

H. A. Khisni, S.H., M.H.

**TRANSFORMASI HUKUM ISLAM
KE DALAM HUKUM NASIONAL**

(Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang
Pengembangan Hukum Kewarisan
dalam Kompilasi Hukum Islam
dan Kontribusinya terhadap
Hukum Nasional)

UNISSULA PRESS
ISBN. 978-602-8420-84-6

Perpustakaan Nasional
Katalog Dalam Terbitan (KDT)

ISBN. 978-602-8420-84-6

TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM NASIONAL
(Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum
Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap
Hukum Nasional)

Oleh: H. A. Khisni, S.H., M.H.

14 x 20 ; vi + 322

Diterbitkan oleh
UNISSULA PRESS Semarang

Design sampul dan tata letak: Sumain

Cetakan Pertama : Juli 2011

All Rights Reserved
Hak Cipta dilindungi Undang-Undang

KATA PENGANTAR

Assalamu'alaikum Wr. Wb.

Hukum Islam telah selesai pewahyuannya dalam al-Qur'an maupun penjelasannya dalam as-Sunnah, tetapi kehidupan atau kejadian-kejadian hukum itu datang berkembang dan dinamis. Untuk itu perlu pemecahan problem masalah hukum yang demikian itu, problem yang baru dipecahkan selalu berbarengan dengan problem baru yang segera pula menuntut pemecahan. Usaha untuk menjadikan hukum Islam sebagai alat untuk memecahkan persoalan hukum tersebut senantiasa harus diupayakan.

Hukum Islam merupakan hukum yang telah lama hidup dan berkembang di kalangan masyarakat Indonesia. Ia telah menjadi bagian dari nilai yang hidup dalam masyarakat Indonesia sehingga dapat dijadikan sebagai bahan dasar dalam membangun sistem hukum nasional.

Usaha positivisasi hukum Islam merupakan suatu keharusan baik dalam konteks kajian akademik yang selalu mengikuti eklektisisme maupun proses demokratisasi yang berdasarkan mayoritas penduduk dan pada akhirnya menjadi tantangan bahwa Islam harus menunjukkan janji besarnya yaitu *rahmatan lil 'alamin* dan *li-tahqiq mashalih al-nas*. Mentransformasikan prinsip-prinsip hukum Islam ke dalam hukum nasional sangat-sangat dimungkinkan.

Buku ini merupakan hasil penelitian penulis, mengenai bagaimana hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam sistem hukum nasional, dengan memfokuskan penelitian pada hasil ijtihad hakim peradilan agama dalam bidang kewarisan Islam.

Kesimpulan yang dapat diambil antara lain bahwa hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional melalui

beberapa pintu. Salah satu pintu tersebut adalah berupa putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama. Metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada kasus yang diteliti adalah dengan *maqashid al-syari'ah* dengan metode *istihsan*.

Semoga buku ini dapat memberikan nilai guna dan manfaat dan membuka wacana diskusi dalam pengembangan hukum Islam.

Kami mohon kritik dan saran pembaca kami harapkan demi perbaikan buku ini.

Wassalamu'alaikum Wr. Wb.

Semarang, Juli 2011

Penulis

H. A. Khisni

DAFTAR ISI

Kata Pengantar.....	iii
Daftar Isi.....	v
BAB 1 Pendahuluan.....	1
1.1. Latar Belakang Masalah.....	1
1.2. Identifikasi Masalah.....	27
1.3. Batasan Masalah.....	28
1.4. Tujuan Penelitian dan Kontribusi Penelitian.....	29
1.5. Signifikasi Penelitian.....	31
1.6. Kajian Pustaka.....	33
1.7. Kerangka Teoritik.....	38
1.8. Metode Penelitian.....	84
BAB 2 Kompilasi Hukum Islam dan Ijtihad Hakim Peradilan Agama serta Hukum Kewarisan Dalam Islam.....	95
2.1. Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia.....	95
2.2. Ijtihad Hakim Peradilan Agama.....	141
2.3. Hukum Kewarisan dalam Islam.....	184
BAB 3 Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam KHI dan Kontribusinya Terhadap Hukum Nasional	227

3.1. Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional	227
3.2. Wujud dan Pertimbangan Hukum dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam	237
3.3. Metode Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam.....	264
3.4. Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk Mengantisipasi Perkembangan Kehidupan Keluarga Muslim di Indonesia	277
3.5. Kaidah Hukum yang dapat diambil dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional.....	283
BAB 4 PENUTUP	292
4.1. Simpulan	292
4.2. Saran-saran	302

DAFTAR PUSTAKA



PENDAHULUAN

1

1.1. Latar Belakang Masalah

Hukum Islam adalah salah satu aspek ajaran Islam yang menempati posisi penting dalam pandangan umat Islam, karena ia merupakan manifestasi paling konkrit dari Islam sebagai sebuah agama. Mustahil memahami Islam tanpa memahami hukum Islam.¹ Di dalam diri Islam selain terdapat dimensi hukum (syari'ah) terdapat pula dimensi akidah dan akhlak yang ketiganya tidak dapat dipisahkan satu sama lainnya.

Syari'ah merupakan ruang ekspresi pengalaman agama yang paling penting bagi kaum muslimin dan merupakan obyek refleksi utama mengenai al-Qur'an dan teladan ideal Nabi Muhammad saw (as-Sunnah). Syari'ah merepresentasikan sistem nilai keagamaan yang menjadi kerangka rujukan bagi tingkah laku dan perbuatan setiap orang muslim. Terdapat empat langkah dalam pelaksanaan syari'ah, yaitu (1) langkah *hermeneutis*, (2) langkah sosialisasi, (3) langkah politik, dan (4) langkah penegakan.²

Mengingat negara Indonesia sekarang ini sedang melaksanakan agenda reformasi hukum nasional, dan hukum Islam merupakan bagian atau sub sistem hukum nasional, maka

¹ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: The Clarendon Press, 1971), hal. 1.

² Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Cet. 1, (Yogyakarta: Cakrawala Prees, 2006), hal. 4 – 10.

hukum Islam perlu dijadikan obyek penelaahan, sehingga agenda pembaruan atau reformasi hukum nasional juga mencakup pengertian pembaruan terhadap hukum Islam itu sendiri, dengan memperhitungkan faktor sistem hukum Islam yang dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional menuju masa depan yang diharapkan akan menjadikan hukum Islam sebagai suatu kesatuan sistem yang 'supreme' dalam wadah Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI). Dengan demikian, hukum Islam sebagai hukum yang hidup dan berkembang di masyarakat memiliki ciri khas tersendiri, di antaranya adalah hukum Islam bercorak responsif, adaptif dan dinamis.³

Reformasi hukum merupakan salah satu amanat penting dalam rangka pelaksanaan agenda reformasi nasional. Agenda di dalamnya mencakup penataan kembali berbagai institusi hukum dan politik mulai dari tingkat pusat sampai ke pemerintahan desa, pembaruan berbagai perangkat peraturan perundang-undangan mulai dari UUD sampai ke tingkat Peraturan Desa, dan pembaruan dalam sikap, cara pikir dan berbagai aspek perilaku masyarakat hukum kita ke arah kondisi yang sesuai dengan tuntutan perkembangan zaman. Dengan perkataan lain, dalam agenda reformasi materi hukum itu tercakup keseluruhan sistem dalam komponen yang mencakup pengertian reformasi kelembagaan (*institutional reform*), reformasi perundang-undangan (*instrumental reform*), dan reformasi budaya hukum (*cultural reform*).⁴

Berkaitan dengan reformasi materi hukum atau perundang-undangan (*instrumental reform*) ini dapat dilihat dalam semangat kebijakan penataan hukum nasional yang dirumus bahwa arah kebijakan mengenai hukum adalah menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan

³ Amir Mu'allim dan Yusdani, *Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam*, Cet. 2, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. xii.

