

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Konsep keadilan akan terus berkembang sejalan dengan perkembangan sosial. Keadilan dalam kehidupan menjadi kebutuhan penting bagi manusia agar setiap orang bisa menyeimbangkan antara menuntut haknya dan melaksanakan kewajibannya dalam upaya mencapai kebenaran. Dengan demikian, kebenaran dan kewajiban mesti serasi dan seimbang dalam kehidupan. Hukum hanya kumpulan kata-kata ketika hukum tidak mencapai keadilan. Ketika hukum tidak mengakui keadilan, maka hukum tak berarti. Formulasi hukum adalah keserasian antara kepastian hukum dan proporsionalitas hukum.¹

Dasar seorang hakim dalam mengambil putusan adalah “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhahan Yang Maha Esa”. Dengan demikian, dalam menetapkan putusannya, pertama-tama seorang hakim bermunajat kepada Allâh SWT. Atas nama-Nya suatu putusan diucapkan. Ia bersumpah atas nama Tuhan Yang Maha Esa. Pada saat itulah hatinya bergetar. Ini merupakan peringatan bagi siapa saja. Pesan Rasulullah Muhammad S.A.W kepada seorang sahabatnya, sebuah pesan yang indah, yang wajib dipahami, dihayati, dan diamalkan oleh para hakim, sebagai berikut:

Wahai Abu Hurairah, keadilan satu jam lebih utama dari ibadahmu puluhan tahun, shalat, zakat dan puasa. Wahai Abu Hurairah,

¹Muhammad Helmi, “Konsep Keadilan Dalam Filsafat Hukum dan Filsafat Hukum Islam”, *Mazahib* 14, no. 2 (2015): h. 133.

penyelewengan hukum satu jam lebih pedih dan lebih besar dalam pandangan Allâh daripada melakukan maksiat enam puluh tahun.²

Dalam Islam, perintah berlaku adil ditujukan kepada setiap subyek hukum tanpa pandang bulu perkataan yang benar harus disampaikan apa adanya walaupun perkataan itu akan merugikan kerabat sendiri. Keharusan berlaku adil pun harus ditegakkan dalam keluarga dan masyarakat muslim itu sendiri, bahkan kepada orang kafir pun, umat Islam diperintahkan berlaku adil. Untuk itu keadilan harus ditegakkan tanpa membedakan karena kaya atau miskin, pejabat atau rakyat jelata, wanita atau pria, mereka harus diperlakukan sama dan mendapat kesempatan yang sama. Keadilan hanya bisa dipahami jika diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu.³

Hukum Islam di Indonesia berkembang sejalan dengan perkembangan dan perluasan wilayah Islam serta berhubungan dengan budaya dan masyarakatnya. Islam tumbuh di tengah masyarakat dengan sistem nilai dan budaya kemudian menggeser norma-norma hukum yang berlaku sebelumnya.⁴ Jika hukum Islam diaktualisasikan dalam penalaran hukum Islam yaitu pola penalaran *istinbâth*

²Bismar Siregar, *Hukum Hakim dan Keadilan Tuhan* (Jakarta: Gema Insani Press, 1995), h. 19-20.

³Juhaya S. Praja, *Filsafat Hukum Islam* (Bandung: Pusat Penerbitan Universitas LPPM UNISBA, 1995), h. 73.

⁴Habiburrahman, *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam di Indonesia* (Jakarta: Kencana, 2011), h. vii.

bayâniy, *qiyâsiy* maupun *ta'âlîiy*⁵, maka keberlakuan hukum Islam akan menjadi semakin relevan dengan tuntutan dan perubahan di masyarakat.⁶

Ibnu Qayyim menjelaskan bahwa tujuan syari'at Islam adalah untuk mewujudkan kebaikan hamba dunia dan akhirat, seluruhnya mengandung keadilan, rahmat, kemaslahatan dan hikmah, jika keluar dari empat nilai yang dikandungnya, maka hukum tersebut tidak dinamakan syari'at Islam.⁷

Seiring dengan dinamika struktural budaya penerapan hukum Islam membuka peran *ijtihâd* menjadi lebih luas, lebih *epistemologis* untuk mencapai tujuan syari'at Islam yang menjunjung tinggi nilai-nilai keadilan dan kemaslahatan umat manusia. Hukum Islam memiliki karakteristik *takâmul* (sempurna), *wasatiyyah* (harmonis) dan *harakah* (dinamis) melalui optimalisasi *ijtihâd* mampu mengakses budaya dan aktifitas kehidupan manusia menuju kemaslahatan umat dari berbagai aspek materi hukum yang dibutuhkan.⁸

Hukum Islam merupakan terjemahan atau penjabaran dari *syariah* dan *fiqh al-islâm* sekaligus. Jika dalam sejarah, kata hukum Islam diasosiasikan sebagai fikih, maka dalam perkembangannya, produk pemikiran hukum Islam, tidak lagi didominasi oleh fikih.⁹

⁵Al Yasa Abu Bakar, *Ahli Waris Sepertalian Darah: Kajian Perbandingan Terhadap Penalaran Hazairin dan Penalaran Fikih Madzhab* (Jakarta: INIS, 1998), h. 7.

⁶Habiburrahman, ed., *Rekonstruksi ...*, h. vii.

⁷Ibnu Qayyim, *I'lam al-Muwaqî'in 'an Rabb al-'Âlamin*, Jilid III, (Beirut: Dar al-Jayl, t.th), h. 3.

⁸Habiburrahman, ed., *Rekonstruksi ...*, h. 9.

⁹Ahmad Rofiq, *Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2015), h. 5.

Menurut Ahmad Rofiq setidaknya masih ada jenis produk pemikiran hukum Islam lainnya. *Pertama*, fatwa yaitu hasil *ijtihad* seorang mufti sehubungan dengan peristiwa hukum yang diajukan kepadanya. Jadi, fatwa lebih khusus daripada fikih atau *ijtihad* secara umum. Meskipun fatwa tidak mengikat, namun akan memberi pengaruh positif bagi tumbuhnya kesadaran keagamaan masyarakat. *Kedua*, keputusan pengadilan yaitu produk pemikiran berdasarkan pemeriksaan perkara di depan persidangan, dalam istilah teknis disebut *al-qadlâ* atau *al-hukm*. Karena idealnya seorang hakim juga harus memiliki syarat sebagaimana seorang *mujtahid*, maka keputusan pengadilan harus memenuhi perwujudan keadilan bagi pihak yang berperkara hal ini juga disebabkan keputusannya dapat dijadikan referensi hukum atau yurisprudensi bagi hakim yang lain dalam menangani perkara hukum yang sama, namun tetap bersifat dinamis hanya mengikat kepada pihak yang berperkara. *Ketiga*, undang-undang yaitu peraturan yang dibuat oleh suatu badan legislatif yang mengikat kepada setiap warga negara di mana undang-undang itu diberlakukan, dan apabila dilanggar akan mendapatkan sanksi. Perbedaan produk hukum ini dengan dua sebelumnya adalah merupakan produk hukum dari hasil *ijtihad* kolektif (*jamâ'iy*) dan dinamikanya relatif lamban.¹⁰

Salah satu bagian penting dari hukum Islam adalah hukum keluarga dan kebendaan yang di dalamnya mencakup hukum waris Islam. Hukum waris Islam dalam hal ini yang dianggap sangat penting karena pergeseran pemikiran dari hukum waris *qath'iy*¹¹ menjadi sesuatu yang di-*ijtihad*-kan.¹²

Turunnya ayat-ayat Al-Qur`ân yang mengatur pembagian warisan yang penunjukannya bersifat *qath'iy ad-dalâlah* adalah merupakan refleksi sejarah dari adanya kecenderungan materialistis umat manusia, di samping sebagai rekayasa social (*social engineering*) terhadap sistem hukum yang berlaku pada

¹⁰Ibid, h. 6.

¹¹Sukris Sarmadi, *Hukum Waris Islam di Indonesia Perbandingan Kompilasi Hukum Islam dan Fiqh Sunni* (Yogyakarta: Aswaja Presindo, 2013), h. 2.

¹²Habiburrahman, ed., *Rekonstruksi ...*, h. 9.

masyarakat Arab pra-Islam waktu itu¹³. Surat An-Nisâ` ayat 11-12 misalnya diturunkan karena kesewenang-wenangan saudara Sa'ad bin Rabi' yang ingin menguasai kekayaan peninggalannya ketika Sa'ad tewas di medan peperangan. Karena itulah Islam mengatur agar misi ajarannya dapat memberi rasa keadilan dan kesejahteraan bagi pemeluknya.¹⁴

Banyak upaya penafsiran kembali terhadap ayat-ayat Al-Qur`ân yang berhubungan dengan kewarisan, salah satunya upaya Hazairin salah satu pakar Hukum Adat menghimpun ayat-ayat kewarisan yaitu, Al-Baqarah ayat 180 (kewajiban untuk berwasiat kepada kedua orang tua dan keluarga dekat), Al-Baqarah ayat 240 (tentang wasiat kepada istri), Al-Baqarah ayat 233 (orang tua tidak diberati (*tudhârri*) karena anaknya dan begitu pula sebaliknya), An-Nisâ` ayat 7 (bagi setiap orang ada bagian tertentu dari harta warisan orang tua dan keluarga dekat), An-Nisâ` ayat 8 (anjuran untuk memberikan sekedar peragihan kepada keluarga yang tidak ikut mewarisi, yang hadir dalam pembagian warisan), An-Nisâ` ayat 11, 12, 176 (perincian bagian masing-masing ahli waris), An-Nisâ` ayat 32 (perintah untuk tidak beriri hati dengan perolehan orang lain) dan An-Nisâ` ayat 33 (tentang ahli waris karena penggantian), serta Al-Ahzâb ayat 4 dan 5 (ketentuan mengenai pembatalan anak angkat serta aturan peralihannya).¹⁵

Sedangkan ayat-ayat yang tidak dituliskan namun dipertimbangkan berhubungan dengan kewarisan adalah Al-Baqarah ayat 181 (yang memberi

¹³Ahmad Rofiq, ed., *Hukum ...*, h. 283

¹⁴Aulia Muthiah dan Novy Sri Pratiwi Hardani, *Hukum Waris Islam Cara Mudah dan Praktis Memahami dan Menghitung Warisan* (Jakarta:Pustaka Yustisia, 2015), h. 27.

