari peninggalan orang tua angkatnya, begitu pula sebaliknya, sebagaimana ditentukan dalam Al- Qur'an surat Al-Ahzab ayat 4:

مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّنْ قَلْبَيْنِ فِيْ جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَرْوَاجَكُمْ الَّتِي تَنْظُرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ

Artinya: Allah sekali-kali tidak menjadikan bagi seseorang dua buah hati dalam rongganya; dan Dia tidak menjadikan istri-istrimu yang kamu zihar itu sebagai ibumu, dan Dia tidak menjadikan anak-anak angkatmu sebagai anak kandungmu (sendiri). yang demikian itu hanyalah perkataanmu dimulutmu saja. dan Allah mengatakan yang sebenarnya dan Dia menunjukkan jalan (yang benar).

¹⁹⁶ Yahya Harahap, "Informasi Materi Kompilasi hukum Islam: Memposisikan Abstraksi hukum Islam", dalam *Mimbar Hukum* No. 5 Tahun III 1992 h. 52.

Dalam KHI tidak ditemukan rincian syarat dan rukun wasiat seperti ditetapkan oleh para fuqaha. Akan tetapi, bila disimak bunyi pasal 209 ayat 2 KHI: *Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.*

Dapat disimpulkan bahwa syarat wasiat wajibah bagi orang tua atau anak angkat adalah *jika tidak menerima wasiat* dari anak atau orang tua angkatnya yang telah meninggal.¹⁹⁷

Dari uraian di atas, tampak adanya kesamaan pandangan dalam mengartikan konsep wasiat wajibah antara Ibn Hazm dan Kompilasi Hukum Islam yaitu:

- a. Wasiat ditetapkan oleh peraturan (menurut teori Ibn Hazm oleh wali al-Amri) yang melegitimasi kekuatan memaksa terhadap kekayaan orang yang meninggal dunia - tanpa berwasiat secara sukarela - untuk diberikan kepada orang-orang tertentu.
- b. Jika Ibn Hazm menentukan, yang berhak menerima wasiat wajibah adalah kerabat yang tidak mewarisi, baik karena statusnya budak, berbeda agama maupun terhalang oleh kerabat lain yang lebih berhak, maka KHI menentukan bahwa yang berhak menerima wasiat wajibah itu anak angkat atau orang tua angkat.
- c. Terlepas dari penolakan sebagian ulama, teori yang dikemukakan oleh *Ibnu Hazm* lebih sederhana dibandingkan dengan Kompilasi Hukum Islam. Akan tetapi jika dilihat dari segi kenyataan hidup di tengah masyarakat Indonesia, maka teori yang dikemukakannya lebih mungkin diterapkan di Indonesia.

Di dalam perkembangan, ternyata kehadiran hakim-hakim yang berasal dari Peradilan Agama di Mahkamah Agung telah memperluas suatu konsep hukum Islam, meskipun KHI telah memberikan batasan secara jelas bahwa salah satu syarat ahli waris adalah beragama Islam.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Al-Yasa Abu Bakar, *Ibid*, h. 95.

¹⁹⁸ Kompilasi Hukum Islam pasal 171 huruf c: *Ahli adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.*

Putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/95 tanggal 16 Juli 1998 dan putusan Nomor 51K/AG/1999 tanggal 29 September 1999 telah memberi hak bagi ahli waris non muslim dengan mendasarkan pada pola wasiat wajibah sebagaimana yang menjadi topik utama dari penulisan ini, mempertegas statemen di atas.

Dapat dipahami, pemberian hak waris kepada ahli waris nonmuslim itu didasarkan pada pertimbangan kemanusiaan belaka. Karena, meskipun menurut hukum kewarisan Islam ahli waris nonmuslim tersebut tidak termasuk ahli waris, namun secara biologis dan geneologis ia masih termasuk anaknya atau keluarganya yang patut mendapat sebagian harta peninggalan pewaris.¹⁹⁹

Dari uraian di atas bahwa di Indonesia, wasiat wajibah tidak hanya kepada anak angkat saja seperti dalam KHI, melainkan juga terhadap ahli waris nonmuslim.

Namun demikian, hendaknya konsep ini tidak diterapkan secara generalis, melainkan diterapkan secara kasuistis dan dengan persyaratan tertentu. *Wasiat wajibah*, boleh diberikan kepada kerabat nonmuslim bila kondisinya sangat membutuhkan dan sangat miskin, agar tidak dikesankan bertabrakan dengan larangan pewarisan silang antara seorang muslim dengan kafir dan sebaliknya melalui sabda Nabi saw :

لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم

*Artinya: Seorang muslim tidak mewaris terhadap seorang kafir dan seorang kafir tidak mewaris terhadap seorang muslim.*²⁰⁰

Bagaimana terhadap anak yang lahir di luar perkawinan yang sah (*natuurlijk kind*)? Menurut sistem yang dianut oleh B.W., dengan adanya keturunan di luar perkawinan saja belum terjadi suatu hubungan keluarga antara anak dengan orang tuanya. Barulah dengan "pengakuan" (*erkenning*) lahir suatu pertalian kekeluargaan dengan akibat-akibatnya (terutama hak mewaris) antara anak

¹⁹⁹ Dede S. Ibin, *Ibid*, h.99.

²⁰⁰ HR.Bukhari-Muslim.

dengan orang tua yang mengakuinya. Tetapi suatu hubungan kekeluargaan antara anak dengan keluarga si ayah atau ibu yang mengakuinya belum juga ada. Hubungan itu hanya dapat diletakkan dengan "pengesahan" anak (*wettiging*), yang merupakan suatu langkah lebih lanjut daripada pengakuan.²⁰¹ Jika dalam Hukum Perdata terdapat lembaga *erkenning* yaitu pengakuan terhadap anak yang lahir di luar perkawinan yang sah, dan *wettiging* yakni pengesahan terhadap anak yang lahir di luar perkawinan yang sah, kedua lembaga tersebut tidak dikenal dalam Hukum Islam. Dengan demikian, bagi anak yang lahir di luar perkawinan yang sah terdapat masalah dalam kewarisan dan keturunan dengan bapak biologisnya. Ia hanya mempunyai garis keturunan dan kewarisan dengan ibu kandungnya. Hal ini didasarkan pada sabda nabi saw: الولد للفراش (Anak itu kepunyaan ibunya.)²⁰²

Untuk itu, guna menolak kesan Hukum Islam tidak manusiawi, si ayah biologis dapat memberi hibah atau wasiat terhadap anak biologisnya.²⁰³ Apabila kemudian menjadi perkara sengketa kewarisan di pengadilan, Hakim dapat menerapkan *wasiat wajibah* untuk menyelesaikan perkara tersebut.

Hal ini tentu berbeda dengan anak yang lahir dari perkawinan di bawah tangan yang tidak tercatat pada Kantor Urusan Agama. Oleh karena anak ini merupakan hasil pembuahan dari perkawinan yang sah menurut hukum Agama (baca : Islam) meskipun tidak mendapat pengakuan hukum, maka sejatinya ia mempunyai hubungan hukum tidak saja dengan ibu kandungnya, melainkan juga dengan bapak biologisnya, baik dalam garis keturunan maupun dalam masalah kewarisan. Namun demikian, meskipun baik secara

²⁰¹ Subekti, h. 50. Untuk pengakuan ini diperlukan orang tua, yang mengakuinya, kawin secara sah. Selain itu, pengakuan yang dilakukan pada hari perkawinan juga membawa pengesahan anak. Jika pada hari perkawinan, orang tua tidak melakukan pengakuan terhadap anak yang lahir di luar perkawinan, pengesahan anak itu hanya dapat dilakukan dengan "surat-surat pengesahan" (*briefven van wettiging*) oleh Kepala Negara. Dalam hal ini Presiden harus meminta pertimbangan Mahkamah Agung.

²⁰² Al-Shan'ânî, *Subul al-Salâm*, (Beirut: Dar al-Fikr, tt) Juz III, h. 210 (HR. Bukhari-Muslim.)

