

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Penelitian

Masyarakat Indonesia adalah masyarakat yang majemuk, baik dari segi suku maupun agama. Selain penganut agama Islam di Indonesia ada juga masyarakat yang menganut agama Kristen Katolik, Protestan, Hindu, Buddha dan Konhucu. Namun mayoritas warga negara Indonesia adalah pemeluk agama Islam.¹Keberagamaan warga negara itu dilindungi oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945) yang menjamin kehidupan beragama di Negara Republik Indonesia.² Dalam Pasal 28E ayat (1) disebutkan tentang kebebasan orang memeluk agama yang diyakininya. Kebebasan beragama merupakan salah satu hak dasar manusia yang selain diakui oleh Negara juga diakui oleh agama itu sendiri. Kebebasan beragama ini memiliki empat aspek, yaitu kebebasan nurani (*freedom of conscience*), kebebasan mengekspresikan keyakinan agama (*freedom of religious expression*), kebebasan melakukan perkumpulan keagamaan (*freedom of religious association*), dan kebebasan melembagakan keyakinan keagamaan (*freedom of religious institution*).³ Kebebasan memeluk agama yang berbeda-beda ini, sudah barang tentu membawa pula hidupnya di masyarakat berbagai norma ataupun aturan agama yang berbeda sesuai dengan keyakinannya masing-masing. Akibat dari kebebasan tersebut maka

¹Kependudukan dan Pencatatan Sipil (Dukcapil) Kementerian Dalam Negeri mencatat, jumlah penduduk Indonesia 273,87 juta jiwa pada 31 Desember 2021. Angka tersebut bertambah 1,64 juta jiwa dibandingkan dengan posisi 30 Juni 2021 sebanyak 272,23 juta jiwa. Terdapat 238,09 juta jiwa atau 86,93% penduduk Indonesia yang tercatat beragama Islam pada akhir 2021. Dengan demikian mayoritas penduduk di Tanah Air adalah Muslim. Sebanyak 20,45 juta (7,47%) penduduk Indonesia yang memeluk agama Kristen, sebanyak 8,43 juta jiwa (3,08%) beragama Katolik, dan 4,67 juta (1,71%) beragama Hindu. Ada pula 2,03 juta jiwa (0,74%) penduduk di tanah air yang beragama Buddha, terdapat 73,63 ribu jiwa (0,03%) memeluk agama Konghucu, serta terdapat 126,51 ribu (0,05%) yang menganut aliran kepercayaan. Sumber: <https://databoks.katadata.co.id>, diakses tanggal 26 November 2022.

²Undang-Undang Dasar 1945 Amandemen Kedua.

³Mujar Ibnu Syarif, *Hak-Hak Politik Minoritas Non-Muslim dalam Komunitas Islam* (Bandung: Angkasa, 2003), 2.

memungkinkan terbentuknya keluarga yang terdiri dari anggota keluarga yang menganut agama yang berbeda, yakni muslim dan non muslim.⁴

Sistem sosial terkecil dalam komunitas yang merupakan embrio terbentuknya masyarakat dan negara adalah keluarga. Keluarga dibangun oleh adanya perkawinan, yaitu ikatan perjanjian yang suci antara pihak mempelai laki-laki sebagai calon suami dengan pihak mempelai perempuan sebagai calon isteri dengan ikatan ijab dan kabul berdasarkan hukum agama yang dianutnya yang Berketuhanan Yang Maha Esa. Setelah terjadi ijab kabul perkawinan maka timbul akibat hukum dari perkawinan, yang salah satunya adalah hubungan saling mewarisi antara suami dan isteri, juga hubungan saling mewarisi antara orang tua dengan anak yang dilahirkan, antara anak dengan orang tuanya dan juga para kerabat lainnya.

Hukum kewarisan dalam Islam mendapat perhatian yang besar karena pembagian warisan sering menimbulkan akibat-akibat yang tidak menguntungkan bagi keluarga yang ditinggal mati bukan hanya dari segi pelaksanaan ketentuan yang sudah jelas disebutkan dalam al-Quran ataupun al-Hadis, tetapi juga dalam hal ada pihak yang merasa dirinya patut mendapat warisan, tetapi kenyataannya oleh karena sesuatu hal terhalang mendapat warisan, seperti karena perbedaan agama. Warisan adalah membahas kekayaan yang ditinggalkan atau *tirkah* dari seseorang yang meninggal dunia untuk ahli waris yang ditinggalkan. Secara mendasar pembagian harta peninggalan ini ditetapkan secara langsung oleh al-Qur'an dan al-Sunnah kemudian telah dijadikan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang secara materil dijelaskan di dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).⁵

Salah satu ketentuan untuk para hakim di Pengadilan Agama dalam memutus perkara waris adalah ketentuan legal formal, yakni yang diterapkan sebagai landasan hukumnya harus sesuai dengan hierarki peraturan perundang-

⁴ Adanya perbedaan agama dalam suatu keluarga secara historis dengan berbagai sebab sesungguhnya bukan hal yang baru, sebab pada zaman Rasulullah Saw sendiri hal itu sudah ada, sebagaimana antara lain nampak dari norma yang terkandung dalam Al-Qur'an Surat Luqman', surah yang ke 31 ayat 15.

⁵ Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Waris Islam* (Yogyakarta: UII Press, 2010), 8.

undangan yang berlaku. Dengan demikian, Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 dan Undang-undang Nomor 50 Tahun 2009 tentang Perubahan Kedua atas Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama yang peraturan pelaksanaannya tetap mengacu kepada Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan. Demikian seterusnya secara hierarkis menerapkan landasan yuridis, baik secara formil maupun materilnya. Dalam praktiknya, para hakim di Pengadilan Agama juga menerapkan Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materil dan bahkan seperti hukum formil terutama dalam memutuskan perkara hukum keluarga, misalnya perceraian. Namun KHI tidak mengatur tentang pembagian warisan bagi ahli waris yang berbeda agama dengan pewaris.

Dalam KHI diatur mengenai pembagian warisan, yakni dari Pasal 171 sampai dengan Pasal 193. Dalam pasal-pasal tersebut ahli waris beda agama tidak mendapat bagian, hal itu karena Pasal 171 huruf c membatasi pengertian ahli waris, yakni hanya orang yang bergama Islam. Pasal 171 huruf c berbunyi: “Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris. Dengan demikian kerabat pewaris yang tidak beragama Islam tidak menjadi ahli waris.

Mengenai wasiat juga ada diatur dalam KHI, yakni dari Pasal 194 sampai dengan Pasal 208. Pasal 194 ayat (1) menyebutkan bahwa orang yang telah berumur sekurang-kurangnya 21 tahun, berakal sehat dan tanpa adanya paksaan dapat mewasiatkan sebagian harta bendanya kepada orang lain atau lembaga. Dari ketentuan tersebut, maka ada peluang buat kerabat yang tidak beragama Islam untuk memperoleh harta dari pewaris dengan jalan wasiat. Namun persoalan timbul apabila semasa hidupnya pewaris tidak memberikan wasiat kepada kerabatnya yang tidak beragama Islam, karena berdasarkan Pasal 194 tersebut wasiat adalah bersifat *ikhtiyari* yakni untuk adanya harus dengan kesengajaan perbuatan wasiat oleh pewaris semasa hidupnya, berbeda halnya dengan warisan yang bersifat *ijbari*,

artinya buat warisan tidak memerlukan kesengajaan atau perbuatan hukum dari pewaris dimasa hidupnya.

Selain wasiat, dalam KHI juga diatur wasiat wajibah, yakni dalam Pasal 209. Namun dengan wasiat wajibah, ahli waris beda agama juga tidak memperoleh bagian, hal itu karena wasiat wajibah dalam pasal tersebut hanya untuk anak angkat dan orang tua angkat, sedangkan untuk yang berbeda agama tidak diatur.

Dengan tidak adanya ketentuan mengenai cara pemberian bagian buat ahli waris beda agama dalam KHI, berarti hukum materil dalam KHI buat Pengadilan Agama belum lengkap, dengan sendirinya tujuan pembuatan KHI juga terwujud dengan baik. Hal itu karena latar belakang penyusunan Kompilasi Hukum Islam berdasarkan Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama tanggal 21 Maret 1985 Nomor 07/KMA/1985 Tahun 1985 dan Nomor 25 Tahun 1985 pada pokoknya adalah karena selama ini Peradilan Agama tidak memiliki hukum positif sebagai hukum terapan, sehingga Mahkamah Agung dengan fungsi mengaturnya merasa perlu membentuk suatu Tim Proyek yang susunannya terdiri dari para Pejabat Mahkamah Agung dan Departemen Agama Republik Indonesia.

6

Dari segi keadilan masalah ahli waris beda agama menjadi permasalahan tersendiri, hal itu karena Islam sangat menjunjung tinggi keadilan. Pentingnya keadilan antara lain dapat dilihat dari banyaknya pengulangan kata adil atau yang semakna dengannya dalam al-Qur'an, seperti kata *al-'adl*, *al-qist* dan *al-mizan*.⁷ Menurut Muhammad Fuad 'Abd al-Baqi sebagaimana dikemukakan Quraisy Shihab, dalam al-Qur'an untuk menyebut "keadilan" dengan kata *al-'adl*, dalam berbagai bentuk disebut sebanyak 28 kali, kata *al-qisth* dalam berbagai shighahnya disebut sebanyak 27 kali, dan kata *al-mizan* yang mengandung makna yang relevan dengan keduanya disebut 23 kali.⁸ Seringnya Allah menggunakan kata adil dan yang semakna dengan itu menunjukkan bahwa Allah Swt. adalah sumber

⁶ Abd.Muin dan Ahmad Khotibul Umam. "Eksistensi KHI dalam Sistem Hukum Positif". *Jurnal Risalah, Fakultas Agama Islam Universitas Wiralodra Indramayu* 1 (Desember 2016): 65.

⁷ Muhammad Fu'ad Abd. Baqi, *Al-Mu'jam al-Mufahras li Alfa>z} al-Qur'a>n al-Kari>m* (Bairut: Da>r al-Fikr, 1987), 448-449 dan 544-545.>

⁸ M. Quraisy Syihab, *Wawasan Islam* (Bandung: Mizan, 1996), 149.

keadilan dan memerintahkan menegakkan keadilan di dunia ini kepada para rasul dan seluruh hambaNya, juga melalui sifat keadilan ini Allah menyuruh untuk lebih meyakini dan mendekatkan diri kepadaNya dan mendorong manusia berakhlak dengan sifat adil Allah itu.⁹

Dalam hukum waris Islam penghalang mewarisi yang berarti tindakan atau hal-hal yang dapat menggugurkan hak seseorang untuk mewarisi beserta adanya sebab-sebab dan syarat-syarat mewarisi. Penghalang-penghalang kewarisan tersebut meliputi: *pertama*, perbudakan, para ulama klasik sepakat bahwa budak tidak berhak waris karena dianggap tidak cakap mengurus harta miliknya. Segala sesuatu yang dimiliki budak secara langsung menjadi milik tuannya, hal ini didasarkan pada nas} al-Qur'an surah al-Nah}1, surah ke 16: 75¹⁰. *Kedua*, pembunuhan, para fuqaha klasik sepakat bahwa pembunuhan menjadi penghalang mewarisi bagi pembunuh terhadap harta peninggalan orang yang telah dibunuhnya. Hal ini didasarkan pada sabda Nabi yang mengatakan: “*Pembunuh tidak mewarisi*”¹¹. *Ketiga*, perbedaan agama, ketentuan penghalang ketiga ini didasarkan pada hadist Nabi yang mengatakan: “*Tidak mewarisi seorang muslim terhadap orang kafir, dan tidak mewarisi orang kafir terhadap seorang muslim*”¹².

Kasus ahli waris beda agama banyak terjadi, meskipun tidak ada ketentuannya dalam aturan perundang-undangan termasuk KHI, hakim tidak dapat berhenti atau menghindar dari mengadilinya manakala oleh para pihak sudah diajukan ke Pengadilan. Seiring dengan perkembangan zaman, Mahkamah Agung dalam beberapa putusannya menetapkan bagian bagi ahli waris beda agama dengan jalan wasiat wajibah.¹³ Kasus pemberian wasiat wajibah buat ahli waris beda agama tidak selalu diberikan oleh hakim sejak dari pengadilan tingkat pertama.

⁹ M. Quraisy Shihab, *Wawasan Islam*, 32-33.

¹⁰ Fathur Rahman, *Ilmu Waris* (Bandung: Al-Ma'rif, 1981), 122.

¹¹ Al-Ima>m al-Hafi>z} Abu 'Isa Muh}ammad bin 'Isa al-Tirmizji, *Al-Ja>mi' al-Kabi>r*, (Beiru>t: Da>r al-Ghurab al-Islamiyi, 1996), Jilid 3, 612.

¹² Al-Ima>m Abu 'Abdilla>h Muh}ammad bin Isma>'i>l al-Bukha>ri, *Sahji>h al-Bukha>ri* (Beiru>t: Da>r Ibnu Kas/i>r, 2002, 1675.

¹³Wasiat wajibah adalah wasiat yang pelaksanaannya tidak dipengaruhi atau tidak bergantung kepada kemauan atau kehendak si yang meninggal dunia. Wasiat ini tetap harus dilaksanakan, baik diucapkan atau tidak diucapkan, baik dikehendaki maupun tidak dikehendaki oleh si yang meninggal dunia. Lihat: Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, *Fiqih Mawaris Hukum Kewarisan Islam* (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1997), 163.

Sebagiannya ada yang sejak tingkat pertama diberikan wasiat wajibah oleh majelis hakim. Sebagian ada yang pada tingkat pertama tidak diberikan. Baik yang dari tingkat pertama sudah diberikan wasiat wajibah oleh majelis hakim, maupun yang pada tingkat pertama tidak diberi wasiat wajibah, sama-sama berpotensi untuk diajukan upaya hukum oleh pihak yang tidak puas atas putusan tersebut.

Keberatan-keberatan yang diajukan berbeda-beda, ada yang dari ahli waris yang beragama Islam, karena ahli waris beda agama diberikan wasiat wajibah, seperti putusan Nomor 368 K/AG/1995¹⁴. Dalam putusan ini seorang anak yang beragama Islam menggugat empat orang anak lainnya sebagai Tergugat dan satu orang saudaranya yang non muslim sebagai Turut Tergugat dalam perkara waris Nomor 377/Pdt.G/1993/PA.JP¹⁵ di Pengadilan Agama Jakarta Pusat, pada tingkat pertama ahli waris non muslim tidak memperoleh bagian sehingga ia mengajukan banding. Pada tingkat banding dengan Putusan Nomor 14/PC.G/1994/PTA.JK¹⁶ ahli waris non muslim memperoleh bagian sebagai wasiat wajibah, sehingga ahli waris muslim mengajukan kasasi dan pada kasasi ahli waris non muslim mendapat bagian sebagai wasiat wajibah. Demikian juga putusan Mahkamah Agung Nomor 218 K/AG/2016 tanggal 26 Mei 2016¹⁷. Pada putusan tersebut pada tingkat pertama dua orang anak non muslim mendapat wasiat wajibah, istri non muslim tidak memperoleh bagian. Empat orang saudara muslim keberatan dan mengajukan banding. Pada Tingkat Banding istri non muslim dan dua orang anak non muslim mendapat wasiat wajibah sepertiga harta, salah satu anak non muslim keberatan lalu mengajukan kasasi.

Selain itu ada pula yang keberatannya datang dari ahli waris beda agama, yakni karena ia tidak memperoleh bagian, sehingga mengajukan upaya hukum banding dan kasasi. Seperti putusan Tingkat Pertama Nomor 83/Pdt.G/1997/PA.Yk tanggal 4 Desember 1997¹⁸. Dalam putusan tersebut beberapa

¹⁴ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga di Indonesia* (Bandar Lampung: Universitas Islam Negeri (UIN) Raden Intan lampung, Disertasi, 2020), 278-311.

¹⁵ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 278-311.

¹⁶ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 278-311.

¹⁷ Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 16 April 2024.

¹⁸ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 312-325.

orang ahli waris pengganti yang lima orang di antaranya non muslim menggugat istri muslim. Putusannya 5 orang ahli waris pengganti saudara non muslim tidak memperoleh bagian, sehingga mengajukan banding. Pada Tingkat Banding dengan putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta Nomor 007/Pdt.G/PTY.Yk tanggal 24 Juni 1998¹⁹ putusan dikuatkan, yakni ahli waris non muslim juga tidak memperoleh bagian sehingga diajukan kasasi. Pada Tingkat Kasasi dengan putusan Nomor 51K/AG/1999 tanggal 29 September 1999²⁰ ahli waris beda agama atau non muslim memperoleh wasiat wajibah. Juga Putusan No. 16 K/Ag/2010 tanggal 16 April 2010²¹ yang berasal dari putusan Pengadilan Agama Makassar Nomor 732/Pdt.G/2008/PA.Mks tanggal 2 Maret 2009²². Dalam perkara ini seorang ibu dan empat orang saudara menggugat istri non muslim. Pada putusan tingkat pertama istri non muslim tidak memperoleh bagian sehingga mengajukan banding dan dikuatkan oleh Pengadilan Tinggi Agama. Istri non muslim tersebut mengajukan kasasi, pada tingkat kasasi Mahkamah Agung memberikan wasiat wajibah kepada istri non muslim tersebut.

Adanya pengajuan upaya hukum baik banding maupun kasasi terhadap putusan wasiat wajibah yang dijatuhkan menunjukkan bahwa pemberian wasiat wajibah bukan merupakan produk hukum yang disepakati, lebih-lebih lagi karena dasar hukum pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama tidak diatur dalam aturan perundang-undangan.

Berdasarkan Yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 1/Yur/2018²³ sejak tahun 1995 terdapat 7 (tujuh) Putusan Kasasi Mahkamah Agung mengenai wasiat wajibah, ketujuh putusan tersebut memberikan wasiat wajibah kepada ahli waris beda agama, yakni putusan nomor: 368 K/AG/1995, 51K/AG/1999, 16 K/AG/2010, 402 K/AG/2013, 721 K/AG/2015, 218 K/AG/2016 dan 331 K/AG/2018.

Ringkasan putusan tersebut adalah sebagai berikut:

TABEL 1
RINGKASAN PUTUSAN

No.	PUTUSAN MA.	KETERANGAN
1	2	3

¹⁹ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 312-325.

²⁰ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 312-325.

²¹ Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 6 April 2024.

²² Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 6 April 2024.

²³ <https://putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi/detail/>

1.	<p>Putusan No.368 K/Ag/1995, tanggal 16 Juli 1998.²⁴ Asal dari PA. Jakarta Pusat, PTA Jakarta.</p>	<p>Penggugat : Satu orang anak laki-laki . Tergugat : 2 Anak laki-laki, 2 anak perempuan. Turut Tergugat: 1 Anak perempuan non muslim Ringkasan duduk perkara: Seorang laki-laki beragama Islam meninggal dunia tanpa meninggalkan ayah dan ibu dengan meninggalkan istri dan enam orang anak, 3 laki-laki, 3 perempuan, satu dari anak Perempuan beragama non muslim, harta dikuasai oleh empat di antara anak yang muslim. Salah satu anak laki-laki beragama Islam menggugat dua orang anak laki-laki lainnya dan dua orang anak Perempuan yang semua beragama Islam sebagai Tergugat I, II, III dan Tergugat IV dalam perkara harta warisan yang dikuasai oleh Para Tergugat. Satu orang anak Perempuan lainnya yang tidak beragama Islam menjadi Turut Tergugat. Istri disaat pewaris meninggal masih hidup, saat gugatan diajukan sudah meninggal. Putusan Tingkat Pertama: Ahli Waris: Istri yang saat diajukan sudah meninggal, 3 anak laki-laki muslim dan 2 anak Perempuan muslim Penggugat I, Tergugat I, Tergugat II, Tergugat III dan Tergugat IV. Anak perempuan non muslim (Turut Tergugat) tidak mendapat bagian. Anak Perempuan non muslim keberatan, lalu mengajukan banding. Putusan Tingkat Banding: Putusan diperbaiki, diberikan wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim (Pembanding/Turut Tergugat) sebesar $\frac{3}{4}$ dari bagian satu orang anak Perempuan muslim. Semua ahli waris muslim keberatan, lalu mengajukan kasasi. Putusan Kasasi: Menolak Permohonan Kasasi dengan perbaikan amar putusan PTA Jakarta menjadi : Memberikan wasiat wajibah kepada anak Perempuan non muslim (Termohon Kasasi) sebesar bagian satu orang anak Perempuan muslim. ($\frac{1}{8} \times \frac{7}{8} = \frac{7}{64}$), yakni tidak sampai $\frac{1}{3}$ harta. Pokok pertimbangan: Bahwa surat Al-Baqarah ayat 180 <i>muhkam</i> untuk orang tua dan kerabat yang tidak memperoleh</p>
----	---	--

²⁴ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 278-311.

		bagian warisan, kemaslahatan umum dan segala sesuatu yang manfaatnya lebih besar.
2.	Putusan No. 51 K/Ag/1999 tanggal 29 September 1999 ²⁵ . Asal dari PA. Yogyakarta, PTA. Yogyakarta.	<p>Ringkasan duduk perkara: Seorang laki-laki beragama Islam meninggal dunia tanpa meninggalkan ayah, ibu dan anak dan tanpa meninggalkan saudara, meninggalkan istri muslim dan 15 orang pengganti saudara yang 5 diantaranya beragama non muslim.</p> <p>Penggugat: Istri. Tergugat: 15 orang pengganti saudara, 5 diantaranya non muslim.</p> <p>Putusan Tingkat Pertama: Lima orang pengganti saudara yang beda agama tidak memperoleh bagian. Para Tergugat keberatan lalu mengajukan banding.</p> <p>Putusan Tingkat Banding: Menguatkan putusan Pengadilan Agama. Para Pembanding keberatan, lalu Bersama-sama mengajukan kasasi.</p> <p>Putusan Kasasi: Menolak permohonan kasasi dengan perbaikan amar: Istri memperoleh bagian $\frac{1}{4}$ bagian, 15 orang pengganti saudara termasuk 5 orang non muslim memperoleh $\frac{3}{4}$, yang muslim memperoleh atas dasar warisan, yang non muslim memperoleh atas dasar wasiat wajibah (maka bagian 5 orang non muslim adalah $\frac{5}{15} \times \frac{3}{4} = \frac{15}{60}$ atau $\frac{1}{4}$, yakni tidak melebihi $\frac{1}{3}$ harta).</p> <p>Pokok Pertimbangan: Bahwa Mahkamah Agung berpendapat bahwa putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta harus diperbaiki. Karena seharusnya Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta memperbaiki amar putusan Pengadilan Agama Yogyakarta mengenai ahli waris yang non islam, mereka berhak mendapat warisan wasiat wajibah yang kadar bagiannya sama dengan bagian ahli waris muslim;</p>
3.	Putusan No. 16 K/Ag/2010 tanggal 16 April 2010 ²⁶ . Asal dari PA.	<p>Ringkasan duduk perkara : Seorang laki-laki beragama Islam meninggal dunia tanpa meninggalkan ayah, dan anak, meninggalkan istri non muslim, ibu muslim, 1 orang saudara laki-</p>

²⁵ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim*, 312-325.

²⁶ Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 6 April 2024.

	Makassar, PTA Makassar.	laki muslim dan 3 orang saudara perempuan muslim. Harta dikuasai oleh istri non muslim. Ibu muslim, 1 orang saudara laki-laki muslim dan 3 orang saudara perempuan muslim menjadi Penggugat I, II, III, IV dan V. Tergugat : Istri non muslim. Putusan Tingkat Pertama: Ahli waris adalah ibu, 1 orang saudara laki-laki dan 3 orang saudara perempuan. Istri non muslim tidak mendapat bagian. Dia keberatan lalu mengajukan banding. Putusan Tingkat Banding: Menguatkan putusan Pengadilan Agama. Pemohon banding keberatan lalu mengajukan kasasi. Putusan Kasasi: Membatalkan putusan PTA dan mengadili sendiri: 1. Ahli waris adalah Ibu, 1 orang saudara laki-laki dan 3 orang saudara Perempuan. 2. Istri non muslim mendapat wasiat wajibah $\frac{1}{4}$, yakni sama dengan bagian isteri muslim. Pokok Pertimbangan: Bahwa perkawinan pewaris dengan Pemohon Kasasi sudah cukup lama yaitu 18 tahun, berarti cukup lama pula Pemohon Kasasi mengabdikan diri pada pewaris, karena itu walaupun Pemohon Kasasi non muslim layak dan adil untuk memperoleh hak-haknya selaku isteri untuk mendapat bagian dari harta peninggalan berupa wasiat wajibah serta bagian harta bersama sebagaimana yurisprudensi Mahkamah Agung dan sesuai rasa keadilan. Bahwa persoalan kedudukan ahli waris non muslim sudah banyak dikaji oleh kalangan ulama diantaranya ulama Yusuf Al Qardhawi, menafsirkan bahwa orang-orang non Islam yang hidup berdampingan dengan damai tidak dapat dikategorikan kafir harbi, demikian halnya Pemohon Kasasi bersama pewaris semasa hidup bergaul secara rukun damai meskipun berbeda keyakinan, karena itu patut dan layak Pemohon Kasasi memperoleh bagian dari harta peninggalan Pewaris berupa wasiat wajibah.
4.	Putusan Nomor 402 K/AG/2013, tanggal 20 September	Seorang laki-laki beragama Islam meninggal dunia tanpa meninggalkan anak dengan meninggalkan istri muslim, ayah non muslim, ibu non muslim dan

<p>2013.²⁷ Asal dari PA. Sanggau, PTA Pontianak.</p>	<p>3 orang saudara non muslim. Harta dikuasai oleh ayah, ibu, dan 3 saudara non muslim.</p> <p>Penggugat: Istri muslim</p> <p>Tergugat : Ayah non muslim, Ibu non muslim dan 3 orang saudara non muslim, masing-masing Tergugat I, II, III, IV dan V;</p> <p>Putusan Tingkat Pertama:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Ayah, Ibu dan 3 orang saudara non muslim mendapat wasiat wajibah $1/3 = 33,33\%$. 2. Istri Muslimah mendapat $1/4 \times 2/3 = 16,67\%$ sebagai bagian warisan ditambah $3/4 \times 2/3 = 50\%$ sebagai radd karena satu-satunya ahli waris muslim. <p>Pokok Pertimbangan:</p> <p>Bahwa persoalan kedudukan ahli waris non muslim sudah banyak dikaji oleh kalangan ulama diantaranya ulama Yusuf Al Qardhawi, menafsirkan bahwa orang-orang non Islam yang hidup berdampingan dengan damai tidak dapat dikategorikan kafir harbi, demikian halnya Para Tergugat bergaul dengan Pewaris secara rukun damai meskipun berbeda keyakinan, karena itu patut dan layak para Penggugat memperoleh bagian dari harta peninggalan pewaris berupa wasiat wajibah;</p> <p>Ayah non muslim, ibu non muslim dan 3 orang saudara non muslim keberatan, lalu mengajukan banding.</p> <p>Putusan Tingkat Banding:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Menguatkan putusan Pengadilan Agama. <p>Pokok Pertimbangan:</p> <p>Bahwa pertimbangan-pertimbangan Majelis Hakim PA Sanggau dalam perkara Nomor 176/Pdt.G/2012/PA.Sgu telah tepat dan benar sesuai fakta kejadian dan fakta hukum, sehingga pertimbangannya diambil alih dan dijadikan pertimbangan sendiri oleh Majelis Hakim Banding.</p> <p>Para Pembanding keberatan, lalu diajukan permohonan kasasi.</p> <p>Putusan Kasasi:</p> <p>Menolak Permohonan Kasasi Para Pemohon Kasasi.</p> <p>Pertimbangannya:</p>
---	---

²⁷ Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 9 April 2024.