⁴ Jimly Asshiddiqie, "Hukum Islam di Antara Agenda Hukum Nasional," *Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001*, hal. 7-8.

mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.⁵ Berkaitan dengan itu, hukum Islam sebagai sumber hukum positif dalam reformasi hukum nasional, dapat dikatakan bahwa pembangunan hukum nasional secara garis besar bersumber pada:

(a) hukum Adat,

(b) hukum Agama (dalam hal ini hukum Islam), dan

(c) hukum dari luar, khususnya dari dunia Barat.⁶

Lahirnya reformasi total di Indonesia menjadi kesempatan dan sekaligus tantangan bagi kajian hukum Islam. Kalau semula kajian hukum Islam seolah melangit atau *ngawang-ngawang*, oleh karena menghafal hasil pemikiran ulama yang telah sekian abad lalu, kini kajian hukum Islam harus mampu bersifat empiris dan realistis. Hukum Islam harus mampu berperan dan berdaya guna untuk keperluan kehidupan umat Islam dan bangsa Indonesia pada umumnya. Usaha positivisasi hukum Islam merupakan suatu keharusan baik dalam konteks kajian akademik yang selalu mengikuti eklektisisme maupun proses demokratisasi yang berdasarkan mayoritas penduduk dan pada akhirnya menjadi tantangan bahwa Islam harus menunjukkan janji besarnya yaitu *rahmatan lil 'alamin* dan *li-tahqiq mashalih al-nas* (untuk memastikan terwujudnya kemaslahatan manusia).⁷

Walaupun dalam praktik hukum Islam belum dapat

⁵ **GBHN Tahun 1999 (Bab IV. A. 2).**

⁶ A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 54 Thn. XII, 2001*, hal. 74.

⁷ *Ibid.*, hal. 87.

berperan secara menyeluruh dan penuh, namun ia tetap memiliki arti yang besar bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan mereka, minimal dengan menetapkan apa yang dianggap baik dan buruk, apa yang menjadi perintah, anjuran, perkenan dan larangan agama. Keseluruhan pandangan hidup umat Islam ditentukan oleh tanggapan masing-masing atas tata nilai tersebut, yang pada gilirannya berpengaruh atas pilihan segi-segi kehidupan yang dianggap penting dan atas cara mereka memperlakukan masa depan kehidupan mereka sendiri.⁸ Dalam perkembangan saat ini, sejak berlakunya Undang-undang No. 22 Tahun 1999 tentang Otonomi Daerah, penerapan syari'at Islam pada suatu wilayah tertentu di negara Republik Indonesia seperti di Propinsi NAD misalnya, sudah tidak dapat dihindarkan. Daerah lain yang menghendaki juga mulai bermunculan, seperti Propinsi Banten, Pamekasan dan Sumenep di Madura. Beberapa kelompok Islam mengambil jalan lain, yakni berkolaborasi dengan lembaga legislatif dan eksekutif di daerah untuk menerbitkan Peraturan Daerah yang bernuansa syari'at Islam.⁹

Hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka pembaharuan hukum Islam mutlak dilakukan dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip hukum Islam. Tanpa adanya interaksi antara prinsip-prinsip hukum Islam dengan perkembangan masyarakat, maka cita-cita ingin mewujudkan hukum Islam menjadi hukum nasional tidak mungkin tercapai.¹⁰ Legislasi hukum Islam merupakan manifestasi modernisme Islam yang terpenting. Dengan integrasi hukum Islam dengan hukum nasional, maka berbagai persoalan

⁸ Abdurrahman Wahid, *Muslim di Tengah Pergumulan*, (Jakarta : LEPPENAS, 1981), hal. 66.

⁹ Afkaruna, "Perda Syari'at dalam Bingkai Negara Bangsa," dalam *Tashwirul Afkar, Edisi No. 20 Tahun 2006*, hal. 45.

¹⁰ Cipto Sembodo, "Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan," dalam *Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001*, hal. 11-12.

intern epistimologi hukum Islam akan terpecahkan dengan sendirinya.¹¹

Mentransformasikan prinsip-prinsip hukum Islam ke dalam hukum nasional sangat-sangat dimungkinkan. Hal ini dapat dilihat ada beberapa kekuatan dan peluang dalam hukum Islam,¹² antara lain dalam hal kekuatan :

- (a) Karakter hukum Islam yang universal dan fleksibel serta memiliki dinamika yang sangat tinggi karena ia memiliki dua dimensi, yaitu *tsabat* (konsistensi) dan *tathawwur* (transformasi) yang memungkinkan Islam selalu relevan dengan perubahan sosial dan temporal yang selalu terjadi,
- (b) Sebagai hukum yang bersumber kepada agama, hukum Islam memiliki daya ikat yang sangat kuat, tidak terbatas sebagai aturan yang berdimensi profan humanistik, akan tetapi juga berdimensi transendental,
- (c) Hukum Islam didukung oleh mayoritas penduduk Indonesia, karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam,
- (d) Secara historis dan sosiologis hukum Islam telah mengakar dalam praktek kehidupan hukum masyarakat.

Adapun peluang hukum Islam ditransformasikan ke dalam hukum nasional, antara lain:

- (a) Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum di Indonesia dan UUD 1945 sebagai konstitusi negara memberi kedudukan penting bagi agama. Hal ini membuka peluang bagi dikembangkannya hukum yang bersumber

¹¹ Abdurrahman Wahid, "Menjadikan Hukum Islam sebagai Penunjang Pembangunan," dalam Eddi Rudiana Arief et. el. (Peny), *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek*, (Bandung: Rosdakarya, 1991), hal. 1-17.

¹² Maksun, " Konstitusionalisasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional," *Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001*, hal. 33-34.

bari agama (hukum Islam),

- (b) Pengembangan hukum diarahkan untuk tumbuhnya kesadaran hukum masyarakat dan kesadaran hukum masyarakat yang mayoritas beragama Islam tidak bisa dilepaskan dari hukum Islam. Ini berarti hukum nasional yang dikehendaki negara RI adalah hukum yang menampung dan memasukkan hukum agama dan tidak memuat norma yang bertentangan dengan hukum agama,
- (c) Adanya *political will* dari pemerintah untuk dikembangkannya hukum Islam dalam sistem hukum nasional meskipun masih terbatas,
- (d) Masyarakat muslim Indonesia memiliki keinginan kuat untuk berhukum dengan hukum agama (hukum Islam) sesuai tuntutan akidahnya.

Walaupun begitu campur tangan negara terlalu jauh dalam pembentukan hukum agama tidak selamanya menguntungkan. Pengalaman birokratisasi hukum agama memang mengharapkan keteraturan, akan tetapi apabila jaringan negara semakin kuat, sehingga kebebasan individu semakin terbatas.¹³ Dengan demikian pelaksanaan syari'ah ada yang dilakukan individu tanpa bantuan negara atau masyarakat, ada pula yang pelaksanaannya memerlukan bantuan masyarakat walaupun tidak perlu kekuasaan negara, ada pula yang tidak mungkin dilaksanakan tanpa campur tangan Negara.¹⁴

Kaitan dengan itu perlu dibedakan dalam pengakajian dan penelitian antara hukum Islam yang bersifat *qadhai* (yuridis) dengan *diyani* (etis). Disebut *qadhai*, karena hukum Islam yang berhubungan dengan permasalahan yuridis yang telah menyentuh kepentingan sosial masyarakat, dan disebut *diyani*

¹³ Cipto Sembodo, "Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan," *op. cit.*, hal. 11.

¹⁴ Syamsul Anwar, Studi Hukum Islam Kontemporer, *op. cit.*, hal. 7.

karena hukum Islam yang bersifat etis dan secara pribadi menuntut ketundukan dan kepatuhan. Hukum yang bersifat *diyani* dapat ditangani secara profesional oleh *mufti* melalui fatwa, sedangkan yang bersifat *qadhai* dilaksanakan oleh hakim melalui peradilan. Dalam konteks Indonesia, maka hal itu memerlukan penelitian hukum Islam yang bersifat *qadhai* (yuridis) terhadap praktek-praktek hukum Islam yang pernah berlaku di kerajaan-kerajaan Islam nusantara untuk merekonstruksi tradisi serta pemikiran hukum Islam yang pernah eksis di kawasan nusantara masa-masa lalu.