²⁰³ Fathurrahman Djamil, *Pengakuan Anak Luar Nikah Dan Akibat Hukumnya*. Dalam *Problematika Hukum Islam Kontemporer*, Editor: H. Huzaimah T. Yanggo (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002) h. 136.

biologis maupun secara hukum tidak terdapat masalah garis keturunan dan garis kewarisan, dalam praktek di peradilan nasibnya hampir sama dengan anak yang lahir di luar nikah. Ia tidak mendapat hak waris dari orang tua biologisnya, hanya karena orang tuanya tidak mempunyai akta autentik yang membuktikan keabsahan pernikahannya.

Menurut H.A. Gani Abdullah, dilihat dari segi teori hukum, suatu tindakan yang dilakukan menurut hukum dapat dikategorikan sebagai perbuatan hukum. Oleh karena itu, perbuatan itu berakibat hukum, yang mendapat pengakuan dan perlindungan hukum. Sebaliknya, suatu perbuatan yang tidak dilakukan menurut aturan hukum, tidak dapat dikategorikan sebagai perbuatan hukum, meskipun perbuatan itu belum tentu melawan hukum. Oleh karena itu, perbuatan itu sama sekali belum mempunyai akibat yang diakui dan atau dilindungi oleh hukum.²⁰⁴

Dengan demikian, perkawinan di bawah tangan yang tidak memenuhi peraturan pencatatan, dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang belum memenuhi unsur-unsur perbuatan hukum. Perkawinan baru dikategorikan sebagai perbuatan hukum apabila memenuhi unsur tatacara agama dan tatacara pencatatan nikah. Kompilasi Hukum Islam pun melalui pasal 5 dan 6 menganut pemberlakuan secara kumulatif antara unsur keabsahan perkawinan dan unsur tatacara pencatatan perkawinan.

Jalan keluar yang bisa ditempuh untuk mengatasi hambatan hukum bagi anak yang lahir dari perkawinan di bawah tangan adalah dengan pengesahan terhadap pernikahan orang tuanya yang dalam praktik disebut *itsbat nikah*. Barulah kemudian diajukan gugatan kewarisan. Dengan demikian, lembaga kunci dalam penyelesaian perkara ini adalah *itsbat nikah*.

Akan tetapi, solusi semacam ini sering mendapat perlawanan dari pihak yang berkepentingan untuk menolak atau membatalkan perkawinan yang dilaksanakan di bawah tangan. Kunci penyelesaian masalah yang ditawarkan selanjutnya adalah dengan menggunakan teori *wasiat wajibah* versi Ibn Hazm. Menurut teori ini, si pewaris

²⁰⁴ H.A.Gani Abdullah, "Tinjauan Hukum Terhadap Perkawinan Di bawah Tangan", dalam *Mimbar Hukum*, N0.23, 1995, h. 48.

dipandang wajib untuk berwasiat terhadap kerabat yang tidak mendapatkan harta warisan. Atas dasar itulah, dalam praktik di Pengadilan, hakim dapat menerapkan wasiat wajibah.

Sedangkan bagi anak yang dipelihara oleh Panti Asuhan nonmuslim, dapat diajukan analisis singkat seperti ini :

Anak yang dipelihara oleh Panti asuhan nonmuslim dibedakan:

- a. Anak yang jelas ibu bapaknya dalam arti ia lahir dari perkawinan yang sah.
- b. Anak yang tidak jelas keturunannya dalam arti ia lahir dari perkawinan yang tidak sah.

Untuk anak yang model pertama, dari segi keturunan dan kewarisan jelas tidak ada masalah kedua orang tuanya. Namun, untuk model kedua terdapat masalah hukum, yakni ia tidak mempunyai garis keturunan dan kewarisan dengan orangtua laki-lakinya. Dengan demikian, untuk model pertama tidak terdapat masalah hukum. Akan tetapi, logika umum akan menduga, kenapa anak tersebut berada di Panti Asuhan nonmuslim adalah lantaran nasib orang tuanya kurang beruntung atau dililit oleh kemiskinan. Artinya, dari segi kewarisan, tidak ada harta yang dapat diharapkan untuk menjadi harta peninggalan. Dengan demikian, perkara ini berada pada wilayah sosial bukan pada wilayah hukum. Untuk dijadikan acuan dalam masalah ini adalah Undang-undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak, dan Peraturan Menteri Sosial Nomor 13 Tahun 1981 tentang Organisasi Yang Dapat Menyelenggarakan Usaha Penyantunan Anak Terlantar, serta Undang-undang Nomor 23 Tahun 2003 tentang Perlindungan Anak. Inti dari ketiga peraturan tersebut adalah bagaimana kesejahteraan dan kepentingan anak anak terpenuhi.

Dalam konteks perundang-undangan yaitu untuk perlindungan dan kepentingan anak inilah maka wasiat wajibah bagi ahli waris nonmuslim diperlukan.

5. Aspek Teologis Wasiat Wajibah

Sandaran teologis seorang muslim tentunya Allah dan ~~Rasulnya, setidaknya hal ini~~ dapat kita lihat dari doktrin agama

yaitu bahwa segala sesuatu yang dikerjakan oleh seorang muslim hendaknya menjadi nilai ibadah.

Oleh karena itu jika suatu perbuatan itu ibadah dan bernilai ibadah maka perbuatan tersebut harus tunduk dan taat kepada perintah dan petunjuk Allah. berikut ini penulis kutif beberapa ayat al-Qur'an yang berbicara tentang ketaatan kepada Allah secara umum:

Annisa' ayat 59

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ
فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ
بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْأَخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا

Artinya: Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul (Nya), dan ulil amri di antara kamu. kemudian jika kamu berlainan Pendapat tentang sesuatu, Maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al Quran) dan Rasul (sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada Allah dan hari kemudian. yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan lebih baik akibatnya.

An-Nisa' Ayat 80

مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ۗ وَمَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ
حَفِظًا

Artinya: Barangsiapa yang mentaati Rasul itu, Sesungguhnya ia telah mentaati Allah. dan Barangsiapa yang berpaling (dari ketaatan itu), Maka Kami tidak mengutusmu untuk menjadi pemelihara bagi mereka.

An-Nuur ayat 51:

إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ الْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَنْ
يَقُولُوا سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ

Artinya: Sesungguhnya jawaban oran-orang mukmin, bila mereka dipanggil kepada Allah dan Rasul-Nya agar Rasul menghukum (mengadili) di antara mereka ialah ucapan. "Kami mendengar, dan Kami patuh". dan mereka Itulah orang-orang yang beruntung.

Tiga ayat di atas sangat jelas dan tegas memberi petunjuk bahwa sebagai seorang muslim kita harus tunduk dan patuh kepada ketentuan dan ketetapan Allah, apa yang telah Allah tetapan tentang sesuatu tidak boleh lagi kita berpaling dariNya.

Bagaimana dengan *wasiat wajibah* untuk ahli waris nonmuslim yang oleh Rasulullah tegas dinyatakan bahwa tidak ada waris bagi ahli waris nonmuslim.

Ada dua hal yang perlu diperhatikan dalam konteks *wasiat wajibah* ini, yaitu: Pertama, *Wasiat wajibah* bukanlah waris. Kedua *Wasiat Wajibah* oleh para ulama yang setuju dengan wasiat wajibah landasan hukum nya adalah ayat Al-Qur'an surat al-Baqarah ayat 180:

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا مِّنْ الْوَصِيَّةِ لِلْوَالِدَيْنِ
وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ

Artinya: Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, Berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertakwa.

Jadi jika dikembalikan kepada aspek teologis dari *wasiat wajibah* maka konsep *wasiat wajibah* yang merupakan ijtihad para ulama memiliki landasan teologis yang kuat.

6. Aspek Filosofis *Wasiat Wajibah*

Bagian yang sangat penting dan fundamental yang menjadi bahasan dalam filasafat hukum Islam adalah konsep *maqasid at-tasyri'* atau *maqasid alsyari'ah* (tujuan pensyari'atan) yang

menegaskan bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia.