¹⁵Al Yasa Abu Bakar, ed., *Ahl ...*, h.37.

peringatan agar berhati-hati dalam mengurus wasiat sehingga tidak terjadi pemalsuan) dan ayat 182 (yang memungkinkan perbaikan wasiat dalam hal kesalahan dari pihak pembuat wasiat sendiri), An-Nisâ` ayat 2,3,4,5,6,9 dan 10 (yang memberi peringatan kepada wali agar mengatur sebaik-baiknya keselamatan harta peninggalan yang menjadi milik ahli waris yang belum dewasa atau dungu), Al-Anfâl ayat 72 dan 75 serta Al-Ahzâb ayat 6 (mengenai kewarisan istimewa antara orang-orang seperjuangan dalam membela agama), Al-Ahzâb ayat 4 (yang menyatakan bahwa perempuan yang di-*zihhâr* tidaklah menjadi “ibu” bagi bekas suaminya.¹⁶

Di dalam Islam, yang didukung teori Kredo H.A.R. Gibb dinyatakan bahwa setiap orang beragama terikat, harus tunduk, taat, dan patuh kepada hukum agamanya. Tentu saja umat Islam terikat, harus tunduk dan patuh kepada hukum Islam dengan tetap mengacu kepada Al-Qur`ân dan Sunnah, tidak terkecuali dalam melaksanakan hukum waris.¹⁷

Seiring dengan perkembangan masyarakat permasalahan kontemporer tentang kewarisan pun makin berkembang diantaranya tentang ketentuan waris bagi ahli waris pengganti, anak angkat dan ahli waris beda agama merupakan persoalan krusial. Permasalahan tersebut bukan hanya disebabkan bertentangan dengan asas *ijbâriy* dalam hukum Islam, melainkan juga telah masuk menjadi sebagian pasal dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan telah banyak putusan pengadilan tentang masalah-masalah tersebut.¹⁸

¹⁶Ibid

¹⁷Habiburrahman, ed., *Rekonstruksi ...*, h. vii.

Habiburrahman dalam bukunya *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Islam* di Indonesia menyatakan bahwa pertimbangan kemaslahatan dan adat terbukti sangat lemah untuk dijadikan alasan penetapan hukum, kemudian terjadinya kekeliruan sejumlah hakim di Pengadilan Agama yang telah memutuskan hukum memberikan hak waris pengganti, anak angkat, dan ahli waris beda agama dengan putusan wasiat wajibah. Terbukti terlalu mempertimbangkan asas legalitas yang serta merta menyimpang dari ketentuan syariat yang telah ditolak oleh kalangan ulama *mujtahid* atau *jumhûr fuqahâ`*, selanjutnya dengan bersandar kepada kaidah hukum Islam yang berpengaruh kuat terhadap proses penegakan hukum waris Islam di Indonesia.¹⁹

Hak waris seseorang di dalam hukum Islam didasari oleh sebab-sebab tertentu yang berfungsi mengalihkan hak-hak seseorang yang telah meninggal dunia kepada ahli waris. Ahli waris merupakan perseorangan yang keberadaannya telah ditentukan oleh *nash* baik Al-Qur`ân maupun Sunnah. Sebab-sebab mewarisi yang disepakati ulama antara lain²⁰:

Pertama, adanya hubungan kekerabatan atau nasab (*al-qarâbah*²¹) ulama Hanafiyyah menyebutnya nasab hakiki, yaitu setiap hubungan yang penyebabnya adalah kelahiran. Hubungan kekerabatan menurut Islam yang menjadi dasar mewarisi, ini mencakup cabang-cabang atau keturunan si mayit dan asal usulnya

¹⁸Ibid

¹⁹Ibid

²⁰Al-Imam Al-Qadhi Abul Walid Muhammad Bin Ahmad Bin Muhammad Bin Rusyd Al-Qurthubiy Al-Andalusiy, *Bidâyat Al-Mujtahid Wa Nihâyat Al-Muqtashid*, Juz II, (Surabaya: Al-Hidayah, tt), h. 254.

²¹Wahbah Az-Zuhaili, *Fiqih Islam Wa Adillatuhu: Hak-Hak Anak Wasiat Wakaf Warisan Jilid 10*, diterjemahkan oleh Abdul Hayyie Al-Kattani dkk, (Jakarta: Gema Insani, 2011), h. 346

juga ana keturunan asal usul mayit hal ini dijelaskan dalam firman Allâh Surat An-Nisâ` ayat 7 dan Surat Al-Anfâl ayat 75.²²

Kedua, adanya hubungan perkawinan (*al-mushâharah*)²³ yaitu perkawinan antara seorang laki-laki dan perempuan yang sah yang dimaksud adalah akad yang sah, baik menurut hukum agama dan kepercayaan maupun hukum negara, meskipun belum pernah berkumpul atau telah bercerai, tetapi dalam masa *iddah* talak *raj'iy*.²⁴ Dasar hukum hubungan perkawinan sebagai sebab saling mewarisi adalah firman Allâh dalam surat An-Nisâ` ayat 12.

Ketiga, adanya hubungan memerdekakan hamba sahaya (*al-walâ`*)²⁵ yaitu hubungan antara bekas budak dengan orang yang memerdekakannya, apabila bekas budak itu tidak mempunyai ahli waris yang berhak menghabiskan seluruh harta warisannya. Dalam Kompilasi Hukum Islam, sebab-sebab saling mewarisi hanya dua hal, *pertama*, karena hubungan darah, dan *kedua*, karena hubungan perkawinan (Pasal 174 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam)

Adapun penghalang mewarisi yang berarti tindakan atau hal-hal yang dapat menggugurkan seseorang untuk mewarisi beserta adanya sebab-sebab dan syarat-syarat mewarisi. Penghalang-penghalang kewarisan atau *mawâni' al-irts* yang disepakati oleh jumbuh ulama meliputi²⁶ tiga, yaitu:

²²Ahmad Rofiq, ed., *Hukum ...*, h. 43

²³Wahbah Az-Zuhaili, ed., *Fiqih ...*, h. 347.

²⁴Ahmad Rofiq, ed., *Hukum ...*, h. 44-45

²⁵Wahbah Az-Zuhaili, ed., *Fiqih ...*, h. 348.

²⁶Ahmad Rofiq, ed., *Hukum...*, h. 318.

Pertama, perbudakan yaitu seseorang yang berstatus sebagai budak tidak mempunyai hak untuk mewarisi sekalipun dari saudaranya.²⁷ Sebab, segala sesuatu yang dimiliki budak, secara langsung menjadi milik tuannya atau karena status dirinya yang dipandang tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Demikian menurut *jumhûr* ulama berdasarkan firman Allâh dalam surat An-Nahl ayat 75:

✽ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ وَمَن رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا ۖ هَلْ يَسْتَوُونَ ۗ الْحَمْدُ لِلَّهِ ۗ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴿٧٥﴾

Kedua, pembunuhan, apabila seorang ahli waris telah terbukti membunuh pewaris, ia tidak berhak mendapatkan warisan²⁸. Hal ini juga dirumuskan dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 173.²⁹ Pembunuhan sebagai penghalang saling mewarisi didasarkan pada hadis berikut:

حدثنا قتيبة حدثنا الليث, عن إسحاق بن عبد الله, عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن, عن أبي هريرة, عن النبي صل الله عليه وسلم قال : القاتل لا يرث³⁰

Ketiga, perbedaan agama, seorang muslim hanya memberi hak waris kepada seorang muslim. Jika yang meninggal dunia seseorang yang beragama Islam, sedangkan ahli warisnya bukan muslim, maka dia tidak berhak

²⁷Ibid, h. 321.

²⁸Ibid, h. 318.

²⁹Mediya Rafeldi, *Kompilasi Hukum Islam* (Jakarta: Alika, 2016)

³⁰Muhammad Nashiruddin Al-Albani, *Shahih Sunan Tirmidzi: Seleksi Hadits Shahih dari Kitab Sunan Tirmidzi jilid 2*, diterjemahkan oleh Fachrurazi, (Jakarta Selatan: Pustaka Azzam, 2014), h. 635.

mendapatkan harta waris, dan juga sebaliknya.³¹ Hal ini juga dijelaskan dalam Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor: 5/MUNAS VII/MUI/9/2005 tentang Kewarisan Beda Agama³². Sedangkan dasar hukum perbedaan agama sebagai penghalang saling mewaris adalah hadis riwayat Imam Al-Bukhâri:

حدثنا أبو عاصم عن بن جريج عن بن شهاب عن علي بن حسين عن عمرو بن عثمان: عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم³³

Nabi sendiri mempraktikkan pembagian warisan, dimana perbedaan agama dijadikan sebagai penghalang mewarisi. Ketika paman beliau, Abu Thalib orang yang cukup berjasa dalam perjuangan dakwah Nabi S.A.W meninggal dunia sebelum masuk Islam, maka oleh Nabi S.A.W, harta warisannya hanya dibagikan kepada anak-anaknya yang masih kafir, yaitu ‘Uqail dan Thalib. Sementara anak-anaknya yang telah masuk Islam yaitu Ali dan Ja’far tidak diberi bagian oleh beliau.³⁴

أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن علي بن الحسين قال: إنما ورث أبا طالب عقيل و طالب و لم يرثه علي و لا جعفر, قال: فلذلك تركنا نصيبنا من الشعب.³⁵

³¹Imam Asy-Syafi’i, *Musnad Imam Syafi’i*, diterjemahkan oleh Rahmatullah dan Syahrul Afrizal Sitorus (Jakarta: Pustaka Azzam, 2008), h. 761.

³²Majelis Ulama Indonesia, *Himpunan Fatwa MUI Bidang Sosial dan Budaya* (Jakarta: Penerbit Erlangga, 2015), h. 250.

³³Al-Alâmah Al-Mudaqqiq Abi Abdillah Muhammad Bin Ismail Al-Bukhari, *Shahih Al-Bukhari hadis ke 6363*, Juz 4, (Bandung: Penerbit Diponegoro, tth) , h. 2706. Lihat juga Imam An-Nawawi, *Syarah Shahih Muslim*, diterjemahkan oleh darwis dkk, Jilid 7 (Jakarta: Darus Sunnah Press, 2010), h. 878

³⁴Ahmad Rofiq, ed., *Hukum ...*, h. 36

³⁵Imam Syafi’i, *Musnad Imam Syafi’i Jilid 2*, diterjemahkan oleh Rahmatulloh, (Jakarta: Pustaka Azzam, 2008). h. 761. Lihat juga Muhammad Nashiruddin Al-Albani, *Shahih Sunan Tirmidzi: Seleksi Hadits Shahih dari Kitab Sunan Tirmidzi*, Jilid 2, diterjemahkan oleh Fachrurazi, (Jakarta Selatan: Pustaka Azzam, 2014), h. 635.

Semua ulama madzhab sepakat bahwa orang muslim dan orang kafir tidak saling mewarisi. Akan tetapi sebagian ulama ada yang berpendapat bahwa orang muslim boleh mewarisi dari orang kafir, diantaranya. Pendapat tersebut diriwayatkan oleh Muadz bin Jabal R.A, Mu'awiyah, Sa'id bin Al-Musayyab, Abu Darda', Asy-Sya'bi, Az-Zuhri dan An-Nakha'i.³⁶ Pandangan yang paling *râjih* adalah yang menyatakan tidak adanya saling mewarisi antara muslim dan kafir dan sebaliknya antara kafir dan muslim.

