

BAB III

PUTUSAN SENGKETA WARIS PADA PENGADILAN AGAMA DI KALIMANTAN SELATAN

A. Deskripsi Putusan Waris Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan

Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, bahwa lingkungan Peradilan Agama kemudian pada tingkat pelaksanaannya dijalankan oleh pengadilan-pengadilan yang terdiri dari Pengadilan Agama pada tingkat pertama dan Pengadilan Tinggi Agama pada tingkat banding. Untuk Kalimantan Selatan yang berada di bawah Lingkungan Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin memiliki 13 (tiga belas) Pengadilan Agama, yang menurut kajian terhadap bahan hukum yang diambil dari Direktori Putusan Mahkamah RI¹ pada tahun 2018 – 2022 yang telah melakukan *upload* sejumlah 198 (seratus sembilan puluh delapan) sengketa waris dan yang berhasil dikabulkan ada 47 (empat puluh tujuh) perkara, dengan rincian sebagai berikut :

1. Pengadilan Agama Banjarmasin menerima 63 perkara sengketa waris dan ada 9 (sembilan) perkara yang dikabulkan.
2. Pengadilan Agama Barabai menerima 12 (dua belas) perkara sengketa waris dan ada 3 (tiga) perkara yang dikabulkan.
3. Pengadilan Agama Amuntai menerima 22 (dua puluh dua) perkara sengketa waris dan ada 1 (satu) perkara yang dikabulkan
4. Pengadilan Agama Banjarbaru menerima 24 (dua puluh empat) perkara sengketa waris dan ada 11 (sebelas) perkara yang dikabulkan

¹Putusan putusan dimaksud bersumber dari direktori Mahkamah Agung yang meneliti dapatkan melalui situs: <https://putusan3.mahkamahagung.go.id/direktori/index/kategori/perdata-agama-1.html>.

5. Pengadilan Agama Martapura menerima 29 (dua puluh sembilan) perkara sengketa waris dan ada 6 (enam) perkara yang dikabulkan.
6. Pengadilan Agama Rantau menerima 3 (tiga) perkara sengketa waris dan ada 2 (dua) perkara yang dikabulkan.
7. Pengadilan Agama Kandangan menerima 2 (dua) perkara sengketa waris dan tidak ada perkara yang dikabulkan.
8. Pengadilan Agama Nagara menerima 2 (dua) perkara sengketa waris dan tidak ada perkara yang dikabulkan.
9. Pengadilan Agama Tanjung Nagara menerima 14 (empat belas) perkara sengketa waris dan ada 4 (empat) perkara yang dikabulkan.
10. Pengadilan Agama Pleihari menerima 7 (tujuh) perkara sengketa waris dan ada 2 (dua) perkara yang dikabulkan.
11. Pengadilan Agama Batulicin menerima 15 (lima belas) perkara sengketa waris dan 3 (tiga) perkara yang dikabulkan.
12. Pengadilan Agama Kotabaru menerima 2 (dua) perkara sengketa waris dan tidak ada perkara yang dikabulkan.
13. Pengadilan Agama Marabahan menerima 2 (dua) perkara sengketa waris dan ada 1 (satu) perkara yang dikabulkan

Sebelum dijelaskan bentuk diskresi hakim dan pertimbangan hukumnya, akan diuraikan dulu secara ringkas isi putusan yang menjadi bahan hukum dalam penelitian ini. Dari penelusuran terhadap bahan-bahan hukum berupa putusan-putusan waris Pengadilan Agama yang berada di bawah Lingkungan Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin diambil secara selektif dari Direktori Putusan

Mahkamah RI ditemukan ada beberapa putusan yang didalamnya mempunyai nilai kaji yang signifikan yakni putusan putusan yang di dalamnya didapatkan adanya kreatifitas hakim dalam memutuskan kasus kasus yang ada selanjutnya mencari keberadaan diskresi hakim melalui pertimbangan hukum (alasan dan dasar) dan amar putusannya, yaitu:

1. Putusan Pengadilan Agama Banjarbaru Nomor: 47/Pdt.G/2017/PA. Bjb (kasus wasiat wajibah, ahli waris pengganti dan harta bersama).

Dalam putusan ditemukan adanya kasus wasiat wajibah untuk anak kandung beda agama, ahli waris pengganti). Putusan ini adalah hasil akhir dari perkara gugat waris digabung dengan gugatan pembagian harta bersama. Dalam putusan yang dimuat dalam 145 halaman ini memuat informasi informasi berupa:

- a. Perkara ini melibatkan 17 (tujuh belas) orang yang terdiri 7 (tujuh) orang penggugat yakni Istri (pertama) pewaris dan 6 (enam) orang anak pewaris), yang dinyatakan memiliki *legal standing* dalam perkara ini. Sedang yang menjadi tergugat adalah Istri (kedua) pewaris dan 7 orang anak anak pewaris dari isteri kedua.
- b. Objek gugatan ini adalah sejumlah harta peninggalan pewaris.
- c. Sengketa waris yang berisi tuntutan penetapan harta bersama, penetapan ahli waris serta pembagian masing masing.
- d. Prosedur penyelesaian sengketa ini dilewati sesuai aturan yang berlaku dimana telah dilakukan upaya perdamaian namun tidak berhasil dan telah pula dilakukan replik duplik serta serangkaian pembuktian yang dibebankan kepada kedua belah pihak.

- e. Pihak tergugat dalam jawaban gugatannya telah mengajukan tangkisan/eksepsi, namun dalam putusannya majelis hakim menyatakan menolak eksepsi tergugat.
- f. Majelis dalam amar putusannya menyatakan mengabulkan gugatan sebagian, menolak sebagian dan tidak menerima sebagian lainnya.

Adapun tuntutan yang dinyatakan dikabulkan adalah karena penggugat berhasil membuktikan dalil dalilnya, yakni :

- a. Menyatakan bahwa isteri 1 (pertama) dan isteri ke 2 (dua) adalah isteri yang sah dari pewaris yang berhak mendapatkan pembagian harta bersama dan juga harta waris.
- b. Menyatakan isteri dan anak pewaris menjadi ahli waris yang berhak mendapatkan warisan kecuali yang beda agama (mendapatkan bagian melalui wasiat wajibah).
- c. Menyatakan beberapa objek sengketa yang berhasil dibuktikan sebagai harta peninggalan pewaris yang akan diserahkan sebagai harta bersama kepada isteri 1 (pertama) 1/3 bagian kepada isteri kedua dan 1/3 bagian menjadi harta warisan yang harus dibagikan kepada para ahli waris.
- d. Menyatakan bagaian masing masing ahli waris sesuai dengan ketentuan waris Islam/*faraidh*.

Kemudian dalam putusan tersebut hakim juga menghukum para pihak untuk:

- a. Melunasi hutang hutang yang melekat pada objek waris tersebut sebelum memperoleh hak haknya.

- b. Memberikan $\frac{1}{3}$ dari harta peninggalan, untuk isteri pertama pewaris, $\frac{1}{3}$ untuk isteri kedua pewaris dan $\frac{1}{3}$ sebagai harta warisan yang dibagikan secara natura atau melalui penjualan di muka umum yang hasilnya dibagikan kepada penerima wasiat dan ahli waris.

Selanjutnya hakim menolak sebagian tuntutan pewaris, karena pewaris tidak berhasil membuktikan kebenaran tuntutannya tersebut. Adapun tuntutan penggugat yang dinyatakan ditolak adalah tuntutan agar:

- a. Menjadikan sebagian objek sengketa menjadi harta peninggalan pewaris, penolakan ini dilakukan majelis hakim karena pihak penggugat tidak berhasil membuktikan dalil bahwa sebagian objek sengketa sebagai harta warisan. Majelis hakim melihat bahwa dalil mengenai hal tersebut tidak berhasil dibuktikan kebenarannya.
- b. Meletakkan sita jaminan, penolakan ini dilakukan karena majelis hakim tidak melihat adanya indikasi pihak tergugat akan mengalihkan atau memindahtangankan objek sengketa secara melawan hukum, karena sita jaminan dilakukan jika terdapat adanya indikasi pihak tergugat akan memindahtangankan objek sengketa/objek waris.
- c. Pembayaran uang paksa (*dwangsom*) karena dalam kasus pembebanan penghukuman bersifat bilateral yaitu melingkupi kedua belah pihak untuk bersama sama membayar utang yang melekat pada objek sengketa terlebih dahulu sebelum membagikan hak hak masing masing.
- d. Tuntutan putusan serta merta (*uitvoerbaar bij voorraad*), karena, karena adanya kesulitan dalam pelaksanaannya disebabkan objek

sengketa masih dalam penguasaan pihak ketiga yang menjadi kewajiban para pihak untuk melakukan pelunasan kepada pihak ketiga tersebut.

Sedangkan tuntutan pihak penggugat yang dinyatakan tidak diterima tuntutan penetapan sebagai harta warisan terhadap beberapa objek sengketa yang kabur (*obscur*) karena tidak jelas keberadaannya

Dalam putusan ini penulis menemukan beberapa diskresi hakim yakni:

a. Pemberian wasiat wajibah kepada ahli waris anak yang beda agama dengan alasan:

- 1) Tidak diketahui kapan anak yang bersangkutan pindah agama (tidak terungkap dipersidangan), apakah sudah meninggalnya pewaris atau sebelumnya.
- 2) Berdasarkan hadis (tidak ada hubungan waris terhadap mereka yang beda agama), namun demi memenuhi asas keadilan dan kemanfaatan terhadap anak kandung yang beda agama tersebut diberikan wasiat wajibah.
- 3) Bagian yang diterima oleh penerima wasiat wajibah adalah bahwa bagian wasiat wajibah tidak boleh menerima melebihi dari bagian dari saudara kandungnya (dalam kasus ini ia mendapatkan 115/4416 sementara saudara perempuan kandungnya mendapatkan 163/4416).

Dasar hukum yang digunakan hakim dalam pertimbangan tersebut adalah KHI pasal 195 ayat (2) yang berisi ketentuan bahwa wasiat hanya

dibolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujui.

b. Pemberian 1/3 harta bersama kepada isteri 1 (pertama) dan 1/3 harta kepada isteri ke 2 (dua). Alasan hakim dalam pertimbangannya adalah :

- 1) Meskipun isteri pertama yang dinyatakan tidak terlibat sedikitpun dalam perolehan harta tersebut, dengan pertimbangan bahwa status isteri pertama tetap sebagai isteri karena perkawinannya berhasil dibuktikan dengan adanya penetapan *itsbat* nikah oleh Pengadilan Agama dan tidak ada bukti perceraian dengan pewaris.
- 2) Walaupun terbukti tidak terlibat dalam perolehan harta warisan isteri pertama masih berhak mendapatkan harta bersama tersebut karena ketidakikutsertaannya dalam membangun usaha karena diakibatkan oleh kesengajaan pewaris meninggalkannya di Jakarta dan tidak mengajaknya membangun usaha tersebut demi menjaga reputasi dan jabatannya di tempat ia berdinis.
- 3) Penyerahan 1/3 harta sebagai harta bersama kepada isteri pertama dimaksudkan untuk kebaikan dan keselamatan kepada ahli waris yang lain agar pihak pihak terutama isteri kedua dan anak anaknya tidak sampai mengambil dan menggunakan harta yang bukan haknya.

Dasar Hukum yang digunakan adalah surah an Nisa ayat 29:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا
 أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

Ayat ini secara tegas melarang memakan harta saudara dengan cara yang bathil. Apa yang menjadi hak orang lain (dalam hal ini haknya isteri pertama) sudah seharusnya diberikan kepada yang berhak. Larangan memakan harta saudara ini berlaku universal termasuk juga dalam hal kewarisan.

2. Putusan Pengadilan Agama Banjarbaru Nomor: 448/Pdt.G/ 2016/PA. Bjb. (tentang wasiat wajibah untuk mantan isteri, harta bersama)

Dalam putusan ditemukan adanya kasus wasiat wajibah untuk mantan isteri dan harta bersama). Putusan ini lahir dari adanya gugatan yang dilatarbelakangi oleh penguasaan harta warisan oleh isteri pewaris dan tidak membagikan kepada ahli waris lainnya. Dalam gugatan ini yang menjadi penggugat adalah dua orang anak pewaris dari “istri pertama”/mantan isteri (yang telah bercerai secara resmi melalui Pengadilan Agama). Sedang yang menjadi tergugat adalah istri pewaris/”isteri kedua” (Ibu tiri dari penggugat) dan adik seayah (anak kandung pewaris dari isteri kedua/tergugat 1).

Secara garis besar ada beberapa temuan dalam perkara ini, yaitu:

- a. Penyelesaian sengketa waris ini telah dilakukan berdasarkan kepada prosedur yang yang dalam ketentuan beracara di lingkungan peradilan agama. Dimana hakim menyatakan bahwa perkara yang diajukan adalah perkara yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama dan kedudukan para pihak yang terdiri dari para ahli waris memiliki *legal standing*. Proses pengajuan gugatan diajukan secara tertulis tertuang lengkap dalam posita/duduk perkara dan tuntutan yang jelas, yang kemudian telah dijawab tergugat secara tertulis pula.

- b. Dalam pembuktian perkara ini majelis hakim memegang prinsip dasar *he who asserts must prove* dengan alat bukti sebagaimana yang diatur ketentuan peraturan perundangan. Standar pembuktian yang digunakan dalam penyelesaian perkara ini adalah *clear and convincing evidence* yakni standar pembuktian yang menekankan daya bukti suatu alat bukti untuk mendukung dan menguatkan dalil dalil yang dikemukakan terlepas dari berapa banyak jumlah alat bukti yang diajukan. Standar pembuktian ini lebih menekankan kemampuan suatu alat bukti untuk meyakinkan hakim dalam menkonstasi suatu fakta hukum.
- c. Putusan yang dihasilkan dalam proses penyelesaian perkara ini adalah mengabulkan gugatan penggugat sebagian dan menolak sebagian. Gugatanaan yang dikabulkan adalah berupa penetapan hakim terhadap:
- 1) Harta bersama pewaris baik dengan mantan isteri maupun dengan isteri pewaris, kemudian ditetapkan pula bahwa yang menjadi harta warisan adalah $\frac{1}{2}$ bagian sisa pembagian dari harta bersama dengan mantan isteri, dan $\frac{1}{2}$ bagian dari sisa pembagian harta bersama dengan isteri pewaris.
 - 2) Pihak yang berhak menjadi ahli waris dalam kasus ini adalah empat orang.
 - anak perempuan kandung (tiga orang)
 - isteri pewaris (satu orang)
 - 3) Mantan isteri pewaris mendapatkan wasiat wajibah

- 4) Saudara kandung pewaris terhalang oleh keberadaan anak perempuan pewaris.
- 5) Adapun bagian mereka masing masing (dengan didasarkan pada Kompilasi Hukum Islam pada pasal 172 ayat (2):
 - Tiga orang anak perempuan mendapatkan $\frac{2}{3}$ dan
 - Isteri mendapatkan $\frac{1}{8}$ ditambah *radd*.

Sedangkan gugatan yang dinyatakan di tolak adalah:

- 1) Menyatakan tergugat melakukan perbuatan melawan hukum dengan alasan hal tersebut bukanlah kewenangan pengadilan agama yang terkait dengan perkara ini.
- 2) Melakukan sita jaminan karena kemungkinan adanya menghilangkan objek sengketa tidak bisa dibuktikan.
- 3) Membayar uang paksa (*dwang zoom*) karena putusan yang diberikan bersifat bilateral yang menuntut adanya itikad baik kedua belah pihak untuk melaksanakannya.
- 4) Putusan serta merta karena ini termasuk hal yang dikecualikan dalam perkara waris Islam berdasarkan Surat Edaran Mahkamah Agung RI. Nomor 3 tahun 2000.

Dari putusan ini ditemukan beberapa diskresi hakim, yakni:

- a. Pembagian harta bersama antara pewaris dengan isteri pertama (mantan isteri) dan isteri (isteri kedua), dengan alasan :

- bahwa harta bersama yang diperoleh selama perkawinan laki laki dengan isteri pertama mutlak menjadi harta bersama laki laki dengan isteri pertamanya tersebut.
- harta yang diperoleh laki laki sejak perkawinan dengan isteri kedua (menjadi hak isteri kedua dan seterusnya).

Dasar hukum yang digunakan adalah :

- Kompilasi Hukum Islam pada pasal 94 ayat (1) :”Harta bersama dari perkawinan suami yang mempunyai isteri lebih dari seorang masing masing terpisah dan berdiri sendiri”. Ayat (2):”Pemilikan harta bersama dari perkawinan seorang suami yang mempunyai isteri lebih dari seorang sebagaimana tersebut dalam ayat (1), dihitung pada saat berlangsungnya akad perkawinan yang kedua, ketiga, atau yang keempat”.
- Kompilasi Hukum Islam pasal 97 yang berbunyi:” ”Janda atau duda cerai masing masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan”.

b. Pemberian wasiat wajibah kepada mantan istri sebesar 1/6 dari harta warisan dengan alasan :

- bahwa mantan isteri punya andil dan jasa bagi kehidupan pewaris selama masih hidup dan mendampingi pewaris selama 15 tahun.
- bertujuan diberikannya wasiat wajibah ini adalah untuk mendistribusikan keadilan kepada orang yang sudah banyak berjasa kepada pewaris sehingga dapat menerima bagian dari harta pewaris.

Adapun dasar hukum yang digunakan majelis hakim adalah:

- KHI pasal 207 :” Wasiat tidak diperbolehkan kepada orang yang melakukan pelayanan perawatan bagi seseorang dan kepada orang yang memberi tuntunan kerohanian sewaktu ia menderita sakit sehingga meninggalnya, kecuali ditentukan dengan tegas dan jelas untuk membalas jasa”.
- KHI pasal 209 ayat (1):”Pihak yang berhak mendapatkan wasiat wajibah terdiri dari orang tua angkat dan anak angkat”. Ayat (2): Syarat yang harus dipenuhi oleh penerima wasiat wajibah adalah bahwa orang tua dan anak angkat tersebut secara nyata tidak diberi wasiat oleh pewaris.
- Al Quran surah al Baqarah ayat 180 :

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ
حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ^٣

3. Putusan Pengadilan Agama Banjarmasin Nomor : 1415/ Pdt.G/ 2018/ PA. Bjm (tentang harta bersama dan ahli waris pengganti)

Dalam putusan ditemukan adanya kasus harta bersama dan ahli waris pengganti. Putusan ini merupakan hasil dari gugatan isteri pewaris sebagai penggugat dan menjadi tergugat adalah anak kandung (hasil perkawian antara pewaris dan penggugat) serta saudara kandung pewaris sebagai turut tergugat. Materi gugatan ini adalah berupa tuntutan pembagian warisan dari berupa harta peninggalan pewaris yang tidak pernah dibagi kepada para ahli waris dan harta peninggalan tersebut saat gugatan ini diajukan dikuasai sepenuhnya oleh tergugat.

Ada beberapa temuan dalam putusan ini, yakni:

- a. Sebelum sampai pada putusannya hakim telah melakukan mediasi antara para pihak, namun gagal. Dalam jawabannya tergugat juga telah melakukan jawaban dalam bentuk tangkisan, namun oleh majelis hakim karena yang ditangkis ini masuk materi pokok perkara maka tidak menerima eksepsi tergugat.
- b. Dalam persidangan ini telah terjadi proses replik duplik serta pembuktian, yang masing masing pihak telah mengajukan alat bukti yang dikemukakannya dalam persidangan, kemudian majelis hakim melakukan penilaian terhadap masing masing alat bukti tersebut.
- c. Dalam putusannya majelis hakim menyatakan mengabulkan gugatan penggugat untuk sebagian dan menolaknya sebagian. Adapun tuntutan yang dinyatakan dikabulkan adalah:
 - 1) Penetapan ahli waris yang terdiri dari penggugat, tergugat dan turut tergugat (sebagai ahli waris pengganti dari ayahnya).
 - 2) Penetapan ahli waris pengganti adalah dengan alasan bahwa berdasarkan penilaian alat bukti yang diajukan diketahui bahwa sebelum harta peninggalan pewaris dibagikan kepada ahli waris, telah meninggal dunia ayah pewaris digantikan oleh anak laki laki (dari ahli yang meninggal tersebut).
 - 3) Menetapkan beberapa objek harta sebagai harta warisan serta menetapkan bagian masing masing.

- d. Sebelum dilakukan pembagian harta warisan majelis hakim telah menetapkan adanya pembagian harta bersama antara pewaris dengan penggugat, meskipun hal ini tidak diminta/dituntut oleh penggugat.
- e. Dalam putusan ini majelis hakim menolak sebagian tuntutan, yakni tuntutan agar Majelis hakim menyatakan putusan atas perkara ini dapat dijalankan terlebih dahulu, meskipun ada upaya hukum banding atau kasasi, karena majelis hakim menganggap bahwa tuntutan tersebut tidak memenuhi Sema No 3 tahun 2000.
- f. Dalam putusan ini majelis hakim mengesampingkan dan tidak memberikan pertimbangan hukum terhadap beberapa tuntutan, yaitu :
 - 1) Tuntutan yang menginginkan agar tergugat ditetapkan sebagai orang yang telah melakukan perbuatan melawan hukum dalam menguasai dan mensertifikatkan harta warisan, karena tuntutan tersebut tidak lazim dalam praktek di Pengadilan Agama.
 - 2) Tuntutan yang menginginkan agar menyatakan sertifikat hak milik No 127 yang dikeluarkan oleh kantor pertanahan Kota Banjarmasin tertanggal 27 Juli 2004 tidak berkekuatan hukum, karena menurut Majelis Hakim hal ini tidaklah menjadi kewenangan Pengadilan Agama.
 - 3) Tuntutan untuk melakukan sita jaminan, karena hal tersebut tidak dapat dilaksanakan.

Ada dua diskresi hakim yang penulis temukan dalam putusan ini, yaitu:

- a. Penetapan harta bersama (walaupun tidak ada tuntutan) dengan alasan

- hakim secara *ex officio* dapat menetapkan harta bersama
- objek waris terkait harta bersama antara penggugat dan pewaris, maka sebelum dibagi kepada ahli waris, maka harus dibagi dua dulu.

Hal ini didasarkan pada ketentuan yang ada dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 96 ayat (1) yang berbunyi: “Apabila terjadi cerai mati, maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”.

- b. Penetapan ahli waris pengganti, dengan alasan karena cukup bukti bahwa meninggal salah satu ahli waris sebelum harta waris dibagikan, yang didasarkan pada pasal 185 Kompilasi Hukum Islam yang berbunyi:

- (1) Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 143.
- (2) Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dari yang diganti.

4. Putusan Pengadilan Agama Kotabaru Nomor: 0316/Pdt.G/ 2015/PA. KTB.(tentang ahli waris pengganti dan harta bersama)

Dalam putusan ditemukan adanya kasus harta bersama ahli waris pengganti. Putusan ini adalah merupakan produk dari gugatan yang di dilakukan oleh anak anak pewaris (dari mantan isteri/isteri pertama yang sudah bercerai) sebagai penggugat dan menjadi tergugat adalah istri (ketiga) pewaris, yang dianggap menguasai harta warisan dengan tidak bersedia membagi secara kekeluargaan (yang sebelumnya sudah pernah disepakati).

Ada beberapa temuan yang diperoleh dari putusan ini, yaitu:

- a. Pengadilan Agama Kotabaru menyatakan mengabulkan gugatan para penggugat untuk sebagian dan menolak sebagian, dan tidak menerima selain dan selebihnya. Dengan pertimbangan hukum yang digunakan adalah prinsip prinsip tentang kewenangan absolut dan relative bahwa berdasarkan pasal 49 (huruf (b) Undang undang Undang Undang No 3 tahun 2006) perubahan kedua dari Undang Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama.
- b. Para pihak sudah berhasil dihadirkan pada hari dan tanggal yang sudah ditentukan dan telah diadakan mediasi namun tidak berhasil. Dalam persidangan telah terjadi proses replik duplik serta pembuktian, yang masing masing pihak telah mengajukan alat bukti sesuai dengan dalil yang dikemukakannya dalam persidangan, kemudian majelis hakim melakukan penilaian terhadap masing masing alat bukti tersebut sehingga majelis hakim pada akhirnya:
 - 1) Mengabulkan tuntutan dalam hal:
 - a) Penetapan ahli waris yang terdiri dari para penggugat (Anak anak pewaris dan cucu pewaris sebagai ahli waris pengganti) dan tergugat (isteri pewaris).
 - a. Menetapkan beberapa objek sengketa sebagai harta peninggalan yang salah satu objek sengketa sebagai harta bersama yang harus dibagikan dulu antara pewaris dengan penggugat untuk selanjutnya menetapkan bagian pewaris sebagai harta warisan. (Meskipun para penggugat dalam tuntutannya tidak mencantumkan permohonan

pembagian harta bersama). Pertimbangannya adalah hakim secara *ex officio* dapat membagi harta bersama tersebut. Pertimbangannya adalah Yurisprudensi MARI No 38K/AG/1988 tanggal 5 oktober 1988.

- b) Menetapkan bagian pewaris (1/2 dari harta bersama) sebagai harta warisan yang diperintahkan dibagi kepada ahli waris yang terdiri dari para penggugat dan tergugat dan menghukum tergugat untuk menyerahkan sebagian harta (yang dikuasainya) kepada ahli waris yang lain (para penggugat sesuai dengan porsi dan bagian masing masing).
- 2) Majelis hakim menyatakan tidak dapat menerima beberapa tuntutan, yaitu:
- a) Tuntutan (*neit on vankeljik verklaard*), yakni dalam hal tuntutan pembagian objek sengketa berupa tanah dan bangunan rumah yang ternyata begitu dilakukan pemeriksaan setempat (*dicente*) ditemukan fakta bahwa objek sengketa tersebut alamatnya berbeda dengan alamat yang tertera dalam surat gugatan, dan penggugat tidak melakukan perbaikan alamat tersebut dalam surat gugatannya, sehingga majelis hakim menganggap bahwa objek tanah tersebut menjadi tidak jelas atau *obscure libel*, sehingga segala alat bukti terkait objek tersebut di kesampingkan.
 - b) Tuntutan agar putusan ini dapat dilaksanakan terlebih dahulu (*uitvoerbaar bij voorrad* meskipun ada bantahan (*verzet*), banding

atau kasasi. Penolakan ini didasarkan pada pertimbangan bahwa tuntutan ini tidak disertai dengan alat bukti yang mendukung, sehingga dianggap tidak beralasan hukum.

- c) Pada bagian akhir Majelis hakim menyatakan segala hal yang diutarakan tergugat dalam jawaban bukanlah sebagai tuntutan tapi berupa keluhan dan pertanyaan yang bukan menjadi kewenangan hakim untuk menjawabnya dan dianggap tidak relevan dengan pokok perkara sehingga hal tersebut tidak dipertimbangkan dan dinyatakan dikesampingkan atau diabaikan.

Diskresi yang ditemukan dalam putusan ini adalah :

- a. Penetapan ahli waris pengganti
- Alasan hakim karena adanya permohonan penetapan ahli waris yang salah satu di antaranya anak yang telah meninggal terlebih dahulu dari pewaris yang kemudian digantikan oleh cucu pewaris.
 - Dasar hukum dalam pertimbangannya adalah pasal 185 KHI yang berbunyi: yang berbunyi: “Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 143 : Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dari yang diganti”.
- b. Menetapkan harta bersama

- Alasannya meskipun tidak ada tuntutan para pihak, namun dengan pertimbangan bahwa hakim secara *ex officio* dapat menetapkan harta bersama.
- Dasar hukumnya adalah Yurisprudensi MARI No 38K/AG/1988 tanggal 5 oktober 1988.

5. Putusan Pengadilan Agama Martapura Nomor: 631/Pdt.G/ 2019/PA. Mtp. (tentang *amanat* sebagai dasar pembagian/kadar waris)

Putusan ini adalah hasil akhir dari perkara gugatan yang diajukan oleh isteri pewaris dan tiga orang anak anaknya (hasil perkawinan penggugat dengan pewaris) sebagai penggugat, sedangkan yang menjadi tergugat adalah satu orang anak kandung pewaris (dari isteri sebelumnya yang telah meninggal dunia sebelum kawin dengan penggugat dan 5 (lima) orang saudara kandung pewaris.

Ada beberapa hal yang penulis dapatkan dari putusan ini, yaitu:

- a. Dari latar belakang/posita dari perkara ini tergambar bahwa pewaris meninggal dunia dengan meninggalkan ahli waris yang terdiri dari isteri dan empat orang anak.
- b. Pewaris juga meninggalkan (dua) 2 objek harta warisan.
- c. Sebelum pewaris meninggal dunia ada mengucapkan *amanat*/wasiat yang isinya menyerahkan objek waris I kepada tergugat dan objek waris II kepada para penggugat. Namun sampai perkara ini diajukan para tergugat tidak bersedia menyerahkan objek waris II kepada para penggugat.
- d. Pada proses pemeriksaan yang diawali dengan mediasi para pihak semua hadir, namun tidak diperoleh kesepakatan dalam mediasi tersebut.

Sehingga hakim melanjutkan pemeriksaan ke tahap berikutnya, namun para tergugat tidak menghadiri persidangan berikutnya tanpa alasan yang sah. Sehingga dalam persidangan ini, tidak ada jawaban dan bantahan tergugat dan tidak terjadi proses replik duplik karena para tergugat tidak pernah hadir. Maka kepada para penggugat majelis minta untuk membuktikan dalil dalil gugatannya, majelis hakim kemudian melakukan penilaian terhadap masing masing alat bukti tersebut.

e. Putusan Pengadilan Agama Martapura (631/Pdt.G/2019/PA. Mtp ini menyatakan mengabulkan gugatan penggugat untuk sebagian dan menolak sebagian.