Hukum Islam *diyani* (etis), tentu tidak perlu dilembagakan dalam peraturan resmi kenegaraan karena menyangkut kepentingan individu-individu masyarakat. Sebaliknya hukum Islam *qadhai* (yuridis) perlu mendapatkan pengakuan dan pengaturan resmi negara, ketika telah menyangkut aktivitas dan dinamika sosial. Hal ini penting, karena urgensi pengakuan dan pengaturan hukum tersebut sesungguhnya dalam rangka menjamin toleransi dan ketertiban hukum dalam masyarakat itu sendiri.¹⁵

Kajian pokok di atas menyangkut upaya pembangunan atau pengembangan bidang materi hukum Islam di Indonesia. Sebagai konsekuensi negara yang berdasarkan jati dirinya berdasarkan hukum, maka hukum itu berlaku kalau didukung oleh tiga tiang utama, yaitu

- (1) lembaga atau penegak hukum yang dapat diandalkan,
- (2) peraturan hukum yang jelas, dan
- (3) kesadaran hukum masyarakat.¹⁶

¹⁵ Cipto Sembodo, Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan, *op. cit.*, hal. 11.

¹⁶ Mohammad Daud Ali, "Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya," di dalam Juhaya S. Praja (ed), *Hukum Islam di Indonesia:*

Ketiga tiang utama itu merupakan satu sistem yang saling kait mengkait dan tidak dapat dipisahkan antara bagian satu dengan bagian lainnya. Bertitik tolak dari kebijakan pembangunan nasional bidang hukum yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum, serta sarana dan prasarana hukum, serta terwujudnya sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan UUD 1945 melalui penataan hukum nasional dengan memantapkan kerangka hukum nasional, menginventarisasi dan penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum dalam rangka pembaharuan hukum. Pembinaan aparatur hukum, sarana dan prasarana hukum, disiplin nasional serta lebih menghormati dan dijunjung tingginya hak asasi manusia demi terwujudnya budaya hukum dalam rangka pembangunan dan pembaharuan hukum nasional menjadi penting. Materi hukum, aparatur dan penegak hukum, pembangunan sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia. Kesemuanya antara tiga tiang utama pendukung berlakunya negara hukum sebagai kebijakan pembangunan nasional bidang hukum sangat relevan dan urgen.¹⁷

Pembangunan bidang materi hukum termasuk materi hukum Islam di arahkan pada terwujudnya sistem hukum nasional yang mengabdikan kepada kepentingan nasional dengan menyusun materi hukum secara menyeluruh khususnya penyusunan produk hukum baru atau pembentukan hukum, pengembangan hukum, penyusunan kerangka hukum nasional

Pemikiran dan Praktek, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hal. 87.

¹⁷ Kebijakan Pembangunan Hukum Nasional dalam Garis-garis Besar Haluan Negara (TAP No. II/MPR/1993) yang menyangkut materi hukum, aparatur hukum, serta sarana dan prasarana hukum. Demikian juga dinyatakan dalam GBHN 1989 yang disusun dan ditetapkan oleh MPR dalam sidang umum bulan Maret 1998 dalam bidang hukum dibawah sub judul sasaran yang menyangkut materi hukum, aparatur dan penegak hukum, pembangunan sarana dan prasarana hukum, budaya hukum dan hak asasi manusia.

serta penginventarisasian dan penyusunan unsur-unsur tatanan hukum yang berlaku dengan sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945.

Penyusunan kerangka sistem hukum nasional, penginventarisasian dalam penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum dalam rangka pembaharuan hukum dengan tetap memperhatikan kemajemukan, tatanan hukum yang berlaku di Indonesia, yaitu hukum Adat, hukum Islam dan hukum Barat. Ketiga sistem hukum tersebut berfungsi juga sebagai bahan baku materi pembangunan hukum nasional.¹⁸

Pembangunan hukum merupakan bagian dari pembangunan nasional. Namun, perlu dicatat bahwa menurut amanat pembukaan Undang-undang Dasar 1945 “Hukum” bukan sekedar alat, tetapi juga pembangunan nasional itu sendiripun harus berada dalam kerangka hukum.¹⁹ Menurut Ismail Saleh, ada tiga dimensi pembangunan hukum nasional. *Pertama* adalah dimensi pemeliharaan, *kedua* dimensi pembaharuan, dan *ketiga* adalah dimensi penciptaan yang berarti dimensi dinamika dan kreativitas.²⁰

Dalam dimensi pemeliharaan, yaitu dimensi untuk memelihara tatanan hukum yang ada walaupun sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan keadaan. Dimensi ini bertujuan mencegah timbulnya kekosongan hukum dan sesungguhnya merupakan konsekuensi logis Pasal II aturan peralihan Undang-undang Dasar 1945. Dalam dimensi

¹⁸ Mohammad Daud Ali, “ Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama,” *Mimbar Hukum No. 12 Thn V 1994*, hal. 17.

¹⁹ Barda Nawawi Arief, “Penggalian Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional,” Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990, hal. 1.

²⁰ Ismail Saleh, “Wawasan Pembangunan Hukum Nasional,” Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991, hal. 2 – 4.

pembaharuan, yaitu suatu dimensi yang merupakan usaha untuk lebih meningkatkan dan menyempurnakan pembangunan hukum nasional dengan cara melengkapi apa yang belum ada dan menyempurnakan atau menyesuaikan apa yang sudah ada. Dalam dimensi penciptaan yang berarti dimensi dinamika dan kreativitas. Dalam dimensi ini diciptakan suatu perangkat peraturan perundang-undangan baru, yang sebelumnya memang belum pernah ada.

Bertolak dari tiga dimensi pembangunan hukum nasional di atas dapatlah dikatakan bahwa “penggalian hukum” dan “pengembangan hukum” merupakan bagian dari dimensi kedua dan ketiga. Penggalian dan pengembangan hukum merupakan satu kebutuhan dan sekaligus merupakan konsekuensi logis untuk dapat melakukan pembaharuan dan penciptaan hukum baru dalam rangka mewujudkan hukum nasional. Sistem hukum yang berlaku di tanah air kita ini tidak hanya satu tetapi tiga, berturut-turut menurut keberadaannya di nusantara kita ini, yaitu hukum Adat, hukum Islam dan hukum Barat baik yang datang dari Eropah Kontinental maupun dari Anglo Saxson.²¹ Dalam pembentukan (dan pengembangan) hukum termasuk hukum Islam itu perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai filosofis yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, nilai sosiologis yang sesuai dengan tata nilai yang berlaku dalam masyarakat (baik budaya maupun agama) dan nilai yuridis yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.²²

Keinginan dan pernyataan-pernyataan perlunya digali dan dikembangkan norma hukum yang bersumber dari norma-norma hukum agama dan hukum tradisional menunjukkan

²¹ Mohammad Daud Ali, “Permasalahan dalam Penelitian Hukum (Suatu Penjelajahan Permulaan),” Makalah Disampaikan pada Latihan Penelitian Agama Angkatan X, Nopember 1985, hal. 1.

²² Mohammad Daud Ali, “ Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama,” *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 39.

kesadaran perlunya digali dan dikembangkan hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan keagamaan.²³ Pada hakikatnya pembangunan dan pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum, dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran dan ketertiban, dan kepastian hukum sehingga terwujud suatu masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai, dan sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan atau pembentukan asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum, dan kaidah-kaidah hukum “baru”.²⁴

Ada dua cara yang lazim ditempuh dalam pembinaan hukum nasional baik melalui pembaharuan atau pembentukan asas-asas, prinsip ataupun kaidah hukum “baru”, yaitu melalui pembentukan peraturan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi. Pada saat ini dalam sistem apapun, putusan hakim (yurisprudensi) menduduki tempat yang sangat penting. Pada putusan hakim (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah yang kongkret.²⁵

Pengembangan hukum Islam (*tahrij al-ahkam ‘ala nash al-qanun*) dalam putusan (yurisprudensi) melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dapat sebagai sumber hukum dan ini relevan dalam hal bidang pembangunan materi hukum, yang dinyatakan bahwa materi hukum, meliputi aturan baik tertulis maupun tidak tertulis yang berlaku dalam penyelenggaraan segenap dimensi kehidupan masyarakat, berbangsa dan

²³ Barda Nawawi Arief, *op. cit.*, hal. 7.