Seseorang yang tergolong ke dalam salah satu sebab dari ketiga hal yang dapat menggugurkan hak warisnya, seperti membunuh atau berbeda agama, di kalangan *fuqahâ* dikenal dengan istilah *mahrûm*. Adapun *mahjûb* adalah hilangnya hak waris seorang ahli waris disebabkan adanya ahli waris yang lebih dekat kekerabatannya atau lebih kuat kedudukannya.³⁷

Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 172 dikatakan bahwa ahli waris dipandang beragama Islam apabila diketahui dari kartu identitasnya atau pengakuan atau amalan atau kesaksian, sedangkan bagi bayi yang baru lahir atau anak yang belum dewasa, beragama menurut ayahnya atau lingkungannya.³⁸

Aspek lain yang tidak bisa dipisahkan dari pelaksanaan hukum kewarisan Islam adalah masalah wasiat. Wasiat merupakan salah satu kewajiban yang harus

³⁶Beni Ahmad Saebeni dan Syamsul Falah, *Hukum Perdata Islam di Indonesia* (Bandung: CV Pustaka Setia 2011), h. 210. Lihat juga Imam An-Nawawi, *Syarah Shahih Muslim*, diterjemahkan oleh darwis dkk, Jilid 7, (Jakarta: Darus Sunnah Press, 2010), h. 879

³⁷Beni Ahmad Saebeni dan Syamsul Falah, ed., *Hukum ...*, h. 210.

³⁸Mediya Rafeldi, *Kompilasi Hukum Islam dan Undang-undang Perkawinan, Wakaf dan Penyelenggaraan Haji* (Jakarta: Alike, 2016), h. 44.

ditunaikan terlebih dahulu sebelum harta warisan dibagikan kepada para ahli waris sesuai dengan ketentuannya masing-masing.³⁹

Berkenaan dengan ahli waris yang secara *syar'îy* terhalang untuk mendapatkan harta warisan, maka salah satu upaya yang dapat ditempuh agar ahli waris yang terhalang secara *syar'îy* tersebut bisa mendapatkan harta warisan adalah melalui wasiat wajibah. Wasiat wajibah adalah suatu wasiat yang diperuntukkan kepada para ahli waris atau kerabat sepertalian darah dimulai dari orang tua yang tidak memperoleh bagian harta warisan (*ghairu wâris*) dari anak yang wafat karena adanya suatu halangan *syarâ'*.⁴⁰ Dari pemahaman inilah berkembang teori penalaran hukum atas hukum wasiat hingga sampai pada penalaran tentang kedudukan hukumnya.⁴¹

Berdasarkan paparan yang telah dikemukakan sebelumnya, terlihat bahwa beda agama merupakan salah satu penghalang kewarisan. Namun persoalan yang muncul kemudian adalah adanya kondisi sosiologis masyarakat, hakim memberikan hak waris kepada non-muslim yang merupakan kelompok *mahrûm* melalui wasiat wajibah, dengan tujuan sebagai jalan penyelesaian sengketa waris.

Beberapa tahun terakhir ini, asumsi tersebut secara faktual dipraktikan oleh Mahkamah Agung yang merekonstruksi wasiat wajibah untuk memutuskan beberapa kasus yang belum ada ketentuan hukumnya dalam Kompilasi Hukum Islam Indonesia. Kasus-kasus yang dimaksud adalah:

³⁹Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam* (Jakarta: Kencana, 2004), h. 280-283.

⁴⁰Al Yasa Abu Bakar, ed., *Ahli ...*, h.192-193.

⁴¹Fahmi Al Amruzi, *Rekonstruksi Wasiat Wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam*, (Yogyakarta: Aswaja Presindo, 2012), h. 80.

Pertama, Keputusan MA No. 51.K/AG/1999 yang memutuskan memberikan wasiat wajibah kepada saudara kandung non-muslim. Padahal sebagaimana diketahui konstruksi wasiat wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam dianalogikan kepada anak angkat dan orang tua angkat.

Kedua, Keputusan MA No. 16 K/AG/2010 tentang hak mewaris istri non-muslim dari suami yang beragama Islam melalui wasiat wajibah yang besarnya sama dengan besar bagian waris istri.

Ketiga, Mahkamah Agung membuat terobosan hukum untuk menetapkan hak-hak anak yang lahir dari hubungan di luar nikah dan pernikahan bawah tangan (*sirriy* dan *mut'ah*), melalui wasiat wajibah. Ketentuan tersebut tercantum dalam Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No 7 tahun 2012 hasil pembahasan Komisi Bidang Peradilan Agama MA. SEMA ini mengikat hakim-hakim peradilan-peradilan agama untuk menguatkan putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 dalam pengujian Pasal 43 ayat 1 UU No 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Diantara kasus-kasus itu, peneliti akan mengkaji lebih dalam adalah kasus wasiat wajibah kepada istri non-muslim yang merupakan yurisprudensi Mahkamah Agung dan dianggap sebagai pembaharuan hukum waris dan wasiat Islam di Indonesia. Istilah wasiat wajibah sekarang menjadi doktrin hukum baru dalam perbendaharaan hukum Islam. Dengan kata lain, mengapa ada wasiat bersifat wajib? Apakah ia merupakan hukum murni yang ada dalam ajaran hukum Islam ataukah merupakan produk yang dibuat oleh para yuris Islam di Indonesia.

Kenyataan adanya beberapa putusan hakim tentang wasiat wajibah menjadi gambaran yang jelas bahwa dasar hukum wasiat wajibah merupakan produk penalaran hukum para yuris Islam sehubungan dengan upaya pengembangan hukum normatif Islam tentang wasiat dan terobosan baru atas kekosongan hukum kewarisan terhadap orang-orang yang tidak mempunyai hak mewarisi dan ingin menuntut suatu keadilan dengan jalur hukum, yang bisa jadi putusan hakim tentang wasiat wajibah tersebut justru merupakan ketidakadilan bagi ahli waris yang merasa haknya dirugikan.

Kata wasiat dalam Al-Qur'an disebutkan sebanyak sembilan kali, dan kata lain yang seakar disebutkan dua puluh lima kali. Secara bahasa, kata wasiat artinya berpesan, menetapkan, memerintah.⁴² Secara terminologis menurut Sayyid Sabiq dalam *Fiqh Sunnah*, wasiat adalah:

هبة الإنسان عينا أو دينا أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد موت المصّي⁴³

Sementara menurut Abdur Rahim dalam bukunya *Al-Muhadarat fi Al-Miras Al-Muqaran*, mendefinisikan wasiat sebagai tindakan seseorang memberikan hak kepada orang lain untuk memiliki sesuatu baik berupa benda atau manfaat secara sukarela dan tidak mengharapkan imbalan yang pelaksanaannya ditangguhkan setelah peristiwa kematian orang yang memberi wasiat.⁴⁴

⁴²Ayat yang mengandung perintah (QS. Al-An'am, 6:151, 152, 153, An-Nisa' 4: 131), ayat yang mewajibkan (QS. Al-Ankabut 29:8, Luqman 31:14, As-Syura 42:13, Al-Ahqaf 46:15, dan mensyari'atkan An-Nisa 4:11)

⁴³Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Juz 3, (Kairo: Maktabah Dar At-Turats, tt), hal. 414

⁴⁴Abdul Rahim, *Al-Muhadarat fi Al-Miras Al-Muqaran*, (Kairo: tp,tt), h. 117.

Dari kedua definisi tersebut maka dapat dipahami bahwa wasiat merupakan sebuah tindakan sukarela pewasiat memberikan hak atau benda kepada orang lain tanpa mengharapkan imbalan yang pelaksanaannya berlaku setelah pewasiat meninggal dunia. Hal ini berdasarkan pendapat jumbuh ulama yang menetapkan hukum wasiat kepada kerabat yang tidak mewarisi hanyalah sunat.⁴⁵

Menurut Ibnu Katsir dalam tafsirnya bahwa sesungguhnya kewajiban berwasiat untuk kedua orang tua dan kerabat yang mewarisi *mansukh* berdasarkan *ijma'* bahkan dilarang, dalam hal ini kerabat ada dua macam kerabat yang mewarisi maka golongan ini tidak disyariatkan menerima wasiat dan kerabat yang tidak dapat mewarisi maka mereka boleh menerima wasiat.⁴⁶

Namun Ibn Hazm menyatakan bahwa seseorang wajib berwasiat untuk anggota kerabat yang tidak mewarisi, baik karena perbedaan agama, perbudakan ataupun karena terhijab. Selanjutnya menurut Ibn Hazm ada wasiat yang wajib dan ada yang sunat (*ikhtariah*). Wasiat wajib diperuntukkan bagi kerabat yang tidak mewarisi, sedang wasiat *ikhtariah* terserah kepada keinginan si pewasiat. Pendapat tentang wasiat wajib ini dijadikan dasar oleh perundangan-undangan Mesir untuk memberikan hak kewarisan kepada cucu yang didahului kematian ayahnya, yang terhijab oleh anak pewaris. Wasiat ini secara resmi disebut dengan istilah *al-wasiyyah al-wâjibah*.⁴⁷

⁴⁵Al Yasa Abu Bakar, ed., *Ahli ...*, h.191.

⁴⁶Abu Al-Fidâ` Ismâîl Ibn Umar Ibn Katsîr Al-Qursiyî Ad-Damsyiqiy, *Tafsir Al-Qur`ân Al-`Azhîm* (Beirut: Dâr Ibn Hazm, tt.) h. 234.

⁴⁷Al Yasa Abu Bakar, ed., *Ahli ...*, h.192.

Wasiat wajibah adalah suatu tindakan pembebanan oleh hakim atau lembaga yang mempunyai hak agar harta seseorang yang telah meninggal dunia, tetapi tidak melakukan wasiat secara sukarela, agar diambil hak atau benda peninggalannya untuk diberikan kepada orang tertentu dalam keadaan tertentu pula.⁴⁸

Ahmad Rofiq berpendapat bahwa pelaksanaan wasiat wajibah, yang pelaksanaannya diserahkan kepada inisiatif hakim atau penguasa, atau orang yang cakap melakukannya. Karena tujuan wasiat wajibah oleh hakim adalah untuk mendistribusikan keadilan, dengan pertimbangan kekerabatan yaitu memberikan bagian kepada ahli waris yang mempunyai pertalian darah, namun oleh *nash* tidak diberikan bagian, karena statusnya *dzâwil arhâm*⁴⁹ atau *ghairu waris*. Misalnya, cucu laki-laki dari garis perempuan atau cucu perempuan garis perempuan.⁵⁰

Dalam kitab Undang-Undang Hukum Wasiat Mesir Nomor: 71 Tahun 1946 menetapkan wajibnya pelaksanaan wasiat wajibah tanpa tergantung persetujuan ahli waris, kendati pun si mati tidak mewasiatkannya. Sedangkan wasiat wajibah dalam Kompilasi Hukum Islam dalam pasal 209 dinyatakan bahwa wasiat wajibah adalah untuk anak angkat dan orang tua angkat untuk menjebatani hukum waris Islam dengan hukum adat.⁵¹

Kehadiran sistem wasiat ini sangat penting artinya sebagai penangkal kericuhan dalam keluarga. Karena ada di antara anggota keluarga yang tidak

⁴⁸Rofiq, Ahmad, *Fiqh Mawaris* (PT Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2002), hal .184.