1) Tuntutan penggugat yang dikabulkan hakim adalah:

a) Menetapkan sahnya wasiat/*amanat* pewaris kepada tergugat I, meskipun melebihi batas $\frac{1}{3}$ dari harta warisan namun para penggugat mengaku tidak keberatan untuk melaksanakan wasiat almarhum.

b) Menetapkan satu objek sengketa lainnya sebagai harta peninggalan dan menetapkan bahwa harta peninggalan tersebut sebagai harta bersama. Untuk selanjutnya memerintahkannya membagi masing masing $\frac{1}{2}$ bagian untuk penggugat dan $\frac{1}{2}$ lain bagian pewaris yang selanjutnya dianggap sebagai harta warisan yang akan dibagikan kepada ahli waris.

c) Tuntutan yang ditolak adalah tuntutan penggugat agar Pengadilan Agama memerintahkan Badan Pertanahan Nasional Kabupaten

Banjar untuk melakukan balik nama bukti kepemilikan objek waris II menjadi atas nama para penggugat. karena menganggap pengadilan agama tidak memiliki kewenangan dan alasan hukum untuk memerintahkan instansi lain dalam hal ini Badan Petanahan Kabupaten Banjar untuk melakukan balik nama tersebut.

Diskresi hakim yang penulis temukan dalam putusan inin adalah sahnya pembagian warisan yang didasarkan pada *amanat*/wasiat pewaris, meskipun melebihi standar pembagian dalam faraidh.

6. Putusan Pengadilan Agama Amuntai Nomor: 0105/Pdt.G/2017/PA.Amt. (tentang *amanat* sebagai dasar pembagianwaris)

Dalam putusan ditemukan adanya kasus amanat yang digunakan sebagaim dasar penentuan kadar warisan. Dalam perkara ini yang menjadi objek sengketa adalah sejumlah harta warisan yang menurut penggugat dikuasai oleh para tergugat yang mana antara penggugat dan tergugat merupakan anak kandung dari pewaris. Ada beberapa temuan dalam putusan Pengadilan Agama Amuntai ini, yakni:

- a. Menyatakan bahwa mengabulkan gugatan sebagian, menolak sebagian dan tidak menerima selebihnya, dengan pertimbangan:
 - 1) Pada sidang pertama yang telah ditetapkan penggugat dan salah satu tergugat telah datang menghadap ke persidangan dan perkaranya merupakan perkara kewarisan yang baik pewaris maupun ahli waris semuanya beragama Islam yang berarti bahwa telah terpenuhi asas personalitas keislaman dan perkara merupakan kewenangan absolut Peradilan Agama yang didasarkan pada pasal 49 Undang Undang

Nomor 7 tahun 1989 yang diubah dengan Undang Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan Undang Undang No 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

2) Telah dilakukan perdamaian/mediasi namun gagal menghasilkan kesepakatan sehingga pemeriksaan dilanjutkan. Mediasi dilakukan dalam rangka memenuhi ketentuan yang ada dalam pasal 154 ayat (1) Rbg dan Perma nomor 1 tahun 2016.

b. Bagian tuntutan yang dikabulkan adalah tuntutan terhadap satu objek sengketa yang masih dikuasai oleh salah satu tergugat dan belum dibagikan kepada ahli waris, karena merupakan tanah *tunggu haul*. Dalam persidangan penggugat menghadirkan alat bukti berupa saksi, dan diadakan pemeriksaan setempat. Tergugat juga mengakui bahwa objek sengketa tersebut memang warisan yang belum dibagikan. Walaupun dalam jawabannya tergugat telah mengemukakan beberapa dalil bahwa ada piutang penggugat yang dianggap sebagai bagian pengganti kepemilikan penggugat di objek tersebut, namun tergugat tidak berhasil membuktikan dalilnya tersebut sehingga tuntutan terhadap pembagian objek sengketa ini dikabulkan.

c. Bagian tuntutan yang ditolak adalah tuntutan terhadap:

1) Objek sengketa yang telah dihibahkan oleh pewaris pada sebagian ahli waris yang kemudian hibah tersebut diperhitungkan sebagai warisan dan ini disetujui oleh semua ahli waris, sehingga tuntutan terhadap objek sengketa tersebut dinyatakan ditolak.

- 2) Objek sengketa/harta warisan yang sudah dibagikan di tahun 2001 sesuai dengan *amanat* pewaris yang menginginkan harta warisan dibagi sama rata antara anak laki laki dan anak perempuan. Pembagian ini oleh hakim dianggap telah sesuai dengan hukum waris Islam, sehingga tuntutan terhadap objek objek sengketa tersebut dinyatakan ditolak.
 - 3) Ada satu objek sengketa yang didalilkan penggugat sebagai objek sengketa yang belum dibagikan, namun penggugat tidak berhasil membuktikan kebenarannya, maka tuntutan terhadap objek tersebut juga ditolak.
- d. Tuntutan penggugat yang dinyatakan tidak diterima adalah tuntutan terhadap beberapa objek sengketa yang diakui oleh para pihak sebelumnya milik pewaris, namun objek sengketa tersebut terbukti tidak dikuasai oleh para tergugat, melainkan oleh pihak ketiga karena telah dijual oleh pewaris semasa hidupnya. Oleh karena gugatan terhadap objek tersebut dinyatakan tidak diterima.
- e. Dalil yang digunakan oleh majelis hakim adalah :
- 1) Ketika menetapkan bagian masing masing adalah Al Quran yakni potongan surat an Nisa ayat 11:

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ ۗ

 Artinya: “Allah mensyariatkan (mewajibkan) kepadamu tentang (pembagian warisan untuk) anak-anakmu, (yaitu) bagian seorang anak laki-laki sama dengan bagian dua orang anak perempuan”.
 - 2) Ketika majelis hakim menyatakan tidak menerima beberapa tuntutan penggugat majelis hakim mengemukakan dalil bahwa secara formil

dalam sebuah gugatan pengajuannya harus memenuhi unsur unsur yang salah satunya adanya tergugat yang dianggap merugikan kepentingan penggugat sebagaimana Yurisprudensi Mahkamah Agung melalui putusan 955/K/Sip/1975 tanggal 8 Agustus 1976, yang menyatakan bahwa :”...bagi mengajukan gugat haruslah ada sesuatu hak orang lain untuk dapat menarik yang bersangkutan sebagai tergugat dalam suatu proses peradilan”. Syarat lainnya seseorang dapat didudukkan sebagai tergugat adalah orang tersebut menguasai objek sengketa sebagaimana dikemukakan dalam Yurisprudensi Mahkamah Agung melalui putusan No 621/K/Sip/1975. sebagai dasar tidak menerima beberpa tuntutan penggugat. Karena dalam persidanga terbukti bahwa objek tersebut sudah dijual pewaris semasa hidupnya sehingga gugatan ini dianggap cacat formil *error in persona*.

Diskresi dalam putusan ini adalah ketika hakim membenarkan telah terjadi pembagian warisan di luar sidang dengan pembagian sama rata antara anak laki laki dan anak prempuan karena adanya *amanat* dari pewaris.

7. Pengadilan Agama Barabai Perkara Nomor : 118/Pdt.G/2018/PA. Brb.(tentang ahli waris pengganti)

Dalam putusan ditemukan adanya kasus ahli waris pengganti) dalam gugatan yang dilatarbelakangi adanya harta warisan yang bersumber dari harta pewaris (almarhum dan almarhumah) yang menjadi objek sengketa. Sengketa kewarisan ini menghadapkan para ahli waris yang terdiri dari anak perempuan pewaris dengan cucu dari anak laki laki dan cucu dari anak perempuan pewaris. Penggugat dalam perkara ini adalah Cucu pewaris dari anak laki laki dan menjadi tergugat adalah anak perempuan pewaris serta menantu dan cucu pewaris lainnya yang dianggap tidak membagikan

sebagian dari harta warisan yang ditinggalkan pewaris (almarhum dan almarhumah).

Secara historis tergambar dalam posita bahwa pada tahun 1994 Almarhum meninggal dunia dengan meninggalkan ahli waris yang terdiri dari 1 (satu) orang Isteri (Almarhumah) dari 3 orang anak (A1, A2 dan A3). Harta warisan almarhum terbukti telah dibagikan kepada para ahli waris. Kemudian pada tahun 2009 A1 meninggal dunia dengan meninggalkan anak 3 anak laki. Pada tahun 2012 A2 meninggal dunia dengan meninggalkan 4 orang anak, dan pada tahun 2014 Almarhumah meninggal dunia dengan meninggalkan ahli waris 1 Anak perempuan/A3, 3 cucu laki laki dari anak laki laki/A1 dan 4 cucu perempuan dari anak anak perempuan/A2.

Ada beberapa hal yang ditemukan dalam putusan ini, yakni:

- a. Putusan Pengadilan Agama Barabai ini menyatakan bahwa gugatan penggugat dinyatakan dapat dikabulkan sebagian dan ditolak selebihnya.
- b. Dalam pertimbangan hukumnya putusan ini menjelaskan bahwa perkara yang diajukan ini secara absolut dan relative memang menjadi kewenangan Pengadilan Agama Barabai. Hal ini didasarkan kepada pasal 49 (ayat 1) Undang Undang No 3 tahun 2006 tentang perubahan atas Undang Undang no 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Buku I Kompilasi Hukum Islam.

- c. Persidangan perkara ini telah melewati tahapan yang terdiri dari mediasi namun gagal mencapai kesepakatan, karena itu majelis hakim melanjutkan persidangan. Kemudian setelah pembacaan gugatan tergugat memberikan jawaban dalam bentuk rekonsensi, namun segala tuntutan tergugat dalam rekonsensinya dinyatakan tidak diterima (*Niet Ontvankelijke Verklaard*) karena gugatan tersebut dianggap tidak jelas. Ketidakjelasan itu dapat dilihat dari posita yang hanya merupakan penegasan dari jawaban tergugat dalam konvensi serta petitum (tuntutan) tidak disebutkan secara rinci.
- d. Dalam gugatannya penggugat menghadirkan alat bukti berupa surat-surat yang diakui kebenarannya oleh para tergugat serta saksi. Namun yang disayangkan saksi yang dihadirkan hanya 1 (satu) orang sehingga hanya sebagian keterangannya yang dapat diterima, yakni keterangan saksi yang didukung oleh alat bukti lain (surat) menyangkut pertalian kekerabatan antara para penggugat dan tergugat. Sedangkan keterangan mengenai kedudukan harta yang disengketakan tidak dapat diterima karena hakim berpegang pada kaidah pembuktian di dalam hukum acara perdata bahwa “satu orang saksi bukan saksi (*unus testis nullus testis*).
- e. Berdasarkan alat bukti (surat wasiat pewaris dan pengakuan para pihak) yang dihadirkan bahwa ternyata sebagian harta yang didalilkan penggugat sebagai harta warisan, tidak terbukti, karena untuk harta warisan yang bersumber dari almarhum/pewaris semasa hidupnya telah

memberikan harta tersebut kepada anak anaknya termasuk orang tua penggugat.

f. Harta warisan adalah hanya peninggalan dari almarhumah yang sebagiannya memang merupakan harta warisan telah dijual oleh para tergugat dan uang hasil penjualannya telah dibagikan kepada para ahli waris, namun menurut penggugat dan diakui tergugat bahwa pembagian tersebut tidak didasarkan kepada hukum kewarisan Islam. Selebihnya terbukti sebagai harta warisan yang belum dibagikan.

g. Dasar hukum yang digunakan hakim dalam pertimbangannya adalah :

1) Kompilasi Hukum Islam Pasal 171 huruf c yang menyebutkan bahwa :”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;” Pasal 174 ayat (2):”Apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda”, Pasal 185 :”(1) Ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 173². (2) Bagian Ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.

2) Al Qur’an surah an Nisa ayat 11

²Seseorang terhalang menjadi ahli waris apabila dengan putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dihukum karena : a. Dipersalahkan telah membunuh atau mencoba membunuh atau menganiaya berat pewaris; b. dipersalahkan secara memfitnah telah mengajukan mengajukan bahwa pewaris telah melakukan suatu kejahatan yang diancam dengan hukuman lima tahun penjara atau hukuman yang lebih berat.

وَأِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ

- 3) Hadis Nabi yang artinya :”Serahkan harta pusaka itu kepada ahlinya menurut ketentuan, maka sisanya adalah bagi laki laki yang terdekat”.
- f. Dalam putusannya Majelis hakim menyatakan bahwa yang menjadi objek warisan adalah harta peninggalan almarhumah dan yang menjadi ahli waris dalam perkara ini adalah :
- 1) Anak Perempuan mendapatkan $\frac{1}{2}$ dari harta warisan
 - 2) Para cucu dari anak perempuan/A2 (4 orang) sebagai ahli waris pengganti yang menempati kedudukan (anak II perempuan) yang meninggal lebih dahulu dari pewaris, mendapatkan $\frac{1}{6}$ (seperenam) untuk mencukupi pendapatan $\frac{2}{3}$ bagi 2 (dua) orang anak perempuan atau lebih, yang dibagi sama rata di antara mereka.
 - 3) Semua cucu dari (dari anak laki laki pewaris) mendapatkan sisa atau sebagai ashabah.

Diskresi hakim dalam putusan adalah menetapkan adanya ahli waris pengganti yang menduduki posisi orangtuanya (anak pewaris yang sudah meninggal dunia) masing masing.

8. Putusan Pengadilan Agama Tanjung Nomor: 442/Pdt.G/2019/PA. Tjg. (tentang harta bersama dan *radd* pada suami)

Kasus dalam putusan ini adalah mengenai harta bersama dan radd untuk suami). Putusan ini merupakan hasil akhir dari perkara waris yang menghadapkan mertua sebagai penggugat (oang tua pewaris) dan bekas menantu laki laki sebagai tergugat (saumi pewaris) yang mempersoalkan sejumlah objek sengketa yang merupakan harta peninggalan pewaris.

Teungkap beberapa hal yang ditemukan dalam putusan ini:

- a. Dalam posita terungkap fakta hukum bahwa pewaris dalam adalah anak kandung penggugat dan isteri sah dari tergugat yang dalam perkawinannya tidak mempunyai anak. Selama hidup berumah tangga antara tergugat dan pewaris telah memperoleh sejumlah harta yang kemudian menjadi objek dalam sengketa ini, serta sejumlah utang yang harus diselesaikan oleh para ahli waris. Sejumlah harta yang menjadi objek sengketa sebagian masih dalam penguasaan tergugat.
- b. Perkara kewarisan yang menjadi kewenangan absolut Pengadilan Agama berdasarkan ketentuan pasal 49 ayat 1 huruf b dan pasal 49 ayat 3 Undang Undang Nomor 3 tahun 2006.
- c. Sebelum pemeriksaan pokok perkara di awal persidangan telah dilakukan mediasi namun gagal mencapai kesepakatan. Hal ini dilakukan dalam rangka memenuhi ketentuan Pasal 154 ayat (10) Rbg Jo. Peraturan Mahkamah RI Nomor 1 tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.
- d. Majelis hakim juga mengemukakan bahwa penyusunan gugatan sebenarnya tidak memenuhi kaidah pembuatan gugatan yang baik, sehingga berdampak pada tidak terungkapnya maksud dari gugatan tersebut secara terstruktur, namun setelah mendengarkan jawab berjawab penggugat dan tergugat di persidangan, majelis hakim bisa memahami maksud gugatan penggugat dan jawaban tergugat, sehingga demi untuk memenuhi rasa keadilan bagi penggugat dan tergugat majelis hakim akan

memutus perkara ini pada bagian tuntutan subsider gugatan penggugat dengan susunan pertimbangan hukum secara berurutan

- e. Mengenai hubungan pewaris dengan tergugat, adalah dinyatakan sebagai suami isteri sehingga harta berikut utang yang terbukti di persidangan didapat selama pernikahan tergugat dengan pewaris adalah sebagai harta dan utang bersama. Hal ini didasarkan kepada:
- 1) Pasal 2 ayat (1) dan (2) Undang Undang No 1 tahun 1974 tentang perkawinan: "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing masing agama dan kepercayaannya itu", dan "Tiap tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang undangan yang berlaku".
 - 2) Pasal 35 ayat 1 Undang Undang No 1 tahun 1974 tentang perkawinan: "Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama".
- g. Kemudian majelis hakim juga menyatakan bahwa antara tergugat dengan pewaris mendapatkan separuh dari harta dan menanggung utang tergugat bersama pewaris. Pertimbangan ini didasarkan pada pasal 97 Kompilasi Hukum Islam bahwa: "Janda atau duda cerai masing masing berhak seperdua dari harta Bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan".
- h. Mengenai hubungan antara pewaris dengan penggugat dinyatakan penggugat sebagai ibu kandung pewaris dan berhak mendapatkan harta warisan bersama-sama dengan suami (tergugat). Pertimbangan hakim

didasarkan kepada pasal 171 dan 174 Kompilasi Hukum Islam dan ketentuan dalam al Qur'an surah An Nisa ayat 12.

Dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 171 menyebutkan bahwa:

”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” .

Dalam pasal 174 dinyatakan:

- (1) Kelompok kelompok ahli waris terdiri dari
 - a. Menurut hubungan darah: Golongan laki laki terdiri dari ayah, anak laki laki, saudara laki laki, paman, kakek, golongan perempuan terdiri dari ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek.
 - b. Menurut hubungan perkawinan terdiri dari : duda atau janda.
- (2) Apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan wasian hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda.

Selanjutnya dalam surah an Nisa ayat 12 yang berbunyi :

وَأَكْثُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وُلْدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَاللَّهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وُلْدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وُلْدٌ فَلَهُنَّ النُّصَبُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَةً أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التُّلْثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۖ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ

i. Majelis hakim juga menjadikan pasal 178 ayat (1), pasal 179 dan pasal 193 Kompilasi Hukum Islam sebagai acuan dalam menentukan bagian para ahli waris. Dalam pasal tersebut ditentukan bahwa :

- 1) Bagian ibu bila tidak ada anak atau dua orang saudara atau lebih, makai mendapatkan sepertiga bagian
- 2) Duda mendapatkan separoh bila pewaris tidak meninggalkan anak.
- 3) Apabila dalam pembagian warisan di antara para ahli waris Dzawil Furud menunjukkan bahwa angka pembilang lebih kecil dari angka penyebut, sedangkan tidak ada ahliwaris ashabah, maka pembagian harta warisan tersebut secara radd, yaitu sesuai dengan hak masing masing ahli waris sedang sisanya dibagi berimbang di antara mereka, bagian masing masing adalah, penggugat sebagai ibu mendapatkan $\frac{1}{3}=\frac{2}{6}$ sedangkan tergugat sebagai duda mendapat $\frac{1}{2}=\frac{3}{6}$. Sisanya $\frac{1}{6}$ yang selanjutnya dibagi 2 menjadi $\frac{1}{12}$, maka bagian ibu/penggugat setelah di radd menjadi $\frac{5}{12}$ bagian dan bagian duda/tergugat setelah di radd menjadi $\frac{7}{12}$ bagian.

Diskresi yang ditemukan dalam putusan ini adalah ketika hakim dalam putusannya menetapkan adanya harta bersama dan suami sebagai penerima *radd*.

9. Putusan Pengadilan Agama Batu Licin Nomor: 258/Pdt.G/2019/PA.Blcn. (Tentang pembayaran utang ritual arwah dan ahli waris pengganti)

Putusan ini merupakan produk dari perkara yang penggugatnya adalah dua orang anak kandung dari saudara laki laki pewaris/keponakan

dan tergugat adalah isteri pewaris. Gugatan ini dilatarbelakangi adanya harta warisan pewaris yang tidak dibagikan oleh tergugat (isteri pewaris).

Beberapa hal yang ditemukan dalam putusan ini:

- a. Secara prosedural menyangkut persyaratan pengajuan perkara, dalam putusan ini pertimbangan hukum yang diberikan hakim adalah bahwa penggugat dan tergugat sama-sama beragama Islam sehingga Pengadilan Agama secara absolut berwenang menyelesaikan perkara tersebut dengan mendasarkan pada pasal 40 dan pasal 63 ayat (1) huruf (a) Undang-Undang No. 1 tahun 1974 jo pasal 14 dan pasal 1 huruf (b) Peraturan Pemerintah nomor 9 tahun 1975, pasal 49 huruf a) Undang-Undang No 3 tahun 2006.
- b. Berhubung seluruh objek sengketa/ benda terperkara berada di wilayah kecamatan Kusan Hilir Kabupaten Tanah Bumbu sehingga berdasarkan pasal 142 ayat (5) Pengadilan Agama Batu Licin berwenang menyelesaikan perkara tersebut. Dalam tahapan persidangan telah dilakukan usaha perdamaian melalui mediasi namun tidak dicapai kesepakatan/ perdamaian, sehingga pemeriksaan dilanjutkan.
- c. Terkait gugatan provisi dalam putusan ini majelis hakim menyatakan tidak menerima gugatan provisi dan tuntutan tersebut dikesampingkan dengan pertimbangan bahwa gugatan tersebut tidak memenuhi syarat-syarat dan tidak sesuai dengan ketentuan hukum formil karena tuntutan provisi yang meminta dilakukan sita jaminan terhadap objek sengketa harta warisan yang tidak bergerak tersebut tidak perlu dan tidak boleh

dilakukan karena tujuannya, dasar hukumnya dan proses pelaksanaannya (eksekusi) berbeda.

d. Dalam pokok perkara majelis hakim mempertimbangkan bahwa karena tuntutan penggugat meminta agar seluruh petitumnya dikabulkan, maka majelis hakim merasa harus ada pembuktian terhadap dalil perkara yang bersangkutan, sehingga dibebankan pembuktian kepada penggugat tersebut, berupa:

1) Bukti surat/tertulis yang tidak dapat memperlihatkan aslinya dinyatakan di kesampingkan dan surat lain bukan akte/surat biasa yang dihadirkan penggugat telah memnuhi syarat formal dan karena mengandung fakta hukum, maka dinyatakan sebagai bukti yang sah dengan kekuatan pembuktia permulaan serta Alat bukti tertulis yang dinilai sebagai akte autentik dengan kekuatan pembuktian sempurna. Terhadap alat bukti elektronik dapat diterima sebagai pelengkap alat bukti lainnya.

2) Bukti saksi telah terbukti memenuhi syarat syarat formil saksi

3) Bukti hasil pemeriksaan setempat (*discente*) dianggap sebagai pelengkap keterangan saksi.

j. Dalam pemeriksaan alat bukti tergugat juga menghadirkan alat bukti untuk membantah dalil yang diajukan penggugat berupa:

1) Bukti dalam bentuk akte pengakuan sepihak (APS) dianggap telah memenuhi syarat formil dan materiel sebagai alat bukti surat yang secara legal formal dianggap sebagai alat bukti yang sah.

- 2) Akte autentik yang telah memenuhi ketentuan formil dan material kemudian dinyatakan sebagai alat bukti dengan kekuatan sempurna dan mengikat.
- 3) Saksi yang dihadirkan tergugat yang berjumlah tiga (3) orang yang telah memenuhi syarat formil.

Pertimbangan hukum terhadap keberadaan para penggugat dan tergugat oleh majelis hakim dipertimbangkan bahwa mereka dianggap memiliki *legal standing*. Penggugat berkedudukan sebagai ahli waris pengganti dan saudara laki laki pewaris yang telah meninggal dunia lebih dahulu dari pewaris., serta tergugat adalah isteri dari pewaris yang semuanya ditetapkan sebagai ahli waris dari pewaris.

Pertimbangan terhadap diterimanya tuntutan terhadap objek sengketa yang didalilkan dalam posita, majelis hakim menyatakan bahwa ada beberapa objek sengketa berupa tanah yang diakui tergugat sebagai harta bersama antara tergugat dengan pewaris dan adanya bukti tertulis dari penggugat dan tidak dibantah oleh tergugat kemudian ditetapkan sebagai harta bersama, yang kemudian bagian pewaris dijadikan sebagai harta warisan.

Disamping itu terdapat satu objek sengketa yang diakui sebagai milik almarhum yang selanjutnya menjadi harta bersama, namun telah dihibahkan kepada “anak asuh” berdasarkan adanya bukti berupa akte hibah dan saksi, maka hibah tersebut dinyatakan sah, meskipun sebelumnya ada keberatan

penggugat, tapi hal ini dianggap bukan bantahan. Sehingga tuntutan terhadap objek sengketa tersebut dinyatakan tidak diterima.

Tehadap objek sengketa berupa dua buah mobil ditetapkan 1 buah mobil sebagai harta bersama, dengan pertimbangan meskipun sebelumnya ada sanggahan dari tergugat, namun majelis hakim menganggap bahwa sanggahan tersebut tidak disertai alat bukti yang cukup (hanya satu orang saksi), sehingga tuntutan ini diterima. Namun tuntutan terhadap 1 buah mobil lainnya dinyatakan tidak diterima, karena terbukti telah berpindah kepemilikan melalui jual beli dan hasil penjualan tersebut terbukti digunakan untuk keperluan pembayaran utang pewaris dan untuk kebutuhan “*acara selamatan*” pasca kematian.

Adapun tuntutan penggugat terhadap objek berupa sejumlah emas oleh majelis hakim dinyatakan di tolak, karena penggugat secara formil tidak bisa memberikan bukti apapun, sementara menurut pengakuan tergugat sejumlah emas tersebut telah dijual semasa hidup pewaris dan penjualannya digunakan untuk keperluan perbaikan rumah dan sebagian digunakan sebagai modal usaha.

Dengan demikian dalam amarnya terhadap pokok perkara majelis hakim menyatakan:

- a. Mengabulkan gugatan sebagian, tidak dapat diterima sebagian dan ditolak untuk selain dan selebihnya.
- b. Menetapkan sejumlah objek sengketa yang berhasil dibuktikan sebagai harta bersama antara pewaris dengan tergugat, yang setengah bagian dari

harta bersama tersebut menjadi milik tergugat dan setengahnya lagi menjadi harta peninggalan/harta waris yang belum dibagi kepada ahli warisnya.

- c. Menetapkan ahli waris almarhum yang terdiri dari para penggugat dan tergugat yang berhak atas harta peninggalan almarhum (pewaris) dengan pembagian :
- 1) Tergugat (isteri) mendapatkan $\frac{1}{4}$ harta peninggalan.
 - 2) Penggugat 1 dan 2 (sebagai ahli waris pengganti dari ayah kandungnya/ saudara laki laki kandung pewaris. menjadi ashabah.
- d. Menghukum tergugat yang menguasai objek harta bersama membagi dan menyerahkan bagian harta warisan dari setengah atas harta bersama yang menjadi bagian pewaris kepada para ahli waris dan membebaskan biaya perkara secara tanggung renteng.

Diskresi yang penulis temukan dalam putusan ini adalah adanya pertimbangan hukum yang membenarkan penggunaan harta pewaris untuk pembayaran utang untuk ritual kematian, menetapkan adanya harta bersama dan adanya ahli waris pengganti.

10. Putusan Pengadilan Agama Pelaihari Nomor : 382/Pdt.G/2021/PA. Plh.(tentang harta bersama dan pembagian sama antara anak laki laki dan anak perempuan).

Di dalam kasus ini terdapat adanya harta bersama dan pembagian waris yang sama antara anak laki laki dan perempuan. Putusan ini dilatarbelakangi oleh adanya gugatan Waris berupa kepemilikan saham perusahaan. Penggugatnya adalah Isteri pewaris dan 3 (tiga) orang anaknya sedangkan

tergugat adalah dua orang anak pewaris. Objek sengketa dalam perkara ini adalah sejumlah saham yang dulu dimiliki oleh pewaris yang kemudian dikuasai oleh salah satu ahli waris dan dividen yang belum dibayarkan dari kepemilikan nilai saham 20 % selama dua tahun.

Setelah melalui beberapa tahapan prosedural, majelis hakim akhirnya menjatuhkan putusan yang mengabulkan gugatan sebagian, menolak sebagian. Terhadap gugatan yang dikabulkan Pengadilan Agama Pleihari menjatuhkan putusan yang amarnya terdiri dari:

a. Mengabulkan gugatan para penggugat sebagian, yakni :

- 1) Menetapkan Ali waris yang terdiri dari isteri pewaris dan 5 orang anak kandung pewaris yang terdiri dari dua orang anak laki laki dan 3 orang anak perempuan.
- 2) Menyatakan harta peninggalan pewaris terdiri dari 20 % saham dan dividen yang belum dibayarkan dari kepemilikan nilai saham 20 % selama dua tahun.
- 3) Menetapkan bagian harta bersama pewaris dan isterinya Masing masing berupa $\frac{1}{2}$ dari 20 % saham perusahaan dan dividen yang belum dibayarkan dari kepemilikan nilai saham 20 % selama dua tahun.
- 4) Menetapkan bagian masing masing ahli waris yang terdiri dari:
 - isteri mendapatkan $\frac{1}{8}$ dari $\frac{1}{2}$ dari 20 % saham perusahaan dan dividen yang belum dibayarkan dari kepemilikan nilai saham 20 % selama dua tahun.