		Bahwa putusan Faraidh yang dilakukan oleh Judex Facti sudah tepat dan benar sudah sesuai dengan porsi masing-masing yang berhak diterima oleh ahli waris, termasuk yang memperoleh wasiat wajibah.
5.	Putusan MA Nomor 721 K/Ag/2015, Tanggal 19 November 2015. ²⁸ Asal PA. Palembang, PTA Palembang.	<p>Seorang laki-laki muslim meninggal dunia tanpa meninggalkan ayah dan ibu dengan meninggalkan istri muslim dan dua orang anak non muslim. Harta dikuasai oleh dua orang anak non muslim.</p> <p>Penggugat : Istri muslimah Tergugat : 2 orang anak non muslim, masing-masing Tergugat I dan Tergugat II.</p> <p>Putusan Tingkat Pertama:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Istri Muslimah mendapat $1/8 = 7/24$ sebagai warisan. - Dua orang anak non muslim mendapat $1/3 = 17/24$ sebagai wasiat wajibah. <p>Pokok Pertimbangan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Meskipun berbeda agama, tetapi hak dan kewajiban antara Pewaris dengan anak-anak pewaris tidak terputus. 2. Putusan MA Nomor 51 K/Ag/1999 yang memberikan wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim. 3. Asas egaliter, yakni hubungan darah menyebabkan yang berbeda agama tetap mendapat bagian meskipun tidak dengan jalan warisan. <p>Kedua orang anak non muslim keberatan, lalu mengajukan banding.</p> <p>Putusan Tingkat Banding: Memperbaiki putusan PA.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Istri mendapat $1/8 (9/72)$ ditambah $1/3$ dari sisa $(1/3 \times 39/72 = 13/72) = 22/72$. - Dua orang anak non muslim memperoleh $1/3 = 24/72$ ditambah sisa yakni $26/72$, sehingga masing-masing memperoleh: Anak I: $12/72 + 13/72 = 25/72$. Anak II: $12/72 + 13/72 = 25/72$. <p>Pertimbangan: Sama dengan PA, hanya berbeda perhitungan. Dua orang anak non muslim keberatan, lalu mengajukan kasasi.</p> <p>Putusan Kasasi:</p>

²⁸ Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 12 April 2024.

		<p>Memperbaiki putusan PTA. Dua Anak non muslim mendapat 1/3. Istri mendapat 2/3. Pokok Pertimbangan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Perbedaan agama mengakibatkan hak sebagai ahli waris gugur; - Namun demikian menurut Yusuf Qardhawi bahwa orang yang hidup berdampingan dengan damai meskipun beda agama tidak dapat dikategori sebagai kafir harbi, demikian halnya kedua anak Pewaris hidup rukun dengan Pewaris meski berbeda agama, oleh karena itu layak dan patut untuk memperoleh bagian dari harta peninggalan Pewaris berupa wasiat wajibah.
6.	<p>Putusan Mahkamah Agung Nomor 218 K/AG/2016, tanggal 26 Mei 2016.²⁹ Asal PA. Yogyakarta, PTA Yogyakarta</p>	<p>Ringkasan duduk perkara: Seorang laki-laki muslim meninggal dunia tanpa meninggalkan ayah dan ibu dengan meninggalkan seorang istri non muslim, dua orang anak non muslim dan empat orang saudara muslim (2 laki-laki dan 2 perempuan). Harta dikuasi istri non muslim dan 2 orang anak non muslim. Di Tingkat pertama Penggugat 2 orang Saudara laki-laki dan 2 orang saudara Perempuan muslim, masing-masing Penggugat I, II, III dan IV; Tergugat : Istri non muslim dan 2 orang anak non muslim, masing-masing Tergugat I, II dan III. Putusan Tingkat Pertama:</p> <ul style="list-style-type: none"> - 2 anak non muslim mendapat 1/3 harta sebagai wasiat wajibah. - Masing-masing saudara laki-laki memperoleh 2/6 dari 2/3 harta, masing-masing saudara perempuan memperoleh 1/6 dari 2/3 harta. - Istri non muslim tidak mendapat sesuai Pasal 171c KHI. <p>Pokok Pertimbangan:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Perbedaan agama pewaris dengan ahli waris mengakibatkan ahli waris terhalang menjadi ahli waris 2. Putusan MA No. 51 K/Ag/1999 yang memberikan wasiat wajibah bagi ahli waris non muslim. 3. Untuk menjaga keutuhan keluarga dan berasaskan keadilan, maka diberi wasiat

²⁹ putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 16 April 2024.

		<p>wajibah kepada ahli waris yang berbeda agama dengan pewaris. Para Penggugat (Empat orang saudara muslim) keberatan lalu mengajukan banding. Putusan Tingkat Banding: 1. Istri non muslim dan 2 anak non muslim mendapat wasiat wajibah 1/3. 2. Saudara laki-laki masing-masing mendapat 2/6 x 2/3 harta. 3. Saudara Perempuan masing-masing mendapat 1/6 x 2/3 harta. Pokok Pertimbangan: 1. Karena berbeda agama antara pewaris dengan ahli waris, maka hak waris menjadi hilang; 2. Bahwa meskipun pewaris berbeda agama dengan ahli waris sehingga telah hilang hak khususnya sebagai ahli waris, namun demi untuk memberi perlindungan terhadap perasaan ketidakadilan rasial (dalam hal ini beda Agama) dan memenuhi azas keadilan universal Islami dan prinsip egaliter dalam kewarisan Islam, maka solusi yang tidak menyalahi hukum Islam adalah dengan memberikan wasiat wajibah. Salah satu anak non muslim (Terbanding III) keberatan, lalu mengajukan kasasi. Putusan Kasasi: Menolak Permohonan Kasasi Para Pemohon Kasasi; Pokok Pertimbangan: Ahli waris yang berbeda agama tidak berhak menjadi ahli waris, tetapi berhak mendapat bagian melalui wasiat wajibah.</p>
7.	Putusan Nomor 331 K/Ag/2018, tanggal 30 Mei 2018. ³⁰ Asal PA. Tigaraksa, PTA Banten.	<p>Seorang Perempuan muslim meninggal dunia tanpa meninggalkan ayah, ibu dan anak serta meninggalkan suami non muslim, 3 orang saudara laki-laki muslim dan 2 orang saudara perempuan muslim. Harta dikuasai oleh suami non muslim. Penggugat: 2 orang saudara laki-laki muslim dan 2 orang saudara perempuan muslim, masing-masing Penggugat I, II, III dan IV; Tergugat : Suami non muslim Turut Tergugat: Satu dari Saudara laki-laki Muslim Putusan Tingkat Pertama: - Suami non muslim tidak mendapat bagian;</p>

³⁰ Putusan3.mahkamahagung.go.id/yurisprudensi, diakses tanggal 20 April 2024.

	<p>- 3 orang saudara laki-laki dan dua orang saudara perempuan jadi ahli waris, bagiannya 2 berbanding 1.</p> <p>Pokok Pertimbangan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Suami tidak mewarisi karena kafir berdasarkan hadis Bukhari: La> yaris u al-muslimu al-ka>fir, wala> al-ka>firu al-muslim. - Saudara-saudara jadi ahli waris berdasarkan Al-Quran surat An-Nisa' ayat 11-12, dan ayat 176, serta Pasal 182 Kompilasi Hukum Islam; <p>Suami non muslim (Tergugat) keberatan, lalu mengajukan banding.</p> <p>Putusan Tingkat Banding: Menguatkan putusan Pengadilan Agama.</p> <p>Pokok Pertimbangan: Putusan Tingkat Pertama sudah tepat, kecuali penempatan rekonvensi;</p> <p>Pembanding keberatan, lalu mengajukan kasasi.</p> <p>Putusan Kasasi: Menolak dengan perbaikan amar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Suami non muslim mendapat wasiat wajibah $\frac{1}{4}$ bagian; 2. 5 orang saudara laki-laki dan saudara Perempuan menjadi ahli waris dengan bagian 2 berbanding 1; <p>Pokok Pertimbangan: Bahwa dengan memperhatikan hubungan antara Pemohon Kasasi dengan Pewaris semasa hidupnya yang cukup baik dan harmonis bahkan Pemohon Kasasi telah mendampingi Pewaris selaku istri dalam suka maupun duka bahkan pada saat Pewaris sakit, Pemohon Kasasi tetap merawat Pewaris dengan setia dan selalu mendampingi sampai berobat ke Cina, maka sepatutnya Pemohon Kasasi yang beragama non muslim diberi bagian dari harta warisan dalam bentuk wasiat wajibah sebesar $\frac{1}{4}$ (seper empat) dari harta peninggalan Pewaris;</p>
--	---

Dari beberapa putusan yang dikemukakan di atas, ada beberapa hal yang mengandung masalah, seperti pertimbangan hukum yang menjadi dasar pemberian wasiat wajibah, hal itu karena dalam aturan perundang-undangan termasuk Kompilasi Hukum Islam tidak ada ketentuan pemberian wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama, sehingga terjadi kekosongan hukum. Maka perlu dilakukan

kajian menyangkut pertimbangan tersebut, termasuk landasan normatifnya. Selain itu dari adanya kekosongan hukum, maka hakim bukan hanya menafsirkan hukum, lebih dari itu perlu mencari dan menemukan hukumnya atau mengkonstruksi hukumnya, maka perlu dikaji metode yang digunakan Mahkamah Agung dalam mengadili tersebut.

Selain itu bahwa dalam rangka penegakan hukum, maka yang diperlukan bukan hanya aparat hukum yang baik dan budaya hukum yang mendukung penegakan hukum, tetapi ketentuan hukum yang baik juga perlu disiapkan. Penegakan hukum berkaitan dengan kepastian, kepastian hukum berkaitan dengan teori sistem hukum yang berlaku sebagai satu kesatuan hukum yang tersusun dari tiga unsur, yaitu: (1) struktur; (2) substansi; (3) kultur hukum. Menurut Friedman, ketiga unsur hukum tersebut adalah: (1) Struktur, yaitu keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya yang mencakup: kepolisian, kejaksaan, pengacara, dan pengadilan, hakim dan jaksa; (2) Substansi adalah keseluruhan asas hukum, norma hukum dan aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan pengadilan. (3) Kultur hukum adalah kebiasaan, opini, cara berpikir dan cara bertindak, dari para penegak hukum dan warga masyarakat.³¹

Oleh karena itu perlu pula kajian mengenai kontribusi dari putusan Mahkamah Agung tersebut pada sistem hukum nasional, yakni pada subsistem substansi hukum dan khususnya substansi yang menjadi kewenangan hakim, yakni yurisprudensi.

B. Rumusan Masalah

Wasiat wajibah yang diatur dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam hanya wasiat wajibah untuk orang tua angkat dan anak angkat, tidak ada wasiat wajibah untuk ahli waris yang beda agama. Sedangkan di sisi lain banyak perkara mengenai hal itu dan Mahkamah Agung dalam tujuh putusan yang disebutkan di atas memberikan wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama, maka perlu dilakukan kajian tentang pertimbangan yang dibuat Mahkamah Agung, landasan normatif

³¹ Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russell Sage Foundation, 1988), 197.

yang digunakan dan juga metode yang digunakan untuk menemukan hukumnya. Selain itu juga perlu dikaji kontribusinya terhadap hukum nasional, yakni pada sub sistem substansi hukum khususnya hukum yang dapat digunakan hakim sebagai pedoman dalam mengadili perkara wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama.

Berdasarkan rumusan masalah tersebut maka diajukan beberapa pertanyaan penelitian sebagai berikut:

1. Bagaimana Pertimbangan teologis, sosiologis dan filosofis putusan Mahkamah Agung dalam memutus wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama?
2. Bagaimana landasan normatif yang digunakan Mahkamah Agung dalam memutus wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama?
3. Bagaimana metode yang digunakan Mahkamah Agung dalam memutus wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama?
4. Bagaimana kontribusi putusan Mahkamah Agung dalam memutus wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama terhadap sistem hukum nasional?

C. Tujuan Penelitian

Tujuan penelitian ini adalah:

1. Untuk menganalisis pertimbangan teologis, sosiologis dan filosofis putusan Mahkamah Agung dalam memutus perkara wasiat wajibah untuk ahli waris beda agama;
2. Untuk menganalisis landasan normatif yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus perkara wasiat wajibah untuk ahli waris beda agama;
3. Untuk menganalisis metode yang digunakan Mahkamah Agung dalam memutus wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama; dan
4. Untuk menganalisis kontribusi putusan Mahkamah Agung mengenai wasiat wajibah untuk ahli waris beda agama terhadap sistem hukum nasional, khususnya sub sistem substansi hukum.

D. Manfaat Penelitian

Manfaat penelitian ini adalah sebagai berikut

1. Manfaat Teoritis:

- a. Secara teoritik manfaat penelitian ini adalah mengembangkan pemahaman yuridis normatif, yuridis sosiologis dan yuridis filosofis yang dianalisis secara teoritik terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku yang bertujuan menemukan sub-sistem hukum yang melengkapi sistem hukum yang telah diterima secara akademik;
- b. Penelitian ini bermanfaat untuk mendorong transformasi hukum Islam melalui upaya pengembangan pemikiran tentang ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku yang merupakan produk legislasi sehingga menyumbangkan temuan baru atau menguatkan teori yang sudah ada tentang keberadaan dan keberlakuan hukum Islam dalam hukum nasional.

2. Manfaat praktis penelitian ini adalah sebagai berikut :

a. Manfaat untuk peneliti

- 1). Menambah wawasan ilmu pengetahuan hukum dan ilmu perundang-undangan yang dikaji lebih luas dan mendalam berhubungan dengan Putusan Mahkamah Agung dan pembangunan hukum di Indonesia;
- 2). Dengan penelitian ini peneliti telah menempuh kewajiban akademik yang sesuai dengan regulasi yang berlaku untuk mencapai gelar Doktor Hukum Islam dalam konsentrasi hukum keluarga.
- 3). Dapat dijadikan bahan untuk penyusunan artikel jurnal.

b. Manfaat untuk lembaga

- 1). Untuk perguruan tinggi, khususnya PPS UIN Sunan Gunung Djati Bandung dalam Program Studi Hukum Islam (S3)

konsentrasi Hukum Keluarga, hasil penelitian ini akan menambah kajian yang lebih luas yang berkaitan dengan hukum keluarga yang bersumber dari ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku sebagai bahan kajian penelitian yuridis normatif, sosiologis, dan filosofis serta memberikan transformasi hukum bermanfaat untuk kemaslahatan umum.

2). Kepada lembaga pemerintahan sebagai penyelenggara negara dan stakeholder yang lainnya, hasil penelitian ini dapat dijadikan bahan pertimbangan untuk membuat kebijakan yang bersifat aspiratif atau naskah akademik dalam kaitannya dengan legislasi hukum keluarga Islam sehingga tidak ada kekosongan hukum.

c. Manfaat untuk masyarakat

Hasil penelitian ini bermanfaat untuk masyarakat dalam memberikan informasi yang jelas mengenai upaya hukum yang dapat dilakukan oleh masyarakat dalam masalah hukum keluarga demi menegakkan keadilan dan kepastian hukum yang sesuai dengan tujuan hukum Islam dalam perkara wasiat wajibah, khususnya untuk ahli waris beda agama.

E. Kerangka Pemikiran

Penelitian ini menggunakan tiga teori, yaitu sebagai berikut:

1. Grand Theory: Teori *Maqasid al-Syari'ah al-Syatibi*

Teori *maqasid al-syari'ah* dalam perspektif al-Syatibi adalah tercapainya lima tujuan syariat Islam, yaitu sebagai berikut:³²

- a. *Hifz al-Din* (memelihara agama);
- b. *Hifz al-'Aql* (memelihara akal);
- c. *Hifz al-Nafs* (memelihara jiwa);

³² Abu Ishaq al-Syatibi, *Al-Muwafaqat fi Usul al-Syari'ah* (Riyad): Maktabah al-Riyad al-Hadis/ah, t.t.), Juz 2, 10.

- d. *H}ifz} al-Nasl* (memelihara keturunan);
- e. *H}ifz} al-Ma>l* (memelihara harta kekayaan).

Kandungan *maqas}id al-syari>'ah* dapat diketahui dengan merujuk ungkapan al-Sya>t}ibi, seorang tokoh pembaru us}u>l fiqh yang hidup pada abad ke-8 Hijriah, dalam kitabnya *Al-Muwa>faqa>t fi Us}ul al-Syari>'ah*. Al-Sya>t}ibi mengatakan bahwa sesungguhnya syari'at itu ditetapkan tidak lain untuk kemaslahatan manusia di dunia dan di akhirat. Dengan demikian, pada dasarnya syari'at itu dibuat untuk mewujudkan kebahagiaan individu dan jama'ah, memelihara aturan serta menyemarakkan dunia dengan segenap sarana yang akan menyampaikannya kepada jenjang kesempurnaan, kebaikan, budaya, dan peradaban yang mulia, karena dakwah Islam merupakan rahmat bagi semua manusia. Oleh karena itu, pembahasan utama dalam *maqas}id al-syari>'ah* adalah 'illat yang ditetapkannya suatu hukum. Dalam kajian us}u>l fiqh. 'Illat adalah sifat tertentu yang jelas dan dapat diketahui secara objektif (zhahir), dan ada tolak ukurnya.³³

Mas}lah}a>t dalam hal ini dibagi menjadi tiga, yaitu:

- 1) *Mas}lah}a>t* yang bersifat *qat}i* yaitu sesuatu yang diyakini membawa kemaslahatan karena didukung oleh dalil-dalil yang tidak mungkin lagi ditakwili, atau yang ditunjuki oleh dalil-dalil yang cukup banyak yang dilakukan lewat penelitian induktif, atau akal secara mudah dapat memahami adanya maslahat itu.
- 2) *Mas}lah}a>t* yang bersifat *z}anni*, yaitu maslahat yang diputuskan oleh akal, atau *mas}lah}a>t* yang ditunjuki oleh dalil *z}anni* dari syara'.
- 3) *Mas}lah}a>t* yang bersifat *wahmiyah*, yaitu maslahat atau kebaikan yang dikhayalkan akan bisa dicapai, padahal kalau direnungkan lebih dalam justru yang akan muncul adalah mad}arat dan mafsadat.³⁴

Pandangan al-Sya>t}ibi menurut Gofar adalah mengenai sasaran hukum yang berfungsi melindungi kepentingan manusia. Tujuan hukum merupakan arah atau sasaran yang hendak diwujudkan, dan hukum sebagai alat untuk mewujudkan

³³ Ghofar Shidiq, *Teori Maqasid al-Syari'ah dalam Hukum Islam*, 121

³⁴ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwa>faqa>t*, Juz 2, 9.

tujuan tersebut dengan mengatur tatanan dan perilaku masyarakat.³⁵ Hal itulah yang dikenal dengan istilah *maqasid al-syari'ah* merupakan salah satu konsep penting dalam kajian hukum Islam. Karena begitu pentingnya *maqasid al-syari'ah* tersebut, para ahli teori hukum menjadikan *maqasid al-syari'ah* sebagai teori yang harus dipahami oleh mujtahid dalam berijtihad. Adapun inti dari teori *maqasid al-syari'ah* adalah untuk mewujudkan kebaikan sekaligus menghindarkan keburukan, atau menarik manfaat dan menolak *madjarat*.³⁶

Urgensi teori *maqasid al-syari'ah* didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan sebagai berikut. *Pertama*, hukum Islam adalah hukum yang bersumber dari wahyu Tuhan dan diperuntukkan bagi umat manusia. Oleh karena itu, ia akan selalu berhadapan dengan perubahan sosial. Dalam posisi seperti itu, apakah hukum Islam yang sumber utamanya (Al-Qur'an dan sunnah) turun pada beberapa abad yang lampau dapat beradaptasi dengan perubahan sosial. Jawaban terhadap pertanyaan itu baru bisa diberikan setelah diadakan kajian terhadap berbagai elemen hukum Islam, dan salah satu elemen yang terpenting adalah teori *maqasid al-syari'ah*. *Kedua*, dilihat dari aspek historis, sesungguhnya perhatian terhadap teori ini telah dilakukan oleh Rasulullah SAW, para sahabat, dan generasi mujtahid sesudahnya. *Ketiga*, pengetahuan tentang *maqasid al-syari'ah* merupakan kunci keberhasilan mujtahid dalam ijtihadnya, karena di atas landasan tujuan hukum itulah setiap persoalan dalam bermu'amalah antar sesama manusia dapat dikembalikan. Nas-nas syari'ah itu tidak dapat dipahami secara benar kecuali oleh seseorang yang mengetahui *maqasid al-syari'ah* (tujuan hukum). Pengetahuan tentang *maqasid al-syari'ah* merupakan persoalan *djaruri* (urgen) bagi mujtahid ketika akan memahami nash dan membuat *istinbat* hukum, dan bagi orang lain dalam rangka mengetahui rahasia syari'ah.

Teori *maqasid al-syari'ah* dalam kajian hukum Islam merupakan keniscayaan. Kata *maqasid* merupakan bentuk *jama'* dari *maqad* yang berarti

³⁵ Achmad Ali, *Mengungkap Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) termasuk interpretasi undang-undang (legisprudence) (Volume 1)*, (Jakarta: Kencana, 2010), 46.

³⁶ Ghofar Shidiq, "Teori Maqasid al-Syari'ah dalam Hukum Islam", *Jurnal Sultan Agung* XIV, no. 118 (Juni-Agustus 2009): 117-118.

maksud dan tujuan, sedangkan syari'ah mempunyai pengertian hukum-hukum Allah yang ditetapkan untuk manusia agar dipedomani untuk mencapai kebahagiaan hidup di dunia maupun di akhirat. Maka dengan demikian, *maqasid al-syari'ah* berarti kandungan nilai yang menjadi tujuan pensyariaan hukum. Makna *maqasid al-syari'ah* adalah tujuan-tujuan yang hendak dicapai dari suatu penetapan hukum. *Maqasid al-syari'ah* mengandung pengertian umum dan pengertian khusus.

Tujuan hukum Islam secara umum dapat dicapai melalui dua cara yaitu sebagai berikut:

- a. Mewujudkan manfaat, kebaikan dan kesenangan untuk manusia yang disebut dengan istilah *jalb al-mana'fi'*. Manfaat ini bisa dirasakan secara langsung saat itu juga atau tidak langsung pada waktu yang akan datang.
- b. Menghindari atau mencegah kerusakan dan keburukan yang sering diistilahkan dengan *dar'u al-mafa'sid*.

Muhammad al-Sya'ibi mensyaratkan bahwa *maqasid al-syari'ah* mempunyai empat unsur penting, yaitu sebagai berikut:

- 1) Harus bersifat tetap, maksudnya makna-makna yang dimaksudkan itu harus bersifat pasti atau diduga kuat mendekati kepastian.
- 2) Harus jelas, sehingga para fuqaha tidak akan berbeda dalam penetapan makna tersebut. Sebagai contoh, memelihara keturunan yang merupakan tujuan disyariatkannya perkawinan.
- 3) Harus terukur, maksudnya makna itu harus mempunyai ukuran atau batasan yang jelas yang tidak diragukan lagi. Seperti menjaga akal yang merupakan tujuan pengharaman khamr dan ukuran yang ditetapkan adalah kemabukan.
- 4) Berlaku umum, artinya makna itu tidak akan berbeda karena perbedaan waktu dan tempat. Seperti sifat Islam dan kemampuan untuk memberikan nafkah sebagai persyaratan kafa'ah dalam perkawinan menurut mazhab Maliki.³⁷

³⁷ Al-Sya'ibi, *Al-Muwa'faqat*, Juz 2, 6.

Muhammad al-Sya>t}ibi juga membagi tujuan syari'ah secara umum ke dalam dua kelompok, yaitu tujuan syari'at menurut perumusny (syari') dan tujuan syari'at menurut pelakunya (*mukallaf*). *Maqa>s}id al-syari>'ah* meliputi empat hal, yaitu sebagai berikut:

- a. Tujuan utama syari'at adalah kemaslahatan manusia di dunia dan di akhirat.
- b. Syari'at sebagai sesuatu yang harus dipahami.
- c. Syari'at sebagai hukum *taklifi* yang harus dijalankan.
- d. Tujuan syari'at membawa manusia selalu di bawah naungan hukum.