²⁴ Bagir Manan, “Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional,” di dalam Juhaya S. Praja, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991), hal. 150.

²⁵ *Ibid.*, hal. 151.

bernegara, bersifat mengikat bagi semua penduduk.

Materi hukum yang berupa aturan hukum tertulis dalam bentuk kodifikasi akan mudah diketahui dan lebih menjamin kepastian hukum, tetapi belum tentu menjamin suatu keadilan dan kebenaran, sebab menciptakan hukum melalui kodifikasi undang-undang, dimaksudkan untuk mempertahankan dan memantapkan suatu suasana dan tatanan tertentu sesuai dengan gerak ruang, waktu dan tempat. Setelah keadaan dan tatanan itu dipertahankan dan dimantapkan oleh peraturan perundang-undangan yang bersangkutan, eksistensi dan substansinya langsung membeku dan konservatif.²⁶

Pembaharuan dan pembentukan hukum tidak saja dilakukan melalui kodifikasi dan unifikasi bidang-bidang hukum tertentu, tetapi dapat dilakukan melalui hukum tidak tertulis, baik dalam pembinaan hukum kebiasaan maupun pembinaan melalui putusan hakim yang mempunyai kekuatan hukum yang tetap atau yurisprudensi (dalam hal ini sangat-sangat dimungkinkan ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan *teks* undang-undang seperti hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam).

Pembinaan yurisprudensi melalui putusan atau melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam menjadi penting, terutama di dalam permasalahan hukum kewarisan Islam yang belum tertuang dalam pengaturan perundang-undangan tertulis seperti dalam Kompilasi Hukum Islam mengenai suatu permasalahan hukum yang terjadi, atau kemungkinan lain dalam hal ditemui perumusan peraturan perundang-undangan yang kurang jelas sehingga dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Atau, disebabkan hal-hal lain, seperti nilai-nilai kesadaran terus berubah dan bergulir serta menggeser dan

²⁶ Yahya Harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap, " *Mimbar Hukum Thn. V 1994*, hal. 72.

mengukur nilai lama. Perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*), tidak pernah berhenti, terus berlanjut, dan berlangsung dari waktu ke waktu tanpa mengenal perhentian. Akibatnya hukum yang dikodifikasi dalam bentuk undang-undang membeku dimakan waktu dan masa.²⁷

Sehubungan dengan itu, pembaharuan dan pembentukan hukum kewarisan Islam selain dilakukan oleh pembentuk peraturan perundang-undangan (seperti hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam) dapat juga dilakukan oleh hakim melalui ijtihad hakim Peradilan Agama. Ijtihad itu berupa pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk memecahkan dan memutus suatu perkara hukum kewarisan Islam yang tidak diatur dalam Kompilasi Hukum Islam yang diajukan kepadanya dan hal ini sebagai wujud pengembangan *teks* perundang-undangan (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*). Tombak terpenting untuk mempertahankan atau menegakkan hukum (Islam yang bersifat *qadha'i*) adalah kekuasaan kehakiman atau kekuasaan peradilan. Oleh karena itu, tidaklah berlebihan kalau dikatakan bahwa pengadilan sebagai lembaga kekuasaan kehakiman merupakan simbol kekuasaan negara. Melalui pengadilan, kekuasaan negara di bidang hukum (Islam) menjelma secara kongkret.²⁸

Pengembangan *teks* undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*) melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dari putusan (yurisprudensi) sebagai sumber hukum tampaknya sangat dibutuhkan berhubung banyaknya persoalan yang belum diatur oleh hukum tertulis dan / atau telah diatur dalam hukum tertulis, tetapi masih kurang jelas artinya sehingga menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda. Dengan sendirinya peningkatan putusan (yurisprudensi) sebagai sumber hukum merupakan

²⁷ *Ibid.*, hal. 72.

²⁸ Bagir Manan, *op. cit.*, hal. 134.

bagian yang tidak terpisahkan dari upaya pembinaan peradilan itu sendiri.²⁹ Di samping itu, memang yang dihadapi semua pengadilan di Republik Indonesia tidak terkecuali Peradilan Agama, yaitu hukum yang berlaku di pengadilan adalah “Hukum Kasus”. Hakim melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa/perkara yang harus dibuktikan di pengadilan berupa suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencarikan hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut.

Hukum “kasus” dibedakan dengan hukum dalam “fungsi mengatur”, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks dan fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan *Ahkam nafs al-waqi’* atau *ahkam da’wa alwaqi’*, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *ahkam hifz al-huquq*.³⁰

Pengembangan hukum kewarisan Islam positif dalam arti tertulis di Indonesia yang terkodifikasi dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dapat dikembangkan melalui ijtihad hakim Peradilan Agama. Ini bisa berupa yurisprudensi, yaitu keputusan-keputusan hakim mengenai suatu masalah tertentu. Dalam yurisprudensi terdapat garis-garis hukum, dalam kepustakaan hukum Indonesia disebut dengan hukum *yurisprudensi*, mungkin diberi nama hukum keputusan (hakim) dan sering dikatakan hukum hakim yakni hukum yang dibuat oleh hakim. Dalam putusan (yurisprudensi) mengenai perkara tertentu berdasarkan pertimbangan (kebijaksanaan) hakim sendiri yakni diikuti sebagai pedoman oleh hakim lain dalam memutus perkara yang sama atau hampir sama.

²⁹ Moh. Hasan Wargakusumah, “Peningkatan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum,” Makalah dalam Seminar Pengkajian Peranan Hukum Kebiasaan sebagai Sumber Hukum dalam BPHN, Tahun 1991, hal. 3.

³⁰ Roihan A. Rasyid, “ Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur,” *Mimbar Hukum No. 19 Thn. V 1995*, hal. 15.

Adapun sebab-sebab hakim di suatu pengadilan mempergunakan putusan hakim lain dalam menyelesaikan suatu putusannya adalah sebagai berikut,³¹

Pertama, Karena putusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum yang tetap itu mempunyai kekuatan (mengikat) kalau putusan itu dikeluarkan oleh Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung. Pengadilan yang lebih tinggi mengadakan pengawasan terhadap hakim-hakim pengadilan di bawahnya. Oleh karena itu, secara psikologis hakim pada pengadilan yang lebih rendah akan mengikuti putusan hakim pengadilan yang lebih tinggi kedudukannya.

Kedua, selain faktor psikologis, ada juga faktor praktis yang menyebabkan hakim yang lebih rendah mengikuti putusan hakim yang lebih tinggi kalau dipandang sesuai dan adil. Kalau seorang pencari keadilan naik banding atau mengajukan kasasi mengenai suatu perkara yang sama atau hampir sama dengan perkara yang telah diputuskan oleh hakim tinggi pada Pengadilan Tinggi atau hakim agung pada Mahkamah Agung dan menunjukkan bahwa untuk perkara itu dari Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung, sedang putusan hakim lain itu berlainan dengan *yurisprudensi* dimaksud, biasanya untuk perkara yang sama itu hakim pada pengadilan yang kedudukannya lebih tinggi akan “memperbaiki” putusan hakim yang lebih rendah itu. Oleh karena itu, praktisnya hakim pada pengadilan yang lebih rendah kedudukannya, mengikuti saja putusan hakim pengadilan yang lebih tinggi kedudukannya itu.

Ketiga, hakim salah satu pengadilan mengikuti putusan hakim lain, karena ia menyetujui pertimbangan yang dimuat dalam putusan hakim lain itu.

Mengingat arti, fungsi dan tujuan yurisprudensi penting

³¹ Mohammad Daud Ali, “ Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama ,” *op. cit.*, hal. 19.

bagi pembangunan dan pengembangan hukum nasional, tidaklah kecil arti putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam ijtihad yang dilakukan hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk membangun sistem hukum nasional melalui pembinaan putusan (yurisprudensi) yang baik dan teratur. Putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) mempunyai makna penting dalam pengembangan hukum kewarisan Islam, sebab melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat diketahui hal-hal sebagai berikut, yaitu:³²

- (1) Pada putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah yang kongkrit,
- (2) Yurisprudensi berperan pula mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan,
- (3) Hakim melalui putusan (yurisprudensi) akan memulihkan keadilan, ketertiban, dan kepastian melalui penciptaan kaidah baru dalam situasi yang kongkrit,
- (4) Putusan (yurisprudensi) yang mengubah wajah politik suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum (*Maqashid al-syari'ah*) yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut.