- Lima orang anak kandung pewaris mendapatkan hak bagian yang sama dan berimbang atas objek waris sebesar $\frac{7}{8}$ dari bagian $\frac{1}{2}$ dari 20 % saham perusahaan dan dividen yang belum dibayarkan dari kepemilikan nilai saham 20 % selama dua tahun.
- 5) Menghukum para tergugat untuk menyerahkan bagian para penggugat sesuai bagiannya masing masing dalam keadaan baik tanpa beban apapun juga dan atau memerintahkan menjual lelang di muka umum atas objek sengketanya.
 - 6) Menghukum para tergugat untuk membayar uang paksa (*dangsoom*) sebesar Rp. 1.000.000,- (satu juta rupiah) perhari kepada para penggugat terhitung sejak para tergugat lalai melaksanakan putusan perkara ini yang telah berkekuatan hukum tetap.
 - 7) Memerintahkan kepada para ahliwaris sah dari pewaris untuk mendaftarkan bagian warisan saham pada di perusahaan dalam daftar pemegang saham paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal pencatatan pemindahan hak.
 - 8) Memerintahkan perusahaan untuk mendaftarkan ahli waris dalam daftar pemegang saham paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal pencatatan pemindahan hak.
- b. Menolak tuntutan agar:
- 1) Mengusakan kepada para penggugat untuk membagi harta peninggalan pewaris .
 - 2) Dilakukan Sita jaminan

Dalam putusan ini penulis menemukan berapa diskresi dalam bentuk yakni:

a. Pentapan harta bersama.

Pewaris dan isteri masing masing mendapatkan $\frac{1}{2}$ bagian. Penetapan ini dikeluarkan oleh hakim, dengan pertimbangan bahwa telah cukup bukti bahwa dalam sengketa waris ini telah cukup bukti bahwa terdapat objek harta bersama yang belum dibagi. Sehingga hakim berpendapat bahwa harta bersama tersebut harus dibagi dua antara pewaris dengan isterinya.

Putusan ini ditetapkan hakim dengan mempertimbangkan pendapat pendapat para ahli serta beberapa yurisprudensi, antara lain:

- Pendapat Bahrussam Yunus dalam bukunya “Teknik Pemeriksaan Perkara Waris Bagi Hakim Pengadilan Agama”, bahwa dalam harta warisan terdapat harta bersama, maka harus diselesaikan dulu harta bersama itu.
- Pasal 51 ayat (3) Undang Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang berbunyi: Setelah putusanya perkawinan, seorang wanita mempunyai hak yang sama dengan mantan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan harta bersama tanpa mengurangi hak anak, sesuai dengan ketentuan perundang undangan”.
- Pasal 28 KUHPerdara menyatakan bahwa setelah bubarnya harta bersama kekayaan bersama mereka dibagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dan pihak mana asal barang barang itu.

- Pasal 97 KHI yang menentukan bahwa janda atau duda cerai hidup masing masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.
 - Yurisprudensi MARI No 32 K/AG/2002 tanggal 20 April 2005 yang menyatakan bahwa :”untuk membagi harta peninggalan yang didalamnya terdapat harta bersama maka harta bersama tersebut harus terlebih dahulu dibagi dan hak pewaris atas harta bersama tersebut menjadi harta warisan yang harus dibagi kepada ahli waris yang berhak”.
- b. Penetapan bahwa lima orang anak kandung pewaris yang terdiri dari dua orang anak laki laki dan 3 orang anak perempuan mendapatkan hak bagian yang sama dan berimbang atas objek waris. Putusan ini diberikan dengan pertimbangan bahwa berdasarkan asas asas dalam hukum waris, pendapat pendapat ahli dan teori teori hukum, qaidah fikih serta fakta hukum yang terungkap di persidangan. yakni :
- Asas belateral/parental yang tidak membedakan laki laki dan perempuan dari segi keahliwarisan.
 - Asas ahli waris langsung, (*eigen hofde*) adalah ahli waris yang disebut dalam pasal 174 KHI.
 - Asas Ijbari yaitu pada saat seorang meninggal dunia, kerabatnya (atas pertalian darah dan pertalian perkawinan) langsung menjadi ahli waris, karena tidak hak bagi kerabat itu untuk menolak sebagai ahli waris.

- Asas Individual, dimana harta warisan dapat dibagi kepada ahli waris sesuai dengan bagian masing masing.
- Asas keadilan berimbang dimana perbandingan bagian laki laki dengan bagian perempuan 2:1 kecuali dalam keadaan tertentu.

Selain mengemukakan pasal pasal yang ada dalam KHI yang berhubungan dengan perkara ini yakni pasal 174, 180, 176, majelis hakim juga mengemukakan pasal 25 ayat (1) Undang Undang No 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakimn yang mengemukakan bahwa :”Segala putusan pengadilan, selain harus memuat alasan dan dasar putusan tersebut, juga harus memuat pasal tertentu dari peraturan perundangan. atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili”.

Berdasarkan pasal tersebut, kemudian majelis hakim mengutip pendapat Ian McLeod bahwa teori atau pendapat ahli hukum sangat relevan digunakan untuk memutus perkara. Kemudian Majelis hakim juga mengutip teori Kredi dari Juhaya S. Praja dan Teori *recetie a contrario dari Sayuti Thalib* tentang pemberlakuan hukum adat jika tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Selanjutnya dengan pertimbangan untuk memenuhi keadilan substantif yang sependapat dengan teori *hudud* (teori batas/limit) M. Syahrur dianggap memiliki relevansi dengan perkara ini, karena ditemukan fakta hukum dalam perkara ini bahwa anak laki laki tidak memiliki peran maksimal dalam memenuhi beban ekonomi keluarga pewaris, di sisi lain yang

memiliki peran maksimal dalam pengembangan objek waris adalah dua anak perempuan.

Berdasarkan pertimbangan-pertimbangan tersebut, maka pasal 176 KHI yang menyatakan anak laki laki dua bagian dari anak perempuan dalam posisi sebagai ahli waris dalam perkara ini harus dimaknai dalam koridor teori limit. Sehingga pembagian waris terhadap anak laki laki dan anak perempuan mendapatkan bagian secara berimbang.

B. Bentuk Diskresi Hakim pada Putusan Perkara Waris Pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan

Berdasarkan uraian putusan putusan yang menjadi bahan hukum dalam penelitian ini diketahui bahwa dengan melihat penjelasan pasal 49 huruf (b) Undang Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama dijelaskan secara rigid bahwa kewenangan Peradilan Agama terhadap sengketa waris meliputi penentuan siapa yang menjadi ahli waris, penentuan harta peninggalan, penentuan bagian masing masing ahli waris dan melaksanakan Pembagian warisan

Ditemukan beberapa bentuk diskresi hakim terkait kewenangan Pengadilan Agama dalam hal:

1. Bentuk Diskresi dalam Penentuan Siapa yang Menjadi Ahli Waris.

Kewenangan hakim pada pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama dalam penyelesaian sengketa waris yang pertama adalah penetapan siapa ahli waris. Pedoman penentuan siapa yang menjadi ahli waris ini sebagaimana persoalan waris lainnya, hakim berpegang pada doktrin doktrin

fikih waris yang tersebar dalam kitab-kitab fikih waris atau yang biasa dikenal dengan istilah Ilmu Faraidh serta Kompilasi Hukum Islam sebagai sumber hukum materielnya.

Dalam fikih disebutkan bahwa ahli waris yang dimaksud adalah kaum kerabat yang bisa menerima harta warisan, yang mendapatkan hak terhadap harta warisan pewaris. Beni Ahmad Syaibani menyimpulkan bahwa ahli waris adalah seseorang atau beberapa orang yang berhak menerima warisan disebabkan adanya hubungan kerabat dan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.³

Kemudian Amir Syarifuddin membagi perincian ahli waris menjadi empat kelompok:

- e) Kelompok ayah dan ibu yang dikembangkan kakek dan nenek terus ke atas.
- f) Kelompok anak, baik laki-laki maupun perempuan dan dikembangkan kepada cucu dan terus ke bawah.
- g) Kelompok suami isteri.
- h) Kelompok saudara dan paman.⁴

Dalam penentuan siapa saja yang menjadi ahli dari kajian terhadap beberapa putusan penulis menemukan beberapa bentuk diskresi yakni adanya penetapan ahli waris pengganti dan adanya penetapan ahli waris *sababiyah* yang mendapatkan *radd* (suami)

³ Beni Ahmad Saebani, *Fikih Mawaris*, Cet. I, (Bandung: CV Pustaka Setia, 2009), h. 17.

⁴ Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam*, (Jakarta: Kencana, 2004), h. 29.

a. Penetapan Ahli waris pengganti dalam putusan nomor: 1415/Pdt.G/PA.Bjm. putusan nomor 0316/ Pdt.G/PA. Ktb, putusan No:118/Pdt.G/PA.Br. dan putusan nomor: 258/PDT.G/ 2019/PA.Btcn.

b. Putusan yang menetapkan suami mendapatkan *radd*.

Dalam putusan nomor: 258/Pdt.G.2019/PA.Tjg. adalah pada saat hakim menetapkan suami sebagai penerima *radd*.

2. Diskresi hakim terkait pemurnian harta peninggalan.

Harta peninggalan atau biasa juga disebut dengan *tirkah* adalah apa saja yang ditinggalkan seseorang sesudah matinya, baik harta, hak *maliyah* atau *ghairu maliyah*⁵. Kompilasi hukum Islam dalam pasal 171 huruf (d) menjelaskan bahwa: "Harta peninggalan yang ditinggalkan oleh pewaris baik yang berupa harta benda yang menjadi miliknya maupun hak haknya". Harta peninggalan (*tirkah*) ini tidak otomatis menjadi harta warisan, karena masih ada yang perlu diselesaikan terlebih dahulu beberapa kewajiban terkait dengannya, yakni biaya pengurusan jenazah, pembayaran utang dan wasiat.

Dalam harta peninggalan seseorang terkadang ada hak dan milik orang lain yang harus dipisahkan oleh para ahli waris sebelum melakukan pembagian harta peninggalan. Penentuan harta peninggalan ini adalah salah satu kewenangan Peradilan Agama terkait bidang kewarisan. Pentingnya menentukan harta peninggalan ini adalah untuk mempertegas bagian bagian yang selanjutnya dijadikan sebagai objek warisan yang akan di bagikan kepada para ahli waris. Dalam pasal 171 huruf e disebutkan bahwa : "Harta

⁵ Komite Fakultas Syari'ah Universitas al Azhar Mesir, *Ahkam al Mawarits fi al fiqhi al Islamy*, terj. Addys Aldizar dan Fathurrahman, *Hukum Waris*, cet. I (Jakarta: Senayan Abadi Publishing, 2004), , h. 67-68.

waris adalah harta bawaan ditambah bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (*tajhiz*), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat". Dengan demikian ada beberapa tindakan yang dilakukan untuk pemurnian harta peninggalan tersebut untuk selanjutnya dibagikan kepada ahli waris.

Ada beberapa bentuk diskresi hakim terkait pemurnian harta peninggalan yang ditemukan dalam penelitian ini, yakni:

- a. Penetapan adanya harta bersama, terdapat dalam putusan nomor: 448/Pdt.G/2016/Bjb, putusan nomor: 47/Pdt.G/2017/PA. Bjb, putusan nomor:1415/Pdt.G/PA.Bjm, putusan nomor: 0316/Pdt.G/PA. Ktb, putusan nomor: 442/Pdt.G/PA.Tjg dan nomor: 258/PDT.G/2019/PA. Btcn.
- b. Putusan yang menetapkan wasiat wajibah untuk mantan isteri terdapat putusan nomor; 0448/Pdt.G/2016/Bjb dan wasiat wajibah untuk anak kandung yang beda agama putusan nomor: 047/Pdt.G/2017/PA. Bjb.
- c. Penetapan penggunaan harta peninggalan untuk pembayaran utang utang keperluan ritual arwah pada pada putusan nomor: 258/Pdt.G/2019/PA.Blcn.

3. Bentuk Diskresi terkait penentuan bagian masing masing ahli waris

Penentuan bagian masing masing ahli waris adalah merupakan salah satu kewenangan Pengadilan Agama dalam bidang kewarisan. Dalam penentuan pembagian masing masing ahli waris ini ditentukan oleh

kedudukan ahli waris dalam struktur dan tingkatan kekeluargaan pewaris yang bersangkutan.

Pada saat memutuskan penentuan bagian masing masing ahli waris Pengadilan Agama di Indonesia berpedoman pada ketentuan yang termuat dalam doktrin fikih yang bersumber dari al-Qur dan Hadis serta Kompilasi Hukum Islam. Namun dalam penelusuran terhadap bahan hukum yakni beberapa putusan waris Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan ditemukan beberapa diskresi hakim terkait hal ini, yakni

- a. Penentuan bagian sesuai *amanat* pewaris terdapat dalam putusan nomor: 631/Pdt.G/PA. Mtp. dan putusan nomor: 0105/Pdt.G/PA.Amt.
- b. Pembagian yang sama antara ahli waris laki dan ahli waris perempuan.dalam putusan nomor: 382/Pdt.G/2021/PA. Plh

C. Pertimbangan Hukum dalam Diskresi Hakim Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan dalam Penyelesaian Perkara Waris

Putusan yang telah dijadikan bahan hukum dalam penelitian ini adalah putusan akhir yang merupakan putusan hakim berupa jawaban terhadap persengketaan para pihak untuk mengakhiri persengketaan. Hasil kajian terhadap bahan hukum diketahui putusan putusan Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan terhadap sengketa waris dalam penelitian ini dinyatakan dalam pertimbangan hukumnya bahwa secara formil alasan menerima tuntutan penggugat adalah:

1. Sengketa yang telah diputuskan tersebut benar benar menjadi kewenangan Pengadilan Agama yang bersangkutan.

2. Penggugat mempunyai kedudukan/*legal standing* terhadap perkara yang diajukan.
3. Telah dilakukan upaya mediasi namun tidak menghasilkan perdamaian.
4. Telah dilewati proses jawab berjawab, pembuktian dengan alat bukti yang sudah sesuai ketentuan yang berlaku, analisis hukum dan kesimpulan, sampai pada penentuan produk akhir berupa amar putusan.

Adapun dasar hukum yang digunakan hakim dalam putusan yang menghasilkan adanya diskresi hukum dalam penelitian ini adalah:

1. Hukum Tertulis

a. Undang- Undang

Peraturan perundangan yang menjadi dasar hakim dalam temuan bahan hukum adalah Undang Undang nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan⁶, Undang Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia⁷ dan Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW)⁸ ketika mempertimbangkan keberadaan harta bersama dalam harta peninggalan pewaris yang harus diserahkan kepada pasangannya. Dengan dasar ini kemudian hakim menetapkan adanya harta (dan juga utang) yang terbukti di persidangan diperoleh pada masa perkawinan adalah sebagai harta bersama, sebagaimana dalam putusan nomor : 448/Pdt.G/2016/Bjb., putusan nomor: 47/Pdt.G/2017/PA. Bjb., putusan nomor: 1415/Pdt.G/PA.Bjm.,

⁶Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama.

⁷ Pasal 51 ayat (3): "Setelah putusnya perkawinan, seorang wanita mempunyai hak yang sama dengan mantan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan harta bersama tanpa mengurangi hak anak, sesuai dengan ketentuan perundang undangan".

⁸ Pasal 28 : "setelah bubarnya harta bersama kekayaan bersama mereka dibagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dan pihak mana asal barang barang itu"

putusan nomor: 0316/Pdt.G/PA. Ktb., putusan nomor: 442/Pdt.G/PA.Tjg dan putusan nomor: 258/PDT.G/2019/PA.Btcn.

b. **Yurisprudensi**

Alasan hakim menetapkan keberadaan harta bersama adalah adanya fakta hukum bahwa masih hidup isteri pewaris, walaupun tidak ada tuntutan para pihak, namun hakim secara *ex officio* masih bisa menetapkan adanya harta bersama berdasarkan Yurisprudensi MARI No 38K/AG/1988 tanggal 5 oktober 1988 sebagaimana yang termuat dalam Putusan Nomor 1415/Pdt.G/PA.Bjm. Penggunaan yurisprudensi sebagai dasar hukum hakim dalam diskresi hukum dalam penelitian ini ditemukan dalam putusan yang menetapkan adanya harta bersama sebelum ditetapkan harta warisan.

Alasan hakim menetapkan keberadaan harta bersama adalah adanya fakta hukum bahwa masih hidup isteri pewaris, walaupun tidak ada tuntutan para pihak, namun hakim secara *ex officio* masih bisa menetapkan adanya harta bersama berdasarkan Yurisprudensi MARI No 38K/AG/1988 tanggal 5 oktober 1988 sebagaimana yang termuat dalam Putusan Nomor 1415/Pdt.G/PA.Bjm.

Penggunaan yurisprudensi sebagai dasar hukum hakim dalam diskresi hukum dalam penelitian ini ditemukan dalam putusan yang menetapkan adanya harta bersama sebelum ditetapkan harta warisan.

2. Hukum Tidak Tertulis

a. **Kompilasi Hukum Islam**

Kompilasi Hukum Islam digunakan sebagai dasar pertimbangan terdapat dalam :

1) Diskresi hakim dalam menetapkan keberadaan ahli waris pengganti.

Alasan hakim dalam pertimbangan pada putusan yang menetapkan adanya ahli waris pengganti adalah karena telah terbukti adanya ahli waris yang telah meninggal terlebih dahulu dari pewaris. Karena ahli waris yang telah meninggal dunia tersebut memiliki anak yang kemudian ditetapkan sebagai ahli waris pengganti sebagai mana yang terdapat dalam putusan nomor: 0316/ Pdt.G/PA. Ktb., putusan nomor: 258/Pdt.G/ 2019/ PA.Btcn., dan putusan nomor: 118/Pdt.G/PA.Brb.

Pada saat menetapkan keberadaan ahli waris pengganti dalam putusan putusan waris, hakim menjadikan pasal Pasal 185(1)⁹ Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar hukumnya. Pada pasal tersebut dijelaskan bahwa cucu dapat menggantikan posisi orang tuanya jika orang tua tersebut meninggal lebih dahulu, dan bagian cucu tersebut sama dengan bagian orang tuanya.

2) Diskresi hakim dalam menetapkan pemberian *Raad* kepada suami/isteri.

Alasan hakim ketika menetapkan suami sebagai penerima Radd adalah oleh karena dalam kasus kewarisan ini tidak memiliki ahli waris yang bisa menjadi *ashabah* (warisnya hanya terdiri dari suami dan ibu dari pewaris) maka dilakukan secara *radd* (adanya sisa harta yang dibagi berimbang). Maka berdasarkan

⁹Pasal 171 huruf c :Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris., beragama Islam serta tidak terhalang karena hukum untuk menjadi pewaris.

Pasal 174 ayat 2 : Apabila semua ahliwaris ada, maka yang berhak mendapat warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda.

Pasal 185 : Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 143: Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dari yang diganti.

ketentuan yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 193¹⁰ yang memuat ketentuan perolehan *radd* untuk suami atau isteri.

Hakim menjadikan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar putusan yang menetapkan kelebihan harta/*Radd* untuk suami (isteri) yang merupakan ahli waris *shababiyah*. Hal ini sebagai bentuk penerapan asas keadilan berimbang dalam Kompilasi Hukum Islam.

- 3) Diskresi hakim dalam menetapkan keberadaan harta bersama dalam harta peninggalan pewaris.

Alasan hakim dalam menetapkan keberadaan harta bersama adalah karena objek waris terkait harta bersama antar pewaris dan isterinya maka harta peninggalan tersebut sebelum diserahkan kepada ahli warisnya, terlebih dahulu ditetapkan harta bersama. Penetapan ini diberikan baik didasarkan oleh adanya keinginan/tuntutan para pihak maupun atas inisiatif hakim secara *ex officio*. Dasar hukum dalam pertimbangan yang menetapkan keberadaan harta bersama ini selain menggunakan Undang Undang Perkawinan juga Kompilasi Hukum Islam dari pasal 85 sampai pasal 97 (13 pasal). Dalam pasal 96¹¹ dijelaskan bahwa apabila terjadi cerai mati, maka janda atau duda yang masih hidup berhak mendapatkan separoh dari harta yang diperoleh selama perkawinan tersebut. Kemudian dalam pasal 97 disebutkan pula bahwa apabila terjadi putusnya perkawinan karena perceraian, maka harta tersebut di bagi dua antara suami dan isteri, sepanjang tidak disepakati lain dengan perjanjian kawin.

¹⁰Apabila terjadi kelebihan harta, maka kelebihan tersebut dikembalikan kepada seluruh ahli waris secara berimbang (tanpa terkecuali kepada suami isteri).

¹¹"Apabila terjadi cerai mati, maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang lebih lama hidup".

- 4) Diskresi hakim dalam putusan yang menetapkan anak beda agama dan mantan isteri sebagai penerima wasiat wajibah.

Penetapan untuk memberikan wasiat wajibah kepada anak kandung beda agama yang terdapat dalam putusan Nomor 45/Pdt.G/2017/PA. Bjb. adalah dengan pertimbangan bahwa yang bersangkutan merupakan anak kandung pewaris, maka demi memenuhi asas keadilan dan kemanfaatan terhadap anak kandung yang beda agama tersebut tetap memperoleh bagian dari harta pewaris melalui lembaga wasiat wajibah.

Kompilasi Hukum Islam yang menjadi pertimbangan hukum adalah ketentuan mengenai syarat perolehan harta warisan yang tercantum dalam pasal 171 huruf (c), 172 dan 173¹² yakni mengharuskan ahli waris beragama Islam dan ada hubungan darah dan atau hubungan perkawinan dan dibuktikan dengan kartu identitas serta dalam pasal 195¹³ yang mengatur penentuan kadar harta yang boleh dijadikan wasiat yakni maksimal 1/3 dari harta peninggalan dan tidak boleh melebihi kadar harta yang diterima ahli waris.

Demikian juga dengan penetapan mantan isteri pewaris mendapatkan wasiat wajibah yang ada dalam putusan nomor: 448/Pdt.G/2016/PA.Bjb. sebesar 1/3 bagian yang diambil dari harta peninggalan setelah dilakukan pemurnian. Adapun yang menjadi alasan hakim dalam penetapan tersebut adalah meskipun mantan

¹²Pasal 171 © :”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.

Pasal 172 :”Ahli waris dipandang beragama Islam apabila diketahui dari Kartu Identitas atau pengakuan atau amalan atau kesaksian, sedangkan bayi yang baru lahir atau anak yang belu dewasa beragama menurut ayahnya atau lingkungannya”.

Pasal 173:”Seorang terhalang menjadi ahli waris apabila dengan putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dihukum karena a. dipersalahkan telah membunuh atau mencoba membunuh atau menganiaya berat pada pewaris. b. dipersalahkan secara memfitnah telah mengajukan pengaduan bahwa pewaris telah melakukan suatu kejahatan yang diancam dengan hukuman 5 tahun penjara atau hukuman yang lebih berat.

¹³Kadar wasiat tidak boleh lebih dari 1/3 dari harta peninggalan pewaris, kecuali apabila semua ahli waris menyetujuinya. Pemberian terbatas tersebut dilakukan agar jangan sampai merugikan ahli waris.

isteri bukanlah ahli waris, tetapi punya andil dan jasa bagi kehidupan pewaris selama masih hidup dan mendampingi selama 15 (lima belas tahun) ketika pewaris masih bekerja di perusahaan dan bertujuan untuk mendistribusikan keadilan kepada orang yang sudah berjasa kepada pewaris.

Adapun ketentuan di Kompilasi Hukum Islam yang dijadikan dasar selain al Qur'an surah al Baqarah ayat 180 adalah dalam pasal 207¹⁴ tentang larang pemberian wasiat dan pasal 209 ayat (1) dan (2) wasiat untuk anak angkat dan atau orang tua angkat.

- 5) Diskresi hakim yang menetapkan pembagian kadar warisan atas dasar wasiat (*amanat*) pewaris.

Memberlakukan "*amanat pewaris*" sebagai pertimbangan dalam menentukan besaran harta yang diterima pewaris, atau menyatakan sah dan berlaku pembagian warisan yang sudah dilakukan di luar sidang dengan besaran yang sudah diamanatkan pewaris sebelumnya, sebagaimana yang terdapat dalam putusan nomor: 631/Pdt.G/PA.Mtp., putusan nomor: 0105/Pdt.G/PA.Amt. dan putusan nomor: 118/Pdt.G/PA. Brb.

Alasan hakim dalam hal ini menganggap bahwa pembagian yang didasarkan *amanat* tersebut adalah karena terbukti ahli waris yang lain menyetujui (mengakui) waris dibagikan dengan dasar *amanat* tersebut.

- 6) Diskresi Hakim mengakui penggunaan harta peninggalan untuk pembayaran utang ritual kematian.

¹⁴Pasal 207: Wasiat tidak diperbolehkan kepada orang yang melakukan pelayanan perawatan bagi seseorang dan kepada orang yang memberi tuntunan kerohanian sewaktu ia menderita sakit sehingga meninggalnya, kecuali ditentukan dengan tegas dan jelas untuk membalas jasa)

Dalam diskresi Hakim mengakui penggunaan harta peninggalan untuk pembayaran utang ritual kematian, sebagaimana terdapat dalam Putusan nomor: 258/Pdt.G/PA.Blc. mengakui penggunaan harta peninggalan pewaris sebagian untuk pembayaran utang ritual kematian. Ritual dimaksud dalam bentuk upacara selamatan, dengan pertimbangan bahwa upacara selamatan ditinjau dari kehidupan sosial beragama masyarakat setempat sudah menjadi kebiasaan/tradisi dan sebuah keharusan sebagai ritual agama dan menjadi tanggungjawab ahli waris untuk melaksanakannya. Dengan demikian pada pemurnian harta peninggalan pewaris salah satu yang dilakukan adalah untuk pembayaran utang untuk kepentingan upacara ritual kematian ini.

Dasar hukum yang dikemukakan adalah Kompilasi Hukum Islam pasal 171 huruf e yang menjelaskan apa yang dimaksud dengan harta waris dan pasal 175 ayat (1) yang menjelaskan kewajiban kewajiban ahli waris terkait pewaris dan harta warisannya.¹⁵ Memang di dalam pasal 171 huruf e membenarkan penggunaan harta peninggalan pewaris untuk keperluan pewaris dan pembayaran utang pewaris. Namun keperluan dimaksud terbatas pada keperluan selama sakit sampai meninggalnya pewaris. Kemudian untuk pembayaran utang hanya sebatas utang pewaris semasa hidup termasuk pengobatan dan perawatan serta pengurusan jenazah. Jadi tidak ada menyebutkan secara tegas bahwa pembayaran utang untuk keperluan ritual ritual kematian adalah menjadi tanggung jawab ahli waris yang

¹⁵ Pasal 171 huruf e: Harta warisan adalah harta bawaan ditambah dengan bagian harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (tajhiz), pembayaran utang dan pemberian untuk kerabat.

Pasal 175 ayat 1: Kewajiban ahli waris adalah (a) mengurus dan menyelesaikan sampai emakaman jenazah selesai. (b) menyelesaikan hutang hutang berupa pengobatan, perawatan, termasuk kewajiban pewaris maupun penagih piutang. (c) menyelesaikan wasiat pewaris. (d) membagi harta warisan di antara ahli waris yang berhak.

dibebankan kepada harta peninggalan pewaris atau tidak merupakan bagian dari pemurnian harta warisan.

b. Doktrin

Penggunaan doktrin sebagai dasar hukum juga ditemui hampir di setiap putusan Pengadilan Agama, termasuk putusan putusan yang menurut peneliti terdapat diskresi hukum di dalamnya. Doktrin yang digunakan adalah doktrin dalam hukum waris Islam atau yang juga dikenal dengan istilah *faraidl. Al-Faraidh* yang berarti ketentuan atau pembagian yang ditetapkan bagi ahli waris. yang bersumber dari teks al Qur'an dan al hadis. Teks al Quran yang dijadikan pertimbangan tersebut adalah adalah :

a. Surat An-Nisa (4) ayat 11:

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۚ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ ۚ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَتْهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ ۚ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا ۚ فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا

b. An Nisa (4) ayat 12

وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دِينٍ ۚ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِن لَّمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دِينٍ ۚ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ۚ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَلَى بِهَا أَوْ دِينٍ غَيْرِ مُضَارٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ ۚ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ

a. An Nisa ayat 176

يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكُلَّةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ
 وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الشُّلُّنُ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا
 وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ

b. Al Quran surah al Baqarah ayat 180

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

Penggunaan ayat ayat ini sebagai dasar hukum untuk menentukan bagian ahli waris. Dalam ayat ayat tersebut sudah diatur bagian pasti yang harus didapatkan oleh para ahli waris yakni 1/2, 1/4, 1/3, 2/3, 1/6, dan 1/8.

Berikutnya yang juga menjadi dasar hukum yang ada dalam putusan putusan waris adalah beberapa hadis Nabi Muhammad SAW. Penggunaan hadis ini sebagian besar digunakan untuk memperkuat apa yang sudah digariskan dalam al Qur'an. Dasar hukum yang digunakan hakim adalah Selain menggunakan Kompilasi Hukum Islam juga memperhatikan asas hukum berdasarkan hadis nabi SAW riwayat Bukhari:

لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ

c. Asas asas/kaidah kaidah hukum

Pertimbangan hukum hakim dalam putusan putusan yang menjadi bahan hukum dalam penelitian ini sebagian juga dilengkapi asas asas hukum sebagai dasar pertimbangannya, baik itu asas hukum yang terkait waris yang asas tersebut merupakan hasil ijtihad para mujtahid/ ahli hukum Islam yang beragam, sehingga menghasilkan asas yang beragam pula, juga asas hukum lainnya.

Dalam penelitian ini juga ditemukan adanya putusan yang menambahkan asas perwujudan keadilan dan kemaslahatan sebagai pertimbangannya yakni pada putusan nomor putusan nomor:47/Pdt.G/ 2017/PA. Bjb., yang menetapkan mantan isteri dan anak kandung beda agama sebagai sebagai penerima wasiat wajibah dan putusan nomor 448/Pdt.G/2016/Bjb. Kemudian juga ditemukan adanya pernyataan hakim dalam pertimbangannya yakni “untuk mewujudkan keadilan substansial” pada putusan yang membagi kadar warisan sama antara ahli waris laki laki dengan ahli waris perempuan sebagaimana dalam putusan nomor : 382/Pdt.G/2021/PA. Plh.