Keempat aspek itu saling terkait dan berhubungan dengan Allah sebagai pembuat syari'at (syari'). Allah tidak mungkin menetapkan syari'at-Nya kecuali dengan tujuan untuk kemaslahatan hamba-Nya, baik di dunia maupun di akhirat kelak. Tujuan ini akan terwujud bila ada taklif hukum, dan taklif hukum itu baru dapat dilaksanakan apabila sebelumnya dimengerti dan dipahami oleh manusia. Oleh karena itu semua tujuan akan tercapai bila manusia dalam perilakunya sehari-hari selalu ada di jalur hukum dan tidak berbuat sesuatu menurut hawa nafsunya sendiri.³⁸

Mas}lah}a>t sebagai substansi dari *maqa>s}id al-syari>'ah* dapat dibagi sesuai dengan tinjauannya. Bila dilihat dari aspek pengaruhnya dalam kehidupan manusia, maslahat dapat dibagi menjadi tiga tingkatan:

1. *D}aru>riya>t*, yaitu maslahat yang bersifat primer, karena kehidupan manusia sangat tergantung kepadanya, baik aspek duniyah (agama) maupun aspek duniawi. Maka ini merupakan sesuatu yang tidak dapat ditinggalkan dalam kehidupan manusia. Jika itu tidak ada, kehidupan manusia di dunia menjadi hancur dan kehidupan akhirat menjadi rusak (mendapat siksa). Ini merupakan tingkatan maslahat yang paling tinggi. Di dalam Islam, maslahat dharuriyat ini dijaga dari dua sisi: pertama, realisasi dan perwujudannya, dan kedua, memelihara kelestariannya. Contohnya, yang pertama menjaga agama dengan merealisasikan dan melaksanakan segala kewajiban agama, serta yang kedua

³⁸ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwa>faqa>t*, Juz 2, 7.

menjaga kelestarian agama dengan berjuang dan berjihad terhadap musuh-musuh Islam.

2. *H}a>jjiya>t*, yaitu masalah yang bersifat sekunder, yang diperlukan oleh manusia untuk mempermudah dalam kehidupan dan menghilangkan kesulitan maupun kesempitan. Jika ia tidak ada, akan terjadi kesulitan dan kesempitan yang implikasinya tidak sampai merusak kehidupan.
3. *Tah}siniya>t*, yaitu masalah yang merupakan tuntutan muru'ah (moral), dan itu dimaksudkan untuk kebaikan dan kemuliaan. jika ia tidak ada, maka tidak sampai merusak ataupun menyulitkan kehidupan manusia. Masalah tahsiniyat ini diperlukan sebagai kebutuhan tersier untuk meningkatkan kualitas kehidupan manusia.³⁹

Dari aspek cakupannya yang dikaitkan dengan komunitas atau individu, masalah dibagi dalam dua kategori, yaitu:

- a. *Mas}lah}a>t kulliya>t*, yaitu masalah yang bersifat universal yang kebaikan dan manfaatnya kembali kepada orang banyak. Contohnya melindungi hak keperdataan setiap manusia;
- b. *Mas}lah}a>t juz'iyat*, yaitu masalah yang bersifat parsial atau individual, seperti pensyari'atan berbagai bentuk muamalah.

Dari segi tingkat kekuatan dalil yang mendukungnya, masalah dibagi menjadi tiga, yaitu:

- 1) *Mas}lah}a>t* yang bersifat *qat}'i* yaitu sesuatu yang diyakini membawa kemaslahatan karena didukung oleh dalil-dalil yang tidak mungkin lagi ditakwili, atau yang ditunjukkan oleh dalil-dalil yang cukup banyak yang dilakukan lewat penelitian induktif, atau akal secara mudah dapat memahami adanya *Mas}lah}a>t* itu.
- 2) *Mas}lah}a>t* yang bersifat *z}anni*, yaitu *mas}lah}a>t* yang diputuskan oleh akal, atau *mas}lah}a>t* yang ditunjukkan oleh dalil *z}anni* dari syara'.

³⁹ Al-Zuhaili, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1978), 1023. Juga Al-Syat}ibi, *Al-Muwa}faqat*, Juz 2, 8-9.

- 3) *Mas}lah}a>t* yang bersifat *wahmiyah*, yaitu *mas}lah}a>t* atau kebaikan yang dikhayalkan akan bisa dicapai, padahal kalau durenungkan lebih dalam justru yang akan muncul adalah *mad}ara>t* dan *mafsada>t*.⁴⁰

Dengan penegasan yang dikemukakan oleh Al-Syat}ibi mengenai *maqa>s}id al-syari'ah* itu maka kemaslahatan yang hendak dicapai secara hierarkis adalah kemaslahatan yang *d}aruriyat* yang harus didahulukan dari maslahat hajiyat, dan *mashlahat* hajiyat harus didahulukan dari *mas}laha>t tah}siniya>t*. Demikian pula *mashlahat* yang bersifat *kulliya>t* harus diprioritaskan dari *mas}lah}a>t* yang bersifat *juz'iyah>t*. Oleh karena itu, *maqa>s}id al-syari'ah* dalam perspektif al-Syat}ibi adalah tercapainya lima tujuan syariat Islam sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya mengenai lima pemeliharaan yang sangat urgent dalam konsep tujuan hukum Islam.⁴¹

Kelima tujuan syariat Islam itu dalam konteks pembaharuan hukum keluarga harus integral dan holistik dengan mengacu kepada kaidah ushul fiqh yang menyatakan bahwa *Dar'u al-mafa>sid wa jalb al-mas}a>lih*, artinya menghilangkan atau meninggalkan kemafsadatan dan mengambil kemaslahatan dengan pertimbangan kemaslahatan yang tidak dilarang oleh syariat Islam yang nashnya sudah jelas atau yang disebut dengan *al-mas}lah}ah al-mursalah*. Atau kaidah ushul al-fiqh sebagai berikut:

ذُرُّ الْمَفَاسِدِ مَقَدَّمٌ عَلَى جَلْبِ الْمَصَالِحِ

Meninggalkan kemafsadatan didahulukan dari mengambil kemaslahatan.

Menurut Juhaya S. Pradja, lima tujuan hukum Islam sebagaimana yang dikemukakan oleh Wahbah al-Zuhaili dan Muhammad al-Syatibi adalah mengutamakan prinsip keadilan dan kepastian hukum. Prinsip keadilan atau *al-mizan* berarti keseimbangan atau moderasi. Istilah keadilan pada umumnya berkaitan dengan penetapan hukum atau kebijaksanaan pemimpin. Keadilan dalam hukum Islam meliputi berbagai aspek kehidupan. Apalagi dalam bidang dan sistem hukumnya. Dengan demikian, konsep keadilan dalam hukum Islam meliputi

⁴⁰ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwafaqa>t*, Juz 2, 9.

⁴¹ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwafaqa>t*, Juz 2, 10: (1) *H}ifz} al-Di>n* (memelihara agama); (2) *H}ifz} al-'Aql* (memelihara akal); (3) *H}ifz} al-Nafs* (memelihara jiwa); (4) *H}ifz} al-Nasl* (memelihara keturunan); (5) *H}ifz} al-Ma>>l* (memelihara harta kekayaan).

keadilan dalam berbagai hubungan, yakni hubungan antar individu dengan dirinya sendiri, hubungan antar individu dengan manusia dan masyarakatnya, hubungan antar individu dengan hakim dan yang berperkara serta hubungan dengan berbagai pihak lainnya.⁴²

Al-Qur'an dalam surah al-Maidah, surah ke 5: 8 menyatakan:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوْمِينَ لِلّٰهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۗ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ ءَآلٍ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ ءَمْنَٰنَ ۗ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۗ وَاتَّقُوا اللّٰهَ ۗ إِنَّ اللّٰهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ

Hai orang-orang yang beriman hendaklah kamu Jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. dan janganlah sekali-kali kebencianmu terhadap sesuatu kaum, mendorong kamu untuk Berlaku tidak adil. Berlaku adillah, karena adil itu lebih dekat kepada takwa. dan bertakwalah kepada Allah, Sesungguhnya Allah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.⁴³

Perintah berlaku adil dalam agama Islam ditujukan kepada semua orang. Kemestian berlaku adil mesti ditegakkan di dalam keluarga dan masyarakat, bahkan kepada orang non muslim pun diperintahkan berlaku adil. Keadilan dalam hukum Islam berarti pula kesimbangan antara kewajiban yang harus dipenuhi oleh manusia (*mukallaf*) dengan kemampuan manusia untuk menunaikan kewajiban itu. Berdasarkan keadilan inilah lahir kaidah yang menyatakan bahwa hukum Islam dalam praktiknya dapat berbuat sesuai dengan ruang dan waktu. Akan tetapi, ketika terjadi perubahan, kesulitan menjadi kelonggaran, maka terbataslah kelonggaran itu sekedar terpenuhinya kebutuhan yang bersifat primer atau sekunder. Suatu kaidah fiqhiyah yang menyatakan elastisitas hukum Islam dan kemudahan dalam melaksanakannya sebagai kelanjutan dari keadilan adalah kaidah yang berbunyi:

اَلْأُمُورُ إِذَا ضَاقَتْ إِتَّسَعَتْ وَإِذَا اِتَّسَعَتْ ضَاقَتْ

Perkara-perkara dalam hukum Islam apabila telah menyempit maka mejadi luas; dan apabila perkara-perkara itu telah meluas maka kembali menyempit.⁴⁴

⁴² Juhaya S. Pradja, *Teori Hukum dan Aplikasinya* (Bandung: CV. Pustaka Setia, 2013), 43.

⁴³ Soenarjo dkk., *Al-Qur'an dan Terjemahnya* (Jakarta: Depag RI, 2004), 189.

⁴⁴ A. Djazuli, *Kaidah-Kaidah Fikih* (Jakarta: Kencana, 2011), 61.

Imam al-Syat}ibi membagi *maqas}id al-Syari>'ah* menjadi tiga katagori yaitu *d}aru>riya>t, h}a>jjiya>t* dan *tah}siniya>t*, dan berisikan lima asas hukum syara' yakni: (a) memelihara agama/*h}ifz} al-di>n*; (b) memelihara jiwa/*h}ifz} al-nafs*; (c) memelihara keturunan/*h}ifz} al-nasl*; (d) memelihara akal/*h}ifz} al-'aql*; dan memelihara harta/*h}ifz} al-ma>l*. Semuanya disebut *al-kulliya>t al-khamsah*.⁴⁵ Sejalan dengan al-Sya>t}ibi, Abdullah Darra>z dalam pendahuluan *al-Muwa>faqa>t* karya al-Sya>t}ibi, mengemukakan bahwa *al-maqa>s}id* pada dasarnya bertujuan untuk menjaga ketenteraman alam dengan cara mewujudkan keberlangsungan kemaslahatan dan menghilangkan kemafsadatan (*jalb al-mas}a>lih} wa daf' al-mafa>sid*). Kemaslahatan inilah yang kemudian dijadikan sebagai dasar pada penetapan *al-maq>as}id*. *Maqa>s}id al-D}aru>riya>t* merupakan sesuatu yang mutlak ada demi kelangsungan hidup manusia. Dalam hubungan ini pula al-Sya>t}ibi mengemukakan bahwa tujuan awal dari syari'at adalah menegakkan kelima dasar *maqashid* ini dan menjaga keberlangsungannya.⁴⁶ Tata urutan kelima *al-d}aru>riya>t* ini bersifat *ijtihadi*, hal ini berarti bahwa ia disusun berdasarkan pemahaman para ulama terhadap nash yang diambil dengan cara *istiqra'*. Selanjutnya, Al-Sya>t}ibi mengkonstruksi struktur ketiga *maqas}id al-syari>'ah* ke dalam dua pola utama, yaitu *maqas}id as}liyah* (asli/utama/pokok) dan *maqas}id ta>bi'ah* (pengikut) atau *mukammilah*. Sebagai contoh tujuan utama dari pernikahan adalah menjaga kelangsungan keturunan dan meramaikan dunia. Sementara tujuan penyempurnanya adalah memperoleh kebahagiaan dan kasih sayang dengan berpasangan dan memperoleh keturunan. Oleh karenanya peran *al-maqa>s}id mukammilah* adalah untuk menetapkan maksud yang utama yang terkandung pada *maqas}id* itu sendiri.⁴⁷

Jasser Auda memperluas cakupan pemahaman terhadap *d}aru>riyyah* atau kebutuhan primer yang lima dengan menyatakan bahwa pemeliharaan agama (*hifz} al-di>n*) termasuk di dalamnya hak kebebasan dalam kepercayaan atau keyakinan atas keberadaan Tuhan. Kepada pemeliharaan jiwa (*h}ifz} al-nafs*)

⁴⁵ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwa>faqa>t*, Juz 2, 7.

⁴⁶ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwa>faqa>t*, Juz 2, 7.

⁴⁷ Al-Sya>t}ibi, *Al-Muwa>faqa>t*, Juz 2, 7.

termasuk kewajiban menjaga, menghormati dan melindungi harkat serta martabat manusia. Kepada pemeliharaan akal (*h}ifz} al-'aql*) bukan hanya larangan minum minuman keras dan semisalnya, tetapi termasuk di dalamnya perlindungan kebebasan berfikir, melawan mentalitas taklid dan lain sebagainya. Kepada perlindungan keturunan (*h}ifz} al-nasl*) tidak hanya kewajiban menjaga kemaluan, tetapi termasuk perlindungan anak, keadilan terhadap anak, larangan diskriminasi anak dan tindakan kriminal lainnya yang mengancam anak. Termasuk kepada perlindungan harta (*h}ifz} al-ma>l*) dalam perkembangannya seperti sosio-ekonomi yang familier, bantuan sosial, dan pengurangan kesenjangan sosial.⁴⁸ Oleh karena itu menurut Jasser Auda dalam rangka memperluas cakupannya, *maqa>sjid* dibagi menjadi tiga tingkatan. *Pertama: al-maqa>sjid al-'a>mmah* (tujuan umum) dapat ditelaah melalui seluruh bagian hukum Islam seperti tiga tingkatan (*d}aru>riyah, h}a>jjiyah, tah}siniyah*) dan ditambah dengan keadilan dan kemudahan. *Kedua: al-maqa>sjid al-kha>ssah* (tujuan khusus) dapat diobservasi di seluruh isi bab hukum Islam seperti dalam ruang lingkup hukum keluarga yang mengacu kepada perlindungan dari kejahatan, perlindungan dari monopoli dalam hukum ekonomi. *Ketiga: almaqa>sjid al-juziyah* (tujuan parsial) yaitu maksud-maksud di balik diberlakukannya nash atau hukum. Seperti maksud mengungkap kebenaran dalam mensyaratkan jumlah sanksi tertentu dalam kasus tertentu pula.⁴⁹ *Al-Maqa>sjid Al-Syari>'ah* yang dijadikan sebagai grand theory dalam disertasi ini adalah *Al-Maqa>sjid Al-Syari>'ah* yang dikemukakan oleh al-Syat}ibi.

Tujuan hukum Islam secara langsung berkaitan dengan kemaslahatan, artinya kemaslahatan yang menjadi tujuan utama ini mengikuti lima tujuan asasi hukum Islam yang tidak bertentangan dengan al-Quran dan al-Sunnah yakni *al-maslah}ah al-mursalah*, yakni masalah yang tidak mensyariatkan hukum untuk mewujudkan masalah, juga tidak terdapat dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya. Menurut Muhammad Abu Zahrah, *mas}lah}ah mursalah* adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari'

⁴⁸ Jasser Audah, *Membumikan Hukum Islam Melalui Maqasid Syariah*, Penerjemah: Rosidin dan 'Ali Abdelmon'im, (Bandung: Mizan, 2015), 56-59.

⁴⁹ Jasser Audah, *Membumikan Hukum Islam*, 36-37.

(dalam mensyariatkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.⁵⁰

Berdasarkan definisi tersebut masalah mursalah adalah menetapkan hukum sesuatu perkara yang sama sekali tidak disebutkan dalam al-Qur'an maupun al-Sunnah, dengan pertimbangan untuk kepentingan hidup manusia yang bersendikan pada asas menarik manfaat dan menghindari kerusakan. Sumber asal dari metode *masalah}ah mursalah* adalah al-Qur'an maupun al-Sunnah yang banyak jumlahnya, seperti pada ayat-ayat berikut:

Al-Qur'an surah Yunus, surah ke 10: 57:

يَأْتِيهَا النَّاسُ قَدْ جَاءَتْكُمْ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاءٌ لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ

Hai manusia, sesungguhnya telah datang kepadamu pelajaran dari Tuhanmu dan penyembuh bagi penyakit-penyakit (yang berada) dalam dada dan petunjuk serta rahmat bagi orang-orang yang beriman.⁵¹

Al-Qur'an surah Yunus, surah ke 10: 58:

قُلْ بِفَضْلِ اللَّهِ وَبِرَحْمَتِهِ فَبِذَلِكَ فَلْيَفْرَحُوا هُوَ خَيْرٌ مِّمَّا يَجْمَعُونَ ٥٨

Katakanlah: Dengan kurnia Allah dan rahmat-Nya, hendaklah dengan itu mereka bergembira. Kurnia Allah dan rahmat-Nya itu adalah lebih baik dari apa yang mereka kumpulkan.⁵²

Al-Qur'an surah Al-Baqarah, surah ke 2: 220:

فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ النَّيْمِ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْتَنَّكُمْ إِنْ اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ٢٢٠

Tentang dunia dan akhirat. Dan mereka bertanya kepadamu tentang anak yatim, katakalah: “Mengurus urusan mereka secara patut adalah baik, dan jika kamu bergaul dengan mereka, maka mereka adalah saudaramu; dan Allah mengetahui siapa yang membuat kerusakan dari yang mengadakan perbaikan. Dan jikalau Allah menghendaki, niscaya Dia dapat mendatangkan kesulitan kepadamu. Sesungguhnya Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.⁵³

⁵⁰ Ahmad Azhar Basyir, *Reaktualisasi, Pendekatan Sosiologis Tidak Selalu Relevan "Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam"*, (Jakarta: Penerbit Pustaka Panjimas, 1998), 112.

⁵¹ Soenarjo dkk., *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, 215.

⁵² Soenarjo dkk., *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, 215.

⁵³ Soenarjo dkk., *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, 35.

Sedangkan nas} dari al-Sunnah yang dipakai landasan dalam mengistinbathkan hukum dengan metode masalah mursalah adalah Hadis Nabi Muhammad SAW, yang diriwayatkan oleh Ibn Majah yang berbunyi:

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى، حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّزَّاقِ . أَنبَأَنَا مَعْمَرٌ عَنْ جَابِرِ الْجُعْفِيِّ عَنْ عِكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ :
 قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : الضَّرْرُ وَالضَّرْرُ وَالضَّرْرُ .

Muhammad Ibn Yahya bercerita kepada kami, bahwa Abdur Razzaq bercerita kepada kita, dari Jabir al-Jufiyyi dari Ikrimah, dari Ibn Abbas: Rasulullah SAW bersabda, “ tidak boleh membuat madharat (bahaya) pada dirinya dan tidak boleh pula membuat madharat pada orang lain”. (HR. Ibn Majah)

Dalam penetapan *mas}laha>t*, para ulama sepakat mempergunakan illat, sebagai panduan. Al-Ghazali dalam *Kitab al-Mustas}fa* menyebutkan bahwa dilihat dari segi cara mendapatkannya maka illat dibedakan kepada dua macam, yaitu illat yang didasarkan kepada dalil *naqli* (*'illat naqliyah*) dan illat yang didasarkan kepada dalil akal (*istinba>t*).⁵⁴

Pengarang kitab *Matan Jam'u al-Jawa>mi* mengistilahkan dengan *'illat mans}u>s}ah* dan *mustanbat}ah*. *'Illat mans}u>s}ah* adalah *'illat* yang dipandang *qat}i* oleh ulama us}ul. Adapun *'illat mustanbat}ah* adalah penetapan *'illat* berdasarkan ketajaman penalaran seseorang mujtahid dalam menentukan apa yang menjadi alasan suatu penetapan hukum syara' karena nash tidak menyebutkan atau tidak memberi isyarat tentang alasan yang melatarbelakangi ketetapan hukum tersebut. Mashlahah mursalah sebagai metode hukum yang memertimbangkan adanya kemanfaatan yang mempunyai akses secara umum dan kepentingan tidak terbatas, tidak terikat. Dengan kata lain mashlahah mursalah merupakan kepentingan yang diputuskan bebas, namun tetap terikat pada konsep syari'ah yang mendasar. Karena syari'ah sendiri ditunjuk untuk memberikan kemanfaatan kepada masyarakat secara umum dan berfungsi untuk memberikan kemanfaatan dan mencegah kemadharatan (kerusakan).

Untuk menjaga kemurnian metode *maslah}ah mursalah* sebagai landasan hukum Islam, maka harus mempunyai dua dimensi penting, yaitu sisi pertama harus

⁵⁴ Munawar Kholil, *Kembali Kepada al-Qur'an dan as-Sunnah* (Semarang: Bulan Bintang, t.t.), 43.

tunduk dan sesuai dengan apa yang terkandung dalam nash (al-Qur'an dan al-Hadis) baik secara tekstual atau kontekstual. Sisi kedua harus mempertimbangkan adanya kebutuhan manusia yang selalu berkembang sesuai zamannya. Kedua sisi ini harus menjadi pertimbangan yang secara cermat dalam pembentukan hukum Islam, karena bila dua sisi di atas tidak berlaku secara seimbang, maka dalam hasil *istinbat* hukumnya akan menjadi sangat kaku di satu sisi dan terlalu mengikuti hawa nafsu di sisi lain. Sehingga dalam hal ini perlu adanya syarat dan standar yang benar dalam menggunakan *maslahah mursalah* baik secara metodologi maupun aplikasinya.

Dengan pemikiran al-Syatibi yang dikuatkan oleh ulama lainnya maka dapat difahami bahwa *maslahah mursalah* dapat dijadikan sebagai landasan hukum serta dapat diaplikasikan dalam tindakan sehari-hari bila telah memenuhi syarat sebagai tersebut di atas, dan ditambahkan *maslahah* tersebut merupakan kemaslahatan yang nyata, tidak sebatas kemaslahatan yang sifatnya masih prasangka, yang sekiranya dapat menarik suatu kemanfaatan dan menolak kemudharatan. Dan masalah tersebut mengandung kemanfaatan secara umum dengan mempunyai akses secara menyeluruh dan tidak bertentangan dengan tujuan yang dikandung dalam al-Qur'an, al-Hadis, ijma' dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pokok pertimbangan Mahkamah Agung dalam memberikan wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama adalah dalam rangka mengisi kekosongan hukum, oleh karena itu menganalisisnya selain menggunakan teori *maqasid al-syari'ah*, juga harus menggunakan metode-metode penemuan hukum, baik menurut hukum umum, maupun menurut hukum Islam.

Dalam hukum umum metode penemuan hukum secara garis besar dibedakan kepada tiga macam, yakni interpretasi, argumentasi dan penemuan hukum bebas.

Metode Interpretasi

Metode interpretasi digunakan dalam hal peraturan perundang-undangannya ada tetapi tidak atau kurang jelas, metode argumentasi digunakan dalam hal aturan perundang-undangannya tidak lengkap, sedangkan metode

penemuan hukum bebas diperuntukkan bagi peristiwa wa-peristiwa yang tidak dijumpai aturan perundang-undangnya, yaitu membentuk pengertian-pengertian hukum.⁵⁵

Metode interpretasi adalah metode untuk menafsirkan teks perundang-undangan yang tidak jelas, agar perundang-undangan tersebut dapat diterapkan terhadap peristiwa konkret tertentu. Ajaran interpretasi dalam penemuan hukum ini sudah lama dikenal yang disebut dengan hermeneutika yuridis.⁵⁶ Termasuk kepada metode interpretasi adalah interpretasi gramatikal, interpretasi sistematis, interpretasi historis, interpretasi sosiologis, interpretasi komparatif, interpretasi antisipatif, interpretasi restriktif, interpretasi ekstensif, interpretasi subsumtif, interpretasi interdisipliner dan interpretasi multidisipliner.

Interpretasi gramatikal adalah penafsiran aturan perundang-undangan berdasarkan kaidah bahasa, yakni kata-katanya. Interpretasi sosiologis adalah penafsiran aturan perundang-undangan dengan melihat tujuan kemasyarakatan dibentuknya aturan perundang-undangan. Bila terjadi kesenjangan antara sifat positif hukum dengan tujuan kemasyarakatan dibentuknya hukum, maka tujuan kemasyarakatan lebih diutamakan. Penafsiran sistematis adalah penafsiran peraturan perundang-undangan dengan menghubungkan dengan peraturan hukum lain atau keseluruhan sistem peraturan hukum dalam suatu negara. Penafsiran historis atau sejarah. Ini terbagi dua, pertama penafsiran dengan meneliti sejarah yang melatar belakangi aturan perundang-undangan atau pasal tersebut dan kedua penafsiran dengan meneliti sejarah penetapan aturan perundang-undangan ataupun pasal tertentu, seperti catatan, berita acara, memo dan dokumen-dokumen penting lainnya.⁵⁷ Ini disebut juga penafsiran teleologis.

Interpretasi komparatif, adalah penafsiran dengan cara membandingkan antara berbagai sistem hukum. Ini dimaksudkan untuk mencari kejelasan mengenai suatu ketentuan perundang-undangan yang satu dengan undang-undang lainnya

⁵⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, 2005), 168.184.

⁵⁶ Jazim Hamidi, *Metode Penemuan Hukum* (Yogyakarta: UII Press, 2005), 50. Juga Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 413.

