

KETENTUAN WASIAT WAJIBAH BAGI NON MUSLIM PERSPEKTIF
HUKUM PROGRESIF
(Studi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015)

TESIS



Oleh:
Dwi Fahmi As-Shibrony
220201210031

PASCASARJANA
AL-AHWAL AL-SYAKHSIYYAH
UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM
MALANG
2024

Ketentuan Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Perspektif Hukum Progresif (Studi
Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015)

Tesis

Diajukan untuk Memenuhi Syarat Memperoleh Gelar Magister Hukum (M.H) dalam Prodi
Hukum Keluarga Islam (Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah)

Oleh:

Dwi Fahmi As-Shibrony

220201210031



PASCASARJANA

AL-AHWAI AL-SYAKHSIYYAH

UNIVERSITAS ISLAM NEGERI MAULANA MALIK IBRAHIM MALANG

2024

LEMBAR PERSETUJUAN DAN PENGESAHAN TIM PENGUJI UJIAN TESIS

Tesis berjudul "KETENTUAN WASIAT WAJIBAH BAGI NON MUSLIM PERSPEKTIF HUKUM PROGRESIF (Studi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015)" yang ditulis oleh

Dwi Fahmi As-Shibrony NIM 220201210031 ini telah diuji dalam ujian tesis pada hari Rabu, 12 Maret 2025 dan dinyatakan LULUS.

Tim Penguji,

Penguji Utama
Dr. H. Fadil SJ, M.Ag
NIP. 19690303200003100

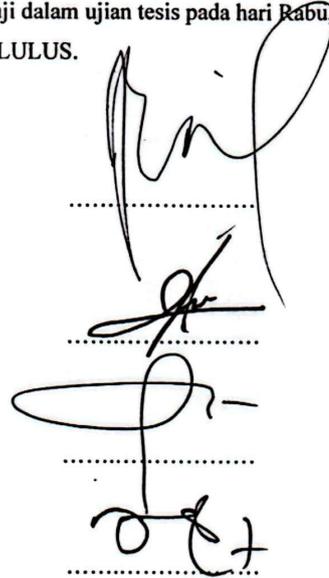
Ketua Penguji
Dr. Ahmad Izzuddin, M.HI
NIP. 197910122008011010

Pembimbing I/Penguji
Dr. Zaenul Mahmudi, M.A.
NIP. 197306031999031001

Pembimbing II/Sekretaris
Dr. Muhammad, Lc., M.Th.I
NIP. 198904082019031017

Mengetahui,
Ketua Program Studi

Dr. H. Fadil SJ, M.Ag
NIP. 19690303200003100



Malang, 27 Mei 2025
Direktur Pascasarjana



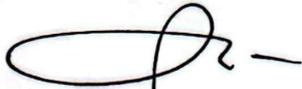
Prof. Dr. H. Wahidmurni, M.Pd
NIP. 196512311992031046

PERSETUJUAN PEMBIMBING

Tesis dengan judul "**Ketentuan Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Perspektif Hukum Progresif (Studi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015)**" yang ditulis oleh Dwi Fahmi As-Shibrony dengan NIM 220201210031 ini telah diperiksa dan disetujui,

Malang, 31 Desember 2024

Pembimbing I



Dr. Zaenul Mahmudi, MA

NIP. 197304031999031001

Pembimbing II



Dr. Muhammad, Lc., M.Th.I

NIP. 198904082019031017

Mengetahui,

Ketua Program Magister Akhwal As-Syakhsiyah



Dr. H. Fadil SJ, M.Ag

NIP. 196512311992031046

PERNYATAAN KEASLIAN

Yang bertanda tangan di bawah ini saya:

Nama : Dwi Fahmi As-Shibrony
NIM : 220201210031
Program Studi : Magister Al-Ahwal Al-Syakhsiyyah
Institusi : Pascasarjana UIN Maulana Malik Ibrahim Malang
Judul : Ketentuan Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Perspektif Hukum Progresif (Studi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015)

Dengan sungguh-sungguh menyatakan bahwa Tesis ini secara keseluruhan adalah hasil penelitian atau karya saya sendiri, kecuali pada bagian-bagian yang dirujuk sumbernya. Pendapat atau temuan penelitian orang lain yang terdapat dalam tesis ini dikutip atau dirujuk sesuai kode etik penulisan karya ilmiah. Apabila di kemudian hari ternyata tesis ini terbukti ada unsur-unsur plagiasi, maka saya bersedia untuk diproses sesuai dengan aturan yang berlaku. Demikian lembaran pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya dan tanpa paksaan dari siapapun.

Malang, 05 Februari 2025

Saya yang menyatakan,



Dwi Fahmi As-Shibrony

NIM. 220201210031

ABSTRAK

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisis ketentuan wasiat wajibah bagi non-Muslim dalam perspektif hukum progresif, dengan menitikberatkan pada dua yurisprudensi Mahkamah Agung, yaitu Putusan Nomor 16K/AG/2010 dan 721K/AG/2015. Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara normatif mengecualikan ahli waris non-Muslim dari hak warisan. Namun, dua putusan tersebut menunjukkan perkembangan hukum melalui pemberian wasiat wajibah kepada istri dan anak kandung pewaris yang beragama non-Islam. Penelitian ini menggunakan pendekatan normatif-yuridis dan dianalisis dengan teori hukum progresif Satjipto Rahardjo yang menekankan pada keadilan substantif dan kemaslahatan. Dalam kedua putusan, Mahkamah Agung mengutip pandangan Yusuf Qardhawi yang menyatakan bahwa non-Muslim yang hidup berdampingan secara damai tidak tergolong kafir harbi, sehingga layak memperoleh bagian warisan secara wasiat wajibah. Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa yurisprudensi Mahkamah Agung merupakan bentuk konkret dari penerapan hukum progresif dalam konteks pluralitas agama di Indonesia. Temuan ini merekomendasikan pembaruan terhadap KHI agar lebih adaptif terhadap realitas sosial dan pluralisme, serta menjadi referensi bagi pengembangan hukum keluarga Islam yang berkeadilan di masa depan.

Kata kunci: wasiat wajibah, non-Muslim, hukum progresif, yurisprudensi, Mahkamah Agung.

ABSTRACT

This study aims to analyze the provision of *wasiat wajibah* (obligatory will) for non-Muslims from the perspective of progressive law, focusing on two Supreme Court jurisprudences: Decisions No. 16K/AG/2010 and 721K/AG/2015. The Compilation of Islamic Law (KHI) normatively excludes non-Muslim heirs from inheritance rights. However, these decisions reflect legal development by granting *wasiat wajibah* to the Muslim testator's non-Muslim wife and biological children. This research employs a normative-juridical approach and is analyzed through Satjipto Rahardjo's theory of progressive law, which prioritizes substantive justice and public benefit (*maslahah*). In both cases, the Supreme Court refers to Yusuf Qardhawi's opinion that non-Muslims who live peacefully are not considered *kafir harbi*, thus eligible to receive inheritance through *wasiat wajibah*. The study reveals that such jurisprudence exemplifies the application of progressive law in the context of religious pluralism in Indonesia. It recommends revising the KHI to be more adaptive to social realities and pluralistic values, serving as a reference for future development of Islamic family law that is more just and contextual.

Keywords: wasiat wajibah, non-Muslim, progressive law, jurisprudence, Supreme Court.

المخلص

تهدف هذه الدراسة إلى تحليل أحكام الوصية الواجبة لغير المسلمين من منظور القانون التقدمي، مع التركيز على حكمين ينصّ قانون الأحوال K/AG/2015 وK/AG/2010 721 قضائيين من المحكمة العليا الإندونيسية، وهما القرار رقم 16 على استبعاد غير المسلمين من الميراث، ولكن هذين الحكمين أظهرتا تطوراً قانونياً من خلال (KHI) الشخصية الإسلامية منح الوصية الواجبة لزوج وأبناء المورث غير المسلمين. استخدمت هذه الدراسة المنهج القانوني النظري، وتم تحليلها باستخدام نظرية القانون التقدمي لـ سجاتيبو راجو، الذي يركز على العدالة الجوهرية والمصلحة العامة. استندت المحكمة العليا في قراراتها إلى رأي يوسف القرضاوي، الذي يرى أن غير المسلمين الذين يعيشون بسلام لا يُعدّون من الكفار الحربيين، وبالتالي يحق لهم الحصول على حصة من الميراث عن طريق الوصية الواجبة. تظهر نتائج الدراسة أن هذه السوابق القضائية تعكس تطبيقاً حقيقياً للقانون التقدمي في سياق التعددية الدينية في إندونيسيا. وتوصي هذه الدراسة بمراجعة قانون الأحوال الشخصية ليكون أكثر توافقاً مع الواقع الاجتماعي وتعدد الأديان، وليشكل مرجعاً لتطوير قانون الأسرة الإسلامي المستقبلي.

الوصية الواجبة، غير المسلم، القانون التقدمي، السوابق القضائية، المحكمة العليا: الكلمات المفتاحية

DAFTAR ISI

PERSETUJUAN PEMBIMBING	ii
PERNYATAAN KEASLIAN	Error! Bookmark not defined.
DAFTAR ISI	v
PEDOMAN TRANSLITERASI	ix
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Masalah	1
B. Fokus Penelitian	6
C. Tujuan penelitian	7
D. Manfaat Penelitian	7
E. Penelitian Terdahulu	8
F. Definisi Istilah	20
BAB II KAJIAN PUSTAKA	22
A. Kerangka Teoritik	22
1. Ketentuan Umum Wasiat Wajibah	22
2. Ketentuan Umum Yurisprudensi	46
3. Ketentuan Umum Hukum Progresif	62
4. Ketentuan Umum Ilhaq	84
B. Kerangka Alur Berpikir	91
BAB III METODE PENELITIAN	94
A. Pendekatan Dan Jenis Penelitian	94
B. Sumber Bahan Hukum	95
C. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum	96
D. Analisis Bahan Hukum	97
BAB IV HASIL DAN PEMBAHASAN	98
A. Deskripsi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015	98
B. Dialektika Hukum Waris Perspektif Yusuf Qardhawi Dijadikan Sebagai Dalil Hukum Wasiat Wajibah Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015	104
C. Ketentuan Wasiat Wajibah Terhadap Non Muslim Dalam Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015 Menurut Hukum Progresif	132
BAB V PENUTUP	155
A. Kesimpulan	155
B. Saran	156
DAFTAR PUSTAKA	158

PEDOMAN TRANSLITERASI

A. Ketentuan Umum

Transliterasi adalah pemindah alihan tulisan aran ke dalam tulisan Indonesia (Latin), bukan terjamahan arab ke bahasa Indonesia, termasuk dalam kategori ini ialah nama Arab dari bangsa Arab, sedangkan nama Arab dari bangsa Arab ditulis sebagaimana ejaan bahasa nasionalnya atau sebagaimana yang tertulis dalam buku yang menjadi rujukan. Penelitian judul buku dalam footnote maupun daftar pustaka, tetap menggunakan ketentuan transliterasi.

Banyak pilihan dan ketentuan transliterasi yang dapat digunakan dalam penelitian karya ilmiah, baik yang standar nasional, internasional maupun ketentuan yang khusus digunakan penerbit tertentu. Transliterasi yang digunakan Fakultas Syariah Universitas Islam Negeri (UIN) Maulana Malik Ibrahim Malang menggunakan EYD plus, yaitu transliterasi yang didasarkan atas surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Agama RI dan Menteri Pendidikan dan Kebudayaan RI Nomor 158/1987 dan 0543b/U/1987, tanggal 22 Januari 1988.

B. Konsonan

Arab	Latin	Arab	Latin	Arab	Latin
ا	Tidak Dilambangkan	ز	Z	ق	Q
ق	B	س	S	ك	K
ت	T	ش	Sy	ل	L
ث	S	ص	S	م	M
ج	J	ض	D	ن	N
ح	H	ط	T	و	W
خ	Kh	ظ	Z	ه	H
د	D	ع	“	ي	Y
ذ	Z	غ	G		

ر	R	ف	F		
---	---	---	---	--	--

Hamzah (ء) yang sering dilambangkan dengan alif, apabila terletak diawal kata maka dalam transliterasinya mengikuti vokalnya, tidak dilambangkan dengan koma atas (,) , berbalik dengan koma (,) untuk menganti lambing (ع).

C. Vokal, Panjang dan Diftong

Setiap penelitian Bahasa arab dalam bentuk tulisan latin vocal Fathah ditulis “a”, kasroh dengan dengan “i”, dhommah dengan “u”, sedangkan bacaan panjang masing-masing ditulis dengan cara berikut:

Vocal Pendek		Vocal Panjang		Diftong	
ا	A	آ	A	اي	Ay
إ	I	إي	I	او	Aw
أ	U	أو	U	ب	ba”

D. Ta’marbutoh

Ta’ marbûthah (ة) ditransliterasikan dengan “t” jika berada di tengah kalimat. Tetapi apabila ta’ marbûthah tersebut berada di akhir kalimat, makaditransliterasikan dengan menggunakan “h” misalnya المدرسة الرسالة menjadi al-risalat li-mudarrisah, atau apabila berada di tengah-tengah kalimat yang terdiri dari susunan mudlaf dan mudlaf ilayh, maka ditransliterasikan dengan menggunakan “t” yang disambungkan dengan kalimat berikut, misalnya في رحمة الله menjadi fi rahmatillâh

E. Kata Sandang dan Lafaz

Kata sandang berupa “al” (ال) dalam lafadh jalâlah yang berada di tengah-tengah kalimat yang disandarkan (idhafah) maka dihilangkan. Perhatikan contoh-contoh berikut :

1. *Al-Bukhâriy* mengatakan
2. *Masyâ’Allah kânâ wa mâlam yasyâ lam yakun*
3. *Billâh ‘azza wa jalla*

F. Nama dan Kata Terindonesiakan

Pada prinsipnya setiap kata yang berasal dari Bahasa Arab harus ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Apabila kata tersebut merupakan nama Arab dari orang Indonesia atau Bahasa Arab yang sudah terindonesiakan, tidak perlu ditulis dengan menggunakan sistem transliterasi. Contoh: "...Abdurrahman Wahid, mantan Presiden RI keempat, dan Amin Rais, mantan ketua MPR pada masa yang sama, telah melakukan kesepakatan untuk menghapus nepotisme, kolusi dan korupsi dari muka bumi Indonesia, dengan salah satu caranya melalui pengintensifan salat di berbagai kantor pemerintahan, namun..." Perhatikan penulisan nama "Abdurrahman Wahid", "Amin Rais" dan kata "salat" ditulis dengan menggunakan tata cara penulisan Bahasa Indonesia yang disesuaikan dengan penulisan namanya. Kata-kata tersebut sekalipun berasal dari Bahasa Arab, namun ia berupa nama dari orang Indonesia dan terindonesiakan, untuk itu tidak ditulis dengan cara "Abd al-Rahmān Wāḥid," "Amīn Raīs," dan tidak ditulis "ṣalāt"

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Hukum Islam memiliki hal baru yang disebut wasiat wajibah, yang dibuat dari kompilasi hukum Islam. Sayangnya, ketentuan umum wasiat wajib tersebut tidak didefinisikan oleh Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya disebut KHI). Wasiat wajibah secara teoritis didefinisikan sebagai keputusan yang dibuat oleh penguasa atau hakim sebagai aparat negara untuk memaksa atau memberi wasiat dari orang yang telah meninggal dunia yang diberikan kepada orang tertentu dalam situasi tertentu.¹

Dalam bukunya, Bismar Siregar menjelaskan wasiat wajibah sebagai wasiat yang diberikan kepada kerabat atau ahli waris yang tidak dapat menerima bagian harta warisan dari orang yang meninggal karena adanya halangan syara. Sementara itu, Eman Suparman menyatakan bahwa wasiat wajibah adalah wasiat yang pelaksanaannya tidak terpengaruh oleh keinginan orang yang meninggal dunia.²

Pada dasarnya, memberi wasiat adalah tindakan ikhtiyariyah, atau dilakukan karena keinginan sendiri. Hakim dan penguasa tidak dapat memaksa seseorang untuk memberi wasiat. Tergantung pada objek wasiat yang akan diwasiatkan, keadaan pemberi wasiat dan penerima wasiat, hukum melaksanakan wasiat dapat menjadi wajib, sunnah, makruh, atau bahkan haram.

¹ Abdul Manan, "Beberapa Masalah Hukum Tentang Wasiat dan Permasalahannya Dalam Konteks Kewenangan Peradilan Agama", *Mimbar Hukum Aktualisasi Hukum Islam*, Edisi IX, Nomor 38, 1998, 23.

² Eman Suparman, *Intisari Hukum Waris di Indonesia* (Bandung: Mandar Maju, 1981), 17.

Ini karena keadaan mereka dapat menentukan hukum yang akan dihasilkan dari pelaksanaan wasiat.³

Dalam menentukan hukum wasiat terjadi perbedaan pendapat diantara para ulama. Namun para ulama sebagian besar memberikan bukan hukum *fardhu ain* kepada kaum wasiat. Para ulama Salaf termasuk Ibnu Hazm termasuk ke dalam golongan yang menyatakan bahwa hukum wasiat merupakan hukum *fardhu ain*.

Hukum wasiat pada dasarnya adalah sunnah, menurut mayoritas ulama. Namun, utang, zakat, atau kafarat yang belum dibayar masih menjadi kewajiban wasiat. Namun, menurut Ibnu Hazm, hukum wasiat wajib bagi setiap orang yang meninggal dunia dan meninggalkan harta. Karena hukum adalah wajib daripada wasiat, orang yang meninggal dan belum meninggalkan wasiat wajib menshadaqahkan sebagian hartanya. Seperti yang dinyatakan oleh Ibnu Jarir, Thawus, Abu Dawud, Qatadah, Masruq dan Iyas wasiat hukumnya wajib bagi orang tua dan keluarga yang tidak memiliki hak waris.⁴

Pendapat Ibnu Hazm dan jumhur berbeda dalam hal wasiat. Menurut Ibnu Hazm, kewajiban wasiat bersifat *qadha'i*, artinya ahli waris yang ada akan melakukan wasiat atas nama orang yang telah meninggal jika mereka tidak melakukannya. Menurut jumhur, sebaliknya, kewajiban wasiat bersifat *ta'abbudi*, artinya seseorang akan berdosa jika tidak memberikan wasiat, tetapi ahli waris tidak perlu melakukannya. Kedua, menurut Ibnu Hazm, wasiat wajib tersebut berkenaan dengan anggota keluarga yang tidak berhak mewarisi, baik

³ Sayyid Sabiq, *Fiqih Sunnah*, Jilid IV (Jakarta: PT Pena Pundi Aksara, 2009), 527-528.

⁴ Fathur Rahman, *Ilmu Waris* (Bandung: Al-Ma'arif:1998), 52-54.

karena terhibab maupun karena terhalang. Sedang menurut jumhur, wasiat wajib tersebut berkenaan dengan utang, *kafarat*, zakat, dan kewajiban keagamaan lainnya yang belum dipenuhi.⁵

Sebagian ulama, seperti Ibnu Hazm, Azh-Zhahiri, Ath-Thabari, dan Abu Bakar ibn Abdul Aziz dari ulama Hanabilah, berpendapat bahwa wasiat, baik *dhanatan* maupun *qadha'an*, harus diberikan kepada orang tua atau kerabat mereka yang tidak menerima bagian dari warisan karena alasan seperti terhibab sebagai ahli waris atau karena perbedaan agama. Sebagian dari harta peninggalan pewaris harus diberikan kepada orang tua atau kerabat yang tidak menjadi ahli waris jika pewaris semasa hidupnya tidak memberikan wasiat kepada mereka.⁶

Wasiat wajibah diartikan sebagai perbuatan yang dilakukan oleh pemerintah melalui aparat negara yang terkait dalam rangka memberikan keputusan untuk memberikan wasiat wajib oleh pewaris yang telah meninggal dunia terhadap seseorang.⁷

Dua hal yang menjadi penyebab wasiat wajib adalah sebagai berikut:⁸

1. Si pemberi wasiat kehilangan unsur ikhtiarinya serta kemudian menjadi unsur wajib melalui surat keputusan atau perundang-undangan tanpa adanya serta jika penerima wasiat setuju.

⁵ Al Yasa Abu Bakar, *Ahli Waris Sepertalian Darah: Kajian Perbandingan terhadap Penalaran Hazairin dan Penalaran Fiqh Madzhab* (Jakarta: INIS, 1998), 193.

⁶ Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*, Jilid 10 (Depok: Gema Insani, 2011), 245.

⁷ Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, *Fiqh Mawaris Hukum Kewarisan Islam* (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1997), 163.

⁸ Fathur Rahman, *Ilmu waris*, 63.

2. Dalam pembagian harta pusaka memiliki unsur kemiripan dalam lingkup ketentuan-ketentuannya yaitu laki-laki menerima 2 kali lipat daripada perempuan.

Negara Mesir berkaitan dengan tentang wasiat wajib pada era ini dijadikan sebagai dasar perundang-undangan dalam rangka menyalurkan hak waris terhadap cucu yang telah ditinggal oleh ayahnya yang wafat, yang bergerak tergantung pada anak pewaris. Wasiat wajibah, yang secara resmi disebut sebagai *al-washiyyah al-wajibah*, diatur dalam Undang-undang Wasiat Mesir No. 7 Tahun 1946, pasal 76-79, yang memungkinkan paman memberikan bagian kepada cucu-cucunya yang tidak dapat menerima bagian karena orang tua mereka meninggal sebelum atau bersama nenek atau kakek mereka. Syria, Tunisia, dan Maroko juga mengikuti aturan ini.⁹

Berkaitan dengan wasiat wajib KHI memiliki ketentuan sendiri serta memiliki perbedaan dari segi aturan apabila dibandingkan dengan negara muslim yang lain seperti Tunisia, Mesir, Maroko, dan Suriah. Wasiat wajib di negara muslim yang lain memiliki lembaga tersendiri untuk mengatasi permasalahan terkait tua mereka sedangkan nenek dan kakek mereka masih hidup. Sedangkan KHI memiliki konsep bahwa hanya kepada anak angkat dan orang tua angkat yang dapat memberikan wasit wajibah.¹⁰

⁹ Rahmi Maulidiyah, *Wasiat Wajibah Dalam Pandangan Fuqaha (Studi Analisis Pasal 209 Ayat (2) KHI Tentang Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat)*, Tesis (Undergraduate Thesis: Institut Ilmu Al-Qur'an Jakarta, 2015), 9.

¹⁰ Roihan A Rasyid, "Pengganti Ahli Waris dan Wasiat Wajibah", dalam Cik Hasan Bisri, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional* (Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999), 88-89.

Wasiat wajibah kemudian diberikan kepada orang lain selain anak angkat dan orang tua angkat, meskipun secara normatif telah ditentukan demikian. Namun, Pasal 171 huruf c dari Kompilasi Hukum Islam (KHI) menyatakan bahwa orang yang berbeda agama dengan pewaris tidak dapat dianggap sebagai ahli waris. Oleh karena itu, ketika seorang pewaris yang beragama Islam meninggal dunia, ahli waris yang tidak beragama Islam tidak dapat memiliki hak atas harta warisan tersebut. Akan tetapi, berdasarkan putusan Mahkamah Agung seperti Putusan No. 368K/AG/1995, Putusan No. 51K/AG/1999, Putusan No. 59K/AG/2001, Putusan No. 16K/AG/2010, dan Putusan No. 721K/AG/2015 wasiat wajibah juga dapat diberikan kepada kerabat yang beragama non-Islam.¹¹

Permasalahan yang diangkat penulis terkait wasiat wajibah ini terdapat 2 (dua) yurisprudensi Mahkamah Agung. Putusan Mahkamah Agung yang bernomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 mengenai wasiat wajibah bagi non muslim. Di dalam putusan mahkamah agung nomor 16K/AG/2010 mengadili bahwa istri pewaris yang bernama Evie Lany Mosinta mendapatkan wasiat wajibah dari harta peninggalan sebesar $\frac{1}{4}$ bagian. Lalu dalam putusan mahkamah agung nomor 721K/AG/2015 mengadili bahwa 2 (dua) anak kandung pewaris yang beragama non islam mendapatkan wasiat wajibah sebesar $\frac{1}{3}$ dari harta peninggalan pewaris. Bahwa kedua yurisprudensi tersebut mengutip pendapat ulama Yusuf Qardhawi mengatakan bahwa mereka yang non Islam namun hidup bertetangga dengan keadaan yang

¹¹ Rahmad Setyawan, *Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2019), 4-5.

damai tidak bisa dikatakan kafir Harbi, begitu juga istri pewaris dan anak kandung pewaris yang telah hidup berdampingan secara damai dan rukun meski memiliki perbedaan dari segi agama, oleh karena itu patut dan layak bahwa istri pewaris dan anak kandung pewaris yang beragama non islam memperoleh bagian dari harta peninggalan pewaris berupa wasiat wajibah. Menurut penulis terdapat dialektika terkait pendapat ulama Syekh Yusuf Qardhawi dengan yurisprudensi Mahkamah Agung. Syekh Yusuf Qardhawi dalam kitab *Min hadyu al-islam fatawi mu'ashirah* berpendapat bahwa orang muslim boleh menerima warisan dari pewaris non muslim bukan sebaliknya. Maksudnya orang non muslim tidak boleh menerima warisan dari pewaris muslim. Akan tetapi menurut hakim agung bahwa orang non muslim boleh menerima wasiat wajibah dari pewaris muslim dalam putusan Mahkamah Agung tersebut dengan mengutip pendapat ulama syekh Yusuf Qardhawi.

Berdasarkan uraian di atas penulis tertarik untuk mengkaji lebih dalam mengenai permasalahan tersebut dengan menganalisis yurisprudensi Mahkamah Agung yang diberi judul “Ketentuan Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Perspektif Hukum Progresif (Studi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/ 2015)”.

B. Fokus Penelitian

1. Bagaimana dialektika hukum waris perspektif Yusuf Qardhawi dijadikan sebagai dalil hukum wasiat wajibah yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015?

2. Bagaimana ketentuan wasiat wajibah terhadap non muslim dalam yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015 menurut hukum progresif ?

C. Tujuan penelitian

1. Untuk menganalisis dialektika hukum waris perspektif Yusuf Qardhawi dijadikan sebagai dalil hukum wasiat wajibah yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015.
2. Untuk menganalisis ketentuan wasiat wajibah terhadap non muslim dalam yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015 menurut hukum progresif.

D. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan mampu memberikan manfaat secara teoritik dan praktis:

1. Manfaat Teoritik

- a. Penelitian ini diharapkan memberikan sumbangsih terkait wawasan para pembaca terlebih khusus kepada Fakultas Syariah berkaitan dengan prosedur dan kaidah ilmiah dalam kegiatan pembelajaran.
- b. Penelitian ini diharapkan dapat digunakan oleh peneliti lain sebagai pertimbangan untuk mengeksplorasi penelitian selanjutnya mengenai wasiat wajibah dari yurisprudensi Mahkamah Agung.
- c. Sebagai bahan referensi untuk mahasiswa.

2. Manfaat Praktis

- a. Penelitian ini diharapkan memberikan manfaat dari segi disediakan sebagai bahan pembelajaran, pengetahuan, maupun referensi terkait wasiat wajibah terhadap non muslim.

E. Penelitian Terdahulu

Penulis menyadari bahwa sebelum dilaksanakannya kajian terkait penelitian ini, peneliti lain telah banyak mengkaji permasalahan wasiat wajibah. Namun perbedaan penelitian ini dengan penelitian Penelitian terdahulu yaitu penelitian ini berfokus pada pemberian wasiat wajibah terhadap non muslim yang dikaji dari segi filosofis hukum. Penulis Melakukan telaah terhadap penelitian-pendidikan terdahulu yang masih relevan dengan penggantian yang sedang dilakukan. Penelitian-penelitian terdahulu yang dianggap relevan diantaranya:

Pertama, penelitian dari Bambang Kuswanto yang berjudul “*Implementasi Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat Perspektif Teori Keadilan John Rawls (Studi Perkara Pengadilan Agama Kabupaten Malang Nomor 0915/Pdt.G/2015/PA.Kab.Mlg)*”.¹² Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah Putusan Pengadilan Agama Kabupaten Malang Nomor 0915/Pdt.G/2015/PA.Kab.Mlg) tentang bagaimana anak angkat memperoleh hak kewarisan melalui wasiat wajibah dari orang tua angkatnya. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian

¹² Bambang Kuswanto, *Implementasi Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat Perspektif Teori Keadilan John Rawls (Studi Perkara Pengadilan Agama Kabupaten Malang Nomor 0915/Pdt.G/2015/PA.Kab.Mlg)*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2018)

ini berfokus kepada pendapat Hakim dalam mendeskripsikan serta mengimplementasikan wasiat wajibah kepada anak angkat. Penelitian ini menganalisis putusan Pengadilan Agama Kabupaten Malang nomor 0915/Pdt.G/2015/PA.Kab.Malang melalui sudut pandang teori keadilan John Rawls. Hasil penelitian menunjukkan bahwa anak angkat dalam implementasinya terkait wasiat wajib memiliki hak yang dapat melakukan gugatan terhadap ahli waris berdasarkan pasal 209 ayat 2 KHI. Gagasan kesetaraan yang digagas oleh John Rawls dalam teori keadilan memiliki anggapan bahwa manusia memiliki kesetaraan dan derajat yang sama. Adapun persamaan dengan penelitian penulis yaitu penelitian ini merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya yaitu objek kajian adalah putusan Pengadilan Agama Kabupaten Malang sedangkan penulis objeknya adalah yurisprudensi Mahkamah Agung tentang wasiat wajibah kepada non muslim.

Kedua, penelitian dari Rahmad Setyawan yang berjudul “*Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*”.¹³ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah Putusan Mahkamah Agung Nomor 368K/AG/1995, Putusan Mahkamah Agung Nomor 51K/AG/1999, Putusan Mahkamah Agung Nomor 59K/AG/2001 dan Putusan Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010 tentang bagaimana ahli waris non muslim memperoleh hak kewarisan melalui wasiat wajibah. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus

¹³ Rahmad Setyawan, *Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2019)

pada putusan Mahkamah Agung pada tahun 1995-2010 dari aspek penemuan hukum terkait pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris non muslim. Kesimpulan penelitian ini yaitu Mahkamah Agung berusaha untuk mewujudkan kemaslahatan masyarakat Indonesia yang memiliki perbedaan baik perbedaan agama, suku, dan budaya. Metode istimbath yang digunakan oleh Mahkamah Agung menjadi landasan hukumnya. Persamaan dengan penelitian yang dilakukan Indonesia yaitu peternakan ini sama-sama membahas tentang wasiat wajibah bagi non muslim serta merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya yaitu dari objek bahasan yaitu tesis ini membahas putusan Mahkamah Agung tahun 1995-2010 bagi ahli waris non muslim sedangkan penulis objeknya adalah yurisprudensi Mahkamah Agung tahun 2010 dan 2015.

Ketiga, penelitian dari Akhmad Husaini yang berjudul “*Pelaksanaan Wasiat Wajibah Di Indonesia dan Malaysia (Studi Komparasi Kompilasi Hukum Islam dan Enakmen Wasiat Orang Islam)*”.¹⁴ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah studi komparasi kompilasi hukum Islam dan enakmen wasiat orang Islam tentang pelaksanaan wasiat wajibah. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus pada konsep dan mekanisme pelaksanaan wasiat wajibah di Indonesia dan Malaysia, serta perbandingan dari segi kompilasi hukum Islam enakmen wasiat orang Islam negara Malaysia. Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu KHI memberikan pandangan bahwa anak angkat dan orang tua angkat

¹⁴ Akhmad Husaini, *Pelaksanaan Wasiat Wajibah di Indonesia dan Malaysia (Studi Komparasi Kompilasi Hukum Islam dan Enakmen Wasiat Orang Islam)*, Tesis (Undergraduate Thesis: IAIN Jember, 2020)

dalam pembagian hak waris tidak boleh melebihi sepertiga harta yang ditinggalkan. Konsep wasiat wajib ini memberikan pandangan bahwa anakan dan orang tua angkat masih memiliki hak waris. Persamaan dengan penelitian yang dilakukan oleh penulis yaitu penelitian ini sama-sama membahas tentang wasiat wajibah serta merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya yaitu dari segi objek bahasan dimana penelitian ini membahas studi komparasi kompilasi hukum Islam dan enakmen orang Islam sedangkan penulis objeknya adalah yurisprudensi Mahkamah Agung tentang wasiat wajibah kepada non muslim.

Keempat, penelitian dari Rahmi Maulidiyah yang berjudul “*Wasiat Wajibah Dalam Pandangan Fuqaha (Studi Analisis Pasal 209 Ayat (2) KHI Tentang Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat)*”.¹⁵ Penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah studi analisis pasal 209 ayat (2) KHI tentang wasiat wajibah terhadap anak angkat. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus pada wasiat wajibah terhadap anak angkat dari segi konsep dan dasar hukum kewarisan Islam. Penelitian ini menggunakan hukum positif dan hukum adat yang berlaku di Indonesia dalam rangka memberi kejelasan terhadap terkait kedudukan anak angkat serta bagaimana pandangan terkait wasiat wajibah atas anak angkat dalam perspektif KHI. Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu hak waris dalam hukum Islam terjadi karena adanya nasab atau hubungan darah sedangkan anak angkat tidak memiliki hal tersebut. Namun berdasarkan pasal 209 ayat 2 KHI

¹⁵ Rahmi Maulidiyah, *Wasiat Wajibah dalam Pandangan Fuqaha’ (Studi Analisis Pasal 209 Ayat (2) KHI Tentang Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat)*, Tesis (Undergraduate Thesis: Institut Ilmu Al-Qur’an Jakarta, 2015)

anak angkat masih memiliki hak berkaitan dengan wasiat wajibah. Persamaan penelitian ini dengan penelitian yang dilakukan penulis yaitu sama-sama membahas terkait wasiat wajibah serta penelitian tergolong ke dalam kategori penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya dari perspektif objek yang dikaji..

Kelima, Penelitian yang ditulis oleh Iin Mutmainnah yang berjudul “*Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)*”.¹⁶ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah studi analisis terhadap putusan mahkamah agung nomor 368K/AG/1995. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus pada prinsip hukum Islam dalam membagi warisan serta kedudukan ahli waris yang berbeda agama terkait wasiat wajibah. Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu hukum Islam berpedoman terhadap Alquran dan hadis sebagai landasan utama dalam membagi warisan. Kedudukan anak angkat yang memiliki perbedaan agama sendiri telah diatur pada KHI pasal 209 ayat (1) dan (2). Persamaan penelitian ini dengan penelitian penulis yaitu penelitian ini mengkaji wasiat wajibah bagi anak yang berbeda agama serta merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya yaitu dari objek kajian..