Mainstream pemikiran menurut Konsep ini menghendaki lahirnya pemikiran yang proporsional tentang keadilan dalam kehidupan manusia, artinya bagaimana ijtihad dan melaksanakan hukum sebagai upaya mewujudkan kemaslahatan manusia dalam arti yang luas.

Para Ulama telah sepakat dan telah mengakui konsep maqasid ini karena itu lahirlah formulasi suatu kaidah yang cukup populer yang berbunyi, “di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah.”²⁰⁵

Menurut Masdar F. Mas’udi teori maslahat sama dengan teori keadilan sosial dalam istilah filsafat hukum.²⁰⁶ Batasan yang selama ini dijabarkan oleh para ulama, seperti Ramadan alButhi²⁰⁷ atau al-Syatibi²⁰⁸ menurut penulis berkaitan dengan maslahat dalam artian yang sangat luas.

Padahal sebagaimana diungkap Syaltut, maslahat sama seperti ijtihad yang selalu berubah menyesuaikan kondisi waktu dan zaman yang membutuhkan solusi hukum. Itu artinya, batasan untuk maslahat juga perlu dibuat lebih spesifik sesuai dengan kebutuhan dimana maslahat tersebut akan digunakan. Dalam konteks Indonesia, maka batasan maslahat yang berbasis budaya Indonesia mutlak untuk direalisasikan. Jadi jelas bahwa yang fundamental dari bangunan pemikiran hukum Islam adalah maslahat, maslahat manusia universal, atau “keadilan sosial”.

Konsep ijtihadi, baik didukung dengan nas atau pun tidak, yang bisa menjamin terwujudnya maslahat kemanusiaan, dalam kacamata Islam adalah sah, dan umat Islam terikat untuk mengambilmnya dan merealisasikannya. Sebaliknya, tawaran teoritik apa pun dan yang bagaimana pun, yang secara meyakinkan tidak

²⁰⁵ Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977), h.12.

²⁰⁶ Masdar F. Mas'udi, "Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah", *Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an*, No.3, Vol. VI Th. (1995), h.

²⁰⁷ Ramadhan al-Buthi, *Dawabith al-Maslahah al-Syari'ah al-Islamiyah*, (Beirut, Libanon: AlMuassasah al-Risalah, 2001), h. 119-248

²⁰⁸ Muhammad Khalid Mas'ud, *Islamic Legal Philosophy a Study of Abu Ishaq al-Shatibi's Life and Thought*, (Delhi: International Publisher, 1989), h. 159.

mendukung terjaminnya masalah, terlebih yang membuka kemungkinan terjadinya kemudharatan, dalam kaca mata Islam, adalah fasid, dan umat Islam secara orang perorang atau bersama-sama terikat untuk mencegahnya.²⁰⁹ Dengan tawaran kaidah yang lebih menekankan pada substansi, yaitu masalah-keadilan, bukan berarti segi formal dan tekstual dari ketentuan hukum harus diabaikan. Ketentuan legal-formal-tekstual yang sah, bagaimana pun, harus menjadi acuan tingkah laku manusia dalam kehidupan bersama, kalau tidak ingin menjadi anarki. Akan tetapi, pada saat yang sama, haruslah disadari sedalam-dalamnya bahwa patokan legal-formal dan tekstual hanyalah merupakan cara bagaimana cita masalah, keadilan, itu diaktualisasikan dalam kehidupan nyata. Kalau dipertanyakan kedudukan hukum atau ketentuan-ketentuan legal-normatif yang ditawarkan oleh wahyu (teks Al-Quran atau hadis), kedudukannya adalah sebagai material yang - juga dengan logika masalah sosial yang obyektif, bukan dengan logika kekuatan atau kepercayaan yang subyektif,- masih harus dibawa untuk ditentukan statusnya ke dalam kesepakatan bersama apakah melalui fatwa ulama, ataukah melalui putusan pengadilan (Hakim).

Apabila kita berhasil membawanya sebagai bagian dari kesepakatan orang banyak (bernegara), ia berfungsi sebagai hukum yang secara formal-positif mengikat. Akan tetapi, apabila gagal memperjuangkannya sebagai kesepakatan, daya ikatnya tentu saja hanya terbatas pada orang-orang yang mempercayainya. Daya ikat seperti ini paling jauh hanya bersifat moralsubyektif, tidak bisa sekaligus formal-obyektif. Memang, dengan mempertaruhkan “masalah dan sekaligus norma hukum yang bersumber padanya” pada *ijma'* lembaga syura, atau keputusan lembaga parlemen dalam terma ketata-negaraan modern, bukan tidak ada kelemahannya.

Bisa jadi dan tidak jarang apa yang disebut kesepakatan lembaga syura, parlemen, ternyata hanya merupakan hasil rekayasa segelintir elit yang berkuasa. Akan tetapi inilah tantangan yang harus dihadapi oleh umat Islam, yang sebenarnya adalah juga tantangan bagi rakyat-manusia di mana pun mereka berada. Yakni,

²⁰⁹ *Ibid.*, h. 97.

bagaimana mereka bisa mengusahakan tumbuhnya satu pranata kesepakatan umat, di mana rakyat- secara langsung atau melalui wakilnya- dapat mengemukakan pendapat dan pilihannya perihal tata-kehidupan yang menurut mereka lebih mencerminkan cita maslahat dan keadilan.²¹⁰

Penegakan hukum (keadilan) adalah aplikasi dari nilai-nilai kemaslahatan, namun bagaimana cara penegakan tersebut akan sangat bergantung pada kondisi wilayah dimana keadilan itu akan ditegakkan. Dalam konteks Indonesia ijtihad yang bernama *wasiat wajibah* sudah bisa dipastikan lahir dari pendekatan filosofis dalam bentuk maqasid al-syari'ah.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullah, H.A.Gani. *Tinjauan Hukum Terhadap Perkawinan Di bawah Tangan*, dalam *Mimbar Hukum*, N0.23, 1995
- 'Abd al-Salâm, Izz al-Dîn ibn. *Qawâ'id al-Ahkâm fi Masâlih al-Anâm*. Kairo: Maktabat al-Kulliyât al-Azhariyyah, 1994.
- Al-Zarqa, Muatafa Ahamad, *Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Studi Komperatif Delapan Mazhab Fiqh*, penerjemah Ade dedi Rohayana, M.Ag (Jakarta: Riora Cipta, 2000.
- Adib, Mohammad. *Filsafat Ilmu: Ontologi, Epistemologi, Aksiologi, dan Logika Ilmu Pengetahuan*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010.
- Artikel diakses pada tanggal 16 Januari 2019 dari <https://www.merriam-webster.com/dictionary/discretion>
- Al-Qaththan, Manna'. *Sejarah Legislasi Hukum Islam*. Penerjemah Habibussalam. Jakarta: Ummul Qurra. 2018.
- Al-Hu'sayn al-'Amiri, Abdallah M. *Dekonstruksi Sumber Hukum Islam Pemikiran Hukum Najmad-Din Thufi*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2004.
- Al-'Arabi, Ibn. *Ahkam al-Qur'an*. Beirut; Dar al-Kutub al-Ilmiah, 1988.

- Al-Qaradhawi, Yusuf. *Fiqih Maqashid Syariah, Moderasi Islam Antara Aliran Tekstual dan Aliran Liberal*. Penerjemah Arif Munandar Iswanto. Lc. Jakarta: Pustaka Al-Kaustar, 2017.
- Ali, Achmad. *Menguak Tabir Hukum*, edisi 2. Jakarta: Kencana, 2017.
- Ath-Thufi, *at-Ta'yin fi Syarh al-Arba'in*. Beirut: Muassasah al-Rayyan, 1998.
- Al-Buthi, Muhammad Sa'id Ramadhan. *Dhawabit al-Mashlahah fi as-Syari'ah al-Islamiyyah*, Beirut: Mu'assasah al-Risalah, 1997.