Selain asas di atas majelis hakim juga mempertimbangkan asas Individual yang menyatakan bahwa harta warisan dapat dibagi kepada ahli waris sesuai dengan bagian masing masing serta asas keadilan berimbang dimana perbandingan bagian laki laki dengan bagian perempuan 2:1 kecuali dalam keadaan tertentu, sehingga sangat tepat ketika dalam pertimbangannya hakim selain menggunakan dasar pasal yang dikemukakan di atas, kemudian majelis hakim mengutip pendapat Ian McLeod bahwa teori atau pendapat ahli hukum sangat relevan digunakan untuk memutus perkara. Kemudian Majelis hakim juga mengutip teori Kredo dari Juhaya S. Praja dan Teori *recetie a contrario dari Sayuti Thalib* tentang pemberlakuan hukum adat jika tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Selanjutnya dengan pertimbangan untuk memenuhi keadilan substantif yang sependapat dengan teori *hudud* (teori batas/limit) M. Syahrur dianggap memiliki relevansi dengan perkara ini, karena ditemukan fakta hukum dalam

perkara ini bahwa anak laki laki tidak memiliki peran maksimal dalam memenuhi beban ekonomi keluarga pewaris, disisi lain yang memiliki peran maksimal dalam pengebangan onjek waris adalah adalah dua anak perempuan.

Berdasarkan pertimbangan pertimbangan tersebut, maka menurut hakim pasal 176 KHI yang menyatakan anak laki laki dua bagian dari anak perempuan dalam posisi sebagai ahli waris dalam perkara ini harus dimaknai dalam koridor teori limit. Sehingga pembagian waris terhadap anak laki laki dan anak perempuan mendapatkan bagian secara berimbang.

BAB IV
ANALISIS TERHADAP DISKRESI HAKIM DALAM PUTUSAN
SENKETA WARIS PADA PENGADILAN AGAMA DI
KALIMANTAN SELATAN

A. Analisis Terhadap Sifat dan Bentuk Diskresi Hakim dalam Putusan Perkara Waris

Dalam penyelesaian sengketa waris Pengadilan Agama di Wilayah Kalimantan Selatan sebagaimana perkara lain yang bersifat *contensius* akan menghasilkan putusan akhir berupa gugatan dikabulkan, gugatan ditolak dan gugatan tidak diterima. Putusan yang dalam Bahasa Belanda disebut dengan *vonnis; vonnis een uitspeken*,¹ dalam Bahasa Inggris dikenal dengan *Verdict, decision*; dan dalam Bahasa Latin disebut *veredictum*² adalah kesimpulan atau ketetapan (*judgment*) hakim untuk mengakhiri suatu perkara yang diperhadapkan kepadanya.³ Sudikno Mertokusumo mendefinisikan putusan sebagai pernyataan hakim dalam kedudukannya sebagai pejabat negara yang diberi kewenangan untuk itu dan diucapkan dalam persidangan yang terbuka untuk umum yang bertujuan untuk menyelesaikan sengketa di antara pihak pihak yang berperkara.⁴

Pada saat memeriksa dan memutus perkara waris hakim Pengadilan Agama berpedoman kepada hukum materil yang mengatur secara substansif dan hukum formil yang mengatur secara prosedural. Hal ini dilakukan karena

¹ Martin Basiang, *The Contemporary Law Dictionary* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2017).h.467.

²Henry Cambell Black, *Black's Law Dictionary Fifth Edition*, (St. Paul, Minnesota:West Publishing,1979).h.1730.

³Hamzah Andi, *Kamus Hukum*, (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1986).h.1730.

⁴Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia* (Yogyakarta:Liberty,2009).h.167.

hakim ada keharusan agar mengadili menurut hukum yang merupakan bagian dari cara mewujudkan negara berdasarkan hukum.⁵ Dengan demikian prosedur pemeriksaan perkara waris pada pengadilan di lingkungan Peradilan Agama selain tunduk pada beberapa ketentuan hukum materil yang selama ini digunakan juga tunduk pada hukum acara yang berlaku, namun demikian karena perkara waris Islam memiliki spesifikasi tersendiri, maka cara penyelesaiannya pun harus disesuaikan dengan spesifikasinya.⁶

Spesifikasi tersendiri dimaksud antara lain adalah perkara waris di lingkungan Peradilan Agama belum memiliki sumber hukum materiel yang *legal formal* dalam bentuk peraturan perundangan yang terkodifikasi sebagai dasar hukum utama dalam pertimbangan hakim saat memutus perkara. Kreativitas hakim sangat diperlukan dalam rangka melengkapi atas segala kekurangan dan kelemahan sumber hukum, termasuk sumber hukum untuk penyelesaian sengketa waris pada Pengadilan Agama tersebut. Kreatifitas hakim dalam pencarian hukum atau melakukan penemuan hukum ini memungkinkan hakim menghasilkan diskresi hukum yang bertujuan untuk memenuhi hajat pencari keadilan demi untuk mewujudkan rasa keadilan, kepastian dan kemanfaatan.

Ada beberapa tahapan dalam pencarian hukum atau menemukan hukum dalam pengambilan keputusan, yang dimulai dari tahap menkonstatir, mengkualifisis dan yang terakhir adalah tahap menkonstitutir.

⁵ Bagir Manan dalam Menegakkan Hukum suatu Pencarian, Sebagaimana dikutip Sunarto Sunarto, Prinsip Hakim Aktif Dalam Perkara Perdata,” *Jurnal Hukum dan Peradilan* 5, no. 2 (2016): 249–276.h.262.

⁶Syamsul Bahri Salohim, *Perkembangan Pemikiran Pembagian Kewarisan dalam Hukum Islam dan Implementasinya Pada Pengadilan Agama*, (Jakarta:Prenada, 2015). h. 239.

Tahap awal yakni menkonstatir peristiwa hukum ini dilakukan dengan cara melihat, mengetahui, membenarkan bahwa telah peristiwa yang didasarkan kepada pembuktian. Pembuktian yang merupakan upaya para pihak yang berperkara untuk meyakinkan hakim akan kebenaran peristiwa atau kejadian yang diajukan oleh para pihak yang bersengketa dengan alat-alat bukti yang telah ditetapkan peraturan perundangan yang dalam proses beracara di Pengadilan cukup berpengaruh terhadap hasil akhir sebuah penyelesaian perkara. Dalam tahap ini hakim harus melihat, mengakui atau membenarkan bahwa telah terbuiktinya peristiwa peristiwa yang didalilkan. Hal inilah yang telah dilakukan oleh hakim dan hal tergambar dalam naskah putusan yang dijadikan bahan hukum dalam penelitian ini, bahwa dalam setiap pertimbangan hukum hakim dalam memutus perkarat menyebutkan bahwa telah dilewati proses pembuktian dengan menghadirkan alat alat bukti yang cukup.

Tahap berikutnya adalah mengkualifisir yakni tahap menemukan hukumnya bagi peristiwa yang telah dikonstatir.⁷ Tahap ini adalah tahapan dimana hakim berusaha mencari/menentukan hubungan hukum terhadap dalil atau peristiwa yang telah dibuktikan, hakim menilai peristiwa yang dianggap benar benar terjadi termasuk hubungan hukumnya. Dalam hal ini hakim akan mencari penerapan hukum yang tepat terhadap peristiwa yang telah dikonstatir. Dalam tahap inilah dimulai peranan hakim untuk menentukan hukum atau menemukan hukumnya dari dalil dalil yang telah dikonstatir. Dengan demikian hakim dalam tahapan telah melakukan penemuan hukum

⁷Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*.h.93.

yang hasil penemuan hukumnya adalah hukum yang dituangkan dalam bentuk putusan.

Penemuan hukum sebagai sebuah proses pembentukan hukum oleh hakim atau aparat hukum lainnya yang ditugaskan untuk penerapan peraturan hukum umum pada peristiwa hukum konkrit”.⁸ Di dalam ajaran Islam penemuan hukum dikenal dengan istilah *ijtihad*. Maka hakim Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan dalam putusan perkara waris yang menjadi bahan hukum menyimpulkan fakta hukum yang terbukti dan telah menentukan dasar hukumnya.

Terakhir yang dilakukan hakim adalah tahap mengkonsitutir yakni hakim menetapkan hukumnya dengan menjatuhkan amar putusan. Amar putusan adalah merupakan pernyataan hakim secara rinci dan tegas mengenai hubungan hukum di antara para pihak, serta hak dan kewajiban yang melekat padanya. atau berusaha memberikan keadilan kepada para pihak.

Dalam dunia peradilan di Indonesia, memang tidak ditemukan peraturan perundangan yang secara tegas menyebutkan istilah diskresi. Namun secara tersirat kewenangan hakim untuk melakukan diskresi ini tergambar dalam dalam pasal-pasal Undang Undang No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dalam pasal 1 disebutkan :”Kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila dan Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, demi terselenggaranya negara

⁸Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum: Sebuah Pengantar* (Yogyakarta:Liberty,2007).h.37.

hukum Republik Indonesia". Kata merdeka dalam isi pasal tersebut menggambarkan bahwa institusi peradilan sebagai pelaku kekuasaan kehakiman dalam menjalankan tugas dan fungsinya bebas dari campur tangan pihak ekstra yudisial.

Selain itu kata merdeka tersebut juga bisa dimaknai sebagai kewenangan hakim untuk secara leluasa mengambil alasan dan dasar hukum dalam pertimbangannya. Terlebih ketika hakim berhadapan dengan kasus-kasus yang belum ada pengaturannya dalam bentuk peraturan perundangan seperti penyelesaian beberapa kasus kewarisan. Diskresi-diskresi hakim dalam temuan bahan hukum sebagaimana yang diuraikan sebelumnya merupakan hasil dari penemuan hukum yang terjadi ketika hakim melakukan proses pemeriksaan sampai pengambilan keputusan. Terkait dengan tugas hakim yang secara normatif diberikan kebebasan oleh hukum untuk mengadili sesuai dengan keyakinan sendiri tanpa ada intervensi dari siapapun.

Kemerdekaan sebagai esensi diskresi hakim adalah kemandirian dan kekuasaan hakim untuk melakukan tindakan yang tepat. Sedangkan otoritas adalah kewenangan hakim untuk mengambil pilihan dalam menetapkan hukum yang hendak diterapkan. Diskresi disini bisa dimaknai sebagai kemerdekaan dan otoritas seseorang atau institusi untuk secara bijaksana dan penuh pertimbangan dalam menetapkan pilihan untuk melakukan tindakan yang tepat. Sehingga diskresi hakim adalah kebebasan hakim dalam memutuskan perkara di luar undang-undang.

Esensi diskresi yang demikian sesungguhnya sejalan dengan kedudukan dan kewenangan hakim sebagai pelaku kekuasaan kehakiman. Karena dalam konstitusi kita tegas disebutkan bahwa hakim adalah pelaku kekuasaan kehakiman yang merdeka sebagaimana yang tertuang dalam pasal 24 UUD 1945 dan pasal 21 Undang Undang No 48 tahun 2009. Dalam Ilmu hukum dikenal istilah *Contra Legem* sebuah ungkapan yang menjelaskan bahwa hakim memiliki kewenangan untuk menyimpangi ketentuan hukum tertulis yang telah ada untuk mewujudkan keadilan dan kemaslahatan di tengah tengah kehidupan masyarakat. Dalam menggunakan *contra legem* ini harus mencukupkan pertimbangan hukumnya secara jelas dan tajam dengan mempertimbangkan berbagai aspek hukum.⁹

Kemudian dalam undang-undang tersebut juga diuraikan tugas dan kewajiban hakim menggambarkan dibenarkan adanya diskresi hakim, yakni:

- Membantu para pencari keadilan dan berusaha sekeras kerasnya mengatasi segala hambatan dan rintangan demi tercapainya peradilan yang sederhana, cepat dan biaya ringan (pasal 4 ayat 2)
- Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat (pasal 5 ayat 1)
- Tidak boleh menolak untuk memeriksa dan menolak suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya (pasal 10 ayat (1)).¹⁰

⁹ M. Fauzan and Ahmad Kamil, *Kaidah-Kaidah Hukum Yurisprudensi*, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008).h.9.

¹⁰ Maksud ketentuan di pasal ini harus diartikan, bahwa hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum dan andaikata tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutuskan

Dalam kajian hukum Islam istilah diskresi memang tidak ada disebutkan secara tegas. Namun kajian hukum Islam mengenal ijtihad yang diterjemahkan sebagai penggunaan penalaran hukum secara independen untuk memberikan jawaban atas sesuatu masalah ketika nash al Qur'an dan hadis tidak mengemukakan hal tersebut. Ijtihad ini membawa para pencetus hukum pada sebuah pernyataan bahwa kesepakatan masyarakat atau tokoh agama terhadap sebuah masalah haruslah menjadi salah satu sumber hukum, yang didasarkan pada al-Quran dan hadis.¹¹ Ahli ushul fikih mengemukakan bahwa ijtihad secara terminologis adalah pengarah segenap kesanggupan oleh seorang ahli fikih atau mujtahid untuk memperoleh pengetahuan tentang hukum hukum syar'i.¹²

Legitimasi Ijtihad dapat dilihat dari hadis Nabi SAW :¹³

عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثُمَّ أَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ

Dengan demikian diskresi hukum selanjutnya disebut dengan diskresi hakim dalam putusan perkara waris di Pengadilan Agama ini terjadi manakala hakim dihadapkan pada perkara yang apabila didasarkan pada norma hukum yang ada terkesan ketidakadilan hukum atau bahkan perkara waris tersebut tidak

berdasarkan hukum. Oleh karena itu hakim harus harus mempelajari dan menguasai berbagai cara menemukan hukum yang memang sudah disiapkan oleh ilmu hukum. Hal itu karena merupakan suatu kewajiban yang harus dijalankan oleh setiap hakim dalam mengemban tugas luhurnya. Lihat yudha Bhakti, *Penafsiran dan kontruksi Hukum*, Bandung, PT. Alumni, 2000, h. 1.

¹¹ Abdullah Ahmed an Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah*, (Terj Ahmad Suaeidy dan Amiruddin Arrani, Yogyakarta, LkiS, 1994, h. 54 sebagaimana dikutip Ahmad Hanany Naseh, "Ijtihad Dalam Hukum Islam," *AN NUR: Jurnal Studi Islam* 4, no. 2 (2012).h.250.

¹² Abdullah Ahmed an Na'im, *Dekonstruksi Syari'ah*, h. 250.

¹³ Abu 'Abdillah Ibn Isma'il al Bukhariy, *al Jami' al shahih, Shahih al Bukhariy*, Vol 4 No Hadis 7352, (Kairo: al Maktabah al Salafiyyah 1400 H), h. 372.

memiliki norma hukum sama sekali. Maka apabila berhadapan dengan hal yang demikian diskresi memiliki peranan penting. Karena diskresi secara teori memiliki peran dalam segala aspek kehidupan berbangsa dan bernegara.¹⁴

Diskresi hakim menjadi sebuah terobosan yang dilakukan oleh para hakim termasuk hakim pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan dalam menyelesaikan perkara waris. . Diskresi hakim ini adalah sebagai menifestasi hakim atau kebebasan hakim untuk mengambil putusan¹⁵ sendiri pada situasi atau kasus yang dihadapi ketika peraturan perundang undangan yang menjadi dasar hukum tidak lengkap dan atau ketika tidak ada peraturan perundangan sama sekali.

Diskresi hakim juga merupakan hasil dari keseluruhan aktifitas hakim yang dilakukan untuk mengabulkan, menolak atau tidak menerima tuntutan dalam perkara waris yang dituangkan dalam putusan Pengadilan Agama. Esensi dari diskresi dalam penyelesaian perkara di pengadilan adalah kemerdekaan dan otoritas hakim sebagai penegak hukum. Dengan demikian putusan putusan yang mengandung diskresi adalah putusan yang tidak secara ketat diatur oleh kaidah hukum, akan tetapi mempunyai unsur penilaian secara pribadi. Hal ini sejalan dengan pendapat L. Wayne yang mengutip teorinya Roscoe Pound yang menyatakan bahwa pada hakikatnya diskresi berada di antara hukum dan moral (etika dalam arti sempit).¹⁶

¹⁴J. Beatson and M. Matthews, *Administrative Law: Text and Materials*. by Mark Elliott. (Oxford: University Press Inc", 2005).h.113-115.

¹⁵ Putusan akhir merupakan kulminasi dari serangkaian pemeriksaan yang telah dilewati. Lihat M. Natsir Asnawi, *Hukum Acara Perdata* (Teori dan Permasalahannya di Peradilan Umum dan Peradilan Agama), Jogjakarta, UII Press, 2016, h. 513

¹⁶ LaFave and Remington, *Arrest*.h.4.

Sebagaimana dikemukakan Darmoko Yuti Witanto diskresi adalah merupakan kebijakan¹⁷ yang jika dilihat menurut sifatnya diskresi di bagi menjadi dua¹⁸, yaitu diskresi bersifat terikat dan bersifat bebas. Namun dalam penelitian tidak ditemukan adanya diskresi yang bersifat terikat. Hal ini karena tidak satupun ketentuan peraturan perundang undangan yang secara baku memuat dasar terhadap persoalan/kasus yang dihadapi para hakim atau walaupun ada aturan tersebut sangatlah kaku dan berdampak adanya ketidakadilan yang diterima oleh pencari keadilan.

Di samping diskresi bersifat bebas sebagaimana diuraikan di atas, penulis juga menemukan bentuk bentuk diskresi hakim yang sifatnya berada ditengah tengah antara diskresi terikat dan diskresi bebas, yakni penulis sebut dengan diskresi bersifat semi terikat. Hal ini terjadi karena adanya beberapa alternatif/pilihan hukum yang bisa dijadikan dasar hukum dalam pertimbangan hakim. Namun hukum hukum tersebut tidak mengikat hakim secara substansi. Hakim tetap memiliki kebebasan untuk memilih dari alternatif tersebut atau tidak memilih salah satu di antara alternatif yang ditawarkan.

Sifat sifat dikresi dalam putusan putusan Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan sebagaimana yang diuraikan sebelumnya adalah:

¹⁷Darmoko Yuti Witanto, *Diskresi Hakim ...*, h.71.

¹⁸Diskresi terikat. Dalam hal ini diskresi timbul karena undang undang sendiri telah memberikan kebebasan kepada pejabat untuk memilih kebijakan yang akan diambil dari beberapa alternatif yang disediakan oleh undang undang. Dalam diskresi terikat ini seorang pejabat tidak dapat mengambil keputusan di luar dari apa yang telah disediakan oleh aturan, ia hanya bisa memilih di antara beberapa kemungkinan yang telah tersedia.

Diskresi bebas. Diskresi ini muncul karena Undang-undang tidak mengaturnya atau ketentuan undang undang bersifat sangat kaku sehingga tidak bisa diterapkan terhadap suatu persoalan tertentu dengan apa adanya. Dalam hal ini seorang pejabat dapat menentukan suatu kebijakan untuk mengisi kekosongan kekosongan hukum atau menentukan sikap lain di luar apa yang ditentukan undang-undang berdasarkan pertimbangan sendiri dengan tujuan dapat memberikan manfaat yang lebih baik. Darmoko Yuti Witanto dan Arya Putra Negara Kutawaringin, *Diskresi Hakim (Sebuah Instrumen Menegakkan Keadilan Substansif Dalam Perkara Pidana)*, Alfabeta, Bandung, 2013, h. 71-72

1. Diskresi bersifat bebas

Berdasarkan kajian terhadap putusan putusan sengketa waris dan menghubungkannya dengan teori teori yang ada, diketahui bahwa diskresi bersifat bebas terdapat pada putusan pengadilan dalam bentuk:

- pembagian warisan dengan kadar yang sama antara ahli waris anak laki laki dan perempuan.
- penetapan wasiat wajibah untuk mantan isteri.
- hakim membenarkan pengeluaran atau pemurnian harta peninggalan untuk pembayaran utang keperluan ritual arwahan,
- penetapan kadar harta warisan didasarkan kepada amanat pewaris.

Berikut uraian diskresi bersifat bebas ini terdapat dalam bentuk putusan dibawah ini:

- a. Pembagian harta warisan dengan jumlah yang sama sama untuk anak laki laki dan perempuan.

Penanganan perkara waris tidak akan terlepas dari hukum waris dan ungkapan yang dipergunakan dalam kewarisan. Selama ini dalam penyelesaian perkara waris secara materiel pengadilan di lingkungan Peradilan Agama akan mengacu pada ketentuan yang ada dalam Hukum Waris Islam atau yang juga dikenal dengan istilah *Faraidl. Al-Faraidh* yang berarti ketentuan atau pembagian yang ditetapkan bagi ahli waris.¹⁹ *Al-Faraidh* sebagai jamak dari

¹⁹Sayyid Sabiq, *Fiqhus Sunnah, Jilid. 3*, (Bairut: Dar al-Fikr, 1983), h. 424. Taqiyuddin Abi Bakr Ibnu Muhammad al-Husaini, *Kifayat al-Akhyar* (Bayrut: Dar al-Fikr, tth), h. 17. Ibnu Hajar al-Asqalani, *Bulughul Maram min Adillatil Ahkam*, (Indonesia: Maktabah al-arabiyah, tth.). h. 195.

lafazh *faridha* diartikan semakna dengan lafadz *mafrudha* yaitu bagian yang telah dipastikan kadarnya.²⁰

Penentuan kadar atau jumlah harta waris yang diterima oleh para ahli waris sudah ditentukan secara rigid oleh hukum waris yang bersumber dari doktrin doktrin yang termuat dalam al Qur'an dan hadis yang kemudian diimplementasikan juga dalam ketentuan dalam hukum waris Islam (*faraidh*) dan juga dalam Kompilasi Hukum Islam. Ahli waris adalah kaum kerabat yang bisa menerima harta warisan, yang mendapatkan hak terhadap harta warisan pewaris dengan kadar bagian anak laki laki mendapatkan bagian dua kali lipat dibandingkan dengan perolehan anak perempuan. Hal ini sesuai dengan ketentuan yang termuat dalam surat an Nisa ayat 11:

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴿١١﴾

Ayat diatas kemudian dijadikan sebagai alasan untuk memunculkan salah satu asas kewarisan yakni asas keadilan berimbang. Dalam asas tersebut diuraikan bahwa maksud adalah bahwa ahli waris baik dari pihak laki laki maupun dari pihak perempuan menerima harta warisan secara berimbang, baik dari garis keturunan pihak laki laki maupun dari garis keturunan pihak perempuan menerima harta warisan sesuai dengan keseimbangan tanggung jawab dalam kehidupan rumah tangga. Antara laki laki dan perempuan keduanya mempunyai hak menerima harta warisan dari pewaris, namun tanggungjawab antara laki laki dengan perempuan berbeda. Laki laki (*public family*) sebagai kepala rumah tangga bertanggung jawab nafkah keluarganya, sedangkan perempuan sebagai ibu rumah tangga (*domestic family*), yang mengatur rumah tangga. Dengan demikian sewajarnya kalau al Quran

²⁰Rahman *Ilmu Waris*, h.31

menetapkan laki laki mendapatkan dua bagian sedangkan perempuan satu bagian.²¹

Akan tetapi dalam putusan tersebut hakim menetapkan bahwa lima orang anak kandung pewaris yang terdiri dari dua orang anak laki laki dan 3 orang anak perempuan mendapatkan hak bagian yang sama dan berimbang atas objek waris berupa kepemilikan saham perusahaan yang sebelumnya dimiliki pewaris.

Ketika hakim dalam putusannya menetapkan pemberian hak waris dengan jumlah sama antara ahli waris anak laki dan anak perempuan inilah yang dikategorikan sebagai diskresi bebas. Karena hakim keluar dari kaidah hukum yang selama ini digunakan yang mengatur bahwa kadar bagian anak laki laki mendapatkan bagian dua kali lipat dibandingkan dengan perolehan anak perempuan.

Keputusan hakim ini lahir karena ditemukan fakta hukum dalam perkara ini bahwa anak laki laki tidak memiliki peran maksimal dalam memenuhi beban ekonomi keluarga pewaris, disisi lain justru anak perempuanlah yang memiliki peran maksimal dalam pengembangan objek waris. Jadi dalam memberikan pertimbangan pada putusan ini tidak hanya terpaku dengan ketentuan tertulis dalam teks teks peraturan perundangan atau doktrin doktrin fikih semata, tetapi dalam pertimbangan mendasarkan pada asas asas dalam hukum waris, pendapat pendapat ahli dan teori teori hukum,

²¹Amir Syarifuddin, "Pelaksanaan Hukum Kewarisan Islam Dalam Lingkungan Adat Minangkabau" (*PhD Thesis, Institut Agama Islam Negeri Syarif Hidayatullah*, 1982).h.18

qaidah fikih serta fakta hukum yang terungkap di persidangan, adalah hal yang tepat dan dibutuhkan dalam setiap penyelesaian perkara.

Karena dalam kondisi masyarakat sekarang terutama yang dihadapi para ahli waris berbeda dengan kondisi sebelumnya doktrin kewarisan itu lahir. Dimana tumpuan pencari nafkah hanyalah dibebankan kepada kaum laki laki, sementara saat ini apa lagi dalam kasus yang ditangani hakim, justru kaum perempuan lah yang banyak berkontribusi terhadap objek waris tersebut.

Pada putusan putusan yang di dalamnya ada diskresi hakim yang bersifat bebas ini terlihat bahwa hal itu dilakukan selain mengisi kekosongan hukum juga merupakan bentuk sikap hakim untuk menentukan produk hukum yang keluar dari apa yang ditentukan oleh ketentuan yang ada berdasarkan pertimbangan sendiri dengan tujuan dapat memberikan manfaat yang lebih baik.

Dalam hal ini hakim menggunakan ruang untuk melakukan argument serta melakukan kreatifitas dalam bentuk ijtihad ketika memutus suatu perkara yang ditanganinya. Pada saat berhadapan dengan persoalan yang tidak memiliki norma legal formal atau bahkan ketika norma yang ada dianggap tidak lagi relevan diterapkan dalam kasus yang sedang ditanganinya, maka hakim bisa berbeda atau bahkan keluar dari norma yang ada demi memenuhi rasa keadilan. Karena menurut Reichel sebagaimana dikutip Lili Rasjidi telah memberikan sinyal bagi penegak hukum terutama hakim dengan berpendapat bahwa hakim berkewajiban untuk dengan sengaja menyimpang dari suatu

peraturan hukum apabila peraturan itu bertentangan dengan perasaan moral masyarakat.²²

b. Penetapan mantan isteri mendapatkan bagian melalui *wasiat wajibah*

Penetapan mantan isteri mendapatkan bagian melalui *wasiat wajibah* ini dikategorikan sebagai bentuk diskresi hakim yang bersifat bebas karena hakim telah melakukan penyimpangan dari ketentuan yang mengatur tentang wasiat wajibah, baik ketentuan yang terdapat dalam doktrin fikih, maupun ketentuan dari sumber sumber lainnya. Dalam fikih wasiat masuk dalam pembahasan hukum kewarisan yang mengandung makna yang sangat penting yang ditujukan kepada kerabat jauh yang tidak mendapatkan warisan maupun kepada orang lain. Secara prinsip wasiat dalam sistem kewarisan Islam yang ada dalam dalam fikih mengandung makna yang sangat penting guna menangkali terjadinya kerucuhan dan perpecahan dalam keluarga.

Munculnya konsep wasiat wajibah ini merupakan hasil penafsiran ulama terhadap al Qur'an surah al Baqarah ayat 180:

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا لِّوَالِدَيْهِ لِّلْوَالِدَيْنِ وَلِلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ١٨٠

Imam Asy Syafi'i menjelaskan bahwa wasiat kepada orang tua atau orang yang bisa mewarisi dalam setiap keadaan adalah boleh dengan catatan mereka tidak mendapatkan warisan karena suatu sebab.²³ Kemudian Ibnu Hazm berpendapat bahwa kerabat yang tidak mendapatkan harta waris sebab budak atau kafir atau mereka yang terhalang baginya mendapatkan harta warisan maka wajib untuknya diberi wasiat. Wasiat wajib ini dikecualikan bagi orang tua dan kerabat yang sudah menerima harta waris.

Ikatan kekerabatan bisa terjadi karena adanya hubungan nasab (*nashabiyah*) dan bisa pula karena ada hubungan perkawinan (*shababiyah*).

²² Lili Rasjidi, 2001, h. 79.

²³ Abu Abdullah Muhammad Bin Idris Asy-Syafi'i. *al-Umm* Juz IV (Beirut: Dar Al Fikri, 1983).h.103-104.

Bagi kerabat yang tidak menerima harta waris maka tetap wajib hukumnya memberi wasiat karena itu merupakan hak mereka dan jika wasiat wajibah tersebut tidak diberikan, maka ia telah menzaliminya.²⁴ Dengan demikian di kalangan ulama wasiat wajibah dipergunakan untuk memberikan bagian kepada ahli waris atau kerabat yang terhalang atau terhijab dalam menerima waris.

Kompilasi Hukum Islam yang kemudian merumuskan keberadaan wasiat dalam pasal 171²⁵ mengatur kapan wasiat itu dijalankan, kadar wasiat dalam pasal 195 ayat (2) dan pasal 201 mengenai keharusan adanya persetujuan ahli waris kalau wasiat itu melebihi ketentuan yang ada.²⁶ Wasiat wajibah oleh Kompilasi Hukum Islam didefinisikan sebagai tindakan yang dilakukan penguasa atau hakim sebagai aparat negara untuk memaksa atau memberi putusan wajib wasiat bagi orang yang pada saat telah meninggal dunia yang diberikan kepada orang tertentu dalam keadaan tertentu.²⁷ Pelaksanaan wasiat wajibah tidak dipengaruhi atau tidak tergantung kepada kemauan atau kehendak orang yang meninggal dunia. Wasiat ini tetap harus dilaksanakan baik diucapkan ataupun tidak diucapkan, baik dikehendaki maupun tidak dikehendaki oleh orang yang meninggal dunia.²⁸

²⁴ Abu Muhammad Ali Ibn Hazm, *Al-Muhalla bi Al Asar*, Jilid VIII, h. 353-354.