Keenam, penelitian oleh Uzlah Wahidah yang berjudul “*Tinjauan Keadilan Pembagian Wasiat Wajibah Bagi Anak Angkat (Studi Pandangan*

¹⁶ Iin Mutmainnah, *Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995)*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Alauddin Makassar, 2015)

Hakim Pengadilan Agama Dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember)”.¹⁷

Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah studi pandangan hakim pengadilan agama dan pakar hukum Islam Kabupaten Jember tentang wasiat wajibah bagi anak angkat. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *field research*. Penelitian ini berfokus pada mendeskripsikan dan menganalisis hak anak angkat dalam pembagian wasiat wajibah berdasarkan konsep keadilan. Hasil penelitian dapat disimpulkan bahwa keadilan yang bersifat proporsional telah didapatkan bagi anak angkat dalam wasit wajibah dalam pasal 209 KHI. KHI yang mendukung adanya kemaslahatan umat tidak membedakan antara anak angkat dan anak waris dalam segi wasiat wajibah. Persamaan Dalam penelitian ini yaitu sama-sama membahas terkait wasiat wajibah serta merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya dari segi objek.

Ketujuh, penelitian oleh Nurul Astitin yang berjudul “*Relevansi Pemikiran Ibnu Hazm Tentang Konsep Wasiat Wajibah Di Indonesia (Studi Tentang Putusan MA Nomor 16K/AG/2010)*”.¹⁸ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah studi analisis putusan Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 tentang wasiat wajibah bagi waris beda agama. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus pada perspektif Ibnu Hazm terkait wasiat wajibah serta relevansinya dalam

¹⁷ Uzhah Wahidah, *Tinjauan Keadilan Pembagian Wasiat Wajibah Bagi Anak Angkat (Studi Pandangan Hakim Pengadilan Agama dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember)*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2014)

¹⁸ Nurul Astitin, *Relevansi Pemikiran Ibnu Hazm Tentang Konsep Wasiat Wajibah Di Indonesia (Studi Tentang Putusan MA Nomor 16K/AG/2010)*, Tesis (Undergraduate Thesis: IAIN Jember, 2019)

perundang-undangan di Indonesia. Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu tidak ada perbedaan dalam pembagian hak waris terhadap kerabat atau orang tua yang berbeda agama. Putusan Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 juga memberikan adanya pemberian hak waris melalui wasiat wajibah kepada orang-orang yang memiliki perbedaan agama. Persamaan Dalam penelitian ini dengan penelitian penulis yaitu penelitian ini berfokus pada wasiat wajib dan merupakan penelitian normatif sedangkan perbedaannya dari segi objek kajian..

Kedelapan, penelitian yang ditulis oleh Najib Ihda Bashofi yang berjudul “*Analisis Keadilan Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non Muslim (Studi Kritis Putusan MA nomor 16K/AG/2010)*”.¹⁹ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah studi analisis putusan Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 tentang wasiat wajibah bagi istri non muslim. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus pada pemberian hak waris kepada istri non muslim melalui wasiat wajibah berlandaskan penalaran hukum Islam serta pertimbangan hukum Hakim pada putusan MA nomor 16K/AG/2010. Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu konstruksi hukum yang digunakan Hakim dalam putusan tersebut ialah *Al Maslahah Al Mursalah* atau penalaran *istishlahiyyah* yaitu tidak ada syariat dan aturan khusus yang dapat melakukan penolakan. Persamaan penelitian ini dengan penelitian penulis yaitu penelitian ini membahas tentang wasir wajibah bagi non muslim serta merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya yaitu dari segi objek kajian.

¹⁹ Najib Ihda Bashofi, *Analisis Keadilan Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non Muslim (Studi Kritis Putusan MA No. 16K/AG/2010)*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Antasari Banjarmasin, 2018)

Kesembilan, Penelitian yang ditulis oleh Azmi Zamroni Ahmad yang berjudul “*Penarikan Kriteria Penerima Wasiat Wajibah Berdasarkan Maqashid Syariah*”.²⁰ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah kriteria penerima wasiat wajibah berdasarkan *maqashid syariah*. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Fokus dan pokok pembahasan dari penelitian tersebut adalah konsep wasiat wajibah dalam perspektif *maqashid syariah*. Wasiat wajibah memiliki beberapa kriteria terkait siapa saja yang memiliki hak untuk menerimanya. Salah satu yang memiliki hak yaitu merupakan kerabat dekat dari pewaris. Kerabat tersebut juga pewaris bertanggung jawab ketika masih hidup. *Maqashid Syariah* menjadi salah satu pengembangan, penjagaan, dan pelaksanaan wasiat wajibah berdasarkan tiga tahap yaitu *maqashid al-‘ammah*, *maqashid al-khassah*, dan *maqashid al-juz’iyyah*. Kriteria yang dapat menyebabkan seseorang berhak untuk mendapatkan wasiat wajibah adalah kerabat dekat pewaris yang hak kewarisannya terhalang oleh *hijab hirman* atau termasuk dalam golongan *mawani’ al-mawaris*. Lalu mempunyai status hukum dengan pewaris serta menjadi tanggungan pewaris ketika pewaris masih hidup. Persamaan penelitian ini dengan penelitian penulis yaitu penelitian ini membahas tentang wasiat wajibah beserta merupakan penelitian normatif. Sedangkan perbedaannya yaitu dari segi objek kajian.

Kesepuluh, Penelitian yang ditulis oleh Mohammad Yasir Fauzi yang berjudul “*Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam*

²⁰ Azmi Zamroni Ahmad, *Penarikan Kriteria Penerima Wasiat Wajibah Berdasarkan Maqashid Syariah*, Tesis (Undergraduate Thesis: UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2019)

dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga Di Indonesia”.²¹ Dalam penelitian tersebut yang menjadi objek pembahasan adalah putusan Mahkamah Agung Nomor 368K/AG/1995, nomor 51K/AG/1999 dan nomor 16K/AG/2010 tentang wasiat wajibah bagi waris beda agama. Penelitian tersebut menggunakan jenis penelitian *library research*. Penelitian ini berfokus pada wasiat wajibah yang dianalisis melalui makna filosofis terhadap pemberiannya kepada non muslim dari segi perspektif hukum Islam. Penelitian ini juga berfokus dalam mengkaji bagaimana perundang-undangan di Indonesia terkait konstruksi hukum wasiat wajibah bagi non muslim. Kesimpulan dalam penelitian ini yaitu tidak ada aturan khusus dalam hukum positif dan normatif di Indonesia baik di dalam KHI maupun KUHPer terkait pemberian hak waris bagi non muslim melalui hukum wasiat wajibah. Namun ahli waris non muslim berdasarkan putusan Mahkamah Agung masih dapat menerima warisan melalui wasiat wajibah. Persamaan penelitian ini dengan penelitian konflik yaitu sama-sama membahas tentang wasiat wajibah terhadap non muslim serta merupakan penelitian hukum normatif. Sedangkan perbedaannya dari segi objek kajian.

No	Tahun Penelitian dan Nama Peneliti	Judul penelitian	Hasil Penelitian
1	Tesis, 2018, Bambang Kuswanto	“Implementasi Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat Perspektif Teori Keadilan John Rawls (Studi Perkara Pengadilan	anak angkat dalam implementasinya terkait wasiat wajib memiliki hak yang dapat

²¹ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga di Indonesia*, Disertasi (Undergraduate Thesis:UIN Raden Intan Lampung, 2020)

		Agama Kabupaten Malang Nomor 0915/Pdt.G/2015/PA.Kab.Mlg)".	melakukan gugatan terhadap ahli waris berdasarkan pasal 209 ayat 2 KHI. Gagasan kesetaraan yang digagas oleh John Rawls dalam teori keadilan memiliki anggapan bahwa manusia memiliki kesetaraan dan derajat yang sama.
2	Tesis, 2019, Rahmad Setyawan	"Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)".	Mahkamah Agung berusaha untuk mewujudkan kemaslahatan masyarakat Indonesia yang memiliki perbedaan baik perbedaan agama, suku, dan budaya. Metode istimbath yang digunakan oleh Mahkamah Agung menjadi landasan hukumnya
3	Tesis, 2020, Akhmad Husaini	"Pelaksanaan Wasiat Wajibah Di Indonesia dan Malaysia (Studi Komparasi Kompilasi Hukum Islam dan Enakmen Wasiat Orang Islam)".	KHI memberikan pandangan bahwa anak angkat dan orang tua angkat dalam pembagian hak waris tidak boleh melebihi sepertiga harta yang ditinggalkan. Konsep wasiat wajib ini memberikan pandangan bahwa anakan dan orang tua angkat masih memiliki hak waris.
4	Tesis, 2015, Rahmi Maulidiyah	"Wasiat Wajibah Dalam Pandangan Fuqaha (Studi Analisis Pasal 209 Ayat (2) KHI Tentang Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat)".	hak waris dalam hukum Islam terjadi karena adanya nasab atau hubungan darah sedangkan anak angkat tidak memiliki hal tersebut. Namun berdasarkan pasal 209

			ayat 2 KHI anak angkat masih memiliki hak berkaitan dengan wasiat wajibah.
5	Tesis, 2015, Iin Mutmainnah	“Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995) “.	hukum Islam berpedoman terhadap Alquran dan hadis sebagai landasan utama dalam membagi warisan. Kedudukan anak angkat yang memiliki perbedaan agama sendiri telah diatur pada KHI pasal 209 ayat (1) dan (2).
6	Tesis, 2014, Uzlah Wahidah	“Tinjauan Keadilan Pembagian Wasiat Wajibah Bagi Anak Angkat (Studi Pandangan Hakim Pengadilan Agama Dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember)”.	keadilan yang bersifat proporsional telah didapatkan bagi anak angkat dalam wasiat wajibah dalam pasal 209 KHI. KHI yang mendukung adanya kemaslahatan umat tidak membedakan antara anak angkat dan anak waris dalam segi wasiat wajibah.
7	Tesis, 2019, Nurul Astitin	“Relevansi Pemikiran Ibnu Hazm Tentang Konsep Wasiat Wajibah Di Indonesia (Studi Tentang Putusan MA Nomor 16K/AG/2010)”.	tidak ada perbedaan dalam pembagian hak waris terhadap kerabat atau orang tua yang berbeda agama. Putusan Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 juga memberikan adanya pemberian hak waris melalui wasiat wajibah kepada orang-orang yang memiliki perbedaan agama.
8	Tesis, 2018, Najib Ihda Bashofi	“Analisis Keadilan Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non Muslim (Studi Kritis Putusan MA nomor 16K/AG/2010)”.	konstruksi hukum yang digunakan Hakim dalam putusan tersebut ialah Al Maslahah Al Mursalah atau penalaran istishlahiyyah

			yaitu tidak ada syariat dan aturan khusus yang dapat melakukan penolakan.
9	Tesis, 2019, Azmi Zamroni Ahmad	“Penarikan Kriteria Penerima Wasiat Wajibah Berdasarkan Maqashid Syariah”.	wasiat wajibah dapat diberikan terhadap orang yang dirasa pantas untuk memilikinya berdasarkan keputusan pewaris. Maqashid Syariah menjadi salah satu pengembangan, penjaminan, dan pelaksanaan wasiat wajibah berdasarkan tiga tahap yaitu maqashid al-‘ammah, maqashid al-khassah, dan maqashid al-juz’iyyah. Kriteria yang dapat menyebabkan seseorang berhak untuk mendapatkan wasiat wajibah adalah kerabat dekat pewaris yang hak kewarisannya terhalang oleh hijab hirman atau termasuk dalam golongan mawani’ al-mawaris. Lalu mempunyai status hukum dengan pewaris serta menjadi tanggungan pewaris ketika pewaris masih hidup.
10	Disertasi, 2020, Mohammad Yasir Fauzi	“Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga Di Indonesia”.	Tidak ada aturan khusus dalam hukum positif dan normatif di Indonesia baik di dalam KHI maupun KUUHPer terkait pemberian hak waris bagi non muslim melalui hukum wasiat wajibah. Namun ahli

			waris non muslim berdasarkan putusan Mahkamah Agung masih dapat menerima warisan melalui wasiat wajibah..
--	--	--	---

F. Definisi Istilah

1. Wasiat Wajibah

Wasiat wajibah diartikan sebagai perbuatan yang dilakukan oleh pemerintah melalui aparat negara yang terkait dalam rangka memberikan keputusan untuk memberikan wasiat wajib oleh pewaris yang telah meninggal dunia terhadap seseorang.²²

2. Yurisprudensi

Yurisprudensi merupakan kumpulan keputusan hakim yang dijadikan sebagai referensi hukum dalam menangani kasus yang sama oleh hakim lain.²³

3. Hukum Progresif

Hukum progresif diartikan sebagai sebuah hukum yang mengedepankan terkait adanya perubahan sosial yang terus terjadi dalam masyarakat dan mengedepankan keadilan dalam masyarakat. Hukum ini jika ditinjau dari pendekatan memiliki fokus untuk memberikan kesetaraan terhadap masing-masing individu untuk menggapai kemaslahatan. Perubahan sosial

²² Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern* (Yogyakarta: Kurnia Kalam Semesta, 2018), 131.

²³ <https://id.wikipedia.org/wiki/Yurisprudensi>. Diakses pada tanggal 15-05-2024.

yang terjadi dalam masyarakat juga diikuti berkembangnya hukum menurut perspektif hukum progresif.²⁴

²⁴ <https://mh.uma.ac.id/apa-itu-hukum-progresif/>. Diakses pada tanggal 15-05-2024.

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Kerangka Teoritik

1. Ketentuan Umum Wasiat Wajibah

a. Pengertian dan Dasar Hukum Wasiat Wajibah

Pemberian wasiat pada dasarnya merupakan suatu tindakan ikhtiariah yaitu sebuah tindakan atas inisiatif diri sendiri dengan kondisi tertentu sehingga seseorang pada dasarnya memiliki kebebasan dalam membuat tidaknya sebuah wasiat. Pemerintah maupun Hakim tidak memiliki wewenang untuk memaksakan seseorang dalam memberi wasiat. Wasiat menjadi sebuah kewajiban bagi seseorang karena memiliki sebuah tanggung jawab untuk memenuhi kebutuhan hak-hak yang sudah ditetapkan dan orang tersebut sepenuhnya bertanggung jawab kepada orang yang diberi wasiat. Pembunuhan hak tersebut kemudian menjadi sebuah kewajiban seperti wasiat untuk segera menunaikan ibadah haji, wasiat membayar hutang piutang, dan wasiat-wasiat lain yang bersifat memaksa dan hakim atau keluarga tidak memiliki kewenangan untuk mengatur hal tersebut. Hakim atau keluarga hanya memiliki wewenang untuk melaksanakan wasiat orang yang sudah meninggal.²⁵

Padangan lain dari sebagian ulama bahwa penguasa atau hakim, selaku otoritas tertinggi dalam struktur negara, memiliki kewenangan untuk

²⁵ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 130.

menetapkan atau memaksakan pemberian wasiat melalui putusan yang dikenal dengan istilah *wasiat wajibah*. Wasiat ini diberikan kepada pihak-pihak tertentu serta kondisi tertentu, misalnya kepada orang tua (*walidain*) dan kerabat dekat (*aqrabin*) yang karena suatu alasan, tidak memperoleh bagian dari harta waris.

Wasiat wajibah secara etimologis merupakan bentuk kata majemuk yang terdiri dari dua unsur, yaitu *wasiat* dan *wajibah*. Apabila kedua kata tersebut berdiri sendiri, masing-masing memiliki makna tersendiri, dan apabila digabungkan akan membentuk arti baru yang bersifat khusus. Istilah *wajibah* berasal dari kata *wajib* yang mendapatkan tambahan *ta' ta'nîts* sebagai penanda feminim. Menurut Abd Wahhab Khallaf, *wajibah* adalah sesuatu yang secara pasti diperintahkan oleh syariat kepada mukallaf karena adanya dalil yang secara jelas menunjukkan kewajiban untuk melaksanakannya. Oleh karena itu, *wasiat wajibah* dapat diartikan sebagai wasiat yang pelaksanaannya tidak bergantung pada kehendak atau niat pewasiat yang telah meninggal dunia. Wasiat ini tidak memerlukan pembuktian melalui pernyataan lisan atau tertulis dari pewasiat, karena pelaksanaannya didasarkan pada alasan-alasan hukum yang menegaskan bahwa wasiat tersebut wajib dilaksanakan.²⁶

Khazanah pemikiran fukaha, istilah *wasiat wajibah (al-wasiyyah al-wajibah)* merujuk pada bentuk wasiat yang ditujukan kepada ahli waris

²⁶ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 130-131.

atau kerabat yang tidak memperoleh bagian dari harta warisan pewaris, disebabkan oleh adanya halangan secara *syar'i*. Contohnya adalah wasiat kepada anak yang beragama non-Muslim, dimana perbedaan agama menjadi penghalang dalam menerima warisan, atau kepada cucu yang tidak mendapat bagian warisan karena terhalang oleh keberadaan paman mereka sebagai ahli waris yang lebih dekat derajatnya. Secara praktis, Abdul Manan mendefinisikan wasiat wajibah sebagai tindakan hukum yang dilakukan oleh penguasa atau hakim, selaku aparat negara, untuk menetapkan atau mewajibkan pemberian wasiat dari harta peninggalan seseorang yang telah meninggal dunia kepada pihak tertentu dalam kondisi tertentu.

Menurut Fatchur Rahman, tindakan pembebanan atau pemaksaan wasiat tersebut dapat dibenarkan secara *syar'i*, mengingat pihak yang bersangkutan telah mengabaikan anjuran syariat. Pandangan Fatchur Rahman suatu wasiat disebut wasiat wajibah karena didasarkan pada dua alasan utama. *Pertama*, hilangnya unsur kehendak bebas (*ikhtiyar*) dari pihak pewasiat, yang digantikan oleh unsur kewajiban yang ditetapkan melalui peraturan perundang-undangan atau surat keputusan resmi, sehingga pelaksanaannya tidak bergantung pada kerelaan pewasiat maupun persetujuan penerima wasiat. *Kedua*, adanya kesamaan atau kemiripan dengan prinsip pembagian harta warisan, khususnya dalam hal

perbandingan bagian antara laki-laki dan perempuan, dimana laki-laki menerima dua kali lipat dari bagian perempuan.²⁷

Kitab Undang-Undang Hukum Wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946, dalam Pasal 76, mendefinisikan wasiat wajibah sebagai wasiat yang diwajibkan oleh undang-undang dan diberikan kepada cucu yang ditinggal wafat oleh orang tuanya, sementara kakek atau neneknya masih hidup, namun kemudian tidak meninggalkan wasiat untuk cucu tersebut. Selanjutnya, Pasal 78 undang-undang tersebut menegaskan bahwa pelaksanaan *wasiat wajibah* tidak memerlukan persetujuan dari ahli waris, meskipun pewaris tidak secara eksplisit mewasiatkannya. Wasiat ini wajib dilaksanakan setelah kebutuhan perawatan jenazah dan pelunasan utang diselesaikan, dan pelaksanaannya harus didahulukan dari wasiat-wasiat lainnya. Dengan kata lain, *wasiat wajibah* memiliki prioritas pelaksanaan, dan hanya apabila masih terdapat sisa harta setelahnya, maka wasiat-wasiat lainnya dapat dilaksanakan. Adapun sisanya, jika masih ada, akan menjadi bagian dari harta warisan yang kemudian dibagikan kepada para ahli waris sesuai dengan bagian masing-masing berdasarkan ketentuan syariat.

Wasiat wajibah merupakan ketetapan hukum yang menetapkan pengambilan sebagian harta peninggalan seseorang yang telah meninggal dunia, yang semasa hidupnya tidak membuat wasiat secara sukarela. Ketetapan ini ditetapkan oleh hakim atau lembaga yang berwenang, dan

²⁷ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 131-132.

ditujukan kepada pihak-pihak tertentu dalam kondisi tertentu, berdasarkan ketentuan hukum dan prinsip keadilan dalam syariat. Ketentuan wasiat wajibah di atas merupakan hasil ijtihad para ulama dalam menafsirkan Al-Baqarah (2): 180:²⁸

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

Artinya: “Diwajibkan atas kamu, apabila seseorang diantara 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.”

Penafsiran ayat di atas banyak dilakukan oleh para ulama dan mereka menyatakan bahwa pemberian wasiat terhadap kerabat dekat dan orang tua merupakan sebuah kewajiban. Pemberian wasiat wajibah dalam hal ini kepada kerabat dekat dan orang tua wajib diberikan dan dilaksanakan dalam memberikan harta warisan. Terdapat juga beberapa ulama yang memiliki pendapat berbeda yaitu wasiat wajibah tidak wajib dilaksanakan dengan alasan baik Alquran maupun hadis tidak terdapat masak yang jelas terkait hukum wasiat.

Perbedaan pendapat yang terjadi di antara para ulama wasiat wajib terhadap orang tua dan kerabat dekat terkait pembagian warisan. Terdapat ulama yang mewajibkan hal tersebut sementara yang lain melarangnya. Ulama yang membolehkan pemberian wasiat wajibah kepada orang tua dan kerabat dekat yang tidak mendapat hak waris dikelompokkan ke dalam tiga

²⁸ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 132-133.

kategori: *pertama*, ulama yang berpendapat bahwa *muhkamat* terjadi pada seluruh ayat Alquran sehingga dapat diartikan bahwa Alquran tidak memiliki *nasikh mansukh*. Ayat Alquran yang berkaitan dengan wasiat yaitu Al-Baqarah (2) pada ayat 180 . *Kedua*, ulama yang menyatakan bahwa sifat umum terjadi pada ayat Al Baqarah ayat 180 sehingga mencakup orang tua dan kerabat dekat. Kemudian Ayat tersebut ditakhis pada surat An-Nisa ayat 11-12 serta riwayat hadits yang berbunyi *la wasiyyata li warisin*. Kesimpulannya bahwa ulama dalam kelompok dua ini berpendapat bahwa surat al-baqarah ayat 180 hanya dikhususkan kepada orang tua hanya berlaku untuk orang tua dan kerabat dekat dengan ketentuan umum hak waris yang tidak memperoleh bagian tidak termasuk dalam ayat di atas.²⁹ *Ketiga*, ulama yang menyatakan bahwa surat Al-Baqarah ayat 180 telah dinasakh oleh ayat mawaris. Namun nasakh tersebut tidak berlaku secara keseluruhan melainkan sebagian itu hanya berfokus pada orang tua dan kerabat dekat yang memperoleh harta warisan. Kesimpulannya Albaqarah ayat 180 hanya dikhususkan kepada orang tua dan kerabat dekat yang tidak dijadikan sebagai ahli waris atau dapat dikatakan tidak memperoleh hak waris.

Ulama lain memiliki pendapat yang berbeda berkaitan dengan tafsir ayat Al-Baqarah ayat 180 tentang wasiat wajib wajib terhadap orang tua dan kerabat dekat yang tidak memperoleh warisan tetap dilaksanakan. Karena menurut pendapat ulama keduanya telah dinasakh dan tidak berlaku lagi.

²⁹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 133-134.

Pendapat ulama berkaitan ketentuan wasiat wajibah tidak berlaku lagi mengemukakan alasan-alasan yang dapat dikelompokkan menjadi empat kategori. *Pertama*, dalam Al-Baqarah ayat 180 ketentuan wasiat wajibah tidak berlaku lagi dikarenakan ayat di atas telah dibatalkan oleh ayat yang berkaitan dengan kewarisan. *Kedua*, ulama yang berpendapat bahwa Al-Baqarah ayat 180 untuk dijadikan sebagai ketentuan wasiat wajib tidak berlaku lagi karena selain telah dibatalkan oleh hadis yang berbunyi *la wasiyyata li warisin*. *Ketiga*, ulama yang berpendapat bahwa surat Al-Baqarah ayat 180 terkait ketentuan wasiat wajibah tidak berlaku lagi karena telah dibatalkan oleh ayat terkait ke warisan serta dibatalkan juga oleh hadis nabi yang berbunyi *la wasiyyata li warisin*..³⁰ *Keempat*, surat Al-Baqarah ayat 180 berkaitan dengan ketentuan wasiat wajibah tidak dapat berlaku lagi karena telah dibatalkan oleh kesepakatan bersama para ulama.³¹

Beberapa penjelasan menunjukkan terjadi adanya terkait ketentuan wasiat wajibah dalam Alquran dan hadis berkaitan dengan konsep *nasakh* dan *mansukh*. Ulama yang berpendapat bahwa terjadi adanya *nasakh* ayat-ayat terkait mawaris telah membatasi ketentuan wasiat wajibah dalam surat Al-Baqarah ayat 180. Ulama tetap memperbolehkan seseorang memberikan wasiat wajibah kepada keluarga dan kerabat dekat yang tidak memperoleh warisan. Pendapat ulama lain bahwa tidak diperbolehkan memberikan

³⁰ Riyanta, “*Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*”, 134-135.

³¹ Riyanta, “*Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*”, 135.

wasiat wajibah kepada orang tua dan kerabat dekat karena surat Al-Baqarah ayat 180 telah dibatalkan oleh Alquran, Hadis, dan kesepakatan ulama.³²

Hasanain Muhammad Makhluaf terkait adanya perbedaan pendapat ketentuan wasiat wajibah, surat Al-Baqarah ayat 180 Sebagian ulama Salaf menyebutkan bahwa orang tua dan kerabat dekat memiliki sifat umum yaitu mencakup ditetapkan atau tidaknya mereka sebagai ahli waris. Oleh karena itu, wajib hukumnya dalam memberikan wasiat wajib kepada mereka. Selanjutnya Ketentuan tersebut menjadi suatu yang khusus bagi ahli waris melalui ayat tentang mawaris dan hadist. Wasiat wajibah menjadi wajib Apabila mereka tidak memperoleh bagian dalam warisan. Sehingga dapat disimpulkan bahwa surat Al-Baqarah ayat 180 bersifat umum namun telah dikhususkan..

Riyanta berpandangan bahwa kontroversi mengenai surat Al-Baqarah ayat 180 yang dijadikan sebagai ketentuan normatif adanya wasiat wajibah seharusnya Ayat tersebut dipandang sebagai ayat muhkamah yang bersifat umum, yaitu juga berlaku kepada orang tua dan kerabat. Keumuman kemudian dikhususkan oleh ayat tentang kewarisan serta hadis Nabi Muhammad yang berbunyi *la wasiyyata li warisin*. Dengan demikian, orang tua dan kerabat berlaku ketentuan umum terkait wasiat wajib dalam Surat Al-Baqarah ayat 180 ketika mereka tidak mendapat warisan. Pemahaman ini kemudian dapat diperluas tidak hanya sebatas cucu yang terhalang oleh saudara bapak seperti yang berlaku dalam undang-undang wasiat Mesir,

namun juga dapat berlaku terhadap semua ahli waris yang tidak memperoleh bagian di dalamnya baik karena terhalang status maupun halangan-halangan lain yang bukan penerima warisan.³³

b. Wasiat Wajibah di Negara-Negara Muslim

Reformasi hukum keluarga pertama kali dilakukan oleh negara Mesir. Hukum kewarisan menjadi salah satu prinsip yang penting negara tersebut dalam mereformasi hukum keluarga yang berlaku di negaranya yaitu dengan cara memberikan hak kepada cucu yatim untuk mewarisi harta dari kakeknya. Hak cucu yatim dalam rangka mewarisi harta kekayaan diatur dalam undang-undang wasiat Mesir nomor 71 tahun 1946.

Mesir tidak serta merta melakukan reformasi tanpa landasan yang jelas. Reformasi hukum keluarga di Mesir dalam lingkup wasiat wajib dilandasi adanya perbedaan para ulama klasik dan kontemporer ketika melakukan penafsiran tentang ayat-ayat kewarisan. Hasil kesepakatan yang diperoleh adalah:

- 1) Ketetapan mengenai kewajiban pemberian wasiat kepada kerabat yang tidak dapat menerima warisan didasarkan pada pendapat para fukaha besar dari golongan tabi'in dan generasi setelahnya, di antaranya Sa'ad bin Musayyab, al-Hasan al-Bisri, Abu Dawud, At-Tabari, dan Ishaq bin Rahawaih..

³³ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 136.

- 2) Wasiat wajibah berlaku apabila si mayit tidak membuat wasiat kepada para kerabat yang tidak mewarisinya didasarkan pada pendapat Ibnu Hazm dan Imam Ahmad,
- 3) Cucu yang tidak mewarisi harta peninggalan masuk ke dalam kategori dikhususkan namun hanya menerima sepertiga dari harta warisan berdasarkan pendapat Ibnu Hazm.³⁴

Kedua, prinsip kemaslahatan menjadi dasar pemberian sebagian harta peninggalan kepada anak yang ditinggal mati oleh bapaknya namun masih memiliki kakek melalui wasiat wajibah untuk mencegah cucu tersebut menderita karena tidak memperoleh warisan dari kakek atau nenek. Sehingga undang-undang memberi ketetapan untuk memberi tidak lebih dari sepertiga peninggalan kakek atau nenek kepada cucu melalui jalur wasir wajibah.

Beberapa ketentuan wasiat wajibah dalam Undang-undang Wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946 tercantum dalam pasal 76-77:³⁵

Pasal 76: “Sekiranya seorang pewaris tidak berwasiat untuk keturunan dari anak yang telah meninggal sebelum dia (pewaris), atau meninggal bersama-sama dengan dia, sebesar saham yang seharusnya diperoleh anak itu dari warisan, maka keturunan tersebut akan menerima saham itu melalui wasiat (wajib) dalam batas sepertiga harta dengan syarat (a) keturunan tersebut

³⁴ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 143-144.

³⁵ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 144-145.

tidak mewarisi (b) orang yang meninggal (pewaris) belum pernah memberikan harta dengan cara-cara yang lain sebesar sahamnya itu. Sekiranya telah pernah diberi tetapi kurang dari saham yang seharusnya ia terima, maka kekurangan dianggap wasiat wajib. Wasiat ini menjadi hak keturunan derajat pertama dari anak laki-laki dan perempuan serta keturunan seterusnya menurut garis laki-laki, setiap derajat menghibab keturunannya sendiri tetapi tidak dapat menghibab keturunan dari yang lainnya. Setiap derajat membagi wasiat tersebut seolah-olah sebagai warisan dari orang tua mereka itu”.

Pasal 77: “Jika seseorang memberi wasiat lebih dari saham yang seharusnya diterima, maka kelebihan itu dianggap sebagai wasiat *Ikhtiyariyyah*. Sekiranya kurang, kekurangan itu disempurnakan melalui wasiat wajib. Kalau berwasiat kepada sebagian keturunan dan meninggalkan sebagian yang lain, maka wasiat wajib diberikan kepada semua keturunan dan wasiat yang ada dianggap berlaku sepanjang sesuai dengan ketentuan dalam pasal 76 di atas”.

Beberapa ketentuan utama mengenai *wasiat wajibah* yang tercantum dalam pasal 76-77 adalah bahwa *wasiat wajibah* harus diberikan kepada keturunan dari anak yang orangtuanya meninggal sebelum atau bersamaan dengan pewaris (kakek). Besar bagian *wasiat wajibah* adalah sebesar bagian yang seharusnya diterima oleh anak pewaris jika ia masih hidup saat pewaris meninggal, dengan batas maksimum sepertiga dari harta peninggalan, dengan syarat keturunan anak pewaris (cucu) bukan ahli waris

dan pewaris tidak memberikan sesuatu kepada mereka yang setara dengan bagian anak tersebut. Apabila ada pemberian yang telah dilakukan namun jumlahnya kurang dari yang diwajibkan, maka pemberian tersebut harus dilengkapi hingga mencapai jumlah yang diwajibkan.³⁶

Cucu dapat memperoleh wasiat wajibah melalui jalur anak perempuan pertama serta cucu dari anak laki-laki dan seterusnya pada jalur keturunan laki-laki. Bagian-bagian yang seharusnya diperoleh oleh anak menggantikan warisan pada turunannya sehingga anak tersebut dianggap sebagai pengganti dari ayahnya yang meninggal. Jika pewaris melalui wasiat wajib memberikan wasiat melebihi jumlah sepertiga harta tinggalan, maka kelebihan tersebut dianggap sebagai *wasiat ikhtariah*. Namun jika jumlah wasiat yang diberikan kurang dari yang diwajibkan, maka kekurangannya harus tetap diberikan. Apabila pewaris memberi wasiat tidak kepada seluruh yang berhak menerima wasiat wajib, maka yang lain yang tidak disebutkan dalam wasiat tetap harus menerima sesuai dengan takaran. Wasiat wajibah dalam pelaksanaannya harus didahulukan dibandingkan dengan wasiat yang lain.

Penjelasan resmi undang-undang tersebut menyebutkan bahwa alasan dimasukkannya pasal-pasal tentang wasiat wajibah adalah karena sering munculnya pengaduan mengenai anak-anak yatim yang tidak memperoleh warisan karena terhalang oleh saudara-saudara ayahnya. Meskipun biasanya seseorang berkeinginan untuk memberikan wasiat

³⁶ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 145-146.

kepada cucu yatim, namun kematian yang tak terduga sering kali menghalangi pemberian wasiat tersebut sebelum sempat diucapkan.

Meskipun terdapat beberapa perbedaan pada rincian yang lebih spesifik, secara prinsip, beberapa negara Timur Tengah lainnya sepakat dengan pandangan yang diambil oleh para ahli hukum Mesir, yaitu bahwa cucu yatim berhak menerima bagian dari harta warisan pewaris, dengan menduduki posisi orangtua mereka yang telah meninggal dunia terlebih dahulu.³⁷

Prinsip wasiat wajibah Mesir kemudian diadopsi oleh negara Maroko namun tidak secara keseluruhan melainkan dilakukan sedikit perubahan dalam pasal 266 hingga 269 Code of Personal Status. Maroko dalam perundangan di atas menentukan adanya pemberian hak wasiat wajibah kepada anak-anak dari anak atau cucu laki-laki serta perempuan dari anak laki-laki yang bapaknya telah meninggal terlebih dahulu daripada pewaris. Namun ketentuan ini tidak berlaku untuk anak perempuan yang ibunya telah meninggal sebelum pewaris.

Undang-undang wasiat Mesir dan Maroko memiliki perbedaan utama yaitu terkait cucu mana yang memiliki untuk menerima wasiat wajib. Hal ini dijelaskan oleh Abdullah Siddik yang berpendapat bahwa, “Menurut Undang-undang Maroko, wasiat wajibah diberikan kepada anak-anak, tanpa memandang sejauh mana garis keturunan mereka, tetapi hanya untuk

³⁷ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 146-148.

keturunan dari anak laki-laki yang meninggal terlebih dahulu sebelum pewaris”.

Berdasarkan penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa menurut Undang-undang Maroko, penerima wasiat wajibah hanya terbatas pada cucu dan keturunan selanjutnya dari anak laki-laki. Sementara itu, cucu-cucu yang berasal dari keturunan anak perempuan, meskipun berada pada tingkat pertama, yang dalam Undang-undang Wasiat Mesir berhak menerima *wasiat wajibah*, tidak memiliki hak untuk menerima wasiat tersebut menurut Undang-undang Maroko.³⁸

Syria juga merupakan salah satu negara yang mengadopsi konsep wasiat wajibah yang diterapkan di Mesir, yang tercantum dalam Hukum Status Personal Syria tahun 1953. Seiring waktu, undang-undang tersebut digantikan dengan Undang-undang Nomor 34 Tahun 1975. Ketentuan mengenai *wasiat* tercantum dalam pasal 232, 238, dan 257.³⁹

Pasal 232: Hanya golongan pertama yang yang dibolehkan menerima wasiat wajibah meski terhalang untuk memperoleh bagian.