- Al-Husaini, Taqiyuddin Abu Bakar. *Kifayat al-Akhyar fi ghayat al-Ikhtishar*, jilid II (Qathar: Syu'un al-Diniyah, tt.
- Al-Darimi, Abu Muhammad bin Abdullah bin Abdurrahman bin Fadhil bin Bahram Ibn Abd al-Shamad al-Tamimiy sal-Samarqandiy. *Sunan Al-Darimi*, juz II, Beirut-Libanon : Dar al-Kutb al-'Ilmiyah, 1996.
- Al Jurjawi, Ali Ahmad. *Hikmah di Balik Hukum Islam* (Buku kedua), alih Bahasa Erta Mahyudin Firdaus, (Jakarta; Mustaqim, 2003.
- Al-'Ubaidi, Hamâdi. *Ibn Rusyd wa 'Ulûm al-Syarî'ah al-Islâmiyyah*. Beirut: Dâr alFikr al-'Arabiy. 1991.
- Adji, Oemar Seno. *Peradilan Bebas Negara Hukum*. Jakarta: Erlangga, 1987.
- Al-Jauhari, Ismâ'îl ibn Hammâd. *al-Sihâh Tâj al-Lugah wa Sihâh al-'Arabiyyah*. Beirut: Dâr al-'Ilm li al-Malâyîn, 1376 H/1956 M.
- Ahmad bin Hanbal, Imam Ahmad bin Hanbal, *Musnad*, Jilid II, Beirut-Libanon: Dar al- Fikr, 1991.
- Al-Adlabi, Shalahuddin bin Ahmad. *Manhaj Naqd al-Matn*. Beirut: Dar al-Afaq al- Jadidah, 1983.
- Al-'Amiri, Abdullah M. Al-Husayn. *Dekonstruksi Sumber Hukum Islam, Pemikiran Hukum Najm ad-Din Thufi*, Jakarta: Gaya Media Pratama, 2004.
- Al Ghazâli. *Al Mustashfâ min Ilmi al Ushûl*, Tahqiq Abdullah Mahmud Muhammad 'Umar, Libanon: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 2008.
- Al Bukhari, Abu Abdillah bin Ismail bin Bardazbah. *Shahih al-Bukhari*, Juz VII, Beirut: Dar al-Kutb al-'Ilmiyah. 1992.
- Al-Buti, Muhammad Sa'id Ramdan. *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*. Beirut: Mu'assasah ar-Risalah. 1977.
- Al-Shan'ânî. *Subul al-Salâm*. Beirut: Dar al-Fikr, tt.
- Ahmad, Amrullah *Dimensi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Al- 'Asqalani, Imam al-Hafizh al-Hujjah Syihab al-Din Abi al-Fadhl Ahmad bin 'Ali bin Hajar. *Tahzib al-Tahzib*, Juz V, Beirut-Libanon: Dar al-Kutb al-'Ilmiyah, 1994.
- Al-Kisyki. *al-Mirats al-Muqaran*, Cet. III, Baghdad: Jami'at Baghdad, 1969.

- Al-Maraghi, Ahmad Mushthafa *Tafsir al-Maraghi*. Mesir: Syarikah Maktabah wa Mathba'ah Mushthafa al-Bab al-Halabi, Cet. V, 1974.
- Al-Mazzi, Hafidz Jamaluddin Abi al-Hajjaj Yusuf. *Tahzib al-Kamal fi Asma al-Rijal*, Juz X, Beirut-Libanon : Dar al-Fikr, 1994.
- Al-Nasa'i, Imam *Sunan al-Nasa'I bi Syarh al-Hafidz Jalaluddin al-Suyuthi wa al-Hasyiyyah li Imam Sind*, Jilid III. Beirut: Dar al-Kutub al-Arabiyyah, tt.
- As-Syaukani, Muhammad bin 'Ali bin Muhammad. *Fathul Qodir*. Libanon, Daarul Risaalah al-'Alamiyah. 2009 M/1430 H.
- Al-Sayis, Muahmmad Ali. *Tafsir Ayat al-Ahkam*, (tk,tp,tt)
- Attamimi, A.Hamid S. *Kedudukan Kompilasi Hukum Islam Dalam Sistem Hukum Nasional* Jakarta : Gema Press, 19960.
- Ali, Zainudin. *Pelaksanaan Hukum Waris Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Ash Shiddieqy, T.M. Hasby. *Fiqh al-Mawarits*, Jakarta: Bulan Bintang, 1967.
- Ash-Shiddieqy, T.M. Hasby. *Pokok-Pokok Pegangan Imam Mazhab*. Semarang: Pustaka Rizki Putra, 1997.
- Asshiddiqie, Jimly. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, 2010
- Alwi, Rahman. *Metode Ijtihad Mazhab al-Zahiri (Alternatif Menyongsong Modernitas)*, Jakarta: Gaung Persada Press, 2005.
- Alyasa Abu Bakar, *Wasiat Wajibah Dan Anak Angkat*. dalam *Mimbar Hukum* No.29, Tahun VII. 1996.
- Al-Zahabiy, Abi 'Abdillah Muhammad bin Ahmad bin 'Utsman. *Mizan al-I'tidal fi Naqd al-Rijal*, juz I, Beirut: Dar al-fikr, t.t
- Al-Zuhali, Wahbah. *Ushul al-Fiqh*, Juz II. Beirut: Dar al-Fikr al-Mu'ashir. 2001.
- Anshoruddin. *Lembaga Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam dalam Perspektif Sosiologi*, Pontianak : PTA Pontianak, 2015.
- Arifin, Zaenal. "Pemikiran Hukum Waris Islam Maulana Syekh Muhammad Zainuddin Abdul Madjid", Disertasi, tidak diterbitkan. Yogyakarta: UII, 2017.

- Arif, M. Rinaldi. *Pemberian Wasiat Wajibah terhadap Ahli Waris Beda Agama (Kajian Perbandingan Hukum antara Hukum Islam dan Putusan Mahkamah Agung No 368 K/AG/1995)*. Dalam Jurnal De Lega Lata Volume 2 No 2 Juli-Desember. 2012.
- Ariani, Iva *Nilai Filosofis Budaya Matrilenial di Minangkabau (relevansinya bagi pengembangan hak-hak perempuan di Indonesia)*, Jurnal Filsafat, Fakultas Filsafat, Universitas Gajah Mada, Vol. 25, No.1, 2015.
- Arifin, Jaenal *Filsafat Hukum Islam: Tasyri' dan Syar'i*. Jakarta: UIN Jakarta Press, 2006.
- Aulawi, A. Wasit. *Hukum Perkawinan di Indonesia*. Jakarta: Bulan Bintang, 1981.
- Al-Sajastaniy, Abi Daud Sulaiman bin al-Asyab. *Sunan Abi Daud*, Juz II, Beirut. Libanon : Dar al-Fikr, 1994.
- Al-Jurjani, Syarief Ali Muhammad. *Al-Ta'rifat*. Jeddah: al-Haramain, t.t.
- At-thabari, Abu Ja'far Muhammad Ibn Jarir. *Jami' al-Bayan at-Ta'wil Ayat al-Qur'an*, juz VII. Kairo: maktabah ibnu Taimiyah, tt.
- 'Alī, Jawad. *Tārikh al-'Arab Qabl al-Islām*, Jilid 6. t.tp: Matba'ah al-Majma' al-'Ilmi al'Iraqi, 1956.
- Ali, Zainuddin. *Pelaksanaan Hukum Waris Di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Alkostar, Artijo dan Amin, M Sholeh. *Pembangunan Hukum Dalam Perspektif Politik Hukum Nasional*. Jakarta: Rajawali Pers, 1986.
- Alkostar, Artidjo. *Dimensi Kebenaran Dalam Putusan Hakim*, varia peradilan, nomor: 281, tahun 2008,
- Al-Shabuni, Muhammad Ali. *al-Mawarits fi al-Syariat al-Islamiyah 'ala Dhau al-Kitab wa al-sunnah*. Cet. III, Makkah: ttp. 1979
- Atmosudirjo, S. Prajudi. *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1994.
- Ambo Asse, *Setiap Putusan Hakim Selalu Dengan Penemuan Hukum (RECHTVINDING)* (Resume Seminar sehari Penemuan Hukum Hakim Tahap Ke II), diakses tanggal 28 Mei 2020, dari laman: <https://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/arti>

kel/setiap-putusan-hakim-selalu-dengan-penemuan-hukum-rechtvinding-oleh-drs-h-ambo-asse-shmh-69