⁵⁷ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 414.

dalam satu sistem hukum. Interpretasi antisipatif adalah menafsirkan aturan perundang-undangan berdasarkan aturan perundang-undangan lain yang belum berlaku, tetapi akan berlaku. Interpretasi restriktif adalah penafsiran aturan perundang-undangan dengan membatasi ruang lingkup ketentuan berdasarkan bahasa. Interpretasi ekstensif atau perluasan adalah penafsiran aturan perundang-undangan dengan melampaui batas-batas pengertian gramatikal.⁵⁸

Interpretasi subsuntif adalah penafsiran aturan perundang-undangan dengan cara sillogisme, yaitu mengambil kesimpulan dari hal-hal yang bersifat umum (premis mayor atau peraturan perundang-undangan) dengan hal-hal yang bersifat khusus (premis minor atau peristiwanya). Selanjutnya interpretasi interdisipliner, yaitu interpretasi dengan menggunakan berbagai disiplin ilmu hukum, seperti menafsirkan makna korupsi dengan menggunakan berbagai cabang ilmu hukum, misalnya pidana, perdata dan tata negara. Selanjutnya interpretasi multidisipliner, yaitu penafsiran aturan perundang-undangan merujuk kepada disiplin ilmu lain di luar disiplin ilmu hukum. Hal ini dilakukan hakim terutama terkait dengan peristiwa-peristiwa hukum di era global yang semakin kompleks, misalnya untuk penafsiran makna kejahatan terorisme selain menggunakan cabang-cabang ilmu hukum juga menggunakan cyber crime, white color crime, dan sebagainya.⁵⁹

Metode Argumentasi

Metode argumentasi diperlukan ketika tidak ada atau tidak ditemukan ketentuan hukum dalam aturan perundang-undangan atau terjadi kekosongan hukum. Metode argumentasi disebut juga metode konstruksi, atau metode penalaran hukum atau *reasoning*.

Proses penemuan hukum dengan menggunakan metode argumentasi atau penalaran hukum dapat dilakukan dengan beberapa cara, yakni *argumentum per*

⁵⁸ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 415-416.

⁵⁹ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 417-418.

analogium (analogi, kiyas), *argumentum a contrario*,⁶⁰ dan penyempitan/pengkonkretan hukum.⁶¹

Metode *argumentum per analogium* atau analogi yakni memperluas peraturan perundang-undangan yang terlalu sempit ruang lingkungannya, kemudian diterapkan terhadap peristiwa yang serupa, sejenis atau mirip dengan yang diatur dalam undang-undang. Dengan metode analogi, maka peristiwa yang serupa, sejenis atau mirip dengan yang diatur dalam undang-undang diperlakukan sama. Jadi metode analogi ini merupakan metode penemuan hukum dimana hakim mencari esensi yang lebih umum dari sebuah peristiwa hukum atau perbuatan hukum baik yang telah diatur oleh undang-undang maupun yang belum ada peraturannya.⁶²

Metode *argumentum a contrario* merupakan metode penemuan hukum yang memberikan kesempatan kepada hakim untuk melakukan penemuan hukum dengan pertimbangan bahwa apabila undang-undang menetapkan hal-hal tertentu untuk peristiwa tertentu, berarti peraturan itu terbatas pada peristiwa tertentu itu dan bagi peristiwa di luarnya berlaku kebalikannya. Adakalanya suatu peristiwa tidak diatur dalam undang-undang, akan tetapi diatur kebalikannya. Jadi, inti dari *argumentum a contrario* ini adalah mengedepankan cara penafsiran yang berlawanan dengan pengertian kebalikannya (*mafhu>m mukhalafah*-nya).⁶³ Metode ini merupakan cara menjelaskan makna undang-undang dengan didasarkan pada pengertian yang sebaliknya dari peristiwa konkret yang dihadapi dengan peristiwa yang diatur dalam undang-undang. Apabila suatu peristiwa tertentu diatur dalam undang-undang, tetapi peristiwa lainnya yang mirip tidak, maka berlaku hal yang sebaliknya.

⁶⁰ Philipus M. Hadjon dan Tatik Sri Djatmiati, *Argumentasi Hukum* (Yogyakarta: Gajah Mada University Press, 2011), 27.

⁶¹ Muwahid. "Metode Penemuan Hukum (Rechtsvinding) Oleh Hakim Dalam Upaya Mewujudkan Hukum Yang Responsif". *Al-Hukama, The Indonesian Journal of Islamic Family Law* 07, No. 1 (Juni 2017), 241.

⁶² Sudikno Mertokusumo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum* (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 1993), 22.

⁶³ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif* (Jakarta: Sinar Grafika, 2010), 81.

Metode penyempitan hukum (*rechtsvervinjing*) dilakukan apabila peraturan perundang-undangan terlalu luas ruang lingkupnya sehingga perlu penyempitan untuk dapat diterapkan kepada suatu peristiwa tertentu. Metode penyempitan hukum/pengkongkritan hukum, bertujuan untuk mengkongkritkan/ menyempitkan suatu aturan hukum yang terlalu abstrak, pasif, serta umum, agar dapat diterapkan terhadap suatu peristiwa tertentu.⁶⁴

Metode Penemuan Hukum Bebas

Pada metode ini hakim tidak berfungsi sebagai petugas yang menjelaskan atau menafsirkan undang-undang, tetapi sebagai pencipta hukum. Penemuan hukum yang tidak terikat dengan undang-undang inilah yang disebut sebagai penemuan hukum bebas. Hakim dapat melihat undang-undang sebagai sarana untuk membantu menemukan hukumnya. Dalam hal ini ia tidak mengikuti atau berpijak pada undang-undang, tetapi undang-undang digunakan sebagai alat untuk menemukan pemecahan suatu peristiwa konkret.⁶⁵

Selain itu ada juga metode yang disebut dengan metode fiksi hukum, yakni anggapan bahwa semua orang mengetahui hukum.⁶⁶ Metode fiksi hukum ini sangat dibutuhkan oleh hakim dalam praktik peradilan, karena seseorang yang didakwa melakukan suatu tindak pidana tidak dapat beralih untuk dibebaskan dengan alasan tidak mengetahui hukum yang mengatur tentang kejahatan yang dilakukan.⁶⁷ Para ahli berbeda pendapat mengenai fiksi hukum ini, Sacipto Raharjo berpandangan, fiksi hukum merupakan bagian dari konstruksi hukum. Sedangkan Paul Scholten berpandangan, fiksi hukum dan konstruksi hukum berbeda. Perbedaannya bahwa pada konstruksi sebagian fakta-faktanya dapat dihilangkan, sedangkan pada fiksi hukum sebaliknya, yakni bahwa fakta yang oleh peristiwanya tidak dikemukakan, dapat ditambahkan.⁶⁸

Dalam hukum Islam metode penemuan hukum oleh para ahli ushul fikih disebut *thuruq al-istinbath*, yaitu mengeluarkan hukum dari dalil, jalan istinbath ini

⁶⁴ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, 83.

⁶⁵ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 417-418.

⁶⁶ Muwahid, Muwahid. "Metode Penemuan Hukum", 246.

⁶⁷ Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim dalam Perspektif Hukum Progresif*, 85.

⁶⁸ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis* (Jakarta: Gunung Agung, 2002), 189-200.

memberikan kaidah-kaidah yang bertalian dengan pengeluaran hukum dari dalil.⁶⁹ Metode istinbath hukum ini dipengaruhi oleh kecenderungan pemikiran filsafat dalam Islam. Menurut Bakhtiar tiga unsur yang termasuk kajian epistemologi dalam merumuskan dan mengembangkan hukum Islam adalah *bayani*, *ta'lili* dan *istislahi*.⁷⁰ Al-Jabiri mengemukakan rumusan yang berbeda, menurutnya kecenderungan pemikiran filsafat Islam tersebut adalah *baya>ni*, *burha>ni* dan *'irfa>ni*.⁷¹

Secara istilah bayani didefinisikan ulama ushul fiqh sebagai:

إِخْرَاجُ الشَّيْءِ مِنْ خَيْرِ الْإِشْكَالِ إِلَى خَيْرِ الْوُضُوحِ⁷²

Mengeluarkan sesuatu dari tempat yang samar ke tempat yang jelas.

Definisi ini menunjukkan bahwa bayani bersifat mengeluarkan ketentuan hukum yang terdapat di dalam nash yang masih terlihat samar sampai tersingkap secara jelas sehingga dapat diamalkan secara utuh. Oleh karenanya, metode ini berdasar pada pembacaan teks nash dengan pendekatan linguistik (kaidah-kaidah kebahasaan).⁷³

Metode bayani berupaya mengeluarkan ketentuan hukum dengan bertumpu kepada nash atau dalil itu sendiri dengan menggunakan ketentuan-ketentuan kebahasaan atau lughawi, disebut juga dengan metode semantik.⁷⁴ Obyek kajian metode ini adalah teks dalil Al-Qur'an atau Al-Hadits sendiri yang ditinjau dari berbagai segi, seperti segi Obyek metode ini adalah teks hukum al-Qur'an dan hadis dengan melihatnya dari beberapa segi. Pertama, segi terang dan samarnya makna atau pernyataan hukum, sehingga ditemukan pernyataan hukum yang jelas (*zahir ad-dalalah*) dan tidakjelas (*khafi ad-dalalah*). Kedua, dari segi penunjukan kepada

⁶⁹ M. Burhanuddin Ubaidillah dan Nur Ayu Risqina. "Trilogi Epistemologi: Bayani, Burhani & 'Irfani Sebagai Metode Penemuan Hukum Islam." *Jas Merah, Jurnal Hukum dan Al-Ahwal Al-Syakhsiyah* 3, No. 2 (Mei 2024): 20.

⁷⁰ Bakhtiar. "Epistemologi Bayani, Ta'lili dan Istislahi Dalam Pengembangan Dan Pembaharuan Hukum." *Tajdid* 18, No. 1 (Juli 2015): 4.

⁷¹ Muhammad Abed al-Jabiri, *Formasi Nalar Arab: Kritik Tradisi Menuju Pembebasan dan Pluralisme Wacana Interreligius*, terj. Imam Khoiri, (Yogyakarta: IRCiSoD, 2003), 157.

⁷² Haitsam Hilal, *Mu'ja>m Mus}t}alah al-Us}u>l* (Kairo: Da>r al-Ji>l, 2003), 57.

⁷³ M. Burhanuddin Ubaidillah dan Nur Ayu Risqina. "Trilogi Epistemologi: Bayani, Burhani & 'Irfani", 21.

⁷⁴ Majelis Tarjih dan Tajdid Pimpinan Pusat Muhammadiyah, *Keputusan Musyawarah Nasional XXV Tarjih Muhammadiyah* (Jakarta: 1421H/ Juli 2000), 10.

makna yang dimaksud. Ketiga, dilihat dari luas sempitnya cakupan makna dalam suatu pernyataan hukum. Keempat, dari segi bentuk-bentuk taklif meliputi amar (perintah) dan nahi (larangan).⁷⁵

Wahbah al-Zuhaili mengemukakan al-bayan ke dalam lima bentuk: Pertama, *baya>n taqri>r*, yaitu menguatkan makna suatu lafaz menuju kepastian yang mengandung kemungkinan majaz atau khusus, seperti lafaz *kulluhum* yang mengiringi lafaz } malaikat pada QS al-Hijr ayat 30, sehingga berarti sedmua malaikat. Kedua, *baya>n tafsi>r*, yaitu memberikan penjelasan terhadap lafaz yang mengandung makna yang tersembunyi dari lafaz *musytarak*, *mujmal* dan sejenisnya. Misalnya ayat *wa aqimu al-s}ala>t wa atu al-zaka>t*, lafaz *s}alat* dan *zakat* yang terdapat dalam ayat tersebut bersifat *mujmal* sehingga untuk mengamalkannya diperlukan penjelasan lanjutan dari sunnah yang menjelaskan tentang rincian tatacara pelaksanaannya. Ketiga, *baya>n tagyi>r*, yaitu memberikan penjelasan terhadap perubahan makna zahir kepada yang lain seperti adanya syarat atau *istis/na* (pengecualian). Misalnya, perintah pembayaran mahar yang mesti dilakukan secara penuh, namun dapat dibayar seperdua saja sebagaimana yang ditegaskan dalam QS. al-Baqarah (2) ayat 237.

Kelima, *baya>n d}aru>rah* atau *dila>lah al-suku>t*, yaitu *baya>n* yang berwujud lafaz } yang hanya berlaku saat darurat. Jenis *baya>n* ini dibagi dalam empat bentuk. Pertama, tidak disebutkan, tetapi dihukumi dan diucapkan, seperti dalam Al-Qur'an Al-Nisa', surah ke 4: 11. Ayat ini adalah ayat mengenai bagian orang tua, tetapi yang disebutkan hanya bagian ibu, maka bagian ayah adalah sisanya. Kedua, keadaan diam adalah menjadi hukum, seperti diamnya seorang anak gadis ketika dimintai persetujuannya untuk dinikahkan, dapat dipandang menerima. Ketiga, keadaan diam untuk menghindari adanya *mud}ara>t*. Keempat, tidak disebutkan, tetapi telah dikenal masyarakat, misalnya, dalam menyebutkan jumlah.⁷⁶

⁷⁵ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum (Studi Komparatif Antara Hukum Islam dan Hukum Positif)". *Jurnal Penelitian Agama* XVII, No. 2 (Mei-Agustus 2008): 411.

⁷⁶ Wahbah al-Zuhaili, *Us}u>l al-Fiqh al-Isla>mi*, (Bairu>t: Da>r al-Fikr, 1986), 199.

Episteme *ta'li>li* atau metode penemuan hukum *ta'li>li* adalah mekanisme atau prosedur dalam menemukan, merumuskan dan menggali hukum melalui penalaran ilat. Dengan kata lain, episteme ini merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan 'illah-'illah hukum yang terdapat dalam suatu nash.⁷⁷ Metode ini diperlukan ketika metode bayani atau kebahasaan tidak dapat menjangkau suatu masalah yang sedang dicari hukumnya, baik karena tidak menjangkau sama sekali ataupun karena tidak jelas meskipun semua metode bayani telah dilakukan. Metode ini bertumpu kepada pencarian illat yang terkandung pada suatu ketentuan hukum. Sebagian ahli mengkategorikan qiyas dan istihsan kepada metode ini.⁷⁸ Qiyas bertumpu pada pencarian dan kepastian 'illat hukum suatu masalah dan menetapkan hukum masalah lain dengan mempersamakan 'illatnya. Sedangkan istihsan adalah penggalian hukum dengan bertumpu kepada kemaslahatan dan menghindari mafsadat serta kesulitan.

Metode *Istis}la>h}i*. Metode ini dikenal dengan nama-nama yang berbeda di kalangan para ulama ushul fiqh. Metode ini bertumpu kepada kemaslahatan dalam menyelesaikan suatu peristiwa dimana nash tidak ada menunjuk langsung tentang hukumnya. Istilah istislahi pada mulanya digunakan oleh ulama Hanabilah, ulama Hanafiyah untuk maksud yang sama menggunakan istilah istihsan, sedangkan ulama Malikiyah menawarkan istilah lain berupa *mas}la>h}ah mursalah*.⁷⁹ Semua istilah yang digunakan ulama mujtahid tersebut tetap bermuara pada *mas}la>h}ah* meskipun nash sendiri tidak menjelaskannya secara eksplisit. Penyingkapan masalah yang dimaksud dilakukan oleh ulama ushul fiqh melalui penalaran dan *istiqra'*. Perkembangan zaman, kemajuan teknologi dan perubahan sosial telah mendorong timbulnya masalah-masalah baru dan rumit yang tidak dapat diselesaikan dengan metode *baya>ni* dan *ta'li>li* sehingga mengharuskan para mujtahid menggunakan cara lain dalam menemukan hukumnya, yakni *istis}la>h}i* atau *mas}la>h}ah mursalah*.

⁷⁷ Asafri Jaya Bakri, *Konsep Maqasid d al- Shari'ah menurut al-Syatibi* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996), 133.

⁷⁸ Bakhtiar. "Epistemologi Bayani, Ta'lili dan Istislahi", 12.

⁷⁹ Bakhtiar. "Epistemologi Bayani, Ta'lili dan Istislahi ", 14.

Mas}lah}ah mursalah, yaitu menetapkan hukum dengan pertimbangan mengambil manfaat dan meniadakan kedaratan. Jadi, *Jalb al-mas}a>lih} wa dar'u al-mafa>sid* disebabkan tidak ada nash yang melarangnya atau memerintahkannya, namun ada dalam kekosongan hukum.

Mas}lah}ah berasal dari kata jadian, *s}ad-la>m-h}a*, kemudian terbentuk kata *}alah}a*, *}aluh}a*, *s}ala>h}an*, *}ulu>han* dan *s}ala>h}iyyatan* yang bermakna baik atau positif.⁸⁰ *Mas}lah}ah* merupakan bentuk kata keterangan (*ma}dar*) dari kata kerja (*fi'il*) *}alah}a*, karena itu secara morfologis (*s}araf*) memiliki pola (*wazan*) seperti kata *manfa'ah*.⁸¹ Pengertian etimologi ini mengantar pemahaman kepada pengertian secara istilah dan bahkan kata masalahat sudah sering dipakai dalam percakapan sehari-hari. Seperti sebutan kemaslahatan manusia, penyebutan masalahat sebagai lawan dari mudharat, penyebutan masalahat dan manfaat dan sebagainya.

Secara etimologi kata *al-mas}lah}ah*, jamaknya *mas}a>lih* berarti sesuatu yang baik, yang bermanfaat, dan merupakan lawan dari keburukan dan kerusakan. *Mas}lah}ah* kadang-kadang disebut dengan istilah yang berarti mencari yang benar. Esensi *ma}lah}ah* adalah terciptanya kebaikan dan kesenangan dalam kehidupan manusia serta terhindar dari hal-hal yang dapat merusak kehidupan umum.⁸² Inti dalam rumusan ini adalah kebaikan dan kesenangan dalam kehidupan manusia dan juga segala hal yang dapat menghindarkan manusia dari kerusakan. Kebaikan dan kesenangan tersebut adalah kebaikan dan kesenangan yang sejalan dengan tuntunan syara', bukan kesenangan dan kebaikan yang disandarkan kepada keinginan hawa nafsu. Hal itu karena kesenangan yang disandarkan kepada keinginan hawa nafsu sudah barang tentu bertentangan dengan tujuan syari'at Islam atau *maqashid al-Syari'ah*. Oleh karena itu masalahat dimaksud meskipun tidak

⁸⁰ Ahmad Warson Munawwir, *Kamus al-Munawwir* (Surabaya: Pustaka Progresif, 1997), 788.

⁸¹ Tgk. Safriadi, *Maqashid al-Syari'ah & al-Maslahah, Kajian terhadap pemikiran Ibnu 'Asyur dan Sa'id Ramadhan al-Buthi* (Banda Aceh: Sefa Bumi Persada, 2021), 64.

⁸² Hasballah Thaib, Tajdid, *Reaktualisasi dan Elastisitas Hukum Islam* (Medan: Program Pascasarjana Universitas Sumatera Utara, 2003), 27.

ditunjuk langsung oleh nash al-Qur'an atau hadits, namun tidak boleh bertentangan dengan Al-Qur'an dan al-hadits.

Metode lainnya seperti dikemukakan oleh Al-Jabiri adalah metode 'irfani. Menurut Alparslan sebagaimana dikemukakan oleh M. Burhanuddin Ubaidillah, secara etimologi, kata '*irfan* berasal dari bahasa arab, merupakan bentuk *mas}dar* dari kata '*arafa*, semakna dengan ma'rifah, atau dalam istilah Yunani disebut gnosis, yaitu pengetahuan tentang sesuatu yang diperoleh melalui berfikir (*tafakkur*) dan kontemplasi (*tadabbur*). Dalam bahasa arab, *ma'rifah* berbeda dengan ilmu. Kalau *ma'rifah* dihasilkan melalui keterhubungan langsung dengan objek pengetahuan dalam artian subjek mengalami keterhubungannya dengan objek, sementara ilmu dihasilkan melalui transformasi (*naql*) ataupun rasionalitas ('*aql*). Menurut Alparslan keduanya berbeda karena lahir dari instrument batin manusia yang berbeda juga, jika 'ilm dihasilkan dari akal ('*aql*), sedangkan *ma'rifah* dari hati (*qalb*).⁸³

Epistemologis '*Irfani* tidak didasarkan atas teks seperti bayani, tetapi pada *kasyf* (tersingkapnya rahasia-rahasia realitas Tuhan). Epistemologis '*Irfani* diperoleh olah ruhani. Dengan kesucian hati, diharapkan Tuhan melimpahkan pengetahuan langsung kepadanya. Masuk dalam pikiran, dikonsep dan dikemukakan kepada orang lain secara logis. Dengan demikian Epistemologis Irfani diperoleh melalui tiga tahapan. Pertama, persiapan, Kedua, penerimaan, Ketiga, pengungkapan dengan lisan atau tulisan.⁸⁴ Oleh karena itu pula tidak semua ulama us}u>l mengkataegorinya sebagai metode penemuan hukum atau dalil hukum.

Selain metode *baya>ni*, *burha>ni* atau *ta'li>li* dan '*irfa>ni*, menurut Riyanta ada juga metode lain dalam menemukan hukum menurut hukum Islam, yakni metode sinkronisasi. Metode sinkronisasi adalah upaya mengambil ketentuan hukum dari dalil-dalil yang saling bertentangan. Disebut saling berlawanan atau bertentangan adalah apabila dalil-dalil tersebut dari segi

⁸³ M. Burhanuddin Ubaidillah dan Nur Ayu Risqina. "Trilogi Epistemologi: Bayani, Burhani & 'Irfani", 29.

⁸⁴ Simuh, Tasawuf dan Perkembangannya Dalam Islam, (Jakarta : Rajawali Press, 1977), 49-72.

kedudukannya satu derajat, seperti sama-sama dalil Al-Quran atau sama-sama hadis shaheh dan sebagainya.⁸⁵

Dalam menghadapi perlawanan atas dua dalil yang demikian, maka harus dilakukan sinkronisasi yang bertujuan mempertemukan berbagai konflik hukum dan menyelesaikan pertentangan dalil tersebut melalui jama', nasakh atau tarjih. Pertama, menjamakkan kedua nas yang lahirnya berlawanan, jika usaha ini berhasil, maka pada hakekatnya tidak terjadi ta 'arud. Kedua, mentarjihkan salah satunya dengan dengan segala jalan tarjih, bila usaha menjamakkan tidak berhasil. Ketiga, meneliti sejarah datangnya kedua nas untuk ditetapkan yang datang kemudian sebagai nasikh terhadap yang datang lebih dulu. Keempat, jika ketiga usaha berturut-turut tersebut tidak berhasil, maka dibekukan untuk beristidlal dengan kedua nas tersebut dan berpindah beristidlal dengan dalil lain.⁸⁶ Pendapat ini juga diikuti oleh beberapa organisasi keagamaan Islam di Indonesia, seperti Muhammadiyah⁸⁷ dan Persatuan Islam⁸⁸.

2. *Middle Theory*: Teori Keadilan, Kepastian dan Kemanfaatan Hukum (Asas Hukum) Gustav Radbruch

Menurut Gustav Radbruch, pembentukan hukum harus mampu menjamin kepentingan rakyat dan penegakan hukum harus mampu mewujudkan keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum. Kepastian hukum merupakan kebutuhan masyarakat yang sangat fundamental, sedangkan harapan hukum yang adil hanya dapat terpenuhi atas dasar kepastiannya melalui positivasi hukum, atas pemahaman tersebut maka kepastian dan keadilan merupakan hakikat hukum dalam arti bahwa terselenggaranya hukum secara baik maka hukum positif harus merupakan realisasi dari prinsip-prinsip keadilan yang merupakan dasar tuntutan asasi manusia untuk terpenuhi.⁸⁹

⁸⁵ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 412.

⁸⁶ Riyanta. "Metode Penemuan Hukum", 413.

⁸⁷ Jaih Mubarak, *Metodologi Ijtihad Hukum Islam* (Yogyakarta: UII Press, 2002), 212 .

⁸⁸ Shiddiq Amin, *Kumpulan Keputusan Dewan Hisbah Peratuan Islam* (Bandung: Persis Press, 2001), 40.

⁸⁹ Gustav Radbruch, *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, ed. John H. Wigmore, dkk. (Massachusetts: Harvard University Press, 1950), 112. Lihat juga Feri Setiawan

Menurut Gustav Radbruch keadilan, kepastian dan kemanfaatan hukum merupakan asas hukum. Keadilan harus mempunyai posisi yang pertama dan yang paling utama dari pada kepastian hukum dan kemanfaatan. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian hukum menempati peringkat yang paling atas diantara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut di Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu. Gustav Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut diatas dengan menempatkan tujuan keadilan menempati posisi diatas tujuan hukum yang lain. Sebagaimana diketahui bahwa didalam kenyataannya sering kali antara kepastian hukum terjadi benturan dengan kemanfaatan, atau antara keadilan dengan kepastian hukum, antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan.⁹⁰

Teori asas hukum Gustav Radbruch tentang keadilan, kepastian, dan kemanfaatan hukum merupakan tujuan hukum yang dijabarkan sebagai berikut:

1. Keadilan adalah kondisi dimana kasus yang sama diperlakukan secara sama. Adapun keadilan berhubungan dengan hati nurani. Keadilan bukan tentang definisi yang formal karena berhubungan dengan kehidupan manusia sehari-hari. Hati nurani ini memiliki posisi yang sangat tinggi karena berhubungan dengan rasa dan batin yang paling dalam. Terhadap keadilan, Radbruch menyatakan: "*Summum ius summa iniuria*" yang berarti keadilan tertinggi adalah hati nurani. Radbruch punya penekanan dan mengoreksi pandangannya sendiri, bahwa cita hukum tidak lain adalah keadilan.
2. Kepastian yang berarti bahwa kepastian merupakan tuntutan hukum, ialah supaya hukum menjadi positif dalam artian berlaku dengan pasti. Hukum harus ditaati, dengan demikian hukum itu positif, yang artinya kepastian hukum ditujukan untuk melindungi kepentingan setiap individu agar mereka mengetahui perbuatan apa saja yang dibolehkan dan sebaliknya perbuatan

Samad, *Konsolidasi Supremasi Hukum Guna Memantapkan Kewaspadaan Nasional Dalam Rangka Ketahanan Nasional*, (Jakarta: Lembaga Ketahanan Nasional Republik Indonesia, 2011) 19.