Pasal 238: bagian warisan ahli waris yang memperoleh wasiat hanya mendapat 1/3 bagian warisan, sepertiga tersebut setelah adanya pemotongan hutang piutang (jika ada). Ayat (2) batas maksimal hanya 1/3 dan tidak boleh melebihi. Ayat (3) pembayaran hutang harus didahulukan karena merupakan kewajiban dari pewaris. Setelah itu barulah harta warisan dapat

³⁸ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 148-149.

³⁹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 150-151.

diberikan berdasarkan wasiat. Ayat (4) Apabila tidak terdapat ahli waris yang lain, maka seluruh warisan dapat diberikan seutuhnya.

Pasal 257: Apabila terdapat seorang ayah yang meninggalkan anaknya dan dia merupakan cucu dari pewaris, maka anak tersebut memiliki untuk memperoleh warisan yang ditujukan kepada ayahnya serta bisa juga memperoleh $\frac{1}{3}$ jika memiliki situasi: (a) cucu yang memperoleh wasiat wajibah tetap memperoleh bagian dari ayahnya namun tidak lebih dari sepertiga warisan, (b) wasiat wajibah tidak dapat ditujukan kepada cucu yang memiliki kekuasaan dalam mewarisi harta orang tuanya, (c) anak dan cucu memperoleh wasiat wajibah dengan perbandingan 1:2.

Syria dalam undang-undangnya, cucu yang memiliki hak memperoleh *wasiat wajibah* hanya cucu yang berasal dari garis keturunan laki-laki dan seterusnya. Cucu dari keturunan anak perempuan tidak memperoleh bagian. Jumlah harta yang diwasiatkan tidak boleh melebihi sepertiga. Ketentuan ini serupa dengan yang berlaku di Maroko.

Negara Tunisia juga memberlakukan ketentuan-ketentuan dalam prinsip wasiat wajibah sebagaimana yang telah diterapkan pada negara Mesir. Undang-undang status personal Tunisia tahun 1956 memiliki ketentuan pada pasal 192 yaitu:

Hanya para cucu baik laki-laki maupun perempuan yang dapat memperoleh wasiat wajibah apabila orang tuanya meninggal terlebih dahulu dari pewaris. Hal ini memiliki perbedaan dengan ketentuan undang-undang Mesir. Pada pasal ini juga laki-laki dan perempuan memiliki perbedaan

dalam pembagian harta yaitu perempuan mendapat satu bagian sedangkan laki-laki mendapat dua bagian.

Riyanta berpendapat bahwa perbedaan utama perundang-undangan Tunisia dan perundang-undangan Mesir yaitu kepada hanya cucu baik laki-laki maupun perempuan yang memperoleh wasiat wajibah, pada tingkatan pertama anak perempuan maupun anak laki-laki.⁴⁰

Pakistan mengambil pendekatan yang berbeda dari negara-negara Timur Tengah yang telah disebutkan sebelumnya. Meskipun berbeda dengan pandangan umum mengenai cucu yang ditinggal meninggal orang tuanya, Pakistan meniru sistem kewarisan sistematis dan menyeluruh terkait penggantian tempat oleh garis keturunan ke bawah. Dalam Undang-undang Kekeluargaan Muslim Pakistan (*Muslim Family Laws Ordinance 1961*), Pasal 4 menyatakan, “Apabila ada anak laki-laki atau perempuan pewaris yang telah meninggal dunia dan meninggalkan keturunan saat warisan akan dibagikan, maka keturunan tersebut menerima bagian yang sama dengan bagian yang seharusnya diterima oleh orangtua mereka”.

Undang-undang di atas menjelaskan bahwasanya cucu yang tidak memperoleh warisan dari kakek berdasarkan aturan fiqh hanya berlaku jika mereka terhalang oleh anak kakeknya yang masih hidup. Hal ini disebabkan oleh penerapan prinsip bahwa yang lebih dekat lebih diprioritaskan daripada yang jauh.⁴¹ Menurut para pembuat undang-undang ini, aturan hijab-

⁴⁰ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 151-152.

⁴¹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 152.

menghijab tersebut sesuai diterapkan pada masa awal Islam, ketika masyarakat masih menganut tanggung jawab kolektif. Pada masa itu, lelaki tertua dalam kelompok kekerabatan tidak hanya bertanggung jawab terhadap anak-anaknya sendiri, tetapi juga terhadap seluruh anggota keluarga lainnya, termasuk anak-anak yatim yang menjadi kemenakannya. Namun, kondisi berubah seiring waktu. Dengan perubahan sosial, budaya, dan ekonomi, serta munculnya keluarga inti yang lebih mandiri, tanggung jawab lelaki tertua terhadap anggota kekerabatan menjadi semakin longgar. Oleh karena itu, aturan hijab-menghijab dirasa kurang relevan di masa kini. Di sisi lain, dalam fiqih sendiri, prinsip yang menyatakan bahwa yang terdekat menghijab yang lebih jauh tidak diterapkan secara ketat. Beberapa ahli waris yang lebih dekat atau lebih kuat kekerabatannya tidak menghijab yang lebih jauh, seperti anak perempuan yang tidak dapat menghijab cucu perempuan dari garis laki-laki, ayah yang tidak menghijab nenek, dan saudara kandung atau saudara seayah yang tidak menghijab saudara seibu.

Oleh karena itu peraturan yang menyatakan semua cucu di hijab oleh anak laki-laki tidak bisa dilaksanakan. Anak laki-laki dalam kategori keturunan gereja pertama memiliki ketentuan untuk menghijap para cucu yang merupakan keturunan derajat kedua. Ketentuan ini berlaku untuk keturunan kedua alias cucu, sementara cucu dari anak kedua dan seterusnya tidak dapat memperoleh. Cucu yang telah ditinggal oleh orang tuanya

seharusnya diperlakukan setara dengan saudara orang tuanya yang masih ada karena tidak ada pihak yang menghalangi.⁴²

Merujuk pada penjelasan sebelumnya, Undang-undang Pakistan melakukan perubahan terhadap aturan hijab-menghijab dalam fiqh dengan menetapkan bahwa anak hanya menghijab cucu dari garis keturunannya sendiri. Cucu yang tidak termasuk dalam penghalangan tersebut berhak memperoleh bagian warisan yang semestinya menjadi milik orangtuanya melalui mekanisme pewarisan.

Model yang diterapkan Pakistan tampaknya menjadi sumber inspirasi bagi Indonesia dalam merancang reformasi hukum keluarga yang menghasilkan ketentuan berbeda dibandingkan dengan negara-negara Islam lainnya. Meskipun pengaruh Pakistan cukup besar, terutama dalam hal pemberian warisan kepada cucu yatim melalui prinsip penggantian tempat atau representasi ahli waris, pelaksanaan di Indonesia, sebagaimana tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), menunjukkan perbedaan penting. Pasal 185 ayat (2) KHI menegaskan bahwa cucu yatim yang menggantikan kedudukan orangtuanya tidak dapat menerima warisan melebihi jumlah bagian yang diperoleh ahli waris lain dari garis keturunan horizontal yang sama dengan orangtuanya.⁴³ Prinsip representasi di Pakistan, para ahli waris menetapkan bahwa cucu laki-laki maupun perempuan berhak menerima bagian warisan yang setara dengan bagian yang semestinya

⁴² Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 153.

⁴³ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 153-158.

menjadi hak orangtuanya apabila orangtua tersebut masih hidup ketika pewaris meninggal dunia.⁴⁴

c. Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam

Reformasi hukum keluarga Islam di Indonesia terkait wasiat wajibah tampak nyata dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Berbeda dengan pandangan mayoritas ahli hukum Islam yang menetapkan cucu sebagai penerima wasiat wajibah, para ahli hukum di Indonesia melalui KHI memperluas cakupannya dengan memberikan hak wasiat wajibah kepada anak angkat dan orangtua angkat. Ketentuan ini tercantum dalam Pasal 209 KHI, yang menyatakan bahwa baik anak angkat maupun orangtua angkat berhak menerima wasiat wajibah, dengan batas maksimum sepertiga dari total harta peninggalan pewaris.⁴⁵ Pasal ini menjelaskannya dalam ayat (1) dan ayat (2) sebagai berikut:⁴⁶

- 1) Harta peninggalan anak angkat dibagikan sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 176 hingga 193 KHI. Apabila orangtua angkat tidak menerima wasiat dari anak angkatnya, maka mereka tetap berhak memperoleh wasiat wajibah dengan jumlah maksimal sepertiga dari harta warisan anak angkat tersebut.

⁴⁴ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 153-158.

⁴⁵ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 158-159.

⁴⁶ Kompilasi Hukum Islam.

- 2) Anak angkat yang tidak memperoleh wasiat dari orangtua angkatnya tetap diberikan wasiat wajibah, dengan jumlah paling banyak sepertiga dari harta warisan orangtua angkat tersebut.

Status anak angkat sebagaimana diatur dalam KHI selaras dengan ketentuan dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Undang-undang ini menetapkan prinsip-prinsip mendasar mengenai pengangkatan anak. Berdasarkan Pasal 1 ayat (9), anak angkat merupakan anak yang hak-haknya dialihkan dari keluarga asal, wali sah, atau pihak yang bertanggung jawab atas pemeliharaan, pendidikan, dan pengasuhannya, ke dalam keluarga orangtua angkat melalui penetapan atau putusan pengadilan. Kemudian dalam pasal 39 dinyatakan:

- 1) Pengangkatan anak harus dilakukan semata-mata demi kepentingan terbaik bagi anak, serta disesuaikan dengan adat kebiasaan yang berlaku di masyarakat dan tunduk pada ketentuan hukum yang berlaku.
- 2) Pengangkatan anak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menghapus ikatan darah antara anak angkat dengan orangtua biologisnya.

Secara prinsip, Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak menegaskan bahwa anak angkat tidak memiliki kedudukan hukum sebagai anak kandung. Oleh karenanya, tidak timbul hubungan saling mewarisi antara anak angkat dan orangtua angkat. Anak angkat tetap berkedudukan sebagai anak

kandung dari orangtua biologisnya, sehingga hubungan saling mewarisi tetap terjadi antara anak tersebut dan orangtua asalnya.

Islam tidak melarang pengangkatan anak untuk tujuan pemeliharaan, pendidikan, dan pemenuhan kebutuhan hidup anak tersebut. Namun, Islam melarang pengangkatan anak yang bertujuan untuk menyamakan status anak angkat dengan anak kandung, yaitu mengakui adanya hubungan darah yang sebenarnya tidak ada. Jika pengangkatan anak dilakukan dengan tujuan sosial, seperti menjadi orangtua asuh, maka hal tersebut justru dianjurkan oleh Islam, karena tujuannya adalah untuk memberikan kesejahteraan dan perlindungan kepada anak, tanpa mengubah status hukum mereka dalam hal warisan atau asal usul.⁴⁷ Masjfuk Zuhdi berpendapat bahwa adopsi yang memberikan status anak angkat sama dengan anak kandung, sebagaimana praktik pada zaman Jahiliyyah, tidak diperbolehkan dan tidak diakui dalam Islam. Dalam pandangan Islam, hubungan antara anak angkat dengan orangtua angkat serta keluarganya tetap tidak berubah, yaitu sebagaimana sebelum anak tersebut diadopsi. Dengan demikian, adopsi tidak mempengaruhi status mahram atau kewarisan antara anak angkat dan keluarga orangtua angkat. Dasar pelarangan tersebut adalah firman Allah SWT sebagai berikut:

مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِنْ قَلْبَيْنِ فِي جَوْفِهِ وَمَا جَعَلَ أَرْوَاجَكُمْ الَّذِينَ تُظَاهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكَمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ (٤) أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ

⁴⁷ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 159-161.

فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَاتَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا (٥)

Artinya: “Allah tidak menjadikan bagi seseorang dua hati dalam rongganya, Dia tidak menjadikan istri-istrimu yang kamu zihar itu sebagai ibumu dan Dia pun tidak menjadikan anak-anak angkatmu sebagai anak kandungmu (sendiri), yang demikian itu hanyalah perkataanmu di mulutmu saja, dan Allah mengatakan yang sebenarnya dan Dia menunjukkan jalan (yang benar). Panggillah mereka (anak-anak angkat itu) dengan (memakai) nama bapak-bapak mereka. Itulah yang lebih adil pada sisi Allah, dan jika kamu tidak mengetahui bapak-bapak mereka, maka (panggillah mereka sebagai) saudara-saudaramu seagama dan maula-maulamu dan tidak ada dosa atasmu terhadap apa yang kamu khilaf padanya, tetapi (yang ada dosanya) apa yang disengaja oleh hatimu, dan adalah Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.”

Dari penjelasan mengenai kedudukan hukum anak angkat dan orangtua angkat dalam sistem kewarisan, dapat disimpulkan bahwa KHI telah memperkenalkan aturan baru yang sebelumnya tidak dikenal dalam wacana fikih. Pemberian wasiat wajibah kepada anak angkat atau sebaliknya kepada orangtua angkat, dengan batas maksimal sepertiga harta peninggalan, merupakan jalan tengah yang diambil oleh penyusun KHI. Mereka mencoba mengakomodasi pemikiran fikih yang tidak mengizinkan persamaan status antara anak angkat dan anak kandung, khususnya dalam hal kewarisan, di satu sisi. Di sisi lain, mereka juga mempertimbangkan kenyataan sosial bahwa banyak pasangan yang tidak dikaruniai anak kandung dan akhirnya mengangkat anak. Dengan demikian, meskipun anak

angkat tidak menjadi ahli waris menurut prinsip kewarisan Islam, KHI memberi kesempatan melalui mekanisme wasiat wajibah untuk memperoleh bagian harta peninggalan, dengan batasan maksimal sepertiga.⁴⁸

d. Reformasi Konsep Wasiat Wajibah dalam Hukum Kewarisan Indonesia

Sebelum membahas lebih lanjut mengenai wasiat wajibah sebagai sistem yang berkembang dalam hukum kewarisan Islam di Indonesia setelah diberlakukannya Kompilasi Hukum Islam (KHI), perlu dipahami beberapa perubahan dalam hukum Islam, terutama dalam hal kewarisan, dari fiqh menuju hukum positif. Perubahan ini merupakan proses adaptasi dan integrasi antara ajaran fikih yang bersifat normatif dengan kebutuhan hukum positif yang berlaku dalam sistem hukum negara. Diantaranya adalah sebagai berikut:⁴⁹

Kewarisan			
1	Wasiat wajibah tidak diberlakukan	1	Mengenal pembagian wasiat wajibah
2	Tidak ada pengganti ahli waris	2	Terdapat pengganti ahli waris
3	Anak angkat tidak memperoleh harta waris	3	Wasiat wajibah memungkinkan anak angkat menerima harta waris
4	ahli waris beda agama Non muslim tidak berhak menjadi ahli waris	4	Wasiat wajibah memungkinkan non muslim menjadi ahli waris
5	1 bagian untuk perempuan dan 2 bagian untuk laki-laki	5	2 bagian untuk laki-laki dan 1 bagian untuk perempuan namun tidak harus dilaksanakan
6	Tidak dikenal ada perjanjian harta bawaan yang tidak termasuk waris Perjanjian harta bawaan tidak dilakukan sebab bukan terhitung sebagai warisan	6	Dikenal ada perjanjian harta bawaan yang tidak termasuk harta waris

⁴⁸ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 165.

⁴⁹ Abdul Manan, *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia* (Depok: Kencana, 2017), 197.

Menurut Ibnu Hazm, berdasarkan pemahaman terhadap Al-Qur'an dan hadis, wasiat wajibah seharusnya diterapkan lebih luas. Tidak hanya terbatas pada cucu yang terhalang (mahjub) oleh saudara-saudaranya, tetapi juga berlaku untuk ibu, bapak, dan kerabat lainnya yang tidak dapat menerima warisan. Hal ini bisa disebabkan oleh berbagai faktor, seperti menjadi budak, perbedaan agama, adanya kerabat lain yang menghalangi hak waris (mahjub), atau karena statusnya sebagai dzawi al-arham yang tidak berhak mendapatkan warisan menurut hukum kewarisan Islam.

فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما⁵⁰ لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث

Artinya : “Diwajibkan atas setiap muslim untuk berwasiat kepada kerabat dekat yang tidak menerima warisan dikarenakan dia berstatus budak atau berstatus kafir (non muslim) atau adakalanya dikarenakan dia terhalang dari kewarisan.”

Berbeda dengan ketentuan tradisional, dengan memperhatikan keberagaman masyarakat Indonesia yang terdiri dari berbagai agama, ras, suku, dan bahasa, lembaga wasiat wajibah di era sekarang tidak hanya diperuntukkan bagi orangtua angkat atau anak angkat yang tidak mendapatkan warisan. Sebaliknya, wasiat wajibah juga digunakan untuk menyelesaikan masalah-masalah kontemporer, seperti pemberian wasiat wajibah kepada non-Muslim, anak luar perkawinan (biologis), dan anak tiri. Oleh karena itu, dapat dipahami bahwa hukum Islam di Indonesia,

⁵⁰ Ibnu Hazm, *Al-Muhalla bi al-Atsar* 8 (Beirut: Dar Kutub Ilmiah, 2003), 353.

meskipun berbasis pada prinsip-prinsip fiqih, tetap dapat beradaptasi dengan dinamika sosial, elastis, dan fleksibel untuk menghadapi tantangan zaman.⁵¹

2. Ketentuan Umum Yurisprudensi

a. Pengertian Yurisprudensi

Yurisprudensi berasal dari kata bahasa Latin yaitu *jurisprudencia* yang diartikan sebagai pengetahuan ilmu hukum. Bahasa Belanda mengenal istilah yurisprudensi dengan kata *jurisprudentie* yang berarti teknis peradilan. Sedangkan bahasa Perancis mengenal yurisprudensi dengan kata *jurisprudence* yang berarti hukum peradilan atau peradilan tetap.

Para pakar hukum memberikan istilah-istilah yang berbeda terkait pengertian yurisprudensi. Beberapa pendapat mengenai pengertian yurisprudensi adalah:

- a. Kansil mengartikan yurisprudensi sebagai sebuah ketetapan yang dilakukan oleh Hakim terdahulu terkait permasalahan atau sebuah perkara yang kemudian dijadikan sebagai salah satu pertimbangan keputusan hakim berikutnya dalam menangani perkara atau kasus yang sama.
- b. Sudikno Mertokusumo mengartikan yurisprudensi sebagai putusan pengadilan yang bersifat mengikat dalam penerapan hukumnya dan terbebas dari pengaruh siapapun pada saat pengambilan keputusan.

⁵¹ Setyawan, *Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*, 132-133.

- c. Ridwan Halim mengartikan yurisprudensi sebagai ketetapan Hakim dalam menangani suatu masalah atau perkara sedangkan perkara tersebut masih belum diatur oleh undang-undang yang kemudian menjadi pertimbangan keputusan hakim berikutnya dalam menangani perkara atau masalah yang sama.
- d. Surojo Wignjodipuro mengartikan yurisprudensi sebagai sebuah ketetapan Hakim dalam menangani perkara yang kemudian diikuti Hakim lain dan akhirnya menjadi sebuah putusan hakim yang tetap dalam menangani perkara yang sama. Hakim dalam memutuskan sebuah perkara dapat menggunakan yurisprudensi sebagai salah satu referensi guna menuntaskan sebuah perkara yang terjadi di antara pihak-pihak yang berperkara.⁵²

Kemudian pengertian dari yurisprudensi dalam prakteknya di pengadilan. Hingga saat ini belum ada kejelasan secara langsung terkait pengertian yurisprudensi dari kejaksaan. Pejabat Mahkamah Agung ketika dilakukan berbagai pelatihan untuk meningkatkan kompetensi, yurisprudensi dipahami sebagai sebuah keputusan yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung. Putusan yang dikeluarkan tersebut dalam pelaksanaannya diorganisir dalam sebuah buku dengan judul "Yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia".

b. Yurisprudensi dan Aliran Hukum

⁵² Adi Rizka Permana, "Peranan Yurisprudensi Dalam Membangun Hukum Nasional di Indonesia", *Khazanah Multidisiplin*, Vol. 2 No. 2 Tahun 2021, 73-74.

Yurisprudensi memiliki arti penting sebagai sumber hukum sebagai salah satu pertimbangan Hakim dalam menentukan perkara yang sama menurut Purbacaraka dan Soekanto, beberapa alasan yang memiliki keterkaitan atas tugas Hakim memiliki tiga mazhab atau aliran hukum. Tiga aliran hukum ini yaitu:⁵³

a. Aliran Legisme

Aliran hukum pertama menganggap bahwa yurisprudensi tidak terlalu penting. Hal ini dikarenakan yurisprudensi tidak terdapat dalam undang-undang. Aliran ini memandang bahwa seluruh hukum harus terdapat dalam undang-undang dan hakim terikat oleh undang-undang yang ada. Hakim dalam menjalankan tugasnya menggunakan pola pikir deduktif. Aliran ini juga menganggap bahwa undang-undang merupakan pengetahuan utama yang harus dimiliki dalam menganalisis hukum sehingga yurisprudensi tidak menjadi hal utama dan hanya sebagai sekunder.

b. Aliran Freie Rechtslehre

Aliran selanjutnya merupakan pengembangan aliran legisme namun diolah dengan sentuhan *freie rechtslehre*. Aliran ini beranggapan bahwa keadilan terus mengalami perkembangan dalam masyarakat. Perkembangan ini menyebabkan adanya pemikiran hukum yang baru karena undang-undang tidak mampu mengikuti perkembangan zaman. Perkembangan zaman yang cepat karena adanya proses pembangunan

⁵³ Permana, "Peranan Yurisprudensi Dalam Membangun Hukum Nasional di Indonesia", 75.

sosial atau pergerakan masyarakat membuat undang-undang mengalami ketertinggalan. Permasalahan yang muncul akibat perkembangan ini tidak selalu bisa diselesaikan atau dipecahkan hanya dengan undang-undang. Kelemahan undang-undang yang tidak bisa mencakup keseluruhan menyebabkan sebuah permasalahan tidak dapat ditangani oleh undang-undang. Hal ini mengakibatkan Hakim melakukan rekonstruksi hukum untuk mengisi kekosongan tersebut. Yurisprudensi dalam aliran ini memiliki kedudukan yang sama dengan undang-undang yaitu sebagai suatu hal yang utama.⁵⁴

c. Aliran *Rechtsvinding*

Aliran ketiga memiliki kesamaan dengan aliran pertama namun tidak seketat aliran pertama yang diharuskan menggunakan undang-undang. Hakim dalam menjalankan tugasnya memiliki kebebasan untuk menggunakan undang-undang maupun yurisprudensi. Namun aliran ini juga memiliki perbedaan dengan aliran kedua yang beranggapan bahwa yurisprudensi juga memiliki kedudukan yang sama dengan undang-undang. Aliran ini menekankan bahwa Hakim dalam menghadapi perkembangan zaman harus mampu menyelaraskan undang-undang sehingga tercipta kebebasan Hakim dalam memutuskan suatu perkara. Perundang-undangan dalam aliran ini menjadi pemahaman hukum utama namun tidak mengesampingkan yurisprudensi yang juga dianggap penting. Karena suatu permasalahan atau perkara yang tidak

⁵⁴ Permana, "Peranan Yurisprudensi Dalam Membangun Hukum Nasional di Indonesia", 75-76.

dapat ditangani hanya dengan menggunakan undang-undang, dapat menggunakan yurisprudensi untuk mengatasi perkara atau permasalahan tersebut.⁵⁵

c. Kriteria Yurisprudensi

Yurisprudensi diartikan sebagai ilmu pengetahuan hukum positif dan memiliki kaitan dengan hukum lain dalam sistem common law. Sedangkan dalam sistem statute law dan civil law, ketetapan Hakim terdahulu yang memiliki kekuatan hukum tetap dan kemudian menjadi pertimbangan Hakim selanjutnya dalam mengatasi kasus atau perkara yang memiliki kemiripan. Putusan hakim yang memiliki tingkatan lebih tinggi dan keputusan tersebut diikuti secara terus-menerus maka keputusan tersebut kemudian menjadi suatu ilmu pengetahuan yang disebut sebagai judge made law atau case law. Berdasarkan pengertian di atas hukum yurisprudensi pada awalnya merupakan sebuah ketetapan Hakim yang memiliki kekuatan hukum tetap, ketetapan Hakim tersebut kemudian diiringi oleh para hakim selanjutnya dalam menangani kasus yang memiliki kemiripan.

Prof Subekti memiliki pendapat berbeda, yang dimaksud hukum Yurisprudensi adalah ketetapan Hakim yang telah disepakati oleh Mahkamah Agung maupun putusan Mahkamah Agung yang telah memiliki hukum tetap. Pembetulan atau putusan Mahkamah Agung inilah yang kemudian dapat disebut sebagai hukum yurisprudensi. Subekti menekankan

⁵⁵ Permana, "Peranan Yurisprudensi Dalam Membangun Hukum Nasional di Indonesia", 76.

yurisprudensi perlu adanya proses notasi dan eksaminasi suatu keputusan hakim oleh Mahkamah Agung. Karena Mahkamah Agung berhak untuk menentukan apakah suatu ketetapan Hakim tingkat pertama atau banding telah memenuhi kriteria untuk dijadikan hukum yurisprudensi. Hasil penelitian BPHN tahun 1995 menyimpulkan ketetapan Hakim dapat dikatakan yurisprudensi jika ketetapan tersebut memiliki kriteria yaitu:⁵⁶

- a. Undang-undang tidak mampu menanganai suatu perkara atau tidak ada kejelasan dalam undang-undang.
- b. Ketetapan hakim tersebut telah memiliki kekuatan hukum tetap.
- c. Ketetapan telah digunakan secara berulang dalam menangani kasus yang sama.
- d. Memiliki unsur keadilan.
- e. Mahkamah Agung telah menyepakati putusan tersebut.⁵⁷

Yurisprudensi sering dibedakan sebagai yurisprudensi tetap dan yurisprudensi tidak tetap oleh kalangan praktisi. Para praktisi belum memiliki kesepakatan bersama berkaitan dengan definisi keduanya. Berdasarkan definisi dan pendapat Hakim Agung pada Mahkamah Agung, pengertian yurisprudensi tetap dapat dirumuskan yaitu putusan hakim baik pada tingkat banding atau tingkat pertama memiliki kekuatan hukum tetap maupun putusan yang berasal dari Mahkamah Agung dalam menangani sebuah perkara yang tidak memiliki kejelasan dalam undang-undang.

Putusan tersebut kemudian dijadikan landasan Hakim lain dalam

⁵⁶ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi* (Jakarta: Kencana, 2008), 10-11.

⁵⁷ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, 10-11.

memutuskan perkara yang sama, putusan tersebut telah diuji secara akademis oleh majelis yurisprudensi yang terdiri dari para hakim dari Mahkamah Agung. Atau sebuah putusan yang sudah lolos standarisasi dari Mahkamah Agung dan akhirnya putusan tersebut menjadi yurisprudensi tetap dan para hakim memiliki kewajiban dalam mengikuti untuk mengatasi perkara yang sama di kemudian hari.

Tahap-tahap dalam yurisprudensi berdasarkan rumusan di atas yakni:

- a. Ketetapan hakim pada tingkat pertama atau banding yang memiliki kekuatan hukum tetap.
- b. Undang-undang belum memiliki kejelasan untuk digunakan mengatasi suatu kasus atau perkara.
- c. Bersifat berkeadilan dan kebenaran.
- d. Putusan telah digunakan hakim lain dalam mengatasi perkara yang memiliki kemiripan.
- e. Mahkamah Agung telah melakukan pengujian notasi atau eksaminasi terkait putusan yang memiliki kekuatan tetap.
- f. Direkomendasikan oleh Mahkamah Agung.⁵⁸

Made Darma Weda berpendapat terdapat kriteria agar sebuah putusan menjadi sebuah yurisprudensi diantaranya sebagai berikut:

- a. Undang-undang tidak memiliki kejelasan dalam menangani sebuah perkara.

⁵⁸ Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, 11-12.

- b. Putusan telah berkekuatan hukum tetap.
- c. Putusan telah digunakan hakim lain dalam mengatasi perkara yang memiliki kemiripan.
- d. Putusan memiliki unsur keadilan.
- e. Mahkamah Agung telah memberikan kesepakatan.

Yurisprudensi tetap menurut Sudikno Mertokusumo, diantaranya sebagai berikut:

- a. Putusan dianggap sebagai *landmark decision* karena ditemukan adanya kaidah hukum, masyarakat luas juga menerima putusan tersebut karena dianggap mampu mengatasi perkara yang sudah terjadi di masyarakat.
- b. Putusan telah menjadi keyakinan hukum yang umum karena terus diikuti hakim lain dalam mengatasi perkara atau kasus yang sama.

Yurisprudensi setidaknya memiliki 5 unsur pokok menurut Badan Pembinaan Hukum Nasional adalah sebagai berikut:⁵⁹

- a. Putusan memiliki unsur keadilan di dalamnya.
- b. Mahkamah Agung telah memverifikasi keputusan tersebut.
- c. Putusan hakim terus-menerus digunakan oleh Hakim yang lain dalam kasus yang sama.
- d. Putusan merupakan keputusan tetap.
- e. Perkara atau kasus tidak memiliki kejelasan dalam undang-undang.

⁵⁹ Enrico Simanjuntak, "Peran Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia", Jurnal Konstitusi, Vol. 16, No. 1 Maret Tahun 2019, 94.

Penentuan yurisprudensi tetap atau tidaknya tidak ditemukan oleh hitungan matematika seperti berapa kali keputusan tersebut digunakan pada perkara yang sama. Paulus Lotulung berpendapat bahwa yurisprudensi tetap atau tidak lebih menekankan kepada prinsip yang berbeda bila dibandingkan perhitungan matematika serta mengutamakan muatannya. Pendapat lain menurut M Hatta Ali yurisprudensi tetap diartikan sebagai Bagaimana putusan hakim tersebut kemudian mampu merubah hukum yang ada pada masyarakat secara konstan hingga akhirnya terjadi penciptaan hukum karena putusan yang dibuat oleh Hakim sebelumnya terus-menerus digunakan oleh Hakim yang lain dalam menangani perkara yang sama.

Yurisprudensi berasal dari putusan hakim yang kemudian berubah menjadi hukum positif karena Hakim dapat mempertimbangkan keputusan hakim terdahulu karena tidak adanya kejelasan dalam undang-undang. Suatu keputusan hakim dianggap sebagai sebuah terobosan karena menangani sebuah perkara yang tidak memiliki kejelasan dalam undang-undang. M. Yahya Harahap berpendapat yang dimaksud sebuah terobosan dari sebuah putusan hakim adalah sebagai berikut:⁶⁰

- a. Penemuan baru dari putusan hakim karena memiliki asas yang berbeda daripada sebelumnya.
- b. Putusan yang bertentangan hukum.
- c. Putusan berbeda dengan putusan sebelumnya dalam perkara yang sama.

⁶⁰ Enrico Simanjuntak, "Peran Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia", 94-95.

- d. Putusan hakim memuat tafsir baru dari undang-undang yang masih berlaku.

Putusan yang diikuti secara terus menerus yaitu

- a. Berpedoman pada studi kasus.
- b. Memiliki unsur modifikasi
- c. Mengikuti secara murni..⁶¹

- d. Eksistensi Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia

Kekuasaan kehakiman Sesuai dengan pasal 5 ayat 1 undang-undang no.48 Tahun 2009 merupakan salah satu wujud dari unsur penggunaan yurisprudensi. Hal ini disebabkan bahwa dalam pasal tersebut Hakim memutuskan sebuah perkara seadil-adilnya. Kekuasaan Hakim yang bebas dalam menentukan suatu perkara sehingga dapat menggunakan berbagai sumber yang ada namun tetap mengedepankan keadilan masyarakat. Salah satunya menggunakan yurisprudensi. Manfaat adanya yurisprudensi adalah sebagai berikut:⁶²

- a. Mewujudkan kepastian hukum
- b. Mewujudkan hukum yang standar
- c. Mencegah kesenjangan hukum
- d. Mewujudkan persepsi dan landasan yang sama

Pendapat Yahya di atas didukung oleh pendapat dari Hamidi dan Erwinningsih yang berpendapat bahwasanya fungsi dari yurisprudensi tidak hanya sebagai salah satu referensi hukum yang digunakan oleh para

⁶¹ Enrico Simanjuntak, "Peran Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia", 95.

⁶² Junaedi, "Peranan dan Eksistensi Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia", Jurnal Kajian Hukum dan Keadilan, Vol. 1, No. 1 Februari Tahun 2023, 10-11.

penegak hukum. Yurisprudensi setidaknya memiliki beberapa fungsi lain yaitu:

- a. Mencegah adanya kesenjangan hukum.
- b. Mewujudkan kesetaraan hukum berkaitan dengan putusan perkara yang tidak memiliki kejelasan dalam undang-undang.
- c. Mewujudkan standar hukum yang sama melalui rasa kepastian hukum di masyarakat.
- d. Mewujudkan adanya sifat dan derajat hukum yang sama dalam memperkirakan pemecahan hukum.
- e. Yurisprudensi dianggap sebagai langkah dalam menemukan hukum yang baru.⁶³

e. Penemuan Hukum

Penemuan hukum (*rechtsvinding*) berarti menemukan konsepsi hukum yang tepat dan fungsional manakala hakim memeriksa perkara menghadapi kendala yuridis dalam memeriksa perkara (*konstatiring*), mempertimbangkan (*kualisifiring*), dan mengadili (*konstituiring*) perkara yang dihadapi agar dapat memberi perlindungan hukum dan keadilan kepada semua pihak dalam perkara demi mewujudkan keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.⁶⁴ Penemuan hukum di Indonesia dengan metode interpretasi memiliki beberapa jenis yaitu:⁶⁵

⁶³ Junaedi, "Peranan dan Eksistensi Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia, 11.

⁶⁴ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", Jurnal Hukum dan Peradilan, Vol. 2 No. 2 Juli 2013, 191

⁶⁵ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 192.

a. Metode penafsiran sistematis.

Hukum dalam metode penafsiran ini memiliki perspektif bahwa hukum harus bersifat sistematis dan menjadi satu kesatuan yang tidak bisa dipisahkan. Sehingga dalam penafsirannya Hakim harus menghubungkan seluruh peraturan perundang-undangan yang ada yang masih relevan dengan kasus atau perkara.

b. Metode penafsiran substantif.

Penafsiran ini menggunakan silogisme dalam penafsirannya yaitu undang-undang yang ada harus memiliki keterkaitan yang konkret dengan perkara yang akan diputuskan oleh Hakim.

c. Metode penafsiran historis.

Penafsiran ini menggunakan metode menelaah bagaimana sebuah undang-undang dibentuk. Penafsiran menggunakan metode historis dibedakan menjadi dua yaitu penafsiran berdasarkan sejarah hukum maupun penafsiran berdasarkan sejarah lahirnya undang-undang. Interpretasi sejarah hukum adalah metode interpelasi yang ingin memahami ajaran hukum secara menyeluruh yang ada dalam undang-undang. Pembuatan undang-undang tentu memiliki sejarah dalam pembentukannya namun Hakim harus memiliki perspektif bagaimana sejarah hukum sebelum undang-undang tersebut dibentuk. Sedangkan yang dimaksud dengan sejarah lahirnya undang-undang yaitu Hakim mencoba menafsirkan maksud dan tujuan pembuat undang-undang.