⁴⁹Ahmad Rofiq, ed., *Hukum ...*, h. 373.

⁵⁰Ibid, h .185.

⁵¹Ibid

berhak menerima warisan dengan jalan warisan. Pendapat ini yang menguatkan putusan Mahkamah Agung tentang Wasiat Wajibah terhadap Istri yang berlainan agama dengan suaminya yang beragama Islam yang sudah meninggal dunia.⁵²

Seorang istri seharusnya mendapatkan hak sebagai ahli waris atas dasar tali perkawinan namun jika ia beragama bukan Islam maka ia tidak lagi mempunyai hak sebagai ahli waris dalam ketentuan hukum Islam.⁵³ Namun Mahkamah Agung memutuskan untuk memberinya hak atas harta peninggalan suaminya berupa wasiat wajibah.⁵⁴

Jika melihat kembali ketentuan Undang-undang Perkawinan Tahun 1974 pasal 2 perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum agama masing-masing agama dan kepercayaannya itu., dari pasal ini dapat disimpulkan bahwa sebenarnya perkawinan antara wanita dan laki-laki yang berlainan agama adalah tidak sah menurut hukum undang-undang dan hukum Islam hal ini sesuai dengan Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor: 4/MUNAS VII/MUI/8/2005 tentang Perkawinan Beda Agama bahwa perkawinan beda agama adalah haram dan tidak sah⁵⁵.

Perkawinan berbeda agama telah dilarang dalam Al-Qur`an surat Al-Baqarah ayat 221 yang ditafsirkan haram hukumnya perkawinan tersebut menurut ulama dan tidak sah berdasarkan UU nomor 1 tahun 1974 pasal 2 ayat (1) tentang

⁵²Muhammad Mustafa Syalabi, *Ahkâm Al-Wasâyâ Wa Al-Awqâf* (Beirut: Ad-Dâr Al-Jâma'iyah, 2016), h.13-14.

⁵³Sukris Sarmadi, ed, *Hukum...*, h. 51.

⁵⁴Direktori Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Putusan MA No. 16 K/AG/2010*, <http://putusan.mahkamahagung.go.id/> (7 Maret 2018)

⁵⁵Majelis Ulama Indonesia, ed., *Himpunan...*, h. 242-249.

Perkawinan bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu. Sehingga hak waris seorang istri non-muslim dari perkawinannya dengan pewaris muslim dipertanyakan. Jika kembali kepada norma Al-Qur`an dan norma hukum positif perkawinan berbeda agama adalah tidak sah, sehingga seorang istri maupun suami yang bukan beragama Islam dilarang untuk mendapatkan bagian hak waris dari pasangannya (pewaris) muslim.

Maka timbul pertanyaan apakah perkawinan antara laki-laki muslim dan wanita non muslim merupakan perkawinan yang sah?. Dan apakah perkawinan itu dapat menjadi alasan hakim memutuskan bahwa istri non-muslim berhak mendapatkan wasiat wajibah karena wanita tersebut tidak mendapat hak waris dari suaminya? Apakah alasan pengabdian yang lama yang menjadi pertimbangan hakim memutuskan wasiat wajibah kepada istri non-muslim telah sesuai dengan keadilan hukum? Sehingga putusan hakim dalam pemberian hak wasiat wajibah kepada istri non-muslim dalam putusan MA No. 16 K/AG/2010 akan dipertanyakan dasar pertimbangan hukumnya menurut nalar hukum Islam, sehingga keadilan hukum dalam sebuah putusan menurut pun dipertanyakan.

Saat seorang hakim tidak menemukan hukum melalui sumber-sumber hukum maka hakim tidak boleh menolak memutus suatu perkara melainkan ia harus mencarinya dengan menggunakan metode interpretasi dan konstruksi. Metode interpretasi adalah penafsiran terhadap teks undang-undang, dengan masih berpegang pada bunyi teks. Sedangkan metode konstruksi yaitu hakim menggunakan penalaran logisnya untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks

dimana hakim tidak lagi terikat pada isi teks namun ia juga tidak boleh mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.⁵⁶

Yurisprudensi hakim melalui putusannya terhadap masalah hukum dapat dianggap penemuan hukum dan dapat menjadi pertimbangan bagi hakim yang lain untuk memutuskan suatu permasalahan hukum, namun jika putusan tersebut tidak berdasar norma hukum yang berlaku, berdasarkan kaidah-kaidah atau metode-metode tertentu yang dibenarkan ilmu hukum yang tepat dan relevan menurut hukum agar dapat diterima dan dipertanggungjawabkan dalam ilmu hukum.⁵⁷

Penemuan hukum oleh hakim meskipun setelah diputuskan masih dapat dibantah, karena biasanya hanya bersifat parsial, tidak komprehensif yaitu hanya terbatas pada suatu kasus tertentu bukan sebagai dasar dan rumusan kaidah norma hukum meskipun ketika diputuskan menjadi sebuah hukum.⁵⁸

Berdasarkan demikian maka tugas akademisi hukum, cendekia hukumlah yang merumuskan kaidah baru hukum dalam ajang penemuan hukum secara normatif dengan sifat sosiologis dan filosofisnya untuk keadilan, kepastian dan kemanfaatan dalam masyarakat hukum. Seperti dalam perspektif hukum Islam, penemuan hukum *mujtahid* seseorang yang berijtihad hukum untuk menemukan hukum yang menghubungkan dua unsur yaitu menyangkut proses berpikir dan produk hukum berupa keputusan. Suatu keputusan selalu bergantung atas proses berpikir seseorang. Maka upaya penemuan hukum dalam ilmu hukum berdasarkan

⁵⁶Abdul Mannan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta: Prenadamedia Group, 2016), h .293.

⁵⁷Fahmi, Al Amruzi, ed, *Rekonstruksi ...*, h. 30.

⁵⁸Ibid, h.34.

asas keadilan, kepastian dan kemanfaatan harus tetap dilakukan mengikuti perkembangan permasalahan hukum dalam masyarakat.⁵⁹

Satria Effendi Zain menyatakan bahwa dari pengalaman ahli hukum di mana saja di Negara hukum yang telah mapan, ilmu hukum itu hanya akan berkembang, kalau putusan-putusan pengadilan tersebar secara luas dan dipelajari terus-menerus, menjadi wacana tanpa henti. Bagi para hakim, adanya catatan dan komentar atas putusan-putusan mereka akan menjadi masukan bagi tugas mereka sebagai Hakim, dan hal itu akan berdampak positif pada kepastian hukum dan prediktif. Pelaksanaan hukum yang baik adalah pelaksanaan yang dapat diprediksi oleh masyarakat sesuai dengan hukum yang berlaku dan serasi dengan rasa keadilan dari masyarakat.⁶⁰ Bertolak dari ini putusan-putusan hakim merupakan umpan balik bagi pembinaan dan perkembangan hukum selanjutnya. Umpan balik yang harus dengan cermat dikaji dan diteliti untuk bahan dan data kelanjutan perkembangan ilmu hukum itu sendiri.

Meskipun suatu putusan pengadilan adalah mengikat, maka catatan dan komentar atas putusan tersebut tidaklah menafikan putusan tersebut, akan tetapi mengarahkan ke arah menciptakan keadilan, dan dikemas dengan kemas keilmuan hukum, memberikan alternatif-alternatif untuk pengembangan hukum selanjutnya.

⁵⁹Ibid, h .36-37.

⁶⁰Satria Effendi M. Zein, *Problematika Hukum Keluarga Islam Kontemporer: Analisis Yurisprudensi dengan Pendekatan Ushhuliyah* (Jakarta: Kencana, 2004), h. xxii.

Berdasarkan permasalahan di atas maka peneliti merasa tertarik untuk mengkaji lebih mendalam tentang keadilan hukum suatu putusan yang telah diputuskan oleh Mahkamah Agung melalui sebuah penelitian tesis dengan judul: **“ANALISIS KEADILAN HUKUM WASIAT WAJIBAH KEPADA ISTRI NON-MUSLIM (STUDI KRITIS PUTUSAN MA No. 16K/ AG/ 2010)”**

B. Fokus Penelitian

Berdasarkan uraian latar belakang masalah yang telah dijelaskan oleh peneliti maka dirumuskan beberapa permasalahan yang akan menjadi fokus penelitian tesis peneliti sebagai berikut:

1. Apa kaidah dasar konstruksi pertimbangan hukum hakim pada putusan Mahkamah Agung No. 16K/AG/2010 tentang pemberian wasiat wajibah kepada istri non-muslim berdasarkan penalaran hukum Islam?
2. Bagaimana keadilan hukum (*iustitia legalis*) putusan Mahkamah Agung No. 16K/AG/2010 tentang pemberian wasiat wajibah kepada istri non-muslim menurut hukum Islam?

C. Tujuan Penelitian

Untuk menjawab ketiga rumusan masalah yang menjadi fokus penelitian ini maka ada beberapa tujuan yang ingin dicapai oleh peneliti melalui penelitian tesis ini:

1. Mengkaji kaidah dasar konstruksi pertimbangan hukum hakim pada putusan Mahkamah Agung No. 16 K/AG/2010 tentang pemberian

wasiat wajibah kepada istri non-muslim berdasarkan penalaran hukum Islam.

2. Mengkaji keadilan hukum (*iustitia legalis*) putusan Mahkamah Agung No. 16 K/AG/2010 tentang pemberian wasiat wajibah kepada istri non-muslim menurut teori keadilan dan hukum Islam.

D. Kegunaan Penelitian

Berpijak dari tujuan penelitian di atas, penelitian ini diharapkan mempunyai nilai guna, yaitu:

1. Aspek disiplin keilmuan (teoritis)

Untuk memberikan sumbangan pemikiran dan pengembangan khazanah pengetahuan di bidang ilmu pengetahuan hukum perdata Islam, khususnya hukum waris.

2. Aspek terapan (praktis)

Untuk memberi kontribusi pertimbangan hukum kepada praktisi hukum atau hakim dalam memutuskan perkara sengketa waris khususnya wasiat wajibah kepada istri yang berbeda agama.