²⁵ "Pemberian suatu benda dari pewaris kepada orang lain atau lembaga yang akan berlaku setelah pewaris meninggal dunia".

²⁶ Kadar wasiat tidak boleh lebih dari 1/3 dari harta peninggalan pewaris, kecuali apabila semua ahli waris menyetujuinya. Pemberian terbatas tersebut dilakukan agar jangan sampai merugikan ahli waris.

²⁷ Roihan 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).h.88-89.

²⁸ Fathur Rahman, *Ilmu Waris*, (Bandung: Al Ma'arif, 1981).h. 62.

Kemudian dalam pasal pasal 209²⁹ bahwa orang yang mendapat wasiat wajibah tersebut terbatas hanya untuk anak angkat dan orang tua angkat. Ketentuan yang tertuang dalam pasal 209 tersebut dalam praktek yang ditemukan dalam kajian terhadap putusan putusan Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan pada kenyataannya ada terjadi penyimpangan dalam penentuan orang yang menerima wasiat wajibah.

Ketika hakim dalam putusannya menetapkan mantan isteri menerima bagian melalui wasiat wajibah adalah sebuah penyimpangan. Penyimpangan dimaksud adalah karena memberikan bagian harta peninggalan kepada orang yang sudah tidak lagi punya ikatan kekerabatan dengan pewaris yakni mantan isteri. Penyimpangan inilah yang selanjutnya penulis sebut dengan diskresi hakim yang bersifat bebas.

Ikatan kekerabatan dalam bentuk hubungan perkawinan ditandai oleh adanya ikatan dalam bentuk akad nikah dan akan berakhir apabila terjadi perceraian. Perceraian ini pula yang menyebabkan tidak ada hubungan kewarisan bagi pasangan tersebut. Oleh karena itulah mantan isteri dalam putusan nomor: 48/Pdt.G/2016/Bjb. tidaklah mendapat bagian dari harta warisan tapi diberikan bagian dari harta peninggalan pewaris melalui penetapan *wasiat wajibah*, karena yang bersangkutan dianggap berjasa dalam kehidupan pewaris sehingga dianggap punya andil dalam perolehan harta waris. Sehingga dianggap sangat adil jika orang yang telah berjasa diberi penghargaan dalam

²⁹ Pasal 209 KHI (1) Pihak yang berhak mendapatkan wasiat wajibah terdiri dari orang tua angkat dan anak angkat. (2) Syarat yang harus dipenuhi oleh penerima wasiat wajibah adalah bahwa orang tua dan anak angkat tersebut secara nyata tidak diberi wasiat oleh pewaris. (3) Bagian yang dapat diterima orang tua dan anak angkat adalah maksimal 1/3 dari harta warisan.

bentuk pemberian harta peninggalan pewaris melalui wasiat wajibah. Tindakan hakim dalam diskresinya memberikan sebagian harta peninggalan pewaris kepada mantan isteri sejalan dengan tujuan dari diskresi yakni menciptakan keadilan terhadap beberapa kasus hukum yang belum diakomodir oleh peraturan perundang-undangan.³⁰

Diskresi ini muncul karena dalam ketentuan yang mengatur wasiat wajibah tidak ada peruntukannya pada mantan isteri. Karena pada dasarnya diskresi menyangkut pengambilan keputusan yang sangat tidak terikat oleh hukum di mana penilaian pribadi juga pegang peranan. Dengan demikian jika dijabarkan lebih jauh mengacu kepada pendapatnya Wayne tersebut berarti diskresi merupakan pelengkap dari sumber hukum tertulis.³¹

Dalam konteks kewenangan hakim pada saat mengadili suatu perkara, diskresi merupakan bentuk kebebasan untuk menentukan sikap dan kebijaksanaan, kebebasan pikiran dan kebebasan untuk mengambil tindakan terhadap suatu permasalahan yang sedang dihadapi. Karena Undang Undang telah cukup memberikan keleluasaan kepada hakim sebagai bentuk kemerdekaan kemerdekaan yudisial ketika ia sedang mengadili perkara.³²

a. Pembenaan terhadap pembayaran hutang untuk keperluan ritual arwah

Diskresi bebas ini adalah ketika hakim membenarkan adanya penggunaan (pemurnian) harta peninggalan simayit untuk pembayaran utang

³⁰ Juan Vicente Sola, "Rules vs. Discretion: The Judicial Alternative," *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 3, no. 2 (2011): 48–69.h.65.

³¹Soekanto Soerjono, *Faktor-Faktor Yang Mempengaruhi Penegakan Hukum* (Jakarta:Grafindo Persada, 1983).h.15.

³²Witanto, "Diskresi Hakim...",h.67.

keperluan ritual kematian/arwah (*selamatan*), bukan utang untuk keperluan si mayit semasa hidupnya. Padahal keperluan ritual arwah dalam bentuk upacara selamatan tidaklah keharusan dalam agama, hanya berupa tradisi masyarakat setempat.

Dalam doktrin fikih diuraikan bahwa pemurnian harta peninggalan diselesaikan terlebih dahulu beberapa kewajiban terkait dengannya, yakni biaya pengurusan jenazah, pembayaran utang pewaris, pemberian untuk kerabat dan wasiat, sebagaimana yang tertuang juga dalam pasal 171 huruf e.³³ Namun pengertian biaya pengurusan jenazah yang dimaksud adalah terbatas pada biaya memandikan, mengafani, mensholatkan dan menguburkan saja. Adapun untuk kegiatan arwahan biayanya seharusnya tidak diambil dari harta peninggalan si mayit.³⁴

Hutang adalah sesuatu yang wajib dibayar dan merupakan balasan dari jasa yang sebelumnya ia terima. Sejauh ini pemahaman hutang yang dimaksud adalah hutang pewaris semasa hidupnya dan harus dibayar menggunakan harta peninggalan dari pewaris. Bahkan pembayaran hutang ini harus didahulukan dari kewajiban lain terkait harta peninggalan pewaris ini. Karena pembayaran utang ini merupakan cara untuk melepaskan kewajiban pertanggungjawaban diakhirat nanti, sebagaimana sabda Nabi SAW:³⁵

³³"Harta waris adalah harta bawaan ditambah bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris. selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (tajhiz), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat".

³⁴Wahidah dan Faridah, *Praktik Penyelesaian Harta Warisan Pada Masyarakat Banjar* (Antasari Press Banjarmasin, 2018).h.85.

³⁵ Maktabah Syamilah, *Musnad Ahmad*,Juz 21, hadis no 10194, h. 238.

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَا تَرَالُ نَفْسُ ابْنِ آدَمَ مُعَلَّقَةً بِدَيْنِهِ
حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ

Jadi yang dimaksud dengan hutang adalah hutang pewaris semasa hidupnya dan belum dibayar sampai pewaris meninggal dunia, maka ketika hakim dalam pertimbangan hukumnya menyatakan bahwa salah satu yang harus dipenuhi adalah pembayaran hutang untuk keperluan upacara selamatan adalah sebuah diskresi yang bersifat bebas. Karena pembayaran utang untuk keperluan ritual arwah tidak mempunyai dasar yuridis yang bisa dipertanggungjawabkan, akan tetapi didasarkan kepada kebiasaan masyarakat setempat yang menganggap ritual arwah adalah sesuatu yang sakral dan memerlukan banyak biaya. Hakim menganggap pembayaran utang untuk keperluan arwah sebagai sesuatu yang tidak harus dibebankan kepada ahli waris tapi bisa dibebankan kepada harta peninggalan.

d. Penetapan pembagian kadar warisan yang didasarkan *amanat* pewaris

Ketika hakim menterjemahkan *amanat* sebagai wasiat dari pewaris inilah yang menurut penulis letak diskresi hakim yang bersifat bebas, karena jika dilihat kepada pengertian wasiat sebagaimana yang tertuang dalam kajian kajian dalam doktrin fikih klasik, maupun yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam yang mengisyaratkan bahwa wasiat adalah memberikan hak milik sesuatu secara suka rela yang pelaksanaannya ditanggung setelah adanya peristiwa kematian atau pesan pewaris semasa hidupnya untuk memberikan sesuatu kepada seseorang yang penyerahannya nanti setelah yang bersangkutan

meninggal dunia,³⁶ diperuntukkan pada kerabat yang tidak mendapatkan harta warisan.

Sedangkankan *amanat* ini hanya berisi pesan pesan pewaris yang berisi kadar pembagian warisan sesuai keinginan pewaris yang menyalahi kadar pembagian sesuai *faraidh*. Ketika dihubungkan dengan ketentuan wasiat dalam peraturan perundangan tentang yang terdapat dalam KUHP dikena dengan istilah *testamen* pada pasal 931 yang isinya: "Suatu wasiat hanya boleh dikatakan baik dengan akte tertulis sendiri atau *olografis*, baik dengan akte umum maupun akte rahasia atau tertutup", maka banyak hal yang tidak terpenuhi dalam praktek yang terjadi dalam proses amanat seperti yang ada dalam putusan tersebut.

Kadar pembagian yang diinginkan pewaris sesuai dengan amanatnya adalah agar para ahli waris membagikan harta warisan dengan jumlah yang sama di antara masing masing ahli waris baik laki laki maupun perempuan. yang tentu saja menyimpangi ketentuan yang ada dalam doktrin doktrin fikih yang selama ini dipegangi sebagai dasar pembagian warisan. Hakim dalam hal ini telah melakukan diskresi hukum dengan menyimpangi ketentuan yang ada karena menghargari keyakinan para pihak yang menilai "*amanat*" pewaris yang dinilai sakral dan harus dihormati serta dijadikan dasar dalam pembagian waris.

³⁶ Moh Muhibbin and Abdul Wahid, *Hukum Kewarisan Islam: Sebagai Pembaruan Hukum Positif Di Indonesia (Edisi Revisi)* (Jakarta:Sinar Grafika, 2022).h.55 penangan perkara kewarisan tidak akan terlepas dari hukum waris dan ungkapan yang dipergunakan dalam kewarisan, yang selama ini dalam penyelesaian perkara waris secara materiel pengadilan di lingkungan Peradilan Agama akan mengacu pada ketentuan yang ada dalam Hukum Waris Islam atau yang juga dikenal dengan istilah *Faraidl. Al-Faraidh* sebagai jamak dari lafazh *faridha* diartikan semakna dengan lafadz *mafrudha* yaitu bagian yang telah dipastikan kadarnya

Ketika hakim membenarkan pembagian harta warisan yang telah dilakukan di luar persidangan yang didasarkan kepada “*amanat*” pewaris sebagai diskresi bebas. Hal ini karena hakim telah memberikan terjemah “*amanat*” yang berbeda ketentuan wasiat sebagaimana yang ada dalam peraturan perundangan yang ada. Amanat diterjemahkan sebagai pesan pesan pewaris yang substansinya terkait dengan kadar harta warisan yang akan diperoleh oleh masing masing ahli waris. Ber”*amanat*” pada masyarakat Banjar adalah merupakan kebiasaan yang sudah menjadi adat yang melekat.

Sebagaimana ritual arwah, *amanat* juga merupakan kebiasaan pada masyarakat Banjar yang tinggal di Kalimantan Selatan. Kedua adalah sebuah tradisi keagamaan yang harus dihormati dan dijalankan, meskipun tidak ada tuntunan yang jelas dalam Islam, namun hal ini dilakukan dalam rangka memenuhi tuntutan adat kebiasaan dan struksur sosial dari masyarakatnya yang merupakan kemauan orang banyak yang mengandung nilai budaya dalam bentuk kebersamaan, kemanusiaan dan keagamaan dan dijadikan pedoman dalam kehidupan dikemudian hari.³⁷

Sebagai sebuah sistem hukum yang berlaku di masyarakat, hukum adat bertujuan untuk mewujudkan tatanan kehidupan yang damai dan tentram sehingga tercipta keadilan hukum bagi mereka. Pemaknaan keadilan disini fokus pada keseimbangan dari segala bidang pada berbagai aspek

³⁷ Libat Koentjaraningrat, *Sejarah Teori Antropologi I.*(Jakarta:UI Press, 1987).h.71

kehidupan perorangan dan kelompok, bahkan sampai pada sudut pandang spritual.³⁸

Keberadaan Hukum adat terkait dengan penyelesaian sengketa M. Rogers berpendapat bahwa negara negara berkembang perlu meneliti dan memperhatikan aspek aspek sosio kultural dari masalah masalah pembangunan, terutama yang terkait perilaku, pandangan dan keyakinan serta kebiasaan yang ada.³⁹ Sehingga berhasil tidaknya pembangunan termasuk juga pembangunan hukum sangat dipengaruhi oleh perhatian terhadap nilai sosial budaya masyarakat setempat atau dikenal juga dengan kearifan lokal.

Dalam kajian Islam istilah adat atau kebiasaan dikenal dengan istilah *urf*⁴⁰ dapat digunakan sebagai pertimbangan dalam hukum Islam. Urf/adat kebiasaan bisa dijadikan pedoman bagi mazhab mazhab fikih sehingga produk hukum fikih didasarkan kenyataan adat kebiasaan setempat. Bahkan ditemukan kaidah kaidah *al-a'datu muhkamah*.⁴¹

Hal ini sejalan dengan teori dekonstruksi yang dikemukakan Derida bahwa hukum itu tidak hanya dalam bentuk teks teks hukum tetapi juga dalam bentuk bentuk lain. Perilaku, tindakan, norma, mimik, tata nilai, isi pikiran, percakapan, benda-benda dan obyek sejarah dan lain sebagainya adalah teks.

³⁸ Gusti Muzainah, "Prinsip Prinsip Hukum Kedudukan Perempuan Dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar," *DIH, Jurnal Ilmu Hukum* 8, no. 15 (2012): 10–19.h.10.

³⁹ M. Rogers, dalam Guswah Hakim, (Disertasi), *Prinsip Prinsip Hukum Adat* Kolasari, Perpustakaan Universitas Air Langga, h. 12. (<https://repository.unair.ac.id/32679/4/4.%20BAB%20I%20PENDAHULUAN.pdf>) diakses pada Jumat, 18 November 2022, jam 09.32.

⁴⁰ 'Urf dan Adat mempunyai pengertian yang sama yaitu sesuatu yang dibiasakan oleh rakyat umum dan golongan masyarakat, selanjutnya diartikan sebagai adat kebiasaan. Lihat Abd Rauf, "Kedudukan Hukum Adat Dalam Hukum Islam," *Jurnal Tahkim* 9, no. 1 (2013).h.23

⁴¹ Abdul Wahab Khalaf, *Ilmu Ushul Fikih*, (Jakarta: Pustaka Amani, 2003).h.90

Segala sesuatu yang dapat dipahami, yang memiliki makna dan dapat diolah dengan akal itulah teks.⁴²

Penghargaan hakim terhadap kebiasaan ritual arwah sehingga biayanya dibebankan kepada harta peninggalan pewaris serta keberadaan “*amanat*” yang dijadikan dasar penentuan bagian ahli waris dalam putusan putusan Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan ini lebih menunjukkan kepada perwujudan hukum Islam/fikih Indonesia yang fleksibel. Hal ini sejalan dengan maksud diskresi yang dikemukakan Wayne La Farve yang menegaskan bahwa yang lebih dominan dalam diskresi adalah penilaian pribadi dibandingkan dengan hukum secara rigid⁴³.

Kebiasaan masyarakat adalah sebuah kenyataan yang menurut derida kenyataan/realitas yang dianggap objektif, homogen, singular, didekonstruksi sehingga realitas itu terlihat dengan jelas menjadi plural, heterogen, dan fragmentaris. Melalui dekonstruksinya, Derrida meninggalkan modernisme dan membunuh kedua pahlawan narasi mitos dan logos.⁴⁴

2. Diskresi bersifat semi terikat

Sebagaimana diuraikan sebelumnya bahwa bentuk diskresi hakim yang semi terikat terjadi manakala hakim dihadapkan pada kasus yang memiliki beberapa rujukan sebagai dasar pertimbangan hukumnya. Namun rujukan rujukan tersebut tidaklah bersifat baku dan mengikat hakim, sehingga hakim

⁴² Frety Cassia Udang, “Berhermeneutik Bersama Derrida,” *Tumou Tou* 6, no. 2 (2019): 117–127.h.119.

⁴³ S. F. Marbun and Deno Kamelus, *Dimensi-Dimensi Pemikiran Hukum Administrasi Negara* (Yogyakarta: UII Press, 2001), h.78.

⁴⁴ Mangihut Siregar, “Kritik Terhadap Teori Dekonstruksi Derrida, h.66.

memiliki kebebasan untuk memilih atau tidak memilih salah satu dari beberapa sumber hukum ini Terdapat beberapa bentuk diskresi hakim dalam putusan yang mengandung diskresi bersifat semi terikat ini:

- Pemberian wasiat wajibah kepada anak kandung beda agama.
- Ahli waris pengganti.
- Pemberian *radd* kepada mantan suami/duda,
- Harta bersama dalam harta peninggalan pewaris.

Berikut uraian masing masing diskresi hakim yang bersifat semi terikat, yaitu:

a. Penetapan anak beda agama mendapatkan wasiat wajibah

Konsep hukum tentang wasiat wajibah ini sudah dijelaskan sebelumnya yang pada dasarnya ada beberapa ketentuan yang mengatur wasiat wajibah. Pertama yang bersumber dari fikih yang mengisyaratkan bahwa dimungkinkannya ahli waris dan kerabat lainnya mendapatkan wasiat wajibah apabila ia terhalang oleh sebab tertentu dalam perolehan harta warisan. Hal ini sebagai indikasi bahwa ada pendapat yang membolehkan ahli waris beda agama mendapatkan harta peninggalan melalui wasiat wajibah ini. Kedua dalam Kompilasi Hukum Islam yang mengatur bahwa wasiat wajibah hanya dapat diberikan kepada anak angkat dan orang tua angkat.⁴⁵

Dua pengaturan tersebut kemudian menjadi pilihan hukum hakim ketika berhadapan dengan kasus kewarisan dimana salah satu ahli warisnya

⁴⁵ Pasal 209 KHI (1) Pihak yang berhak mendapatkan wasiat wajibah terdiri dari orang tua angkat dan anak angkat. (2) Syarat yang harus dipenuhi oleh penerima wasiat wajibah adalah bahwa orang tua dan anak angkat tersebut secara nyata tidak diberi wasiat oleh pewaris. (3) Bagian yang dapat diterima orang tua dan anak angkat adalah maksimal 1/3 dari harta warisan.

terdapat anak kandung beda agama. Ketika hakim memilih ketentuan fikih yang mengisyaratkan bolehnya ahli waris mendapatkan harta peninggalan melalui wasiat wajibah ini dianggap sebagai diskresi hakim yang bersifat semi terikat.

Sebagaimana diketahui bahwa dalam hukum kewarisan Islam perbedaan agama merupakan salah satu penghalang untuk mendapatkan warisan disamping pembunuhan dan perbudakan. Ketentuan tersebut muncul didasarkan hasil kajian terhadap hadis Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan Bukhari ⁴⁶ **لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ**

Ada perbedaan pendapat ketika menafsirkan isi hadis tersebut, Said Sabiq menyebutkan bahwa berdasar riwayat Muadz, Muawiyah, Ibnu Musayyab, Masyruq dan Nakha'i diketahui hubungan kewarisan antara muslim dan non muslim adalah bahwa muslim menjadi ahli waris non muslim tidak sebaliknya, non muslim tidaklah dapat menjadi ahli waris muslim.⁴⁷ Musyafa Asy Salabi berpendapat lebih tegas lagi bahwa perbedaan keyakinan antara pewaris dan ahli waris menjadi sebab mereka tidak saling mewarisi.⁴⁸ Namun Ibnu Taymiah berpendapat bahwa orang Islam dapat menerima waris dari orang kafir *zimmi* tapi tidak sebaliknya.⁴⁹ Sedangkan Wahbah Zuhaili beliau melarang secara tegas kewarisan antara muslim dan non muslim.⁵⁰

⁴⁶ Al-Bukhari, *Shahih al-Bukhari*, Juz 7, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t), h. 14.

⁴⁷ Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah Jilid IV*, (Jakarta: Pena Pundi Aksara,2006).h.486.

⁴⁸ Mustafa Asy Syalabi, *Akhmal-Mawaris*, (Beirut, Dar an Nahdah al-Arabi, 1972), h. 88.

⁴⁹ Ibnu Qudamah Abu Muhammad'Abd Allah bin Ahmad, *Al-Mughni*, (Beirut: Dar al-Fikr,1972).h.146.

⁵⁰ Wahbah Zuhaili, *Fiqh Imam Syafi'i: Mengupas Masalah Fiqhiyah Berdasarkan Al-Quran Dan Hadis* (Almahira, 2010).h.86.

Dengan demikian diketahui bahwa anak sebagai ahli waris yang tidak beragama Islam tidak bisa menjadi ahli waris terhadap orang tuanya yang beragama Islam. Hal ini kemudian juga dicantumkan dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 171 huruf c yang mengharuskan ahli waris tersebut beragama Islam.⁵¹

b. Penetapan adanya ahli waris pengganti

Keberadaan pengaturan ahli waris pengganti salah satunya terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 185 yang isinya menyatakan bahwa ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya. Kata “dapat” dalam isi pasal tersebut mengandung penafsiran bahwa hakim bisa memilih untuk menyatakan adanya ahli waris pengganti dalam kasus tersebut atau meniadakannya. Ketika hakim Pengadilan Agama dalam putusan putusan yang menjadi bahan hukum dalam penelitian ini menetapkan adanya ahli waris pengganti dalam putusannya, maka hakim telah melakukan diskresi yang bersifat semi terikat.

Ahli waris pengganti adalah sebuah konsep baru yang lahir dalam sistem kewarisan Islam. Konsep ini tidak dikenal dalam konsep pada fikih klasik. Di Indonesia konsep ahli waris pengganti yang digagas oleh Hazairin yang bersumber dari istilah perbendaharaan hukum adat di Indonesia⁵² kemudian dilembagakan dalam Kompilasi Hukum Islam dalam hal penanganan

⁵¹Ahli 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.

⁵²H. Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Dan Peradilan Agama (Kumpulan Tulisan)* (Jakarta:PT RajaGrafindo Persada, 1997).h.136.

kasus anak yang ayahnya meninggal dunia lebih dahulu dari kakeknya. Hal ini sebagaimana yang termuat dalam pasal 185.⁵³ Misi yang diemban oleh konsep ahli waris pengganti adalah realisasi dari penegakkan keadilan dan perikemanusiaan dalam sistem kewarisan Islam, dan dimasukkan dalam asas keadilan berimbang.⁵⁴ Karena menurutnya masalah cucu yang orang tuanya meninggal terlebih dahulu dari pewaris menjadi masalah keadilan yang benar.

Konsep ahli waris pengganti ini adalah merupakan hal baru dalam sistem kewarisan Islam di Indonesia dan merupakan terobosan terhadap peniadaan hak cucu terhadap kewarisan orang tuanya yang meninggal lebih dahulu daripada kakeknya.⁵⁵ Pendapat Hazairin mengenai ahli waris pengganti ini muncul didasarkan pada kajian terhadap surah an Nisa ayat 33:

وَلِكُلِّ جَعَلْنَا مَوَالِيَّ مِمَّا تَرَكَ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبُونَ ۚ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَأَنْتُمْ أَنْصِبُهُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا ۙ

Hazairin berpendapat bahwa dalam ayat tersebut memberikan arahan bahwa masing masing orang diadakan mawali oleh Allah SWT terhadap harta peninggalan dari orang dan kerabatnya⁵⁶. *Mawali* diartikan sebagai ahli waris karena pergantian. Berdasarkan alur berpikir Hazairin tersebut menunjukkan posisi ahli waris pengganti sama dengan posisi ahli waris yang digantikannya. Sehingga ahli waris pengganti merupakan keturunan (anak) pewaris baik laki

⁵³Pasal 185 (1) Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 143. (2)Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dari yang diganti.

⁵⁴Daud Ali *Hukum Islam*...h. 132.

⁵⁵A. Sukris Sarmadi and M. Fahmi al Amruzi, *Dekonstruksi Hukum Progresif Ahli Waris Pengganti Dalam Kompilasi Hukum Islam* (Yogyakarta:Aswaja Pressindo, 2012).h.144.

⁵⁶Hazairin, *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut al Qur'an dan Hadis*, (Jakarta, Tinta Mas,2000) h. 30.

laki ataupun perempuan, dan atau saudara pewaris (laki laki dan perempuan) maupun leluhur pewaris yang merupakan pengganti dari ayah dan ibu pewaris.⁵⁷

Dalam hukum perdata ahli waris pengganti sudah lama dikenal dengan istilah penggantian tempat yang dalam bahasa Belanda disebut *plaatsvervulling* yang diatur dalam KUHP pasal 854-857. dihubungkan dengan KUHP pasal 860 dan 866. Dengan penggantian tempat ini menjadikan keturunan dari seseorang masuk dalam hubungan hukum yang sama seperti orang yang digantikan seandainya orang yang digantikannya masih hidup. Dalam ketentuan tersebut diatur bahwa dia yang menggantikan tempat akan memperoleh hak hak (dan juga kewajiban) dari orang yang digantikannya, jika sekiranya ia tidak meninggal dunia.⁵⁸

Berbeda dengan pengaturan dalam KUHPdt (BW) yang menyamakan bagian ahli waris pengganti dengan orang yang digantikannya, dalam Kompilasi Hukum Islam diketahui bahwa perolehan ahli waris pengganti belum tentu sama dengan orang yang digantikannya, melainkan bisa berkurang. Demikian juga untuk persyaratan ahli waris pengganti, di dalanya dinyatakan bahwa ia baru bisa mendapatkan bagian untuk menggantikan orang tuanya jika orang tuanya merupakan anak laki-laki pewaris yang tidak memiliki saudara laki laki yang masih hidup (terhijab). Sedangkan dalam BW tidak mengenal persyaratan tersebut. Akan tetapi dalam Islam selain memungkinkan dalam garis lurus ke

⁵⁷Kasrori Ali Mukhiyar, *Perdebatan Dalam Seminar Hukum Nasional 1963 Tentang Faraid* (Jakarta: PT. Tintamas, 1964).h.93.

⁵⁸ Suparman Usman, *Ikhtisar Hukum Waris Menurut Kitab Undang Undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek)* (Serang:Darul Ulum Press, 1990).h.87.

atas dan juga garis menyimpang sedangkan dalam BW hanya dibolehkan dari garis lurus ke bawah dan garis menyamping.⁵⁹

b. Penetapan suami mendapatkan *radd*

Diskresi hakim terhadap penetapan suami mendapatkan *Radd* ini terjadi ketika hakim dihadapkan kepada beberapa ketentuan (yang tidak mengikat) dan hakim memilih salah satunya sebagai dasar hukum dalam pertimbangannya. Ketentuan tentang perolehan *radd* bagi suami/isteri sebagai ahli waris *shababiyah* menurut kajian fikih ada dua pilihan, ada yang membolehkannya dan ada pula yang tidak membolehkannya.

Ketika hakim mengambil pendapat yang membolehkan pemberian *radd* untuk ahli waris *shababiyah* (suami) sebagaimana yang dalam putusan No.442/Pdt-G/2019/PA. Tjg ini hakim telah melakukan diskresi yang bersifat semi terikat .

Radd ini muncul ketika adanya sisa harta dan *ashabah* tidak ada. Tidak ada nash khusus baik dari Al Qur'an maupun hadis yang mengatur tentang Radd ini, sehingga dimulai dari sahabat, tabi'in dan para imam mazhab fikih berbeda pendapat tentang hal ini. Ada yang berpendapat *radd* itu ada dan ada pula yang berpendapat *radd* itu tidak ada⁶⁰.

Ulama dalam kajian fikih klasik berbeda pendapat ketika menentukan siapa saja di antara *ashhabul furud* yang berhak mendapatkannya. Mayoritas ulama berpendapat *radd* itu diserahkan kepada *ashhabul furud* kecuali suami atau

⁵⁹ Syarifah Aini dan Hapy Pian, *Ahli Waris Pengganti dalam Perspektif Filsafat Hukum Islam*, <https://badilag.mahkamahagung.go.id/artikel/publikasi/artikel/ahli-waris-pengganti-dalam-perspektif-filsafat-hukum-islam-oleh-syarifah-aini-dan-happy-pian-16-6>, diakses pada Jumat 25 November 2022, jam 15.14 Wita.

⁶⁰ Fathurrahman, *Ilmu Waris*, h. 423.

isteri dengan alasan bahwa *radd* tersebut harus ada hubungan rahim. Pendapat yang menyatakan bahwa *radd* itu diserahkan kepada *ashabul furud* yang punya hubungan *nasabiyah*, dan suami atau isteri tidak berhak mendapatkan sisa harta/*radd* adalah didasarkan pada penafsiran surah:

- al Anfal ayat 75:

وَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْ بَعْدِ وَهَابَرُوا وَجَاهَدُوا مَعَكُمْ فَأُولَئِكَ مِنْكُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ۝

- Al Ahzab ayat 6:

الَّتِي أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا كَانَ فِي ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا.

Ayat 75 dalam surat al-Anfal di atas memberikan gambaran bahwa suami atau isteri tidak termasuk ke dalam pengertian umum ayat ini. Mereka dapat mewarisi karena sebab perkawinan, dan perkawinan terputus bila salah seorang dari mereka meninggal dunia. Oleh karenanya bagian bagian warisan untuk suami atau isteri hanya ada pada nash dan tidak ada pengembalian untuk mereka karena hal itu tidak punya dasar.