Undang-undang yang dibentuk tentu memiliki tujuan umum maupun tujuan khusus dan hakim harus menafsirkan hal tersebut.⁶⁶

d. Metode penafsiran gramatikal

Penafsiran menggunakan metode ini dilakukan dengan cara putusan hakim harus menggunakan bahasa yang sehari-hari atau bahasa yang logis. Hakim juga harus menafsirkan makna yang tertulis dalam undang-undang namun tidak secara spesifik membahas tentang suatu perkara atau kasus maka perlu ditafsirkan dengan penggunaan bahasa yang mudah dimengerti oleh masyarakat.

e. Metode penafsiran futuristis

Penafsiran menggunakan metode ini dilakukan dengan cara mengantisipasi apabila sebuah perkara atau kasus masih belum memiliki kejelasan dan kekuatan hukum yang tetap di dalam undang-undang.

f. Metode penafsiran sosiologis

Penafsiran menggunakan metode ini berlandaskan pada masyarakat. Penafsiran menekankan pada tujuan masyarakat yang kemudian disesuaikan dalam membentuk sebuah undang-undang. Contohnya ketika sebuah undang-undang dirasa sudah tidak relevan lagi maka

⁶⁶ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 192.

undang-undang yang baru harus melihat bagaimana kondisi sosial masyarakat agar nantinya sesuai.

g. Metode penafsiran komparatif

Penafsiran menggunakan metode ini dengan cara melakukan perbandingan sistem hukum yang ada. Penafsiran menggunakan metode ini sangat jarang digunakan dalam menafsirkan undang-undang nasional dan banyak dilakukan pada saat menafsirkan undang-undang terkait perjanjian internasional.

h. Metode penafsiran restriktif

Penafsiran menggunakan metode ini yaitu penafsiran untuk menjelaskan undang-undang dengan cara ruang lingkup ketentuan undang-undang itu dibatasi oleh bahasa sehingga penafsiran tidak meluas.⁶⁷

i. Metode penafsiran ekstensif

Penafsiran menggunakan metode ini melebihi penafsiran yang dapat dilakukan oleh gramatikal.

Dalam praktik peradilan, penemuan hukum dalam bentuk metode konstruksi hukum yaitu:⁶⁸

a. *Argumentum a'contrario*.

Argumentasi ini berdasarkan pada peraturan undang-undang yang dibuat merupakan peraturan terbatas yang ditujukan dengan ruang

⁶⁷ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 193.

⁶⁸ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 193-194.

lingkup tertentu sehingga apabila terjadi di luar lingkup yang ada maka perundang-undangan tidak dapat menetapkan permasalahan atau perkara tersebut. Argumentasi ini menitikberatkan tidak adanya kepastian suatu peristiwa yang terjadi dalam sebuah perkara.⁶⁹

b. Metode *Argumentum*

Konstruksi ini dilakukan adanya pengkongkritan terhadap suatu masalah hukum yang tersebut dalam undang-undang yang ada. Pengkongkritan ini dimaksud untuk menyempitkan hukum yang ada berdasarkan peraturan undang-undang. Hal ini dikarenakan peraturan perundang-undangan yang dibuat memiliki lingkup yang luas dan umum. Dalam hal ini Apabila Hakim menangani suatu perkara harus menyempitkan undang-undang secara konkrit dan tentunya tidak boleh menyimpang dari peraturan yang ada.⁷⁰

c. Pengkonkretan Peranalogian

Argumentasi ini berdasarkan analogi dari hakim. Argumentasi ini dapat dilakukan apabila tidak terdapat kejelasan di dalam undang-undang dalam rangka memutuskan sebuah putusan perkara atau kasus. Kekosongan hukum yang ada membuat Hakim harus bertindak untuk segera mengatasi permasalahan tersebut. Pemecahan problem dengan

⁶⁹ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 194.

⁷⁰ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 194-195.

penalaran pikiran yang logis mampu memecahkan problematika yang ada tanpa harus melanggar peraturan perundang-undangan.⁷¹

d. Fiksi Hukum

Metode ini berlandaskan bahwa setiap orang dianggap mengetahui hukum. Metode ini menjelaskan bahwa apabila terjadi suatu pertentangan antara perundang-undangan dengan kenyataan yang nyata maka metode ini akan memberikan fakta dan perspektif yang baru untuk mengatasi perkara yang ada. Hakim harus menekankan nilai keadilan dan kemanfaatan bagi masyarakat ketika menggunakan metode hukum yang relevan dan sesuai dengan perkara atau kasus yang ditangani.⁷²

Penciptaan hukum yakni menciptakan konsepsi hukum baru yang semula belum ada menjadi ada. Hal ini dilakukan manakala terjadi kekosongan peraturan perundang-undangan atau kekosongan hukum. Hakim harus menciptakan sendiri konsepsi hukumnya untuk dapat memberi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa dan memberi perlindungan hukum dan keadilan pada kasus baru yang dihadapi, yakni menciptakan sendiri konsepsi hukumnya dari tidak/belum ada menjadi ada.

Penciptaan hukum dilakukan dengan cara merumuskan sendiri hukum baru dari tidak/belum ada menjadi ada, manakala terjadi kekosongan peraturan perundang-undangan dan/atau kekosongan hukum. Penciptaan

⁷¹ Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 195.

⁷² Abdul Mannan, "Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama", 195-196.

hukum dilakukan dengan berpijak pada filosofi hukum dan hukum dasar yang dikembangkan melalui asas-asas hukum dan prinsip-prinsip hukum menuju cita hukum dengan memperhatikan illat hukum untuk menciptakan hukum baru yang mampu mewujudkan perlindungan hukum dan keadilan. Termasuk di sini metode penemuan hukum dari sumber hukum tidak tertulis, yakni dengan cara mencari hukum dari sumber hukum Islam tidak tertulis. Bagi pencari keadilan yang beragama Islam, maka berdasarkan asas personalitas keislaman terhadap dirinya berlaku dan tunduk pada hukum syariah Islam. Dalam hal ini dapat dilakukan penemuan hukum dari sumber hukum Islam yang belum menjadi hukum tertulis sebagai hukum positif.⁷³

Bentuk ini dilakukan manakala terdapat kekosongan peraturan perundang-undangan yang mengatur suatu persoalan yang diajukan ke pengadilan agama tetapi belum ada peraturan hukum tertulis yang mengaturnya. Bentuk ini digunakan untuk mengatasi keterbatasan peraturan perundang-undangan, baik yang mengatur kompetensi pengadilan agama, mengatur ketersediaan hukum materiil yang harus diterapkan maupun hukum acaranya serta sarana hukum lainnya berkaitan dengan perkembangan kebutuhan hukum masyarakat, yang harus disediakan oleh Negara.⁷⁴

⁷³ Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan Penerapan Penemuan Hukum, Ultra Petita dan Ex Officio Hakim Secara Proporsional* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2018), 258.

⁷⁴ Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan Penerapan Penemuan Hukum, Ultra Petita dan Ex Officio Hakim Secara Proporsional*, 259.

3. Ketentuan Umum Hukum Progresif

a. Biografi Satjipto Rahardjo

Satjipto Rahardjo lahir pada tanggal 5 Desember 1930 di Kabupaten Banyumas Jawa Tengah. Satjipto Rahardjo mengenyam pendidikan di sekolah rakyat dan Sekolah Menengah Pertama pada tahun 1944-1947 di Kabupaten Pati. Kemudian pindah ke Semarang Pada tahun 1951 dan menyelesaikan masa studi SMA di sana. Pada masa perkuliahan mengambil jurusan fakultas sastra dan pedagogi Universitas Gadjah Mada tapi tidak sampai tamat. Kemudian berkuliah di Universitas Indonesia mengambil jurusan fakultas hukum dan lulus pada tahun 1960. Gelar doctoral diraih di Universitas Diponegoro menjadi pendidikan tingkat tinggi yang diraih di tahun 1979.⁷⁵

Pada awalnya pekerjaan Satjipto Rahardjo pada awal tahun 1954-1955 bekerja sebagai penyiar Radio Republik Indonesia. Pasca menyelesaikan pendidikan tingkat 2 ketika berkuliah di Fakultas Hukum, melanjutkan pekerjaan pada Departemen perburuhan di bidang biro tata hukum (1958-1960). Selesai perkuliahan pada tahun 1960 ia bekerja pada Bank pembangunan Daerah Sulawesi Utara. Universitas Diponegoro kemudian memanggilnya setelah setahun bekerja untuk mengejar di Fakultas Hukum.

Sebagai dosen pengajar selama hidupnya Satjipto Rahardjo memiliki berbagai karya baik buku maupun artikel cetak di media massa.

⁷⁵ M. Zulfa Aulia, "Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo: Riwayat, Urgensi dan Relevansi". Undang: Jurnal Hukum, Vol. 1, No. 1 (2018), 162-163.

Harian Kompas memberikan penghargaan sebagai cendekiawan yang berkomitmen karena kualitas dan kuantitas karya yang ditulis pada media massa. Berbagai buku yang kemudian menjadi salah satu buku wajib untuk mempelajari hukum seperti buku ilmu hukum menjadi buku yang banyak diminati sehingga selalu dicetak berulang hingga saat ini. Buku pamungkas yang berjudul buku hukum dan perilaku memiliki kualitas yang baik dan sistematis dalam penulisannya.⁷⁶

b. Hukum Progresif

Pemikiran hukum di Indonesia melahirkan sebuah Khazanah baru yaitu hukum progresif. Hukum progresif tidak muncul tanpa adanya sebab dan akibat melainkan menjadi sebuah bukti bahwa manusia terus-menerus berproses untuk mencari kebenaran. Realitas empiris yang selama ini berlaku Kemudian diputarbalikkan sejak adanya konsep hukum progresif bagaimana hukum ini dilahirkan karena adanya keprihatinan dan ketidakpuasan masyarakat terkait perundang-undangan yang berlaku di Indonesia menjelang abad 20.⁷⁷

Literatur hukum di Indonesia pada saat ini menganggap gagasan yang menarik untuk dikaji saat ini adalah hukum progresif. Hal ini terjadi karena hukum modern yang ada dan berlaku digugat oleh keberadaannya. Hukum modern yang memiliki banyak kegagalan karena berlandaskan filsafat legalistik, linier, dan positifistik karena tidak mampu menangani

⁷⁶ M. Zulfa Aulia, "Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo: Riwayat, Urgensi dan Relevansi", 163-164.

⁷⁷ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif* (Jakarta : Kencana, 2012), 106.

permasalahan yang terjadi secara kompleks di masyarakat. Antara kemanusiaan dan hukum terjadi jurang menganga karena akibat berlakunya hukum modern kemudian dilawan dengan adanya semangat kebebasan dari hukum konvensional yang berlaku pada hukum progresif.⁷⁸

Kesalahan-kesalahan mendasar yang terjadi akibat hukum modern di tengah masyarakat membuat masyarakat menyadari bahwa hukum progresif benar-benar dibutuhkan. Hukum modern yang hanya berlandaskan pada peraturan yang mutlak berbeda dengan hukum progresif yang membuat pemaknaan yang mendalam serta melalui kecerdasan dalam menilai situasi dan kondisi di masyarakat. Hukum tidak harus kaku melainkan harus dijalani dengan penuh dedikasi dan rasa empati untuk mencari kebenaran yang nantinya akan bermanfaat bagi kesejahteraan masyarakat.⁷⁹

Hukum harus sesuai dengan kehendak masyarakat sehingga dalam penegakannya tidak hanya berpaku pada peraturan perundang-undangan, Hal inilah yang dianggap sebagai ide hukum progresif. Sebuah peraturan yang hanya bersifat baku atau mengekang masyarakat tidak seharusnya dijalankan melainkan harus menghendaki dan mengakomodasi apa yang diinginkan oleh masyarakat sehingga terciptanya sebuah produk hukum yang baik. Penegakan hukum yang mengalami kemandekan atau bersifat stagnan menjadi salah satu ide dalam menegakkan hukum progresif.

⁷⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), V.

⁷⁹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, vi.

Kualitas pertanggungjawaban yuridis dan moral dari Hakim harus sesuai, dapat dipertanggungjawabkan dan akuntabel dalam penegakan hukumnya. Undang-undang nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman menjadi Salah satu bukti bahwa Indonesia telah mengadopsi dissenting opinion. Hakim dalam menegakkan hukum mengedepankan rasa tanggung jawab dan akuntabel kepada publik, kebenaran ilmiah dan hati nurani. Lebih dari itu Hakim juga memiliki tanggung jawab kepada Tuhan Yang Maha Esa pada saat menjalankan tugasnya.

Undang-undang yang dibuat oleh badan legislatif tidak hanya sekedar bacaan dalam tugas dan peran Hakim melainkan memikul tanggung jawab penuh untuk memutuskan sebuah perkara seadil-adilnya. Kondisi paling buruk dapat diatasi dengan cara Hakim bersifat progresif dalam menangani perkaranya.⁸⁰

Penafsiran atas aturan-aturan hukum perlu adanya penafsiran yang kreatif dan bijak oleh pelaku hukum. Mencari dan menemukan keadilan pelaku hukum progresif dilakukan dalam kondisi yang terbatas karena tidak adanya kejelasan hukum. Kearifan dan kecerdikan para pelaku hukum dalam menelaah aturan yang ada mengedepankan kebutuhan dan kepentingan masyarakat merupakan kunci kekuatan dari hukum progresif.

Hakim, Jaksa, advokat, dan polisi sebagai pelaku hukum dalam konteks hukum progresif merupakan orang yang memperjuangkan dan mengandalkan kebijaksanaan dalam praktiknya. Dalam rangka mewujudkan

⁸⁰ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 109-111.

hukum, mereka harus bertindak sebagai a creative lawyer. Dari merekalah diharapkan lahir keputusan yang berkualitas yurisprudensi dalam hukum progresif untuk membantu perubahan menuju ke arah yang lebih baik. Sulit mewujudkan hukum progresif apabila tanpa adanya panduan hukum. Sikap pragmatis masyarakat termasuk para aparat penegak hukum kerugian yang dialami karena masalah kepentingan pribadi ataupun golongan. Sehingga penting adanya panduan untuk melaksanakan hukum progresif.⁸¹

Pada kalangan Hakim legal positif masih menjadi paham mainstream yang dilakukan oleh para penegak hukum untuk mengatasi sebuah kasus. Para penegak dalam menangani sebuah kasus yang terus-menerus menggunakan pola positivistik melahirkan paradigma bahwa positivistik merupakan cara yang terbaik. Jarang ditemukan Hakim yang mengikuti cara berpikir non positivistik karena takut untuk berbeda dengan sebagian besar Hakim yang lain.

Undang-undang menjadi suatu yang absah dan satu-satunya sumber dalam mengenali sebuah kasus merupakan ciri dari berpikir positivistik. Penemuan hukum oleh Hakim jarang terjadi karena kurang memiliki tempat, karena sebagian besar hanya menjadi kepanjangan tangan dari undang-undang. Aturan hukum menjadi yang utama sehingga jarang memperhatikan hal-hal lain. Kearifan dan kejujuran untuk melaksanakan hukum terkadang menjadi terabaikan. Kebenaran dan keadilan menjadi latar belakang karena kurangnya dedikasi dan empati. Keadilan dan kebenaran hanya sekedar

⁸¹ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 113-114.

formalitas. Nilai kemaslahatan dan keadilan hukum tidak diutamakan karena bergantung kepada kepastian hukum. Logika formal menjadi yang utama dalam pola pikir deduktif untuk mencari kebenaran.⁸²

Kualitas pemahaman Hakim dalam rangka menghadapi masalah yang teoritis dan filosofis berkaitan dengan masalah hukum kurang diminati. Hakim lebih menekankan pada pemikiran logika formal. Cara berpikir seperti ini pada umumnya didapat pada saat berkuliah di Fakultas Hukum dan Syariah, logika berpikir Hakim didominasi untuk melakukan konstruksi pada saat memberikan putusan. Apabila Hakim kurang memahami teori hukum maka akan berdampak pada faktor-faktor lain seperti kurang peka terhadap kondisi sosial, ekonomi, dan politik yang menjadi landasan Hakim dalam menetapkan putusan. Padahal putusan menekankan keadilan dalam memutuskan perkara atau kasus.

Pemikiran hukum apabila dilihat dari perspektif psikologi hukum pada awalnya terlebih dahulu mempelajari terkait pasal-pasal kemudian merangkai duduk perkara dengan dasar fakta yang ada yang ditemukan di pengadilan, biasanya hal ini mengakibatkan pengambilan keputusan yang dilakukan Hakim menjadi bias. Hakim seharusnya dalam mengonstruksi putusan berawal dari tawar fakta-fakta yang Hakim seharusnya dalam mengonstruksi putusan berawal dari fakta-fakta yang diperoleh dari bukti yang ada dan kesaksian dari para saksi, Hakim kemudian melakukan

⁸² M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 218-219.

analisis dalam menyusun duduk perkara atau fakta hukum yang tidak terpengaruh oleh pasar peraturan perundang-undangan.⁸³

Kondisi di lapangan cenderung berbeda Dimana para hakim terlebih dahulu memilih pasal yang akan digunakan pada saat pengadilan kemudian merangkai duduk perkara yang didapat pada saat persidangan berlangsung. Hal ini mengakibatkan Hakim memiliki sifat apriori. Tentunya hal ini berdampak pada saat memilih pasal peraturan perundang-undangan berdasarkan logika berpikir yang semu, konstruksi putusan yang dilakukan oleh Hakim kemudian sekedar memilih pasal perundang-undangan dengan perkara yang dihadapi. Singkatnya metode deduktif merupakan metode berpikir yang digunakan oleh para hakim dalam memberikan putusan utamanya ketika putusan perkara pada pengadilan tingkat pertama. Hal ini kurang tepat Karena pada saat pengadilan tingkat pertama Hakim harus menentukan fakta-fakta hukum terlebih dahulu pada saat memeriksa perkara sehingga pola pikir yang harus dilakukan oleh para hakim menggunakan metode induktif.

Tipologi berpikir Hakim menjadi cerminan sebenarnya terkait budaya ideasional untuk memahami hukum dalam dimensi epistemologi, ontologi, dan aksiologis. Penggunaan dimensi ontologis yakni berkaitan tujuan utama hukum itu sendiri, hukum sebagai norma hukum positif, hukum dimana atas kebenaran dan keadilan, maupun hukum dijadikan

⁸³ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 219-220.

sebagai gambaran perilaku sosial pada tingkat kecil maupun besar dan lain-lain.⁸⁴

Dalam dimensi epistemologis, adanya hubungan objek telaah dengan si subjek dalam hal ini Hakim. Dalam dimensi ini Hakim tidak hanya melihat penalaran hukum saja melainkan harus mengacu pada rasio-rasio lain seperti intuisi dan indranya. Manusia bukan hanya makhluk rasional melainkan makhluk etis dan politis sehingga harus menggunakan berbagai pendekatan. Dalam dimensi aksiologis berkaitan dengan cita-cita atau tujuan yang harus dicapai oleh hukum yaitu adanya kebermanfaatan, kepastian, dan keadilan.

Tabel berikut akan menjelaskan terkait perbedaan tipologi hakim yang memiliki pola pikir positivistik dan nonpositivistik.⁸⁵

Tipologi Hakim	
Positivistik	Nonpositivistik
<ul style="list-style-type: none"> • Sumber utama dan satu-satunya adalah Undang-undang • Hakim kurang memperhatikan faktor lain. • Undang-undang adalah yang utama. • Prosedural dan kepastian hukum menjadi poin penting. • Kebenaran dicari dengan logika deduktif. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sumber bisa didapat darimana saja tidak selalu melalui Undang-undang. • Hakim memperhatikan faktor-faktor lain. • Hakim menjadi pembuat hukum. • Keadilan substantif menjadi poin penting. • Kebenaran dicari dengan logika induktif.

⁸⁴ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 220-221.

⁸⁵ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 221.

Hakim dalam menentukan sebuah perkara memiliki dua tipe yang menjadi bukti serta menguatkan tesis ini. Tipe pertama Hakim hanya menjadi corong undang-undang tanpa menimbang hal yang lain. Hakim hanya memandang bahwa perkara dapat diselesaikan berdasarkan peraturan perundang-undangan saja. Hakim tidak menimbang berbagai hal yang mampu untuk meningkatkan keadilan di masyarakat ketika memutuskan suatu perkara yang ditangani. Tipe ini menekankan pada pandangan positivisme.⁸⁶

Tipe kedua yaitu Hakim yang mempertimbangkan berbagai hal. Hakim mempertimbangkan hati nurani pada saat pengambilan putusan. Baru kemudian Hakim menelaah perundang-undangan yang sekiranya cocok dengan perkara yang ditangani. Ketika selesai menelaah dan memilih perundang-undangan yang cocok Hakim kemudian melakukan pengambilan keputusan. Putusan yang dibuat tidak semata-mata bertumpu pada undang-undang melainkan mengedepankan prinsip yang adil. Tipe ini menekankan pada pandangan progresif.

Satjipto Rahardjo pernah menggolongkan tipe Hakim yang ada di Indonesia yaitu yang pertama Hakim yang hanya mengedepankan dirinya pribadi dalam memutuskan suatu perkara yaitu dengan cara menelepon pasal-pasal yang sekiranya menguntungkan dirinya sendiri. Sedangkan tipe pertama yaitu Hakim yang tidak langsung mencari pasal-pasal dan peraturan

⁸⁶ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 228.

yang berlaku untuk memutuskan sebuah perkara melainkan menanyakan kepada hati nuraninya terlebih dahulu.⁸⁷

Dalam hukum progresif manusia berada di atas hukum. Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan masyarakat umum. Dokumen peraturan perundang-undangan tidak dipandang sebagai hal yang absolut. Kreativitas manusia begitu dikedepankan menurut hukum progresif. Kreativitas memiliki berbagai fungsi seperti dan ketertinggalan hukum dalam konteks melakukan penegakan hukum. Hal ini dimaksudkan agar Hakim memiliki terobosan untuk mengatasi perkara yang tidak memiliki kejelasan dalam peraturan perundang-undangan. Sesuai dengan tujuan kemanusiaan yaitu membuat manusia memiliki kebahagiaan melalui hukum. Begitu juga negara hukum harus memiliki tujuan hukum yang dapat membahagiakan masyarakat luas. Spirit kebebasan yang digunakan dalam hukum progresif menggunakan berbagai bantuan dalam menganalisis perkara baik bantuan dengan teori, pola pikir, dan asas. Kedua hal yang dirasa menghambat dalam rangka penegakan hukum harus segera dibebaskan karena dianggap menghalangi dalam menyelesaikan perkara.

Satjipto Rahardjo yang menjadi pioneer dalam hukum progresif berusaha untuk menegakkan hukum seadil-adilnya dengan tidak terpaku pada peraturan perundang-undangan yang sebenarnya sudah diterapkan di negara lain. Terdapat tiga cara dalam melakukan pembebasan pola baku ini

⁸⁷ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 228-229.

yaitu cara pertama mencegah Hakim menggunakan cara-cara lama yang jelas-jelas telah banyak melukai rasa keadilan dengan cara menggunakan kecerdasan yang dimiliki olehnya. Yang kedua penjarian makna lebih untuk menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan masing-masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan harus memaknai dengan hati nurani terkait makna hukum. Yang ketiga kepedulian, keterlibatan, dan perasaan harus dilibatkan terhadap keputusan perkara tidak hanya menggunakan logika saja. Aspek normatif tidak menjadi pilihan utama untuk mencapai keadilan. Terdapat aspek lain yang penting untuk dipertimbangkan yaitu aspek sosiologis guna mendukung adanya keadilan hukum.⁸⁸

Peraturan tidak lagi menjadi pusat dalam menentukan perkara menurut perspektif hukum progresif. Hukum progresif menekankan kepada adanya kreativitas dalam menggunakan hukum pada waktu dan ruang yang sesuai. Pemaknaan kreatif yang dilakukan oleh para pelaku hukum progresif pada saat menganalisa peraturan yang ada. Sehingga tidak perlu menunggu adanya perubahan peraturan. Pelaku hukum progresif tidak menyalahkan peraturan yang ada meskipun peraturan tersebut tidak sesuai dengan kondisi saat ini di masyarakat melainkan mencari dan menemukan keadilan itu sendiri dengan cara melakukan pemaknaan pada aturan yang ada.⁸⁹

Modalitas penalaran hukum memang dapat diperoleh dengan pola pikir yang rasional namun hal ini bukan satu-satunya jalan. Perkara yang dihadapi oleh para hakim memiliki struktur yang kompleks. Oleh sebab itu

⁸⁸ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 230-231.

⁸⁹ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 232.

dibutuhkan adanya hati nurani untuk menerapkan hukum. Hal ini merupakan keunikan dari penalaran hukum. Jika penalaran hukum terbatas kepada ilmu-ilmu pasti atau aktivitas rasional, hal ini berdampak bahwa hukum mengingkari penciptaan hukum dan hanya melakukan penerapan hukum. Indonesia yang berada dalam sistem *Civil law* sangat merasakan dampak fenomena tata hukum ini. Aliran hukum di Indonesia yang lebih mengarah pada aliran positivisme membuat Hakim cenderung memiliki pola yang jauh dari sifat progresif.

Sistem yang ada menurut hukum progresif tidak sepenuhnya harus digunakan karena pemikiran kurang relevan. Sistem hukum di Indonesia harus lebih bersifat afirmatif yaitu dengan berani mencoba terobosan terbaru dalam menegakkan keadilan dan meninggalkan praktik konvensional. Hukum yang dibuat untuk keadilan manusia menjadi hal terdepan yang diajukan oleh hukum progresif. Perlu adanya peninjauan terkait prosedur, asas, substansi, dan doktrin untuk mencari jalan keluar sehingga tidak menyalahkan rakyat.

Kreativitas para pelaku hukum penting dilakukan. Namun kreativitas ini perlu adanya pemandu penafsiran yang luas dan kreatif terhadap aturan-aturan yang demikian itu. Seorang pelaku hukum progresif berusaha mencari dan menemukan keadilan dalam batas dan di tengah keterbatasan peraturan yang dimiliki. Begitu juga para pelaku hukum perlu

memiliki kebijaksanaan dalam memandang sebuah aturan. Kebutuhan sosial yang diperoleh menjadi hal yang penting dalam hukum progresif.⁹⁰

Hukum diciptakan dan digunakan untuk kepentingan rakyat. Apabila para penegak hukum hanya memandang peraturan perundang-undangan yang ada, maka bisa saja kepentingan rakyat menjadi hal yang dipikirkan. Hal yang kompleks kemudian menjadi pekerjaan utama dalam Hakim untuk menemukan hubungan antara hati nuraninya dan undang-undang. Karena tugas mulia Hakim adalah mencari keadilan yang sebenarnya dengan menggunakan hati nurani sekaligus akal.

Hakim dianggap sebagai wakil rakyat. Karena apabila dia keluar dari pengadilan dia menjadi masyarakat biasa. Ketika menjadi masyarakat biasa hakim juga merasakan harapan, cita-cita, penderitaan, dan kecemasan yang dirasakan oleh masyarakat. Hakim dianggap mampu untuk mewakili suara masyarakat yang kurang terwakili dan yang tak terwakili melalui putusan yang mereka buat.

Pemikiran progresif menjadikan Hakim memiliki kedudukan yang sama dengan masyarakat, akan selalu menanyakan apakah peran yang bisa saya berikan dalam masa reformasi ini? Apa yang diinginkan bangsa saya? Sehingga tidak benar apabila Hakim hanya menjadi corong undang-undang pada saat memutuskan sebuah perkara. Keadilan masyarakat selalu menjadi hal yang utama para hakim yang memiliki penalaran progresif.⁹¹

⁹⁰ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 239-243.

⁹¹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta : Kompas, 2008), 56-57.

Alkostar berpendapat bahwa penguasaan ilmu yang kompeten merupakan kualifikasi yang harus dimiliki oleh Hakim progresif. Penguasaan ilmu yang baik menjadikan Hakim memiliki sikap profesional dan berkualitas pada saat melakukan penegakan hukum. Kecerdasan moral menjadi salah satu tuntutan kepada hakim sebagai salah satu konsekuensi pada saat memutuskan perkara. Keputusan yang dihasilkan oleh Hakim memiliki unsur keadilan sehingga mampu mempererat keterikatan pada pihak-pihak yang berperkara.⁹²

Hakim tidak serta merta menjalankan dan menerapkan pasal-pasal sesuai prosedur yang ada melainkan menggunakan pertimbangan sosiologis untuk menemukan hukum yang progresif. Peraturan perundang-undangan yang ada memang tidak bisa diabaikan begitu saja namun dijadikan sebagai sarana pokok. Akan tetapi tujuan hukum bukan berpaku pada sarana melainkan sarana tersebut hanya diharapkan dapat mengantarkan mencapai tujuan hukum yang sebenarnya. Peraturan perundang-undangan sebagai sarana perlu dibuat secara logis, sistematis, dan transparan untuk dapat digunakan dalam meraih kepastian dan keadilan hukum.

Permasalahan mendasar para hakim yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum merupakan perangkat Hakim dalam rangka menegakkan hukum. Gustav menyebutkan bahwa tujuan hukum dapat dicapai apabila ketiga hal di atas dijadikan sebagai landasan dasar. Hukum yang ditegakkan bertujuan untuk mencapai nilai-nilai yang ada menjadi hal

⁹² M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 256

yang pasti. Aturan dan prosedur hukum Sekali lagi bukan menjadi tujuan hukum itu sendiri melainkan untuk membimbing Hakim untuk memberikan keputusan yang mendatangkan kepada kebaikan.⁹³

Dalam rangka menggali makna hukum perlu beberapa perspektif. *Rule breaking* membutuhkan adanya aturan di luar hukum dan holistik. Rasa kecewa bagi orang-orang yang menuntut untuk diberlakukan secara adil terjadi apabila hanya menekankan kepada pendekatan konvensional. Pencarian pendekatan dan pola pikir yang alternatif sudah selayaknya dilakukan oleh para penegak hukum untuk menyelesaikan berbagai persoalan hukum yang semakin pelik. Berbagai kekurangan yang ada dalam peraturan perundang-undangan memerlukan berbagai pendekatan untuk mengatasi suatu permasalahan. Hakim progresif berdasarkan tipologi dapat dirumuskan sebagai berikut.⁹⁴

Tipologi Hakim Progresif	
Dimensi	Ciri-ciri
Pandangan dasar	<ul style="list-style-type: none"> • Hukum diciptakan bagi manusia. • Hukum terus berproses sehingga hakim beranggapan bahwa hukum tidak final dan mutlak • Hakim perlu menolak ketetapan yang dapat mengakibatkan kerugian dalam masyarakat. • Hubungan sosial perlu dilibatkan dalam hukum.
Cara berpikir	<ul style="list-style-type: none"> • Pola pikir Hakim perlu memerlukan terobosan jika terjadi kebuntuan. • Hakim memiliki kepekaan dalam menghadapi

⁹³ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 258-259.

⁹⁴ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 256-263.

	<p>perubahan sosial dalam masyarakat.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sifat progresif harus dikedepankan saat melakukan pemaknaan hukum.
Cara kerja	<ul style="list-style-type: none"> • Keadilan dan kebenaran menjadi tujuan utama saat memutuskan perkara. • Kreatifitas harus dimiliki para hakim pada saat melakukan telaah peraturan perundang-undangan. • Keadilan untuk masyarakat perlu ditegakkan meskipun peraturan dalam kondisi kurang baik.
Kualifikasi pribadi	<ul style="list-style-type: none"> • Kecerdasan keilmuan, emosi, dan rohani perlu dimiliki oleh para hakim • Profesionalitas dan kompeten dalam bidangnya. • Hakim memiliki pribadi yang luhur dan bermoral. • Hakim bersifat cerdas, dapat dipercaya, jujur, dan terbuka.
Orientasi kerja	<ul style="list-style-type: none"> • Orientasi kerja hakim bertujuan menggapai hukum yang adil secara substantif (idealis) dan bukan sebatas pada keadilan prosedural. • Tidak mementingkan diri sendiri.

Kelahiran hukum progresif di Indonesia merupakan salah satu dari reformasi atas banyaknya kegagalan hukum yang ada. Hukum yang bertujuan untuk menciptakan keadilan kebahagiaan bagi umat manusia. Peraturan perundang-undangan yang ada tidak dijadikan suatu yang mutlak bagi hukum progresif melainkan untuk dijadikan sebagai salah satu sarana. Manusia dipandang mengerti hukum dari perspektif hukum progresif sehingga tidak benar bahwa hukum hanya dapat dilakukan oleh instansi yang berwenang. Hukum diciptakan untuk meningkatkan moralitas sehingga terbentuk adanya kondisi yang ideal dalam memutuskan perkara

yang terjadi di masyarakat. Hukum yang diciptakan untuk kepentingan masyarakat sendiri, hukum selalu berproses dari waktu ke waktu, dan lebih mementingkan moralitas merupakan tiga asumsi bagi hukum progresif. Kebahagiaan dan kesejahteraan manusia menjadi tujuan utama dalam penciptaan hukum ini. Kebebasan meliputi dimensi yang luas menjadi pandangan untuk selalu mempertimbangkan teori dan praktik. Hukum terus diperbaiki karena memiliki sifat progresif, terlebih manusia terus mengalami perkembangan sehingga sangat tidak mungkin apabila hukum mengalami stagnan.

Hukum terus bergerak menuju kondisi yang lebih baik. Hukum progresif juga memandang bahwa hukum tidak akan pernah stagnan dan terus bergerak seiring dengan berkembangnya permasalahan yang terjadi di masyarakat. Progresivitas hukum terus mengalir dalam rangka melayani dan menegaskan permasalahan di lingkungan yang semakin kompleks.⁹⁵

Analisis yurisprudensi ditolak oleh adanya hukum progresif karena hukum progresif beranggapan bahwa pengabdian kepada manusia lebih penting daripada hanya menetapkan sesuatu berdasarkan perundang-undangan yang ada. Hukum modern yang memiliki berbagai kelemahan karena tidak menggunakan hati nurani serta syarat akan kepentingan golongan perlu adanya pembebasan. Hukum modern yang bersifat liberalis kurang memihak terhadap masyarakat yang mencari keadilan dari hukum itu

⁹⁵ Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, vi-viii.

sendiri sehingga dapat dikatakan bahwa hukum progresif merupakan hukum yang memihak masyarakat yang mencari keadilan di dalamnya.⁹⁶

Berkaitan dengan manusia dan hukum dalam konteks hubungan perlu adanya asumsi yang mendasarinya. Perlu penegasan bahwa Prinsip utama dari hukum adalah menciptakan keadilan bagi masyarakat. Permasalahan manusia yang semakin kompleks yang perlu dirubah adalah hukum yang ada dan kemudian diperbaiki bukan malah memaksakan manusia untuk terus-menerus berada dalam skema yang dipaksakan. Perilaku manusia itu sendiri menjadi unsur penting dalam hukum progresif karena berdasarkan kondisi masyarakat secara nyata. Namun dalam kenyataannya Indonesia hingga saat ini masih terkekang oleh hukum konvensional dimana hukum ditentukan melalui proses-prosedural bukan melibatkan hati nurani.