- Azra, Azyumardi. *Akar-akar Historis Pembaharuan Islam di Indonesia Neo Sufisme Abad Ke 11-12 dalam Tasawuf*. Jakarta:Yayasan Wakaf Paramadina, tt.
- Al-Qadīr, Alī Hasan ‘Abd. *Nazrat ‘Ammat fī Tarīkh al-Fiqh al-Islami*, ed. ke-3, Kairo: Dār alKitab hadithah, 1965.
- A.W. Munawwir. 1984. *Kamus al-Munawwir Arab-Indonesia*. Yogyakarta: al-Munawwir.
- Az-Zuhaily, Wahbah. *Fiqh Islam wa Adilatuhu*, Penerjemah Abdul Hayyik al-Kattani, dkk, Jakarta: Gema Insani, 2011.
- *al Fiqh al-Islam wa Adillatu*. Juz IV. Beirut: Dar al-Fikr, 1989.
- Budiarto, Miriam. *Aneka Pemikiran tentang kuasa dan Wibawa*, Jakarta : Sinar Harapan , 1991.
- Budiarjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta:Gramedia,1999.
- Bodenheimer, Edgar. *Treatise on Justice*. New York: Philosophical Library Inc. 1970.
- Butarbutar, Elitsbet Nurhaini. *Arti Pentingnya Pembuktian Dalam Proses Penemuan Hukum Di Peradilan Perdata*. di dalam *Mimbar Hukum*, Volume 22, Nomor 2, Juni 2010.
-*Metode Penelitian Hukum, Langkah-langkah untuk menemukan kebenaran dalam hukum* (Bandung: Refika Aditama, 2018).
- Bedner, Adriana. *AnElementary Approach to the Rule of Law*. diterjemahkan *Suatu Pendekatan Elementer terhadap Negara Hukum* dalam Myrna Safitri dkk (editor), *Seri Tokoh Hukum Indonesia Satjipto Rahardjo dan Hukum Progresif Urgensi dan Kritik*, Jakarta: Episteme Institute dan Huma, 2011.
- Black, Henry Campbell. *Blcak’s Law Dictionary*, Minnesota, USA: West Publishing Co, 1982.
- Colchester, Marcus dan Chao, Sophie, ed, *Beragam Jalur Menuju Keadilan: Pluralisme Hukum dan Hak-Hak Masyarakat Adat di Asia Tenggara*. Jakarta: Epistema Institute.

- Echols, John M. dan Shadily, Hassan. *Kamus Inggris Indonesia*. Cet. XIX. Jakarta: Gramedia. 1983.
- Coulson, Noul J. *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press. 1994.
-*Succession in The Muslim Family*. London: Cambridge University Press Bentley House, 1971.
- Cambridge Dictionori, online, diakses pada tanggal 20 Mei 2020, pukul 14:37 WIB, dari <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/discretion>
- Darumurti, Krishna Djaya. *Diskresi Kajian Teori Hukum dengan Postscrip dan Apendiks*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2016.
- Dewi, Ratna Winahyu Lestari. *Peranan Hukum Adat dalam Pembangunan Dan Pembangunan KUHP Nasional*. Jurnal Perspektif Vol. X No. 3 Edisi Juli, Tahun 2005.
- Djamil, Fathurrahman. *Pengakuan Anak Luar Nikah Dan Akibat Hukumnya*. Dalam *Problematika Hukum Islam Kontemporer*, Editor : H. Huzaimah T. Yanggo Jakarta: Pustaka Firdaus, 2002
- *Wasiat: Makna, Urgensi dan Kedudukannya dalam Islam*, dalam *Mimbar Hukum*, No. 38 Thn IX, 1998.
-*Metode Ijtihad Majelis Tarjih Muhammadiyah*. Jakarta: Logos Publishing House, 1995.
- Djamal, R. Abdul. *Pengantar Hukum Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1984.
- Dimiyati, Khudzaifah dkk., *Potret Profesionalisme Hakim dalam Putusan: Laporan Penelitian Putusan Pengadilan Negeri 2008*. Komisi Yudisial, 2010
- Dahlan, Abdul Aziz. ed, *Ensiklopedi Hukum Islam*. Jakarta: PT. Ichtiar Baru van Hoeve, 1996.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- Dwi Putro, Widodo. *Kritik Terhadap Paradigme Positivisme Hukum*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2011.
- Erwin, Muhamad. *Filsafat Hukum, Refleksi Kritis Terhadap Hukum*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2011.
- Erwandi. *Analisis Yuridis terhadap Penerapan Ketentuan Wasiat Wajibah dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/*

- 2010 dan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995*. Malang : Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Brawijaya. Tt.
- Effendy, Bahtiar. *Masyarakat Agama dan Pluralisme Keagamaan; Perbincangan Mengenai Islam, Masyarakat Madani dan Etos Kewirausahaan*, Cet. I; Yogyakarta: Galang Press, 2001.
- Effendi, Satria. *Ushul Fiqh*. Jakarta: Kencana, 2005.
- Faisal. *Menerobos Positivisme Hukum*. Yogyakarta: Rangkang Education. 2010.
- Fauzan, HM. *Kaidah Penemuan Hukum Yurisprudensi Bidang Hukum Perdata*. Jakarta: Kencana, 2014.
- Fuady, Munir. *Dinamika Teori Hukum*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2010.
-*Aliran Hukum Kritis Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.
- Firdaus, M. “*Kesan Perubahan Sosial Terhadap Hukum Islam*”, Tesis, Jabatan Fiqh dan Ushul Akademi Pengajian Islam University of Malaya, Kuala Lumpur. 1999.
- Fuad, Mahsun. *Hukum Islam Indonesia: dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*. Yogyakarta: LKiS, 2005
- Griffiths, John. *What is legal pluralism, dalam journal of Legal Pluralism and Unofficial law*, number 24/2986, 1986.
- Gultom, Elfrida R. *Development of Women Position in the Patrilineal Inheritance of Indonesian Society*. Jurnal Dinamika Hukum, Vol. 17, No. 2, 2017.
- Hadikusuma, Hilman. *Bahasa Hukum Indonesia*. Bandung: PT. Alumni, 2005.
- Hadikusuma, Hilman. *Pengantar Hukum Adat Indonesia*. Bandung: Mandar maju, 1992.
- Hafidz, Ahmad. *Meretas Nalar Syariah*. Yogyakarta: Teras, 2001.
- Hartono, Sunaryati. *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*. Bandung, Alumni, 1991.
- Handoyo dan Cipto, Hestu. *Hukum Tata Negara Indonesia*. Yogyakarta: Universitas Atma Jaya. 2009.
- Habiburrahman. *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, cet. I, Jakarta: Kencana, 2011.

- Hans Wehr. *A Dictionary of Modern Written Arabic, Thirds Edition*. Beirut: Librarie du Liban. 1984.
- Hazm, Ibn *al-Ihkam fi Ushul al-Ahkam*. Kairo: Mathba'ah al-Asima, tt. *Hakim: Legal Justice, Moral Justice dan Social Justice*, artikel diakses tanggal 28 Mei 2020, dari: <https://muntasirsyukri.wordpress.com/2011/09/01/hakim-antara-legal-justice-moral-justice-dan-sosial-justice/>
- Hamidi, Jazim. *Hermeneutika Hukum*, cet. I, Yogyakarta : UII Press 2005.
- Hamka, Buya, *Tafsir al-Azhar*. Jakarta: Pustaka Panjimas, Juz III, hal. 15, 1983.
- Harahap, Yahya. *Informasi Materi Kompilasi hukum Islam : Memposisikan Abstraksi hukum Islam*. dalam Mimbar Hukum. No. 5 Tahun III 1992.
- Harahap, Yahya. *Hukum Acara Perdata, Tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*. Jakarta: Sinar Grafika, 2008.
- Hanafi, Ahmad *Pengantar dan Sejarah Hukum Islam*. Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1970.
- Harjono, Anwar *Hukum Islam" Keluasan dan Keadilan"*. Jakarta: PT. Bulan Bintang, 1987.
- Hasibuah, H.D. Effendy. *Legal Reasoning*, (Mata ajar Pendidikan khusus advokat). Peradi, Ikadin, Bekasi. 2008.
- Husein, Ibrahim. *Ijtihad Dalam Sorotan* Bandung: Mizan, 1991.
- Hisam, Husain Hamid. *Nazariyyat al-Maslahah fi al-Fiqh al-Islamy* . Beirut: Daar al-Nahdah al- 'Arabiyyah, 1971.
- Instruksi Presiden Republik Indonesia Nomor 1 tahun 1991, tentang Kompilasi Hukum Islam.
- Ismuha. *Penggantian Tempat Dalam Hukum Waris Menurut KUHPerdata, Hukum Adat dan Hukum Islam*. Jakarta: Bulan Bintang, 1978.
- Ibnu Rusyd, Abul Walid Muhammad Ibn Ahmad Ibn Muhammad. *Bidayat al-Mujtahid Wa Nihayat al-Muqtasid*. Beirut: Dar al-Jiil, 1989.
- Ibnu Hazm. al-Muhalla*. Jilid IX. Beirut: Dar al-Afaq al-Jadidah. 1988.