Hubungan kekerabatan karena nasab akan tetap kekal, walaupun ahli warisnya telah meninggal dunia. Karena tidak ada alasan untuk mencegah *ashabul furud* yang memiliki ikatan dengan pewaris. Maka *ashabul furudl* lebih berhak mendapatkan sisa harta yang ada setelah dilakukan pembagian waris. Tafsir dari ayat tersebut di atas yakni kaum kerabat seseorang itu lebih utama

saling mewarisi satu sama lainnya dari pada kaum Muhajirin dan Anshar. Ayat ini dianggap sebagai ayat yang merevisi ketentuan yang sebelumnya berlaku dalam hal kewarisan, yakni ketentuan yang mengatur bahwa Muhajirin dapat mewarisi kaum anshar bukan kaum kerabat dan saudara saudara yang bersangkutan karena adanya persaudaraan angkat yang diadakan oleh Nabi SAW. di antara kedua golongan tersebut⁶¹.

Namun dalam sejarah terungkap bahwa Utsman membolehkan *radd* tersebut diberikan kepada suami isteri dengan alasan mereka menerima hak yang sama ketika terjadi pengurangan dalam kasus *aul*. Tentu tidak ada alasan yang digunakan untuk membedakannya pada waktu menerima kelebihan hak. Semua sisa harta yang ada dikembalikan dikembalikan menurut kadar *furudh* masing masing.⁶²

Kemunculan konsep baru pada periode sahabat menunjukkan bahwa hukum waris Islam sangat dinamis. Walaupun terdapat aturan aturan yang terperinci dalam sumber utama hukum Islam, namun perkembangan sosial telah memaksa para sahabat menemukan hukum baru yang lebih sesuai kebutuhan masyarakat. *Law in book* dikesampingkan jika adanya masalah dalam penerapan hukum.⁶³ Hal ini sejalan pula dengan apa yang dikemukakan Derida yang dalam pemahamannya teks tidak hanya dalam bentuk tulisan atau nash. Segala sesuatu

⁶¹TafsirIbnuKatsir,<http://www.ibnukatsironline.com/2015/09/tafsir-surat-al-ahzab-ayat-6.html>, diakses tanggal 22 Juli 2022.

⁶²Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam* (Jakarta:Prenada Media, 2015).h.107.

⁶³Ahmad Bunyan Wahib, "Reformasi Hukum Waris Di Negara-Negara Muslim," *Asy-Syir'ah: Jurnal Ilmu Syari'ah dan Hukum* 48, no. 1 (2014).h.34.

yang dapat dipahami, yang memiliki makna dan dapat diolah dengan akal itulah teks..⁶⁴

Konsep yang berasal dari pendapat Usman ini kemudian diadopsi oleh Kompilasi Hukum Islam dalam pasal 193 KHI mengisyaratkan bahwa suami atau isteri bisa mendapatkan sisa bagian ahli waris kalau terjadi kelebihan harta karena ada keharusan pengembaliannya tersebut kepada seluruh ahli waris secara berimbang.⁶⁵ Padahal kalau berpedoman pada doktrin doktrin fikih seperti pendapat Iman Syafi'i, Imam Malik sisa harta harus diserahkan ke *baitul mal* dan Imam Abu Hanifah yang menyatakan bahwa sisa harta tidak boleh diberikan kepada suami atau isteri.⁶⁶

c. Penetapan adanya harta bersama dan membagikannya

Putusan yang menetapkan adanya harta bersama dan membagikannya kepada pewaris dan pasangannya baik yang didasarkan adanya keinginan para pihak sebagaimana dalam putusan nomor No:47/Pdt.G/2017/PA. Bjb, putusan No No:448/Pdt.G/2016/Bjb., serta putusan nomor No.382/Pdt.G/2021/PA. Plh., atau kemauan hakim secara *ex officio* sebagaimana yang terdapat dalam putusan nomor No.1415/ Pdt.G/2018/PA. Bjm, No.0316/Pdt.G/ 2015/PA Ktb.

Diskresi hakim dalam putusan putusan yang menetapkan adanya harta bersama dalam harta peninggalan pewaris dan harus diserahkan kepada pasangannya adalah sebuah diskresi yang bersifat semi terikat, karena dalam

⁶⁴ Frety Cassia Udang, "Berhermeneutik Bersama Derrida," *Tumou Tou* 6, no. 2 (2019): 117–127.h.119.

⁶⁵Pasal 193 KHI:"Apabila terjadi kelebihan harta, maka kelebihan tersebut dikembalikan kepada seluruh ahli waris secara berimbang".

⁶⁶Hasan Ahmad Al-Khatib, *Al-Fiqh al-Muqaran*,(Mesir: Dar at-Ta'lif,1957).h.338-339

hal ini ada dua pilihan pengaturan yang bisa dipergunakan hakim, yakni aturan yang ada dalam doktrin ilmu *faraidl* yang tidak mengatur adanya harta bersama atau yang ada dalam Undang Undang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam yang mengatur keberadaan harta bersama.

Dalam sistem kewarisan Islam yang termuat dalam doktrin doktrin fikih tidak mengenal adanya istilah pembagian harta bersama sebelum dibagikannya warisan. Karena dalam doktrin fikih hanya mengenal adanya hak/milik masing masing pasangan suami isteri atas sesuatu yang telah dihasilkan dari usaha mereka, sebagaimana yang nyatakan dalam An Nisa ayat 32 :

.. لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَسَبُوا ۖ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا كَتَسَبْنَ ۖ ..

Ungkapan yang terkandung dalam ayat tersebut adalah bersifat umum yang tidak hanya ditujukan kepada suami atau isteri, namun juga diperuntukkan buat semua laki laki dan perempuan. Jika mereka melakukan usaha untuk kehidupannya sehari hari, maka hasil usaha tersebut merupakan penghasilan atau harta pribadi yang dimiliki dan dikuasai oleh pribadi masing masing.

Khusus terkait hukum waris ayat tersebut mengandung pengertian bahwa setiap laki laki atau perempuan mempunyai hak untuk mendapat bagian harta warisan yang ditinggalkan atau diberikan orang tua.⁶⁷ Dari ayat tersebut juga dapat diketahui bahwa Al Qur'an menganut prinsip adanya pemisahan

⁶⁷Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Undang-Undang, Hukum Adat, Hukum Agama*, (Bandung:Mandar Maju, 2011). h.117.

harta antara suami dan isteri. Salah satu kewajiban suami dalam rumah tangga adalah mencari nafkah, sehingga harta yang diperoleh suami selama dalam masa perkawinn tersebut adalah menjadi hak suami, sedangkan isteri hanya berhak terhadap nafkah yang diberikan suami kepadanya.⁶⁸

Kehidupan sosial masyarakat termasuk masyarakat muslim di Indonesia terus berkembang dan konsep harta bersama yang telah lama dikenal pada berbagai daerah di nusantara termasuk di Kalimantan Selatan walaupun dengan istilah yang berbeda beda pada masing masing wilayah. Perkembangan selanjutnya konsep harta bersama ini kemudian secara legal formal dicantumkan dalam Undang Undang No 1 tahun 1974 tentang Perkawinan⁶⁹ pada pasal 35 sampai 37. Dalam pasal pasal tersebut diatur bahwa harta benda yang didapatkan dalam masa perkawinan adalah menjadi harta bersama, yang apabila terjadi putusnya perkawinan (cerai hidup ataupun cerai mati, maka pengaturan harta bersama ini diserahkan kepada hukumnya masing masing.

Bagi orang Islam pengaturan harta bersama ini kemudian diatur lebih terperinci di dalam Kompilasi Hukum Islam dari pasal 85 sampai pasal 97 (13 pasal) yang menyamakan harta bersama dengan syirkah.⁷⁰ Dalam pasal 96 (ayat) dijelaskan bahwa apabila terjadi cerai mati, maka janda atau duda yang masih hidup berhak mendapatkan separoh dari harta yang diperoleh selama

⁶⁸Happy Susanto, *Pembagian Harta Gono-Gini Saat Terjadi Perceraian* (Bandung:VisiMedia, 2008).h.52.

⁶⁹Pasal 35 Undang Undang Nomor 1 tahun 1974:”Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama”.

⁷⁰ Kompilasi Hukum Islam dalam pasal 1 huruf f menyebutkan bahwa harta kekayaan dalam perkawinan atau *syirkah* adalah harta yang diperoleh baik sendiri sendiri ata bersama sama suami isteri selama dalam ikatan perkawinan berlangsung, dan selanjutnya disebut harta bersama tanpa mempersoalkan terdaptar atas nama siapapun.

perkawinan tersebut. Kemudian dalam pasal 97 dijelaskan bahwa apabila terjadi putusanya perkawinan karena perceraian, maka harta tersebut di bagi dua antara suami dan isteri, sepanjang tidak disepakati lain dengan perjanjian kawin.

KUH Perdata tidak mengakui adanya harta kepemilikan masing masing dalam perkawinan sebagaimana hukum Islam, semua harta yang dibawa kedalam perkawinan menjadi harta bersama yang akan menjadi bubar begitu terjadi perceraian. Dalam pasal 126 KUHP (Kitab Undang Undang Hukum Perdata)/BW dijelaskan pula bahwa harta bersama sudah tidak berlaku lagi jika terjadi perceraian (baik cerai hidup maupun cerai mati) dan ada keharusan membaginya menjadi dua bagian yang diserahkan masing masing satu bagian untuk suami dan satu bagian lagi untuk isteri.

Fathurrahman berpendapat bahwa harta kekayaan yang diperoleh oleh suami isteri isteri selama berlansungnya perkawinan dimana kedua duanya bekerja untuk kepentingan hidup berumah tangga. Bekerja itu hendaknya diartikan secara luas, hingga seorang isteri yang pekerjaannya tidak nyata nyata menghasilkan kekayaan, seperti memelihara dan mendidik anak anaknya, dianggap sudah bekerja. Kemudian harta kekayaan yang diperoleh secara konkrit oleh suami menjadi milik bersama.⁷¹

⁷¹ Fathur Rahman, *Ilmu Waris*, h. 41.

B. Analisis Terhadap Pertimbangan Hakim Dalam Diskresi Hukum pada Putusan Perkara Waris di Pengadilan Agama Kalimantan Selatan

Hal yang tidak kalah menarik dalam sebuah putusan atau *ratio decedendi* adalah pertimbangan hakim yang terdiri dari alasan yang diberikan disertai dasar hukum. Pertimbangan hakim bisa pula diistilahkan dengan pertimbangan hukum adalah argumen atau alasan yang digunakan hakim sebagai pertimbangan yang menjadi dasar sebelum memutus perkara. Dalam Black Law Dictionary disebutkan bahwa *ratio decedenti* adalah : "*the point in a case which determines the judgement*".⁷² maksudnya pertimbangan hakim merupakan point dari kasus yang menentukan putusan.

Keluhuran tugas hakim ini terlihat pada pertimbangannya dalam mengambil keputusan.⁷³ Pertimbangan hukum (*rechts gronden*) dalam sebuah keputusan adalah bagian yang memuat semua dalil dalam posita/latar belakang peristiwa serta alat bukti yang diajukan pihak pihak kemudian dianalisis satu persatu ketentuan hukum baik hukum formil maupun hukum materiel yang berhubungan dengan perkara yang bersangkutan.

Selain itu bagian pertimbangan juga memuat alasan-alasan hakim sebagai pertanggungjawaban kepada masyarakat mengapa ia sampai mengambil putusan demikian, oleh karenanya mempunyai nilai objektif. Alasan dan dasar putusan harus dimuat dalam pertimbangan putusan⁷⁴ Menurut Alfred

⁷² Henry Cambell Black, h. 475.

⁷³ Pertimbangan hukum merupakan ruang pemikiran atau ijtihad hakim yang merupakan jiwa putusan yang isinya berupa analisis, argumentasi, pendapat dan kesimpulan hukum hakim sebelum menjatuhkan putusan lihat Manan, "*Penerapan Hukum Acara Perdata Di Lingkungan Peradilan Agama*."h.29

⁷⁴Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata di Indonesia*, (Yogyakarta: Cahaya Atma Pustaka, 2013), h. 231-232.

Dening, *“In order that a trial should be fair, it is necessary, not only that a correct decision should be reached, but also that it should be seen to be based on reason; and that can only be seen if judge himself states his reason”*.⁷⁵

Pertimbangan hukum inilah yang menentukan apakah gugatan tersebut dikabulkan, ditolak, atau tidak diterima, karena bagian ini dijelaskan alasan dan dasar hukum hakim terhadap hasil akhir (keputusan) yang diambil. Pertimbangan hukum merupakan intisari putusan yang berisi analisis, argumentasi, pendapat atau kesimpulan hukum dari hakim dalam proses pemeriksaan perkara.

1. Analisis terhadap alasan hakim

Putusan yang menyatakan menerima atau mengabulkan keinginan para pihak dengan alasan telah terpenuhinya aspek prosedural dalam penyelesaian perkara waris tersebut. Aspek prosedural tersebut meliputi;

- a. Perkara yang diajukan adalah kewenangan Pengadilan Agama, baik absolut maupun relatif.
- b. Para pihak adalah memang berwenang terhadap perkara tersebut
- c. Telah dilakukan mediasi, namun tidak berhasil.
- d. Telah dilakukan proses pembuktian serta telah melewati semua tahapan persidangan.

Pembuktian adalah proses yang paling berpengaruh terhadap diterima atau ditolaknya sebuah perkara. Pembuktian haruslah dilakukan dengan

⁷⁵A.J.P Tammes, *Het bewijs in het Internationale Proces*. Themis 1966 aft 5/6, h.567.

menghadirkan alat bukti yang meyakinkan hakim, atau memiliki kekuatan pembuktian minimal sempurna.

Setiap alat bukti yang diajukan di persidangan, sah bernilai sebagai alat bukti yang mempunyai nilai kekuatan pembuktian harus mencapai batas minimal. Jika tidak, alat bukti tersebut dikesampingkan dalam penilaian pembuktian. Batas minimal secara teknis dan populer dapat diartikan sebagai suatu jumlah alat bukti yang sah yang paling sedikit harus terpenuhi, agar alat bukti itu mempunyai nilai kekuatan pembuktian untuk mendukung kebenaran yang didalilkan atau dikemukakan.⁷⁶

Yahya Harahap sebagaimana dikutip Abdul Manan⁷⁷ mendefinisikan pembuktian dalam arti luas sebagai kemampuan penggugat dan/atau tergugat memanfaatkan hukum pembuktian untuk mendukung dan membenarkan hubungan hukum dan peristiwa peristiwa yang didalilkan (oleh penggugat) atau dibantah (oleh tergugat) dalam hubungan hukum yang diperkarakan. Dalam arti sempit, pembuktian hanya diperlukan sepanjang mengenai hal hal dibantah atau hal yang masih dipersengketakan atau hanya sepanjang yang menjadi perselisihan di antara para pihak.

Adapun patokan menentukan batas minimal pembuktian adalah patokan yang didasarkan kualitas tidak kuantitas. Menurut hukum, alat bukti yang berkualitas dan sah sebagai alat bukti adalah alat bukti yang memenuhi syarat formil dan materiil. Untuk mengetahui syarat formil dan syarat materiil

⁷⁶ Harahap M. Yahya, *Hukum Acara Perdata*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2005).h.539-540.

⁷⁷ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata dalam Lingkungan Peradilan Agama*, (Jakarta: Kencana, 2008), h. 227

apa yang melekat pada suatu alat bukti harus merujuk kepada ketentuan Undang-Undang yang berkenaan dengan alat bukti yang bersangkutan karena syarat formil dan materiil yang melekat pada setiap alat bukti tidak sama.⁷⁸ Alat bukti dalam hukum acara perdata tertuang dalam Pasal 164 HIR, Pasal 284 RBg, dan Pasal 1866 KUH Perdata yaitu alat bukti surat (tertulis), alat bukti saksi, persangkaan (dugaan), pengakuan dan sumpah.⁷⁹ Dalam putusan putusan yang menjadi bahan hukum penelitian ini majelis hakim telah mempertimbangkan proses pembuktian dengan alat bukti yang lengkap dan seksama.

Hakim menyatakan mengabulkan gugatan karena dalam pemeriksaan perkara penggugat berhasil membuktikan dalil dalil dalam gugatannya, baik dalam bentuk mengabulkan gugatan untuk seluruhnya apabila penggugat berhasil membuktikan dalil dalil dalam gugatannya, maupun mengabulkan gugatan untuk sebagian karena penggugat hanya mampu membuktikan sebagian dalil` gugatannya. Kemudian hakim menyatakan menolak gugatan karena dalam pemeriksaan perkara ternyata penggugat tidak dapat membuktikan dalil dalil gugatannya. Terakhir hakim akan menyatakan gugatan tidak diterima, jika gugatan tersebut mengandung cacat formil.⁸⁰

Analisis yang dilakukan hakim didasarkan kepada ketentuan hukum pembuktian yang melihat kepada syarat formil dan materiel alat bukti, batas minimal pembuktian para pihak, dalil dalil yang bisa dibuktikan serta nilai

⁷⁸Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata dalam Lingkungan Peradilan Agama.*, h. 542-543.

⁷⁹Erfaniah Zuhriah, *Peradilan Agama Di Indonesia Dalam Rentang Sejarah Dan Pasang Surut*, (UIN-Malang Press, 2008).h.262.

⁸⁰M. Natsir Asnawi, *Hukum Acara Perdata (Teori, Praktik dan Permasalahannyadi Peradilan Umum dan Peradilan Agama)*, (Yogyakarta, UII Press, 2016,) h. 514.

kekuatan pembuktiannya. Dalam aspek ini pertimbangan hukum akan menentukan nilai dari suatu putusan hakim. Sehingga aspek pertimbangan hukum yang berisi alasan dan dasar hukum oleh hakim haruslah disikapi secara teliti, baik dan cermat.

2. Analisis terhadap dasar hukum

Setiap pertimbangan hakim juga mengandung dasar hukum. Dasar hukum merupakan unsur pertama dalam keputusan pengadilan, di samping proses pengambilan keputusan sebagai unsur kedua dan produk keputusan pengadilan sebagai unsur ketiga.⁸¹ Istilah dasar hukum ini merujuk pada berbagai peraturan atau norma yang telah ada maupun yang sengaja dibuat untuk dijadikan rujukan hakim pada saat memutuskan perkara di Pengadilan Agama. Dasar hukum meliputi hukum substansial/metrial dan hukum acara/prosedural yang berlaku dan diberlakukan terhadap perkara yang diputuskan.

Dalam negara Indonesia yang menganut sistem hukum *civil law* walaupun dengan sedikit keragaman, dasar hukum menempati posisi yang sangat menentukan. Oleh karenanya hakim dituntut untuk senantiasa menafsirkan dan berusaha menerapkan hukum sebagaimana yang tertuang dalam peraturan perundangan di samping hukum tidak tertulis yang dijadikan rujukan dalam menentukan putusan. Dengan demikian hakim sangatlah terikat dengan ketentuan hukum yang berlaku. Putusan putusan dibuat atas dasar

⁸¹Soerjono soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Cet. VII, (Jakarta, Rajawali Pers, 1986), h. 154.

berupa peraturan perundangan, yurisprudensi serta doktrin doktrin fikih dan hukum kebiasaan.

Hanya saja ketidaklengkapan atau bahkan ketiadaan hukum tertulis untuk waris Islam (substansial) ini mengharuskan hakim melakukan kreatifitas untuk menggali hukum dari sumber sumber hukum yang ada sehingga menghasilkan diskresi dalam putusnya demi memenuhi rasa keadilan, kemanfaatan serta kepastian hukum.

Hal ini dilakukan karena ada keharusan agar mengadili menurut hukum yang merupakan bagian dari cara mewujudkan negara berdasarkan hukum⁸². Dengan demikian hakim terus berusaha melakukan ijtihad dengan cara menemukan hukum melalui berbagai metode sehingga ada kemungkinan menghasilkan diskresi hukum sebagaimana putusan putusan hakim Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan.

Dalam putusan diharuskan menyebutkan teks dari pasal pasal tertentu peraturan perundangan yang diterapkan dalam putusan sebagaimana yang diatur dalam pasal pasal 184 (2) HIR dan 50 ayat (1) Undang Undang No 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Dalam pasal pasal 184 (2) HIR disebutkan: "Dalam putusan hakim yang berdasarkan peraturan perundangan yang pasti, peraturan itu harus disebutkan". Kemudian Undang Undang No 48 tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman yang berbunyi : "Putusan pengadilan selain harus memuat alasan dan dasar dasar putusan, juga memuat pasal tertentu

⁸²Bagir Manan dalam Menegakkan Hukum suatu Pencarian, Sebagaimana dikutip Sunarto dalam *Peran Aktif Hakim Dalam Perkara Perdata*, Cetakan ke 2, Kencana, Jakarta, 2015, h. 62.

dari peraturan perundangan yang bersangkutan atau sumber hukum tak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.

Dengan demikian hakim dalam putusannya harus mencantumkan teks hukum, baik dalam bentuk peraturan tertulis maupun peraturan tidak tertulis sebagai dasar pertimbangannya. Karena dalam pemahaman Derrida, teks tidak hanya dalam bentuk tulisan atau nash. Teks adalah jejaring makna dan struktur simbol. Perilaku, tindakan, norma, mimik, tata nilai, isi pikiran, percakapan, benda-benda dan obyek sejarah dan lain sebagainya adalah teks. Segala sesuatu yang dapat dipahami, yang memiliki makna dan dapat diolah dengan akal itulah teks. Di tengah keluasan makna teks menurut Derrida dan keberagaman makna dalam perspektif dekonstruksi, maka berhermeneutik bersama Derrida adalah peziarahan menapaki jejak-jejak pemikiran Derrida di ruang keseharian kita yang tidak pernah lepas dari kegiatan membaca, memahami dan memaknai realitas.⁸³

Dasar hukum yang digunakan hakim dalam diskresi hukum adalah

a. Hukum tertulis/peraturan perundangan, terdiri dari :

1) Undang Undang

Undang Undang yang menjadi dasar hukum dalam temuan penelitian ini adalah Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang dicantumkan ketika memutuskan perkara waris dengan harta peninggalan yang terdapat adanya harta bersama, atau pada saat menentukan keabsahan perkawinan pewaris sebagai dasar perolehan harta warisan untuk anak-anak dan pasangannya.

⁸³ Frety Cassia Udang, "Berhermeneutik Bersama Derrida," *Tumou Tou* 6, no. 2 (2019): 117–127.h.119

Selain itu juga ditemukan Undang Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia⁸⁴ memperkuat keberadaan harta bersama dalam perkawinan serta Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW)⁸⁵, mempertegas keberadaan harta dalam perkawinan dan harus dibagi tanpa melihat siapa yang punya andil dalam perolehan harta tersebut.

Terkait dengan penerapan peraturan perundangan sebagai dasar dalam pertimbangan hakim dapat menjalankan fungsi untuk menjamin peraturan perundang undangan diterapkan secara benar dan adil. Apabila peraturan perundang undangan akan menimbulkan ketidakadilan, maka wajib berpihak pada keadilan dan mengesampingkan peraturan perundangan. Selain itu hakim juga berfungsi sebagai dinamisator peraturan perundang undangan. Hakim dengan menggunakan penafsiran, konstruksi, dan berbagai pertimbangan sosiokultural berkewajiban menghidupkan peraturan perundangan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat.⁸⁶

- 2) Yurisprudensi MARI No 38K/AG/1988 tanggal 5 oktober 1988 sebagaimana yang termuat dalam putusan nomor 1415/Pdt.G/PA.Bjm.

Penggunaan yurisprudensi sebagai dasar dalam pertimbangan hakim ditemukan dalam putusan yang menetapkan adanya harta bersama sebelum ditetapkan harta warisan. Yurisprudensi menurut Mahadi sebagaimana dikutip Miftahul Huda adalah hukum yang terbentuk dari keputusan keputusan hakim

⁸⁴ Pasal 51 ayat (3): "Setelah putusanya perkawinan, seorang wanita mempunyai hak yang sama dengan mantan suaminya atas semua hal yang berkenaan dengan harta bersama tanpa mengurangi hak anak, sesuai dengan ketentuan perundang undangan".

⁸⁵ Pasal 28 : "setelah bubarnya harta bersama kekayaan bersama mereka dibagi dua antara suami dan isteri, atau antara para ahli waris mereka, tanpa mempersoalkan dan pihak mana asal barang barang itu"

⁸⁶ Edy Wibowo, *Mengapa Putusan Pemidanaan Hakim Cenderung Lebih Ringan Daripada Tuntutan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi, no. 257 (2008).h.41

yang sama bunyinya tentang masalah yang serupa yang bisa disamakan dengan istilah *ijma* dalam hukum Islam⁸⁷.

Ada beberapa latar belakang yang menyebabkan hakim mengambil putusan didasarkan pada putusan hakim sebelumnya menurut Soenarjati Hartono sebagaimana dikutip Enrico Simanjuntak.⁸⁸, yakni pertama karena putusan hakim punya kewenangan terutama putusan hakim dari pengadilan yang lebih tinggi; kedua karena pertimbangannya praktis dan ketiga karena ia sepakat dengan pendapat hakim sebelumnya.

Yurisprudensi ini digunakan sebagai dasar dalam pertimbangan hakim adalah sesuai dengan fungsinya sebagai pengisi ketiadaan hukum juga digunakan untuk mewujudkan standar hukum yang seragam dan juga untuk melengkapi peraturan perundangan yang tidak pernah sempurna. Karena dengan adanya standar hukum yang seragam diharapkan tercipta kepastian hukum⁸⁹.

Pengambilan peraturan perundangan dan yurisprudensi sebagai dasar pertimbangan membuktikan bahwa secara yuridis putusan itu dapat dipertanggungjawabkan, karena menurut Junaidi Effendi menyatakan peraturan perundangan merupakan syarat minimal dasar hukum dalam pertimbangan hukum selain perwujudan keadilan dan kemaslahatan.⁹⁰ Di

⁸⁷ Miftahul Huda, *Yurisprudensi*, Majalah Konstitusi, Edisi April, 2010, h. 86.

⁸⁸ Enrico Simanjuntak, *Peran Yurisprudensi dalam Sistem Hukum di Indonesia*, , 2019, h. 93.

⁸⁹ Enrico Simanjuntak., h. 100.

⁹⁰ Jonaedi Efendi, *Rekonstruksi Dasar Pertimbangan Hukum Hakim: Berbasis Nilai-Nilai Hukum Dan Rasa Keadilan Yang Hidup Dalam Masyarakat* (Jakarta:Prenada Media, 2018).h.109-111.

samping itu faktor yang melatarbelakangi adanya diskresi hakim menurut Yuniarti⁹¹ salah satunya adalah faktor legal yakni faktor yang berkaitan dengan peraturan perundang undangan, karena berangkat dari peraturan perundangan yang ada itulah maka diskresi hakim dinilai benar (*shahih*).

b. Hukum tidak tertulis.

Hukum tidak tertulis digunakan jika kemudian terjadi kekosongan hukum, maka hakim wajib menemukan bahkan menciptakan hukum untuk mengoreksi atau mengisi peraturan perundang undangan. Selain itu hakim juga bisa menjalankan fungsinya untuk melakukan “penghalusan” terhadap peraturan perundang-undangan⁹². Tanpa penghalusan, peraturan perundang-undangan akan begitu keras, sehingga tidak mewujudkan keadilan atau tujuan tertentu secara wajar.

Beberapa dasar pertimbangan hakim yang bersumber dari hukum tidak tertulis adalah:

1) Kompilasi Hukum Islam

Kompilasi hukum Islam sebagai pertimbangan yang hampir digunakan dalam setiap diskresi hakim dalam putusan waris ini, meskipun menurut Undang Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan Kompilasi Hukum Islam bukanlah merupakan hukum yang berlaku atau bukan bagian dari hukum positif di Negara Indonesia. Namun kenyataannya Kompilasi Hukum Islam ini digunakan oleh hakim pengadilan

⁹¹Sri Yuniarti, Diskresi Hakim Dalam Menetapkan Hukum di Pengadilan Agama Kelas IB Batu Sangkar, *Jurnal Ilmiah Syari'ah*, Vol16, Nomor 1 Januari-Juni 2017, h. 84.

⁹²Edy Wibowo, *Mengapa...* h.41

di lingkungan Peradilan Agama sebagai pegangan untuk mengisi kekosongan hukum.

Selain itu keberpihakan hakim terhadap Kompilasi Hukum Islam dengan menjadikannya sandaran dalam pengambilan putusan perkara waris ini disadari atau tidak adalah sebagai bentuk penghargaan hakim terhadap budaya budaya hukum masyarakat setempat. Hal itu karena menurut Euis Nurlaelawati meskipun penyusunan Kompilasi Hukum Islam ini mengadopsi konsep yang bersumber dari fikih klasik yang dipadukan dengan teks Al Qur'an tapi juga pengaruh budaya lokal juga muncul pada ketentuan ketentuan yang mengatur persoalan waris ini.⁹³

Budaya lokal masyarakat Banjar yang kemudian dijadikan dasar hukum dengan menggunakan ketentuan yang ada dalam Kompilasi Hukum Islam adalah:

- a) Asas kewarisan dalam KHI menganut asas keadilan berimbang.

Hal ini sejalan dengan budaya masyarakat Banjar yang menganut sistem kewarisan bilateral, meskipun ada terkesan sistem kewarisan patrilineal juga ada pada masyarakat, namun menurut Sayuti Thalib sistem kewarisan patrilineal digunakan hanya berupa kecenderungan untuk memprioritaskan laki laki dalam penerimaan waris namun ahli waris perempuan tetap mendapatkan haknya sebagaimana yang diatur oleh ayat ayat al Qur'an.⁹⁴

- a) Penetapan pemberian *Radd* kepada suami.