Komponen hukum perlu meninjau kembali bahwa stagnancy yang terus terjadi hingga kini membutuhkan perhatian yang sungguh-sungguh dari pihak yang berwenang. Perlu dilakukan sedikit modifikasi terhadap konsep Lawrence Friedman mengenai sistematika hukum berdasar pada substansional, struktural, dan kultural.⁹⁷

Hukum progresif dapat dijadikan sebagai penunjuk yang mampu memberi panduan mengenai tata kelola hukum. Hukum perlu dibiarkan terus bergerak secara alamiah. Apabila terjadi stagnansi dalam

⁹⁶ Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, 1-2.

⁹⁷ Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, 32-35.

perkembangannya maka hal ini dapat dikatakan bahwa perkembangan. Hukum ada untuk manusia bukan untuk dirinya sendiri.⁹⁸

Menurut Kristiana karakteristik dasar hukum progresif seperti berikut ini.⁹⁹

Karakteristik Dasar Hukum Progresif	
Asumsi dasar	<ul style="list-style-type: none"> • Manusia merupakan tujuan utama dalam penciptaan hukum. • Hukum mengalir secara ulama dan tidak bersifat stagnan.
Tujuan hukum	<ul style="list-style-type: none"> • Keadilan manusia.
Spirit	<ul style="list-style-type: none"> • Membebaskan dari pemikiran konsensional yang menganggap peraturan adalah segala-galanya. • Membebaskan ketidakadilan karena budaya hukum yang konvensional.
Arti progresivitas	<ul style="list-style-type: none"> • Terus menerus mengalami perkembangan. • Mengikuti perkembangan dalam masyarakat • Menangkal keadaan tetap yang mengakibatkan kegagalan hukum karena perilaku kurang baik.
Karakter	<ul style="list-style-type: none"> • Perilaku lebih ditekankan dibandingkan hanya menjadi corong peraturan. • Responsif terhadap perubahan yang terjadi. • Mengutamakan kebahagiaan dan keadilan terhadap manusia yang mencari keadilan dalam hukum. • Hukum tidak hanya berpaku pada aturan melainkan mempertimbangkan aspek sosiologis. • Kepedulian terhadap keadilan. • Memiliki cakupan lebih luas daripada studi hukum kritis.

⁹⁸ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif* (Jakarta : Kompas, 2010), 69.

⁹⁹ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 107-108.

Sidharta dalam analisisnya terhadap teori hukum progresif memberikan kesimpulan bahwa hukum progresif memiliki beberapa anggapan dasar diantaranya:¹⁰⁰

1. Hukum progresif berpihak kepada masyarakat yang mencari keadilan. Karena keadilan berada di atas segalanya. Penegak hukum dapat membuat terobosan baru apabila tidak dapat kejelasan atau terjadi kekakuan dalam aturan yang ada.
2. Hukum dibuat dan ditujukan untuk manusia bukan malah manusia dibuat untuk hukum. Manusia pada hakekatnya memiliki kebaikan dalam dirinya. Suatu kesalahan apabila hukum yang pada awalnya dibuat untuk manusia malah berubah menjadi hukum di atas manusia tanpa memperdulikan manusia itu sendiri. Hukum tidak ditujukan untuk hukum itu sendiri namun ditujukan kondisi yang lebih kompleks. Sehingga apabila terjadi masalah dalam dan dengan hukum, bukan malah memaksakan skema hukum pada manusia.
3. Hukum progresif bersifat responsif. Hukum tidak hanya sebatas teks dari peraturan yang ada melainkan harus memiliki sifat responsif dalam menghadapi perkembangan yang terjadi dalam masyarakat.
4. Hukum progresif tidak pernah stagnan. Hukum tidak akan pernah mengalami stagnan karena pada hakikatnya hukum dan masyarakat selalu mengalami perkembangan.

¹⁰⁰ Saifullah, *Dinamika Teori Hukum Sebuah Pembacaan Kritis Paradigmatik* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2018), 8. Lihat juga Saifullah, "Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010", 6-7.

5. Dasar hukum yang baik merupakan hal yang ditekankan oleh hukum progresif. Kebaikan yang ada dalam diri manusia merupakan cerminan dari kualitas hukum yang ada.
6. Hukum progresif berlandaskan hati nurani.
7. Hukum progresif ada untuk melakukan pembebasan terhadap kondisi tetap dan stagnan yang terjadi dikarenakan ketidakjelasan dalam peraturan.
8. Hukum progresif mendorong peran publik. Mengingat hukum memiliki kemampuan yang terbatas maka mempercayakan segala sesuatu terhadapnya malah merupakan sebuah kekeliruan.
9. Hukum progresif memiliki tujuan utama untuk memberikan rasa keadilan dan kebahagiaan manusia
10. Hukum progresif digerakkan oleh *spiritual quotient*. Dimana kecerdasan ini tidak memiliki batasan yang mengakibatkan manusia tidak hanya berdasarkan konteks peraturan yang ada namun lebih menekankan kepada pencarian kebenaran secara menyeluruh.

Adapun Romli Atmasasmita menyimpulkan terdapat 9 (sembilan) pokok pikiran teori hukum progresif yang disampaikan oleh Satjipto Rahardjo yang berintikan sebagai berikut:¹⁰¹

¹⁰¹ Saifullah, *Dinamika Teori Hukum Sebuah Pembacaan Kritis Paradigmatik*, Saifullah, 4-5. “Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010”, 8-9.

1. Hukum tidak bersifat mutlak melainkan sangat bergantung pada Bagaimana manusia melihat dan menggunakannya.
2. Hukum terus-menerus berproses dan tidak bersifat stagnan.
3. Berpihak kepada rakyat dan menjunjung prinsip adil.
4. Hukum yang ada bukan menjadi sumber yang mutlak dalam melakukan penegakan Karena tujuan dibuat hukum kalau untuk manusia.
5. Mengedepankan hati nurani dalam penegakan hukum agar putusan lebih bermoral dan adil bagi masyarakat.
6. Memberikan kebahagiaan dan keadilan serta kesejahteraan bagi manusia melalui hukum.
7. Hukum progresif menolak adanya pendapat yang mengatakan bahwa instansi negara adalah satu-satunya penegak dalam menjaga untuk tetap tertib.
8. Hukum yang ideal menjadi tujuan utama dari hukum progresif.
9. Hukum progresif menolak pemikiran bahwa filsafat hukum berfokus pada peraturan yang berlaku.¹⁰²

¹⁰² Saifullah, *Dinamika Teori Hukum Sebuah Pembacaan Kritis Paradigmatik*, Saifullah, 4-5. “Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010”, 8-9.

4. Ketentuan Umum Ilhaq

a. Definisi Ilhaq

Kata ilhaq secara etimologi berarti menyamakan, menghubungkan. Sedangkan secara terminologi, seperti yang beredar pada umumnya di lingkungan NU, ilhaq diberi pengertian sebagai proses penyamaan status hukum suatu kasus yang belum dijawab oleh kitab dengan kasus yang status hukumnya telah ditemukan dalam kitab. Untuk memperoleh gambaran konsep ilhaq dalam pandangan para kiai NU berikut ini penulis paparkan pandangan mereka.

- a. KH. Sahal Mahfudh mengartikan ilhaq dengan *tanzir al-masail bi naza'iriha*, yaitu menetapkan hukum sesuatu berdasarkan hukum sesuatu yang sama yang telah ada.
- b. KH. Aziz Masyhuri mendefinisikan ilhaq adalah menyamakan suatu masalah dengan pendapat tentang suatu masalah yang sudah jadi.
- c. Menurut Masdar Farid Mas'udi, ilhaq itu menyamakan kasus fiqh yang belum terjawab oleh teks-teks kitab fiqh dengan cara merujuk persoalan yang serupa yang telah dibahas dalam kitab fiqh.
- d. Menurut Ahmad Zahro ilhaq itu mengqiyaskan masalah baru yang belum ada ketetapan hukumnya dengan masalah lama yang sudah ada ketetapan hukumnya yang termuat dalam *al-kutub al-mu'tabarah*.¹⁰³

¹⁰³ ¹⁰³ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji Dinamika Metode Penetapan Fatwa Hukum Islam di Nahdlatul Ulama* (Surabaya: LTN Pustaka, 2022), 182-183.

- e. Definisi yang mirip juga dikemukakan oleh KH. Afifuddin Muhadjir. Menurutnya *ilhaq* adalah mengeluarkan hukum dari pendapat para ulama atau menetapkan hukum pada permasalahan yang bersifat *kulli* (universal), karena telah ditetapkannya hukum pada sebagian besar masalah yang bersifat *juz'i* (partikular).
- f. Imam Yahya mengartikan *ilhaq* sebagai proses menyamakan hukum suatu kasus atau masalah yang belum dijawab dengan kitab dengan hukum suatu masalah serupa yang telah dijawab oleh teks kitab.¹⁰⁴

b. Metode *Ilhaq*

Penetapan hukum dengan metode *ilhaq al-masail bi nazhairiha* persis tidak jauh berbeda dengan *qiyas* yang memiliki elemen *ashal*, *furu'*, *hukum ashal*, dan illat hukum *ashal*. Adapun elemen pada *ilhaq al-masail bi nazhairiha* terdiri dari:

- a. *Mulhaq*, yaitu kasus (baru) yang belum ditemukan pendapat ulama masa lalu (di dalam kitab-kitab yang mu'tabar) mengenai kasus tersebut.
- b. *Mulhaq bih*, yaitu suatu permasalahan yang sudah jelas hukumnya dalam suatu kitab mu'tabar. Dalam hal ini yang menjadi *mulhaq bih* adalah *nash muqallad*.
- c. *Wajh al-Ilhaq*, yaitu dasar bukti keserupaan antara *mulhaq* dengan *mulhaq bih*.

¹⁰⁴ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji*, 183-184.

Ilhaq al-masail bi nazhairiha dapat digunakan oleh mulhiq yang berkompeten yakni ulama dengan kemampuan pemahaman kitab kuning secara nalar dan logika. Kitab yang dibuat ulama tadi dapat menjadi sumber referensi. Hal ini bertujuan untuk mendapatkan hukum tetap dan bersifat akuntabel serta senada dengan tujuan hukum tersebut.¹⁰⁵

Metode *ilhaq al-masail bi nazhairiha* harus memenuhi persyaratan sebagai berikut:

- a. Pada *mulhag* dan *mulhag* bih tidak terdapat perbedaan diantara keduanya
- b. Menelaah *Masa'il* hendaknya *indiraj* (termasuk) di bawah *dabit*.
- c. Alatnya adalah *al-qawa'id* dan *al-dawabit* merupakan alat yang digunakan dan harus berasal dari murid Al Syafii dari *nash al-Imam* (al-syafi'i) dan ushulnya
- d. *Mulhiq* (orang yang melakukan ilhaq) adalah *al-faqih al-muqallid*, yaitu sosok yang memiliki pengetahuan fiqih yang memadai untuk mengetahui permasalahan-permasalahan *fiqhiyah* yang lain dengan cepat.¹⁰⁶

Berdasarkan persyaratan di atas dapat dipahami bahwa konsep ilhaq merupakan penyelesaian masalah hukum kasus kontemporer dengan menggunakan *al-qawaid al-fiqhiyyah*. Kesimpulan tersebut berdasarkan

¹⁰⁵ Riza Rifani, "Konsep Ilhaq Al-Masail Bi Nazhairiha Dan Metode Penerapannya Pada Kasus Kontemporer", *Jurnal Al-Nadhair* Vol. 2 No. 1 Tahun 2023, 20-21.

¹⁰⁶ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji*, 193.

redaksi kitab *al-Ghurar al-Bahiyyah* karya Imam Zakariyya al-Anshari.

Ibarat (teks kitab kuning) sebagai berikut.¹⁰⁷

فتبقى عدة فوائد لدراسة تلك العلم وهي ما تلي تكوين الملكة الفقهية إلى “ أن قال يقتدر بها على الإلحاق ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة في الكتب المتداولة والوقائع التي لاتنقضي على ممر الأزمان والإلحاق هو حمل فرع على فرع لكونهما داخلين تحت قاعدة وبيان ذلك أن نص الإمام كنص الشارع بالنسبة للمقلد وذلك لأن الإمام قد حرر مذهبه من الكتاب والسنة ويبينون الأصحاب القواعد والضوابط الفقهية التي تتكون من علل الأقيسة التي استخرجها الإمام ويتفرعون منها فجميع الفروع المنصوصة في الكتب كلها ترجع إليها ثم بها تلحق الوقائع الحادثة بطريق الإلحاق وهو إلحاق المسائل التي تنص بشرط اندراجها تحت ضابط ممهّد فالإلحاق من وظيفة الفقيه المقلد كما أن القياس من وظيفة المجتهد المستقل فألة الإلحاق هي القواعد والضوابط التي “استخرجها الأصحاب من نصوص الإمام وأصوله.

Artinya : “Manfaat mempelajari ilmu tersebut (*al-qawaid al-fiqhiyyah*) ialah membentuk malakah *fiqhiyyah* (kecakapan personal dalam menguasai persoalan-persoalan fiqh). Dengan malakah tersebut, seseorang akan mampu melakukan ilhaq serta mengetahui status hukum berbagai masalah (lama) yang belum termuat dalam berbagai kitab (fiqh) serta kasus-kasus baru yang senantiasa berkembang, seiring dengan perkembangan zaman. Yang dimaksud ilhaq adalah proses sintesa atas dua persoalan, karena keduanya sama-sama berada dalam satu kaidah. Dalam hal ini, bagi muqallid hasil ijtihad Imam mazhab diposisikan sebagaimana *nash syari*’. Karena Imam mazhab telah merumuskan fiqh mazhabnya berdasarkan al-Qur’an dan al-Sunnah. Kemudian dari hasil qiyas Imam mazhab tersebut, murid-muridnya (*al-ashab*) merumuskan *al-qawaid* ataupun *al-dawabit al-fiqhiyyah* dan mengembangkannya lebih lanjut (untuk menjawab persoalan-persoalan baru). Hampir semua persoalan

¹⁰⁷ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji*, 193.

fiqh yang terabstraksikan dalam berbagai kitab dapat dipreferensikan pada kaidah-kaidah tersebut, bahkan berbagai kasus baru bisa diselesaikan dengan merujuk kaidah-kaidah tersebut melalui ilhaq, yaitu mensintesakan berbagai persoalan fiqh, karena kesemuanya berada pada substansi *dabit* yang kuat. Kegiatan ilhaq merupakan tugas *faqih muqallid*, sebagaimana qiyas merupakan tugas *mujtahid mustaqil*. Adapun perangkat ilhaq adalah *al-qawaid* dan *al-dawabit (al-fiqhiyyah)* yang dirumuskan murid-murid Imam mazhab (*ashab*) dari *nash* maupun ketentuan pokok (*ushul*) yang telah dirumuskan Imam mazhab.”¹⁰⁸

Dalam muqaddimah kitab *al-asybah wa al-Nazhair*, Imam Jalaluddin al-Suyuti mengatakan bahwa apabila terjadi sebuah kasus, kemudian kasus tersebut memiliki kasus sebelumnya yang dianggap sebanding (*nazhair*) atau sama (*asybah*), maka kasus sebelumnya dapat digunakan sebagai sumber hukum. Pendapat al-Suyuti tersebut didasarkan pada surat Umar Ibn al-Khattab kepada Abu Musa al-Asy’ari:¹⁰⁹

الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما لم يبلغك في الكتاب والسنة إعرف
الأمثال والأشباه ثم قس الأمور عندك فاعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها
إلى الحق فيما ترى.

Artinya : “Pahamilah baik-baik persoalan yang menyita perhatianmu menyangkut persoalan yang tidak terdapat dalam al-Qur’an dan al-Sunnah. Kenalilah contoh-contoh dan kemiripan-kemiripan kemudian qiyaskanlah persoalan-persoalan itu. Usahakanlah sungguh-sungguh untuk mendapatkan keputusan yang menurutmu paling disukai oleh Allah dan yang paling dekat kepada kebenaran.”

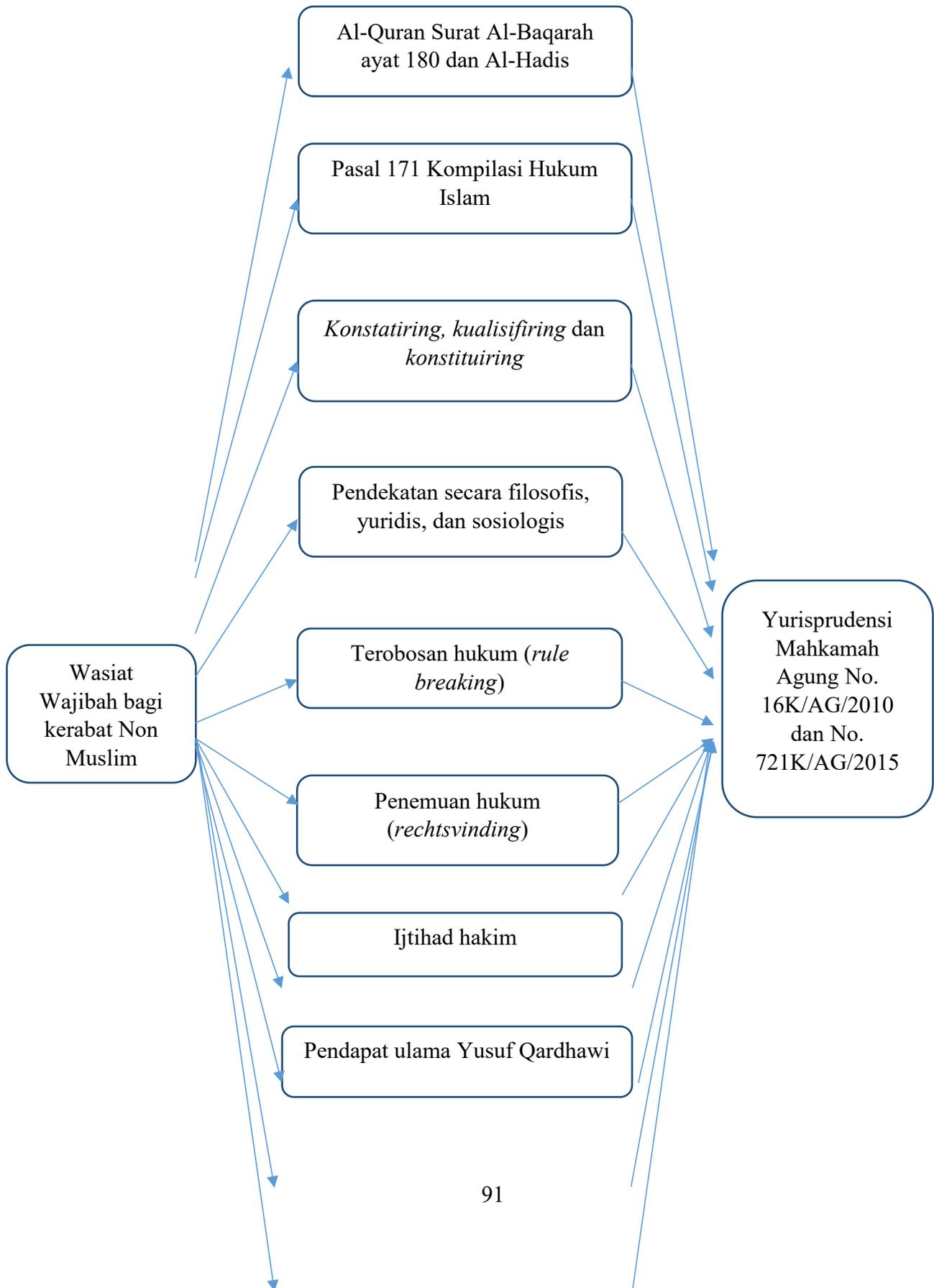
¹⁰⁸ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji*, 193-194.

¹⁰⁹ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji*, 195.

Dalam surat di atas, Umar secara tegas memerintahkan agar Abu Musa al-Asy'ari benar-benar memahami dan meneliti hukum-hukum syari'ah yang mempunyai kemiripan (*al-asybah wa al-nazhair*) guna membangun analogi hukum (qiyas) pada persoalan-persoalan yang tidak diterangkan hukumnya oleh nash. Hal tersebut didasarkan pada frase terakhir dari surat Umar *fi maa tara* (menurut keyakinanmu). Frase tersebut memberikan isyarat bahwa Umar memberi kewenangan kepada Abu Musa al-Asy'ari untuk memutuskan hukum sesuai hasil ijtihadnya, yakni dengan cara menganalogikan persoalan yang tidak mempunyai pijakan nash dengan hukum suatu kasus yang telah jelas nashnya. Sampai di sini, Umar merekomendasikan penerapan qiyas. Selanjutnya setelah proses qiyas dilakukan, maka ada frase seterusnya dari surat Umar yaitu *tsumma qis al-umur 'indak fa'mid ila ahabbiha ilallah wa ashbahaha ila al-haqq*. Frase ini, dapat dipahami sebagai perintah Umar kepada Abu Musa al-Asy'ari untuk melakukan eksplorasi atas dalil-dalil dan persoalan-persoalan yang memiliki kemiripan illat untuk kemudian dirumuskan kaidah-kaidahnya. Dari sinim selanjutnya qiyas akan melahirkan ratusan kaidah-kaidah yang dikenal dengan *al-qawa'id al-fiqhiyah*.¹¹⁰

¹¹⁰ Luthfi Hadi Aminuddin, *Dari Qawli Hingga Manhaji*, 195-196.

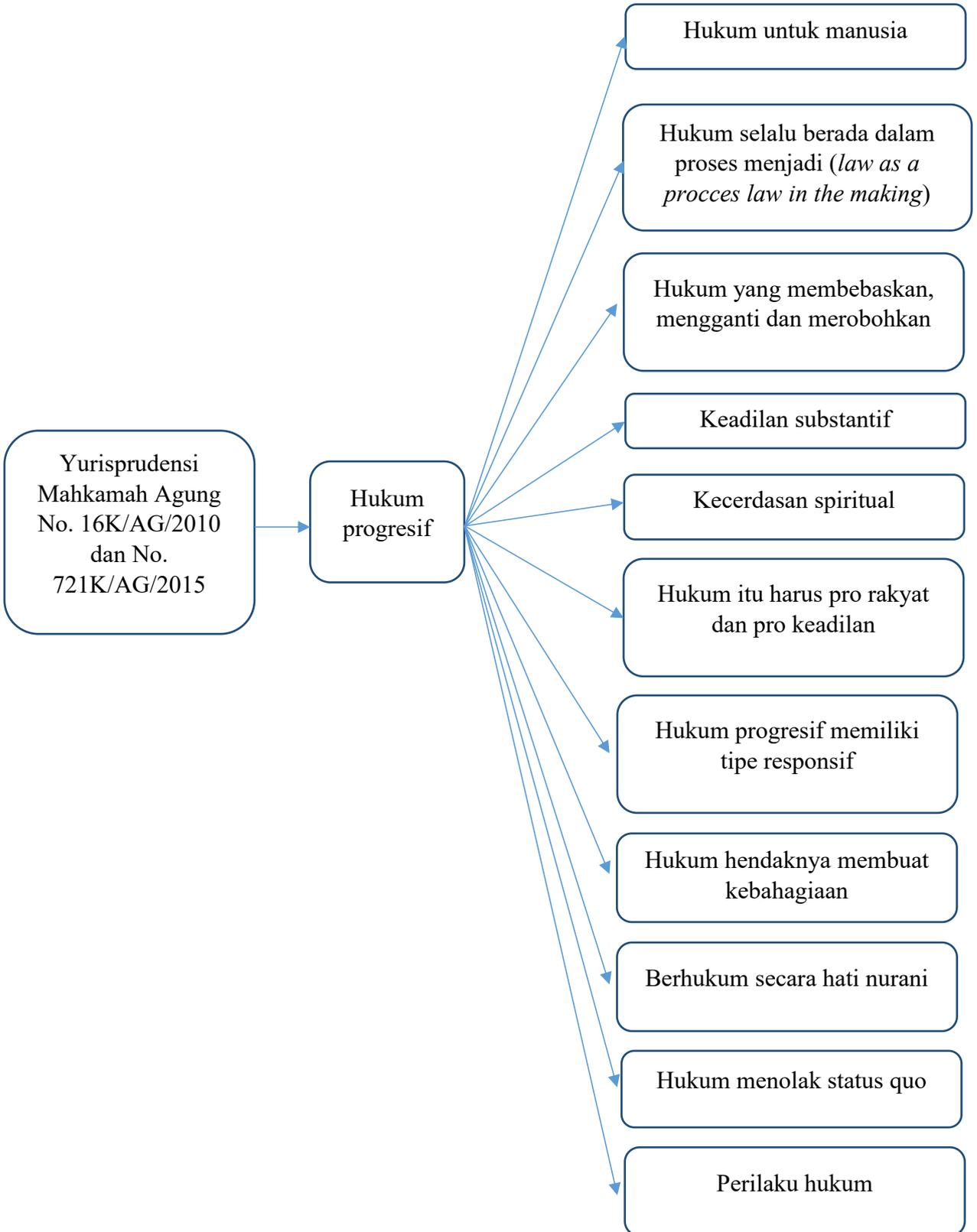
B. Kerangka Alur Berpikir



Kemaslahatan

Asas keadilan, kemanfaatan dan
kepastian hukum

Pembaharuan hukum keluarga di
bidang hukum waris Islam



BAB III

METODE PENELITIAN

A. Pendekatan dan Jenis Penelitian

Pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan kasus (*case approach*), pendekatan konseptual (*conceptual approach*) dan pendekatan perundang undangan (*statue approach*). Pendekatan kasus (*case approach*) diimplementasikan dengan melaksanakan analisis pada perkara yang masih memiliki kaitan dengan penelitian yang saat ini telah berbentuk putusan pengadilan yang memiliki hukum tetap. Pokok permasalahan yang menjadi kajian dalam pendekatan kasus yaitu *reasoning* dan *ratio decidendi* yakni adanya evaluasi terkait hukum pengadilan hingga akhirnya menjadi sebuah putusan. Pemecahan isu hukum sendiri menggunakan referensi dari *reasoning* dan *ratio decidendi*.¹¹¹ Dalam penelitian ini peneliti menelaah pertimbangan majelis hakim mengenai putusan perkara No. 16K/AG/2010 dan No. 721K/AG/2015 dimana putusan tersebut sudah berkekuatan hukum tetap. Perkembangan yang terjadi dalam ilmu hukum mengakibatkan terbentuknya pendekatan konsep.¹¹² Peneliti pasca menganalisis doktrin dan perspetif ilmu hukum kemudian memperoleh gagasan dalam pengertian, asas, dan konsep hukum yang dikaji.¹¹³ Dalam penelitian ini, peneliti menelaah tentang berbagai pendapat para ulama fikih terkait wasiat wajibah kepada non muslim.

¹¹¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana, 2016), 134.

¹¹² Marzuki, *Penelitian Hukum*, 135.

¹¹³ Marzuki, *Penelitian Hukum*, 135-136.

Penelitian ini masuk ke dalam jenis penelitian yuridis normatif yakni penelitian yang berusaha mengumpulkan referensi dari peraturan perundang-undangan serta berorientasi pada gejala hukum yang memiliki sifat normatif.¹¹⁴ Data yang didapat untuk penelitian ini diharapkan mampu memiliki kelengkapan, kedalaman, dan kebermaknaan guna mencapai tujuan penelitian dalam penelitian ini meneliti terkait wasiat wajibah kepada non muslim.

B. Sumber Bahan Hukum

Sumber dalam penelitian ini dibagi atas dua bagian yaitu sumber primer dan sekunder.¹¹⁵ Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bahan hukum primer, yaitu data yang diperoleh dari perpustakaan dalam hal yang bersumber dari putusan Mahkamah Agung No. 16K/AG/2010 dan No. 721K/AG/2015, “kitab *Fi Fiqh al-Aqalliyat al-Muslimat Hayat al-Muslimin Wasat al-Mujtamaat al-Ukhra*”, “kitab *Min Hadyu al-Islam Fatawi Muashirah*”, “Buku Fiqh minoritas: Fatwa kontemporer terhadap kehidupan kaum muslimin di tengah masyarakat non muslim”, “buku Fatwa-fatwa kontemporer jilid 3”, “Riyanta Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern”, “Prof. Dr. Saifullah Dinamika Teori Hukum Sebuah Pembacaan Kritis Paradigmatik”, “Prof. Dr. Satjipto Rahardjo Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum

¹¹⁴ Johnny Ibrahim, *Teori Dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif* (Malang: Bayu Media, 2008), 390-391.

¹¹⁵ Marzuki, *Penelitian Hukum*, 181.

Indonesia”, “Prof. Dr. Satjipto Rahardjo Membedah Hukum Progresif”, “Prof. Dr. Satjipto Rahardjo Penegakan Hukum Progresif”, “Dr. M. Syamsudin Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif”, Kompilasi Hukum Islam.

2. Bahan hukum sekunder berasal dari sumber tentang wasiat wajibah bagi non muslim yang diperoleh dari buku-buku diantaranya “Fatchur Rahman Ilmu waris”, “Luthfi Hadi Aminuddin Dari *Qawli* Hingga *Manhaji* Dinamika Metode Penetapan Fatwa Hukum Islam di Nahdlatul Ulama”, “Prof. Dr. M. Noor Harisudin Argumentasi Fikih Untuk Minoritas Muslim”, “Dr. Ahmad Junaedi Wasiat Wajibah (Pergumulan Antara Hukum Adat dan Hukum Islam di Indonesia)”, “Fatwa MUI nomor 5/Munas VII/MUI/9/2005 tentang Kewarisan Beda Agama”, “Prof. Dr. A. Djazuli Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis”, “Dr. Mukti Arto Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan Penerapan Penemuan Hukum”, “Ultra Petita dan Ex Officio Hakim Secara Proporsional”, dan sumber lain yang masih relevan.

C. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Teknik pengumpulan bahan hukum adalah metode pengumpulan data untuk memberikan jawaban atas rumusan masalah penelitian yang ada.¹¹⁶ Penelusuran terkait bahan-bahan hukum yang sesuai dan relevan dengan bahasan yang dibahas dilakukan oleh para peneliti yaitu berkaitan dengan wasiat wajibah bagi non muslim berdasarkan studi kepustakaan. Peneliti menggunakan putusan No. 16K/AG/2010 dan No. 721K/AG/2015 pendekatan

¹¹⁶ Marzuki, *Penelitian Hukum*, 237-238.

kasus.¹¹⁷ Kemudian peneliti melakukan pencarian terkait sumber-sumber seperti penelitian terdahulu, kitab fiqih, buku, tugas akhir, serta peraturan perundang-undangan yang ada.

D. Analisis Bahan Hukum

Penelitian ini menggunakan studi kepustakaan untuk memperoleh bahan hukum seperti buku, penelitian terdahulu, peraturan perundang-undangan yang relevan dengan topik yang dikaji. Bahwa cara pengolahan bahan hukum dilakukan secara deduktif yaitu permasalahan yang bersifat umum ditarik kesimpulan kemudian dibandingkan dengan permasalahan kompleks yang dihadapi.¹¹⁸ Maka dengan metode ini, penulis akan menggambarkan struktur putusan hakim Mahkamah Agung No. 16K/AG/2010 dan 721K/AG/2015 atas wasiat wajibah non muslim, setelah itu penulis akan menjabarkan *ratio decidendi* dari putusan tersebut yang dikaitkan dengan pendapat-pendapat para *fuqaha'* dalam hukum Islam lalu kemudian dikaji dengan pisau analisis hukum progresif dan Teori *ilhaq al-masail bi nazhairiha*.

¹¹⁷ Juliansyah Noor, *Metodologi Penelitian* (Jakarta: Prenada Media Group, 2015), 138.

¹¹⁸ Ibrahim, *Teori Dan Metodologi Penelitian Hukum*, 393.

BAB IV

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Deskripsi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015

1. Deskripsi Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010

Muhammad Arya bin Renreng telah melakukan perkawinan Evie Lany Mosinta pada 1 November 1990. Perkawinan mereka tidak dikaruniai anak. Muhammad Arya Renreng meninggal dunia pada 22 Mei 2008. Beliau memiliki 5 ahli waris yaitu:

1. Ibu kandung bernama Halimah Daeng Baji
2. Saudara kandung Muliyahati
3. Saudara kandung Aرسال
4. Saudara kandung Murnihati
5. Saudara kandung Djelintahati.

Almarhum selain memiliki 5 ahli waris juga memiliki tinggalkan kekayaan yang didapat dari perkawinannya dengan perempuan Evie Lany Mosinta my Hatta tidak bergerak maupun harta bergerak antara lain berupa:¹¹⁹

1. Harta tidak bergerak
 - a. Di Kabupaten Makasar tepatnya di jalan Hati Murah No. 11 Kelurahan Mattoangin, Kecamatan Marino, memiliki sebuah tanah beserta bangunan permanen di atasnya dengan batas yakni:
 - Berbatasan dengan Rumah Abdul Raud di sebelah selatan

¹¹⁹ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.

- Berbatasan dengan Rumah Bapak Wenas di sebelah barat
 - Berbatasan dengan jalan hati merah di sebelah utara
 - Berbatasan dengan Rumah Muh. Pasikala di sebelah timur
- b. Di jalan Manuruki memiliki tanah serta bangunan permanen di atasnya dengan luas sekitar 100m² dengan batas yakni:
- Berbatasan dengan rumah Bapak Abu Bakar Ganggong di sebelah timur
 - Berbatasan dengan rumah Bapak Sukardi di sebelah utara
 - Berbatasan dengan Jalan Manuruki di sebelah barat
 - Berbatasan dengan rumah Bapak Yvonne N. Kombey di sebelah selatan.
 - Sebelah utara dengan Bapak Drs. Sukardi (G11/11).
 - Sebelah timur dengan Bapak Abu Bakar Ganggong (G11/14).
 - Sebelah barat dengan Jalan. Manuruki Kompleks BTN Tabariah.¹²⁰

2. Harta bergerak

- a. 1 (satu) unit sepeda motor jenis/merk Honda Supra Fit, No.Pol. DD 5190 KS warna merah hitam.
- b. Evie Lany Mosinta sebagai Tergugat menerima uang asuransi jiwa sebanyak Rp. 50.000.000 dari PT Asuransi AIA Indonesia.

¹²⁰ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.

Tergugat yang merupakan mantan istri telah hidup cukup lama dengan mantan suami yaitu sekitar 18 tahun sehingga tergugat memohon untuk mendapat hak dalam pembagian tinggalkan kekayaan yang dimiliki oleh suami. Perkawinan yang sudah berlangsung cukup lama sekitar 18 tahun membuat tergugat meminta adanya wasiat wajibah dalam pembagian ketinggalan kekayaan. Menimbang bahwa oleh karena itu, Mahkamah Agung membatalkan putusan dari Pengadilan Tinggi Agama Makassar dan kemudian akan menangani kasus tersebut.