- Irianto, Sulistyowati. *Sejarah dan Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum dan Konsekuensi Metodologinya*. diunduh dari: <http://roysal.blogspot.co.id/2008/01/sejarah-dan-perkembangan-pemikiran.html>, diakses pada tanggal 10 Juni 2020.
- Irianto, Sulistyowati. *Competition and Interaction between State Law and Customary Law in the Court Room: a study of inheritance cases in Indonesia*. The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Vol. 36, No.49, 2004.
- Ibin, Dede S. *Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris nonMuslim*. Dalam Mimbar Hukum, No.63. Tahun 2004, XV.
- Ibrahim, Johni. *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayumedia Publishing, 2007.
- JCT Simorangkir. dkk. *Kamus Hukum*. Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2008.
- Jum'ah, Ali. *Sejarah Ushul Fiqih: Histori Ilmu Ushul Fiqih Dari Masa Nabi Hingga Sekarang*. Penerjemah, Adi Maftuhin, Depok: Kaira Publishing. 2017
- Juanda, Enju. *Penalaran Hukum (legal reasoning)*. Jurnal Ilmiah Galuh Justisi, Fakultas Hukum Universitas Galuh, Volume V, Nomor 1 Maret 2007.
- Katsir, Ismail Ibn. *Tafsir al-Qur'an al-Azhim*. Beirut: Dar al-Ma'rifah, 19920.
- Kusumah, Mulyana W. dan Baut, Paul S. (ed.), *Hukum, Politik dan Perubahan Sosial*, Cet I, Jakarta: Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, 1988.
- Kusuma, Mahmud. *Menyelami Semangat Hukum Progresif Terapi Paradigmatik bagi Lemahnya Hukum Indonesia*. Yogyakarta: antonyLib, 2009.
- Khalaf, Abdul Wahab. *Kaidah-kaidah Hukum Islam*, penerjemah Noer Iskandanr dan Moh. Tholhah Mansur cet. V. Jakarta: Raja Grafindo, 1994.
-*IlmuUshul Fiqih*. Terjemah Masdar Helmi. cet ke-2. Bandung: Gema Risalah Press, 1996
- Kamarulzaman, Aka. dan Al Barry, Dahlan Y. *Kamus Ilmiah Serapan*, (Yogyakarta: ABSOLUT Yogyakarta, 2005.

- Kamil, Ahmad *Filsafat Kebebasan Hakim*. Jakarta: Kencana, 2016.
- Khadduri, Majjid. *The Islamic Conception of Justice*. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1984.
- Khisni, A. *Hukum Waris Islam*. Semarang: Unissula Press, 2017,
- Lukito, Ratno. *Sacred and Secular Law: A Study of Conflict and Resolution in Indonesia*, Terj. Inyik Ridwan Muzir. Ciputat: Alvabeta, 2008.
- Ka'bah, Rifyal. *Reaktualisasi Ajaran Islam: Pembaharuan Visi Modernis & Pembaharuan Visi Salaf*. Jakarta: Penerbit Minaret, 1987.
- Kothari, C.R. *Research Methodology Methodes and Techniques (Second Revised Edition)*. New Delhi: New Age International (P) Limited Publishers, 2004.
- Komari, *Laporan Akhir Kompendium Bidang Hukum Waris*. Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia, tahun 2011.
- Karim, Muchit A (ed). *Problematika Hukum Kewarisan Islam Kontemporer di Indonesia*. Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementerian Agama RI.
- Lemek, Jeremias. *Mencari Keadilan: Pandangan Kritis Terhadap Penegakan Hukum Di Indonesia*. Jakarta: Galang Press. 2007.
- Lev, Daniel S. *Hukum dan Politik di Indonesia*. Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia, 2013.
- Lukito, Ratno *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler (Studi Tentang konflik dan Resolusi Dalam Sistem Hukum Indonesia)*. Jakarta: Pustaka, Afabet, 2008.
- Lukito, Ratno. *Hukum Sakral dan Hukum Sekuler*. Jakarta: Pustaka Alfabet. 2008.
- Martokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1996.
- Marwan, Awaludin. *Teori Hukum Kontemporer Suatu Pengantar Posmoderenisme Hukum*, Yogyakarta: Rangkang Education, 2010.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Prenadamedia Grup, 2019.

- Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum*. Yogyakarta: Liberty , 2009.
- Mughniyah, Muhammad Jawwad *Al-Fiqh „alā Madzhab Al-Khamsah*. Kairo: Maktabah Al-Fikrah, 1414 H.
- Muhammad, Ibn Sa'a, (ed), *al-Tabaqāt al-Kubrā*, Beirut: Dār Sadir/Suhayl kayyali, 1994.
- Mulyadi. *Hukum Waris Tanpa Wasiat*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro. 2008.
- Mas'udi, Masdar F. *Meletakkan Kembali Maslahat Sebagai Acuan Syari'ah*, Jurnal Ilmu dan Kebudayaan Ulumul Qur'an, No.3, Vol. VI Th. 1995.
- Mas'ud, Muhammad Khalid. *Islamic Legal Philosophy a Study of Abu Ishaq al-Shatibi's Life and Thought*, Delhi: International Publisher, 1989.
- Mudzhar, M. Atho. *Membaca Gelombang Ijtihad: Antara Tradisi dan Liberasi* (Yogyakarta: Titian Ilahi Press, 1988.
- Mudzhar, M. Atho. *Hukum Keluarga Di Dunia Islam Modern (Suatu Studi Perbandingan)* dalam *Mimbar Hukum*, Nomor 12 Tahun 1994.
-*Fiqh dan reaktualisasi Ajaran Islam*, Makalah serie KKA 50 TH V/1991, Jakarta: Yayasan Wakaf Paramadina, 1991.
- Majalah Peradilan Agama edisi 2, tahun 2013.
- Mimbar Hukum. 1994. No. 12.
- Mimbar Hukum. 2004. No.63.
- Merry, Sally Engle. *Legal Pluralism, dalam Law and Society review*. Vol 22, 1988.
- Muhibbin, Moh. dan Wahid, Abdul. *Hukum Kewarisan Islam Sebagai Pembaharuan Hukum Positif di Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, 2009.
- Mertokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata Indonesia*, edisi VIII. Yogyakarta: Liberty Yogyakarta, 2009.
- *Hukum Acara Perdata Indonesia*, edisi VIII. Liberty, Yogyakarta, 2009.
- , dan Pitlo, M. *Bab tentang Penemuan Hukum*, Yogyakarta, Citra Aditya Bakti, 2013.