Wujud yang diharapkan dari putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam pembinaan hukum nasional adalah bahwa putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama tersebut yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk sebagai berikut.³³

³² Bagir Manan, *op. cit.*, hal. 151.

³³ *Ibid.*, hal. 152 - 153.

Pertama, penemuan asas hukum. Asas hukum merupakan sub sistem terpenting suatu sistem hukum. Tiada sistem hukum tanpa asas hukum. Asas hukum dan prinsip hukum berada pada peringkat yang lebih atas dari sistem kaidah. Bukan karena sifatnya yang universal, melainkan dalam asas hukum tercermin tata nilai dan pesan-pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh suatu kaidah hukum. Ke dalam asas-asas hukum dan prinsip-prinsip hukum yang digali dari ajaran dan hukum Islam termuat pesan tata nilai religius yang menjadi watak dan karakter rakyat dan bangsa Indonesia. Tata nilai religius yang secara tradisional tercermin dalam salah satu cara berpikir rakyat dan bangsa Indonesia ialah “magis religius” yang kemudian tersempurnakan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Kedua, pembentukan kaidah hukum. Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama di sini adalah sebagai “media transformasi” kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Dengan demikian, tidak akan ada dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena telah tercermin secara utuh dalam yurisprudensi.

Ketiga, tidak pula kurang pentingnya kalau putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat “mentransformasikan”, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional. Pada akhirnya dari segi lain, putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat pula mengandung makna penyesuaian kaidah-kaidah fikih yang dipandang tidak sesuai lagi dengan tuntutan dan perkembangan zaman atau karena meningkatnya kemampuan memahami ajaran Islam yang menjadi sumber atau yang mempengaruhi suatu kaidah fikih.

Ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan Kompilasi Hukum Islam dapat pula dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain dengan

“Ijtihad Bersama” melalui perundang-undangan, juga dapat dilakukan melalui putusan (yurisprudensi). Melihat keadaan masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui ijtihad bersama di lembaga perwakilan rakyat selama Indonesia merdeka, terutama dalam pembicaraan Rancangan Undang-undang Perkawinan dan Rancangan Undang-undang Peradilan Agama dahulu, jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalan Ijtihad melalui yurisprudensi Peradilan Agama.³⁴

Peradilan Agama adalah peradilan Islam. Inti peradilan Islam adalah untuk menemukan, menegakkan dan memberi keadilan. Keadilan bukanlah sekedar soal formal melainkan, menyangkut isi, materi putusan yang berkualitas dan berkeadilan. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pembangunan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam dahulu yang kini berlaku secara nasional, dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.³⁵ Studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum Islam dalam Kompilasi Hukum Islam melalui putusan yurisprudensi adalah perlu dan baik karena putusan (yurisprudensi) itu selain menggambarkan keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, juga selaras dengan kesadaran hukum masyarakat muslim Indonesia, asal, tentu saja, para hakim Peradilan Agama yang membuat putusan (yurisprudensi) itu, selain paham benar tentang hukum Islam juga memperhatikan sungguh-sungguh nilai hukum pada umumnya yang terdapat dalam masyarakat.³⁶

Ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan hukum kewarisan Islam khususnya hukum kewarisan dalam

³⁴ Mohammad Daud Ali, “Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama,” *op. cit.*, hal. 18.

³⁵ *Ibid.*, hal. 18.

³⁶ *Ibid.*, hal. 18.

Kompilasi Hukum Islam yang merupakan hukum terapan di Peradilan Agama merupakan suatu keharusan. Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan telah selesai (*mutanahiyah*) dengan diundangkan (melalui Inpres RI No. 1 Tahun 1991), tetapi permasalahan kemanusiaan dan kehidupan sosial masyarakat muslim Indonesia sekarang secara kualitas dan kuantitas selalu berkembang, dinamis dan tiada hentinya (*ghairu mutanahiyah*). Yang menjadi persoalan sekarang adalah bahwa Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan telah selesai pengundangannya, sedangkan masalah kehidupan masyarakat muslim Indonesia dalam semua segi dimensinya (baik yang menyangkut hukum, sosial, ekonomi, budaya, politik dan sebagainya) tidak pernah selesai (*ghairu mutanahiyah*). Atau dengan kata lain bahwa Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan itu *mutahaddidah, wa al-waq'a'i mutajaddidah* (Kompilasi Hukum Islam itu terbatas, dan peristiwa akan selalu baru). Dari latar belakang ini dapat diangkat masalah: Adanya kesenjangan antara *law in books* yaitu hukum kewarisan yang ada dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan *law in action* yaitu hukum dalam praktek kehidupan (sosial) masyarakat muslim yang terus berkembang, dinamis dan tiada hentinya.

Untuk menjawab permasalahan di atas, maka peran akal (*al-ra'yu*) sangat penting dalam doktrin Islam, yaitu sebagai salah satu sumber atau alat ijtihad (upaya sungguh-sungguh untuk menemukan hukumnya sesuatu yang belum ada hukumnya), selain sumber ajaran Islam yang lain, yaitu al-Qur'an dan as-Sunnah. Islam berisi (1) akidah, (2) syari'ah, dan (3) akhlak. Ketiganya itu dikaji dan dikembangkan oleh akal manusia melalui *al-ra'yu* via ijtihad yang disebut: "Ilmu ke-Islam-an". Akidah dikembangkan oleh akal manusia disebut ilmu tauhid, syari'ah dikembangkan oleh akal manusia disebut (ilmu) fikih, dan akhlak dikembangkan oleh akal manusia disebut ilmu tasawwuf. Apa yang dihasilkan oleh akal manusia itu disebut

“produk ijtihad” yang secara garis besar disebut: “ilmu ke-Islaman”. Tentu sebagai sebagai produk pemikiran akal manusia, apapun yang dinamakan “ilmu” pasti relatif, subyektif, kontemporer dan kondisional.

Kompilasi Hukum Islam yang di dalamnya terdapat hukum kewarisan bersifat normatif, deduktif dan dogmatis (tekstual), sedangkan masalah yang dihadapi ummat muslim Indonesia khususnya hukum keluarga muslim seperti hukum kewarisan Islam dalam konteks kehidupan masyarakatnya bersifat empiris, induktif dan historis (kontekstual), maka dalam mengaplikasikan Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dalam kasus / sengketa kejadian hukum pasti tidak dapat dilepaskan dari latarbelakang kejadian kasus/sengketa hukum itu dengan mempertimbangkan hal-hal yang bersifat empiris, induktif dan historis (kontekstual) itu.

Dengan demikian, kalau dilihat bekerjanya atau fungsionalisasi hukum Islam (dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan) itu melalui tiga tahap, yaitu: pertama tahap formulasi (pembuatan), kedua tahap aplikasi (penerapan oleh pengadilan terhadap kasus / kejadian), dan ketiga tahap eksekusi (pelaksanaan putusan pengadilan). Pada tahap formulasi disebut pula tahap pembuatan suatu hukum dalam bentuk perundang-undangan yang nantinya akan ditegakkan apabila terjadi suatu peristiwa atau kasus hukum. Pada tahap aplikasi disebut pula tahap penerapan hukum terhadap suatu kasus yang terjadi dengan melalui proses peradilan. Di sini tugas hakim Peradilan Agama melakukan penerapan hukum melalui ijtihad atas kejadian / kasus perkara yang diajukan kepadanya untuk memutus menemukan hukumnya perkara yang diajukan kepadanya itu. Pada tahap eksekusi berarti tahap pelaksanaan atas putusan hakim tersebut yang dijalankan atau dilaksanakan oleh aparat eksekusi dan pada tahap eksekusi ini putusan hukum melalui proses peradilan benar-benar dijalankan. Jadi hukum yang diterapkan oleh hakim

Peradilan Agama yaitu “hukum Kasus” atau “hukum pemahaman”. Hukum pemahaman atau apa yang dipahami hakim dari sumber Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan bisa sama seperti apa yang dimaksud oleh Kompilasi Hukum Islam itu atau mala keluar dari Kompilasi Hukum Islam itu dan yang terakhir ini merupakan wujud “pengembangan” (keluar dari teks undang-undang) yang disebut: “*Tahrij al-ahkam ‘ala nash al-qanun*” untuk mencapai keadilan yang dimaksud oleh undang-undang itu.