⁹⁰ Ermanto Fahamsyah (Ed), *Pengantar Ilmu Hukum*, (Bali: Infes Media, 2022), 36.

mana yang dilarang sehingga mereka dilindungi dari tindakan kesewenang-wenangan pemerintah. Kepastian hukum merupakan salah satu nilai dasar yang menginginkan adanya kejelasan dari fakta hukum yang membuat hukum benar-benar positif untuk berlaku pada suatu negara (*ius constitutum*).

Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu :

3. “Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah undang-undang. Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan. Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan. Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah”.⁹¹
4. Kemanfaatan hukum ditujukan pada sesuatu yang bermanfaat atau memiliki manfaat. Hukum pada hakikatnya bertujuan untuk menghasilkan kesenangan atau kebahagiaan bagi orang banyak. Bahwa negara dan hukum diciptakan untuk manfaat sejati yaitu kebahagiaan mayoritas masyarakat.⁹²

Kemanfaatan itu sendiri menurut Radbruch adalah bersifat individual, berbeda halnya dengan keadilan yang bersifat general. Radbruch mengemukakan bahwa keadilan hanya meminta perlakuan yang setara, dan oleh karenanya terdapat generalisasi. Sementara kemanfaatan justru sebaliknya. Kemanfaatan mensyaratkan ketidaksetaraan, karena kemanfaatan hanya dapat dinikmati secara individual. Maka itu dalam kemanfaatan, yang terjadi adalah individualisasi, lawan dari generalisasi.⁹³

Teori Gustav Radbruch tersebut juga dikemukakan Sudikno Mertokusumo dalam bukunya dengan menekankan adanya tujuan hukum yang ideal, yakni 1) keadilan hukum; 2) kepastian hukum; dan 3) kemanfaatan hukum. Dengan teori tujuan hukum yang secara sederhana ingin menjelaskan bahwa hukum dalam

⁹¹ Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, (Jakarta: Kompas, 2006), 85.

⁹² Gustav Radbruch, *The Legal Philosophies of Lask*, 113.

⁹³ Gustav Radbruch, *Legal Philosophy*, 107-109.

tujuannya perlu berorientasi pada tiga hal tersebut. Teori tujuan hukum apabila ditarik kebelakang tidak akan lepas dari suatu pandangan teologis bahwa segala sesuatu yang bereksistensi pasti memiliki tujuan tertentu. Hal ini juga berlaku terhadap hukum yang tentunya memiliki sesuatu yang hendak dicapai dan bersifat ideal.⁹⁴

Aristoteles (384-322 SM) sebagaimana dikemukakan Mohammad Reza Heidari membedakan keadilan secara umum ke dalam lima bentuk, yaitu: pertama, keadilan *komutatif*, yaitu perlakuan terhadap seseorang tanpa melihat jasa-jasa yang dilakukannya. Kedua, keadilan *distributif*, yaitu perlakuan terhadap seseorang sesuai dengan jasa-jasa yang telah dibuatnya. Ketiga, keadilan kodrat alam, yaitu memberi sesuatu sesuai dengan yang diberikan orang lain kepada kita. Keempat, keadilan konvensional, yaitu seseorang yang telah mentaati segala peraturan perundang-undangan yang telah diwajibkan. Kelima, keadilan menurut teori perbaikan adalah seseorang yang telah berusaha memulihkan nama baik orang lain yang telah tercemar.⁹⁵ Disebut juga keadilan korektif.

John Rawls mengatakan keadilan itu adalah kewajaran (*justice as a fairness*).⁹⁶ Atau lebih leluasa diartikan keadilan yang sebenarnya.⁹⁷ Maksudnya bahwa semua orang berhak atas keadilan. Bahwa bukan hanya mereka yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak memperoleh manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan itu juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya.⁹⁸

Untuk itu menurut Rawls terdapat dua prinsip keadilan yang akan dipilih pada posisi awal. Pertama setiap orang mempunyai hak yang sama terhadap kebebasan dasar yang paling luas sesuai dengan kebebasan sejenis yang dimiliki orang lain. Kedua, perbedaan sosio religious dan ekonomi harus diatur agar

⁹⁴ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar* (Yogyakarta: Liberty, 1999), 145-146.

⁹⁵ Mohammad Reza Heidari. "A Comparative Analysis of Distributive Justice in Islamic and Non-Islamic Frameworks." *Islamic Conference -iECON* (2007): 2.

⁹⁶ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, (Jakarta: Kencana, 2017), 94.

⁹⁷ Muhammad Taufik. "Filsafat John Rawls tentang Teori Keadilan." *Mukaddimah, Jurnal Studi Islam* 19, no.1 (2013): 62.

⁹⁸ Taufik. "Filsafat John Rawls." *Mukaddimah* 19, no.1 (2013): 52.

perbedaan-perbedaan tersebut menjadi keuntungan bagi setiap orang dan posisi, kedudukan, status, ruang yang terbuka bagi setiap orang dapat diwujudkan.⁹⁹ Mengenai yang kedua menurut Rawls terbagi dua, yang pertama adalah *the different principle* dan kedua adalah *the principle of fair equality of opportunity*. Keduanya diharapkan memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung, serta memberikan penegasan bahwa dengan kondisi dan kesempatan yang sama, semua posisi dan jabatan harus terbuka bagi semua orang (Prinsip Perbedaan Obyektif). *The different principle*, dan *the principle of fair and equality of opportunity* merupakan prinsip perbedaan obyektif, artinya prinsip kedua tersebut menjamin terwujudnya proporsionalitas pertukaran hak dan kewajiban para pihak, sehingga secara wajar (obyektif) diterima adanya perbedaan pertukaran asalkan memenuhi syarat *good faith and fairness*.¹⁰⁰

Menurut Rawls keadilan hanya bisa dipahami jika ia diposisikan sebagai keadaan yang hendak diwujudkan oleh hukum. Upaya untuk mewujudkan keadilan dalam hukum tersebut merupakan proses yang dinamis yang memakan banyak waktu. Upaya ini sering kali juga didominasi oleh kekuatan-kekuatan yang bertarung dalam kerangka umum tatanan politik untuk mengaktualisasikannya.¹⁰¹

Selain itu ada pula teori keadilan formal dan teori keadilan substansial. Teori keadilan formal disebut juga teori kepastian hukum (*legal certainty*)¹⁰² yakni teori yang menyatakan bahwa tujuan hukum yang utama adalah kepastian hukum yang dapat dilihat pada aturan perundang-undangan yang berlaku. Teori keadilan formal tidak lain adalah bagian dari positivisme hukum. Inti pandangan positivisme hukum adalah bahwa hukum merupakan norma-norma atau kaidah yang dituangkan dalam aturan perundang-undangan, sehingga sifatnya konkrit dan dirumuskan dalam rumusan-rumusan yang jelas dan tegas. Aliran positivisme hukum berakar

⁹⁹ John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge, Massachuset: Harvard University Press, 1997), 12.

¹⁰⁰ Taufik. "Filsafat John Rawls." *Mukaddimah* 19, no.1 (2013): 52.

¹⁰¹ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis* (Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004), 239.

¹⁰² Mirza Satria Buana, *Hubungan Tarik-Menarik Antara Asas Kepastian Hukum (Legal Certainty) Dengan Asas Keadilan (Substantial Justice) Dalam Putusan-Putusan Mahkamah Konstitusi* (Yogyakarta: Universitas Islam Indonesia, 2010), 32.

pada filsafat positivisme yang merupakan pemikiran filsafat seorang filsuf Perancis yaitu Auguste Comte. Positivisme hukum ini muncul sebagai reaksi terhadap aliran pemikiran hukum alam atau naturalisme. Berbeda dengan naturalisme yang memusatkan perhatiannya pada masalah keadilan yang abstrak, positivisme mengutarakan masalah ketertiban dan ketepatan, perhatiannya diarahkan pada obyek yang jelas dan pasti.¹⁰³

Menurut teori substansial, legal formal dan kepastian hukum bukanlah segala-galanya. Keadilan adalah lebih penting dari kepastian hukum dan hukum sejatinya diciptakan adalah untuk mewujudkan keadilan. Menurut teori ini hukum secara tataran filosofis terbagi dua, yaitu sebagai kaidah substansi yang merupakan pengejawantahan dari nilai-nilai keadilan (*ius*) dan hukum sebagai kaidah formal yang berwujud peraturan per-undangan-undangan (*zex*) yang merupakan wujud artikulasi normatif dari *ius*.¹⁰⁴ Sebagai bagian substansial dari hukum, jelas kedudukan keadilan dalam hukum menjadi sebuah keharusan dari suatu hukum, dan negara yang berdasarkan atas hukum sudah seyogyanya juga berorientasi kepada pencapaian nilai keadilan. Hukum dan keadilan adalah dua elemen penting yang saling terkait dan tak terpisahkan antara satu sama lain. Lebih jauh lagi bahkan hukum negara bertujuan tidak hanya untuk memperoleh keadilan, namun juga untuk mendapatkan kebahagiaan (*eudaimonia*) bagi semua warga negara.¹⁰⁵

Dalam ajaran Islam perintah berlaku adil ditujukan kepada setiap orang tanpa membedakan meskipun kepada kerabat sendiri semua orang harus berlaku adil, bahkan kepada orang kafir sekali pun umat Islam diperintahkan berlaku adil. Untuk keadilan sosial harus ditegakkan tanpa membedakan karena kaya miskin, pejabat atau rakyat jelata, wanita atau pria, mereka harus diperlakukan sama dan mendapat kesempatan yang sama.¹⁰⁶

¹⁰³Teguh Prasetyo dan Abdul Halim Barkatullah, 2013, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum: Pemikiran Menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2013), 195.

¹⁰⁴ Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, (Yogyakarta: Kanisius, 2009), 44.

¹⁰⁵Lili Rasjidi dan Ira Thania Rasjidi, *Dasar-Dasar Filsafat dan Teori hukum* (Jakarta: PT. Cipta Aditya Bakti, 2004), 79.

¹⁰⁶ L.j Van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir* (Bandung: Refika Aditama, 2006), 82-83.

Keadilan menurut hukum Islam selalu berhubungan dengan Ketuhanan dan kebahagiaan dunia akhirat. Kemaslahatan yang ingin dicapai oleh hukum Islam adalah kemaslahatan dunia akhirat. Rumusan keadilan menurut para ahli Islam sebagaimana dikemukakan Quraisy Shihab mencakup empat makna: *Pertama*, adil dalam arti sama. Dengan pengertian, adil, artinya memperlakukan sama antara orang yang satu dengan orang lain. Maksud persamaan di sini adalah persamaan dalam hak, Allah sebutkan dalam surat al-Nisa', surah ke 4: 58. *Al-adl* pada ayat ini, menurut Quraisy Shihab berarti persamaan, dalam arti bahwa seorang hakim harus memperlakukan sama antara orang-orang yang berperkara, karena perlakuan sama antara para pihak yang berperkara itu merupakan hak mereka. *Kedua*, adil dalam arti seimbang yang identik dengan kesesuaian/proporsional. Keseimbangan tidak mengharuskan persamaan kadar dan sarat bagi semua bagian unit agar seimbang. Petunjuk Al-Qur`an yang membedakan antara yang satu dengan yang lain, seperti perbedaan laki-laki dan perempuan pada beberapa hak warisan dan persaksian—apabila ditinjau dari sudut pandang keadilan harus dipahami dalam arti keseimbangan, bukan persamaan. Keadilan dalam pengertian ini menimbulkan keyakinan bahwa Allah Yang Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui menciptakan dan mengelola segala sesuatu dengan ukuran, kadar dan waktu tertentu guna mencapai tujuan. Keyakinan itu akan mengantarkan kepada keadilan Ilahi. Seperti Al-Qur'an surah Al-Rahman, surah ke 55: 7 yang menegaskan bahwa Allah menegakkan timbangan/keadilan.⁸ Keadilan di sini mengandung pengertian keseimbangan sunnatullah yang berlaku di seluruh langit. *Ketiga*, adil dalam arti “perhatian terhadap hak-hak individu dan memberikan hak-hak itu kepada para pemiliknya”. Lawan keadilan dalam pengertian ini adalah kezaliman. Keadilan, dalam hal ini, bukan berarti mempersamakan semua anggota masyarakat, melainkan mempersamakan mereka dalam kesempatan berprestasi. *Keempat*, adil yang dinisbahkan kepada Ilahi. Adil di sini berarti memelihara kewajiban atas berlanjutnya eksistensi, tidak mencegah kelanjutan eksistensi dan perolehan rahmat sewaktu terdapat banyak kemungkinan untuk itu. Keadilan Allah swt pada dasarnya merupakan rahmat dan kebaikannya. Firman Allah swt yang terdapat pada surah Hud, surah ke 11: 6 menegaskan bahwa tidak ada suatu binatang melata pun di

bumi ini melainkan Allah-lah yang memberi rizkinya Hal yang senada disebutkan Allah pada surah Fus}ila>, surah ke 41: 46, bahwa siapa yang beramal shaleh, maka akan dia terima untuk dirinya dan siapa yang berbuat jahat, dia akan terima balasannya.¹⁰⁷

Murtadha Muthahhari menamakan keadilan ini dengan keadilan sosial. Agar Individu-individu dalam masyarakat dapat meraih kebahagiaan dalam bentuk yang lebih baik, maka hak-hak dan preferensi-preferensi individu itu, mesti dipelihara dan diwujudkan.¹⁰⁸ Menurut Azhar Basyir¹⁰⁹ adil adalah memberikan kepada seseorang yang menjadi haknya. Adil juga berarti mendudukkan sesuatu pada tempatnya secara proporsional.

Menurut Wahbah al-Zuhaili keadilan adalah:

إِصَالُ الْحَقِّ إِلَى صَاحِبِهِ مِنْ أَقْرَبِ طَرِيقٍ¹¹⁰

Memberikan kepada seseorang haknya dengan cara yang paling mudah.

Lebih lanjut Wahbah al-Zuhaili mengemukakan:

الْعَدْلُ : أَسَاسُ الْمُلْكِ، وَأَمْرٌ تَقْتَضِيهِ الْحَضَارَةُ وَالْعِمْرَانُ وَالتَّقْدِيمُ، وَتَشْيِدُ بِهِ كُلُّ الْعُقُولِ، وَأَصْلٌ مِنْ أَسْئَلِ الْحُكْمِ فِي الْإِسْلَامِي، وَلَا بُدَّ لِلْمُجْتَمَعِ مِنْهُ حَتَّى يَأْخُذَ الضَّعِيفُ حَقَّهُ وَلَا يَبْغِي الْقَوِيُّ عَلَى الضَّعِيفِ وَيَسْتَتِبُ الْأَمْنَ وَالنِّظَامَ¹¹¹

Keadilan adalah landasan kehidupan bernegara, suatu hal yang dibutuhkan oleh peradaban dan kemajuan, dipuji oleh semua kalangan, dan salah satu landasan pemerintahan Islam, dan masyarakat harus memilikinya agar yang lemah dapat mengambil haknya dan yang kuat tidak menindas yang lemah dan juga untuk menegakkan keamanan serta ketertiban.

Keadilan merupakan bagian dari nilai (*value*) yang bersifat abstrak. Keadilan adalah pencapaian tujuan hidup manusia melalui interaksi antar manusia dengan menggunakan aksi-aksi dalam masyarakat yang terorganisasikan secara politik. Plato mengatakan bahwa keadilan dipengaruhi oleh cita-cita kolektivistik yang memandang keadilan sebagai hubungan harmonis dengan berbagai organisme

¹⁰⁷ M. Quraisy Shihab, *Wawasan Islam*, 114-116.

¹⁰⁸ Murtadha Muthahhari, *Keadilan Ilahi*, terjemahan, Agus Effendi (Bandung: Mizan, 1992), 56.

¹⁰⁹ Ahmad Azhar Basyir, "Reaktualisasi, Pendekatan Sosiologis Tidak Selalu Relevan", 112.

¹¹⁰ Wahbah al-Zuhaili, *Al-Tafsir al-Muni fi al-Aqidah wa al-Syari'ah wa al-Manhaj*, (Damaskus: Daar Al-Fikr, 2003), Jilid 3, 128.

¹¹¹ Wahbah Al-Zuhaili, *Al-Tafsir al-Muni*, Jilid 3, 130.

sosial. Setiap warga negara harus melakukan tugasnya sesuai dengan posisi dan sifat alamiahnya.¹¹² Keadilan hukum Islam berlandaskan kepada asas legalitasnya yang pasti, karena itu penegakkan hukum berdasarkan dalil yang *qat'i*, yakni dalil yang menunjukkan hukum yang akurat dan tidak memerlukan penafsiran sebagaimana yang disebut dengan dalil-dalil *muh}kama>t*, sedangkan penunjukkan dengan dalil yang *z}anni* sebagaimana dengan dalil-dalil *mutasya>bih>a>t* masih memerlukan penakwilan sehingga kepastian hukumnya multitafsir dan dapat diambil sebagai landasan penafsiran rasional, sebagaimana menggunakan metode *al-mas}laha>t al-mursalah* yang kemaslahatannya tidak ditetapkan oleh nash atau dalil *qat}'i* akan tetapi tidak menyimpang dari syariat atau dalil yang *qat}'i*.¹¹³

Sebagaimana diketahui bahwa didalam kenyataannya sering kali antara kepastian hukum terjadi benturan dengan kemanfaatan, atau antara keadilan dengan kepastian hukum, antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan. Sebagai contoh dalam kasus-kasus hukum tertentu, kalau hakim menginginkan keputusan yang adil (menurut persepsi keadilan yang dianut oleh hukum tersebut tentunya) bagi si penggugat atau tergugat atau bagi si terdakwa, maka akibatnya sering akan merugikan kemanfaatan bagi masyarakat luas. Sebaliknya kalau kemanfaatan masyarakat luas dipuaskan, perasaan adil bagi orang tertentu terpaksa harus dikorbankan. Hukum merupakan suatu sistem, yang berarti bahwa hukum itu merupakan tatanan, merupakan suatu kesatuan yang utuh yang terdiri dari bagian-bagian yang saling berkaitan erat satu sama lain. Dengan kata lain sistem hukum adalah suatu kesatuan yang terdiri dari unsur-unsur yang mempunyai interaksi satu sama lain dan bekerja sama untuk mencapai tujuan kesatuan tersebut.¹¹⁴

Kepastian hukum hanya dapat diberikan dengan cara menerapkan hukum normatif sesuai bunyinya. Kepastian hukum lebih bersifat general sehingga menghendaki kesamaan pada semua kasus dengan kebenaran, dan perlindungan kemanusiaan.¹¹⁵

¹¹² Helmi, *Konsep Keadilan*, 140.

¹¹³ I. Nurol Aen, *Ilmu Ushul Fiqh* (Bandung: Gilang Aditya Putra, 2000), 45.

¹¹⁴ Fahamsyah (Ed), *Pengantar Ilmu*, 37.

¹¹⁵ A. Mukti Arto, *Penemuan Hukum Islam Demi Mewujudkan Keadilan* (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2017), 42.

Dengan teori kepastian hukum ini dapat dipahami bahwa seluruh ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku mengacu kepada sub sistem yang integral, baik pada hukumnya, subjek hukum, maupun komponen hukum dan penerapannya. Sedangkan dalam evaluasinya lebih melihat kepada akibat yang ditimbulkan oleh penerapan hukum oleh masyarakat dan badan hukum yang merupakan subjek hukum paling utama yang kepastian hukumnya ditentukan oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Dengan demikian, penyelesaian kasus yang diteliti ini diperiksa dan dilakukan proses persidangan menghasilkan Putusan Pengadilan Agama/Pengadilan Tinggi Agama/Mahkamah Agung yang memiliki kepastian, keadilan dan kemanfaatan hukum.

Untuk menegakkan keadilan maka harus ada peraturan dan perundang-undangan yang berlaku. Inilah yang disebut dengan asas legalitas.¹¹⁶ Asas kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum harus dijalankan dengan cara yang baik atau tepat. Kepastian pada intinya merupakan tujuan utama dari hukum. Jika hukum tidak ada kepastian maka hukum akan kehilangan jati diri serta maknanya. Jika hukum tidak memiliki jati diri maka hukum tidak lagi digunakan sebagai pedoman perilaku setiap orang.

Kepastian adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.¹¹⁷

Menurut Sudikno Mertokusumo, kepastian hukum merupakan jaminan bahwa hukum tersebut harus dijalankan dengan cara yang baik. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu

¹¹⁶ W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia* (Jakarta: Balai Pustaka, 2006), Edisi 3, 847.

¹¹⁷ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum* (Yogyakarta: Laksbang Pressindo, 2010), 59.

memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.¹¹⁸

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi tafsir) dan logis. Jelas dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Kepastian hukum menunjuk kepada pemberlakuan hukum yang jelas, tetap, konsisten dan konsekuen yang pelaksanaannya tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif. Kepastian dan keadilan bukanlah sekedar tuntutan moral, melainkan secara factual mencirikan hukum. Suatu hukum yang tidak pasti dan tidak mau adil bukan sekedar hukum yang buruk.¹¹⁹

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu.¹²⁰

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.¹²¹

¹¹⁸ Asikin zainal, *Tata Hukum Indonesia* (Jakarta: Rajawali Press, 2012), 78.

¹¹⁹ Cst Kansil dkk., *Kamus Istilah Hukum* (Jakarta, 2009), 385.

¹²⁰ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999),

¹²¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 82-83.

Kepastian hukum merupakan jaminan mengenai hukum yang berisi keadilan. Norma-norma yang memajukan keadilan harus sungguh-sungguh berfungsi sebagai peraturan yang ditaati. Menurut Gustav Radbruch keadilan dan kepastian hukum merupakan bagian-bagian yang tetap dari hukum. Beliau berpendapat bahwa keadilan dan kepastian hukum harus diperhatikan, kepastian hukum harus dijaga demi keamanan dan ketertiban suatu negara. Akhirnya hukum harus selalu ditaati. Berdasarkan teori kepastian hukum dan nilai yang ingin dicapai yaitu nilai keadilan dan kebahagiaan.¹²²

Putusan hakim yang mencerminkan kepastian hukum dalam proses penyelesaian perkara dalam persidangan memiliki peran untuk menemukan hukum yang tepat. Hakim dalam menjatuhkan putusan tidak hanya mengacu pada undang-undang, sebab kemungkinan undang-undang tidak mengatur secara jelas, sehingga hakim dituntut untuk dapat menggali nilai-nilai hukum seperti hukum adat dan hukum tidak tertulis yang hidup dalam masyarakat.¹²³

Teori kepastian hukum dikenal juga dengan positivisme hukum. Ini merupakan salah satu aliran pemikiran dalam hukum. Inti pandangan positivisme hukum adalah bahwa hukum merupakan norma-norma atau kaidah yang dituangkan dalam peraturan perundangan, sehingga sifatnya konkret dan dirumuskan dalam rumusan yang jelas dan tegas. Aliran positivisme hukum berakar pada positivisme yang merupakan pemikiran filsafat seorang filsuf Perancis, yaitu Auguste Comte. Positivisme hukum ini muncul sebagai reaksi terhadap aliran pemikiran hukum alam atau naturalisme. Berbeda dengan *naturalism* yang memusatkan perhatiannya pada masalah keadilan yang abstrak, positivisme mengutarakan masalah ketertiban dan ketepatan, perhatiannya diarahkan pada obyek yang jelas dan pasti.¹²⁴ Positivisme hukum berhubungan erat dengan asas legalitas yang memegang suatu prinsip bahwa tidak ada perbuatan yang bisa dihukum melainkan atas peraturan hukum yang telah ada sebelum perbuatan itu dilakukan. Setiap tindakan yang tidak sesuai atau bertentangan dengan peraturan

¹²²Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum*, 93.

¹²³Busyro Muqaddas. "Mengkritik Asas-asas Hukum Acara Perdata." *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum*, Yogyakarta, (2002): 21.

¹²⁴Teguh Prasetyo, *Filsafat, Teori, dan Ilmu Hukum*, 195.

hukum harus dikenai sanksi hukum. Berdasar kan hal tersebut, hukum itu identik dengan peraturan, dan setiap perbuatan yang bertentangan dengan peraturan berarti bertentangan dengan hukum.¹²⁵

Kepastian hukum dapat juga dimaknai sebagai keadilan yang dicapai melalui kejelasan hukum yang tertulis dalam rumusan aturan perundang-undangan. Kejelasan tersebut dibutuhkan untuk tidak menimbulkan banyak penafsiran. Kepastian hukum juga memerlukan aturan perundang-undangan yang tidak saling bertentangan satu sama lain. Oleh karena itu menurut Jeremy Bentham sebagaimana dikemukakan Abdul Manan bahwa pembentuk undang-undang hendaknya dapat melahirkan undang-undang yang dapat memberikan kebahagiaan yang terbesar bagi masyarakat. Dalam teori ini diajarkan hanya dalam ketertibanlah setiap orang akan mendapat kesempatan untuk mewujudkan kebahagiaan yang terbanyak, setiap orang bernilai penuh (*volwaardig*), tidak seorangpun bernilai lebih (*every body tocount for one, nobody for more than one*). Teori hukum ini bertujuan untuk mewujudkan apa yang berfaedah atau yang sesuai dengan daya guna (efektif). Tujuan hukum dari sudut pandang filsafat hukum, sebagaimana diutarakan oleh Radbruch untuk mewujudkan keadilan, kemanfaatan, dan kepastian hukum.¹²⁶

Kepastian hukum terdapat di dalam peraturan perundang-undangan, yakni peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan. Hukum tertulis dalam arti yang luas mencakup semua peraturan yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu sesuai dengan tingkat dan lingkup kewenangannya yang biasanya disebut peraturan perundang-undangan. Menurut Moh. Mahfud MD., peraturan perundang-undangan adalah berbagai jenis peraturan tertulis yang dibentuk oleh berbagai

¹²⁵ Sunarto. "Asas Legalitas Dalam Penegakan Hukum Menuju Terwujudnya Keadilan Substantif." *Masalah - Masalah Hukum*, No. 4, (Oktober 2016): 252-258.