Yusuf Al Qardhawi merupakan salah satu ulama muslim yang melakukan kajian terhadap persoalan non muslim dalam kedudukannya sebagai ahli waris. Beliau berpendapat bahwa meskipun memiliki perbedaan agama, non muslim yang tinggal bersama-sama di dalam Kedamaian masuk dalam kategori *kafir harbi*. Tergugat yang melakukan permohonan kasasi telah hidup selama 18 tahun bersama suaminya serta mengalami kehidupan yang damai meski memiliki perbedaan dalam segi agama. Dalam hal ini patut dan layak wasiat wajibah diberikan kepada pemohon kasasi untuk memperoleh tinggalkan kekayaan suaminya.¹²¹

Pemohon kasasi memiliki hak untuk memperoleh setengah harta yang bersama-sama dengan suami serta setengah bagian merupakan harta warisan yang menjadi hak atau bagian ahli waris. Masing-masing pembagian rincian harta warisan dari Muhammad Armaya dibagi menjadi 60 bagian yakni:

¹²¹ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.

1. 15/60 menjadi bagian dari istri yaitu Evie Lany Mosinta
2. 14/60 menjadi bagian dari saudara laki-laki yaitu M. Aرسال
3. 10/60 menjadi bagian dari ibu kandungnya yaitu Halimah Daeng Baji
4. 7/60 menjadi bagian dari saudara perempuannya yaitu Murnihati
5. 7/60 menjadi bagian dari saudara perempuannya yaitu Djelintahati
6. 7/60 menjadi bagian dari saudara perempuannya yaitu Muliyahati.¹²²

2. Deskripsi Yurisprudensi Nomor 721K/AG/2015

Pernikahan almarhum Vincentius Papilaya dan Sumarni dilakukan pada 5 Mei 1999 melalui pernikahan secara Islam. Termohon kasasi atau penggugat adalah istri yang ditinggalkan oleh suaminya yaitu Sumarni. Diketahui bahwa almarhum meninggal dunia karena mengalami sakit yang tidak kunjung sembuh selama bertahun-tahun dalam keadaan memeluk Islam pada tanggal 6 September 2013.¹²³ Bahwa selama perkawinan antara keduanya tidak dikaruniai anak. Perkawinan pertama almarhum Vincentius Papilaya dengan istri pertama dianugerahi dua anak yaitu Antonius Papilaya sebagai tergugat satu dan Fransisca Papilaya sebagai tergugat dua. Bahwa almarhum Vincentius Papilaya selain meninggalkan istrinya sebagai ahli waris dan penggugat juga meninggalkan dua anak yang menjadi tergugat dan memiliki perbedaan dalam keyakinan..

¹²² Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.

¹²³ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.

Almarhum Vincentius Papilaya pada saat meninggal dunia juga turut meninggalkan harta warisan yang berupa bangunan dan tanah berada di Kota Palembang tepatnya di jalan M.P. Mangkunegara Sukatani 1 Nomor 59 Kelurahan 8 Ilir Kecamatan Ilir Timur 2. Batas rumah yang ditinggalkan adalah sebagai berikut:

- Berbatasan dengan jalan komplek di sebelah utara
- Berbatasan dengan tanah kosong di sebelah timur
- Berbatasan dengan jalan komplek di sebelah barat
- Berbatasan dengan ruko milik Pak Yasin dkk di sebelah selatan

Bahwa oleh karena itu putusan Pengadilan Agama Tinggi Agama Palembang dalam perkara *a quo* harus dibatalkan dan Mahkamah Agung akan mengadili sendiri perkara ini dengan pertimbangan sebagai berikut.¹²⁴

Almarhum Vincentius meninggal dalam kondisi beragama Islam sehingga pewaris hanya memiliki satu ahli waris yaitu istrinya yang bernama Sumarni. Anak-anak pewaris yang berasal dari istri pertama sebagai para tergugat memiliki agama lain sehingga tidak dapat dijadikan sebagai ahli waris. Namun kedua anaknya memperoleh bagian dari wasiat wajibah meskipun memiliki perbedaan dalam berkeyakinan.

Yusuf Al Qardhawi merupakan salah satu ulama muslim yang melakukan kajian terhadap persoalan muslim dalam kedudukannya sebagai ahli waris. Anak-anak pewaris meskipun memiliki perbedaan dalam keyakinan namun mereka hidup secara damai dan rukun dengan ayahnya.

¹²⁴ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.

Sehingga meskipun terhalang untuk menjadi ahli waris mereka tetap memperoleh bagian kekayaan yang ditinggalkan melalui wasiat wajib.

Istri almarhum sebagai penggugat hidup bersama-sama selama 17 tahun dengan damai Meskipun tidak memiliki keturunan. Pada saat menikah, meskipun pernikahan dilakukan secara Islam diketahui bahwa almarhum masih berstatus non muslim pada saat pernikahan berlangsung. Sehingga berhak untuk memiliki setengah harta yang dikumpulkan secara bersama-sama selama 17 tahun.¹²⁵ Bahwa penggugat dengan almarhum Vincencius Papilaya bin Yos Papilaya selama perkawinan memiliki hutang piutang sehingga sebelum harta bersama dibagikan, harus melunasinya terlebih dahulu.

1. Menetapkan penggugat (Sumarni bin Sirat) yang memiliki keyakinan yang sama sebagai satu-satunya sebagai ahli waris.
2. Wasiat wajibah diberikan kepada anak almarhum yang memiliki perbedaan keyakinan.
3. almarhum meninggalkan hutang sebanyak Rp. 60.000.000.
4. Setengah harga gono gini atau harta bersama diberikan kepada penggugat.
5. Setengah harta gono gini pewaris menjadi tinggalan warisan.
6. Istri almarhum yaitu Sumarni sebagai penggugat memperoleh 2/3 bagian warisan.

¹²⁵ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.

7. Anak kandung pewaris yang berbeda keyakinan sebagai tergugat 1 dan tergugat 2 tetap memperoleh warisan melalui wasiat wajibah.¹²⁶

B. Dialektika Hukum Waris Perspektif Yusuf Qardhawi Dijadikan Sebagai Dalil Hukum Wasiat Wajibah Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015

Dalam pelaksanaan kekuasaan kehakiman, pengadilan agama merupakan peradilan dalam bidang perdata agama tingkat pertama lalu pengadilan tinggi agama sebagai peradilan tingkat banding kemudian Mahkamah Agung sebagai peradilan tertinggi yang menaungi semua lembaga peradilan di bawahnya. Apabila para pihak tidak puas dengan putusan peradilan tingkat pertama, para pihak dapat mengajukan upaya hukum banding sehingga apabila putusan tersebut terdapat kekeliruan atau kesalahan, pengadilan tinggi agama dapat memperbaiki/membatalkan putusan peradilan tingkat pertama, demikian juga apabila para pihak tidak puas dengan putusan pengadilan tinggi agama, para pihak dapat mengajukan upaya hukum kasasi dengan mengemukakan alasan-alasan kasasi dalam memori kasasi, sehingga apabila putusan pengadilan tinggi agama terdapat kesalahan dalam penerapan hukumnya Mahkamah Agung dapat memperbaiki/membatalkan putusan pengadilan tinggi agama dengan mengadili sendiri perkara tersebut dengan pertimbangan hukum hakim agung pemeriksa perkara.

Hakim sebagai penegak hukum dalam memeriksa, mempertimbangkan, mengadili dan memutus suatu perkara tidak hanya terpaku

¹²⁶ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.

kepada teks-teks tertulis dalam peraturan perundang-undangan (hakim sebagai corong undang-undang), akan tetapi hakim harus mengacu kepada perkembangan sosio kultural masyarakat sehingga putusan hakim dapat mencerminkan asas keadilan, kemanfaatan, kemaslahatan dan kepastian hukum. Hakim dalam memutuskan perkara dapat juga melakukan pembaruan-pembaruan hukum Islam, apabila peraturan perundang-undangan telah usang dan tidak relevan dengan perkembangan zaman atau tidak diatur dalam peraturan tertulis sehingga terdapat kekosongan hukum (*rechts vacuum*) atau kekosongan peraturan perundang-undangan (*wet vacuum*) yang mengaturnya, sehingga hakim dapat menciptakan hukum baru (*judge made law*) sehingga putusan tersebut menjadi yurisprudensi guna mengisi kekosongan tersebut.

Hakim dalam peradilan tingkat pertama hingga akhir dalam memeriksa, mempertimbangkan dan memutus perkara harus memuat pertimbangan-pertimbangan hukum dalam putusannya baik dalam analisis pembuktian (*konstatiring*) dari peristiwa kejadian menjadi fakta hukum yang terbukti beserta penerapan hukumnya (*kualisifiring* dan *konstituiring*) baik dari sumber hukum tertulis atau sumber hukum tidak tertulis sebagai alasan dan dasar putusannya yang hal tersebut dijelaskan dalam pasal 50 Undang-undang 48 Tahun 2009 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, "*putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar putusan, juga memuat pasal tertentu dari peraturan perundang-undangan*

*yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.”*¹²⁷

Hakim dalam memutus perkara dapat juga melakukan terobosan-terobosan hukum (*rule braking*) atau *contra legem* sehingga terdapat pembaruan-pembaruan hukum Islam melalui putusannya sehingga menjadi yurisprudensi. Dalam konteks tersebut terdapat pembaruan hukum kewarisan Islam dengan mengakomodasinya lembaga wasiat wajibah bagi kerabat non muslim. Dalam hal ini Mahkamah Agung telah membuat terobosan hukum baru (*rule breaking*) dalam kewarisan beda agama. Bahwasanya bagi pihak kerabat non muslim dapat menerima harta warisan melalui wasiat wajibah dari pewaris muslim. Hal tersebut terdapat dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015.

Pelaksanaan wasiat wajibah terpengaruh terhadap keinginan pewaris yang sudah wafat, wasiat wajibah juga tidak membutuhkan bukti tertulis namun dalam pelaksanaannya harus memiliki kebenaran serta alasan-alasan hukum yang jelas untuk melaksanakan wasiat tersebut.¹²⁸ Secara praktis, Abdul Manan (hakim agung) definisi wasiat wajibah yaitu pemberian keputusan yang bersifat memaksa dari Hakim untuk memberikan harta warisan yang ditinggalkan oleh pewaris dengan melihat situasi dan kondisi seseorang.¹²⁹

¹²⁷ Pasal 50 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹²⁸ Abdul Gafur, “Analisis Konsep Wasiat Wajibah Dalam KHI dan Putusan MA”, *Al-Mazaahib: Jurnal Perbandingan Hukum*, Vol. 10, No. 1, Juni 2022, 6.

¹²⁹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 131. Lihat juga Abdul Mannan, *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2008), 166.

Menurut Fatchurrahman, dikatakan wasiat wajibah, disebabkan karena Dua hal yang menyebabkan pemberian wasiat wajibah menurut Fatchurrahman yaitu:¹³⁰

1. Munculnya sebuah kewajibak berdasarkan putusan hakim atau melalui undang-undang yang berlaku serta hilangnya unsur *ikhtiyari*.
2. Pembagian tinggalan harta terjadi perbedaan antara anak perempuan dan anak laki-laki yaitu perempuan memperoleh 1 bagian sedangkan laki-laki memperoleh 2 kali lipat bagian

Dalam hal ini lembaga wasiat wajibah telah lama diterapkan di Negara Mesir, Maroko, Suriah dan Tunisia yang diperuntukkan bagi cucu-cucu termahjub yang orang tuanya telah meninggal lebih dahulu daripada kakeknya (pewaris). Negara Mesir adalah negara pertama yang menerapkan pembaharuan hukum keluarga di bidang hukum waris Islam melalui lembaga wasiat wajibah sebagaimana yang terdapat dalam Undang-undang Wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946 yang tercantum dalam pasal 76-77:¹³¹

Pasal 76: *“Sekiranya seorang pewaris tidak berwasiat untuk keturunan dari anak yang telah meninggal sebelum dia (pewaris), atau meninggal bersama-sama dengan dia, sebesar saham yang seharusnya diperoleh anak itu dari warisan, maka keturunan tersebut akan menerima saham itu melalui wasiat (wajib) dalam batas sepertiga harta dengan syarat (a) keturunan tersebut tidak mewarisi (b) orang yang meninggal (pewaris) belum pernah memberikan harta dengan cara-cara yang lain sebesar sahamnya itu. Sekiranya telah pernah*

¹³⁰ Fatchur Rahman, *Ilmu waris*, 63.

¹³¹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 143-144.

diberi tetapi kurang dari saham yang seharusnya ia terima, maka kekurangan dianggap wasiat wajib. Wasiat ini menjadi hak keturunan derajat pertama dari anak laki-laki dan perempuan serta keturunan seterusnya menurut garis laki-laki, setiap derajat menghibab keturunannya sendiri tetapi tidak dapat menghibab keturunan dari yang lainnya. Setiap derajat membagi wasiat tersebut seolah-olah sebagai warisan dari orang tua mereka itu”.

Pasal 77: “Jika seseorang memberi wasiat lebih dari saham yang seharusnya diterima, maka kelebihan itu dianggap sebagai wasiat Ikhtiyariyyah. Sekiranya kurang, kekurangan itu disempurnakan melalui wasiat wajib. Kalau berwasiat kepada sebagian keturunan dan meninggalkan sebagian yang lain, maka wasiat wajib diberikan kepada semua keturunan dan wasiat yang ada dianggap berlaku sepanjang sesuai dengan ketentuan dalam pasal 76 di atas”.

Pasal 76-77 berkaitan dengan wasiat wajibah yaitu apabila orang tua meninggal dunia dan meninggalkan anak sedangkan kakeknya masih hidup maka anak tersebut menggantikan orang tuanya dalam mewarisi harta warisan, apabila kedua orang tua masih hidup pada saat kakek atau pewarisnya telah wafat, maka cucu berhak menerima sepertiga harta warisan dengan syarat sang kakek yang telah meninggal dunia tidak memberikan atau kurang dari sepertiga bagian. Besaran bagian yaitu sepertiga apabila harta yang diberikan kurang atau lebih kecil, maka harus dibulatkan menjadi seperti bagian.¹³²

¹³² Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 145-146.

Cucu menjadi salah satu tujuan dalam pemberian wasiat wajibah. Cucu yang berhak memperoleh wasiat wajibah adalah cucu keturunan anak laki-laki dan seterusnya dari garis laki-laki serta cucu dari anak pertama. Pada tiap anak pada saat pembagian seakan-akan telah diganti oleh keturunannya, seolah-olah anak tersebut telah diganti wafat pasca pewaris wafat. Apabila wasiat yang diberikan oleh pewaris melebihi wasiat wajibah yaitu sepertiganya, maka hal ini tetap diperbolehkan karena hal tersebut kemudian menjadi wasiat istiyah sebagai dasar mengapa pemberian wasiat lebih dari sepertiga. Dan jika terjadi sebaliknya kata wasiat yang diberikan kurang dari sepertiga maka wajib untuk menggenapkan. Bila terdapat wasiat untuk sebagian maupun tidak terhadap yang lain yang kategori memiliki hak untuk memperoleh wasiat wajibah, maka terhadap yang tidak memperoleh wasiat tersebut tetap mendapatkan bagiannya masing-masing. Dalam pelaksanaannya, wasiat yang lain dapat dijalankan setelah wasiat wajibah selesai.¹³³

Maroko menjadi negara yang meniru Mesir dalam membuat perundang-undangannya terkait wasiat wajibah namun tidak memiliki kemiripan yang mutlak. Wasiat wajibah di Maroko berada pada pasal 266-269 *Code of Personal Status* yang sedikit merubah wasiat wajib yang dianut oleh Mesir. Pasal tersebut menyebutkan bahwa wasiat wajibah diperuntukkan pada perempuan dari anak laki-laki ayahnya yang sudah wafat meninggalkan kakek atau pewaris atau anak dari anak laki-laki, cucu dari anak perempuan sendiri tidak memiliki hak untuk menerima wasiat wajibah.

¹³³ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 146.

Syria dalam hukum status personal tahun 1953 juga memuat wasiat wajibah dengan meniru negara Mesir. Perkembangan yang terjadi dari undang-undang tersebut setelah 22 tahun digantikan oleh pasal 232, 238, dan 257 undang-undang Nomor 34 tahun 1975. Wasiat wajibah yang diberlakukan pada negara Syria, anak keturunan perempuan tidak memperoleh bagian dari wasiat wajibah karena yang memiliki hak untuk memperoleh wasiat wajibnya hanyalah cucu dari anak laki-laki lapisan pertama dan lapisan selanjutnya.

Tunisia juga memberlakukan wasiat wajibah dalam hukum status pribadi Tunisia tahun 1956. Pemberian wasiat wajibah memiliki perbedaan dengan apa yang diberlakukan pada Tunisia, Maroko, dan Mesir yaitu cucu yang berhak menerima wasiat wajib berasal dari anak perempuan dan anak laki-laki pada lapisan pertama.¹³⁴

Akan tetapi di Indonesia, dalam hal cucu-cucu menerima harta warisan ditempuh melalui lembaga ahli waris pengganti (*plaatsvervulling*) sebagaimana dalam pasal 185 Kompilasi Hukum Islam.¹³⁵ Hal tersebut sesuai dengan negara Pakistan yang menggunakan sistem kewarisan penggantian tempat (*plaatsvervulling*), sebagaimana dalam Undang-undang Kekeluargaan Muslim Pakistan (Muslim Family Laws Ordinance 1961).¹³⁶ KHI pada pasal 185 menyebutkan,

1. “ahli waris yang meninggal lebih dahulu digantikan oleh anaknya”.

¹³⁴ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 148-151

¹³⁵ Rahmi Maulidiyah, *Wasiat Wajibah Dalam Pandangan Fuqaha (Studi Analisis Pasal 209 Ayat (2) KHI Tentang Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat)*, 9.

¹³⁶ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 152.

2. “bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan yang digantikan”.¹³⁷

Wasiat wajibah yang diberlakukan di Indonesia berbeda dengan yang dilakukan di beberapa negara muslim lain seperti Maroko dan Suriah karena yang memiliki hak untuk menerima wasiat wajib anak dan orang tua angkat sebagaimana tercantum dalam KHI pasal 209,

1. “jika orang tua angkat meninggal tanpa meninggalkan wasiat, anak angkat berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan sebagai wasiat wajibah”.
2. “jika anak angkat meninggal tanpa wasiat, orang tua angkat juga berhak mendapatkan wasiat wajibah dari harta peninggalan anak angkat.”¹³⁸

Menurut pendapat Ibnu Hazm berdasarkan pemahamannya terhadap Al-Qur'an dan hadis bahwasanya keberlakuan wasiat wajibah secara lebih luas, tidak terkhusus pada cucu, tapi juga tertuju pada kerabat, bapak, ibu, yang tidak memperoleh warisan disebabkan karena perbedaan keyakinan maupun statusnya sebagai budak atau karena kerabat lain yang menghalangi atau berstatus memiliki hubungan darah namun tidak memiliki hak untuk memperoleh warisan.¹³⁹

¹³⁷ Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam.

¹³⁸ Pasal 29 ayat (1) dan (2) Kompilasi Hukum Islam.

¹³⁹ Setyawan, *Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*, 132-133.

Sebagai perbandingan ketentuan wasiat wajibah di beberapa negara muslim bagi Perbandingan penerima wasiat wajibah di negara-negara muslim dapat melihat tabel dibawah ini.¹⁴⁰

No	Wasiat Wajibah	Penerima	
1	Mesir	Cucu anak laki-laki lapisan pertama dan seterusnya serta lapisan pertama cucu anak pertama.	
2	Syria dan Maroko	Cucu-cucu anak laki-laki lapisan pertama dan seterusnya yang ayahnya telah meninggal dunia terlebih dahulu dari kakek/pewaris namun tidak berlaku jika cucu dari anak perempuan yang ibu meninggal sebelum kakek/pewaris.	
3	Tunisia	Cucu anak perempuan dan laki-laki lapisan pertamaa.	
4	Indonesia	Pasal 209 KHI	Wasiat wajibah tidak diberikan kepada orang tua angkat dan anak angkat.
		Yurisprudensi MA	Kerabat non muslim
5	Ibnu Hazm	Orang tua atau kerabat yang tidak memiliki hak untuk memperoleh tinggalan karena perbedaan keyakinan, berstatus budak, atau terhalanga kerabat lain menghalangi) atau memiliki hubungan darah.	

Dalam hukum kewarisan Islam memiliki corak tersendiri dengan hukum kewarisan lain. Di antara corak yang berbeda dimiliki hukum kewarisan Islam dengan hukum kewarisan yang lain yaitu asas personalitas keislaman. Asas ini memberikan aturan bahwa peralihan harta waris dari pewaris kepada ahli waris harus seagama, yaitu agama Islam. *Jumhur fuqaha* sepakat bahwa perbedaan agama antara pewaris dengan ahli waris menjadi penghalang (*mawani' irts*) dalam hukum kewarisan Islam.¹⁴¹ Dalam pandangan fikih konvensional, bahwasanya kerabat non muslim tidak dapat mewarisi harta

¹⁴⁰ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 216-217.

¹⁴¹ Rahmad Setyawan, "Wasiat Wajibah, Non Muslim dan Kemaslahatan Hukum : Studi Putusan MA Tahun 1995-2010", *Jurnal Ilmu Syari'ah dan Hukum*, Vol. 53, No. 1, Juni 2019, 32.

waris pewaris muslim, dan juga sebaliknya ahli waris muslim tidak dapat mewarisi harta pewaris non muslim sebagaimana berdasarkan hadits yang berbunyi,

وَعَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ.

Artinya : “Tidak mewarisi muslim terhadap seorang kafir (non muslim), dan juga tidak mewarisi seorang kafir (non muslim) terhadap seorang muslim.”¹⁴²

Aturan tersebut dalam kewarisan konvensional berbeda dengan yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 yang memutuskan bahwasanya kerabat non muslim mendapat bagian dari harta warisan pewaris muslim melalui lembaga wasiat wajibah. Dengan demikian apa yang menjadi dasar yurisprudensi tersebut sehingga Mahkamah Agung melakukan terobosan hukum (*rule breaking*) atau *contra legem* atau penemuan hukum (*rechtsvinding*) melalui penciptaan hukum baru (*rechtschepping*). Padahal di dalam Kompilasi Hukum Islam dijelaskan bahwa ahli waris dan pewaris harus seagama yakni, agama Islam sebagaimana berdasarkan pasal 171 huruf b dan c yang berbunyi,

*“pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan. 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.”*¹⁴³

¹⁴² Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 66.

¹⁴³ Pasal 171 huruf b dan c Kompilasi Hukum Islam.

Pasal tersebut menjelaskan bahwa ahli waris harus beragama Islam pada saatnya meninggalnya pewaris, sehingga apabila ahli waris beragama non muslim maka ahli waris menjadi terhalang (*mawani' al-irts*) menerima warisan. Menurut pasal 172 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi, “*ahli waris dipandang beragama Islam apabila diketahui dari kartu identitas atau pengakuan atau amalan atau kesaksian. Sedangkan bagi bayi yang baru lahir atau anak yang belum dewasa, beragama menurut ayahnya atau lingkungannya.*”¹⁴⁴

Dari ketentuan-ketentuan hukum tersebut dapat dipastikan bahwa antara ahli waris dan pewaris harus seagama, yakni beragama Islam, sehingga bilamana terjadi perbedaan agama maka bukan ditetapkan sebagai ahli waris karena terhalang menerima warisan (*mawani' al-irts*). Akan tetapi Mahkamah Agung dalam yurisprudensi nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 telah berani melakukan terobosan hukum baru (*rule breaking*) dan penciptaan hukum baru (*rechtschepping*). Hakim juga telah melakukan ijtihad secara progresif dalam yurisprudensi ini. Hakim telah melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan menggali sumber hukum tidak tertulis sebagai dasar putusannya yaitu mengambil pendapat ulama Yusuf Qardhawi. Yusuf Qardhawi berpendapat bahwa apabila antara kerabat non muslim hidup dengan pewaris muslim telah hidup berdampingan dengan rukun dan damai tidak dikategorikan sebagai kafir harbi. Oleh karena itu, patut dan layak kerabat non

¹⁴⁴ Pasal 172 Kompilasi Hukum Islam.

muslim berhak mendapatkan bagian dari harta warisan pewaris muslim melalui lembaga wasiat wajibah.

Menurut penulis mengenai pendapat Yusuf Qardhawi terkait kewarisan beda agama melalui lembaga wasiat wajibah yang dijadikan dasar hukum oleh hakim pemeriksa perkara yang terdapat dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 terdapat dialektika dengan pendapat Yusuf Qardhawi di dalam kitabnya yang berjudul *Min al-Hadyu Islami Fatawi al-Muashiroh* juz 3 dan kitab *Fi Fiqh al-Aqalliyat al-Muslimat Hayat al-Muslimin Wasat al-Mujtamaat al-Ukhra* yang bebunyi,

“وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنه : أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يورثوا الكافر من المسلم, وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشعبي ويحي بن يعمر وإسحاق. وروي أن يحيى بن يعمر اختصم إليه أخوان: يهودي ومسلم في ميراث أخ لهما كافر فورث المسلم واحتج لقوله بتوريث المسلم من الكافر فقال: حدثني أبو الأسود أن رجلا حدثه أن معاذ حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الإسلام يزيد ولا ينقص, يعني أن الإسلام يكون سببا لزيادة الخير لمعتنقه ولا يكون سبب حرمان ونقص له. ويمكن أن يذكر هنا أيضا حديث : الإسلام يعلو ولا يعلى عليه. وكذلك لأننا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثوننا. وأما حديث: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم فنؤوله بما أول به الحنفية حديث: لا يقتل مسلم بكافر, وهو أن المراد

بالكافر: الحربي, فالمسلم لا يرث الحربي المحارب للمسلمين بالفعل لانقطاع
الصلة بينهما.¹⁴⁵

Artinya : “Namun dalam riwayat dari Umar, Mu’adz dan Mu’awiyah yang terdapat dalam kitab al-Mughni disebutkan bahwa mereka membolehkan orang muslim mewarisi dari orang kafir, dan orang kafir tidak dapat mewarisi dari orang muslim. Riwayat ini berasal dari Muhammad Ibnul Hanafiyah, Ali bin Husain, Sa’id Ibnul Musayyab, Masyruq, Abdullah bin Mu’aqil, asy-Sya’bi, Yahya bin Ya’mar dan Ishaq. Diriwayatkan pula bahwa Yahya bin Ya’mar mendatangi dua orang yahudi dan muslim yang sedang bertengkar tentang warisan saudara mereka berdua yang kafir. Kemudian dia (Yahya bin Ya’mar) memberikan warisan kepada orang muslim. Dengan dalil bahwa orang muslim mendapat warisan dari orang kafir. Ia mengatakan Abu Aswad berkata kepadanya bahwa seseorang memberitahunya bahwa Mu’adz memberitahunya, “Sesungguhnya Rasulullah bersabda,

الإسلام يزيد ولا ينقص

Islam selalu bertambah dan tidak pernah berkurang (HR. Ahmad, Abu Dawud dan al-Hakim).

Artinya, Islam menjadi sebab bertambahnya kebaikan dan tidak menjadi sebab kefakiran dan kekurangan bagi pemeluknya. Tentang ketinggian dan kemuliaan Islam tanpa harus ditinggikan, sebuah hadits menyebutkan,

الإسلام يعلو ولا يعلى عليه

Islam adalah unggul dan tidak terungguli (HR. Al-Baihaqi dan Daaruquthni).

Juga karena kita sebagai umat muslim diperbolehkan untuk menikahi perempuan kafir sedangkan orang kafir tidak diperbolehkan untuk menikah dengan wanita muslim. Hal ini menyebabkan umat Islam dalam mewarisi harta mereka sedangkan mereka tidak memiliki hak untuk mewarisi harta orang yang beragama Islam.

Adapun bunyi hadits, “orang muslim tidak mewarisi dari orang kafir dan orang kafir tidak mewarisi dari orang muslim”, kita menafsirkannya sebagaimana ketika mazhab Hanafi mentakwilkan bunyi Hadits,

لا يقتل مسلم بكافر

Seorang muslim tidak membunuh orang kafir. (al-Hadits).

¹⁴⁵ Yusuf Qardhawi, *Min Hadyu al-Islami Fatawi Muashiroh Juz 3* (Beirut: Maktabah Islami, 2003), 693-694. Lihat juga Yusuf Qardhawi, *Fi Fiqh al-Aqalliyat al-Muslimat Hayat al-Muslimin Wasat al-Mujtamaat al-Ukhra* (Mesir: Dar Syuruq, 2001), 127-128.

Maksud kafir dalam hadits di atas adalah bukan kafir harbi. Maka, mazhab Hanafi mentakwilkan hadits tentang warisan bahwa maksud kafir di sana adalah kafir harbi (kafir yang memerangi umat Islam). Artinya, orang muslim hanya tidak mewarisi dari kafir harbi dikarenakan terputusnya hubungan antara keduanya.”¹⁴⁶

Hakim pemeriksa perkara telah menggunakan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan menciptakan hukum baru (*rechtschepping*). Di sini hakim sebagai *judge made law* telah mengambil pendapat Yusuf Qardhawi sebagai pertimbangan hukumnya dalam putusannya dengan menggunakan teori *ilhaqul masail bi nazhairiha*. Dalam hal ini yang menjadi *mulhaq bih* adalah pendapat Yusuf Qardhawi tentang bolehnya ahli waris muslim mewarisi harta warisan pewaris non muslim di dalam kitabnya. Dan yang menjadi *mulhaq* adalah kerabat non muslim boleh menerima wasiat wajibah dari harta warisan pewaris muslim. Dan yang menjadi *wajh al-ilhaq* adalah kerabat non muslim tidak dikategorikan kafir harbi (tidak adanya permusuhan antara kerabat non muslim dengan pewaris muslim sehingga hidup berdampingan dengan rukun dan damai) dan sama-sama terkait pembagian harta. Di dalam kitab tersebut diterangkan bahwasanya ahli waris muslim boleh menerima warisan dari harta waris pewaris non muslim (selama tidak dikategorikan kafir harbi), bukan sebaliknya. Akan tetapi dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 bahwasanya kerabat non muslim yang hidup berdampingan dengan pewaris muslim dengan rukun dan damai, tidak dapat dikategorikan sebagai kafir harbi. Oleh karena itu, kerabat non

¹⁴⁶ Yusuf Qardhawi, *Fatwa Fatwa Kontemporer Jilid 3* (Depok : Gema Insani Press, 2002), 851-852. Lihat juga Yusuf Qardhawi, *Fiqh Minoritas Fatwa Kontemporer Terhadap Kehidupan Kaum Muslimin Di Tengah Masyarakat Non Muslim* (Jakarta: Zikrul Hakim, 2004), 175-177.

muslim patut dan layak berhak mendapat bagian dari harta warisan pewaris muslim melalui wasiat wajibah. Hal tersebut sesuai juga dengan pendapat Ibnu Hazm yang bahwasanya wasiat wajibah diperuntukkan kepada kerabat dekat yang tidak menerima warisan disebabkan berstatus budak atau berstatus non muslim atau dikarenakan ahli waris termahjub oleh ahli waris yang lebih dekat dengan pewaris atau berstatus sebagai *dzawil arham*, sebagaimana pendapat Ibnu Hazm yang termaktub di dalam kitab *al-Muhalla* juz 8 yang berbunyi,

فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر وإما¹⁴⁷ لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث

Artinya : “Diwajibkan atas setiap muslim untuk berwasiat kepada kerabat dekat yang tidak menerima warisan dikarenakan dia berstatus budak atau berstatus kafir (non muslim) atau adakalanya dikarenakan dia terhibab dari kewarisan.”

Bahwasanya wasiat wajibah kepada kerabat non muslim sebagaimana terdapat dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 juga selaras dengan fatwa MUI nomor 5/MUNAS VII/MUI/9/2005 tentang kewarisan beda agama melakukan penetapan sebagai berikut:

1. “Hukum waris Islam tidak memberikan hak saling mewarisi antar orang-orang berbeda agama (antara muslim dengan non muslim)”.
2. “Pemberian harta antar orang yang berbeda agama hanya dapat dilakukan dalam bentuk hibah, wasiat dan hadiah”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Ibnu Hazm, *Al-Muhalla bi al-Atsar Juz 8* (Beirut: Dar Kutub Ilmiah, 2003), 353.

¹⁴⁸ Fatwa MUI nomor 5/Munas VII/MUI/9/2005 tentang Kewarisan Beda Agama.

Bahwasanya menurut fatwa MUI tersebut dalam hukum kewarisan Islam antara orang-orang yang berbeda agama menjadi penghalang kewarisan (*mawani' irs*). Akan tetapi pemberian harta antara orang yang berbeda agama hanya dapat dilekukan dalam bentuk hibah, wasiat dan hadiah. Ketentuan tersebut menjadi solusi penyelesaian kewarisan berbeda agama yang dalam hal ini, Mahkamah Agung telah berani melakukan terobosan hukum (*rule breaking*) dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*) bahwasanya kerabat non muslim mendapatkan bagian dari harta warisan pewaris muslim melalui lembaga wasiat wajibah dengan menetapkan bahwa kerabat non muslim bukan sebagai ahli waris.

Bahwasanya wasiat diwajibkan kepada kerabat dekat yang tidak menerima warisan menurut sebagian ulama disebabkan hasil ijtihad pemahaman terhadap surat Al-Baqarah ayat 180 yang berbunyi :

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

Artinya: “Diwajibkan atas kamu, apabila seseorang diantara 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.”

Surat Al-Baqarah ayat 180 merupakan ayat yang menjelaskan serta bersifat umum orang tua dan kerabat dekat. Sebagian besar tafsir mempersempit keumuman tersebut dengan ayat yang berisi tentang kewarisan seperti ayat 11 12 surat An-Nisa serta hadits dari Rasulullah *la wasiyyata li warisin*. Sehingga dalam hal ini ketentuan umum yang berada dalam surat Al-

Baqarah ayat 180 hanya ditujukan kepada orang tua dan kerabat dekat yang tidak mendapat ketinggalan harta.¹⁴⁹ Sehingga berdasarkan ayat tersebut penerapan dan pelaksanaan wasiat wajibah tetap dapat berlangsung. Pendapat berbeda juga mengemukakan bahwa ayat 180 tersebut telah dibatalkan sehingga tidak memiliki ketetapan hukum.¹⁵⁰ Penafsiran ini menyebabkan bahwa penerapan dalam rangka memberikan wasiat wajib tidak hanya mencakup cucu yang terhijab oleh saudara ayahnya sebagaimana dalam hukum wasiat wajibah yang berlaku di Mesir bahwa seluruh ahli waris yang tidak memperoleh warisan dikarenakan terhalang atau karena tidak memiliki status sebagai penerima warisan.¹⁵¹

Wasiat wajibah menurut Wahbah Az-Zuhaili dalam kitab *Fiqh al-Islami wa Adillatuhu* yang berbunyi,

ويروي بعض الفقهاء كابن حزم الظاهري والطبري وأبي بكر بن عبد العزيز من الحنابلة : أن الواصية واجبة ديانة وقضاء للوالدين والأقربين الذين لا يرثون¹⁵² لحجبهم عن الميراث أو لمانع يمنعهم من الإرث كاختلاف الدين.

Artinya : “Sebagian ulama fiqh seperti Ibnu Hazm azh-Zhahiri, ath-Thabari, dan Abu Bakar bin Abdul Aziz dari golongan Hambali berpendapat, wasiat adalah kewajiban yang bersifat utang atau pemenuhan untuk kedua orang tua serta kerabat yang tidak bisa mewaris. Karena, mereka terhalang untuk bisa mewaris atau karena ada sesuatu yang menghalangi mereka seperti perbedaan agama.”¹⁵³

¹⁴⁹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 133-136.