Dari sini karakter hukum Islam menunjukkan sebagai pemahaman dan karakter hukum Islam sebagai produk ilmu di atas tercermin adanya hukum Islam sebagai produk penalaran yang berarti pula menerima konsekuensi-konsekuensi sebagai ilmu. Di antara konsekuensi-konsekuensi itu adalah:

- (1) Hukum Islam sebagai ilmu adalah skeptis,
- (2) Hukum Islam sebagai ilmu bersedia untuk dikaji ulang, dan
- (3) Hukum Islam sebagai ilmu tidak kebal kritik.³⁷

Di samping problem-problem akademik hukum Islam sebagai ilmu di atas, upaya mencari solusi dan merumuskan metodologi studi dan pemikiran hukum Islam yang komprehensif yang merupakan kerangka dasar pemikiran hukum Islam, juga sudah saatnya studi hukum Islam dewasa ini dikembangkan melalui kerangka sosiologi hukum, mengkaji antara hukum Islam dalam buku (*law in books*) dengan mengkaji hukum Islam dalam kenyataan empiris (*law in action*). Masalah yang dikaji terhadap hukum Islam dengan kerangka sosiologi adalah:

- (1) faktor-faktor sosial, politik, dan kultural apa yang melatarbelakangi munculnya suatu hukum Islam itu,

³⁷ Abdul Wahab Afif, *Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoritis dengan Praktis*, (Bandung: Fakultas Syari’ah IAIN Sunan Gunung Jati, 1991), hal. 5.

- (2) bagaimana dampak ketetapan hukum Islam itu terhadap masyarakat. Kedua aspek tersebut adalah wilayah sosiologi. Sedangkan pendekatan historisnya adalah dalam rentang waktu kapan suatu ketetapan hukum itu lahir.³⁸

Pemahaman terhadap Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan oleh hakim Peradilan Agama dalam penerapannya tidaklah bersifat absolut, tetapi relatif sesuai dengan sifat relatif manusia itu sendiri dan sifat relatif perkembangan sosial yang mempengaruhi perkembangan hukum Islam khususnya hukum kewarisan. Sifat relatif ini merupakan ciri pokok dari efektifitas ilmu sosial yang dikenal saat ini, dengan model berpikir induktif sebagaimana dikenal dalam penelitian-penelitian ilmu sosial. Semuanya itu menyangkut proses ijtihad dan bagaimana pula memahami hasil-hasil ijtihad itu sendiri, semuanya itu membutuhkan penelitian yang mendalam menyangkut persoalan-persoalan dalil dan hal-hal yang berkaitan dengan proses ijtihad tersebut, dan di sinilah model pendekatan doktriner – normatif – deduktif tidak lagi cukup dan harus dikombinasikan dengan model pendekatan kedua, yaitu: empiris – historis – induktif.³⁹

Sesuai permasalahan yang diangkat dalam penulisan ini, bagaimana mungkin Kompilasi Hukum Islam yang terbatas (*mutanahiyah*) itu sedangkan masalah kehidupan sosial masyarakat muslim Indonesia yang terus berkembang, dinamis tiada hentinya (*ghairu mutanahiyah*), maka perlu menggali makna, jiwa, *ruh* bahkan melacak latarbelakang lahirnya Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dan kondisi sosial Kompilasi Hukum Islam itu dibuat. Hal ini dapat didekati dengan paradigma filsafat hukum Islam dan filsafat ilmu

³⁸ M. Atho' Mudzhar, *Pendekatan Studi Islam dalam Teori dan Praktek*, Cet. 1, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998), hal. 246.

³⁹ Akhmad Minhaji, yang dikutip oleh Yusdani, penerjemah, *Metodologi Hukum Islam Kontemporer*, oleh Taha Jabir al-Alwani, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. XVI – XVII.

hukum Islam seperti pada zaman Umar bin Khaththab.

Pada periode Umar bin Khaththab, pemikiran filsafat hukum Islam semakin nyata. Banyak ketentuan hukum Islam yang disebutkan dalam “*nash*” dipikirkan juga tentang “jiwa” yang melatarbelakanginya, hingga jika “jiwa” yang melatarbelakangi itu tidak tampak dalam penerapannya pada suatu saat dan keadaan tertentu, maka ketentuan hukum itu tidak dilaksanakan. Misalnya dalam Surat *al-Taubah* ayat 60, yang menyebutkan bahwa orang-orang *mu'allaf* (orang dilunakkan hatinya terhadap Islam) berhak menerima zakat. Ketentuan tersebut dipahami oleh Umar bin Khaththab bahwa yang melatarbelakangi ketentuan itu adalah keadaan lemah pada masa permulaan sejarah Islam. Keadaan lemah itu sudah berubah pada masa pemerintahannya, oleh karenanya ketentuan ayat al-Qur'an tersebut tidak dipenuhi syarat lagi untuk dilaksanakan. Pada masa pemerintahan Umar bin Khaththab orang-orang *mu'allaf* tidak diberi bagian zakat.⁴⁰

Studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan Kompilasi Hukum Islam (khusus hukum kewarisan yang diangkat dalam penelitian ini) yang nantinya dapat disumbangkan (kontribusi) terhadap hukum nasional dan dalam upaya mengangkat hukum Islam ke dalam dunia modern (kekinian) perlu penyesuaian dan memperbaharunya. Dalam ajaran Islam terdapat anjuran “*tajdid*” (pembaharuan). Lalu apa yang dimaksud *tajdid* dalam Islam. Kata *Tajdid* adalah istilah dalam hukum Islam yang berasal dari kata kerja *mudhari'*, *yujaddidu* yang terdapat dalam Hadis Rasulullah riwayat Adu Daud dari Abi Hurairah R.A yang berbunyi:

“Inna Allah yab'atsu li hadzihi al-ummat 'ala ra'si kulli mi'ati aamin man yujaddiduha diniha” (Sesungguhnya Allah akan

⁴⁰ Ahmad Azhar Basyir, *Refleksi atas Persoalan Keislaman, Seputar Filsafat, Hukum, Politik dan Ekonomi*, Cet.1, (Bandung: Mizan, 1991), hal. 124.

mengutus untuk umat ini (umat Islam) orang yang akan melakukan “Tajdid” (pembaharuan) agamanya setiap akhir seratus tahun”.⁴¹

Kata “*tajdid*” secara bahasa mengandung beberapa hal yang antara satu sama lain tidak dapat dipisahkan, yaitu:

- (1) sesuatu yang akan *ditajdid* (diperbaharui) itu, sudah ada dasarnya dari semula,
- (2) sesuatu yang telah ada dasarnya itu melalui masa lama sehingga mungkin ada yang telah usang atau tidak lagi sesuai dengan dasarnya semula, dan
- (3) *tajdid* (memperbaharui) berarti mengembalikan yang telah usang atau telah berubah kepada posisinya semula sesuai dengan dasarnya.

Pengertian *tajdid* menurut istilah fikih, berkaitan erat dengan pengertiannya menurut bahasa seperti tersebut di atas. Di samping itu, pengertian *tajdid* dilengkapi pula oleh sebuah Hadis riwayat Ahmad bin Hanbal yang artinya:

“Dari Abu Hurairah R.A., bahwa Rasulullah saw. bersabda, “*jaddidu imanakum*” (perbaharui iman kalian). Lalu sahabat bertanya, ya Rasulullah, bagaimana caranya memperbaharui iman kami? Rasulullah saw. memberi petunjuk dengan mengatakan, “perbanyaklah mengucapkan kalimat tauhid, *Lailaha Illallah*”.⁴²

Hadist tersebut, di samping menjelaskan bahwa memperbaharui iman itu bisa dengan “mengulang-ulang membaca kalimat tauhid”, juga memperbaharui iman dengan “menghidupkan” atau “mengamalkan isi” dari kalimat tauhid itu ke dalam kehidupan. Dengan demikian “*tajdid*” di samping

⁴¹ Satria Effendi M. Zein, *Aliran-aliran Pemikiran Hukum Islam*, Cet. 1 (Jakarta: Pascasarjana UI, 1994), hal. 74.