¹²⁶ Ahmad Riva'i, *Penemuan Hukum Oleh Hakim*, 132.

lembaga sesuai tingkat dan lingkupnya masing-masing merupakan bentuk kepastian hukum.¹²⁷

Di Negara Kesatuan Republik Indonesia selain istilah hukum (*recht*), Undang-undang (*wet*), menurut hukum (*rechtmatig*), sesuai dengan Undang-undang (*wettig* atau *wetmatig*), peraturan perundang-undangan (*wettelijke regeling*, *wettelijke regels*), dikenal pula istilah lain seperti istilah perundang-undangan (*Gesetzgebung* atau *wetgeving*, *legislation*), peraturan perundangan, peraturan negara (*staatsregeling*). Menurut Solly Lubis, yang dimaksud dengan perundang-undangan itu ialah proses pembuatan peraturan negara dengan kata lain tata cara mulai dari perencanaan (rancangan), pembahasan, pengesahan atau penetapan dan akhirnya pengundangan peraturan yang bersangkutan, sedangkan yang dimaksud dengan peraturan negara ialah peraturan-peraturan tertulis yang diterbitkan oleh instansi resmi, baik dalam pengertian lembaga atau pejabat tertentu. Sehingga yang dimaksud perundang-undangan meliputi undang-undang (UU), Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu), Peraturan Pemerintah (Perpem), Peraturan Daerah (Perda), Surat Keputusan (SK), Instruksi (Instr), sedangkan “peraturan perundangan” berarti peraturan mengenai tata cara pembuatan peraturan negara.¹²⁸

Menurut Cst Kansil, untuk mewujudkan keadilan hukum maka harus melaksanakan kepastian hukum sebagai upaya mencapai tujuan hukum, yakni keadilan itu sendiri. Adapun realisasi kepastian hukum adalah penegakan hukum dengan prinsip persamaan dan kesederajatan. Penegakan hukum kepada semua manusia dengan prinsip *equalily before the law*. Dengan cara tersebut maka akan diperoleh kepastian hukum. Hukum tidak tajam ke bawah tumpul ke atas, melainkan hukum tajam ke setiap arah, artinya untuk siapa saja yang melanggarnya akan berhadapan sama di depan hukum. Hukum tanpa nilai kepastian akan

¹²⁷ Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, (Jakarta: Pustaka LP3ES Indonesia, 2009), 256.

¹²⁸ Solly Lubis, *Landasan dan Teknik Perundang-undangan* (Bandung: Mandar Maju, 2003), 1–2.

kehilangan substansinya dan tidak memberikan manfaat bagi nilai kemanusiaan universal.¹²⁹

Dalam ajaran Islam perintah berlaku adil juga berkaitan dengan kepastian hukum. Karena pada hakekatnya hanya Allah Yang Maha Adil yang berwenang menentukan hukum. Menerapkan ketentuan hukum yang diciptakan oleh Yang Maha Adil itu adalah keadilan. Sebaliknya menerapkan hukum yang bertentangan dengan hukum yang ditentukan Allah adalah kezhaliman. Dengan demikian menurut Islam keadilan dan kepastian hukum tidak dapat dipisahkan.

Dengan pemahaman tersebut teori kepastian dan keadilan hukum Islam dengan landasan nash al-Quran dan al-Sunnah yang dilalahnya qath'i sehingga tercipta keadilan yang berprinsip kepada ketauhidan dengan asas legalitas dari sumber hukum Islam yang utama, sementara segala sesuatu yang ketentuan hukumnya tidak ditetapkan oleh nash yang *qath'i* dilakukan dengan teori maslahat yang sejalan dengan *al-maqasid al-syari'ah*, yaitu memelihara agama, akal, jiwa, keturunan, dan harta kekayaan.¹³⁰

Dalam Islam teori kepastian hukum didasarkan kepada Al-Qur'an Surat Q.S. *al-Isrâ'* ayat 15 yang berbunyi:

وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا

Dan Kami tidak akan menyiksa sebelum Kami mengutus seorang Rasul.¹³¹

Pada ayat tersebut Allah jelaskan bahwa Allah tidak akan menyiksa sebelum Rasul diutus. Rasul adalah pembawa risalah, pembawa aturan dan ketentuan dari Allah SWT. Risalah yang dibawa Rasul adalah sebagai aturan tata laku buat ummat manusia yang dengan aturan itu jelas mana yang dilarang dan mana yang tidak dilarang, mana yang haram dan mana yang halal.

Kamanfaatan dari suatu putusan ataupun aturan perundang-undangan berhubungan dengan landasan sosiologis, yakni sejauh mana putusan ataupun aturan perundang-undangan tersebut dibutuhkan sehingga mendatangkan kemanfaatan. Landasan sosiologis merupakan pertimbangan atau alasan yang

¹²⁹ L.J. van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum Suatu Tawaran Kerangka Berfikir* (Bandung: Refika Aditama, 2006), 82-83.

¹³⁰ Nurol Aen, *Ilmu Ushul*, 45.

¹³¹ Soenarjo dkk., *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, 385.

menggambarkan bahwa peraturan yang dibentuk untuk memenuhi kebutuhan masyarakat dalam berbagai aspek. Landasan sosiologis sesungguhnya menyangkut fakta empiris mengenai perkembangan masalah dan kebutuhan masyarakat dan negara. Dengan kata lain bahwa landasan sosiologis merupakan landasan yang terdiri atas fakta-fakta yang merupakan tuntutan kebutuhan masyarakat yang mendorong perlunya pembuatan peraturan perundang-undangan yaitu bahwa ada sesuatu yang pada dasarnya dibutuhkan oleh masyarakat sehingga perlu pengaturan.¹³²

Menurut Barda Nawawi pertimbangan sosiologis pada putusan artinya hakim juga harus mempertimbangkan apakah putusannya akan berakibat buruk dan berdampak di masyarakat dengan kata lain bahwa seorang hakim harus membuat keputusan yang adil dan bijaksana dengan mempertimbangkan dampak hukum dan dampak yang terjadi dalam masyarakat.¹³³

Mengenai kemanfaatan maqashid al-syariah menghubungkannya dengan mashlahah, yakni bahwa pada pokoknya manfaat bersumber dari mashlahah. Menurut maqashid al-syari'ah mashlahah adalah nilai-nilai yang menjamin terciptanya manfaat kepada manusia serta dapat menghindarkan manusia dari kemadarotan dan kerusakan baik di dunia dan akhirat.

Skema Gustav Radbruch dikaitkan dengan Wasiat Wajibah

GAMBAR 1
Penerapan Teori Gustav Radbruch
PENYELESAIAN SENGKETA WASIAT WAJIBAT
UNTUK AHLI WARIS BEDA AGAMA



PENGADILAN AGAMA/PTA/MA

¹³² Sri Wahyuni Laia dan Sodialman Daliwu. "Urgensi Landasan Filosofis, Sosiologis dan Yuridis dalam Pembuatan Undang-Undang yang Bersifat Demokratis di Indonesia." *Jurnal Education and Development, Institut Pendidikan Tapanuli Selatan* 10, no.1 (2022): 549.

¹³³ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan* (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), 94.



Keadilan/Kepastian/Kemanfaatan Hukum

3. *Applied Theory*: Teori Hukum Progresif Satjipto Rahardjo

Teori Hukum Progresif Satjipto Rahardjo berlandaskan kepada pernyataan bahwa hukum diadakan untuk menyelesaikan masalah yang dihadapi manusia, karena itu kontribusi hukum untuk kemanusiaan yang adil dan beradab. Arti hukum progresif adalah perubahan yang cepat dengan mengutamakan kepentingan kemanusiaan dan meningkatkan rasa adil, bukan hanya kepastian, namun keadilan untuk manusia.¹³⁴

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum bertujuan untuk menciptakan keadilan dan kesejahteraan bagi semua rakyat. Hukum progresif bersifat responsif pada tujuan-tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Hukum yang mampu melakukan kontekstualisasi penerapan hukum dengan landasan perkembangan kehidupan manusia. Oleh karena itu, hukum tidak kaku meskipun undang-undangnya mengharuskan kepastian sesuai dengan pasal-pasal yang terdapat dalam kitab undang-undang, namun bukan berarti hukum itu mutlak dan rigid terhadap kemajuan zaman, karenanya revisi hukum temuan hukum, pendapat pakar hukum, dan pendapat hakim menjadi pertimbangan kepastian dan keadilan hukum.¹³⁵

Progresifisme hukum mengajarkan bahwa hukum selalu berada pada status *law in the making* dan tidak bersifat final, ketiga hukum adalah institusi yang bermoral kemanusiaan. Hukum bukan raja, tetapi alat untuk menjabarkan dasar kemanusiaan yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia.¹³⁶

¹³⁴ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum; Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan* (Surakarta: Muhammadiyah Press University, 2004) 17.

¹³⁵ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 19.

¹³⁶ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 20.

Menurut Satjipto Rahardjo, terkait dengan *rule of law*, maka hukum boleh dikritisi apabila penerapannya merugikan kehidupan masyarakat dan tidak mencerminkan asas hukum yang baik. Hukum yang tumpul ke atas dan tajam ke bawah harus dikritisi karena menimbulkan penganiayaan kepada nilai-nilai asasi manusia. Dengan demikian, hukum harus responsif terhadap situasi dan kondisi kemanusiaan.¹³⁷ Hukum adalah suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera dan membuat manusia bahagia.¹³⁸ Hukum dibuat untuk kesejahteraan manusia, maka hukum yang tidak memberikan kesejahteraan bagi manusia, berarti hukum itu sudah kehilangan esensinya, maka hukum itu terus berproses tidak pernah berhenti. Hukum itu harus berkualitas. Kualitas hukum kesempurnaan hukum itu dapat diverikisasikan kepada keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain. Inilah hakekat “hukum yang selalu dalam proses menjadi” (*law as a process, law in the making*).¹³⁹

Teori hukum progresif dapat dikaitkan dengan teori pembaharuan hukumnya Tahir Mahmood dalam karyanya yang berjudul *Family Law Reform in the Muslim World* yang diterbitkan oleh Bombay: N.M Tripathi PVT. LTD, pada tahun 1972, juga karyanya yang berjudul *Personal Law in Islamic Countries*, diterbitkan oleh Time Press, New Delhi tahun 1987. Dua karya ini menguraikan teori pembaharuan sekaligus pembangunan hukum keluarga Islam mengingat hukum keluarga sebagai bagian dari hukum perdata dalam arti yang luas meliputi semua hukum atau privat materil, yaitu semua hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan. Hukum Perdata Islam menurut ilmu hukum Islam masuk kepada kajian fiqh muamalah al-akhwal al-syahsiah yang lazim dibagi menjadi empat bagian, yaitu:

- a. Hukum tentang diri seseorang;
- b. Hukum Kekeluargaan
- c. Hukum Kekayaan; dan

¹³⁷ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, 9.

¹³⁸ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif Sebuah Sintesa Hukum Indonesia* (Yogyakarta: Genta Publishing, 2020), 2.

¹³⁹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif*, 6.

d. Hukum Warisan.

Dalam Hukum Perdata diatur perihal hubungan-hubungan kekeluargaan, yaitu perkawinan beserta hubungan dalam lapangan hukum kekayaan antara suami isteri, hubungan antara orang tua dan anak, perwalian dan *curatele*. Misalnya, perkawinan adalah bagian dari hukum perdata. Dari adanya perkawinan maka timbul adanya kekeluargaan, harta suami isteri, anak, perwalian, kewarisan, dan sebagainya. Hukum Perdata Islam apabila diartikan secara luas meliputi semua hukum pokok yang mengatur kepentingan-kepentingan perseorangan, karena itu Hukum Perdata Islam disebut pula dengan Privat Materiil yang lazim dikatakan sebagai kebalikan dari Hukum Pidana. Hukum Perdata disebut juga dengan Hukum Sipil untuk hukum privat materiil.

Lahirnya Hukum Perdata tidak terlepas dari kodrat manusia sebagai makhluk sosial yang selalu mengadakan hubungan antara satu dengan lainnya. Hubungan antar manusia sudah terjadi sejak manusia dilahirkan hingga akhirnya meninggal dunia. Manusia dikodratkan untuk selalu hidup bersama demi kelangsungan hidupnya, sehingga menimbulkan satu jenis hukum yang ketentuannya mengatur tentang kehidupan itu yang dinamakan dengan Hukum Perdata (*Privat Recht*). Dalam hukum keluarga yang merupakan bagian dari hukum perdata adalah terdapat ketentuan-ketentuan yang mengatur dan membatasi tingkah laku manusia dalam memenuhi kepentingan dan kebutuhannya, terutama berkaitan dengan kepentingan-kepentingan perseorangan.

Afiq Budiawan mengatakan secara historis ajaran Islam semenjak kemunculannya berkaitan dengan upaya konstruksi dan pembentukan masyarakat, yaitu upaya membentuk masyarakat lebih dinamis dan lebih maju. Dalam kaitan dengan dinamika masyarakat, ada dua model ajaran Islam yaitu ajaran Islam yang berbentuk *konstan non adaptabel*. Ajaran ini berkaitan dengan persoalan-persoalan ritus agama yang bersifat *transenden*. Sifat ajaran Islam ini adalah final-absolut tanpa menerima kritik dan perdebatan (*ghairu qabilin li al-Naqd wa al-Naqs*). Ajaran Islam yang lain adalah ajaran yang bersifat *elastis adaptabel*.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Afiq Budiawan. "Nalar Metodologi Pembaharuan Hukum Perkawinan di Dunia Muslim." *Jurnal Hukumah, STAI Pekanbaru*, 01, no. 1 (Desember 2017): 24.

Dengan perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, media sosial, dan perkembangan sosial, budaya, dan politik dalam negara yang menganut pemikiran demokratis, dan menghormati hak-hak mendasar kemanusiaan, maka mau tidak mau pembaharuan hukum keluarga dalam Islam tidak dapat ditolak, karena berbagai perubahan tersebut dialami hampir oleh semua negara-negara muslim di dunia, misalnya berkaitan dengan emansipasi wanita, kesetaraan gender, wanita karier, dan sebagainya. Dengan demikian, sikap negara-negara muslim terhadap pembaharuan hukum keluarga Islam menjadi sesuatu yang niscaya.

Berdasarkan hasil pemikiran Tahir Mahmood yang banyak dikutip oleh para pakar lainnya maupun para peneliti sebagaimana oleh Afiq Budiman menegaskan bahwa secara umum pembaharuan hukum keluarga ini dapat dikategorikan menjadi tiga model. Pertama, negara-negara yang sama sekali tidak melakukan pembaharuan terhadap hukum keluarga. Di negara-negara ini, hukum keluarga muslim yang diberlakukan pada warganya adalah hukum keluarga yang tertulis dalam kitab-kitab fiqih konvensional, seperti kitab *fiqih al-Umm*, *al-Mabsut*, dan *al-Mudawwanah*, dll. Adapun contoh negara muslim yang termasuk kategori ini adalah Arab Saudi yang memberlakukan bagi warganya hukum tertulis dari kitab-kitab seperti *al-Mughni*, *Majmu' al-Fatawa* dll. Kedua, negara-negara yang telah meninggalkan konsep fiqih konvensional dan melakukan pembaharuan secara liberal. Hukum keluarga muslim yang diberlakukan di negara ini adalah hukum keluarga muslim yang baru sama sekali, meskipun tidak mesti isi bab dalam Hukum Perkawinan semuanya baru. Masalah-masalah Hukum Perkawinan yang baru biasanya diambil dari hukum sipil Eropa, misalnya Turki, walaupun terdapat juga materi-materi hukum yang masih terus dimodifikasi dari konsep fiqih konvensional. Ketiga, negara-negara yang mengadakan pembaharuan secara moderat untuk disesuaikan dengan tuntutan dan perubahan zaman, sesuai dengan tuntutan dan konteks kontemporer. Dapat pula dikatakan, pembaharuan dengan kompromi antara konsep konvensional dengan tuntutan dan perubahan zaman.

Negara yang masuk pada kelompok ini adalah mayoritas Negara Muslim, misalnya Mesir, Tunisia, Pakistan dan Indonesia.¹⁴¹

Pembaharuan hukum keluarga Islam disebabkan oleh beberapa faktor, yaitu sebagai berikut:¹⁴²

1. Untuk mengisi kekosongan hukum karena norma-norma yang terdapat dalam kitab-kitab fiqh klasik tidak mengaturnya, sedangkan kebutuhan masyarakat terhadap hukum baru sangat mendesak untuk diterapkan;
2. Pengaruh globalisasi ekonomi IPTEK sehingga perlu ada aturan hukum yang mengaturnya, terutama masalah-masalah yang belum ada aturannya;
3. Pengaruh reformasi dalam berbagai bidang yang memberikan peluang kepada hukum Islam untuk menjadi bahan dalam membuat hukum nasional; dan
4. Pengaruh pembaharuan pemikiran hukum Islam yang dilaksanakan oleh para mujtahid baik tingkat Internasional, maupun nasional, terutama hal-hal menyangkut perkembangan sains dan teknologi

Diperjelas oleh Noel J. Coulson bahwa pembaharuan hukum Islam yang ada umumnya memiliki beberapa sifat, yaitu sebagai berikut:¹⁴³

- a. Membentuk kodifikasi, yaitu pengelompokan hukum yang sejenis ke dalam kitab Undang-undang sebagai perundang-undangan negara;
- b. Menentukan pilihan hukum Islam secara bebas bergantung kepada madzhab fiqh yang dianut masing-masing dan sesuai dengan kondisi sosial-budaya masyarakat atau disebut dengan konsep *takhayyur*, yakni penyeleksian pendapat yang paling tepat;
- c. Menerapkan hukum Islam kepada kasus atau permasalahan baru karena memiliki illat yang sama yang disebut *tatbiqi bi al-qiya>s*; dan
- d. Mengubah ketentuan hukum Islam (fiqh) yang lama oleh hukum Islam yang baru yang disebut *tajdi>d* dengan penafsiran kontekstual.

¹⁴¹ N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World* (New York : New York University Press, 1959), 83. Lihat juga Afiq Budiawan, *Nalar Metodologi Pembaharuan Hukum Perkawinan di Dunia Muslim*, 25-26.

¹⁴² Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Press, 2006), 154.

¹⁴³ Noel J. Coulson, *A Histor of Islamic Law* (Edinbrugh : Edinburgh University Press, 1990), 185.

Dengan empat sifat tersebut maka metode yang dikembangkan dapat melalui empat pijakan metodologis, yaitu sebagai berikut :¹⁴⁴

1. Dengan adanya kebijakan yang bersifat normatif administratif yang ditentukan oleh politik hukum pemerintah dan lembaga yudisial maupun legislasinya yang disebut sebagai politik hukum Islam;
2. Menetapkan salah satu mazhab berdasarkan sintesis pemikiran para ulama dengan metode *tarjih* dan *al-jam'u* yang berkesimpulan pada pilihan tetap karena pertimbangan yang yuridis filosofis dan sosiologis;
3. Melakukan penggalian pesan-pesan kontekstual di samping yang tekstual dari nash al-Quran dan al-Sunnah secara mendalam yang disebut dengan *al-Ijtihad* oleh para ulama mujtahid yang memiliki keilmuan mumpuni sesuai dengan persyaratan mujtahid yang disepakati oleh ulama, meskipun bukan berarti mujtahid mutlak;
4. Menetapkan kepastian dan keadilan hukum dengan menekankan sanksi hukum untuk para pelanggar hukum tanpa memerhatikan sesuai atau tidak sesuai dengan syariah Islam dari sumber hukum utamanya yakni al-Quran dan al-Sunnah, misalnya suami menikah lagi (poligini) tanpa seizin isterinya dapat dipidanakan meskipun pernikahannya sah menurut syariat Islam.

Tahir Mahmood selanjutnya menyatakan bahwa metode pembaharuan yang digunakan dalam hukum keluarga yang paling memungkinkan adalah dengan metode: (1) Ijtihad, (2) Qiyas deduktif, (3) Ijma' ditambah dengan dua teori baru, yakni (1) *Takhayyur*, dan (2) *Talfiq*. Secara mendasar dalam menentukan alternatif utama pembaharuan dilakukan setelah menganalisis seluruh gejala baru dalam masyarakat dan semua pemikiran ulama mazhab dengan menerapkan metode *istih{sa>n* dan *al-mas}lah}ah al-mursal{ah*. Ujung tombak hasil dari penerapan pembaharuan hukum keluarga itu adalah adanya politik hukum dan penetapan dalil yang paling *rajih*, *qat}'i al-dila>lah*, dan mengambil pendapat yang disepakati para ulama, baik ulama yang berada pada lembaga pemerintah tertentu maupun ulama

¹⁴⁴ Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World* (Bombay: N.M Tripathi PVT. LTD, 1972), 3.

yang diakui oleh masyarakat umum karena kefakihannya dalam ilmu agama Islam.¹⁴⁵

Pemikiran Tohir Mahmood ini didukung oleh pemikiran pakar yang lainnya, misalnya Pendapat Amir Syarifuddin mengenai metode formulasi hukum Islam yang dibagi menjadi empat bagian, yaitu sebagai berikut:¹⁴⁶

1. Kebijakan administrasi, sebagai usaha yang menjembatani fiqih yang tidak akan berubah dengan tuntutan masyarakat yang sudah berbeda dengan tuntutan kekinian, dengan membuat kebijaksanaan administrasi;
2. Aturan tambahan, yakni aturan ditempuh dengan tanpa mengurangi dan mengubah materi fiqih yang sudah ada karena pertimbangan sosiologis dalam hal ini menonjol. Contohnya seperti masalah waris pengganti dan wasiat wajibah;
3. Menerima cara *talfiq*, memilih pendapat ulama mazhab secara bebas namun selektif atau dapat berpindah mazhab ketika ada peristiwa baru yang jawaban hukumnya dipandang lebih tepat berada pada fatwa ulama mazhab yang lainnya, misalnya dari mazhab Syafi'i berpindah kepada mazhab Hanafi.
4. Melakukan penafsiran kembali dan membangun formulasi hukum yang baru dengan mengkaji kontekstualisasinya dengan latar belakang banyaknya perubahan zaman yang mendorong keperluan untuk melakukan penafsiran yang lebih akurat dan kondisional, misalnya pernikahan karena hamil lebih dulu. Awalnya pezina itu dirajam atau dijilid dan diasingkan, kini dapat dinikahkan dengan laki-laki yang menghamilinya.

Tahir Mahmood menegaskan bahwa pembaharuan hukum Islam, termasuk hukum keluarga yang dilakukan di negara-negara muslim mengambil berbagai bentuk yang integral sebagai sistem hukum atau legal system untuk menjamin kepastian dan keadilan hukum, di antaranya adalah dengan adanya *Tahsi* *al-Qad*, yaitu menerapkan hukum Islam melalui pengadilan dengan cara membatasi

¹⁴⁵Tahir Mahmood, *Family Law Reform in the Muslim World*, 3.

¹⁴⁶ Khoiruddin Nasution. "Metode Pembaharuan Hukum Keluarga Kontemporer." *UNISIA*, XXX, no. 66 (Desember 2007): 335.

syari'ah pada aspek hukum perdata Islam yang menjadi kompetensi peradilan agama. Hal ini berkaitan dengan politik hukum pemerintah yang berlandaskan kepada aspirasi masyarakat atau yuridis sosiologis dan pemikiran para ulama dari segi yuridis filosofisnya yang dilakukan dengan metode *Takhhayyur*, yaitu memilih berbagai pendapat ulama mazhab fiqh tertentu dan atau menafsirkannya kembali secara kontekstual. Di samping itu, pembaharuan hukum Islam disebabkan adanya kekosongan hukum yang berkaitan dengan hak subjektif para hakim pengadilan untuk menemukan hukum melalui ijtihad sehingga menjadi putusan pengadilan yang mengikat, pasti, dan berkekuatan hukum. Dengan demikian, putusan hakim di pengadilan sangat efektif dalam melakukan pembaruan hukum keluarga Islam.¹⁴⁷

Dalam kaitannya dengan hukum keluarga di Indonesia, baik yang mengacu kepada Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan maupun Kompilasi Hukum Islam, dan peraturan perundang-undangan yang lainnya pada kenyataannya akan tetap memerhatikan hukum Perdata Adat, yaitu ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur hubungan antar individu dalam masyarakat adat yang berkaitan dengan kepentingan-kepentingan perseorangan. Masyarakat adat yang dimaksudkan ialah kelompok sosial bangsa Indonesia yang oleh penjajah Belanda dinamakan "Golongan Indonesia". Ketentuan-ketentuan Hukum Perdata Adat itu pada umumnya tidak tertulis dan berlaku dalam kehidupan masyarakat adat secara turun temurun serta ditaati. Hukum Adat berlaku bagi golongan bangsa Indonesia asli, sebagai hukum yang sejak dahulu telah berlaku di kalangan rakyat, yang sebagian besar masih belum tertulis, juga mengacu kepada hukum Perdata yang bersifat nasional, yaitu bidang-bidang hukum perdata sebagai produksi nasional, artinya ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur tentang kepentingan perseorangan yang dibuat berlaku untuk seluruh warganegara Indonesia. Bagian hukum perdata nasional yang dibuat misalnya hukum perkawinan yang telah ada undang-undangnya. Di samping itu, hukum keluarga (*familierecht*), yakni ketentuan-ketentuan hukum yang mengatur hubungan lahir batin antara dua orang

¹⁴⁷Abdoel Djamil, *Hukum Keluarga dalam Islam* (Jakarta : Rajagrafindo. 2000), 135.

dalam perkawinan dan akibat hukumnya, misalnya kewarisan, harta bersama, dan hak serta kewajiban suami-isteri yang lainnya.¹⁴⁸

Untuk umat Islam ketentuan hukum keluarga terdapat dalam nash al-Quran dan al-Sunnah yang telah dilengkapi oleh pendapat para ulama mazhab dan berbagai fatwa ulama Indonesia dalam menjawab pelbagai peristiwa baru yang belum ada dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Sebagaimana sumber hukum keluarga yang tertulis telah ada semenjak adanya Undang-undang No. 32 Tahun 1945 tentang pencatatan Nikah, Talak, dan Rujuk (beragama Islam), Undang-undang No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan; PP No. 9 Tahun 1975 tentang Peraturan Pelaksanaan UU No 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, Kompilasi Hukum Islam, dan Undang-undang Peradilan Agama.