¹⁵⁰ Ahmad Junaedi, *Wasiat Wajibah (Pergumulan Antara Hukum Adat dan Hukum Islam di Indonesia)* (Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2013), 119.

¹⁵¹ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 136.

¹⁵² Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Al-Islami Wa Adillatuhu Juz 8* (Damaskus : Dar Fikr, 1985), 122

¹⁵³ Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqh Islam Wa Adillatuhu Jilid 10* (Depok : Gema Insani Press, 2011), 245.

Wasiat wajibah dalam perkembangannya di Indonesia tidak hanya diperuntukkan untuk orang tua angkat dan anak angkat sebagaimana di dalam Kompilasi Hukum Islam. Dalam perkembangannya diperluas melalui yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 diperuntukkan untuk kerabat non muslim. Hakim dalam memutus suatu perkara bukanlah hanya sebagai corong undang-undang yang hanya memandang hukum sebagai positivistik atau legal formalistik akan tetapi hakim dalam memutus suatu perkara harus berbasis asas keadilan, kemanfaatan dan kemaslahatan, sebagaimana dalam pasal 5 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, “hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.¹⁵⁴ Dan dalam pasal 229 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi, “hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.”¹⁵⁵ Dalam hal tersebut hakim menggali nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat Indonesia yang majemuk/pluralistik yakni suku, adat, ras, agama dan budaya sehingga yurisprudensi tersebut mencerminkan keadilan substantif bagi para pencari keadilan tersebut. Dalam hal ini juga, terdapat kekosongan hukum (*rechts vacuum*) dan kekosongan peraturan perundang-undangan (*wet vacuum*), sehingga hakim memutus perkara tidak berdasarkan sumber hukum tertulis akan tetapi dalam sumber

¹⁵⁴ Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹⁵⁵ Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam.

hukum tidak tertulis yakni dengan kitab-kitab fiqih. Dalam hal ini hakim menciptakan hukum baru (*rechtschepping/judge made law*) sehingga putusan Mahkamah Agung tersebut menjadi yurisprudensi yang dapat diikuti oleh peradilan di bawahnya. Yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721 K/AG/2015 mengisi kekosongan tersebut. Bahwasanya hakim dianggap tahu hukum (asas *ius curia novit*) sebagaimana dalam pasal 10 ayat (1) Undang-undang nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.”¹⁵⁶

Dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 bahwasanya istri pewaris yang beragama non muslim mendapatkan wasiat wajibah sebesar 15/60 (1/4) bagian. Sedangkan dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 721K/AG/2015 bahwasanya 2 (dua) anak kandung pewaris yang beragama non muslim mendapatkan wasiat wajibah sebesar 1/3 bagian. Bahwasanya besaran wasiat wajibah yang diterima kerabat non muslim sebesar bagian ahli waris muslim yang sederajat atau sebesar maksimal 1/3 (sepertiga) bagian.¹⁵⁷ Bahwasanya wasiat tidak boleh melebihi dari 1/3 bagian sebagaimana ketentuan dalam pasal 195 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan,¹⁵⁸ “wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga

¹⁵⁶ Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

¹⁵⁷ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 303.

¹⁵⁸ Achmad Jarchosi, “Pelaksanaan Wasiat Wajibah”. ADHKI : Journal of Islamic Family Law, Vol. 2, No. 1, Juni 2020, 81.

dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujui”.¹⁵⁹ Ketentuan tersebut juga berdasarkan hadis riwayat Muslim dari Sa’ad ibn Abi Waqqas yang berbunyi,

يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ لِي مَالًا كَثِيرًا وَإِنَّمَا يَرِثُنِي ابْنَتِي أَقْأُصِي بِمَالِي كُلِّهِ قَالَ لَا قَالَ فَبِالْثُلُثَيْنِ قَالَ لَا قَالَ فَالْنِصْفُ قَالَ لَا قَالَ فَالْثُلُثُ قَالَ الْثُلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ إِنَّ صَدَقَتَكَ مِنْ مَالِكَ صَدَقَةٌ وَإِنَّ نَفَقَتَكَ عَلَى عِيَالِكَ صَدَقَةٌ وَإِنَّ مَا تَأْكُلُ أَمْرًا تَكُ مِنْ مَالِكَ صَدَقَةٌ وَإِنَّكَ أَنْ تَدَعَ أَهْلَكَ بِخَيْرٍ أَوْ قَالَ بِعَيْشٍ خَيْرٍ مِنْ أَنْ تَدَعَهُمْ يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ.

Artinya : “Wahai Rasulullah, sesungguhnya saya memiliki harta yang banyak, dan hanya puteriku satu-satunya yang menjadi ahli warisku, bagaimana jika saya mewasiatkan seluruh hartaku ?. Beliau menjawab, jangan. Sa’ad bertanya lagi, bagaimana jika dua pertiganya ?. Beliau menjawab, jangan. Sa’ad bertanya lagi, bagaimana jika setengahnya ?. Beliau menjawab, jangan. Sa’ad bertanya lagi, bagaimana jika sepertiganya ?. Beliau menjawab, sepertiga, sepertiga sudah banyak. Sesungguhnya harta yang kamu sedekahkan pasti akan mendapatkan pahala, sekalipun yang kamu belanjakan untuk keluargamu dan yang dimakan istrimu. Jika kamu tinggalkan keluargamu dalam keadaan kaya itu lebih baik daripada kamu tinggalkan mereka meminta-minta kepada orang banyak dengan menadahkan tangannya.”¹⁶⁰

Bahwasanya tahapan-tahapan pelaksanaan wasiat wajibah setelah dilaksanakan *tajhizul mayit* dan pembayaran hutang-hutang pewaris selama hidupnya sebagaimana dalam pasal 175 ayat (1) huruf a dan b Kompilasi Hukum Islam yang menyatakan, pewaris wajib memperoleh beberapa hal yaitu:

- a. Mengurusi jenazah dari awal hingga selesai dimakamkan.

¹⁵⁹ Kompilasi Hukum Islam.

¹⁶⁰ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 109-110.

b. Melakukan penagihan maupun pembayaran utang piutang yang ditinggalkan.¹⁶¹

Mahkamah Agung sebagai pelaku pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia telah melakukan pembaruan paradigma sesuai dengan perkembangan keadaan sosio kultural masyarakat di sekitarnya dalam duduk perkara yurisprudensi tersebut. Produk hukum yang dikeluarkannya pun berusaha menciptakan kondisi masyarakat majemuk yang kondusif dan mencegah terjadinya perselisihan antara ahli waris,¹⁶² sehingga putusannya dapat mencerminkan kemaslahatan sebagaimana dalam kaidah fiqih yang berbunyi,

جَلَبُ الْمَصَالِحِ وَدَرْءُ الْمَفَاسِدِ

Artinya : “Menarik kemaslahatan dan menolak kemafsadatan”.¹⁶³

تَصَرُّفُ الْإِمَامِ عَلَى الرَّأْيَةِ مَنُوطٌ بِالْمَصْلَحَةِ.

Artinya : “Kebijakan pemimpin/pemerintah harus berorientasi kepada kemaslahatan.”¹⁶⁴

Dalil di atas menjelaskan bahwasanya kemaslahatan menjadi patokan pertama bagi para pemangku kebijakan untuk mendatangkan kebaikan kepada

¹⁶¹ Pasal 175 ayat (1) huruf a dan b Kompilasi Hukum Islam.

¹⁶² Rahmad Setyawan, “Wasiat Wajibah, Non Muslim dan Kemaslahatan Hukum: Studi Putusan MA Tahun 1995-210”, 53.

¹⁶³ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis* (Jakarta: Kencana, 2017), 27.

¹⁶⁴ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*, 147.

para pencari keadilan. Sehingga kebijakan dan kewenangan dapat digunakan oleh para pemimpin untuk memberikan kebahagiaan kepada rakyatnya.¹⁶⁵

Karakteristik hukum kewarisan serta perubahan dalam konsep hukum Islam diketahui bahwasanya dinamika hukum kewarisan Islam dapat diterima dan digunakan tanpa menimbulkan permasalahan di Indonesia yang merupakan negara yang memiliki banyak perbedaan baik perbedaan budaya agama, suku, dan perbedaan yang lain, hal ini dalam rangka mewujudkan kebermanfaatannya terhadap rakyat Indonesia.¹⁶⁶ Kaidah fiqh juga sepakat dengan pernyataan di atas yang berbunyi,

الْحُكْمُ تَدْوُرُ مَعَ مَصَالِحِ الْعِبَادِ فَحَيْثُمَا وَجِدْتَ الْمَصْلَحَةَ فَتَمَّ حُكْمُ اللَّهِ

Artinya : “Hukum berputar bersamaan kemaslahatan manusia, maka dimanapun ditemukan kemaslahatan di situlah hukum Allah.”¹⁶⁷

Dalam hal ini kemaslahatan sebagai acuan dalam fiqh-fiqih maupun keputusan hukum peradilan. Kemaslahatan menurut Ibnu Qayyim Al-Jauziyyah mengatakan,

إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد وهي عدل كلها ورحمة كلها وحكمة كلها ومصالحة كلها. فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وأن ادخلت فيها بالتأويل.

¹⁶⁵ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 266.

¹⁶⁶ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 284.

¹⁶⁷ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*,

Artinya : “Sesungguhnya syari’at itu bangunan dan fondasinya didasarkan pada kebijaksanaan (hikmah) dan kemaslahatan para hambanya di dunia dan akhirat. Syari’at secara keseluruhannya adalah keadilan, rahmat, kebijaksanaan dan kemaslahatan. Maka dari itu, segala perkara yang mengabaikan keadilan demi tirani, kasih sayang pada sebaliknya, kemaslahatan pada kemafasadatan, kebijaksanaan kepada kesia-siaan, maka itu bukan syari’at, meskipun semua itu dimasukkan ke dalamnya melalui interpretasi.”¹⁶⁸

Sedangkan menurut Imam al-Ghazali menyebutkan maslahat dengan,

المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرّة
ولسنا نعني به ذلك فإن جلب المنفعة ودفع المضرّة مقاصد الخلق وصلاح
الخلق في تحصيل مقاصدهم لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود
الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو ان يحفظ عليهم دينهم ونفسهم
وعقلهم ونسلهم ومالههم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو
مصلحة وكل ما يفتوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة

Artinya : “Maslahah pada asalnya adalah ungkapan tentang penarikan manfaat atau menolak madharat. Namun yang kami maksud bukanlah hal itu, karena menarik manfaat dan menolak madharat adalah tujuan makhluk (manusia) dan kelayakan yang dirasainya dalam mencapai tujuan. Akan tetapi, yang kita maksud dengan maslahah adalah maqshud asy-syar’i. Sementara tujuan syar’i dari makhluk adalah memelihara agama, jiwa, akal, harta dan keturunan. Setiap sesuatu yang mengandung lima hal ini adalah maslahah. Sementara, yang tidak mengandung lima ini adalah mafsadah dan menolaknya termasuk maslahah.”¹⁶⁹

Hakim pemeriksa perkara tersebut telah berani membuat terobosan hukum (*rule breaking*) dengan memandang hukum yang tertulis (peraturan perundang-undangan) tidak lagi relevan, sehingga hakim tersebut menciptakan

¹⁶⁸ M. Noor Harisudin, *Argumentasi Fikih Untuk Minoritas Muslim* (Surabaya: Pustaka Radja, 2020), 63-64.

¹⁶⁹ M. Noor Harisudin, *Argumentasi Fikih Untuk Minoritas Muslim*, 64-65.

hukum baru (*rechtschepping*). Hakim pemeriksa perkara dalam yurisprudensi tersebut telah melakukan pembaruan hukum Islam melalui penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan *ilhaq masail bi nazhairiha* dengan mengambil pendapat Yusuf Qardhawi sebagai dasar pertimbangan hukum. Dan wasiat wajibah tersebut selaras/atau sesuai dengan pendapat Ibnu Hazm. Bahwasanya perkembangan sosio kultural masyarakat dengan zaman dan waktu yang berbeda menuntut perubahan hukum sebagaimana kaidah fiqih,

تَغْيِيرُ الْأَحْكَامِ وَاخْتِلَافُهَا بِحَسَبِ تَغْيِيرِ الْأَزْمَنَةِ وَالْأَمْكِنَةِ وَالْأَحْوَالِ وَالنِّيَّاتِ
وَالْعَوَائِدِ

Artinya : “Perubahan hukum dan perbedaannya sesuai perubahan zaman, tempat, keadaan, niat dan adat kebiasaan.”¹⁷⁰

Larangan kewarisan beda agama memang menurut jumhur ulama secara hukum Islam konvensional memang terdapat kemaslahatan, akan tetapi dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 dengan menetapkan bagian kepada kerabat non muslim dari harta warisan pewaris muslim dengan memandang duduk kasus perkara bahwasanya antara kerabat non muslim dan pewaris muslim telah hidup berdampingan dengan rukun dan damai, maka tidak dikategorikan kafir harbi. Dalam yurisprudensi nomor 16K/AG/2010 dalam duduk perkara bahwasanya istri yang beragama non muslim telah hidup berdampingan dengan rukun dan damai dengan pewaris muslim meskipun berbeda keyakinan dalam waktu 18

¹⁷⁰ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*, 109.

tahun. Sehingga menurut hakim pemeriksa perkara patut dan layak diberikan wasiat wajibah.¹⁷¹ Kemudian dalam yurisprudensi nomor 721K/AG/2015 dalam duduk perkaranya bahwasnya anak-anak non muslim dengan pewaris muslim telah lama hidup berdampingan dengan rukun dan damai meskipun berbeda keyakinan akan tetapi dalam yurisprudensi tersebut tidak diterangkan telah berapa lama tahun antara anak-anak non muslim dengan pewaris muslim telah hidup berdampingan.¹⁷² Menurut Taufik (hakim agung) alasan Mahkamah Agung memberi wasiat wajibah terhadap saudara meskipun berbeda kepercayaan karena menurut perspektif Mahkamah Agung saudara yang berbeda keyakinan terhalang oleh pewaris muslim secara yuridis formatif. Terlebih lagi sesuai dengan pendapat Ibnu hazm bahwa meskipun memiliki perbedaan dalam keyakinan, saudara atau kerabat tetap hidup dengan penuh kedamaian sehingga tidak ada kerugian yang diderita karena adanya perbedaan agama. Tentu tidak adil apabila kerabat atau saudara yang telah hidup berdampingan dengan lama tidak menerima warisan. Hingga akhirnya saudara atau kerabat yang memeluk agama lain tetap memperoleh warisan maksimal sebanyak 1/3 untuk memperoleh kemaslahatan.¹⁷³ Hakim pemeriksa perkara memandang akan lebih maslahat bilamana kerabat non muslim diberikan wasiat wajibah sesuai dengan kaidah fikih,

المَحَافَظَةُ عَلَى الْقَدِيمِ الصَّالِحِ وَالْأَخْذُ بِالْجَدِيدِ الْأَصْلَحِ

¹⁷¹ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.

¹⁷² Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.

¹⁷³ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 247-248. Lihat juga Abdul Gafur, "Analisis Konsep Wasiat Wajibah Dalam KHI dan Putusan MA", 3-4.

Artinya : “Memelihara keadaan yang lama yang maslahat dan mengambil yang baru yang lebih maslahat.”¹⁷⁴

Hasil penemuan hukum (*rechtsvinding*) dari putusan Mahkamah Agung sehingga menjadi yurisprudensi tersebut bermaksud mengupayakan aktualisasi hukum Islam di tengah-tengah masyarakat Indonesia yang pluralistik. Pembaharuan hukum keluarga di bidang hukum kewarisan Islam dimaksudkan agar hukum Islam tidak kehilangan karakternya sebagai hukum yang membawa/mencerminkan keadilan dan kemaslahatan.

Menurut Taufiq (hakim agung), penerapan wasiat wajibah pada kerabat yang memeluk agama lain memiliki beberapa persyaratan. Apabila pewaris yang beragama muslim telah meninggal dan berhubungan dengan damai serta harmonis ketika masih hidup, pewaris yang memiliki saudara atau kerabat non muslim wajib hukumnya menerapkan wasiat wajib. Namun apabila kerabat yang berbeda agama menyakiti pewaris yang muslim, maka kerabat tersebut tidak memiliki hak untuk menerima warisan.¹⁷⁵

Komplikasi hukum Islam yang berlaku di Indonesia berkaitan dengan hukum kewarisan Islam masih bisa terus progresif. Permasalahan hukum waris yang kompleks seperti masalah *ijtihad* yang banyak sekali seperti masalah *'aul*, *radd*, *musyarakah*, *akdariyah*, *gharrawain*, *kalalah*, makna *walad* yang berarti anak perempuan dan anak laki-laki, ahli waris pengganti

¹⁷⁴ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*, 110.

¹⁷⁵ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 269.

(*plaatsvervulling*), anak perempuan dapat menghalangi saudara pewaris, wasiat wajibah, harta bersama dan lain-lain.¹⁷⁶

Demikianlah hukum kewarisan Islam dalam perkembangannya dapat berubah seiring perkembangan sosial masyarakat. Seperti halnya yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 dengan adanya terobosan hukum (*rule breaking*) melalui adanya lembaga wasiat wajibah bagi kerabat non muslim. Wasiat wajibah yang diberikan kepada kerabat non muslim juga telah memenuhi kemaslahatan dan perlindungan hukum sehingga para pihak mendapatkan haknya melalui lembaga wasiat wajibah. Pada dasarnya wasiat wajibah hanya diperuntukkan untuk orang tua angkat dan anak angkat sebagaimana dalam pasal 209 Kompilasi Hukum Islam. Sedangkan dalam perkembangannya, Mahkamah Agung telah memperluas cakupan wasiat wajibah diperuntukkan bagi kerabat non muslim yang dikarenakan perbedaan agama menjadi penghalang kewarisan.

Bahwasanya kewarisan beda agama menurut jumhur ulama sepakat menjadi penghalang kewarisan (*mawani' irs*) berdasarkan hadis Nabi SAW dari Usamah bin Zaid. Akan tetapi, Mahkamah Agung berani dengan adanya terobosan hukum (*rule breaking*) dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 melalui ijtihad hakim dan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan penciptaan hukum baru (*rechtschepping*), bahwasanya kerabat non muslim menurut hakim pemeriksa perkara tidak ditetapkan sebagai ahli waris akan tetapi kerabat non muslim

¹⁷⁶ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 281-282.

menurut hakim pemeriksa patut dan layak diberikan bagian dari harta waris pewaris muslim melalui wasiat wajibah. Hakim pemeriksa perkara dalam pertimbangan hukumnya mengambil alih pendapat ulama Yusuf Qardhawi sebagai dasar hukum memutus perkara tersebut dalam yurisprudensi tersebut. Hal tersebut juga selaras dengan pendapat Ibnu Hazm Az-Zhahiri, at-Thabari dan Abu Bakar bin Abdul Aziz dari golongan Hambali bahwasanya bilamana kerabat dari pewaris yang tidak mendapatkan bagian harta waris karena adanya suatu halangan maka diberikan wasiat wajibah. Dalam hal ini bilamana suatu putusan peradilan bilamana telah *inkracht* (berkekuatan hukum tetap) dalam waktu 14 hari sehingga mengikat bagi para pihak dalam putusan tersebut dan dapat segera dieksekusi putusan tersebut. Apalagi telah menjadi yurisprudensi tetap sehingga dapat dijadikan sumber hukum bagi para hakim pemeriksa perkara peradilan di bawahnya dalam memeriksa, mempertimbangkan dan memutus perkara. Hal tersebut juga selaras dengan kaidah fikih,

حُكْمُ الْحَاكِمِ فِي مَسَائِلِ الْإِجْتِهَادِ يَرْفَعُ الْخِلَافَ

Artinya : “Hukum yang diputuskan oleh hakim dalam masalah-masalah ijtihad menghilangkan perbedaan pendapat.”¹⁷⁷

Maksud kaidah tersebut adalah apabila seorang hakim menghadapi perbedaan pendapat di kalangan ulama, kemudian dia mentarjih (menguatkan) salah satu pendapat di antara pendapat-pendapat ulama tersebut, maka bagi pihak-pihak yang berperkara tersebut harus menerima keputusan tersebut bilamana telah *inkracht* (berkekuatan hukum tetap) dalam waktu 14 hari

¹⁷⁷ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*, 154.

sehingga dapat dieksekusi putusan tersebut. Pihak-pihak yang bersengketa tidak diperbolehkan untuk tidak menyetujui putusan hukum dikarenakan beralasan bahwa terdapat pandangan lain yang memiliki perbedaan dengan hasil keputusan ijtihad para hakim. Putusan pengadilan tidak membolehkan adanya pertentangan tanpa alasan yang jelas dan tetap bertujuan untuk memberikan keadilan dan kemasyarakatan bagi para pencari keadilan melalui hukum.¹⁷⁸

C. Ketentuan Wasiat Wajibah Terhadap Non Muslim Dalam Yurisprudensi Nomor 16K/AG/2010 dan Nomor 721K/AG/2015 Menurut Hukum Progresif

Pemikiran hukum di Indonesia melahirkan sebuah Khazanah baru yaitu hukum progresif. Hukum progresif tidak muncul tanpa adanya sebab dan akibat melainkan menjadi sebuah bukti bahwa manusia terus-menerus berproses untuk mencari kebenaran. Realitas empiris yang selama ini berlaku kemudian diputarbalikkan sejak adanya konsep hukum progresif bagaimana hukum ini dilahirkan karena adanya keprihatinan dan ketidakpuasan masyarakat terkait perundang-undangan yang berlaku di Indonesia menjelang abad 20.¹⁷⁹

Literatur hukum di Indonesia pada saat ini menganggap gagasan yang menarik untuk dikaji saat ini adalah hukum progresif. Hal ini terjadi karena

¹⁷⁸ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*, 155.

¹⁷⁹ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 106.

hukum modern yang ada dan berlaku digugat oleh keberadaannya. Hukum modern yang memiliki banyak kegagalan karena berlandaskan filsafat legalistik, linier, dan positivistik karena tidak mampu menangani permasalahan yang terjadi secara kompleks di masyarakat. Antara kemanusiaan dan hukum terjadi jurang menganga karena akibat berlakunya hukum modern kemudian dilawan dengan adanya semangat kebebasan dari hukum konvensional yang berlaku pada hukum progresif.¹⁸⁰

Kesalahan-kesalahan mendasar yang terjadi akibat hukum modern di tengah masyarakat membuat masyarakat menyadari bahwa hukum progresif benar-benar dibutuhkan. Hukum modern yang hanya berlandaskan pada peraturan yang mutlak berbeda dengan hukum progresif yang membuat pemaknaan yang mendalam serta melalui kecerdasan dalam menilai situasi dan kondisi di masyarakat. Hukum tidak harus kaku melainkan harus dijalani dengan penuh dedikasi dan rasa empati untuk mencari kebenaran yang nantinya akan bermanfaat bagi kesejahteraan masyarakat.¹⁸¹

Hukum harus sesuai dengan kehendak masyarakat sehingga dalam penegakannya tidak hanya berpaku pada peraturan perundang-undangan, Hal inilah yang dianggap sebagai ide hukum progresif. Sebuah peraturan yang hanya bersifat baku atau mengekang masyarakat tidak seharusnya dijalankan melainkan harus menghendaki dan mengakomodasi apa yang diinginkan oleh masyarakat sehingga terciptanya sebuah produk hukum yang baik. Penegakan

¹⁸⁰ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, v.

¹⁸¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, vi.

hukum yang mengalami kemandekan atau bersifat stagnan menjadi salah satu ide dalam menegakkan hukum progresif.¹⁸²

Wasiat wajibah bagi kerabat non muslim sebagai terobosan hukum baru (*rule breaking*) tentang kewarisan beda agama menurut hukum progresif sangatlah bersesuaian. Hakim dalam hal ini telah berani melakukan terobosan hukum baru (*rule breaking*) dengan penemuan hukum (*rechtsvinding*) melalui penciptaan hukum baru (*rechtschepping*) dan ijtihad hakim secara progresif bahwasanya hakim melihat adanya keadilan, kemanfaatan hukum dan kemaslahatan dengan memutuskan memberikan wasiat wajibah kepada kerabat yang beragama berbeda. Sudikno berpendapat bahwa penemuan hukum merupakan langkah-langkah yang dilakukan oleh para penegak hukum yang memiliki tugas untuk menjalankan penegakan hukum yang berhubungan dengan suatu peristiwa hukum yang kompleks. Selanjutnya penemuan hukum adalah adanya langkah-langkah dalam rangka mewujudkan dan merinci peraturan perundang-undangan yang memiliki sifat umum karena suatu peristiwa atau perkara memiliki kompleksitas dalam waktu yang khusus.¹⁸³

Dalam hal ini Mahkamah Agung telah melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) melalui penciptaan hukum baru (*rechtschepping*). Penciptaan hukum yakni menciptakan konsepsi hukum baru yang semula belum ada menjadi ada. Hal ini dilakukan manakala terjadi kekosongan peraturan

¹⁸² M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 109.

¹⁸³ Iin Mutmainnah dan Muhammad Sabir, "Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)", *Diktum: Jurnal Syariah dan Hukum*, Vol. 17, No. 2, Desember 2019, 189. Lihat juga Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar* (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014), 37.

perundang-undangan (*wet vacuum*) atau kekosongan hukum (*rechts vacuum*). Hakim harus menciptakan sendiri konsepsi hukumnya untuk dapat memberi keadilan berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa dan memberi perlindungan hukum dan keadilan pada kasus baru yang dihadapi, yakni menciptakan sendiri konsepsi hukumnya dari tidak/belum ada menjadi ada.

Bentuk ini dilakukan manakala terdapat kekosongan peraturan perundang-undangan yang mengatur suatu persoalan yang diajukan ke pengadilan agama tetapi belum ada peraturan hukum tertulis yang mengaturnya. Bentuk ini digunakan untuk mengatasi keterbatasan peraturan perundang-undangan, baik yang mengatur kompetensi pengadilan agama, mengatur ketersediaan hukum materiil yang harus diterapkan maupun hukum acaranya serta sarana hukum lainnya berkaitan dengan perkembangan kebutuhan hukum masyarakat, yang harus disediakan oleh Negara.¹⁸⁴

Bahwasanya dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010, melalui wasiat wajibah istri pewaris yang beragama lain menerima seperempat tinggalan warisan. Hal tersebut melalui pertimbangan bahwasanya pewaris dan istrinya sudah tinggal selama belasan tahun. Ketika tinggal bersama ini tentu sang istri telah berdiri kasih terhadap suaminya selama 18 tahun. Maka berlandaskan atas fakta tersebut tentu tidak adil apabila istri yang beragama lain tidak memperoleh bagian dari harta warisan. Dan selama perkawinan tersebut antara istri pewaris dan pewaris telah hidup sangat harmonis, rukun dan damai sehingga tidak dikategorikan kafir harbi. Hakim

¹⁸⁴ Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan Penerapan Penemuan Hukum, Ultra Petita dan Ex Officio Hakim Secara Proporsional*, 258-259.

berpendapat layak dan patut istri pewaris yang beragama non muslim bahwa diberikannya wasiat wajibah sebesar $\frac{1}{4}$ bagian dari harta warisan pewaris.¹⁸⁵ Sedangkan dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 721K/AG/2015 bahwasanya 2 (dua) anak kandung pewaris yang beragama non muslim mendapat bagian dari harta warisan pewaris melalui wasiat wajibah sebesar $\frac{1}{3}$ bagian.¹⁸⁶ Hakim pemeriksa perkara tidak menggunakan penalaran normatif/tekstual, positivistik, linier dan legal formalistik sesuai hukum tertulis, akan tetapi menggunakan penalaran hukum progresif. Bahwa hukum itu untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Hukum progresif itu berhukum dengan menggunakan hati nurani dan *spiritual intelligence*. *spiritual intelligence* memiliki cakupan yang luas dan tidak terbatas pada pedoman tertentu, dapat melakukan pencarian dalam menemukan keadilan yang menyeluruh yang bertujuan untuk kemaslahatan serta tetap memiliki sifat kontekstual.¹⁸⁷ Bahwasanya secara hukum konvensional/klasik Jumhur Ulama sepakat bahwa perbedaan agama menjadi penghalang kewarisan (*mawani' irs*) berdasarkan hadis dari Usamah bin Zaid. Hal tersebut juga sesuai dengan pasal 171 huruf b dan c Kompilasi Hukum Islam, bahwasanya antara ahli waris dan pewaris harus seagama, yakni agama Islam. Dalam hal ini Mahkamah Agung telah berani melakukan terobosan hukum (*rule breaking*) dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) melalui penciptaan hukum baru (*rechtschepping/judge made law*) dengan mengambil pendapat Yusuf Qardhawi dan sesuai dengan pendapat Ibnu Hazm sebagai pertimbangan

¹⁸⁵ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.

¹⁸⁶ Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.

¹⁸⁷ Saifullah, "Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah", 6-7.

hukumnya. Putusan Mahkamah Agung tersebut hingga menjadi yurisprudensi tetap yang diikuti oleh hakim peradilan agama yang berada di bawahnya. Yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 mengisi kekosongan perundang-undangan (*wet vacuum*) atau kekosongan hukum (*rechts vacuum*). Hal tersebut, membuat para pihak (kerabat non muslim) dalam perkara tersebut telah mendapatkan kemaslahatan, keadilan substantif dan perlindungan hukum dengan pemberian wasiat wajibah.

Undang-undang yang dibuat oleh badan legislatif tidak hanya sekedar bacaan dalam tugas dan peran Hakim melainkan memikul tanggung jawab penuh untuk memutuskan sebuah perkara seadil-adilnya. Kondisi paling buruk dapat diatasi dengan cara Hakim bersifat progresif dalam menangani perkaranya.¹⁸⁸

Pada kalangan Hakim legal positif masih menjadi paham mainstream yang dilakukan oleh para penegak hukum untuk mengatasi sebuah kasus. Para penegak dalam menangani sebuah kasus yang terus-menerus menggunakan pola positivistik melahirkan paradigma bahwa positivistik merupakan cara yang terbaik. Jarang ditemukan Hakim yang mengikuti cara berpikir non positivistik karena takut untuk berbeda dengan sebagian besar Hakim yang lain.

Undang-undang menjadi suatu yang absah dan satu-satunya sumber dalam mengenali sebuah kasus merupakan ciri dari berpikir positivistik. Penemuan hukum oleh Hakim jarang terjadi karena kurang memiliki tempat, karena sebagian besar hanya menjadi kepanjangan tangan dari undang-undang.

¹⁸⁸ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 109-112.

Aturan hukum menjadi yang utama sehingga jarang memperhatikan hal-hal lain. Kearifan dan kejujuran untuk melaksanakan hukum terkadang menjadi terabaikan. Kebenaran dan keadilan menjadi latar belakang karena kurangnya dedikasi dan empati. Keadilan dan kebenaran hanya sekedar formalitas. Nilai kemaslahatan dan keadilan hukum tidak diutamakan karena bergantung kepada kepastian hukum. Logika formal menjadi yang utama dalam pola pikir deduktif untuk mencari kebenaran.

Tipologi berpikir Hakim menjadi cerminan sebenarnya terkait budaya ideasional untuk memahami hukum dalam dimensi epistemologi, ontologi, dan aksiologis. Penggunaan dimensi ontologis yakni berkaitan tujuan utama hukum itu sendiri, hukum sebagai norma hukum positif, hukum dimana atas kebenaran dan keadilan, maupun hukum dijadikan sebagai gambaran perilaku sosial pada tingkat kecil maupun besar dan lain-lain.¹⁸⁹

Dalam dimensi epistemologis, adanya hubungan objek telaah dengan si subjek dalam hal ini Hakim. Dalam dimensi ini Hakim tidak hanya melihat penalaran hukum saja melainkan harus mengacu pada rasio-rasio lain seperti intuisi dan indranya. Manusia bukan hanya makhluk rasional melainkan makhluk etis dan politis sehingga harus menggunakan berbagai pendekatan. Dalam dimensi aksiologis berkaitan dengan cita-cita atau tujuan yang harus dicapai oleh hukum yaitu adanya kebermanfaatan, kepastian, dan keadilan.

¹⁸⁹ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 218-221.

Tabel berikut akan menjelaskan terkait perbedaan tipologi hakim yang memiliki pola pikir positivistik dan nonpositivistik.¹⁹⁰

Tipologi Hakim	
Positivistik	Nonpositivistik
<ul style="list-style-type: none"> • Sumber utama dan satu-satunya adalah Undang-undang • Hakim kurang memperhatikan faktor lain. • Undang-undang adalah yang utama. • Prosedural dan kepastian hukum menjadi poin penting. • Kebenaran dicari dengan logika deduktif. 	<ul style="list-style-type: none"> • Sumber bisa didapat darimana saja tidak selalu melalui Undang-undang. • Hakim memperhatikan faktor-faktor lain. • Hakim menjadi pembuat hukum. • Keadilan substantif menjadi poin penting. • Kebenaran dicari dengan logika induktif.

Dalam hukum progresif manusia berada di atas hukum. Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan masyarakat umum. Dokumen peraturan perundang-undangan tidak dipandang sebagai hal yang absolut. Kreativitas manusia begitu dikedepankan menurut hukum progresif. Kreativitas memiliki berbagai fungsi seperti dan ketertinggalan hukum dalam konteks melakukan penegakan hukum. Hal ini dimaksudkan agar Hakim memiliki terobosan untuk mengatasi perkara yang tidak memiliki kejelasan dalam peraturan perundang-undangan. Sesuai dengan tujuan kemanusiaan yaitu membuat manusia memiliki kebahagiaan melalui hukum. Begitu juga negara hukum harus memiliki tujuan hukum yang dapat membahagiakan masyarakat luas. Spirit kebebasan yang digunakan dalam hukum progresif menggunakan berbagai bantuan dalam menganalisis perkara

¹⁹⁰ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 221.

baik bantuan dengan teori, pola pikir, dan asas. Kedua hal yang dirasa menghambat dalam rangka penegakan hukum harus segera dibebaskan karena dianggap menghalangi dalam menyelesaikan perkara.

Satjipto Rahardjo yang menjadi pioneer dalam hukum progresif berusaha untuk menegakkan hukum seadil-adilnya dengan tidak terpaku pada peraturan perundang-undangan yang sebenarnya sudah diterapkan di negara lain. Terdapat tiga cara dalam melakukan pembebasan pola baku ini yaitu cara pertama mencegah Hakim menggunakan cara-cara lama yang jelas-jelas telah banyak melukai rasa keadilan dengan cara menggunakan kecerdasan yang dimiliki olehnya. Yang kedua penjarian makna lebih untuk menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan masing-masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan harus memaknai dengan hati nurani terkait makna hukum. Yang ketiga kepedulian, keterlibatan, dan perasaan harus dilibatkan terhadap pemutusan perkara tidak hanya menggunakan logika.¹⁹¹

Menurut Alkostar, untuk menggambarkan hakim yang progresif, tidak dapat lepas dari kualifikasi standar tinggi yang mencakup penguasaan kompetensi keilmuan, kecakapan profesional dan kualitas kepribadian yang dilekatkan pada hakim sebagai subjek penegak hukum. Dari predikat tersebut dituntut konsekuensi etis munculnya putusan hakim yang menunjukkan adanya kecerdasan moral, intelektual dan emosional. Putusan yang dihasilkannya dapat memberikan pencerahan rohani bagi pihak yang berperkara dan mempererat kohesi sosial dalam tata pergaulan masyarakat.