⁴²*Ibid.*, hal. 77

berarti mengembalikan (*i'adah*) ajaran agama kepada keadaannya semula sesuai dengan sumber-sumber utama Islam, juga berarti menghidupkan (*ihya'*) agama Allah swt. di bumi ini.

Berkaitan dengan aplikasi Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan sebagai pedoman hakim Peradilan Agama dalam memutus perkara yang diajukan kepadanya tidak dapat dilepaskan dari hasil ijtihad yang dilakukannya, yaitu dengan pemahaman *ihya'* (menghidupkan) dan pemahaman *tathwir* (pengembangan) hukum materielnya itu. Demikian beberapa cakupan dari pengertian *tajdid* yang terdapat dalam ajaran Rasulullah saw.

Dari beberapa pengertian tersebut di atas dapat dipahami bahwa pengertian "*tajdid*" berlainan sama sekali dengan pengertian "*tabdil*" (menukar) hukum Islam dengan hukum Barat. Peristiwa menukar hukum Islam dengan hukum Barat sama sekali bertentangan dengan pengertian *tajdid* dalam Hadis Rasulullah saw. di atas. Apa yang terjadi di dunia Islam semenjak memasuki abad modern tidak termasuk dalam arti *tajdid* dalam Hadis Rasulullah saw., melainkan berupa: "*taghyir*" (mengubah) ketentuan-ketentuan yang ditegaskan oleh Allah, dan "*tabdil*" (menukar) serta "*taghrib* (pembaratan) hukum di dunia Islam.

Dalam memahami Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan sebagai hukum terapan di Peradilan Agama dalam penegakannya terdapat interpretasi berbeda-beda yang dilakukan hakim agama, yaitu menempatkan Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dengan pendekatan *teks*, dogmatis yang *mandeg* sehingga tidak mampu menjawab persoalan-persoalan hukum Islam yang semakin hari semakin dinamis dan kompleks. Disamping itu terdapat pendekatan lain dalam menginterpretasi Kompilasi Hukum Islam khususnya hukum kewarisan dengan mengambil inti, esensi dan spirit yang terkandung di dalamnya dan kemudian mencoba mengaplikasikannya sesuai dengan tuntutan tempat dan masa. Terdapat penawaran pendekatan dalam paradigma pemahaman yang lain,

yaitu: "Teologis- Filosofis *dan* Historis – Sosiologis".⁴³

Bagaimana hakim Peradilan Agama mempedomani KHI (Kompilasi Hukum Islam) (khusus dalam tulisan ini hukum kewarisan dalam Buku II KHI) sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama yang telah selesai (*mutanahiyah*) dengan diundangkannya (melalui Inpres RI No. 1 tahun 1991) bersifat normatif, deduktif *dan* tekstual, sedangkan di sisi lain kehidupan keluarga muslim Indonesia dinamis, tidak selesai (*ghairu mutanahiyah*) bersifat empiris, induktif, kontekstual, dan kasuistis. Adapun yang pertama bersifat *solen* dan yang kedua bersifat *sein*, sehingga kesenjangan antara keduanya itu menimbulkan permasalahan antara hukum dalam buku dengan hukum pada kenyataan.

Untuk menjawab kesenjangan antara *solen* dan *sein* antara hukum kewarisan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan kenyataan melalui putusan atau ijtihad hakim Peradilan Agama yang menimbulkan permasalahan di atas, maka penting untuk dilakukan penelitian untuk mendapatkan jawaban dalam memecahkan permasalahan dengan melakukan "ijtihad". Upaya pengembangan teks undang-undang (*tahrij al- ahkam 'ala nashil qanun*) tersebut untuk melakukan ijtihad dengan beberapa metode, di dalamnya termasuk memahami jiwa (*ruh*), dengan pendekatan *maqashid al-syari'ah*, serta *tajdid al-fahmi* dengan mengaplikasikan pendekatan teologis – filosofis dan historis – sosiologis, sebagai refleksi bahwa "hukum Islam" yang merupakan bagian dari "*dinul Islam*" tetap "aktual" dan penuh dengan *nilai-nilai rahmatan lil a'lamin*.

Berdasarkan latarbelakang masalah tersebut di atas, dipandang perlu diadakan suatu penelitian mengenai: "TRANSFORMASI HUKUM ISLAM KE DALAM HUKUM

⁴³ Akh. Minhaji, *Hukum Islam: Antara Sakralitas dan Profanitas (Perspektif Sejarah Sosial)*, (Yogyakarta: Universitas Islam Negeri Yogyakarta, 2004), hal. 3-8.

NASIONAL (STUDI IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL)”.

1.2. Identifikasi Masalah

Bertitik tolak dari uraian latarbelakang masalah tersebut di atas, maka masalah pokok yang penulis teliti dan bahas dalam disertasi ini secara umum adalah: “Apa dan Bagaimana Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional”, khusus mengkaji dan meneliti “Studi Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional”. Untuk mengangkat dan mempertajam pembahasan dalam penelitian ini, ruang lingkup penelitian diidentifikasi (ditentukan) mengenai hal-hal berikut.

1. Bagaimana hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional?
2. Apa wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam?
3. Bagaimana metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam?
4. Bagaimana peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia?
5. Kaidah hukum apa yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan

dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum nasional?

1.3. Batasan Masalah

Berdasarkan uraian pada latarbelakang masalah dan identifikasi masalah di atas, serta lebih terarahnya penelitian dalam disertasi ini, penulis membatasi lingkup penelitian ini, hanya menyangkut transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional, khususnya tentang ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional. Peradilan Agama mempunyai wewenang absolut di bidang hukum perdata Islam tertentu mengenai (1) hukum perkawinan, (2) hukum kewarisan, (3) hukum perwakafan. Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama telah diamandemen dalam Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 untuk menambah wewenang absolut, yaitu (4) ekonomi syari'ah. Sesuai dengan wewenang yang diberikan oleh Undang-undang No. 7 Tahun 1989, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006, Jo. Undang-undang No. 50 Tahun 2009, yang memberikan kepada Peradilan Agama untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara bidang tersebut.

Hukum materil yang menjadi wewenang Peradilan Agama tersebut di atas telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), yaitu Inpres RI No. 1 Tahun 1991 melalui Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia No. 154 Tahun 1991 tanggal 22 Juli 1991. Di samping itu, dalam kumpulan lain, yaitu kitab-kitab fikih Islam, khususnya ketiga belas kitab fikih yang ditentukan oleh Biro Peradilan Agama (dulunya disebut Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama) seperti *Albajuri*, *Fath al-Mu'in*, *Syarqawi 'ala al-Tahrir*, *al-Mahali*, *Fath al-Wahhab*, *Tuhfat*, *Targhib al-Mustaq*, *Qawanin al-Syar'iyah Ustman ibn*

*Yahya, Qawanin al-Syar'yyah Shadaqah Dahlan, Syamsuri fi al-faraidh, Bughat al-Mustarsidin, al-Fiqh ala al-Madzahib al-Arba'ah, dan Mughni al-Muhtaj.*⁴⁴

Adapun yang menjadi kajian dalam penelitian ini hanya pada buku II Kompilasi Hukum Islam tentang Hukum Kewarisan, dengan meneliti antara bagaimana hukum waris dalam Kompilasi Hukum Islam (*law in books*) dengan hukum waris yang telah diputuskan melalui Pengadilan Agama (*law in action*) yang merupakan pengembangan dari *teks* undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*). Pengumpulan data diambil melalui putusan (*yurisprudensi*) Mahkamah Agung lingkungan Peradilan Agama atau putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap mengenai hukum perdata Islam yang menjadi wewenangnya khususnya “Hukum Kewarisan” sejak disahkannya (KHI) Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 Tahun 1991 sampai sekarang terdiri dua kasus yang dipandang aktual, mengingat kuantitas putusan Peradilan Agama tentang hukum kewarisan lebih kecil dibanding putusan bidang hukum yang lain.⁴⁵

1.4. Tujuan Penelitian dan Kontribusi Penelitian

Adapun tujuan yang ingin dicapai dalam penelitian ini adalah: Secara umum untuk menemukan originalitas atau mengembangkan hukum yang ditemukan dalam putusan hakim dan untuk menemukan kontribusi putusan hakim dalam usaha transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional. Adapun

⁴⁴ Muhammad Daud Ali, “Perkembangan Hukum Islam di Indonesia (Selayang Pandang),” Makalah untuk Pertemuan Tokoh/Pemuka Agama se DKI Jakarta, 21 Agustus 1993, hal. 17.