Dengan keberadaan peraturan perundang-undangan yang mengatur hukum keluarga tersebut bukan berarti segalanya telah final, karena perkembangan zaman tidak dapat dibendung mengingat ilmu pengetahuan dan teknologi pun terus berkembang pesat, sehingga menimbulkan banyak peristiwa baru yang berhubungan dengan hukum keluarga Islam. Oleh karena itu diperlukan pembaharuan hukum keluarga dengan berbagai metodologi sebagaimana Mahmood Tahir menggagasnya melalui pemikirannya tentang hal ini. Sifat dan metode reformasi yang digunakan negara-negara muslim dalam melakukan pembaharuan hukum keluarga Islam secara umum menurut Tahir Mahmood melalui pendekatan *intra-doctrinal reform*, yaitu pembaharuan yang tetap merujuk pada konsep fiqih konvensional, dengan cara *takhyir* (memilih pandangan salah satu ulama fiqih, terutama ulama di luar mazhab), atau dapat pula disebut dengan *tarjih* dan *talfiq* dengan mengkombinasikan sejumlah pendapat ulama (*al-jam'u*). Juga melalui pendekatan *extra doctrinal reform*, yaitu pembaharuan yang tidak lagi merujuk pada konsep fiqih konvensional, tetapi dengan melakukan reinterpretasi terhadap nash. Adapun cara dan dasar yang digunakan adalah dengan menggunakan *maslahah mursalah*, *sadd al-zari'ah*, *regulatori*, dan administrasi

¹⁴⁸ Abdoel Djamil, *Hukum Keluarga dalam Islam*, 136.

hukum yang dilandasi oleh politik hukum dari pemerintah dan lembaga legislatifnya.¹⁴⁹

Menurut beberapa pandangan pakar hukum mengenai teori kepastian hukum, keadilan hukum, dan kemanfaatan hukum adalah sebagai berikut:¹⁵⁰

- 1) Menurut Apeldoorn, ada dua aspek kepastian hukum, yaitu: (1) aspek dapat dibentuknya hukum pada sesuatu yang nyata dan setiap pihak bebas mempelajari hukum dan memahaminya demi merasakan keadilan hukum dalam menghadapi perkara hukum; (2) Setiap orang dilindungi oleh hukum, aman karena ada hukum, dan terhindar dari kesewenangan Hakim yang memegang kendali hukum di pengadilan, artinya kepastian hukum adalah segala keputusan hukum sesuai dengan kehendak hukum yang berlaku atau hukum positif dan menolak ketentuan apapun yang bukan hukum atau yang mirip hukum, bahkan suatu Undang-undang yang tidak memiliki kepastian hukum tidak dapat disebut sebagai hukum.
- 2) Jan Michiel Otto memberikan batasan kepastian hukum dengan beberapa ketentuan, yaitu: (1) tersedia aturan-aturan yang konsisten dan mudah diperoleh (*accessible*); (2) Instansi-instansi penguasa terutama penegak hukum dan atau pemerintah selalu menerapkan aturan hukum secara konsisten, taat, dan tunduk hanya kepada hukum yang berlaku; (3) Secara prinsipil semua masyarakat berperilaku menyesuaikan diri kepada hukum yang berlaku; (4) Hakim dan semua lembaga pradial serta aparat penegak hukum yang lainnya selalu berpedoman, berpegang teguh secara konsisten hanya kepada norma hukum yang berlaku secara mandiri dan tidak ada keberpihakan kepada selain hukum.
- 3) Para hakim dan penegak hukum sebagai penjamin kepastian hukum, sehingga hanya hukum yang berkekuatan dalam menegakkan keadilan untuk seluruh perkara yang ada dalam proses peradilan.
- 4) Gustav Radbruch yang menyatakan bahwa kepastian hukum berkaitan dengan keadilan hukum, yakni perekat tatanan kehidupan bermasyarakat yang beradab. Hukum diciptakan agar setiap individu anggota masyarakat dan penyelenggara

¹⁴⁹ Khoiruddin Nasution. "Metode Pembaharuan Hukum Keluarga Kontemporer.": 335.

¹⁵⁰ L.J. van Apeldoorn dalam Shidarta, *Moralitas Profesi Hukum*, 84.

negara melakukan sesuatu tindakan yang diperlukan untuk menjaga ikatan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Jika tindakan yang diperintahkan tidak dilakukan atau suatu larangan dilanggar, tatanan sosial akan terganggu karena tercidainya keadilan. Untuk mengembalikan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakkan. Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri. Hukum sebagai pengembalian nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat.

- 5) Keadilan secara umum dimaknai sebagai upaya untuk memberikan kesetaraan. Radbruch mengemukakan unsur hukum, yang diperlukan untuk melengkapi ide keadilan, yakni kemanfaatan.
- 6) Kemanfaatan dimaknai sebagai upaya untuk melayani keinginan yang beragam dari berbagai pihak. Upaya ini dapat dipenuhi secara relatif, karena berbagai pihak memiliki ragam pandangan yang tak dapat disatukan, yang bisa berujung pada perbedaan pandangan yang tak berkesudahan. Maka itulah Radbruch kemudian menawarkan unsur terakhir, yakni kepastian hukum, ditetapkan secara positif.¹⁵¹

Kepastian hukum berkaitan dengan teori sistem hukum yang berlaku sebagai satu kesatuan hukum yang tersusun dari tiga unsur, yaitu: (1) struktur; (2) substansi; (3) kultur hukum. Menurut Friedman, ketiga unsur hukum tersebut adalah: (1) Struktur adalah keseluruhan institusi penegakan hukum, beserta aparatnya yang mencakup: kepolisian, kejaksaan, pengacara, dan pengadilan, hakim dan jaksa; (2) Substansi adalah keseluruhan asas hukum, norma hukum dan aturan hukum, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, termasuk putusan

¹⁵¹ Yovita A. Mangesti dan Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, (Yogyakarta: Genta Publishing, 2014), 74.

pengadilan. (3) Kultur hukum adalah kebiasaan, opini, cara berpikir dan cara bertindak, dari para penegak hukum dan warga masyarakat.¹⁵²

Ketiga sub sistem hukum tersebut berfungsi sebagai pedoman berperilaku yang berhubungan dengan hukum, termasuk hukum perpajakan. Pendekatan sistem hukum memiliki kemampuan untuk menggambarkan keutuhan karakteristik objek, juga memiliki kemampuan untuk melakukan analisis terhadap setiap komponen objek hukum. Demikian pula dengan subjek hukumnya. Pendekatan sistem hukum senantiasa mempertimbangkan faktor keterhubungan objek secara internal dan eksternal dan lebih representatif untuk mengikat kuat hak dan kewajiban subjek hukum dalam menerima dan melaksanakan keadilan hukum.¹⁵³

Oleh karena itu salah satu syarat penting untuk penegakan hukum adalah tersedianya substansi hukum atau peraturan hukum yang baik dan lengkap untuk ditegakkan. Dalam hal wasiat wajibah buat ahli waris beda agama juga harus tersedia aturan hukum yang akan diterapkan dan tidak membiarkan kekosongan hukum tersebut terus berlanjut. Mengisi kekosongan hukum bukanlah sesuatu yang mudah, karena mengisinya dengan undang-undang sebagai salah satu sumber hukum juga sangat sulit karena selain kewenangannya merupakan kewenangan pembuat undang-undang serta memerlukan biaya yang banyak, juga pengujian normanya memerlukan proses yang panjang dan memerlukan penelitian mendalam, maka upaya pengisian kekosongan hukum yang berada dalam kewenangan hakim dan Mahkamah Agung adalah melalui yurisprudensi atau putusan hakim.

Kedudukan yurisprudensi dalam mengisi kekosongan hukum adalah sejalan dengan aliran *rechtsvinding* dalam ilmu hukum bahwa seorang hakim diwajibkan untuk taat terhadap undang-undang, tetapi selain taat pada undang-undang hakim juga bebas dalam menjalankan tugasnya, yakni bebas dan mampu menyelaraskan atau menyesuaikan undang-undang dengan tuntutan zaman, karena undang-undang tidak selalu lengkap, maka hakim harus melengkapinya dengan menggali dan menemukan nilai-nilai hukum dan keadilan dalam masyarakat yang selanjutnya

¹⁵² Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russell Sage Foundation, 1988), 197.

¹⁵³ Lawrence M. Friedman, *The Legal System*, 198.

menjadi putusan dan dapat menjadi yurisprudensi. Namun demikian penguatan norma wasiat wajibah masih diperlukan karena kedudukan wasiat wajibah buat ahli waris beda agama masih sering diperdebatkan. Oleh karena itu untuk kontribusi terhadap hukum nasional, masih perlu peningkatan norma wasiat wajibah dari yurisprudensi kepada norma yang lebih tinggi seperti menjadi Peraturan Mahkamah Agung, karena dengan kewenangan yang ada padanya Mahkamah Agung berwenang meningkatkan norma hukum wasiat wajibah dari kedudukannya sebagai pedoman seperti ditentukan dalam Keputusan Mahkamah Agung Nomor Nomor: 185 /KMA/SK/VII/2020 menjadi Peraturan Mahkamah Agung sebagaimana disebutkan dalam Pasal 8 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 yang lebih mengikat hakim untuk melaksanakannya.

F. Definisi Operasional

Untuk memudahkan langkah-langkah penelitian ini, peneliti perlu menjelaskan definisi operasional yang berhubungan dengan judul disertasi ini, yakni sebagai berikut:

1. Pertimbangan hukum: maksudnya adalah dasar-dasar dan alasan-alasan baik secara filosofis, yuridis dan sosiologis yang disusun secara logis, jelas, progresif, responsif dan argumentatif oleh majelis hakim dalam memeriksa dan memutus perkara berdasarkan fakta-fakta persidangan;
2. Memutus Perkara: maksudnya adalah menentukan hukum dan hak serta kewajiban para pihak dalam suatu perkara dan memerintahkan pihak atau para pihak untuk menjalankannya yang disusun dalam suatu putusan secara logis, jelas, progresif, responsif dan argumentatif untuk selanjutnya dapat dieksekusi setelah berkekuatan hukum tetap untuk mengakhiri sengketa para pihak yang berperkara;
3. Landasan Normatif : dasar hukum yang menjadi landasan bagi hakim sehingga hakim berwenang untuk mengisi kekosongan hukum, juga landasan yang digunakan oleh para hakim dalam memutus perkara secara hierarkis baik dari aturan perundang-undangan yang berlaku maupun dengan cara menggali, menemukan ataupun membuat hukumnya;

4. Metode: Pendekatan yang digunakan dan langkah-langkah kerja analisisnya, dalam hal ini adalah metode penemuan hukum baik secara hukum Islam yang terdiri dari *bayani*, *ta'lili* atau *istislahi*, juga metode penemuan hukum umum, yakni apakah interpretasi, akan dilihat interpretasi yang digunakan Mahkamah Agung, apakah gramatikal, interpretasi sistematis, interpretasi historis, interpretasi sosiologis, interpretasi komparatif, interpretasi antisipatif, interpretasi restriktif, interpretasi ekstensif, interpretasi subsumtif, interpretasi interdisipliner ataupun interpretasi multidisipliner; metode argumentasi atau metode penemuan hukum bebas.
5. Wasiat Wajibah: maksudnya adalah wasiat yang dipandang sebagai telah dilakukan oleh seseorang yang akan meninggal dunia atas dasar kemaslahatan, walaupun sebenarnya ia tidak meninggalkan wasiat itu;
6. Ahli waris beda agama: maksudnya adalah ahli waris yang bukan beragama Islam atau non muslim penerima wasiat wajibah, baik anak kandung, orang tua kandung, suami, istri, saudara maupun kerabat lainnya;
7. Kontribusi: maksudnya sumbangsih atau pengaruh dari berbagai putusan Mahkamah Agung mengenai wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama sebagai putusan hakim atau yurisprudensi terhadap pembangunan hukum nasional khususnya subsistem substansi hukum;
8. Sistem Hukum Nasional maksudnya adalah sistem hukum yang berlaku di Indonesia sekarang ini atau hukum positif dengan fokus kajian pada subsistem substansi hukum, lebih khusus lagi salah satu sumber hukum, yakni yurisprudensi.
9. Putusan Kasasi Mahkamah Agung, maksudnya adalah Putusan Mahkamah Agung yang mengandung wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama, berdasarkan yurisprudensi Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2018 yakni Putusan Nomor Putusan No.368 K/Ag/1995, tanggal 16 Juli 1998, Putusan No. 51 K/Ag/1999 tanggal 29 September 1999, Putusan No. 16 K/Ag/2010 tanggal 16 April 2010, Putusan Nomor 402 K/AG/2013, tanggal 20 September 2013, Putusan MA Nomor 721 K/Ag/2015, Tanggal 19

November 2015, Putusan Mahkamah Agung Nomor 218 K/AG/2016, tanggal 26 Mei 2016 dan Putusan Nomor 331 K/Ag/2018, tanggal 30 Mei 2018.

G. Hasil Penelitian Terdahulu

1. Siah Khosyi'ah dan Aah Tsamrotul Fuadah: *Rechttvinding tentang Waris Beda Agama di Pengadilan Agama Bandung*. Jurnal Asy-Syari'ah, Vol 21, No 2 (2019). Tujuan penelitian ini untuk mengetahui penemuan hukum hakim tentang waris beda agama di Pengadilan Agama Kota Bandung sejalan dengan tuntutan para pencari keadilan tentang ahli waris yang berbeda agama. Hasil Penelitian ini menyimpulkan bahwa hakim tidak menutup kemungkinan menemukan hukum baru tentang waris beda agama dengan memberikan hak waris kepada ahli waris beda agama jika dikehendaki oleh ahli waris dengan melakukan berbagai penafsiran hukum dan berpegang pada tujuan hukum yakni asas manfaat, asas keadilan dan asas kemaslahatan bagi para ahli waris.¹⁵⁴
2. Amrin: *Tinjauan Hukum Islam Terhadap Hukum Waris Beda Agama (Diskursus Ulama Salaf dan Khalaf)*, jurnal Syar'ie, Vol. 5 No. 2 Agustus 2022. Penelitian ini menyimpulkan bahwa perdebatan mengenai boleh atau tidaknya memberikan waris kepada ahli waris beda agama terdapat pro dan kontra. Ulama yang membolehkan dengan melihat adanya maslahat dan indahnya toleransi beragama sehingga saling menghormati. Adapun ulama yang tidak membolehkan memberikan ahli waris beda agama dengan beranggapan akan bercampurnya harta yang tidak halal dari peninggalan si pewaris.¹⁵⁵
3. Adit Kurniawan: *Hak Waris Anak yang Lahir dari Perkawinan Beda Agama*. Jurnal Maqasid Vol 11, No 1 (2022). Penelitian ini menjelaskan bahwa apabila dilihat dari sudut pandang Hukum Waris Islam, maka anak yang lahir dari perkawinan beda agama tidak mempunyai hak untuk

¹⁵⁴ Siah Khosyi'ah dan Aah Tsamrotul Fuadah. "Rechttvinding tentang Waris Beda Agama di Pengadilan Agama Bandung." *Jurnal Asy-Syari'ah* 21, no. 2 (2019): 135-158.

¹⁵⁵ Amrin. "Tinjauan Hukum Islam Terhadap Hukum Waris Beda Agama (Diskursus Ulama Salaf dan Khalaf)." *Jurnal Syar'ie* 5, no. 2 (Agustus 2022): 146.

mendapatkan harta waris apabila tidak seagama dengan pewaris yang dalam hal ini pewaris beragama Islam. Namun demikian apabila pewaris tidak beragama Islam (non-muslim), sedangkan ahli warisnya tidak seagama dengan pewaris, maka tetap berhak mewarisi. Hal tersebut didasarkan pada hubungan darah antara pewaris dengan ahli waris, sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 832 KUH Perdata maupun Pasal 171 huruf c Kompilasi Hukum Islam (KHI). Hambatan hak mewaris anak yang lahir dari perkawinan beda agama adalah belum adanya unifikasi yang mengatur tentang waris beda agama. Namun demikian berkaitan dengan hal tersebut, hak mewaris anak yang lahir dari perkawinan beda agama dapat diatasi berdasarkan Fatwa Munas VII Majelis Ulama Indonesia (MUI) Nomor 5/MUNAS-VII/MUI/9/2005 yang menyatakan bahwa pemberian harta kepada orang yang berbeda agama dapat dilakukan dalam bentuk hibah, hadiah dan wasiat.¹⁵⁶

4. Penelitian oleh Dwi Andayani Tetty Hariyati berjudul *Problematika Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama Di Indonesia*. Jurnal Maqasid Vol 11, NO. 3 (2022). Hasil penelitian menyimpulkan bahwa Hakim Agung dalam memutus perkara waris beda agama ini lebih memertimbangkan aspek keadilan sosial dan kemaslahatannya. Walaupun hal ini sebenarnya bertentangan dengan sumber Hukum Islam baik dalam Al-Qur'an maupun Hadits.¹⁵⁷
5. Penelitian oleh Alip Pamungkas Raharjo dan dan Elok Fauzia Dwi Putri. Berjudul *Analisis Pemberian Wasiat Wajibah terhadap Ahli Waris Beda Agama Pasca Putusan Mahkamah Agung Nomor 331 K/AG/2018* dalam Jurnal Suara Hukum 1, No. 2 (September 2019), menyimpulkan bahwa sebelum adanya Putusan Mahkamah Agung Nomor 331 K/AG/2018, ahli waris non umat Islam diberi bagian warisan berupa wasiat wajibah untuk $\frac{3}{4}$ bagian dari warisan. Pasca Putusan Mahkamah Agung Nomor 331

¹⁵⁶ Adit Kurniawan. "Hak Waris Anak yang Lahir dari Perkawinan Beda Agama." *Jurnal Maqasid: Jurnal Studi Hukum Islam* 11, no. 1 (2022): 50-59.

¹⁵⁷ Dwi Andayani Tetty Hariyati. "Problematika Wasiat Wajibah Terhadap Ahli Waris Beda Agama Di Indonesia." *Jurnal Maqasid* 11, no. 3 (2022): 157-167.

K/AG/2018, tersebut jumlah wasiat wajibah berubah menjadi $\frac{1}{4}$ dari harta peninggalan ahli waris.¹⁵⁸

6. Penelitian oleh Kamaruddin berjudul *Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim (Studi Kasus Perkara No.16K/AG/2010)* menyimpulkan bahwa relevansi wasiat wajibah terhadap realitas kontemporer adalah sangat relevan demi terciptanya kedamaian yang berorientasi kepada kemaslahatan, artinya dengan diberlakukan wasiat wajibah terhadap ahli waris non muslim akan memberi sedikit ruang dalam pemenuhan hak-haknya yang terhalang menurut hukum Islam dan KHI, maka seharusnya penemuan hukum oleh hakim lebih beorientasi pada keadilan dan nilai-nilai hukum dalam masyarakat.¹⁵⁹
7. Maimun, judul: *Pembagian Hak Waris Terhadap Ahli Waris Beda Agama Melalui Wasiat Wajibah dalam Perspektif Hukum Kewarisan Islam*, Jurnal Asas, Vol 9, No 1 (2017). Menurutnya pendistribusian harta waris dalam sistem kewarisan Islam (*nizam al-irts fi al-Islam*) telah ditetapkan dengan gamblang dalam Q.S. an-Nisa' (4), ayat 11, 12 dan 176. Ahli waris sebagai penerima waris (*al-warits*) dari pewaris (*al-muwarrits*) adalah mereka yang telah ditetapkan bagiannya masing-masing (*furud al-muqaddarah*) sesuai ketentuan nas al-Qur'an. Tetapi berdasarkan sebuah hadis riwayat *muttafaq 'alaih* dari Usamah bin Zaid, seorang ahli waris beda agama (non muslim) tidak dapat mewarisi dari tirkah yang ditinggalkan pewaris. Oleh karena demikian, solusi alternatifnya dari pihak ahli waris yang muslim atau Pengadilan Agama dapat menetapkan wasiat wajibah untuk diberikan kepada ahli waris (saudara kandung) yang beda agama yang kadar bagiannya sama dengan ahli waris yang muslim. Solusi ini sebagai pemenuhan rasa keadilan, menjaga keutuhan keluarga, dampak psikologis, menghilangkan diskriminatif, dan perlindungan keluarga besar ahli waris,

¹⁵⁸ Alip Pamungkas Raharjo dan dan Elok Fauzia Dwi Putri. "Analisis Pemberian Wasiat Wajibah terhadap Ahli Waris Beda Agama Pasca Putusan Mahkamah Agung Nomor 331 K/AG/2018." *Jurnal Suara Hukum* 1, no. 2 (September 2019): 172-181.

¹⁵⁹ Kamaruddin. "Penerapan Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Non Muslim (Studi Kasus Perkara No.16K/AG/2010)." *Mizani* 25, no. 2 (Agustus 2015): 2-12.

sehingga peralihan harta waris dari pewaris kepada penerima waris dapat terealisasi dengan baik sesuai aturan yang dikehendaki *nash*. Pada dasarnya, setiap orang berhak untuk mewasiatkan harta bendanya kepada siapa yang dikehendakinya, tetapi harus sesuai dengan aturan hukum yang mengaturnya.¹⁶⁰

8. Misno, judul: *Wasiat Wajibah Untuk Anak Angkat*, Jurnal Adliya, Vol 11, No 1 (2017). Kesimpulan dalam penelitian adalah bahwa Imam Madzhab membahas mengenai wasiat dalam makna umum, mereka belum membahas secara spesifik mengenai wasiat wajibah. Namun statement mereka mengenai wasiat dapat menjadi dasar hukum bagi kebolehan wasiat wajibah bagi anak angkat. Alasannya adalah adanya kemashalahatan bagi anak angkat karena tidak ada yang menanggung beban hidupnya. Jika dia tidak bisa mendapatkan bagian dari harta yang ditinggalkan orang tua angkatnya, tentu akan memunculkan kemudharatan baginya.¹⁶¹
9. Naili Fadhilah, judul: *Pembaharuan Hukum Waris Islam: Wasiat Wajibah Mesir dan Relevansinya dengan Konsep Waris Pengganti Indonesia*. Jurnal Syariah dan Hukum Al-Mawarid, e-ISSN: 2656-193X. Kesimpulan penelitian ini menjelaskan bahwa teretusnya undang-undang wasiat wajibah Mesir memiliki relevansi terhadap lahirnya pembaruan hukum kewarisan Islam di Indonesia khususnya tentang konsep ahli waris pengganti. Walaupun relevansi itu tidak nampak secara langsung, namun secara tersirat pembaruan hukum waris Islam Mesir telah berpengaruh bagi hukum waris Islam di Indonesia terutama mengenai konsep ahli waris pengganti buat cucu yang ayahnya telah lebih dahulu meninggal dari pewaris (kakek).¹⁶²
10. Penelitian Muhyar Nugraha dkk., berjudul : *Analisis Putusan Hak Anak Angkat Atas Wasiat Wajibah Menurut Fatwa Pengadilan Agama*

¹⁶⁰ Maimun. "Pembagian Hak Waris Terhadap Ahli Waris Beda Agama Melalui Wasiat Wajibah dalam Perspektif Hukum Kewarisan Islam." *Jurnal Asas* 9, no 1 (2017): 1-11.

¹⁶¹ Misno, "Wasiat Wajibah Untuk Anak Angkat." *Jurnal Adliya* 11, no 1 (2017): 100-109.

¹⁶² Naili Fadhilah. "Pembaharuan Hukum Waris Islam: Wasiat Wajibah Mesir dan Relevansinya dengan Konsep Waris Pengganti Indonesia." *Jurnal Syariah dan Hukum Al-Mawarid*.1, no. 13-26 (2021): 51-61.