⁹³Euis Nurlaelawati, *Modernization, Tradition and Identity The Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in The Indonesian Relegios Court*, Amsterdam University Press, 2010, h. 97.

⁹⁴ Sayuti Thalib, *Hukum Kewarisan Islam Di Indonesia (Edisi Revisi)* (Jakarta:Sinar Grafika, 2022).h.111

Hakim menjadikan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar putusan yang menetapkan kelebihan harta/*radd* untuk suami yang merupakan ahli waris *shababiyah*. Hal ini juga selain bentuk penerapan asas keadilan berimbang dalam Kompilasi Hukum Islam juga sebagai bentuk akomodir terhadap budaya masyarakat Banjar yang dalam keseharian baik suami atau isteri berperan seimbang dalam perolehan harta dalam perkawinan serta bersama pula bertanggung jawab dalam kehidupan rumah tangga.

Selain itu dalam masyarakat Banjar kedudukan menantu baik laki laki maupun perempuan sudah dianggap sebagai anak sendiri dan merupakan bagian dari keluarga. Sehingga meskipun pasangannya telah meninggal dunia hubungan keluarga dengan kerabat mantan pasangannya tidaklah putus. Mereka menganggap masih ada ikatan keluarga, sehingga kehidupan dan kesejahteraan menantu tetaplah diperhatikan. Kebiasaan masyarakat Banjar yang demikian menjadi dasar bahwa apa yang dilakukan hakim dengan memberikan "*radd*" (sisa harta) kepada mantan suami adalah bentuk diskresi hakim yang mempertimbangkan nilai budaya lokal masyarakat setempat.

Putusan yang demikian jelas menggambarkan tercapainya tujuan hukum yang tidak hanya kepastian hukum, tapi juga kemanfatan dan keadilan. Apalagi dalam masyarakat Banjar yang sangat memperhatikan semangat kekeluargaan, maka pemberian *radd*/sisa harta dalam kewarisan kepada suami adalah dinilai layak.

b) Menetapkan harta bersama

Untuk pertimbangan dalam menetapkan keberadaan harta bersama ini selain menggunakan Undang Undang Perkawinan juga Kompilasi Hukum Islam. Secara tersirat putusan putusan yang menetapkan adanya harta bersama dalam penyelesaian sengketa waris, juga mengandung unsur hukum kebiasaan sebagai salah satu pertimbangannya.

Hal ini karena konsep harta bersama ini selain memang diatur dalam peraturan perundangan yang berlaku, juga menjadi kebiasaan masyarakat di beberapa wilayah di negara ini. Kebiasaan pembagian harta bersama ini menjadi budaya yang terus berkembang dan dipertahankan oleh masyarakatnya. Masyarakat Kalimantan Selatan yang memiliki konsep harta bersama dengan istilah *harta perpantangan*.

Konsep harta perpantangan yang dikembangkan oleh Syekh Arsyad Al Banjari yang menurutnya pembagian harta warisan yang ditinggalkan oleh seorang suami harus mempertimbangkan adanya harta perpantangan yakni berupa harta yang diperoleh oleh suami dan isteri sesudah adanya pernikahan karena menurutnya dalam harta itu terdapat hak isteri yang tidak boleh dianggap sebagai harta warisan suami.⁹⁵ Konsep harta perpantangan ini kemudian berdampak kepada perbedaan cara pembagian warisan jika dibandingkan dengan konsep fikih waris yang dikembangkan oleh ulama fikih dalam kitab kitab fikih empat mazhab.

c) Penetapan wasiat wajibah kepada anak kandung beda agama

⁹⁵ Ahmad Dakhoir, *Pemikiran Fiqih Syaikh Muhammad Arsyad Al Banjari*, sebagaimana dikutip Zulfatun Ni'mah, "Pemahaman Masyarakat Banjar Kalimantan Selatan Tentang Pemikiran Fiqh Syekh Arsyad Al Banjari Dalam Hal Harta Perpantangan," *Dinamika Penelitian: Media Komunikasi Penelitian Sosial Keagamaan* 20, no. 2 (2020): 373-400.h.374

Dalam diskresi hakim yang menetapkan untuk memberikan wasiat wajibah kepada anak kandung beda agama pengambilan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar pertimbangan ketika hakim menetapkan kadar harta yang boleh dijadikan wasiat yakni maksimal $\frac{1}{3}$ dari harta peninggalan dan tidak boleh melebihi kadar harta yang diterima ahli waris. Penetapan adanya Wasiat wajibah untuk anak beda agama juga merupakan perwujudan keberpihakan hukum terhadap budaya masyarakat setempat, karena dalam hal ini hubungan kekerabatan masyarakat banjar tidak melihat status agama masing masing pihak. Meskipun ada perbedaan agama antara orang tua dan anak kandungnya, namun hubungan silaturahmi mereka tetap baik.

d) Penggunaan harta peninggalan untuk pembayaran utang keperluan ritual arwah

Untuk diskresi hakim yang membenarkan penggunaan harta peninggalan untuk pembayaran utang keperluan ritual arwah didasarkan pada Kompilasi Hukum Islam yang mengatur kewajiban kewajiban ahli waris terkait pewaris dan harta warisannya yang salah satunya untuk keperluan pewaris dan pembayaran utang pewaris (dalam kasus ini bukan merupakan utang untuk keperluan pewaris). Pertimbangan yang diberikan hakim merupakan sikap bijaksana hakim ketika hakim menjadikan kebiasaan/tradisi masyarakat yang merupakan hukum kebiasaan menjadi pertimbangan hukumnya.

Karena hal yang perlu disadari bersama bahwa masih banyak kebiasaan masyarakat yang harus dihormati dan tetap dipertahankan karena kebiasaan masyarakat tersebut merupakan hukum adat yang merupakan perwujudan dari nilai nilai budaya yang berkembang di masyarakat setempat.

Apalagi pada masyarakat Banjar, ritual terhadap meninggalnya seseorang tidak akan berakhir dengan dilakukannya penguburan mayat, namun masih ada serangkaian ritual yang menjadi tanggungjawab kerabat yang masih hidup, antara lain adalah acara selamatan atau dikenal dengan istilah *aruh*.

Selamatan yang dimaksud dimulai dengan upacara *turun tanah* (hari pertama), *meniga hari* (hari ketiga), *menujuh hari* (hari ketujuh), *menyalawi* (hari ke duapuluh lima), *meempatpuluh hari* (hari keempat puluh) serta *menyaratus* (hari ke seratus) dan *mehaul* (setahun). Semua ritual itu dikenal dengan istilah *bearwahan*.⁹⁶ Dalam ritual ritual tersebut selain diisi dengan prosesi pembacaan tahlil, doa dan lain lain juga diiringi dengan penjamuan berbagai jenis makanan yang tentu saja memerlukan tenaga dan biaya.

Dengan demikian penggunaan Kompilasi Hukum Islam sebagai dasar pertimbangan hakim dalam putusan waris ini selain sebagai perwujudan terpenuhinya aspek yuridis juga sebagai gambaran terpenuhinya pula aspek theologis, aspek sosialogis dan antropologisnya.

e) *Amanat* sebagai dasar pembagian waris

Ada dua putusan yang menjadikan amanat sebagai dasar dilakukannya pembagian warisan yang keluar dari ketentuan *faraidh*. Pertama hakim menyatakan sah pembagian warisan yang dilakukan di luar sidang (sebelumnya) atas dasar adanya *amanat* pewaris yang isinya menetapkan bagian masing masing ahli waris yang dalam bentuk menyamakan bagian anak laki dengan anak perempuan. Kedua, putusan yang membagikan harta warisan

⁹⁶ Hasan, "Islam Dan Budaya Banjar Di Kalimantan Selatan," *Ittihad* 14, no. 25 (2016).h.88.

terhadap para ahli waris dengan kadar yang berbeda di antara ahli waris pembagian tersebut bukan berdasarkan ketentuan yang tertuan dalam kewarisan Islam.

Amanat itu sendiri adalah sebuah budaya pada masyarakat Banjar yang diartikan sebagai pesan yang berasal dari pewaris ditujukan kepada para ahli waris. Amanat pewaris ini dalam masyarakat Banjar sangat dihormati oleh ahli waris, sehingga termasuk hal yang diutamakan dalam penyelesaian atau pemenuhannya.⁹⁷

Oleh karenanya secara empiris dapat dijelaskan bahwa hakim selain mempertimbangkan aspek yuridis dalam pengambilan keputusannya juga mempertimbangkan aspek sosiologis dan aspek antropologis, karena hukum yang berlaku dalam masyarakat selain terwujud dalam bentuk perundang undangan (hukum positif), juga terwujud sebagai hukum agama dan hukum adat. Namun secara antropologis bentuk mekanisme mekanisme pengaturan sendiri dalam komunitas komunitas masyarakat adalah juga merupakan hukum secara lokal berfungsi sebagai sarana untuk menjaga keteraturan sosial.⁹⁸ Karena bagaimana-pun norma norma hukum yang diberlakukan hendaknya mengacu pada nilai nilai yang ideal yang berlaku di dalam masyarakat.⁹⁹

⁹⁷Gusti Muzainah, *Asas Kemanfaatan tentang Kedudukan Perempuan dan Hukum Kewarisan Masyarakat Banjar*, (Pustaka Akademika, Jogyakarta, Cet. I, 2016), h. 106.

⁹⁸F. von Benda-Beckmann, *From The Law of Primitive Man to Social-Legal Study of Complex Societies*, dalam *Antropologi Indonesia*, Majalah Antropologi Sosial dan Budaya No 47 Tahun VIII, Fisip UI, Jakarta, 1989, h. 67-75.

⁹⁹Ahmad Beni Syahbeini, 2012, *Antropologi Hukum*, Cet 1, Bandung, Pustaka Setia, h. 73.

Sebagai sebuah sistem hukum yang berlaku di masyarakat, hukum adat bertujuan untuk mewujudkan tatanan kehidupan yang damai dan tentram sehingga tercipta keadilan hukum bagi mereka. Pemaknaan keadilan disini fokus pada keseimbangan dari segala bidang pada berbagai aspek kehidupan perorangan dan kelompok, bahkan sampai pada sudut pandang spritual.¹⁰⁰ Karen fungsi nilai nilai hukum adat menurut Satciptio Raharjo adalah untuk pembuatan norma atau aturan aturan, alat penyelesaian perselisihan dan penjamin keberlangsungan kehidupan masyarakat.¹⁰¹

M. Rogers berpendapat bahwa negara negara berkembang perlu meneliti dan memperhatikan aspek aspek sosio kultural dari masalah masalah pembangunan, terutama yang terkait perilaku, pandangan dan keyakinan serta kebiasaan yang ada.¹⁰² Sehingga berhasil tidaknya pembangunan termasuk juga pembangunan hukum sangat dipengaruhi oleh perhatian terhadap nilai sosial budaya masyarakat setempat atau dikenal juga dengan kearifan lokal. Karena salah satu syarat untuk menjadikan sebuah kebiasaan menjadi pedoman hukum, yakni kebiasaan secara umum paling tidak berlaku di sebagian besar orang pada satu tempat dan terus menerus diberlakukan:¹⁰³

¹⁰⁰ Gusti Muzainah, "Prinsip Prinsip Hukum Kedudukan Perempuan Dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar," *DIH, Jurnal Ilmu Hukum* 8, no. 15 (2012): 10–19.h. 10.

¹⁰¹ Raharjo Satjipto, *Hukum Dan Perubahan Sosial Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman Di Indonesia* (Bandung:Genta Publishing, Yogyakarta, 2009).h. 126.

¹⁰² M. Rogers, dalam Guswah Hakim, (Disertasi), *Prinsip Prinsip Hukum Adat* Kolasari, Perpustakaan Universitas Air Langga, h. 12. (<https://repository.unair.ac.id/32679/4/4.%20BAB%201%20PENDAHULUAN.pdf>) diakses pada Jumat, 18 November 2022, jam 09.32.

¹⁰³ M. Noor Harisudin, "Urf Sebagai Sumber Hukum Islam (Fiqh) Nusantara," *Jurnal Ushuluddin: Media Dialog Pemikiran Islam* 20, no. 1 (2016): 66–86.h.76.

Hal di atas memberikan gambaran bahwa berkembangnya kehidupan masyarakat tersebut juga diiringi oleh perkembangan hukum yang secara sosiologis diperlukan untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam mengaturnya. Aliran *sociological Jurispruden* sebagaimana yang disebutkan oleh Rescoe Pound, Eugen Erlich dan lain lain yang menyatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat.¹⁰⁴

Sebagai sebuah sistem hukum yang berlaku di masyarakat hukum adat bertujuan untuk mewujudkan tatanan kehidupan yang damai dan tentram sehingga tercipta keadilan hukum bagi mereka. Pemaknaan keadilan disini fokus pada keseimbangan dari segala bidang pada berbagai aspek kehidupan perorangan dan kelompok, bahkan sampai pada sudut pandang spritual.¹⁰⁵

Dalam pandangan modern menganggap bahwa hukum diusahakan agar dapat menampung segala perkembangan baru, oleh karena itu hukum harus selalu berada bersamaan dengan peristiwa yang terjadi. Hukum tidak hanya berfungsi sebagai pembenar tetapi hukum harus tampil secara bersamaan dengan peristiwa yang terjadi, bahkan kalau perlu hukum harus tampil terlebih dahulu baru peristiwa mengikutinya. Hukum berperan aktif sebagai alat rekayasa sosial (*law a toolof social engineering*), di mana hukum harus menggerakkan masyarakat menuju perubahan yang terencana. Pada fungsi

¹⁰⁴Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasyii, *Dasar Dasar Filsafat dan Teori Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bhakti, 2007, h. 66.

¹⁰⁵Gusti Muzainah, Prinsip prinsp Hukum Kedudukan Perempuan dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar, *Jurnal Ilmu Hukum*, Februari 2012, Vol 8, No. 15, h. 10. (<http://jurnal.untag-sby.ac.id/index.php/dih/article/view/259>) Di akses pada Selasa 14 November 2022 jam 16.25 Wita.

kontrolnya (*social control*) di letakkan pada kehidupan pribadi dalam konteks kehidupan masyarakat.¹⁰⁶

Sehingga nilai budaya ini kemudian melandasi budaya hukum masyarakat tersebut. Hal ini sejalan dengan pendapat Friedman bahwa setiap masyarakat, setiap negara, setiap komunitas mempunyai budaya hukum yang berbeda.¹⁰⁷ Budaya hukum yang diakomodir dalam dikresi putusan putusan tersebut merupakan nilai nilai budaya setempat atau kearifan lokal. Kearifan lokal akan mendekati pada konsep kepada hukum yang berlaku di masyarakat atau hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*), meliputi nilai nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, yang wujudnya bisa dalam bentuk hukum tidak tertulis atau kebiasaan.¹⁰⁸

Nilai nilai yang kemudian diakomodir ke dalam putusan selanjutnya akan menjadi yurisprudensi dan dapat dijadikan acuan bagi hakim lain atau pngambil kebijakan berikutnya dan akan menjadi hukum positif . Kearifan lokal ini dianggap mampu bertahan dan berinteraksi terhadap perubahan yang terjadi. Hal ini sejalan dengan pendapatnya Dieler C. Umbach sebagaimana dikutip Enrico Simanjuntak bahwa secara sosiologis hakim saat ini dituntut agar putusannya mengikuti dan mempertimbangkan segala pertumbuhan yang ada di masyarakat. Para hakim dituntut agar siap mengikuti segala bentuk perubahan

¹⁰⁶Abdul Manan, *Aspek Aspek Pengubah Hukum*, Cet. 3, Kencana, Jakarta, 2006, h. 8.

¹⁰⁷Sunarjati Hartono, 1991, *Kapita Selekt Perbandingan Hukum*, Bandung, Citra Aditya, h. 9.

¹⁰⁸Lilik Mulyadi, *Kerifan Lokal Hukum Pidana Adat Indonesia, Pengkajian Asas, Norma, Teori, Praktik dan Prosedurnya, Varia Peradilan*, Majalah Hukum Tahun, XXVI, No. 303, Februari, 2011, h. 66.

keadaan sosial, ekonomi dan lain lain Dalam bidang bidang tertentu hakim terkadang dituntut berperan sebagai pembuat hukum dalam putusannya.¹⁰⁹

Meskipun tidak memiliki dasar norma norma dalam ajaran Islam, namun masyarakat muslim dihadapkan pada kondisi dimana mereka ada dan bertempat tinggal dalam lingkungan masyarakat yang memiliki adat kebiasaan yang merupakan bentuk kearifan lokal yang melekat sehingga sangat sulit untuk melakukan perubahan. Karena secara teori perubahan sosial yang terjadi secara terstruktur dalam bentuk bentuk perubahan masyarakat yang teratur dan tersistematisir merupakan bentuk pembangunan masyarakat yang terdiri dari pembaharuan cara berfikir dan sikap hidup, tanpa sikap hidup dan cara berfikir yang berubah, pengenalan lembaga lembaga baru dalam kehidupan tentu tidak akan berhasil.¹¹⁰

2) Doktrin

Penggunaan doktrin sebagai dasar pertimbangan ditemui hampir di setiap putusan Pengadilan Agama, termasuk putusan putusan yang menurut peneliti terdapat diskresi hukum di dalamnya. Doktrin yang digunakan adalah doktrin dalam hukum waris Islam atau yang juga dikenal dengan istilah *Faraidl. Al-Faraidh* yang berarti ketentuan atau pembagian yang ditetapkan bagi ahli waris.¹¹¹ yang bersumber dari teks al Qur'an dan hadis.

¹⁰⁹ Enrico Simanjuntak, "Peran Yurisprudensi Dalam Sistem Hukum Di Indonesia," *Jurnal Konstitusi* 16, no. 1 (2019): 83–104.h.100.

¹¹⁰ Mukhtar Kusumaatmaja, *Konsep konsep Hukum dan Pembangunan*, (Bandung:Alumni, 2006), h. 10.

¹¹¹Sayyid Sabiq, *Fiqhus Sunnah, Jilid. 3*, (Bairut: Dar al-Fikr, 1983), h. 424. Taqiyuddin Abi Bakr Ibnu Muhammad al-Husaini, *Kifayat al-Akhyar* (Bayrut: Dar al-Fikr, tth), h. 17. Ibnu Hajar al-Asqalani, *Bulughul Maramin Adillatil Ahkam*, (Indonesia: Maktabah al-arabiyah, tth.). h. 195.

Dalam kajian fikih, kedudukan dan fungsi al Quran adalah sebagai sumber hukum yang pertama dan merupakan sumber hukum utama yang digunakan hakim. Bahkan ada pendapat yang mengatakan bahwa secara implisit al Quran dapat dipandang sebagai kitab hukum secara universal, bukan kitab undang undang yang sifatnya temporal dan lokal. Hal ini karena salah satu tujuan pokok diturunkannya al Qur'an yakni menjadi petunjuk mengenai syariat dan hukum dengan jalan menerangkan dasar dasar hukum yang harus diikuti oleh manusia dalam hubungannya dengan Tuhan dan sesamanya.¹¹²

Sebagai sebuah proses ilmiah putusan yang berfokus kepada majelis hakim sebagai pihak yang berperan sentral. Implementasi hukum yang dilakukan hakim berpedoman pada kerangka pikir yang dibangun dengan cara sistematis. Doktrin atau teori hukum (*legal theory*) punya pengaruh besar yang mengarahkan hakim dalam penyusunan putusan yang bermutu dan bisa memenuhi tujuan hukum yakni keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum¹¹³. Menurut pendapat Ian McLeod bahwa teori atau pendapat ahli hukum sangat relevan digunakan untuk memutus perkara¹¹⁴.

Dalam putusan yang menjadikan kebiasaan masyarakat sebagai dasar pertimbangan Majelis hakim juga mengutip teori Kredo atau syahadat dari

¹¹² Firdaus Firdaus, "Analisis Kedudukan Hukum Dalam Alquran (Suatu Analisis Keadilan Dan Kemanusiaan)," *DIKTUM: Jurnal Syariah dan Hukum* 10, no. 2 (2012): 128–138.h.129.

¹¹³ Ahmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prodnence)*, Cet III, (Jakarta:Kencana, 2010), h. 213.

¹¹⁴ Ian McLeod, *Legal theory*, h. . 9.

Juhaya S. Praja dan Teori *recetie a contrario* dari Sayuti Thalib tentang pemberlakuan hukum adat jika tidak bertentangan dengan hukum Islam¹¹⁵.

Secara teori memang ditemukan banyak metode untuk melakukan ijtihad, salah satunya yang dikemukakan oleh Syahrur dengan teori batas (limit) yakni sebuah metode memahami ayat ayat hukum (*muhkamat*) sesuai dengan konteks sosio historis masyarakat kontemporer, sehingga ajaran al Qur'an tetap kontekstual dan masih pada batas batas hukum Allah (*hududullah*).¹¹⁶ Menurut Syahrur risalah yang dibawa oleh Nabi Muhammad SAW sebagai nabi penutup bersifat *hududiyah* yang masih memberi peluang untuk dilakukan ijtihad di dalamnya.¹¹⁷ *Hudud* dalam teori Syahrur ini dipahami tidak hanya berkaitan dengan ancaman hukuman , tetapi juga terkait dengan keleluasaan berbuat (*freedom in action*) sepanjang masih berpegang pada ketentuan yang digariskan Allah SWT.

Berdasarkan pertimbangan pertimbangan tersebut, maka menurut hakim pasal 176 KHI yang menyatakan anak laki laki dua bagian dari anak perempuan dalam posisi sebagai ahli waris dalam perkara ini harus dimaknai dalam koridor teori limit. Sehingga pembagian waris terhadap anak laki laki dan anak perempuan mendapatkan bagian secara berimbang.

¹¹⁵ Juhaya S Praja, *Filsafat Hukum Islam*, (Unisus, Bandung, 1995), h. 133

¹¹⁶ Zuyyina Candra Kirana, Aswadi, Kontribusi Pemikiran Muhammad Syahrur tentang Teori Hudud dalam Pembaruan Hukum Islam, *Salimiya, Jurnal Studi Ilmu Keagamaan Islam*, Vol. 3, No. 4, Des 2022), hh. 80

¹¹⁷ Syahrur, *al Kitab wal Qur'an : Qiraah Mu'ashirah*, (Damaskus: Al-Ahaali li al-Nasyr wa al Tawzi, 1994), h. 47.

Selain itu kalau mencermati *maqasid al syariah* bahwa tujuan dibentuknya hukum untuk memperoleh kemaslahatan dan keadilan dalam masyarakat sesuai dengan keadaan masyarakat setempat. Dengan konsep ini pula memberi legitimasi bagi para hakim mengelaborasi konteks masalah yang tidak ditegaskan oleh nash syara'. Seberapa besar perubahan hukum dapat dicapai melalui aplikasi konsep *mashlahah* tergantung pada terutama pola penalaran hukum berbobot *mashlahah* yang diterapkan para ahli fikih.,¹¹⁸ termasuk di dalamnya hakim pada Pengadilan Agama.

3) Asas hukum

Asas hukum yang dimaksud di sini adalah merupakan hasil ijtihad para mujtahid/ ahli hukum Islam yang beragam, sehingga menghasilkan asas yang beragam pula.

Menurut Amir Syarifuddin asas hukum waris ini ada lima¹¹⁹, yakni:

a) Asas *Ijbari*.

Kata *ijbari* secara etimologi berarti paksaan, artinya melakukan sesuatu di luar kehendaknya sendiri. Karena asas *ijbari* inilah, maka pelaksanaan pembagian waris ini mengandung paksaan dan tidak atas kehendak pewaris sebagaimana perdata barat. Ada beberapa segi yang terkandung dalam asas *ijbari* ini, yaitu: Pertama, segi peralihan harta, artinya dengan meninggal dunianya seseorang dengan sendirinya harta peninggalannya beralih kepada

¹¹⁸Felicitas Opwis, *Mashlaha in Contemporary Islamic Legal Theor*, dalam *Journal Islamic Law and Society*, (Leiden, Koninklijke Brill NV, 2005, Vol 2, No. 2, h. 183.

¹¹⁹(1. Asas *Ijbari*, 2. Asas Individual, 3. Bilateral, 4. Asal Waris semata karena kematian, 5. Keadian Berimbang) lihat Amir Syarifuddin, *Pelaksanaan Hukum Kearisan Islam dalam Adat Minangkabau*, (Jakarta, Gunung Agung, 1982), h.8

orang lain dalam hal ini ahli warisnya. Menurut asas ini pewaris dan ahli waris tidak diperbolehkan merencanakan peralihan harta peninggalan pewaris.

Kedua, segi jumlah harta, artinya jumlah atau bagian ahli waris dari harta peninggalan orang yang meninggal dunia (pewaris) itu sudah ditentukan oleh ketentuan ketentuan Allah SWT, dan sunnah Rasulullah SAW. Sehingga pewaris dan ahli waris tidak diperbolehkan menentukan jumlah bagian bagiannya.

Ketiga, segi kepada siapa harta itu beralih artinya orang orang (ahli waris) yang menerima peralihan harta peninggalan pewaris itu sudah ditetapkan oleh Allah SWT dan Rasulullah SAW, sehingga pewaris maupun ahli waris tidak diperbolehkamerubahnya.

b) Asas Individual.

Maksud dari asas ini adalah harta warisan dari pewaris yang telah diterima oleh ahli waris dapat dimiliki secara individu/ perorangan. Jadi bagian bagian setiap ahli waris tidak terikat dengan ahli waris lainnya, tidak seperti dalam hukum adat ada bagian yang sifatnya tidak dapat dimiliki secara perorangan, tetapi dimiliki secara kelompok.

c) Asas Bilateral.

Asas bilateral artinya ahli waris menerima harta warisan dari garis keturunan atau kerabat dari pihak laki laki dan dan pihak perempuan, demikian pula sebaliknya peralihan harta peninggalan dari pihak garis keturunan pewaris laki laki maupun perempuan.

Penggunaan asas belateral/parental yang tidak membedakan laki laki dan perempuan dari segi keahliwarisan sebagai dasar pertimbangan adalah penulis nilai cukup bijaksana dan sangat memenuhi rasa keadilan bagi ahli waris. Apalagi untuk sistem kewarisan pada masyarakat Banjar yang tinggal di Kalimantan Selatan menurut hasil penelitian Gusti Muzainah¹²⁰ bervariasi. Selain menganut sistem pewarisan Islam (*individual bilateral*) sebagai alternative pertama masyarakat Banjar sebagian juga ada yang menggunakan sistem pewarisan gabungan antara sistem individual dan sistem pewarisan mayorat

d) Asas Keadilan Berimbang.

Maksud dari keadilan berimbang ini adalah bahwa ahli waris baik dari pihak laki laki maupun dari pihak perempuan menerima harta warisan secara berimbang. Artinya dari garis keturunan pihak laki laki dan dari garis keturunan pihak perempuan menerima harta warisan sesuai dengan keseimbangan tanggung jawab dalam kehidupan rumah tangga.

Antara laki laki dan perempuan keduanya mempunyai hak menerima harta warisan dari pewaris, namun tanggungjawab antara laki laki dengan perempuan berbeda, laki laki (*public family*) sebagai kepala rumah tangga bertanggung jawab nafkah keluarganya, sedangkan perempuan sebagai ibu rumah tangga (*domestic family*), yang mengatur rumah tangga. Dengan

¹²⁰Gusti Muzainah, *Asas Kemanfaatan tentang Kedudukan Perempuan dalam Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar*, (Yogyakarta:Pustaka Akademika,2016), h. 91-92.

demikian sewajarnya kalau al Quran menetapkan laki laki mendapatkan dua bagian sedangkan perempuan satu bagian.

e) Asas Warisan Semata Kematian.

Hukum waris Islam hanya mengenal satu bentuk warisan, yakni karena kematian. Asas ini ada hubungannya dengan asas *Ijbari*.¹²¹ Hal ini disebabkan meskipun seseorang ada kebebasan atas hartanya, tetapi setelah meninggal dunia kebebasan itu tidak ada lagi. Hal ini juga bisa difahami bahwa harta di dalam Islam termasuk amanah, artinya manusia sebagai pemikinya berhak mengatur tetapi harus sesuai dengan ketetapan Allah SWT.

Selain asas hukum waris ditemukan juga adanya putusan yang menambahkan pula :

f) Asas perwujudan keadilan (substansial)

Selanjutnya dengan pertimbangan untuk memenuhi keadilan substantif yang sependapat dengan teori *hudud* (teori batas/limit) M. Syahrur dianggap memiliki relevansi dengan perkara yang memutuskan anak laki laki mendapat bagian yang sama dengan anak perempuan.

Dengan alasan ditemukan fakta hukum dalam perkara ini bahwa anak laki laki tidak memiliki peran maksimal dalam memenuhi beban ekonomi keluarga pewaris, di sisi lain yang memiliki peran maksimal dalam pengembangan objek waris adalah adalah dua anak perempuan

g) Asas kemaslahatan.

¹²¹ Amir Syarifuddin, *Pelaksanaan Hukum Kewarisan Islam dalam Adat Minangkabau*, h. 35.