E. Definisi Istilah

1. Keadilan Hukum adalah keadilan berdasarkan korelasi antara hukum dan keadilan menurut dalil dan penalaran hukum Islam.
2. Wasiat wajibah adalah tindakan pembebanan oleh hakim atau lembaga yang mempunyai hak agar harta seseorang yang telah meninggal

dunia, tetapi tidak melakukan wasiat secara sukarela, agar diambil hak atau benda peninggalannya untuk diberikan kepada orang tertentu dalam keadaan tertentu pula, dalam hal ini dikhususkan wasiat wajibah yang diberikan kepada ahli waris yang terhalang memperoleh hak warisnya karena keadaannya yang berbeda agama dengan pewarisnya.

3. Istri non muslim adalah seorang wanita yang bukan beragama Islam dinikahi oleh pewaris yang beragama Islam.
4. Putusan Mahkamah Agung nomor 16 K/AG/2010 adalah putusan kasus Pemohon kasasi Evie Lany Mosinta seorang wanita non-muslim yang menikah dengan pewaris Ir. Muhammad Armaya bin Renreng, bahwa menurut pertimbangan Mahkamah Agung karena perkawinan antara pemohon dan pewaris sudah berlangsung cukup lama yaitu 18 tahun, berarti cukup lama pula Tergugat atau Pemohon Kasasi mengabdikan diri pada Pewaris walaupun Pemohon Kasasi non Muslim layak dan adil untuk memperoleh hak-haknya selaku istri untuk mendapat bagian dari harta peninggalan berupa wasiat wajibah serta bagian harta bersama sebagaimana yurisprudensi Mahkamah Agung RI.

F. Penelitian Terdahulu

Sebelum melakukan penelitian tentang permasalahan di atas peneliti telah terlebih dahulu menelusuri penelitian-penelitian yang berkaitan dengan permasalahan wasiat wajibah yang akan dikaji, kemudian peneliti menemukan beberapa penelitian sebagai berikut:

Tinjauan Keadilan Pembagian Wasiat Wajibah Bagi Anak Angkat (Studi Pandangan Hakim Pengadilan Agama Dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember) tesis karya Uzlah Wahidah untuk memenuhi beban studi pada Program Magister Al-Ahwal Al-Syakhshiyah 2014 Pascasarjana Universitas Islam Negeri Maulana Malik Ibrahim Malang. Penelitian ini dilakukan di Kabupaten Jember bertujuan untuk mengetahui bagaimana pandangan hakim Pengadilan Agama Kabupaten Jember dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember mengenai konsep keadilan dalam pembagian wasiat wajibah anak angkat dan bagaimana pertimbangan hakim Pengadilan Agama Kabupaten Jember dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember dalam pembagian wasiat wajibah bagi anak angkat.

Dalam penelitian ini peneliti menggunakan jenis penelitian hukum empiris. Metode pendekatan penelitian ini bersifat empiris, pengumpulan data menggunakan observasi, wawancara dan dokumentasi. Dari hasil temuan penelitian ini, untuk menjawab rumusan masalah yang pertama mengenai bagaimana pandangan hakim Pengadilan Agama Kabupaten Jember dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember mengenai konsep keadilan dalam pembagian wasiat wajibah anak angkat peneliti menemukan bahwasanya para informan sepakat bahwa keadilan bisa bernilai subyektif, setiap orang dapat

mendefinisikannya secara berbeda-beda. Dalam konteks kewarisan anak angkat, para informan menilai bahwa bagian yang ditentukan dalam Pasal 209 KHI merupakan perwujudan dari keadilan distributif atau keadilan yang bersifat proporsional.

Adapun untuk menjawab rumusan masalah yang kedua mengenai bagaimana pertimbangan hakim Pengadilan Agama Kabupaten Jember dan Pakar Hukum Islam Kabupaten Jember dalam pembagian wasiat wajibah bagi anak angkat peneliti menemukan dalam memberikan putusan wasiat wajibah, informan penelitian menggunakan dasar kemaslahatan dan mempertimbangkan kontribusi anak angkat terhadap orang tua angkatnya. Dengan demikian, tidak mutlak bahwa setiap orang harus diberi bagian maksimal, yaitu $\frac{1}{3}$ bagian. Selain itu, perlu diperhatikan pula jumlah harta peninggalan dan jumlah ahli waris yang juga berhak mendapatkan harta peninggalan.

Perbedaan penelitian ini dengan penelitian tesis tersebut adalah metode yang digunakan dalam penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang menjadikan bahan hukum sebagai sumber penelitian dan permasalahan yang ingin diangkat dalam penelitian ini adalah tentang keadilan putusan Mahkamah Agung tentang wasiat wajibah kepada istri non-muslim.

Penelitian terdahulu selanjutnya adalah *Analisis Hukum Islam Tentang Penetapan Hak Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Non Muslim (Studi Putusan No. 0141/Pdt.p/2012/PA. Sby)* tesis karya Muhammad Hekki Mikhail Pascasarjana Universitas Sumatera Utara Medan 2013. Penelitian ini memiliki sifat analisis deskriptif, metode yang digunakan adalah penelitian hukum yuridis

normatif. Pengumpulan data diperoleh dari penelitian kepustakaan yang didukung dengan penelitian lapangan. Analisis data penelitian ini adalah analisis data kualitatif.

Kesimpulan dalam penelitian ini adalah dalam pandangan Islam tentang ahli waris non muslim tidak mendapat warisan dari keluarga muslim begitu juga sebaliknya ahli waris non muslim tidak dapat mewarisi dari keluarga muslim hal ini sesuai dengan ketentuan Al Qur'an dan Hadis berdasarkan atas hadis yang mengatakan bahwa muslim tidak bisa saling mewarisi dengan non muslim yang tertuang dalam surat An-Nisa ayat 141 menyatakan "...Allâh sekali-kali tidak akan memberi jalan kepada orang-orang kafir untuk memusnahkan orang-orang yang beriman". Hadis Rasulullah s.a.w dari Usamah bin Zaid r.a., sesungguhnya Nabi s.a.w. bersabda "Orang Muslim tidak (boleh) mewarisi orang Kafir, dan orang Kafir tidak (boleh) mewarisi orang Muslim" hadis ini diriwayatkan oleh Bukhari dan Muslim. Dari Abdullah bin Umar r.a., dia berkata: Rasulullah s.a.w bersabda "tidak ada saling mewarisi antara dua pemeluk agama (yang berbeda) hadis ini diriwayatkan oleh Ahmad, imam empat dan Turmudzi.

Dasar pemberian wasiat wajibah kepada keluarga non muslim adalah masyarakat menganalogikan kepada hak wasiat wajibah kepada anak atau ayah angkat atas dasar kemanusiaan serta kasih sayang karena ada hubungan keturunan. Pandangan Mahkamah Agung terhadap Putusan Pengadilan Agama Sby No. 0140/Pdt.p/2012/PA/Sby bahwa anak yang murtad tetap tidak mendapat warisan dari orang tuanya yang muslim namun atas keadilan diberikan hak wasiat wajibah. Dari penelaahan peneliti terhadap penelitian tersebut peneliti

menyimpulkan sebuah perbedaan tentang objek penelitian dalam penelitian tersebut dengan objek yang akan diteliti oleh peneliti.

Kemudian peneliti melakukan penelusuran terhadap penelitian yang berjudul *Urgensi Wasiat Wajibah Bagi Anak Angkat Sebagai Kemaslahatan Dalam Hukum Islam* penelitian tesis karya Ahmad Abdul Halim Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Muria Kudus 2015. Penelitian ini adalah hukum normatif berdasarkan data sekunder dan menekankan pada langkah-langkah spekulatif-teoritis dan analisis normatif-kualitatif.

Hasil dari penelitian tersebut adalah antara orangtua angkat dan anak angkat tidak dapat diselesaikan melalui hukum waris karena tidak adanya hubungan darah atau nasab (genetik). Namun, Pasal 209 ayat 2 Kompilasi Hukum Islam menyatakan tentang adanya wasiat wajibah, maka dengan adanya wasiat wajibah memungkinkan anak angkat bisa mendapatkan harta warisan dari orangtua angkatnya, walaupun batas maksimalnya sepertiga. Urgensi wasiat wajibah bagi anak angkat sebagai kemaslahatan hukum Islam agar tetap terpelihara kehidupan dan taraf perekonomiannya dan tidak terlantar, salah satu dari lima pokok *maqashid al-syari'* menurut Imam Al-Syatibi yang harus tetap dijaga. Seperti penelitian sebelumnya penelitian ini mengangkat kasus tentang wasiat wajibah kepada anak angkat sebagai objek penelitian, sedangkan peneliti mengangkat tentang kasus wasiat wajibah kepada istri non-muslim.

Untuk menggali lebih banyak data peneliti juga mengkaji penelitian yang berjudul *Wasiat Wajibah Sebagai Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perkara Waris Beda Agama (Studi Kasus Putusan Mahkamah Agung Nomor 16*

K/AG/2010) tesis karya Muhammad Baihaqi dari Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta Tahun 2017. Dalam penelitian ini akan mengulas dua rumusan masalah yaitu, apakah putusan MA tersebut merupakan sebuah terobosan hukum atau penemuan hukum dan apakah instrumen hukum pemberian hak waris bagi keluarga yang non muslim melalui wasiat wajibah dianggap sudah tepat.

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah deskriptif analitis. Hasil penelitian menunjukkan bahwa Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 *K/AG/2010* dapat dianggap sebagai penemuan hukum dalam pembagian waris bagi ahli waris beda agama, dengan tidak melanggar ketentuan hadits tersebut. Instrumen yang digunakan dalam pembagian waris bagi non muslim pun sudah tepat yaitu dengan wasiat wajibah.

Perbedaan penelitian dengan penelitian yang akan dilakukan peneliti dari penelaahan mendalam terhadap penelitian ini ialah bahwa objek penelitian ini wasiat wajibah kepada kerabat non-muslim masih secara umum dan tidak spesifik seperti di dalam penelitian peneliti yaitu wasiat wajibah kepada istri non-muslim meskipun objek putusan yang diteliti sama, sehingga masih ada celah yang kosong yang perlu diteliti lebih mendalam.

Untuk memperkaya pustaka dan meyakinkan peneliti tentang penelitiannya peneliti menelaah karya ilmiah tesis yang ditulis oleh Anif Rahmawati yang berjudul *Takzir Berupa Biaya Hidup dan Wasiat Wajibah Studi atas Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Zina dan Perlakuan Terhadapnya* Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta tahun 2016, penelitian ini bersifat deskriptif

analitis dengan menggunakan pendekatan *ushûliyyah* dan pendekatan perundang-undangan. Seluruh data yang terkumpul dianalisis dengan menggunakan metode analisis isi (*content analysis*).