¹⁹¹ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 230-231.

Hakim tidak serta merta menjalankan dan menerapkan pasal-pasal sesuai prosedur yang ada melainkan menggunakan pertimbangan sosiologis untuk menemukan hukum yang progresif. Peraturan perundang-undangan yang ada memang tidak bisa diabaikan begitu saja namun dijadikan sebagai sarana pokok. Akan tetapi tujuan hukum bukan berpaku pada sarana melainkan sarana tersebut hanya diharapkan dapat mengantarkan mencapai tujuan hukum yang sebenarnya. Peraturan perundang-undangan sebagai sarana perlu dibuat secara logis, sistematis, dan transparan untuk dapat digunakan dalam meraih kepastian dan keadilan hukum.¹⁹²

Permasalahan mendasar para hakim yaitu kepastian, keadilan, dan kemanfaatan hukum merupakan perangkat Hakim dalam rangka menegakkan hukum. Gustav menyebutkan bahwa tujuan hukum dapat dicapai apabila ketiga hal di atas dijadikan sebagai landasan dasar. Hukum yang ditegakkan bertujuan untuk mencapai nilai-nilai yang ada menjadi hal yang pasti. Aturan dan prosedur hukum Sekali lagi bukan menjadi tujuan hukum itu sendiri melainkan untuk membimbing Hakim untuk memberikan keputusan yang mendatangkan kepada kebaikan.

Dalam rangka menggali makna hukum perlu beberapa perspektif. *Rule breaking* membutuhkan adanya aturan di luar hukum dan holistik. Rasa kecewa bagi orang-orang yang menuntut untuk diberlakukan secara adil terjadi apabila hanya menekankan kepada pendekatan konvensional. Pencarian pendekatan dan pola pikir yang alternatif sudah selayaknya dilakukan oleh para penegak

¹⁹² M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 256-259.

hukum untuk menyelesaikan berbagai persoalan hukum yang semakin pelik. Berbagai kekurangan yang ada dalam peraturan perundang-undangan memerlukan berbagai pendekatan untuk mengatasi suatu permasalahan. Hakim progresif berdasarkan tipologi dapat dirumuskan sebagai berikut. Dimensi dan ciri-ciri tipologi hakim progresif dapat dirumuskan sebagai berikut.¹⁹³

Tipologi Hakim Progresif	
Dimensi	Ciri-ciri
Pandangan dasar	<ul style="list-style-type: none"> • Hukum diciptakan bagi manusia. • Hukum terus berproses sehingga hakim beranggapan bahwa hukum tidak final dan mutlak • Hakim perlu menolak ketetapan yang dapat mengakibatkan kerugian dalam masyarakat. • Hubungan sosial perlu dilibatkan dalam hukum.
Cara berpikir	<ul style="list-style-type: none"> • Pola pikir Hakim perlu memerlukan terobosan jika terjadi kebuntuan. • Hakim memiliki kepekaan dalam menghadapi perubahan sosial dalam masyarakat. • Sifat progresif harus dikedepankan saat melakukan pemaknaan hukum.
Cara kerja	<ul style="list-style-type: none"> • Keadilan dan kebenaran menjadi tujuan utama saat memutuskan perkara. • Kreatifitas harus dimiliki para hakim pada saat melakukan telaah peraturan perundang-undangan. • Keadilan untuk masyarakat perlu ditegakkan meskipun peraturan dalam kondisi kurang baik.
Kualifikasi pribadi	<ul style="list-style-type: none"> • Kecerdasan keilmuan, emosi, dan rohani perlu dimiliki oleh para hakim • Profesionalitas dan kompeten dalam bidangnya. • Hakim memiliki pribadi yang luhur dan bermoral. • Hakim bersifat cerdas, dapat dipercaya, jujur, dan terbuka.
Orientasi kerja	<ul style="list-style-type: none"> • Orientasi kerja hakim bertujuan menggapai hukum yang adil secara substantif (idealis) dan bukan sebatas pada keadilan prosedural. • Tidak mementingkan diri sendiri.

¹⁹³ M. Syamsudin, *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, 256-263.

Hukum progresif masuk ke dalam kategori tipe responsif. Hukum dalam tipe ini tidak selalu bertumpu pada teks peraturan perundang-undang melainkan mengaitkan tujuan-tujuan di luar teks peraturan perundang-undangan. Tipe ini tidak mengenal otonomi hukum yang tidak dapat diganggu gugat dan bersifat final. Perspektif hukum progresif mengungkapkan bahwasanya proses penegakan hukum tidak hanya dari segi tekstual peraturan yang ada melainkan memaknai secara mendalam terkait peraturan perundang-undangan tersebut. Dalam kekerasan Islam bahwasanya harus memenuhi syarat seagama yakni sama-sama memeluk agama Islam sebagaimana pasal 171 huruf b dan KHI yang menyatakan, “pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan”. 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.”¹⁹⁴ Hakim pemeriksa perkara mengenyampingkan aturan pasal 171 huruf (b) dan (c) karena aturan tersebut bilamana diterapkan pada kasus tersebut tidak mencerminkan keadilan substantif. Sehingga Hakim disini berani telah membuat suatu terobosan hukum (*rule breaking*) dengan memutus bahwasanya kerabat non muslim mendapatkan bagian dari harta warisan pewaris muslim dengan mengambil pendapat ulama Yusuf Qardhawi yang menyatakan bahwasanya antara kerabat non muslim dengan pewaris muslim telah lama hidup berdampingan rukun dan

¹⁹⁴ Pasal 171 huruf b dan c Kompilasi Hukum Islam.

damai maka tidak dikategorikan kafir harbi. Oleh karena itu, patut dan layak kerabat non muslim berhak mendapatkan bagian dari harta warisan pewaris muslim dengan melalui wasiat wajibah. Di sini hakim telah melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan penciptaan hukum baru (*rechtschepping*) bahwasanya aturan tertulis dianggap tidak relevan lagi karena tidak mencerminkan keadilan bagi para pihak dalam kasus tersebut. Hal tersebut telah sesuai dengan hukum progresif bahwasanya hukum progresif memiliki tipe responsif. Bahwasanya yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 bersifat responsif. Para pihak kerabat non muslim telah mendapatkan perlindungan hukum dan keadilan dengan mendapatkan wasiat wajibah. Tujuan utama dalam hukum yaitu asas keadilan, kemanfaatan, kemaslahatan dan kepastian hukum.

Keberpihakan kepada keadilan dan rakyat merupakan tujuan dari adanya hukum progresif. Peraturan harus berada di bawah dari keadaan itu sendiri. Kekakuan pada teks peraturan yang ada, para penegak hukum harus berani untuk melakukan mobilisasi hukum.¹⁹⁵ Yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 bisa dikatakan pro rakyat dan pro keadilan. Yurisprudensi tersebut memang pro terhadap apa yang diinginkan kerabat non muslim. Dalam pasal 171 huruf b dan C Kompilasi Hukum Islam bahwasanya antara pewaris dan ahli waris harus seagama, yakni agama Islam. Mahkamah Agung di sini telah mengenyampingkan aturan tersebut. Bilamana aturan tersebut diterapkan maka kerabat non muslim akan

¹⁹⁵ Saifullah, "Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah", 7.

merasa tidak adil, dikarenakan antara kerabat non muslim dengan pewaris muslim semasa hidupnya sangat harmonis dan pewaris muslim merasa tidak dirugikan oleh kerabat non muslim, meskipun berbeda keyakinan. Bahwasanya kerabat non muslim tidak dikategorikan kafir harbi sebagaimana yang tercantum dalam yurisprudensi tersebut. Yurisprudensi tersebut mencerminkan keadilan substantif dan perlindungan hukum bagi kerabat non muslim. Masyarakat Indonesia yang majemuk yakni suku, ras, agama dan budaya. Dalam hal ini, kebebasan beragama telah mendapatkan pengakuan, jaminan dan perlindungan hukum oleh negara sebagaimana tercantum dalam pasal 28 D ayat (1), pasal 28 E, pasal 28 I dan pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan,

Pasal 28 D ayat (1)

“Setiap orang berhak atas pengakuan jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di depan hukum”.¹⁹⁶

Pasal 28 E

“Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran”¹⁹⁷

Pasal 28 I

¹⁹⁶ Pasal 28 D ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945.

¹⁹⁷ Pasal 28 E Undang-Undang Dasar 1945.

“Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif”.¹⁹⁸

Pasal 29 ayat (2)

“Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya itu”.¹⁹⁹

Hukum progresif memiliki tujuan untuk memberikan kebahagiaan dan kesejahteraan bagi manusia. Rasa Bahagia yang diberikan sesuai dengan apa yang ditekankan oleh orang timur.²⁰⁰ Untuk mencapai kesejahteraan dan kebahagiaan, maka keadilan substantif perlu ditegakkan. Karena bilamana keadilan substantif ditegakkan, maka akan bermuara kepada kesejahteraan dan kebahagiaan. Dengan adanya lembaga wasiat wajibah yang diperuntukkan kepada kerabat non muslim sebagaimana dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 menunjukkan bahwa Mahkamah Agung sebagai pemikir dan pembaharuan hukum Islam telah memberikan keadilan substansial dan kemaslahatan kepada para pihak berperkara (pencari keadilan), sebagaimana hukum progresif bahwa hukum diciptakan memenuhi keperluan manusia bukan manusia untuk hukum. Hakikat manusia sendiri bahwa mereka memiliki sifat yang baik sehingga menjadi modal yang layak dalam rangka sistem hukum yang baik dalam kehidupan mereka. Hukum tidak menempati posisi berada di atas segalanya

¹⁹⁸ Pasal 28 I Undang-Undang Dasar 1945.

¹⁹⁹ Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Dasar 1945.

²⁰⁰ Saifullah, “Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah”, 7.

melainkan hanya dijadikan sebagai alat tentu agar manusia mencapai keadilan yang penuh. Hukum diciptakan bukan untuk dirinya sendiri tetapi diciptakan untuk kepentingan yang lebih kompleks. Sehingga apabila terjadi permasalahan, yang diperbaiki bukan manusianya melainkan hukumnya sebagai contoh memaksakan manusia agar selalu cocok dengan kerangka hukum yang ada.²⁰¹ Dalam hal ini hakim pemeriksa telah melakukan *contra legem* dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) dengan penciptaan hukum baru (*rechtschepping*). Hakim mengadili/memutus perkara dengan mengambil sumber hukum tidak tertulis sebagai dasar hukumnya dalam pertimbangan hukumnya yaitu *qoul* (pendapat) ulama Yusuf Qardhawi. Hal ini juga sesuai dengan pendapat Ibnu Hazm azh-Zhahiri, ath-Thabari dan Abu Bakar bin Abdul Aziz dari kalangan Hambali. Hakim mengenyampingkan pasal 171 huruf (c) Kompilasi Hukum Islam. Bahwa dengan adanya terobosan hukum (*rule breaking*) tersebut hakim pemeriksa perkara telah melihat adanya keadilan substantif dan kemanfaatan hukum dengan yurisprudensi tersebut. Menurut Taufik (hakim agung) alasan Mahkamah Agung memberi wasiat wajibah terhadap saudara meskipun berbeda kepercayaan karena menurut perspektif Mahkamah Agung saudara yang berbeda keyakinan terhalang oleh pewaris muslim secara yuridis formatif. Terlebih lagi sesuai dengan pendapat Ibnu hazm bahwa meskipun memiliki perbedaan dalam keyakinan, saudara atau kerabat tetap hidup dengan penuh kedamaian sehingga tidak ada kerugian yang diderita karena adanya perbedaan agama. Tentu tidak adil apabila kerabat

²⁰¹ Saifullah, "Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah", 7.

atau saudara yang telah hidup berdampingan dengan lama tidak menerima warisan. Hingga akhirnya saudara atau kerabat yang memeluk agama lain tetap memperoleh warisan maksimal sebanyak 1/3 untuk memperoleh kemaslahatan.²⁰² Yurisprudensi tersebut mencerminkan keadilan substantif. Kerabat non muslim menjadi bahagia dan sejahtera dengan diberikannya bagian dari harta warisan pewaris muslim melalui lembaga wasiat wajibah. Hal tersebut selaras dengan hukum progresif. Bahwasanya hukum mengantarkan manusia kepada kebahagiaan dan kesejahteraan.

Hukum progresif bahwasanya hukum selalu berada dalam proses menjadi (*law as a procces law in the making*). Wasiat wajibah di negara-negara muslim seperti negara Mesir, Maroko, Syria dan Tunisia diperuntukkan untuk cucu-cucu (*mahjub*) yang orangtuanya telah meninggal dunia lebih dahulu daripada si pewaris (kakeknya). Di Indonesia kewarisan untuk cucu-cucu yang orang tuanya telah meninggal lebih dahulu daripada si pewaris (kakeknya) dengan menggunakan lembaga ahli waris pengganti (*plaatsvervulling*), sebagaimana termaktub dalam pasal 185 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi,

1. “ahli waris yang meninggal lebih dahulu digantikan oleh anaknya”.
2. “bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan yang digantikan”.²⁰³

²⁰² Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 247-248. Lihat juga Abdul Gafur, “Analisis Konsep Wasiat Wajibah Dalam KHI dan Putusan MA”, 3-4.

²⁰³ Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam.

Akan tetapi di Indonesia wasiat wajibah diperuntukkan untuk orang tua angkat dan anak angkat sebagaimana terkmaktub dalam pasal 209 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi,

1. “jika orang tua angkat meninggal tanpa meninggalkan wasiat, anak angkat berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan sebagai wasiat wajibah”.
2. “jika anak angkat meninggal tanpa wasiat, orang tua angkat juga berhak mendapatkan wasiat wajibah dari harta peninggalan anak angka”.²⁰⁴

Namun dalam perkembangannya, wasiat wajibah diperluas cakupannya untuk diperuntukkan kepada kerabat non muslim sebagaimana dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015. Ketentuan tersebut sesuai dengan hukum progresif bahwasanya hukum selalu berada dalam proses menjadi (*law as a procces law in the making*). Kemampuan hukum ditentukan oleh manusia itu sendiri sehingga menjadi sebuah kesalahan berpendapat hukum bersifat final.

Hukum progresif tidak bersikap sesuai dengan kondisi yang berlaku saat ini maupun bersikap tunduk patuh kepada apapun. Perubahan tidak akan pernah terjadi apabila kita terdoktrin bahwa segala sesuatu sudah disesuaikan. Apabila hal ini terjadi mengacu pada maksimum masyarakat untuk hukum.²⁰⁵ Dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 terdapat pembaharuan hukum kewarisan Islam. Sehingga yurisprudensi tersebut menjadi pedoman hakim peradilan di bawahnya.

²⁰⁴ Pasal 209 ayat (1) dan (2) Kompilasi Hukum Islam.

²⁰⁵ Saifullah, “Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah”, 7.

Menurut Taufiq (hakim agung), penerapan wasiat wajibah pada kerabat yang memeluk agama lain memiliki beberapa persyaratan. Apabila pewaris yang beragama muslim telah tinggal dan berhubungan dengan damai serta harmonis ketika masih hidup, pewaris yang memiliki saudara atau kerabat non muslim wajib hukumnya menerapkan wasiat wajib. Namun apabila kerabat yang berbeda agama menyakiti pewaris yang muslim, maka kerabat tersebut tidak memiliki hak untuk menerima warisan.²⁰⁶

Hukum progresif menjunjung sikap kebebasan. Dalam ruang lingkup hukum kewarisan Islam, hukum ini bertujuan untuk menciptakan kemaslahatan. Kemaslahatan mustahil tercapai tanpa adanya keadilan. Demikian halnya wasiat wajibah bagi kerabat yang memeluk agama berbeda bertujuan untuk memberikan rasa adil yaitu memberikan hak kerabat non muslim dan terlebih di antara kerabat non muslim dengan pewaris muslim terjadi hubungan yang harmonis meskipun berbeda agama atau keyakinan, karena tidak adanya kejelasan hal tersebut dalam undang-undang maka alternatif yang dapat dijadikan sebagai solusi dengan menerapkan wasiat wajibah.²⁰⁷ Dengan demikian dapat dikatakan, konsepsi wasiat wajibah dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 telah memperluas cakupan wasiat wajibah dari yang hanya untuk cucu yatim atau anak angkat dan orang tua angkat menjadi lebih luas yang tidak hanya mencakup bapak ibu dan kerabat yang karena halangan syarak tidak mendapat

²⁰⁶ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 269.

²⁰⁷ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 232-235.

warisan karena *mahjub* dan berstatus *dzawil arham*, akan tetapi juga karena *mamnu'* yaitu kerabat non muslim. Di sini Mahkamah Agung telah melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*) terhadap peristiwa hukum konkret tentang hubungan harmonis antara kerabat non muslim dengan pewaris muslim.²⁰⁸ Mahkamah Agung mengenyampingkan aturan tertulis sebagaimana dalam pasal 171 huruf b dan c, bahwasanya antara pewaris dan ahli waris harus seagama yakni, agama Islam. Mahkamah Agung telah membuat kreativitas dan inovasi sehingga yurisprudensi tersebut mengisi kekosongan hukum (*rechts vacuum*) dan kekosongan peraturan perundang-undangan (*wet vacuum*).

Pembacaan hukum hakim pemeriksa perkara tidak hanya secara tekstual (yuridis semata) yaitu berdasarkan pengejaan pasal demi pasal dalam peraturan perundang-undangan. Hakim dituntut mempertimbangkan dalam perkara yang diadili dengan pendekatan filosofis, sosiologis dan yuridis sehingga hukum yang diputus mencerminkan kemaslahatan, keadilan, kemanfaatan hukum. Hukum progresif bukan menempatkan hukum sebagai keadilan yang absolut melainkan melihat bagaimana manusia dalam menggunakannya sehingga kembali bergantung pada manusia.²⁰⁹ Hal tersebut selaras dengan pasal 5 Undang-undang nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, “hakim dan hakim konstitusi wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat”.²¹⁰ Dan dalam 229 Kompilasi Hukum Islam yang

²⁰⁸ Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*, 239.

²⁰⁹ Saifullah, “Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah”, 7.

²¹⁰ Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.

berbunyi, “hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.”²¹¹ Bahwasanya hakim dianggap tahu hukum (asas *ius curia novit*) sebagaimana dalam pasal 10 ayat (1) Undang-undang nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi, “Pengadilan dilarang menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.”²¹² Hukum progresif melihat, mengamati dan menjadi panduan untuk memberikan jalan menuju keadilan. Dari hasil pengalaman dan pengamatan secara langsung berkaitan dengan bagaimana hukum terus mengalir, kemudian menumbuhkan keyakinan apabila hukum dibiarkan secara alami maka hukum akan terus mengalir. Hal ini dapat tercapai jika hukum pada setiap kali digunakan mampu membebaskan penghalang dan sekat yang membuat hukum tersebut menjadi stagnan. Apabila hukum mengalami stagnan maka dapat dikatakan bahwa hukum tidak mampu melayani manusia dengan baik. Hukum progresif yang begitu sederhana itu menekankan kepada kebebasan pola pikir dan tingkah laku dalam hukum. Kebebasan ini kemudian membuat para penegak hukum memiliki keyakinan bahwa hukum tidak pernah stagnan dan terus mengalir secara alami untuk menunaikan tugasnya sebagai alat manusia guna menggapai kemaslahatan.²¹³

²¹¹ Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam.

²¹² Pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

²¹³ Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, 69.

Hukum progresif itu merobohkan, mengganti dan membebaskan. Hukum progresif menolak sikap *status quo* dan submisif.

Yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 merupakan terobosan hukum baru (*rule breaking*) dan pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia. Bahwasanya dengan adanya yurisprudensi tersebut hukum Islam di Indonesia tidak kehilangan substansinya yaitu kemaslahatan. Bahwasanya hukum Islam di Indonesia yang berkemaslahatan dapat menyesuaikan perkembangan sosio kultural masyarakat yang beragam/majemuk yakni suku, ras, agama, dan budaya. Bahwasanya Islam itu *rahmatan lil alamin*. Sehingga bagi kerabat non muslim yang pada dasarnya terhalang menerima kewarisan berdasarkan hadis Usamah bin Zaid tersebut dan pasal 171 huruf (c) Kompilasi Hukum Islam dapat dicarikan solusinya oleh hakim agung Mahkamah Agung melalui lembaga wasiat wajibah. Moral hukum progresif ingin mendorong agar cara kita berhukum tidak pernah mengenal waktu untuk berhenti, melainkan selalu ingin melakukan sesuatu menuju kepada keadaan yang lebih baik dan lebih sempurna. Hukum progresif memiliki moral bahwa hukum tidak akan pernah stagnan atau jalan di tempat melainkan terus mengalir menuju ke arah yang lebih optimal dan lebih sempurna. Kata khas dan selesai tidak dapat menjadi penggambaran tipe hukum progresif. Tipe hukum progresif memberikan kebebasan untuk menentukan gagasan yang terus bergerak, terkekang oleh status quo, hingga menjadi terhenti. Landasan utama yang dijadikan oleh hukum progresif adalah manusia itu sendiri. Hukum progresif dapat

digambarkan sebagai plang petunjuk, senantiasa memperingatkan. Hukum akan terus bergerak maju dan tidak akan jalan di tempat untuk menjalankan tugasnya dalam melayani manusia yang seiring waktu juga mengalami perubahan.²¹⁴

²¹⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, vi-viii.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. Bahwasanya dialektika hukum waris perspektif Yusuf Qardhawi dijadikan sebagai dalil hukum wasiat wajibah yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 sebagaimana termaktub di dalam kitabnya bahwasanya ulama Yusuf Qardhawi berpendapat ahli waris muslim boleh mewarisi dari harta warisan pewaris non muslim selama tidak dikategorikan kafir harbi, dan tidak boleh dengan sebaliknya. Dengan *ilhaqul masail bi nazhairiha* bahwasanya kerabat non muslim boleh menerima wasiat wajibah dari harta warisan pewaris muslim selama tidak dikategorikan kafir harbi. Hal tersebut juga sesuai dengan pendapat Ibnu Hazm azh-Zhahiri, ath-Thabari dan Abu Bakar bin Abdul Aziz dari kalangan Hambali.
2. Ketentuan wasiat wajibah terhadap non muslim dalam yurisprudensi Mahkamah Agung nomor 16K/AG/2010 dan nomor 721K/AG/2015 menurut hukum progresif ialah bahwasanya wasiat wajibah dalam pertimbangan hukumnya hakim telah berani melakukan terobosan hukum (*rule breaking*) dengan menggunakan penemuan hukum (*rechtsvinding*) melalui penciptaan hukum baru (*rechtschepping*) dengan mengambil pendapat ulama Yusuf Qardhawi. Bahwasanya hukum progresif bukanlah institusi yang final, akan tetapi hukum progresif selalu berada dalam proses untuk terus menjadi (*law as a proces law in the making*). Karena

hukum untuk manusia bukan manusia untuk hukum. Hukum progresif memiliki tipe responsif. Dalam tipe responsif, hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Hukum progresif itu dijalankan dengan kecerdasan spiritual dan hati nurani. Yurisprudensi tersebut bisa dikatakan pro rakyat dan pro keadilan. Hukum progresif itu mengantarkan kebahagiaan dan kesejahteraan. Yurisprudensi tersebut bagi kerabat non muslim mencerminkan keadilan substantif.

B. Saran

Berikut saran yang dapat diajukan peneliti diantaranya :

1. Bahwasanya dengan adanya yurisprudensi wasiat wajibah bagi non muslim sangatlah mencerminkan keadilan dan kemanfaatan hukum bagi pihak pencari keadilan. Hakim pemeriksa perkara telah berani melakukan terobosan hukum (*rule breaking*) dengan melakukan penemuan hukum (*rechtsvinding*). Menurut peneliti perlu diupayakan seminar sosialisasi hukum bagi kalangan para akademisi hukum. Karena menurut peneliti adanya wasiat wajibah masih banyak dikalangan para mahasiswa hukum yang sedikit mengenal wasiat wajibah apalagi para mahasiswa hukum yang bukan prodi al-ahwal asy-syakhsyiyah.
2. Menurut peneliti saran bagi peneliti selanjutnya sebaiknya peneliti selanjutnya lebih memahami aturan-aturan wasiat wajibah di negara-negara muslim beserta beberapa pendapat fuqaha terhadap wasiat wajibah baik terhadap pemahaman surat Al-Baqarah ayat 180 dan peruntukan

cakupannya baik untuk anak angkat, non muslim, anak tiri dan anak hasil luar nikah. Dan diharapkan bagi peneliti selanjutnya dengan menggunakan analisis teori-teori hukum yang relevan lainnya agar dapat diambil hasil pembahasan yang lebih komprehensif dan mendalam.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad, Azmi Zamroni. *Penarikan Kriteria Penerima Wasiat Wajibah Berdasarkan Maqashid Syariah*, Tesis. Undergraduate Thesis: UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2019.
- Aminuddin, Luthfi Hadi. *Dari Qawli Hingga Manhaji Dinamika Metode Penetapan Fatwa Hukum Islam di Nahdlatul Ulama*. Surabaya: LTN Pustaka, 2022.
- Apriyudi, Eka. "Pembagian Harta Waris Kepada Anak Kandung Non Muslim Melalui Wasiat Wajibah", *Jurnal Kerta Patrika*, Vol. 40, No. 1 April 2018.
- Arto, Mukti. *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan Penerapan Penemuan Hukum, Ultra Petita dan Ex Officio Hakim Secara Proporsional*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2018.
- Astitin, Nurul. *Relevansi Pemikiran Ibnu Hazm Tentang Konsep Wasiat Wajibah Di Indonesia (Studi Tentang Putusan MA Nomor 16K/AG/2010)*, Tesis. Undergraduate Thesis: IAIN Jember, 2019.
- Aulia, M. Zulfa. "Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo: Riwayat, Urgensi dan Relevansi". *Undang: Jurnal Hukum*, Vol. 1, No. 1 (2018).
- Az-Zuhaili, Wahbah. *Fiqh Al-Islami Wa Adillatuhu Juz 8*. Damaskus : Dar Fikr, 1985.
- Az-Zuhaili, Wahbah. *Fiqh Islam Wa Adillatuhu*. Depok: Gema Insani, 2011.
- Bakar, Al Yasa Abu. *Ahli Waris Sepertalian Darah: Kajian Perbandingan terhadap Penalaran Hazairin dan Penalaran Fiqh Madzhab*. Jakarta: INIS, 1998.
- Bashofi, Najib Ihda. *Analisis Keadilan Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non Muslim (Studi Kritis Putusan MA No. 16K/AG/2010)*, Tesis. Undergraduate Thesis: UIN Antasari Banjarmasin, 2018.
- Djazuli, A. *Kaidah-Kaidah Fikih: Kaidah-Kaidah Hukum Islam Dalam Menyelesaikan Masalah-Masalah Yang Praktis*. Jakarta: Kencana, 2017.
- Fauzi, Mohammad Yasir. *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif serta Kontribusinya Terhadap Hukum*

- Keluarga di Indonesia*, Disertasi. Undergraduate Thesis:UIN Raden Intan Lampung, 2020.
- Gafur, Abdul. “Analisis Konsep Wasiat Wajibah Dalam KHI dan Putusan MA”, *Al-Mazaahib: Jurnal Perbandingan Hukum*, Vol. 10, No. 1, Juni 2022.
- Harisudin, M. Noor. *Argumentasi Fikih Untuk Minoritas Muslim*. Surabaya: Pustaka Radja, 2020.
- Hazm, Abu Muhammad ‘Ali Ibn. *Al-Muhalla bi Al-Atsar*. Beirut: Dar Al-Kutub Al-‘Alamiyah, 2003.
- Hazm, Ibnu. *Al-Muhalla bi al-Atsar Juz 8*. Beirut: Dar Kutub Ilmiah, 2003.
- <https://kbbi.kemdikbud.go.id/entri/pengadilan%20agama>. Diakses pada tanggal 04-02-2024.
- Husaini, Akhmad. *Pelaksanaan Wasiat Wajibah di Indonesia dan Malaysia (Studi Komparasi Kompilasi Hukum Islam dan Enakmen Wasiat Orang Islam*, Tesis. Undergraduate Thesis: IAIN Jember, 2020.
- Ibrahim, Johnny. *Teori Dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayu Media, 2008.
- Jarchosi, Achmad. “Pelaksanaan Wasiat Wajibah”. *ADHKI : Journal of Islamic Family Law*, Vol. 2, No. 1, Juni 2020.
- Junaedi, “Peranan dan Eksistensi Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia”, *Jurnal Kajian Hukum dan Keadilan*, Vol. 1, No. 1 Februari Tahun 2023.
- Junaedi, Ahmad. *Wasiat Wajibah (Pergumulan Antara Hukum Adat dan Hukum Islam di Indonesia)*. Yogyakarta : Pustaka Pelajar, 2013.
- Kamil, Ahmad dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*. Jakarta: Kencana, 2008.
- Kompilasi Hukum Islam.
- Kuswanto, Bambang. *Implementasi Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat Perspektif Teori Keadilan John Rawls (Studi Perkara Pengadilan Agama Kabupaten Malang Nomor 0915/Pdt.G/2015/PA.Kab.Mlg)*, Tesis. Undergraduate Thesis: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2018.

- Manan, Abdul. “Beberapa Masalah Hukum Tentang Wasiat dan Permasalahannya Dalam Konteks Kewenangan Peradilan Agama”, *Mimbar Hukum Aktualisasi Hukum Islam*, Edisi IX, Nomor 38, 1998.
- Manan, Abdul. *Aneka Masalah Hukum Perdata Islam di Indonesia*. Jakarta: Kencana, 2008.
- Manan, Abdul. *Pembaruan Hukum Islam di Indonesia*. Depok: Kencana, 2017.
- Mannan, Abdul. “Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Praktek Hukum Acara Di Peradilan Agama”, *Jurnal Hukum dan Peradilan*, Vol. 2 No. 2 Juli 2013.
- Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Kencana, 2016.
- Maulidiyah, Rahmi *Wasiat Wajibah Dalam Pandangan Fuqaha (Studi Analisis Pasal 209 Ayat (2) KHI Tentang Wasiat Wajibah Terhadap Anak Angkat)*, Tesis. Undergraduate Thesis: Institut Ilmu Al-Qur’an Jakarta, 2015.
- Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*. Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2014.
- Mutmainnah, Iin dan Muhammad Sabir. “Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)”, *Diktum: Jurnal Syariah dan Hukum*, Vol. 17, No. 2, Desember 2019
- Mutmainnah, Iin. *Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995)*, Tesis. Undergraduate Thesis: UIN Alauddin Makassar, 2015.
- Noor, Juliansyah. *Metodologi Penelitian*. Jakarta: Prenada Media Group, 2015.
- Permana, Adi Rizka. “Peranan Yurisprudensi Dalam Membangun Hukum Nasional di Indonesia”, *Khazanah Multidisiplin*, Vol. 2 No. 2 Tahun 2021.
- Qardhawi, Yusuf. *Fatwa Fatwa Kontemporer Jilid 3*. Depok : Gema Insani Press, 2002.
- Qardhawi, Yusuf. *Fi Fiqh al-Aqalliyat al-Muslimat Hayat al-Muslimin Wasat al-Mujtamaat al-Ukhra*. Mesir: Dar Syuruq, 2001.
- Qardhawi, Yusuf. *Fiqh Minoritas Fatwa Kontemporer Terhadap Kehidupan Kaum Muslimin Di Tengah Masyarakat Non Muslim*. Jakarta: Zikrul Hakim, 2004.

- Qardhawi, Yusuf. *Min Hadyu al-Islami Fatawi Muashiroh Juz 3*. Beirut: Maktabah Islami, 2003.
- Rahardjo, Satjipto. *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009).
- Rahardjo, Satjipto. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta : Kompas, 2008.
- Rahardjo, Satjipto. *Penegakan Hukum Progresif*. Jakarta : Kompas, 2010.
- Rahman, Fatchur. *Fiqh Waris*. Bandung: PT Alma'arif Bandung, 1975.
- Rahman, Fathur. *Ilmu Waris*. Bandung: Al-Ma'arif:1998.
- Rasyid, Roihan A. "Pengganti Ahli Waris dan Wasiat Wajibah", dalam Cik Hasan Bisri, *Kompilasi Hukum Islam dan Peradilan Agama dalam Sistem Hukum Nasional*. Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1999.
- Rifani, Riza. "Konsep Ilhaq Al-Masail Bi Nazhairiha Dan Metode Penerapannya Pada Kasus Kontemporer", *Jurnal Al-Nadhair* Vol. 2 No. 1 Tahun 2023.
- Riyanta, *Hubungan Muslim dan Non Muslim Dalam Kewarisan Dinamika Pemikiran Fiqh Klasik Menuju Fiqh Indonesia Modern*. Yogyakarta: Kurnia Kalam Semesta, 2018.
- Sabiq, Sayyid. *Fiqh Sunnah*. Jakarta: PT Pena Pundi Aksara, 2009.
- Saifullah, "Kajian Kritis Teori Hukum Progresif Terhadap Status Anak Di Luar Nikah Dalam Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010".
- Saifullah, *Dinamika Teori Hukum Sebuah Pembacaan Kritis Paradigmatik*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2018.
- Setyawan , Rahmad. "Wasiat Wajibah, Non Muslim dan Kemaslahatan Hukum : Studi Putusan MA Tahun 1995-2010", *Jurnal Ilmu Syari'ah dan Hukum*, Vol. 53, No. 1, Juni 2019.
- Setyawan, Rahmad. *Penerapan Wasiat Wajibah Kepada Ahli Waris Non Muslim Perspektif Masalah Mursalah (Studi Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Tahun 1995-2010)*, Tesis. Undergraduate Thesis: UIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2019.
- Simanjuntak, Enrico. "Peran Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum di Indonesia", *Jurnal Konstitusi*, Vol. 16, No. 1 Maret Tahun 2019.

- Siregar, Bismar. *Perkawinan, Hibah dan Wasiat dalam Pandangan Hukum Bangsa*. Yogyakarta, Fakultas Hukum UI, 1985.
- Suparman, Eman. *Intisari Hukum Waris di Indonesia*. Bandung: Mandar Maju, 1981.
- Syamsudin, M. *Konstruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*. Jakarta : Kencana, 2012.
- Syukur, Sarmin. *Hukum Acara Peradilan Agama Di Indonesia*. Surabaya: Jaudar Press, 2017.
- Undang-Undang Dasar 1945.
- Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman.
- Usman, Suparman dan Yusuf Somawinata, *Fiqih Mawaris Hukum Kewarisan Islam*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 1997.
- Wahidah, Uzliah. *Tinjauan Keadilan Pembagian Wasiat Wajibah Bagi Anak Angkat (Studi Pandangan Hakim Pengadilan Agama dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember)*, Tesis. Undergraduate Thesis: UIN Maulana Malik Ibrahim Malang, 2014.
- Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 16K/AG/2010.
- Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 721K/AG/2015.