- Mudzhar, H.M. Atho.. *Hukum Keluarga di Dunia Islam Modern*. Dalam *Mimbar Hukum* Nomor 12, tahun 1994
- Mas'adi, Ghofron A. *Pemikiran Fazlur Rahman Tentang Metodologi Pembaharuan Hukum Islam*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 1997.
- Mohammad Hashim Kamali. *Foundation of Islam, Syari'ah Law An Introduction*. A. Oneword Book, Published by Oneword Publication, 2008
- Muhamad Erwin, *Filsafat Hukum, Refleksi Kritis Terhadap Hukum*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2011.
- Mertokusumo, Sudikno. *Bunga Rampai Ilmu Hukum*. Yogyakarta: Liberty, 1984.
- Manan, Bagir. *Seputar Penemuan Hukum*. dalam *Majalah Peradilan Agama* edisi 2, tahun 2013.
- Muchsin, *Ikhtisar Ilmu Hukum*. Jakarta: Badam Penerbit Iblam, 2006.
- Muslih, Masnur *Tata Bahasa Indonesia*. Jakarta:Sinar Grafika Offset, 2008.
- Makalah Diskusi di *Youth Islamic Study Qub*. Al-Azhar, Jakarta, 1979
- Mahfud MD, Moh., et.al. (ed.), *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam Dalam Tata Hukum Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 1993
- Mulyatno. *Kitab Undang-Undang Hukum Pidana*. Jakarta :Bina Aksara, 1982.
- Manan, Abdul. *Hukum Islam Dalam Berbagai Wacana*. Jakarta: Pustaka Bangsa Press. 2003.
-*Beberapa Masalah Hukum Tentang Wasiat dan Permasalahannya Dalam Konteks Kewenangan Peradilan Agama*, dalam *Mimbar Hukum* No. 38 Tahun IX 1998.
-*Hukum Islam Dalam Berbagai Wacana*. Jakarta: Pustaka Bangsa Press, 2003.
- Muchtar, Zainal Arifin. *Antinomi Di dalam Peraturan Perundang-undangan di Indonesia*, artikel diakses pada 28 April 2020 dari: <http://pasca.unhas.ac.id/ojs/index.php/halrev/article/view/112/74>.

- Mahmashshani, Subhi. *al-Mabadi al-Syar'iyah wa al-Qanuniyah*, Beirut: Dar al-Qalam Li al-Malayin, 1967.
- Nasution, Harun. *Pembaharuan dalam Islam Sejarah Pemikiran dan Gerakan*. Jakarta: Bulan Bintang Cet 4, 1986.
- Nurchozin, *Bentuk-Bentuk, Persyaratan Dan Kekuatan Hukum Wasiat Menurut Hukum Islam*, dalam *Mimbar Hukum* No. 38 Thn IX, 1998.
- NJD Anderson. *Hukum Islam di Dunia Modern*. Terjemah Machnun Husein. Surabaya: Amar Press, 1991.
- Nasution, Amien Husein. *Hukum Kewarisan. Suatu Analisis Komparatif Pemikiran Muftahid dan Kompilasi Hukum Islam*. Jakarta: Rajawali Pers, 2002.
- Nasution, Harun. *Teologi Islam (Ilmu Kalam)*. Jakarta: UI Press, 1978.
- Najih, Mokhammad. *Dilemma Legal Pluralism in Indonesia: Prospects and Role of Islamic law in The National Legal Reform*, Makalah, *Conference on Religion, Law and Social Stability* Brigham Young University, Provo, Utah US, 1-4 Oktober 2016.
- Oemarsalim. *Dasar-dasar Hukum Waris di Indonesia*. Jakarta, Rineka Cipta, 1991.
- Pound, Roscoe. *Justice According to Law*, New Haven and London: Yale University Press, 1952.
- Perangin, Effendi. *Hukum Waris*. Jakarta: Rajagrafindo Persada, 1997.
- Pitlo, A. *Hukum Waris Menurut Kitab Undang-Undang Hukum Perdata Belanda, Penerjemah M. Isa Arief, SH*. Jakarta: PT. Intermedia, 1986.
- Qazwain, Al-Hafizh Abi 'Abdillah Muhammad bin Yazid. *Sunan Ibn Majah*, Juz II, Beirut-Libanon: Dar al-Fikr, 1995
- Ramulyo, M. Idris. *Perbandingan Hukum Kewarisan Islam dengan Kewarisan Kitab Undang-undang Hukum Perdata*. Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
-*Beberapa Masalah Pelaksanaan Hukum Kewarisan Perdata Barat*. Jakarta: Sinar Grafika, 1993.
-*Hukum Kewarisan Islam*. Jakarta: IND-HILL, 1984.
- Rifai, Ahmad. *Penemuan Hukum oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*. Jakarta: Sinar Grafika. 2010.

- Rofiq, Ahmad. *Hukum Islam di Indonesia*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2000.
-*Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia*. Yogyakarta: Gama Media, 2001.
- Razi, Muhammad. *Islamic Inheritance General Rule And Share*, Canada, 2008.
- Rahardjo, Satjipto. *Pendidikan Hukum sebagai Pendidikan Manusia: Kaitannya dengan profesi Hukum dan pembangunan Hukum nasional*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
-*Penagakan hukum, Suatu Tinjauan Sosiologis*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2009.
-*Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta: Kompas, 2010.
-*Sosiologi Hukum, Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*. Yogyakarta: Genta Publishing, 2010.
-*Hukum Progresif: Hukum yang Membebaskan*, dalam Jurnal Hukum Progresif. Program Doktor Ilmu Hukum Undip, Volume 1/Nomor 1/April 2005.
-*Penegakan Hukum Progresif* . Jakarta: Kompas, 2010.
- Rasjidi, Lili dan Rasjidi, Ira. *Dasar-dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Cetk, Ketujuh, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2001.
- Rahman, Fatchur *Ilmu Waris*, Cet. III. Bandung: Al-Ma'arif, 1987.
- Rahman, Abd. *Konsep al-Mashlahah Menurut Najmuddin al-Thufi*, (Disertasi Doktor dalam Ilmu Agama Islam, IAIN Syarif Hidayatullah, Jakarta). 1998.
- Radjagukguk, Erman disampaikan dalam *Kongres Internasional ke-15 Mengenai Pluralisme Hukum* yang diselenggarakan di Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Depok, Kamis, 29 Juni 2006.
- Razi, Muhammad. *Islamic Inheritance General Rule And Share*, Canada: 2008.
- Rasjidi, H.M. *Filsafat Agama*. Jakarta, Bulan Bintang. 1978.
- Rawls, John. *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, USA: Harvad University Press, 1971.
- Rasyid, Roichan A. *Pengganti Ahli Waris Dan Wasiat Wajibah*. dalam *Mimbar Hukum* Nomor 23 Tahun 1995.

- Sampara, Said dkk, *Pengantar Ilmu Hukum*, Yogyakarta, Total Media, 2011.
- Syarifin, Pipin. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cet.1; Bandung: Pustaka Setia, 1998.
- Soeroso, R. *Pengantar Ilmu Hukum*. Cet: 1, Jakarta; PT Sinar Grafika, 1993.
- Syafi'i, Rahmad. *Ilmu Ushul Fiqh*, Bandung: CV Pustaka setia, 1999.
- Shaklar, Judith N. *Legalism; Law, Morals, and Political Trials*. Cambridge, Massachusetts, USA: Harvad University Press, 1986.
- Shidarta, *Hukum Penalaran dan Penalaran Hukum Akar Filosofis*. Genta Publishing: Yogyakarta, 2013.
- Suseno, Franz Magnis. *Etika Dasar Masalah-Masalah Pokok Filsafat Moral*. Jakarta: Pustaka Filsafat, 1987.
-, *Etika Politik: Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*. Jakarta : Gramedia, 1991.
- Sutiyoso, Bambang. *Reformasi Keadilan dan Penagakan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 2010.
-*Metode Penemuan Hukum*. Yogyakarta: UII Press. 2006.
- Sutiyoso, Bambang dan Puspitasari, Sri Hastuti. *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman Indonesia*. Yogyakarta: UII Press, 2005.
- Soejadi. *Pancasila sebagai Sumber Tertib Hukum Indonesia*. Yogyakarta, Lukman Offset, 1999
- Soemardi, Dedi. *Pengantar Hukum Indonesia*. Jakarta, Indhillco, 1997.
- Sastroatmodjo, Sudijono. *Konfigurasi Hukum Progresif*. dalam Jurnal Ilmu Hukum, Volume 8, Nomor 2, , Program Studi Ilmu Hukum Fakultas Ilmu-ilmu Sosial Universitas Negeri Semarang, September 2005.
- Sibuea, Hotma P. *Asas Negara Hukum, Peraturan Pemerintah, Asas-asas Umum Pemerintah yang Baik*. Erlangga: Jakarta, 2010.
- Sabiq, Sayyid. *Fiqh al-Sunnah*, Terj. Nor Hasanuddin dkk, Jakarta: Pena Pundi Aksara, 2006.