Konsep *mashlahah* sebagai inti *maqasid syari'ah* merupakan alternative terbaik untuk pengembangan metode ijtihad (penemuan hukum), di mana al Qur'an dan Sunnah harus dipahami melalui metode metode ijtihad dengan memberi penekanan pada dimensi *mashlahah*.¹²² *Maqashid syariah* dengan pendekatan sistemnya pada dasarnya digunakan sebagai metode istinbath untuk memprediksi dan menjawab berbagai persoalan hukum Islam agar tetap sesuai dengan perkembangan zaman.¹²³

Diskresi yang demikian adalah merupakan diskresi yang sangat diharapkan untuk mewujudkan putusan yang ideal yang tidak hanya memperlihatkan adanya kepastian hukum tetapi juga keadilan dan kemanfaatan. Hakim dalam pertimbangannya tidak hanya mengambilm dasar melihat kepada ketentuan/aturan yang selama ini digunakan, namun juga memperhatikan kaidah kaidah berfokus pada nilai keadilan di masyarakat, yang tidak hanya dilihat dengan kacamata hukum tapi juga kacamata sosial. Hal ini karena telah terjadi perubahan pada masyarakat. Oleh karena itu hukum harus mampu mengintegrasikan kepentingan dan sumber daya yang ada dalam masyarakat tersebut.

Pengambilan asas asas hukum di atas sebagai pertimbangan hakim dalam putusan putusan pengadilan, adalah bentuk pengakuan terhadap adanya perubahan hukum. Misalnya dalam hal pemberian wasiat wajibah kepada anak beda agama dan kepada mantan isteri yang sebelumnya hanya kepada anak

¹²² Jaya Bakri Asafri, *Konsep Maqasid Syariah Menurut Al-Syatibi*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada,1996).h.168.

¹²³Hipni, "The Study of Maqashidi Sharia Toward Maduresse Traditional Inheritance by Using System Approach."h.53

angkat dan orang tua angkat saja seperti yang tertuang dalam Kompilasi Hukum Islam. Hal ini menggambarkan bahwa ada keterkaitan secara sistematis antara hukum dan perubahan sosial atau pembangunan yang berarti meningkatkan pula intensitas pertukaran antara hukum dan politik.

Posisi hukum sebagai sarana untuk melakukan perubahan atau rekayasa sosial menjadi semakin besar dalam konteks ini, maka hubungan ketegangan antara kemandirian asa, doktrin, dan institusi hukum berhadapan dengan politik menjadi lebih intensif.¹²⁴

Perubahan hukum senantiasa dirasa perlu yang dimulai sejak adanya kesenjangan antara keadaan keadaan, peristiwa peristiwa, serta hubungan hubungan dalam masyarakat dengan hukum yang mengaturnya. Bagaimanapun kaidah hukum tidak bisa kita lepaskan dari hal hal yang diaturnya. Sehingga Ketika hal hal yang seyogyanya diaturnya tadi telah berubah sedemikian rupa, tentu saja dituntut perubahn hukum untuk menyesuaikan diri agar hukum masih efektif dalam mengaturnya. Hal ini sesuai dengan aliran *sociological Jurispruden* sebagaimana yang disebutkan oleh Rescoe Pound, Eugen Erlich dan lain lain yang menyatakan bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat.¹²⁵

Hal diatas menggambarkan bahwa hakim dalam putusan yang mengandung diskresi, dalam pertimbangan hukumnya sudah memperhatikan kondisi sosiologis dan antropologis masyarakat dimana putusan itu dijatuhkan,

¹²⁴Satjipto Rahardjo., *Sisi-sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, (Jakarta:Kompas, 2006), h. 91.

¹²⁵Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasyii, *Dasar Dasar Filsaft dan Teori Hukum*, (Bandung:Citra Aditya Bhakti, 2007), h. 66.

sehingga ketika hukum tertulis dianggap belum mewakili rasa keadilan masyarakat, maka kreatifitas hakim untuk melakukan penggalian hukum dan mengambil asas hukum dengan mempertimbangkan kondisi sosiologis dan antropologis masyarakat sehingga menghasilkan diskresi hukum adalah hal yang bijaksana. Sehingga tergambar bahwa hakim telah berusaha memberikan rasa keadilan, kepastian dan manfaat kepada pihak yang bersengketa setelah melalui putusan putusannya.

C. Analisis Terhadap Diskresi Hakim yang Ideal dalam Penyelesaian Sengketa Waris pada Pengadilan Agama di Kalimantan Selatan

Sesuai dengan apa yang dikemukakan oleh Mackenzie, bahwa ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat digunakan hakim dalam mempertimbangkan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, dan apa yang telah dilakukan oleh hakim dalam putusan putusan yang mengandung diskresi hakim dengan teori kebijaksanaan dan teori Teori *Ratio Decidendi*.

Menurut teori kebijaksanaan dijelaskan bahwa :”Seorang hakim haruslah memiliki kebijaksanaan agar putusan putusan yang dijatuhkannya dapat memenuhi dimensi keadilan, yaitu keadilan formal dan keadilan substantial sekaligus. Teori ini sebenarnya lebih ditujukan pada penjatuhan putusan dalam perkara anak, akan tetapi jika dimaknai lebih dalam teori ini juga bisa digunakan dalam penjatuhan perkara lainnya termasuk perdata.

Dari uraian sebelumnya sudah diketahui bahwa ditemukan ada dua sifat dari bentuk diskresi hakim, yakni diskresi yang bersifat bebas dalam bentuk penetapan wasiat wajibah untuk mantan isteri, penentuan kadar warisan

berdasarkan amanat pewaris, penentuan kadar warisan yang sama antara anak laki dan anak perempuan serta pembayaran utang ritual arwah menggunakan harta peninggalan. Kemudian ditemukan pula diskresi yang bersifat semi terikat dalam bentuk penetapan harta bersama, penetapan ahli waris pengganti, penetapan suami/isteri mendapat *radd*, dan penetapan anak beda agama mendapatkan *wasiat wajibah*.

Selanjutnya dari temuan temuan di atas akan ditemukanlah bentuk bentuk diskresi yang ideal yang diharapkan nantinya menjadi pedoman bagi hakim atau pengambil keputusan lainnya ketika berhadapan dengan kasus kasus hukum yang memerlukan kebijakan hakim dalam bentuk diskresi ini. Diskresi hakim yang ideal dalam penyelesaian sengketa waris adalah diskresi *Progressif* yang terdapat dalam putusan *in krach* atau berkekuatan hukum tetap.

Dalam kajian terhadap beberapa putusan memang ditemukan beberapa diskresi yang progresif, namun sangat disayangkan putusan putusan tersebut tidak *in krach* karena telah diajukan upaya hukum dan karena dianggap cacat formil, maka putusan putusan tersebut dinyatakan tidak diterima dan dibatalkan.

Diskresi progresif adalah diskresi yang dilakukan dengan melihat pada aliran dalam penemuan hukum yakni aliran hukum progresif.¹²⁶ Penemuan hukum yang progresif berangkat dari konsep hukum progresif, bahwa hukum adalah untuk manusia, yang di dalamnya termasuk nilai nilai akan kebenaran

¹²⁶ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif (Penjelajahan Suatu Gagasan)*, (Majalah Hukum Newsletter Nomor 59,2004).h.5.

dan keadilan yang menjadi titik pembahasan hukum, sehingga faktor etika dan moralitas tidak terlepas dari pembahasan tersebut.

Dengan demikian putusan hakim yang dihasilkan tidak semata mata didasarkan pada ketentuan yuridis normatif tapi didasarkan pula pada hati nurani dengan mempertimbangkan juga hal hal yang bersifat non hukum. Kebenaran yang diperjuangkan oleh diskresi hukum progressif adalah kebenaran substantif yang tidak terkekang pada aturan normatif.

Dalam diskresi progressif ini hakim tidak hanya menggunakan penafsiran normatif tapi lebih pada penggunaan penafsiran sosiologis. Dengan demikian Penemuan hukum progresif menghubungkan hukum, kemanusiaan, dan moralitas. Akibatnya, keputusan hukum yang dibuat oleh hakim sebagai bagian dari tugas yustisialnya, yang pada akhirnya akan menghasilkan keputusannya.¹²⁷

Hukum progresif juga mengajarkan bahwa Hukum tidak dimaksudkan untuk menjadi raja, tetapi sebagai alat untuk menyampaikan dasar kemanusiaan yang membawa kebaikan kepada dunia dan setiap orang. Para progresif ingin menjadikan hukum sebagai institusi yang berprinsip moral daripada teknologi yang tidak bernurani..¹²⁸ Hal sejalan dengan maksud dikresi sebagaimana yang dikemukakan oleh Thomas J.Aaron mendefinisikan diskresi sebagai suatu otoritas yang didasarkan pada keyakinan dan pertimbangan berdasarkan hukum dan lebih menekankan pertimbangan moral daripada hukum (*discretion is*

¹²⁷ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif*, h. 48.

¹²⁸ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif* (Jakarta:Penerbit Kompas, 2006).h.228.

*power authority ba law to action on the basic of judgement of conscience and the its use is more than idea of morals than law.*¹²⁹

Diskresi progresif ini juga sejalan dengan penemuan hukum responsif, maksudnya adalah diskresi yang dilakukan hakim hendaknya senantiasa respon terhadap kondisi disekitarnya yang mengacu pada tujuan hukum. Sebagaimana teori yang dikemukakan oleh Nonet dan Selznick yaitu adanya pergeseran penekanan dari aturan-aturan ke prinsip-prinsip dan tujuan hukum. Diskresi responsif ini terdapat dalam putusan putusan waris di Pengadilan Agama yang tidak semata menjunjung tinggi kepastian hukum tetapi hendaknya menggambarkan adanya keadilan dan kemashlahatan bagi para ahli waris .

Diskresi hukum progresif ini juga sejalan dengan konsep *mashlahah* yang memberi legitimasi bagi anutan hukum baru dan memungkinkan para ahli fikih (termasuk hakim) mengelaborasi konteks masalah yang tidak ditegaskan oleh nash syara'. Demikian juga dengan perubahan hukum akan dapat dicapai melalui aplikasi konsep *mashlahah* apabila pola penalaran hukum berbobot *mashlahah* diterapkan para ahli fikih tersebut.¹³⁰

Dalam kajian fikih konsep *mashlahah* sebagai inti *maqasid syari'ah* merupakan alternative terbaik untuk pengembangan metode ijtihad (penemuan hukum) dikalangan hakim Pengadilan Agama, di mana al Qur'an dan Sunnah menekankan pada dimensi kemanfaatan atau dalam konsep masalahah dimana

¹²⁹Marwan Effendy, *Diskresi, Penemuan Hukum, Korporasi & Tax Amnesty Dalam Penegakan Hukum* (Jakarta:Referensi, 2012).h.7.

¹³⁰ Felicitas Opwis, "Maslaha in Contemporary Islamic Legal Theory," *Islamic law and society* 12, no. 2 (2005): 182–223.h.183.

dimensi ini menginginkan tujuan utama hukum adalah manfaat atau kebaikan.¹³¹

Demikian pula dengan adanya tuntutan agar hakim saat ini aktif dan selalu respon untuk melakukan perubahan yang teratur melalui prosedur hukum. Karena dalam perkembangan sejarah diketahui bahwa hakim merupakan salah satu pihak di samping legislator dan institusi hukum lainnya yang memiliki peran yang cukup besar dalam melakukan pembaharuan hukum melalui putusan putusannya serta perubahan norma norma dan nilai nilai yang menjadi parameter penentuan prioritas perubahan sosial dari tahap pembangunan yang satu ke tahap pembangunan yang lain.¹³²

Diskresi ideal dengan ciri diskresi hakim yang progresif dan telah berkekuatan hukum tetap (Putusan ini dinyatakan *inkracht* dan bisa dijalankan). Semua pihak dianggap menerima putusan karena tidak ada upaya hukum dalam waktu yang diberikan, yakni 14 hari sejak putusan dikeluarkan. Sehingga diskresi dalam putusan ini dinilai sebagai diskresi yang ideal, yakni terdapat dalam putusan:

1. Putusan nomor 384/Pdt.G/PA.Plh/2019. (penentuan kadar warisan yang sama antara anak laki dan anak perempuan).

¹³¹ Jaya Bakri Asafri, *Konsep Maqasid Syariah Menurut Al-Syatibi*, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada) (1996).h.168.

¹³²Erman Rajagukguk, *Peranan Hukum dalam Pembangunan Hukum di Indonesia: Implikasi bagi Pendidikan Hukum di Indonesia*, Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Bidang Hukum pada Fakultas Hukum UI, 1997,h. 2.

2. Putusan Nomor : 258/Pdt-G/2019/ PA.Blc. (Penggunaan (pemurnian) harta peninggalan simayit untuk pembayaran utang keperluan ritual kematian/arwah (*selamatan*)).
3. Putusan nomor: 631/Pdt.G/PA.Amt/2017 dan putusan nomor: 632/Pdt.G/PA.Mtp/2019 (penentuan kadar atau jumlah harta warisan yang didasarkan pada adanya *amanat* pewaris)

Selanjutnya terhadap putusan yang meskipun terdapat diskresi progresif, namun kemudian dibatalkan dan dinyatakan tidak diterima oleh pengadilan tingkat banding (Pengadilan Tinggi Agama Banjarmasin) karena dianggap terdapat cacat formil/kesalahan prosedural sehingga tidak berkekuatan hukum tetap dan tidak bisa di jalankan yang sehingga belum bisa dikategorikan sebagai diskresi yang ideal adalah yang terdapat dalam:

1. Putusan nomor : 448/Pdt.G/PA.Bjb/2017

Dalam putusan ini terdapat diskresi progresif dalam bentuk penetapan perolehan harta bersama terhadap isteri (pertama) yang tidak ikut terlibat dalam perolehan harta yang dalam pertimbangannya hakim menyebutkan demi kebaikan anak anak pewaris dari isteri kedua agar jangan sampai menggunakan harta yang bukan miliknya. Hal ini dimaksudkan untuk kebaikan dan keselamatan kepada ahli waris yang lain.

Selain itu juga terdapat diskresi penetapan wasiat wajibah untuk anak kandung beda agama karena hakim dalam pertimbangannya menjunjung tinggi dan hakim fokus pada tujuan hukum yakni demi memenuhi asas keadilan dan kemanfaatan terhadap anak kandung yang beda agama.

2. Putusan No: 448/Pdt.G/PA.Bjb/2017

Diskresi dalam putusan ini adalah dalam bentuk penetapan wasiat wajibah untuk mantan isteri yang dalam pertimbangannya hakim menyatakan bahwa hal ini dilakukan untuk memberikan keadilan terhadap orang yang dianggap berjasa dalam kehidupan pewaris.

Namun putusan ini kemudian dianulir oleh Pengadilan Tinggi Agama. Dalam proses banding Pengadilan Tinggi Agama menyatakan gugatan tidak dapat diterima karena gugatan dianggap cacat formil yang disebabkan kurang lengkapnya pencantuman para pihak, yakni saudara saudara pewaris tidak dimasukkan dalam gugatan.

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

- 1) Hakim hanya tunduk pada hukum dan keadilan,
- 2) Tidak seorangpun termasuk pemerintah dapat mempengaruhi atau mengarahkan putusan yang akan dijatuhkan oleh hakim, dan
- 3) Tidak boleh ada konsekuensi terhadap pribadi hakim dalam menjalankan tugas dan fungsi yudisialnya.¹³³

Sebagai pelaksana hukum, hakim punya kedudukan yang sangat penting sekaligus juga punya beban tugas yang sangat berat. Hal ini karena

¹³³ Robbers, "An Introduction to German Law. Baden-Baden."h.27.

melalui hakim lah tercipta produk produk hukum yang dengannya produk hukum tersebut dapat dicegah dan diminimalkan segala bentuk kezaliman sehingga terjaminnya ketentraman masyarakat.

Hakim juga merupakan pelaku inti yang secara fungsional melaksanakan kekuasaan kehakiman, oleh karenanya hakim harus memahami ruang lingkup tugas dan kewajibannya sebagaimana diatur dalam peraturan perundang undangan.¹³⁴ Dalam melaksanakan fungsi harus memahami ruang lingkup tugas dan kewajibannya.

Penemuan hukum atau ijtihad hakim dalam bentuk diskresi hakim merupakan produk dari akumulasi pengetahuan yang dimilikinya tidaklah boleh bertentangan dengan prinsip keadilan. Hakim harus berijtihad sedemikian rupa untuk mewujudkan keadilan dalam putusannya. Karena dalam sebuah Nabi SAW. pernah bersabda:¹³⁵

عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول إذا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ ثم أَصَابَ فَلهَ أَجْرَانِ، وإذا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ ثم أَخْطَأَ فَلهَ أَجْرٌ

Artinya : Amr bin Ash meriwayatkan bahwa dia mendengar Rasulullah SAW. bersabda "Bila seorang hakim hendak memutuskan perkara lalu dia berijtihad kemudian benar, maka baginya dua pahala. Dan bila dia hendak memutuskan perkara lalu berijtihad kemudian salah, maka baginya satu pahala."

Karena Keadilan hakim tersebut adalah sebuah keniscayaan untuk mencapai kepastian hukum karena tujuan hukum adalah untuk mencari keadilan, bukan untuk memenuhi kepuasan. Keadilan yang dimaksud adalah

¹³⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi Dan Perkembangan Hukum Dalam Pembangunan Nasional* (Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi, Fakultas Hukum, Universitas Padjajaran, 1970).h.319-320.

¹³⁵ Abu 'Abdillah Ibn Isma'il al Bukhariy, *al Jami' al shahih, Shahih al Bukhariy*, Vol 4 No Hadis 7352, (Kairo: al Maktabah al Salafiyah 1400 H), h. 372.

keadilan yang dianut oleh hukum waris Islam berdasarkan fakta hukum yang terdiri dari siapa pewaris, kapan meninggal dunia, hukum waris apa yang berlaku bagi pewaris, siapa saja ahli waris yang berhak dan apa saja harta peninggalan pewaris.

Selain menemukan fakta hukum hakim juga memilih dan menemukan solusi hukum yang tepat sesuai dengan kasus waris yang dihadapinya dan kesadaran hukum masyarakat setempat. Hal ini sejalan dengan Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung RI No: 047/KMA/SKB/IV/2009 dan Ketua Komisi Yudisial RI No. 02/SKB/P.KY/IV/2009 diatur bahwa setiap keputusan yang dibuat bukan saja berdasarkan peraturan perundang undangan, tetapi juga rasa keadilan dan kearifan masyarakat.

Untuk mewujudkan tujuan ini hakim harus memiliki sikap yang arif dan bijaksana. Seorang hakim harus mampu bertindak sesuai dengan norma norma yang hidup dalam masyarakat, baik norma norma hukum, norma norma keagamaan, norma norma kebiasaan maupun kesusilaan dengan memperhatikan situasi dan kondisi pada saat itu, serta mampu memperhitungkan akibat dari tindakannya.¹³⁶ Adanya sikap kebijaksanaan yang diterapkan oleh hakim dalam memutus perkara yang belum ada peraturannya atau dasar hukumnya dirumuskan secara sumir semakin mengukuhkan bahwa hakim memiliki dan atau diberikan kewenangan untuk melakukan diskresi dalam berbagai kasus yang ditanganinya, termasuk perkara kewarisan di lingkungan Peradilan Agama.

¹³⁶Surat Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung RI No: 047/KMA/SKB/IV/2009 dan Ketua Komisi Yudisial RI No. 02/SKB/P.KY/IV/2009, tentang Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim.

Pada saat melakukan hal tersebut tidak hanya mendasarkan pada logika hukum saja, melainkan juga mendasarkan kepada hukum yang berlaku dan juga keyakinannya. Menurut Purwoto S. Ganda Subrata sebagaimana dikutip Ahmad Rifai, menguraikan bahwa ada 3 pedoman hakim pada saat menghadapi perkara;¹³⁷

- 1) Dalam suatu perkara yang hukum atau undang undangya sudah jelas, hakim hanya menerapkan hukumnya atau dalam hal ini hakim bertindak sebagai terompet undang undang (*Ia Bouce de la lo*).
- 2) Dalam suatu perkara yang hukum atau undang undangya tidak atau belum jelas, maka hakim harus menafsirkan hukum atau undang-undang melalui cara atau metode panafsirannya yang berlaku dalam ilmu hukum.
- 3) Dalam suatu perkara dimana terjadi pelanggaran atau penerapan hukumnya bertentangan dengan undang undang yang berlaku maka hakim akan menggunakan hak mengujinya berupa *formale toetsingrecht* atau *materiele toetsingrecht*, yang biasa dilakukan oleh *judix pacti*.

Sebagaimana pengadilan lainnya, Pengadilan Agama sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di lingkungan Peradilan Agama di Indonesia memiliki tanggung jawab untuk tidak menolak perkara yang masuk dengan dalih hukum tidak ada atau kurang jelas. Melainkan wajib memeriksa dan

¹³⁷ Achmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim: Dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010).h.46

memutuskannya. Hal tersebut sebagaimana yang termuat dalam pasal 56 ayat 1 Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama.¹³⁸

Dengan demikian metode penemuan hukum yang menghasilkan diskresi hukum baik yang bersifat bebas maupun yang bersifat semi terikat merupakan salah satu alternatif mengatasi kekosongan atau bahkan kemandulan hukum di Indonesia termasuk dalam penanganan perkara waris di lingkungan Peradilan Agama yang sampai saat ini belum memiliki sumber hukum yang terkodifikasi dalam bentuk undang-undang. Karena pada dasarnya penemuan hukum oleh hakim tidak semata-mata menyangkut penerapan peraturan perundang-undangan terhadap peristiwa konkret, tetapi juga menciptakan hukum dan membentuk hukumnya sekaligus.¹³⁹

Diskresi hakim dalam putusan sengketa waris dalam penelitian ini juga sebagai bukti adanya perubahan hukum yang merupakan suatu konsekuensi yang terjadi pada sistem hukum yang berfungsi menjembatani keinginan-keinginan manusia agar tidak timbul perilaku yang anarkis, destruktif, kondisi *chaos*, dan lainnya. Oleh sebab itulah perubahan hukum yang terjadi akan berujung pada pengaturan secara tertulis (sebagai suatu dokumen yang sah menurut hukum modern), sehingga siapapun harus tunduk pada apapun yang telah diatur dalam perubahan hukum tersebut.

Perubahan hukum yang terjadi dalam putusan-putusan yang dihasilkan melalui kreatifitas hakim sehingga menghasilkan bentuk-bentuk diskresi baik yang

¹³⁸Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan memutusnya.

¹³⁹ Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*.h.58.

bersifat bebas maupun semi terikat tersebut secara teoritis adalah merupakan perubahan yang berawal dari dalam sistem hukum, kemudian menembus sistem hukum tersebut dengan dampak akhir di luarnya, yakni masyarakat.¹⁴⁰ Menurut Ibnu Qayyim al-Jauziyyah, aplikasi prinsip-prinsip dan asas-asas hukum Islam di masyarakat hendaknya koheren dengan perubahan hukum Islam sesuai dengan situasi dan kondisi dalam masyarakat muslim itu sendiri. Logika tersebut sesuai dengan kaidah hukum Islam yang menyatakan; berubahnya suatu hukum hendaknya disesuaikan dengan situasi, kondisi, waktu dan tempatnya.¹⁴¹

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

- a) Perubahan masyarakat harus mendapat penyesuaian oleh hukum; dengan kata lain hukum menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat dan ini menunjukkan sifat pasif hukum. Dalam hal ini terjadi perubahan penerapannya tanpa mengubah ketentuan formalnya, karena adanya tuntutan perubahan sosial, maka disini hukum berfungsi sebagai *social control*.
- b) Hukum berperan untuk menggerakkan masyarakat menuju suatu perubahan yang terencana. Di sini hukum berperan aktif, dan inilah yang sering disebut fungsi hukum *a tool of social engineering, sebagai alat rekayasa sosial*.¹⁴² Perubahan hukum dilihat sebagai *social engineering* ini disebut dengan istilah „pembaharuan hukum“.¹⁴³

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

¹⁴⁰ Friedman, *The Legal System*.h.353-354.

¹⁴¹Ibnu Qayyim al-Jauziyyah, *I'lam al-Muwaqqi'ien* (Kairo: Mahtabah al- Kulliyah al-Azhariyyah, 1980 vol. III), h. 3.

¹⁴² Achmad Ali, *op.cit.*, h. 202.

¹⁴³ Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan dalam Kerangka Pembangunan di Indonesia*, Jakarta, Yayasan Penerbit UI, 1975, 146 .

masyarakat, kekuasaan dan wewenang, interaksi sosial dan lain sebagainya.¹⁴⁴ Hukum dalam fungsinya yang bersifat mengintegrasikan kepentingan kepentingan anggota masyarakat dilakukan dengan jalan mengatur hukum yang tidak hanya memperhatikan hubungan tersebut dari aspek ketertiban saja, akan tetapi hukum harus juga mampu menentukan ukuran ukuran atau para meter parameter tertentu yang sering dalam ilmu hukum disebut dengan nilai keadilan, bahkan ada orang yang berpandangan bahwa hukum tidak dapat dipisahkan dan harus digabungkan dengan keadilan supaya hukum sungguh sungguh mempunyai makna sebagai hukum.¹⁴⁵

Berikut penulis uraikan beberapa putusan yang menerapkan deskripsi terkait perkara waris di Pengadilan Agama Kalimantan Selatan yang penulis analisis dan olah dalam bentuk tabel sebagai berikut :

¹⁴⁴ Soerjono Soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, Cetakan XXXIII; Jakarta; PT Raja Grafindo Persada, 2002, h. 44.

¹⁴⁵ Theo Huijbers, *Filsafat Hukum*, Yogyakarta, Kanisius, 1995. h. 64.

1.1 Tabel Putusan Pengadilan Agama Kalimantan Selatan yang Mengandung Deskerisi

No	No Putusan	Bentuk Deskresi	Sifat Deskresi	Alasan	Dasar Hukum	Tuntutan	Diskresi ideal
1	47/Pdt.G/2017/PA.Bjb	Wasiat wajibah untuk anak kandung beda agama	Semi Terikat	Terpenuhi aspek prosedural Tidak terungkap kapan pindah agama	Hadis nabi Asas keadilan dan kemanfaatan	Ada tuntutan waris	-
		Ahli waris pengganti	Semi Terikat	Terbuktinya adanya cucu yg orang tuanya sudah meninggal terlebih dahulu	KHI Asas keadilan dan kemanfaatan	Tidak Ada	-
		Harta bersama	Semi Terikat	Terbukti adanya harta bersama yang belum di bagi Kebaikan dan keselamatan kepada ahli waris	UUP KHI	Ada	-
2	No:448/Pdt.G/2016/Bjb	Wasiat wajibah untuk mantan isteri	Bebas	Terpenuhi aspek prosedural Terbukti berjasa	KHI Al Quran	Ada Tuntutan harta waris	-

				dalam kehidupan pewaris dan perolehan harta	Asas Keadilan		
		Harta bersama	Semi Terikat	Terbukti keberadaan harta dan belum dibagi	KHI	Ada	-
3	No.1415/Pdt.G/2018/PA. Bjm.	Harta bersama	Semi Terikat	Terpenuhi aspek prosedural Terbukti keberadaan harta dan belum pernah dibagi Hakim secara <i>ex officio</i> dapat menetapkan harta bersama	UUP KHI Yurisprudensi	Tidak ada	-
		Ahli waris pengganti	Semi Terikat	Adanya saudara yang mengganti posisi orang tuanya yang meninggal terlebih dahulu dari pewaris.	asas keadilan dan kemanfaatan KHI	Tidak Ada	-
4	No.0316/Pdt.G/2015/PA Ktb	Ahli waris pengganti	Semi Terikat	Terpenuhi aspek prosedural Terbukti adanya	KHI	Tidak ada	-

		Harta bersama	Semi Terikat	Terbukti keberadaan harta dan belum pernah dibagi hakim secara <i>ex officio</i> dapat menetapkan harta bersama	KHI Yurisprudensi	Tidak ada	-
5	No.631/Pdt.G/2019/PA.Mtp	<i>Amanat</i> dasar pembagian warisan	Bebas	Terpenuhi aspek prosedural Pihak lawan menyetujui dan menghargai adanya amanat	Al Quran (An Nisa 11)	Ada	✓
6	No.0105/Pdt.G/2017/PA.Amt	<i>Amanat</i> dasar pembagian warisan	Bebas	Para tergugat berhasil membuktikan adanya amanat dan penggugat menghormatinya	Al Quran (An Nisa 11)	Ada	✓
7	No.118/Pdt.G/2018/PA Brb	Ahli waris pengganti	Semi Terikat	Terbukti adanya cucu pewaris yang menggantikan posisi orang tuanya	KHI	Ada	-

8	No.442/Pdt-G/2019/PA. Tjg	<i>Radd</i> kepada mantan suami/duda	Semi Terikat	Terbukti adanya kelebihan harta	KHI	Tidak ada	-
		Harta Bersama	Semi Terikat	Terbukti keberadaan harta dan belum pernah dibagi	UUP KHI Al Quran	Ada	-
9	No.258/Pdt-G/2019/PA.Blcn	Pembayaran utang ritual kematian	Bebas	Ritual sebagai keharusan Penghargaan Budaya	KHI	Ada	✓
		Ahli waris pengganti	Semi Terikat	Terbukti adanya keponakanan pewaris sebagai pengganti ayahnya (saudara pewaris)	KHI Al Quran Hadis	Ada	-
10	No.382/Pdt.G/2021/PA. Plh	Pembagian waris Kadarnya sama antara anak laki laki dan anak perempuan.	Bebas	Memenuhi keadilan substansial Terbukti Ahli waris perempuan yang banyak berperan dalam mengembangkan perusahaan (harta warisan)	Asas kewarisan: (keadilan berimbang , asas bilateral/parental dll) Keadilan substansif Pendapat/teori ahli KHI	Tidak ada	✓
		Harta bersama	Semi terikat	Terbukti keberadaan harta dan	UU.HAM KHI KUHPdt	Ada	-

				belum pernah dibagi	Yurisprudensi Pendapat ahli		
--	--	--	--	---------------------	--------------------------------	--	--