Palembang Nomor 058/Pdt.G/2010/PA.Plg. Jurnal Yustisi, Vol 5, No 1 (2018). Kesimpulan penelitian ini bahwa Hukum Islam mengizinkan seorang anak yang dibesarkan dalam batasan tertentu selama tidak membawa akibat hukum dalam hal hubungan darah, hubungan wali-pewaris mewali dan hubungan mewaris dari orang tua angkat. Dia tetap menjadi ahli waris orang tuanya dan anak itu tetap di bawah nama ayah kandungnya, tetapi berhak memperoleh wasiat wajibah dari orang tua angkatnya.¹⁶³

11. Mohammad Yasir Fauzi, disertasi berjudul *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam Dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga Di Indonesia*. Teori yang digunakan dalam penelitian ini ada tiga teori, yaitu; teori *maqashid al-syari'ah*, teori progresif dan teori pembangunan hukum. Yurisprudensinya Mahkamah Agung Nomor 368 K/AG/1995 telah melakukan pembaharuan hukum waris bagi non Muslim menuju pengakuan bahwa ahli waris non muslim juga dianggap sebagai ahli waris dari pewaris muslim. Dengan kata lain Mahkamah Agung telah memberikan status ahli waris bagi ahli waris non muslim dan memberikan bagian harta yang setara dengan ahli waris muslim. Kaidah hukum yang diterapkan apa yang dianut Majelis Hakim Pengadilan Agama Jakarta Pusat dalam memeriksa, mengadili, dan menyelesaikan perkara Nomor Register: 377/Pdt.G/1993/PA.JP. mengacu kepada KHI pasal 171, pasal 1 dan 2 jo Pasal 49 UU No 7 Tahun 1989, serta dalil al Qur'an surat an-nisa, 4:141, HR. Al-Bukhori dan Muslim, sehingga personal keislaman ditentukan oleh pewaris dan mengabaikan wasiat yang tidak dapat dibuktikan sedangkan Mahkamah Agung dengan register perkara kasasi No. 368 K/AG/1995 dalam mengambil keputusan dengan memberikan hak ahli waris non khusus yaitu menetapkan hukum Islam kontemporer, memakai kaidah hukum apabila orang tua beragama berbeda dengan anak maka dianggap meninggalkan wasiat yang disebut wasiat

¹⁶³ Muhyar Nugraha dkk. "Analisis Putusan Hak Anak Angkat Atas Wasiat Wajibah Menurut Fatwa PA Palembang Nomor 058/PDT.G/2010/PA.PLG." *Jurnal Yustisi* 5, no. 1 (2018): 1-11.

wajibah. Dan mengambil keputusan dengan memberikan hak ahli waris non Muslim berdasarkan wasiat wajibah dengan mengacu pada pendapat sebagian ulama seperti Ibnu Hazm, Al-Thabari dan Muhammad Rasyid Ridho, yang berpendapat bahwa ahli waris non Muslim akan mendapatkan harta warisan pewaris muslim melalui wasiat wajibah.¹⁶⁴

12. Penelitian Siti Ropiah, berjudul *Rekonstruksi Kewarisan Beda Agama Melalui Wasiat Wajibah*, disertasi Program Pascasarja Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunungdjati Bandung, 2016. Latarbelakang penelitian ini adalah adanya Putusan Mahkamah Agung yang memberikan bagian waris kepada ahli waris non muslim, sementara itu, ada hadits yang melarang terjadinya pewarisan antara muslim dengan non muslim. Teori utama adalah teori kredo, teori menengah adalah teori keadilan, sedangkan teori aplikatifnya adalah teori perubahan, teori masalah dan teori maqashid al-syari'ah. Kesimpulan penelitian: *Pertama* bahwa kontroversi kewarisan beda agama menurut hukum Islam terjadi karena perbedaan dasar hukum yang digunakan. *Kedua*, alasan Mahkamah Agung memberikan bagian kepada isteri non muslim karena Mahkamah Agung menganggap hal tersebut sebagai wasiat wajibah, Isteri telah mengabdikan pada suaminya selama kurang lebih 18 tahun dan mendasarkan kepada pendapat Yusuf Qardhawi. Berdasarkan alasan-alasan tersebut maka pemberian bagian kepada isteri non muslim tidak bertentangan hukum Islam dan peraturan perundang-undangan di Indonesia. *Ketiga*, Konstruksi wasiat wajibah dilakukan terhadap anak angkat dan orang tua angkat sebagaimana Pasal 209 KHI, sedangkan rekonstruksinya dilakukan terhadap non muslim.¹⁶⁵
13. Penelitian Salma Suroyya Yuni Yanti dkk. berjudul *Pembagian Harta Warisan Terhadap Ahli Waris Beda Agama Serta Akibat Hukumnya*.

¹⁶⁴ Mohammad Yasir Fauzi, *Wasiat Wajibah Bagi Non Muslim Dalam Perspektif Hukum Islam Dan Hukum Positif Serta Kontribusinya Terhadap Hukum Keluarga Di Indonesia* (Bandar Lampung: Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri (UIN) Raden Intan Lampung, 2020), 267-268.

¹⁶⁵ Siti Ropiah, *Rekonstruksi Kewarisan Beda Agama Melalui Wasiat Wajibah* (Bandung: Program Pascasarjana Universitas Islam Negeri (UIN) Sunan Gunung Djati Bandung, 2016), 246-247.

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode pendekatan yuridis empiris, yakni metode pendekatan yang berdasarkan ketentuan-ketentuan perundang-undangan yang berlaku dikaitkan dengan teori hukum serta melihat realita permasalahan yang terjadi di masyarakat dengan spesifikasi deskriptif analitis. Penelitian ini menyimpulkan bahwa penerapan hukum dalam pelaksanaan pembagian harta warisan terhadap ahli waris beda agama didasarkan kepada hukum yang berlaku pada waktu semasa hidup pewaris. Menurut hukum waris barat, ahli waris beda agama tidak menjadi penghalang untuk menjadi ahli waris sedangkan hukum waris islam, ahli waris beda agama menjadi penghalang untuk menjadi ahli waris. Namun demikian, ahli waris beda agama tetap dapat menerima harta waris dengan melalui wasiat wajibah sesuai Yurisprudensi MA No. 51/K/AG/1999. Selain itu disimpulkan juga bahwa akibat hukum pada penyelesaian kewarisan beda agama dalam pelaksanaannya menimbulkan penafsiran Hakim yang berbeda dalam mempertimbangkan hukum dalam amar putusan, penyebabnya adalah karena belum ada aturan hukum yang pasti, yang dalam prakteknya Hakim disamping merujuk yurisprudensi Mahkamah Agung juga Hakim memiliki kewenangan untuk menafsirkan hukum terkait kasus konkrit yang ditanganinya.¹⁶⁶

14. Penelitian Mohammad Yasir Fauzi berjudul Pembagian Harta Dengan Wasiat Wajibah Dan Hibah Dalam Hukum Islam. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa harta peninggalan, haruslah dibagi kepada orang-orang yang berhak menerimanya, di dalam fiqih terdapat pembahasan mengenai ilmu mawaris. Menurut para fuqaha, ilmu mawaris adalah ilmu untuk mengetahui orang yang berhak menerima pusaka, orang yang tidak dapat menerima pusaka, kadar yang diterima oleh tiap-tiap waris dan cara pembagiannya. Wasiat wajibah sebagai wasiat yang pelaksanaannya tidak dipengaruhi atau tidak bergantung kepada kemauan atau kehendak si yang meninggal dunia. Menurut istilah agama Islam hibah itu semacam akad atau

¹⁶⁶ Salma Suroyya Yuni Yanti dkk. "Pembagian Harta Warisan Terhadap Ahli Waris Beda Agama Serta Akibat Hukumnya." *Diponegoro Law Journal* 5, no. 3 (2016): 1-10.

perjanjian yang menyatakan pemindahan milik seorang kepada orang lain diwaktu ia masih hidup tanpa mengharapkan sedikitpun. Perbedaan yang paling utama antara harta yang diterima lewat warisan, wasiat dan diterima lewat hibah adalah pada masih hidup atau tidaknya pemberi harta.¹⁶⁷

15. Sidik Tono, disertasi berjudul *Wasiat Wajibah sebagai Alternatif Mengakomodasi Bagian Ahli Waris Non Muslim*. Hasil penelitian: *Pertama*, kedudukan hukum wasiat dalam KHI telah menunjukkan adanya *law and rule* dalam praktiknya pada sistem peradilan agama di Indonesia, sedangkan posisi ahli waris non-muslim terhalang sebagai ahli waris, karena itu penyelesaiannya dengan Wasiat Wajibah sebesar bagian ahli waris dengan tidak melebihi sepertiga bagian. *Kedua*, ahli waris non-muslim dapat menerima wasiat berdasarkan Wasiat Wajibah, berdasarkan Surat Al-Baqarah (2): 180, sebab terminologi ayat tersebut bersifat umum, apakah mencakup ahli waris yang tidak dapat mewarisi karena sebab, seperti ahli waris non-inuslim, atau yang lain. Dan juga berdasarkan empat tempat kata wasiat dalam Surat Al-Baqarah (2): 180, An-Nisa' (4): 11 dan An-Nisa' (4): 12, serta berdasarkan Al-Qur'an Surat Al-Maidah (5): 106 yang memberikan petunjuk perlunya saksi yang adil dalam berwasiat, dan apabila tidak ditemukan saksi yang adil, maka ahli waris boleh mengganti saksi yang adil meskipun berlainan agama. Hal ini mengisyaratkan adanya kebolehan berwasiat kepada ibu-bapak dan karib kerabat non-muslim. Dan *Ketiga*, Wasiat Wajibah pelaksanaannya berdasarkan putusan hakim atau undang-undang, sehingga tidak tergantung kepada kemauan atau kehendak orang yang meninggal. Mahkamah Agung melalui putusan nomor: 368 WAG11995 tanggal 16 Juli 1995 dan nomor: 51 WAG11999 tanggal 29 September 1999 telah memberikan hak Wasiat Wajibah kepada ahli waris nonmuslim dari pewaris muslim. Putusan itu hanya mengikat para pihak, tidak mengikat seluruh warga negara Indonesia, hanya berbentuk

¹⁶⁷ Mohammad Yasir Fauzi. "Pembagian Harta Dengan Wasiat Wajibah Dan Hibah Dalam Hukum Islam." *Asas: Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam* 9 (Januari 2017): 103-108.

yurisprudensi. Karena itu, agar putusan itu efektif perlu dibuat undang-undang tentang kewarisan nasional.¹⁶⁸

16. Nurhadi, *Wasiat Wajibah sebagai Temuan Hukum oleh Hakim dalam Perkara Waris Beda Agama*. Hasil penelitiannya disimpulkan bahwa Putusan Mahkamah Agung Nomor 16 K/AG/2010 dapat dianggap sebagai penemuan hukum dalam pembagian waris bagi ahli waris beda agama, dengan tidak melanggar ketentuan hadits tersebut dengan instrumen yang sudah tepat yaitu wasiat wajibah.¹⁶⁹
17. Abdul Gafur, *Analisis Konsep Wasiat Wajibah dalam KHI dan Putusan MA*. Al-Madzaahib, Jurnal Perbandingan Hukum. Menurutnya, perbedaan wasiat wajibah dalam KHI dengan Putusan MA terdapat dari segi penerima wasiat wajibah. Menurut KHI, diperuntukan kepada anak angkat dan orang tua angkat dengan maksimal 1/3 dari harta peninggalan. Sedangkan putusan MA dapat diperuntukkan kepada kerabat non muslim dan anak tiri. Mereka mendapatkan bagian dari pewaris Muslim berdasarkan wasiat wajibah sebesar bagian ahli waris Muslim sederajat, maksimal sepertiga atau maksimal penerimaan 1/3 harta peninggalan.¹⁷⁰
18. M. Syafe'i, *Hak Non Muslim terhadap Harta Waris (Hukum Waris Islam dan KHI)*. Penelitiannya menegaskan bahwa hak non muslim atas harta waris adalah merupakan hasil ijtihad yang didasarkan pada pendapat ulama kontemporer, sedangkan pemberian wasiat wajibah dalam KHI didasarkan kepada pendapat ulama-ulama klasik.¹⁷¹
19. Kartika Herenawati dkk., *Kedudukan Harta Waris dari Pewaris Non Muslim dan Penerapan Wasiat Wajibah bagi Ahli Waris Non Muslim (Analisis Penetapan Pengadilan Agama Badung Nomor:*

¹⁶⁸ Sidik Tono, *Wasiat Wajibah sebagai Alternatif Mengakomodasi Bagian Ahli Waris Non Muslim* (Yogyakarta: Program Pascasarjana UII Yogyakarta, 2013). 226-227.

¹⁶⁹ Nurhadi. "Wasiat Wajibah Sebagai Temuan Hukum Oleh Hakim dalam Perkara Waris Beda Agama." *Jurnal Hukum dan Peradilan - Puslitbang Hukum dan Peradilan Mahkamah Agung* 6, no. 2 (Juli 2017): 317 – 336.

¹⁷⁰ Abdul Gafur. "Analisis Konsep dalam KHI dan Putusan MA Al-Madzaahib." *Jurnal Perbandingan Hukum* 10, no. 1 (Juni 2022): 2.

¹⁷¹ M. Syafe'i. "Hak Non Muslim terhadap Harta Waris (Hukum Waris Islam dan KHI)." *Al-Mawarid* XI, no. 2 (September 2019): 191-192.

4/Pdt.P/2013/PA.Bdg Tanggal 7 Maret 2013). Berdasarkan hasil penelitian ditemukan bahwa di dalam kompilasi hukum Islam tidak mengatur kepada siapakah harta pewaris yang telah murtad dapat diberikan. Perbedaan agama sebagai penghalang untuk dapat mewarisi adalah khusus ditujukan kepada ahli waris. Jadi dapat disimpulkan bahwa ahli waris muslim dapat mewarisi harta pewaris non muslim, tetapi tidak sebaliknya. Dalam penelitian ini, meskipun ahli waris non muslim tidak dapat mewarisi harta dari pewaris muslim, demi memenuhi rasa keadilan dan rasa kemanusiaan, ahli waris non muslim tersebut tetap mendapatkan harta warisan melalui wasiat wajibah yang prosesnya berdasarkan penetapan pengadilan. Wasiat wajibah ditetapkan sebagai jalan keluar dalam pemberian harta warisan kepada ahli waris non muslim karena pewaris telah meninggal dunia, dan tidak ada cara lain untuk dapat mengalihkan harta pewaris kepada ahli waris yang non muslim.¹⁷²

20. Adji Pratama Putra dkk., *Analisis Kewarisan Beda Agama dalam Perspektif Hukum Islam*. Hasil dari penelitian ini ialah adanya penetapan Mahkamah Agung yang memberikan ketentuan tentang harta warisan kepada ahli waris yang berbeda agama melalui wasiat wajibah dengan kadar yang sama dengan yang seharusnya ahli waris beda agama tersebut dapatkan dalam sistem kewarisan Islam. Penetapan berlakunya wasiat wajibah untuk ahli waris beda agama tersebut merupakan wujud untuk menciptakan kemaslahatan dan kedamaian, khususnya dalam sebuah keluarga.¹⁷³
21. Raju Mohammad Hazmi, *Wasiat Wajibah bagi Suami Murtad dalam Pendekatan Teleologik Menuju Realisme Hukum (Suatu Analisis Terhadap Putusan MA Nomor 331 K/Ag/2018)*. Kesimpulannya bahwa ketentuan wasiat wajibah muncul sebagai alternatif atas beberapa problematika kewarisan, seperti hak atas harta warisan bagi kepada ahli waris beda agama,

¹⁷² Kartika Herenawati dkk. “Kedudukan Harta Waris dari Pewaris Non Muslim dan Penerapan Wasiat Wajibah bagi Ahli Waris Non Muslim (Analisis Penetapan Pengadilan Agama Badung Nomor: 4/Pdt.P/2013/PA.Bdg Tanggal 7 Maret 2013).” *DiH: Jurnal Ilmu Hukum* 16, no. 1 (Februari 2020 – Juli 2020): 25-35.

¹⁷³ Adji Pratama Putra dkk. “Analisis Kewarisan Beda Agama dalam Perspektif Hukum Islam.” *Mizanuna: Jurnal Hukum Ekonomi Syariah* 01, no. 01 (Juni 2023): 1-10.

anak dan orang tua angkat. Kondisi ini dihadapkan pada realitas hukum kewarisan suatu masyarakat yang tidak dapat lepas dari struktur, norma, dan tradisi, masyarakat yang sudah hidup (*living law*) selama bertahun-tahun.¹⁷⁴

22. In Mutmainnah, *Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)*. Pengaplikasian wasiat wajibah yang diberikan kepada ahli waris beda agama menjadi permasalahan karena status perbedaan agama menjadikan ahli waris tersebut terhalang untuk mendapatkan hak waris. Melalui putusan Mahkamah Agung ini hakim memutuskan bahwa ahli waris beda agama mendapat hak melalui wasiat wajibah dengan pertimbangan maslahat. Meskipun tidak terdapat aturan mengenai wasiat wajibah bagi ahli waris beda agama, hakim telah berhasil melakukan ijtihad dan melakukan penemuan hukum dengan menggali nilai-nilai hukum yang ada. Putusan ini memperlihatkan bahwa hakim benar-benar melaksanakan tugas sebagai pembuat hukum yang menerima, memeriksa, serta memutus perkara untuk keadilan sosial. Dengan demikian, dibutuhkan keberanian hakim untuk memutus perkara-perkara yang dianggap baru melalui pertimbangan yang mengutamakan kemaslahatan dengan tetap berdasar pada al-Qur'an dan hadis.¹⁷⁵
23. Eko Setiawan, *Penerapan Wasiat Wajibah Menurut KHI dalam Kajian Normatif Yuridis*. Kesimpulannya bahwa pembagian harta warisan bagi anak angkat menurut Kompilasi Hukum Islam adalah dengan jalan melalui hibah atau dengan jalan wasiat wajibah dengan syarat tidak boleh melebihi

¹⁷⁴ Raju Mohammad Hazmi. "Wasiat Wajibah bagi Suami Murtad dalam Pendekatan Teleologik Menuju Realisme Hukum (Suatu Analisis Terhadap Putusan MA Nomor 331 K/Ag/2018)." *Jurnal Hukum dan Pembangunan* Tahun ke-51, no. 4 (Oktober-Nopember 2021): 850-852.

¹⁷⁵ In Mutmainnah. "Wasiat Wajibah Bagi Ahli Waris Beda Agama (Analisis Terhadap Putusan Mahkamah Agung Nomor: 368K/AG/1995)." *DIKTUM: Jurnal Syariah dan Hukum* 17, no. 2 (Desember 2019): 189-210.

1/3. (sepertiga) dari harta warisan orang tua angkatnya, hal ini untuk melindungi ahli waris lainnya.¹⁷⁶

24. Muhammad Rhazes Adiasa, *Wasiat Wajibah Terhadap Non Muslim dan Murtad (Analisis Terhadap Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung)*. Tulisan ini bertujuan untuk menganalisis dasar pertimbangan hakim dari sisi usul fikih dan fikih, khususnya terkait yurisprudensi Mahkamah Agung. Dalam hal ini, putusan yang ditetapkan oleh hakim dinilai berkesesuaian dengan nilai-nilai keadilan, meski tidak mengikuti aturan yang sudah berlaku sebagai pedoman oleh hakim Pengadilan Agama, yaitu KHI.¹⁷⁷
25. Penelitian Anwar Hafizhi dkk berjudul *Pengaruh Dan Dampak Pembaharuan Hukum Islam Terhadap Kewarisan Beda Agama (Study Komparatif Pemikiran Wahbah Az Zuhaili dan Yusuf Al Qaradhawi, Jurnal Al Falah, Vol. 19 No. 2 Tahun 2019*. Hasil penelitian ini menyimpulkan bahwa para ulama dalam hal ini adalah Wahbah Zuhaili dan Yusuf Al-Qardawi berbeda pendapat terkait kewarisan beda agama, terjadinya perbedaan pendapat Wahbah Zuhaili dan Yūsuf al-Qardāwi mengenai Muslim mewarisi harta dari keluarga yang kafir, terletak pada perbedaan ulama dalam memahami hadis shahih tentang larangan muslim mewarisi harta dari keluarga yang kafir. Wahbah Zuhaili berpendapat bahwa hadist larangan perwarisan antara muslim dan nonmuslim merupakan hadist yang telah jelas menunjukkan maknanya, sehingga tiada celah dalam hukum ini untuk menetapkan sesuatu diluar apa yang telah ditetapkan dalam hadis tersebut. Oleh karenanya beliau berpendapat bahwa perbedaan agama menjadi sebab penghalang kewarisan. Sedangkan Yusuf Al Qardawi berpendapat orang islam bisa mewarisi dari non-muslim, sedangkan orang nonmuslim tidak dapat mewarisi dari orang islam, hal ini berdasarkan bahwa hadist tersebut dengan lafadz kafir bermakna kafir harabi, selain itu

¹⁷⁶ Eko Setiawan. "Penerapan Wasiat Wajibah Menurut KHI dalam Kajian Normatif Yuridis." *Muslim Heritage* 1, no. 2 (November 2016–April 2017): 43-54.

¹⁷⁷ Muhammad Rhazes Adiasa. "Wasiat Wajibah Terhadap Non Muslim dan Murtad (Analisis Terhadap Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung)." *Jurnal Al-Ahkam* XIV, no. 1 (Juni 2023): 70-98.

beliau pun menggunakan istinbath hukum Mashlahah mursalah, Istihsan dan Maqashid Syariah dalam pengambilan hukumnya.¹⁷⁸

26. Eka Apriyudi, *Pembagian Harta Warisan kepada Anak Kandung Non Muslim dengan Wasiat Wajibah*. Hasil penelitian ini disimpulkan bahwa (1) Kedudukan anak non muslim terhadap harta warisan pewaris beragama Islam adalah bukan sebagai ahli waris karena Hukum Waris Islam tidak mengenal adanya pewaris kepada orang yang berbeda agama (non-muslim). Hal ini yang menjadi alasan bahwa kedudukan hak anak non muslim atas warisan pewaris muslim diatur dalam Hukum Waris Islam yang berlaku di Indonesia yang menempatkan anak yang beragama lain dari agama yang dipeluk pewaris tidak memperoleh warisan tetapi memperoleh wasiat wajibah; dan (2) Pembagian harta waris kepada anak kandung non muslim melalui wasiat wajibah pada intinya menentukan bahwa ahli waris yang beragama bukan Islam tetap bisa mendapat harta dari pewaris yang beragama Islam berdasarkan wasiat wajibah yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan sebagai ahli waris.¹⁷⁹
27. Hasnan Hasbi, *Analisis Hak Mewarisi Anak yang Lahir dari Perkawinan Beda Agama*. Kesimpulannya bahwa penyelesaian masalah hak waris anak-anak yang lahir di luar nikah agama yang berbeda masing-masing pihak yang tunduk pada hukum yang berbeda berdasarkan hukum agama atau hukum adat.¹⁸⁰
28. Dian Sufiati dan Ria Dwi Anggraeni, *Hak Isteri Non Muslim terhadap Harta Peninggalan Suami yang Beragama Islam*. Disimpulkan bahwa kedudukan istri Non Muslim terhadap harta peninggalan suami yang beragama Islam menurut Qur'an, hadits dan kompilasi Hukum Islam bukan ahli waris oleh keputusan Mahkamah Agung No 16K/AG/2010 melalui

¹⁷⁸ Anwar Hafizhi dkk. "Pengaruh Dan Dampak Pembaharuan Hukum Islam Terhadap Kewarisan Beda Agama (Study Komparatif Pemikiran Wahbah Az Zuhali dan Yusuf Al Qaradhawi)." *Jurnal Al Falah* 19, no. 2 (2019): 158.

¹⁷⁹ Eka Apriyudi. "Pembagian Harta Warisan kepada Anak Kandung Non Muslim dengan Wasiat Wajibah." *Jurnal Kertha Patrika* 40, no. 1 (April 2018): 45-56.

¹⁸⁰ Hasnan Hasbi. "Analisis Hak Mewarisi Anak yang Lahir dari Perkawinan Beda Agama." *Jurnal Hukum Islam* 20, no. 1 (Mei 2018): 37-49.

kewenangan hakim diterobos, bahwa istri Non Muslim mendapat bagian dari harta peninggalan suami yang beragama Islam sebagai penerima wasiat wajib, pertimbangan hakim adalah istri orang yang terdekat dengan pewaris, istri merupakan orang yang setia mendampingi suami, sampai suami meninggal. Mahkamah Agung hendaknya mensosialisasikan wasiat wajib ini kepada seluruh masyarakat Indonesia, khususnya mereka yang melaksanakan perkawinan beda agama.¹⁸¹

29. Moh. Ariq Fauzan, Dewa Gede Rudy. *Hak Waris Anak Yang Berbeda Agama Dengan Pewaris Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam*. Penyelesaian agar anak sebagai ahli waris yang berbeda agama mendapatkan harta warisan dari pewaris dapat dilihat dari tindakan yang dilakukan hakim berupa terobosan hukum berdasarkan yurisprudensi Putusan Pengadilan Agama Salatiga dan Penetapan, Pengadilan Agama Badung, serta Yurisprudensi Putusan Mahkamah Agung, dan Sejalan dengan pandangan ulama Abdul Wahab Khallaf berdasarkan surat al-Nisa': 11-14., maka seorang anak atau seorang ahli waris yang memiliki agama berbeda dengan orang tua atau pewaris tetap memperoleh harta benda atau harta warisan yang bisa diperoleh melalui wasiat wajibaah, harta warisan yang diperoleh tidak diijinkan lebih dari 1/3 dari harta waris.¹⁸²

30. Penelitian ChamimTohari berjudul *Rekonstruksi Hukum Kewarisan Beda Agama Ditinjau Dari Al-Uşūl Al-Khamsah*, Mazahib Jurnal Pemikiran Hukum Islam Vol. XVI, No. 1 (Juni 2017), 1- 16. Kesimpulan penelitian ini adalah bahwa (1) Para ulama terbagi menjadi dua kelompok, pertama kelompok yang mengharamkan Muslim mewarisi non Muslim, dan kedua adalah kelompok yang membolehkan; (2) Apabila persoalan hukum kewarisan beda agama ini disentuh dengan teori maqashid syariah dalam

¹⁸¹ Dian Sufiati dan Ria Dwi Anggraeni. "Hak Isteri Non Muslim terhadap Harta Peninggalan Suami yang Beragama Islam." *E-Journal WIDYA Yustisia* 1, no. 1 (Oktober 2014): 69-77.

¹⁸² Moh. Ariq Fauzan, Dewa Gede Rudy. "Hak Waris Anak Yang Berbeda Agama Dengan Pewaris Berdasarkan Kompilasi Hukum Islam." *Acta Comitas: Jurnal Hukum Kenotariatan* 06, no. 01 (April 2021): 211-221.

hal al-uṣūl al khamsah, maka pendapat yang lebih relevan adalah pendapat yang membolehkan.¹⁸³

Berdasarkan tiga puluh hasil penelitian terdahulu dapat disimpulkan bahwa penelitian yang berhubungan dengan hak waris untuk ahli waris beda agama telah banyak dilakukan, namun kajiannya lebih banyak kepada pemahaman terhadap adanya wasiat wajibah atau meneliti putusan Pengadilan Agama, sementara penelitian ini menekankan kepada progresivitas hukum yang terdapat dalam berbagai pertimbangan Majelis Hakim dalam memutus perkara waris untuk ahli waris beda agama, selain itu, menelaah secara lebih mendalam unsur transformasi hukumnya kepada sistem hukum nasional mengingat tidak adanya nash al-Quran maupun al-Sunnah juga belum diatur oleh ketentuan peraturan perundangan yang berlaku termasuk di dalamnya belum termuat dalam Kompilasi Hukum Islam.



¹⁸³ ChamimTohari. "Rekonstruksi Hukum Kewarisan Beda Agama Ditinjau Dari Al-Uṣūl Al-Khamsah." *Mazahib Jurnal Pemikiran Hukum Islam* XVI, no. 1 (Juni 2017): 17.