Kesimpulan dari penelitian ini adalah *pertama*, takzir dalam fatwa MUI merupakan sebuah mekanisme hukuman yang pelaksanaannya di bawah kewenangan pemerintah dan merupakan hukuman pelengkap (*uqûbah takmîliyyah*) atas hukuman pokok zina yakni *hadd*. *Kedua*, MUI melakukan *ijtihad* kolektif dalam menentukan fatwa takzir tersebut dengan menggunakan pendekatan *manhaji* melalui pola *istidlâl* sesuai dengan pedoman fatwa MUI. *Ketiga*, substansi fatwa berupa pemenuhan biaya hidup dan wasiat wajibah dalam fatwa MUI diakomodir dalam peraturan perundang-undangan dalam bentuk SEMA bukan melalui mekanisme takzir, akan tetapi melalui mekanisme hukum perdata sebagai bentuk ganti rugi atas perbuatan melawan hukum. Dengan penyerapan fatwa MUI ke dalam bentuk SEMA tersebut substansi hukum fatwa menjadi aplikatif diterapkan dalam sistem hukum Indonesia dan menjadi sumber materiil bagi penegak hukum dalam mengadili permasalahan terkait.

Penelitian terdahulu selanjutnya adalah *Analisis Hukum Islam Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 16k/Ag/2010 Tentang Waris Beda Agama* yang merupakan tesis karya Achmad Ubaidillah Maftuh Universitas Islam Negeri Sunan Ampel Surabaya tahun 2015. Tesis ini merupakan hasil penelitian pustaka yang bertujuan untuk menjawab pertanyaan tentang apa dasar pertimbangan majelis hakim Mahkamah Agung dalam menetapkan putusan No: 16K/AG/2010

dan bagaimana analisis hukum terhadap dasar pertimbangan majelis hakim mahkamah agung tentang pembagian harta waris dalam perkawinan beda agama.

Data penelitian ini diperoleh melalui studi pustaka dan studi dokumen. Selanjutnya data tersebut dianalisis dengan metode deskriptif analisis dengan menggunakan pola fikir deduktif yakni menjelaskan secara umum selanjutnya peneliti menganalisis tentang dasar-dasar hukum dan aturan-aturan tentang pembagian harta waris dalam kawin beda agama.

Majelis hakim Mahkamah Agung menggunakan pendapat seorang ulama' Yusuf al-Qaradhawi sebagai dasar dalam memutus perkara ini, dalam pendapatnya Yusuf al-Qaradhawi memperbolehkan seorang muslim mendapatkan harta waris dari non muslim, serta majelis hakim menimbang lamanya masa perkawinan antara pewaris dan tergugat selama 18 tahun.

Hasil analisis menyebutkan bahwa majelis hakim mahkamah agung menggunakan pendapat Yusuf al-Qaradhawi yang memperbolehkannya seorang muslim mendapatkan waris dari non muslim, akan tetapi majelis hakim Mahkamah Agung sebaliknya, memberi waris kepada non muslim dan itu tidak sesuai dengan syariat Islam. Jadi, sangatlah tidak tepat jika majelis hakim mahkamah agung menggunakan pendapat tersebut sebagai dasar pertimbangan dalam memutus perkara tersebut. Perbedaan penelitian ini dengan penelitian yang akan dilakukan oleh peneliti ialah peneliti ingin mengkaji lebih dalam tentang konstruksi pertimbangan hukum hakim Mahkamah Agung dan keadilan hukum putusan tersebut menurut hukum Islam.

G. Kerangka Teori

1. Al-Qur`an

Surat Al-Baqarah ayat 221:

وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَا مَٰمَّةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۚ وَلَا تُنْكِحُوا
 الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۚ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ
 وَاللَّهُ يَدْعُوا إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۗ وَيُبَيِّنُ ۗ آيَاتِهِ لِّلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ ﴿٢٢١﴾

Surat Al-Baqarah ayat 180:

كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۗ
 حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴿١٨٠﴾

Surat Al-Baqarah ayat 240:

وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَّتَعًا إِلَى الْاَحْوَالِ غَيْرِ اِخْرَاجٍ ۚ فَإِنْ
 خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ مِنْ مَّعْرُوفٍ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٢٤٠﴾

Surat An-Nisâ` ayat 11:

... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ۗ ءَابَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۚ فَرِيضَةٌ
 مِّنَ اللَّهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١١﴾

Surat An-Nisâ` ayat 141:

... وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿١٤١﴾

2. Hadis

Hadis riwayat Usamah bin Zaid r.a:

حدثنا أبو عاصم عن بن جريج عن بن شهاب عن علي بن حسين عن عمرو بن عثمان: عن أسامة بن زيد رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم⁶¹

Hadis riwayat Ibnu Umar r.a:

حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه و سلم قال : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته عنده مكتوبة⁶² (أخرجه البخاري في- 55 كتاب الوصايا و قول النبي صلى الله عليه و سلم وصية الرجل مكتوبة عنده و مسلم في 25 – كتاب الوصية حديث 1,2,3)

Hadis riwayat Sa'ad bin Abu Waqqash r.a:

حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا مالك عن بن شهاب عن عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه رضي الله عنه قال: كان رسول الله يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله فقد بلغ بي من الوجع ما ترى و أنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأصدق بثلثي مالي؟ قال لا قلت فبالشطر يا رسول الله؟ قال لا قلت فبالثلث؟ قال الثلث و الثلث كثير أزر كبير إنك أن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس...⁶³ (أخرجه البخاري في- 23 كتاب الجنائز , 37 باب رثاء النبي صلى الله عليه و سلم سعد بن خولة , و مسلم في 25 – كتاب الوصية, 1- باب الوصية بالثلث, حديث 5)

3. Ijma' Ulama

⁶¹Al-Alâmah Al-Mudaqqiq Abi Abdillah Muhammad Bin Ismail Al-Bukhari, ed., *Shahih* ..., h. 2706. Lihat juga Imam An-Nawawi, ed., *Syarah*, h. 878

⁶²Muhammad Fuad Abdul Baqi, *Al-Lu'lu' u wa Al-Marjân Fî Mâ Ittafaqa 'Alaih Asy-Syaikhâni*, diterjemahkan oleh Muhammad Suhadi dkk, (Jakarta: Beirut Publishing, 2015), h. 633. Lihat juga Malik Ibn Anas r.a, *Al-Muwaththa` Kitab Al-Wasiyyat Al-Amru bi Al-Wasiyyat*, h. 37.

⁶³Ibid

Ulama di seluruh kota dan seluruh waktu telah sepakat dan *ijmâ'*, bahwa wasiat diperbolehkan.⁶⁴

4. Fatwa Dewan Syari'ah Nasional

Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor: 4/Munas VII/MUI/8/2005 Tentang Perkawinan Beda Agama Menetapkan bahwa perkawinan beda agama adalah haram dan tidak sah. perkawinan laki-laki muslim dengan wanita Ahlu Kitab, menurut *qawl mu'tamad*, adalah haram dan tidak sah.⁶⁵

Larangan yang lain muncul dari Fatwa Majelis Ulama Indonesia dalam Munas VII MUI 2005, Keputusan Fatwa MUI No: 5/ Munas VII/MUI/9/2005 menetapkan bahwa hukum waris Islam tidak memberikan hak saling mewarisi antar orang-orang yang berbeda agama (antara Muslim dengan non-Muslim). Selain itu, pemberian harta antara orang yang berbeda agama hanya dapat dilakukan dalam bentuk hibah, wasiat, dan hadiah.⁶⁶

Fatwa MUI Nomor 6/ Munas/8/2005 tentang Kriteria *Mashlahah* bahwa kemashlahahan menurut hukum Islam adalah tercapainya tujuan syari'at (*maqâshid asy-syari'ah*) yang diwujudkan dalam bentuk terpeliharanya lima kebutuhan primer (*adh-dharûriyyât al-khams*) yaitu agama, akal, jiwa, harta dan keturunan, *mashlahah* yang dibenarkan oleh syariat adalah *mashlahah* yang tidak bertentangan dengan *nash*, yang berhak menemukan *mashlahah* tidaknya sesuatu

⁶⁴Ibnu Qudamah, *Al-Mughni*, diterjemahkan oleh Yasin dan Ahsan Askan, (Jakarta: Pustaka Azzam, 2011), h. 150. Lihat juga Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, diterjemahkan oleh Masykur A.B. dkk, (Jakarta: Penerbit Lentera, 2010), h. 504.

⁶⁵Majelis Ulama Indonesia, *Himpunan Fatwa MUI Sejak 1975* (Jakarta: Penerbit Erlangga, 2011) h. 477-482.

⁶⁶Ibid, h. 483-485

menurut *syarâ'* adalah lembaga yang mempunyai kompetensi di bidang syari'ah dan dilakukan melalui *ijtihâd jamâ'i*.⁶⁷

5. Teori *Maqâshid As-Syâri'ah*

Teori *Maqâshid As-Syâri'ah* dikembangkan dan dikemukakan oleh Abu Ishaq Asy-Syathibiy, yaitu tujuan akhir hukum adalah *mashlahah* atau kebaikan dan kesejahteraan manusia. Tidak satu pun hukum Allâh yang tidak mempunyai tujuan. Hukum yang tidak mempunyai tujuan sama dengan membebaskan sesuatu yang tidak dapat dilaksanakan. Hukum-hukum Allâh dalam Al-Qur`an mengandung kemaslahatan.⁶⁸

Teori *Maqâshid As-Syâri'ah* hanya dapat dilaksanakan oleh pihak pemerintah dan masyarakat yang mengetahui dan memahami bahwa yang menciptakan manusia adalah Allâh SWT. Demikian juga yang menciptakan hukum-hukum yang termuat di dalam Al-Qur`an adalah Allâh SWT. Berdasarkan pemahaman tersebut, akan muncul kesadaran bahwa Allâh SWT yang paling mengetahui berkenaan hukum yang dibutuhkan oleh manusia, baik yang berhubungan dengan kehidupannya di dunia maupun di akhirat. Kesadaran hukum pihak pemerintah dan masyarakat tersebut, akan melahirkan keyakinan untuk menerapkan hukum Allâh SWT. Apabila menginginkan terwujudnya kemaslahatan bagi kehidupan manusia.⁶⁹

6. Teori *Mashlahah Mursalah*

⁶⁷Ibid, h. 486-488

⁶⁸Asy-Syatibi, *Al-Muwâfaqât fî Ushûl Asy-Syarîat*, Juz 2, (Beirut: Darul Maarifat, tt), h. 6.

⁶⁹Zainuddin Ali, ed., *Metode...*, h.86.

Mashlahah Mursalah atau *Ishtishlâh* ialah maslahat-maslahat yang bersesuaian dengan tujuan-tujuan syari'at Islam, dan tidak ditopang oleh sumber dalil yang khusus, baik bersifat melegitimasi atau membatalkan maslahat tersebut.