- Sadari. *Studi Islam dalam Kajian Hukum Keluarga Islam di Indonesia*. Indonesian Journal of Islamic Literature and Muslim Society, Vol. 1, No. 1, 2016.
- Sudarsono. *Hukum Waris dan Sistem Bilateral*. Jakarta: PT.Rineka Cipta, 1991.
- Suparman, Eman. *Hukum Waris Indonesia: Dalam Perspektif Islam, Adat, dan BW*. Bandung: PT. Refika Aditama, 2005.
- Sudarsono. *Hukum Waris dan Sistem Bilateral*. Jakarta: Rineka Cipta.1991.
- Sugangga, I.G.N. *Hukum Waris Adat*, Semarang: UNDIP, 1995.
- Supriyady, *Kedudukan Hukum Adat Dalam Lintasan Sejarah*. Addiin Vol. 2 No. 1 Januari-Juli, 2008.
- Siswanto, Mendra. *Pola Penalaran Yusuf Al-Qardlawi Dalam Masalah-Masalah Kontemporer*. Tesis, Universitas Negeri Riau, Pekanbaru: 2011.
- Soekanto, Soerjono. *Sosiologi Suatu Pengantar*. Jakarta: Rajawali Press, 1990.
- Sulong, Jasni. *Pembaharuan Undang-Undang Pentadbiran Warisan Islam*. Malaysia: Universiti Sains Malaysia, 2011.
- Salman, Otje. *Filsafat Hukum (Perkembangan dan Dinamika Masalah)*, Bandung: Refika Aditama, 2009.
- Shidarta. *Karakteristik Penalaran Hukum dalam Konteks Keindonesiaan*, Bandung: CV. Utomo,) 2006.
- Sabiq, Sayyid. *Fiqh al-Sunnah*. Bandung: Al-Ma'arif, 1988.
- Sudarsono. *Kamus Hukum*, Edisi Baru. Jakarta: Rineka Cipta, 2002.
- Suamantri, Jujun S. Suria. *Filsafat Ilmu*. Jakarta: Sinar Harapan, 1984.
- Syarifudin, Amir. *Hukum Kewarisan Islam*. Jakarta: Penerbit Kencana, 2004.
- Soekanto, Soerjono & Mamudji, Sri. *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta: Raja Grafindo Pesada, 1999.
- Soekanto, Soeryono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: Universitas Indonesia Press, 1986.
- Salam, Abd. Wasiat Dan Waris Dalam Al-Qur'an (Perspektif Muhammad Shahrur), diakses pada tanggal 20 Mei 2020, pukul: 15.00 WIB, dari <https://badilag.mahkamahagung>.

go.id/artikel/publikasi/artikel/wasiat-dan-waris-dalam-al-qur-an-36

- Sulistyowati Irianto, *Sejarah Dan Perkembangan Pemikiran Pluralisme Hukum Dan Konsekuensi Metodologisnya*, diakses 28 Mei 2020, dari laman file:///C:/Users/Win10/Downloads/1425-2778-1-SM.pdf.
- Syarif Mappiasse, *Logika Hukum Pertimbangan Putusan Hakim*. Jakarta: Prenadamedia Group, cetakan ke II, 2017.
- Suparman, Eman. *Hukum Waris Indonesia*. Bandung: Refika Aditama, 2007.
- Syarifuddin, Amir. *Hukum Kewarisan Islam*. Jakarta: Kencana. 2004.
- Soepomo. *Bab-Bab Tentang Hukum Adat*, cetakan ke 13. Jakarta: Pradnya Paramita, 1993.
- Soekamto, Soerjono. *Masalah Kedudukan dan Peranan Hukum Adat*. Jakarta: Academica, 1979.
- Setyanegara, Ery. *Kebebasan hakim mumutus Perkara Dalam Konteks Pancasila (Ditinjau Dari Keadilan Substantif)*. diakses tanggal 15 Juni 2010 dari: <http://jhp.ui.ac.id/index.php/home/article/download/31/31>
- Sharpe, Eric J. *Comparative Religion of History*. London: Duckworth, 1986
- Samrah, Abu Isa Muhammad bin Isa bin Sunan al-Turmudzi, Juz IV, Beirut-Libanon : 1994.
- Triwulan, Tutik Titik *Hukum Perdata dalam Sistem Hukum Nasional*, Jakarta: Kencana, 2010.
- Thalib, Sajuti *Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia*. Jakarta: Sinar Grafika, Cek. VII, 2002
- Tim Beranda Yusticia, *Kamus Istilah Hukum*. Cetakan ke 1, C-Klik Media, 2018.
- Ter Haar. *Asas-Asas dan Susunan Hukum Adat*, Penerjemah R. Ng Surbakti Presponoto, Let. N. Voricin Vahveve, Bandung, 1990.
- Usman, Suparman. *Ikhtisar Hukum Waris Menurut Kitab Undang-Undang hukum Perdata. (Burgerlijk Wetboek)*. Serang: Darul Ulum Press. 1993.
- Usman, Rachmadi *Hukum Kewarisa Islam Dalam Dimensi Kompilasi hukum Islam*. Bandung: Mandar Maju, 2009.

- Utrecht. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, disadur dan direvisi oleh Moh. Saleh Djindang, cet. XI, PT. Jakarta : Ichtiar Baru, 1983.
- Vollmar. *Pengantar Studi hukumPerdata*, Jilid I, diterjemahkan oleh I.S.Adiwimarta. Jakarta: PT.Rajawali Pers,1989.
- Wekke, Ismail Suardi *Islam dan Adat: Tinjauan Akulturasi Budaya dan Agama Dalam Masyarakat Bugis*. Jurnal Analisis, Volume VIII, Nomor 1, Juni 2013.
- Wahyuni, Della Sri. *Pluralisme Hukum dalam Pembangunan Hukum: Masalah dan Tantangan Ke Depan*. Makalah ini dipresentasikan pada dalam Konferensi Asosiasi Filsafat Hukum Nasional (AFHI) ke-3 di Universitas Airlangga Surabaya, pada tanggal 27-28 Agustus 2013.
- Wignjosoebroto, Soetandyo. *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum di Indonesia*, HuMa; VVI-Leiden; KITLV-Jakarta; Episteme Institute, 2014.
- Webster, Noah. *Webster's New Universal Unabridged Dictinoary*, New York, USA: Simon & Schuter, 1979.
- Wignjodipoero, Soerojo. *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat*, cetakan ke 8. Jakarta: Haji Masagung,1989.
- Witanto, Darmoko Yuti dan Putra, Arya. *Diskresi Hakim sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-Perkara Pidana*. Bandung: Alfabeta, 2013.
- Yasid, Abu. *Aspek-aspek Penelitian Hukum" Hukum Islam-Hukum Barat"*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2010.
- Yaqut, *Mu'jam Udabâ*, Juz XII. Beirut: Dar al-Fikr, 1980.
- Zahrah, Muhammad Abu. *Ahkam al-Tirkah Wa al-Mawarits*. Tk, Dar al-Fikr al-'Arabi. 1963.
- Zahroh, Muahammad Abu. *Ushul Fiqih*, penerjemah Saefullah Ma'shum dkk, Jakarta:Pustaka Firdaus, 2016.
- Zaid, Mustafa. *al-Maslahah fi al-Tasyrî' al-Islâmiy wa Najm al-Dînal-Tûfi*, t.tp.: Dâr al-Fikr al-'Arabiy, 1384 H/1964 M.
- Zuhdi, Masjfuk.. *Masail Fiqhiyah (Kapita Seleкта Hukum Islam)*. Jakarta : PT Gunung Agung, 1996.