Imam Malik adalah Imam madzhab yang menggunakan *mashlahah mursalah* sebagai suatu metode *istinbâth* hukum. Untuk menerapkan dalil ini ia membuat tiga persyaratan. *Pertama*, harus adanya persesuaian antara maslahat yang dipandang sebagai sumber dalil yang berdiri sendiri dengan tujuan-tujuan syari'at (*maqâshid asy-syari'ah*). *Kedua*, maslahat itu harus masuk akal (*rationable*), mempunyai sifat-sifat yang bersesuaian dengan pemikiran rasional. *Ketiga*, penggunaan dalil *mashlahah* ini adalah dalam rangka menghilangkan kesulitan yang mesti terjadi (*raf'u haraj lâzim*).⁷⁰

Sumber hukum *mashlahah mursalah* ini masih dipertentangkan di antara ulama ahli fiqh. Madzhab Hanafiy dan Madzhab Syafi'iy tidak menganggap *mashlahah mursalah* sebagai sumber hukum yang berdiri sendiri, melainkan memasukkannya kepada katagori *qiyâs*. Manakala maslahat tidak dapat ditemukan nash yang dijadikan acuan *qiyâs* maka maslahat tersebut tidak dapat diterima. Imam Malik dan Madzhab Hanbaliy berpendapat bahwa *mashlahah* dapat diterima selama memenuhi persyaratan yang telah disebutkan sebelumnya.⁷¹

Muhammad Abu Zahrah berpendapat bahwa jumhur ulama sepakat bahwa *mashlahah* dapat diterima dalam merumuskan fiqih Islam. Maka setiap *mashlahah* wajib diambil sebagai sumber hukum selama bukan dilatarbelakangi

⁷⁰Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, diterjemahkan oleh Saefullah Ma'shum dkk, (Jakarta: Pustaka Firdaus, 2016), h. 454.

⁷¹Muhammad Abu Zahrah, ed., *Ushul ...*, h. 455

oleh dorongan syahwat dan hawa nafsu dan tidak bertentangan dengan *nash* serta *maqâshid as-syarî'ah* (tujuan-tujuan syar'i).⁷² Golongan Syafi'iyah dan Hanafiyyah sangat memperketat ketentuan *mashlahah* yaitu harus mengacu pada *qiyâs* yang mempunyai 'illat yang jelas batasannya (*mundhabithah*). Karenanya harus ada *Ashl* atau sumber pokok yang dijadikan *maqîs alaih* (landasan *qiyâs*). 'Illat-pun harus *mundhabithah* yang mengandung esensi *mashlahah*, meskipun kemaslahatan terkadang tidak mengandung 'illat dalam kondisi tertentu.⁷³ Golongan Maliki dan Hambali berpendapat bahwa sifat *munâsib* yang merupakan alasan adanya *mashlahah*, meskipun tidak jelas batasannya, patut menjadi 'illat bagi *qiyâs*. Maka berarti *Maslahat Mursalah* termasuk ke dalam macam *qiyâs*. Oleh karena itu, ia bisa diterima sebagai sumber hukum sebagaimana halnya diterimanya *qiyâs* berdasarkan sifat *munâsib*.⁷⁴

Asy-Syaukaniy melihat ada empat pendapat ulama dalam memakai *istishlâh* sebagai metode ijtihad, yang masing-masing pendapat itu adalah seperti di bawah ini⁷⁵:

Pertama, ulama yang tidak memakai *mashlahah mursalah* secara mutlak. Hal ini dipegang oleh jumhur ulama, meskipun pendapat ini menurut Wahbah Az-Zuhaili dan Husain Hamid Hasan tidak sepenuhnya benar. Karena meskipun jumhur ulama tidak memakainya namun mereka memasukkannya ke dalam teori

⁷²Muhammad Abu Zahrah, ed., *Ushul ...*, h. 460.

⁷³Ibid, h. 455-458.

⁷⁴Ibid, h. 458-459.

⁷⁵Nasrun Rusli, *Konsep Ijtihad Al-Syaukani Relevansinya bagi Pembaruan Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: PT Logos Wacana Ilmu, 1999), h. 141.

metode penalaran hukum Islam yang lain. Abu Hanifah memasukkannya ke dalam pembahasan *istihsân* dan Asy-Syafi'i memasukkannya ke dalam pembahasan *qiyâs*.

Kedua, pendapat yang menerapkan *mashlahah mursalah* secara mutlak, menurut ulama yang menerapkannya bahwa inti dari segenap ajaran Islam yang dikandung oleh nash adalah kemaslahatan manusia. Oleh sebab itu, segenap bentuk kemaslahatan disyariatkan dan kemaslahatan tersebut tidak perlu didukung oleh nash atau kandungannya. *Mashlahah mursalah* merupakan dalil yang mandiri.

Ketiga, pendapat yang membolehkan memakai *mashlahah mursalah* sebagai dalil jika *mulâ'imah* atau sesuai dengan *ashl al-kulli* atau prinsip umum dan *ashl juz'i* prinsip parsial dari prinsip-prinsip syariat.

Keempat, pendapat yang dipegang oleh Al-Ghazali yaitu dapat diterimanya *mashlahah mursalah* dengan tiga syarat yaitu, terdapat kesesuaian maslahat dengan maksud *syarâ'* dan tidak bertentangan dengan dalil yang *qath'iy*, maslahat tersebut dapat diterima oleh akal sehat, maslahat tersebut bersifat *dharuriy* yakni untuk memelihara salah satu dari agama, akal, keturunan, kehormatan, dan harta benda.

7. Teori *Dhowâbith Al-Mashlahah fî Asy-Syari'ah Al-Islâmiyyah*

Al-Bûthi menyatakan bahwa *mashlahah* ditinjau dari segi bahasa mempunyai arti segala sesuatu yang di dalamnya terkandung manfaat. Sedang dalam arti istilah adalah manfaat yang menjadi tujuan *As-Syâri'* untuk hamba-hambanya, demi melindungi agama, jiwa, akal, keturunan dan harta mereka serta

pelaksanaannya sesuai dengan urutan di atas.⁷⁶ Selanjutnya, Al-Bûthi berpendapat bahwa *mashlahah* diakomodir sebagai dalil hukum, jika memenuhi lima kriteria.

- a) Dalam ruang lingkup tujuan *As-Syâri'*
- b) Tidak bertentangan dengan Al-Quran
- c) Tidak bertentangan dengan Sunnah
- d) Tidak bertentangan dengan *qiyâs*
- e) Tidak menyalahi *mashlahah* yang setingkat atau *mashlahah* yang lebih tinggi

8. Teori Hukum Progresif

Istilah hukum progresif, diperkenalkan oleh Satjipto Rahardjo, yang dilandasi asumsi dasar bahwa hukum adalah untuk manusia. Satjipto Rahardjo merasa prihatin dengan rendahnya kontribusi ilmu hukum dalam mencerahkan bangsa Indonesia, dalam mengatasi krisis, termasuk krisis dalam bidang hukum itu sendiri.⁷⁷

Adapun pengertian hukum progresif, adalah mengubah secara cepat, melakukan pembalikan yang mendasar dalam teori dan praksis hukum, serta melakukan berbagai terobosan. Pembebasan tersebut di dasarkan pada prinsip bahwa hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas yaitu untuk harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.⁷⁸

⁷⁶Muhammad Sa'id Ramadhân al-Buthi, *Dhawâbith al-Mashlahah fî as-Syari'ah al-Islâmiyah* (Beirut: Mu'assasah ar-Risâlah, 1973), h. 23.

⁷⁷Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006), h. 188

Berdasar asumsi-asumsi di atas maka kriteria hukum progresif adalah:

- a) Mempunyai tujuan besar berupa kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
- b) Memuat kandungan moral kemanusiaan yang sangat kuat.
- c) Hukum progresif adalah hukum yang membebaskan meliputi dimensi yang amat luas yang tidak hanya bergerak pada ranah praktik melainkan juga teori.
- d) Bersifat kritis dan fungsional.

H. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Peneliti akan menggunakan jenis penelitian hukum normatif yang berasal dari bahasa Inggris *normative legal research*, dalam bahasa belanda disebut dengan *normatieve juridisch onderzoek*, sedangkan dalam bahasa jerman disebut dengan *normative juristische recherche*.⁷⁹

Penelitian hukum normatif atau disebut juga penelitian hukum kepastiaan menurut Mukti Fajar ND dan Yulianto Ahmad adalah penelitian hukum yang meletakkan hukum sebagai sebuah sistem norma mengenai asas-asas, norma, kaidah dari peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, perjanjian serta doktrin (ajaran). Pengertian tersebut difokuskan kepada objek kajian penelitian yang akan diteliti oleh peneliti.⁸⁰

⁷⁸Abu Rokhmad, "Gagasan Hukum Progresif Perspektif Teori Mashlahah", *Al-Manāhij* 7, no. 1 (2013). h. 1.

⁷⁹Salim HS dan M.S. Erlies Septiana Nurbani, *Penerapan Teori Hukum Pada Tesis dan Disertasi* (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persadam, 2013), h. 12

⁸⁰Ibid, h. 13

Dari segi bahan yang digunakan dalam sebuah penelitian Soerjono Soekanto dan Sri Mamuji memberikan pengertian bahwa penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.⁸¹

Karena penelitian ini terfokus kepada objek kajian asas-asas hukum maka penelitian ini termasuk penelitian hukum normatif yang menjadikan putusan Mahkamah Agung sebagai bahan penelitiannya yang termasuk sumber data kepustakaan atau bahan hukum, untuk selanjutnya penelitian ini adalah penelitian hukum normatif.

Penelitian terhadap asas-asas hukum merupakan suatu penelitian hukum yang bertujuan untuk menemukan asas hukum atau doktrin hukum positif yang berlaku. Penelitian tipe ini disebut studi dogmatik atau penelitian doktrinal (*doctrinal reseacrh*). Dalam penelitian ini, peneliti bekerja secara analitis induktif. Prosesnya bertolak dari premis-premis yang berupa norma-norma hukum positif yang diketahui, dan berakhir pada penemuan asas-asas hukum, yang menjadi pangkal tolak pencarian asas adalah norma-norma hukum positif.⁸²

Penelitian hukum yang berkaitan dengan isu mengenai asas hukum berada dalam tataran filsafat hukum. Asas-asas hukum mempunyai arti penting bagi pembentukan hukum, penerapan hukum dan pengembangan ilmu hukum. Di dalam penerapan hukum asas-asas hukum sangat membantu bagi digunakannya penafsiran dan penemuan hukum maupun analogi. Oleh karena itulah penelitian

⁸¹Ibid, h. 12

⁸²Zainuddin Ali , *Metode Penelitian Hukum* (Jakarta: Sinar Grafika, 2016) h. 25

tentang asas-asas hukum ini mempunyai arti penting bagi dunia akademik, pembuatan undang-undang maupun praktik pengadilan.⁸³

Pada penelitian ini peneliti akan mengkaji tentang hubungan dua proposisi kausalitas, yaitu antara asas perkawinan beda agama dengan asas kewarisan beda agama terhadap penemuan hukum Hakim Mahkamah Agung dalam putusan No. 16K/AG/2010 tentang wasiat wajibah kepada istri non muslim. Penelitian hubungan dua proposisi kausalitas ini mengharuskan peneliti untuk melakukan eksplorasi terhadap teori-teori keadilan hukum.

Untuk penelitian asas hukum tersebut peneliti akan menggunakan metode deskriptif yaitu menggunakan penjelasan tentang apa yang sekarang sedang berlangsung atau berlaku, dengan menjelaskan putusan hakim Mahkamah Agung No. 16K/AG/2010 tentang pemberian wasiat wajibah kepada istri non-muslim.

2. Pendekatan penelitian

Pendekatan diartikan sebagai usaha dalam rangka aktivitas penelitian untuk mengadakan hubungan dengan orang yang diteliti atau metode-metode untuk mencapai pengertian tentang masalah penelitian. Johnny Ibrahim membagi pendekatan penelitian hukum normatif menjadi tujuh pendekatan, salah satu yang digunakan peneliti adalah pendekatan kasus (*case approach*) yang dilakukan dengan cara⁸⁴ :

⁸³Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum* (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2006), h. 77-83.

⁸⁴Salim HS dan M.S. Erlies Septiana Nurbani, ed, *Penerapan ...*, h. 18

- a) Melakukan kajian terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap.⁸⁵
- b) Kasus ini dapat berupa kasus yang terjadi di Indonesia maupun di negara lain.⁸⁶
- c) Objek kajian pokok di dalam pendekatan kasus adalah *ratio decidendi* atau *reasoning*, yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai kepada putusan. *Ratio decidendi* atau *reasoning* tersebut merupakan referensi bagi penyusunan argumentasi dalam pemecahan isu hukum.⁸⁷

Selain itu peneliti juga menggunakan pendekatan lain yaitu pendekatan perundang-undangan dan pendekatan *analitical approach* yaitu peneliti akan meneliti putusan MA Nomor 16/K/2010 dengan berbagai peraturan perundang-undangan kemudian mengalisisnya untuk menghasilkan suatu simpulan.

3. Sifat Penelitian

Penelitian dari sudut sifatnya merupakan penelitian yang dilihat pada ciri khas dari penelitian yang akan dilakukan seorang peneliti. Penelitian ini dapat dilihat dari keberadaan data yang akan dianalisis seorang peneliti atau tidak. Penelitian dari segi sifatnya dibagi menjadi tiga jenis, yaitu⁸⁸ :

⁸⁵Peter Mahmud Marzuki, ed., *Penelitian ...*, h. 94.

⁸⁶Ibid

⁸⁷Ibid

⁸⁸Ibid, h. 9

- a) Penelitian eksploratoris (*explorative reseacrh*), yaitu suatu penelitian yang dilakukan untuk memperoleh keterangan, penjelasan dan data mengenai hal-hal yang belum diketahui.
- b) Penelitian deskriptif (*descriptive reseacrh*) adalah penelitian yang bertujuan untuk melukiskan tentang hal di daerah dan saat tertentu, biasanya peneliti telah mendapat gambaran berupa data awal tentang permasalahannya.
- c) Penelitian eksplanatoris (*explanatory research*) merupakan suatu penelitian untuk menerangkan, memperkuat atau menguji dan bahkan menolak suatu teori atau hipotesis serta terhadap hasil-hasil penelitian yang ada.

Berdasarkan uraian ketiga sifat penelitian di atas, penelitian hukum yang akan dilakukan peneliti adalah penelitian yang bersifat eksplanatoris yang bertujuan mengkaji, menguji putusan Mahkamah Agung No. 16K/AG/2010 tentang pemberian wasiat wajibah kepada istri non-muslim.

4. Sumber Data Penelitian

Sumber data untuk penelitian hukum normatif adalah data kepustakaan. Di dalam kepustakaan hukum, maka sumber datanya disebut bahan hukum. Bahan hukum adalah segala sesuatu yang dapat digunakan atau diperlukan untuk tujuan menganalisis hukum yang berlaku. Bahan hukum yang dikaji dan yang dianalisis dalam penelitian hukum normatif terdiri dari:⁸⁹

⁸⁹Ibid, h. 16

a) Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang memiliki kekuatan mengikat atau outoritatif artinya memiliki otoritas, yang berupa norma atau kaidah dasar, pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, peraturan dasar yaitu batang tubuh UUD 1945, peraturan perundang-undangan, bahan hukum yang tidak terkodifikasi (hukum adat), putusan pengadilan, traktat dan bahan hukum yang merupakan warisan penjajah seperti KUHP⁹⁰. Dalam penelitian ini bahan hukum primer yang akan digunakan sebagai sumber data peneliti adalah putusan hakim Mahkamah Agung No. 16K/AG/ 2010, Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam.

b) Bahan Hukum Sekunder

Menurut Peter Mahmud Marzuki dalam bukunya *Penelitian Hukum*, bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer atau memberikan kepada peneliti semacam “petunjuk” ke arah mana peneliti melangkah”.⁹¹

Selanjutnya Peter Mahmud menyatakan bahwa bahan hukum sekunder adalah berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen resmi. Seperti naskah akademis, rancangan undang-undang, hasil penelitian ahli hukum, dan lain-lain.⁹²

⁹⁰Ibid

⁹¹Ibid

⁹²Ibid

Dalam penelitian ini peneliti akan menggunakan bahan sekunder berupa kitab-kitab fikih klasik yang menjelaskan tentang perkawinan beda agama, hukum kewarisan Islam dan wasiat, kitab-kitab tafsir dan hadis, buku-buku tentang penelitian hukum, buku dan jurnal ilmu hukum dan hukum keluarga, buku-buku tentang teori keadilan, skripsi, tesis, maupun disertasi yang berkaitan dengan permasalahan penelitian dan buku ushul fikih.

c) Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus, ensiklopedia dan lain-lain.⁹³

5. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum

Bahan hukum yang dikaji dan yang dianalisis dalam penelitian hukum normatif adalah meliputi bahan hukum primer, sekunder dan tersier. Teknik untuk mengkaji dan mengumpulkan ketiga bahan hukum itu, yaitu menggunakan studi dokumenter. Studi dokumenter merupakan studi yang mengkaji tentang berbagai dokumen-dokumen, baik yang berkaitan dengan putusan-putusan pengadilan, peraturan perundang-undangan maupun dokumen-dokumen yang sudah ada.⁹⁴

6. Teknik Analisis Bahan Hukum

Dalam rangka menjawab isu hukum yang akan diteliti maka peneliti harus melakukan analisis data yang telah terkumpul, yaitu proses mengorganisasikan dan mengurutkan data ke dalam pola, kategori, dan satuan uraian dasar sehingga

⁹³Ibid, h 19

⁹⁴Ibid

dapat ditemukan tema dan dapat dirumuskan hipotesis kerja seperti yang disarankan oleh data. Analisis data dapat digolongkan menjadi dua macam yaitu analisis kuantitatif dan analisis kualitatif.⁹⁵

Analisis bahan hukum yang akan digunakan peneliti di dalam penelitian normatif hukum ini adalah analisis kualitatif, yaitu analisis data yang tidak menggunakan angka, melainkan memberikan gambaran-gambaran (deskripsi) dengan kata-kata atas temuan-temuan, dan karenanya, ia lebih mengutamakan mutu/ kualitas dari data, bukan kuantitas.

Peneliti akan menganalisis putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010 berdasarkan teori-teori baik yang bersifat *grand theory*, *middle theory* maupun *aplicatif theory* yang telah peneliti himpun dalam kerangka teori. Peneliti juga diharuskan menelaah dasar ontologis dan ratio legis dari putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010 sehingga peneliti dapat menemukan dasar filosofis penemuan hukum hakim dengan teori-teori yang melatarbelakangi lahirnya putusan tersebut. Sehingga peneliti dapat menjawab kedua permasalahan dalam penelitiannya, yaitu kaidah konstruksi penemuan hukum putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010 dan bagaimana keadilan hukum putusan tersebut berdasarkan hukum Islam.

⁹⁵Ibid

I. Sistematika Penulisan

Penelitian tesis terdiri atas empat bab yang masing-masing bab mempunyai sub-sub bab yang satu sama lain ada korelasi yang saling berkaitan sebagai pembahasan yang utuh, adapun sistematika dalam pembahasan ini adalah sebagai berikut:

BAB 1 : Berisi pendahuluan, yang mencakup latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kajian pustaka, definisi operasional, metode penelitian, yang terdiri atas jenis dan pendekatan penelitian, sifat penelitian, sumber data penelitian (bahan hukum), teknik pengumpulan bahan hukum, teknik pengolahan atau analisis bahan hukum, kemudian dilanjutkan dengan sistematika penelitian penelitian tesis.

BAB 2 : Berisi kajian teoritis yang membahas tentang Definisi Wasiat, Dasar Hukum Wasiat dalam Al-Qur`an dan Sunnah, Rukun Wasiat Menurut Hukum Islam, Penerimaan dan Kadar Wasiat Menurut Hukum Islam, Wasiat Wajibah dalam Hukum Islam, Pernikahan Antara Laki-laki Muslim dan Wanita non-Muslim Menurut Hukum Islam dan Akibat Hukumnya, teori *Maslahah Mursalah*, teori *Maqâshid Asy-Syari'ah*, teori *Dhowâbith Al-Mashlahah fî Asy-Syari'ah Al-Islâmiyyah*, teori Progresif dan teori keadilan hukum.

BAB 3 : Berisi tentang Analisis Keadilan Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non-Muslim Dalam Putusan Mahkamah Agung No 16k/ Ag/2010 yaitu dengan membahas terlebih dahulu Konstruksi Hukum Wasiat Wajibah dalam Hukum Islam, *Fasakh* Pernikahan Beda Agama serta Akibat Hukumnya menurut *Maqashid Asy-Syari'ah*, Putusan Mahkamah Agung No 16K/ AG/ 2010,

kemudian peneliti mulai menganalisis Konstruksi Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non-Muslim dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 16K/ AG/ 2010, Analisis Kritis Terhadap Mashlahah dalam Pertimbangan Hukum Wasiat Wajibah Kepada Istri Non-Muslim Putusan Nomor 16k/ Ag/ 2010 Menurut Penalaran *Maqâshid Asy-Syari'ah* Analisis Keadilan Hukum Putusan Wasiat Wajibah kepada Istri Non-Muslim dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 16K/ AG/ 2010 Menurut Hukum Islam.

BAB 4 : Berisi penutup yang menguraikan tentang simpulan penelitian dan saran-saran yang ditawarkan peneliti.