⁴⁵ Wawancara dengan Abdurrahman, Hakim Agung di Mahkamah Agung Republik Indonesia, pada tanggal 15 Januari 2010.

tujuan secara khusus adalah sebagai berikut.

1. Untuk mengkaji hukum Islam yang dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional;
2. Untuk mengetahui wujud dan pertimbangan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam;
3. Untuk mengetahui metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam;
4. Untuk mengetahui peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia;
5. Untuk mengetahui kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum Nasional.

Adapun kontribusi (kegunaan atau manfaat) yang diharapkan dalam penelitian ini adalah diharapkan hasil penelitian ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan hukum Islam, terutama ilmu pengetahuan hukum perdata Islam mengenai hukum kewarisan, dilihat dari sudut penerapan hukum waris Islam di Pengadilan Agama dengan melihat fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi perkara (sengketa) yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama sampai pada putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama. Dengan demikian yang digunakan dalam memahami studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum nasional adalah “hukum kasus”, bukan dalam pemahaman pendekatan “hukum fungsi mengatur” (perundang-undangan) yang bersifat netral, lepas dari konteks, dan peristiwa.

Di samping itu, penelitian ini juga diharapkan dapat dijadikan bahan masukan bagi hakim Peradilan Agama khususnya, penegak hukum lain pada umumnya dalam melaksanakan tugas menegakkan kebenaran dan keadilan, para ulama', para peminat pecinta pengkaji hukum Islam dalam melakukan pembaharuan (*tajdid*) hukum Islam.

1.5. Signifikansi Penelitian

Secara teoritis penelitian ini mencoba memberikan kontribusi dengan menggunakan pemahaman secara konstruktif dalam memahami secara umum konsep transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional khususnya ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam dan kontribusinya terhadap hukum nasional.

Signifikansi penelitian ini dikemukakan beberapa alasan sebagai berikut:

- (1) karena hukum Islam sebagai sumber hukum positif dalam reformasi hukum nasional, sehingga hukum Islam harus mampu bersifat empiris dan realistik,
- (2) hukum Islam memiliki arti yang besar bagi pemeluknya dengan dasar antara lain, ia turut menciptakan tata nilai yang mengatur kehidupan muslim dan keseluruhan pandangan hidup umat Islam ditentukan oleh nilai-nilai tersebut,
- (3) hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional, maka pembaharuan hukum Islam mutlak dilakukan dengan cara mengembangkan prinsip-prinsip hukum Islam,
- (4) hukum Islam didukung oleh mayoritas penduduk Indonesia,

karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam dan secara historis dan sosiologis hukum Islam telah mengakar dalam praktek, ini berarti hukum nasional yang dikehendaki negara Republik Indonesia adalah hukum yang menampung dan memasukkan hukum agama (Islam) dan hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral dan keagamaan,

- (5) perlu penelitian hukum Islam yang bersifat *qadha'i*, yaitu hukum Islam yang berhubungan dengan permasalahan yuridis yang menyentuh kepentingan sosial masyarakat muslim pada umumnya.

Secara praktis, signifikansi penelitian ini penting dengan alasan-alasan sebagai berikut:

- (1) pembaharuan dan pembentukan hukum tidak saja dilakukan melalui kodifikasi dan unifikasi bidang-bidang tertentu, tetapi dapat dilakukan melalui putusan (yurisprudensi) hakim berhubung banyaknya persoalan hukum yang belum diatur oleh hukum tertulis sebagai pengembangan teks undang-undang (*tahrij ahkam 'ala nashil qanun*),
- (2) hukum yang telah dikodifikasikan dalam bentuk undang-undang akan selalu ketinggalan zaman karena nilai-nilai kesadaran terus berubah, perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*) tidak pernah berhenti,
- (3) pada putusan (yurisprudensi) dapat ditemukan kaidah hukum yang kongkrit seperti saudara kandung pewaris terdinding oleh anak perempuan pewaris dan anak yang non muslim mendapat bagian peninggalan pewaris yang muslim dengan jalan *wasiat wajibah* yang bagiannya tidak boleh melebihi sepertiga dan berperan pula mengisi kekosongan peraturan perundang-undangan,

- (4) hakim melalui putusan (yurisprudensi) akan menciptakan kaidah baru dalam situasi yang kongkrit disamping akan mengubah wajah politik suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara murni,
- (5) Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama sebagai “media transformasi” kaidah-kaidah hukum yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional, atau dengan kata lain putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional, dan
- (6) melihat keadaan muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui ijtihad bersama di lembaga perwakilan rakyat selama Indonesia merdeka mengalami kesulitan, jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalan ijtihad melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama.

1.6. Kajian Pustaka

Penelitian ini mengangkat transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional, khususnya berkaitan dengan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional. Dalam kajian pustaka yang diteliti oleh penulis belum menemukan tulisan yang sama atau yang serupa dengannya. Kebanyakan para penulis mengkaji secara umum, misalnya menurut ilmu hukum untuk mentransformasikan hukum Islam menjadi hukum nasional diperlukan tiga kegiatan. *Pertama*, menggali nilai-nilai Islam dari al-Qur’an dan as-Sunnah. *Kedua*, mensarikan asas-asas hukum Islam dan

penuangannya ke dalam hukum nasional. *Ketiga*, penerapannya ke dalam hukum positif serta penegakannya.⁴⁶

Di sisi lain ada yang mengemukakan tentang usaha mentransformasikan hukum Islam ke dalam hukum nasional, karena menghadapi kenyataan bahwa sebagian hukum yang berlaku berasal dari hukum Barat yang dibawah oleh pemerintah kolonial dan perubahan sosial, maka transformasi tersebut menggunakan teknik-teknik *takhshish al-qadla*, *takhayyur*, *reinterpretasi dan siyasah syar'iyah*.⁴⁷ Belum ada yang meneliti, mengkaji serta menulis tentang putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang wujudnya dapat disumbangkan kepada hukum nasional. Putusan tersebut dari ajaran Islam yang biasanya hanya berlaku bagi umat Islam ditrasformasikan menjadi hukum nasional, tidak hanya milik umat Islam tetapi milik seluruh bangsa Indonesia.

Dalam kajian tentang ijtihad banyak ahlinya yang mengemukakan seperti oleh Amir Mu'allim tentang: "Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas sosial" yang mengemukakan metode ijtihad responsif untuk menjawab problematika kontemporer yang muncul di manapun dan kapanpun.⁴⁸ Metode ijtihad yang dikemukakannya secara umum, beda dengan ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama yang sifatnya khusus, kasuistik, mungkin masalahnya sama tetapi nuansa yang

⁴⁶ Taufiq, "Kebijakan-kebijakan politik Pemerintah Orde Baru mengenai Hukum Islam (Sejarah dan Perkembangannya," dalam *Mimbar Hukum No. 32 Tahun VIII 1997*, hal. 21.

⁴⁷ Taufiq, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000*, hal. 10.

⁴⁸ Amir Mu'allim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial*, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh, Disampaikan di Depan Sidang Senat Terbuka Universitas Indonesia Tanggal 17 Juni 2006, hal. 30.

melatar belakangi bisa berbeda-beda karena *illat* hukumnya berbeda sehingga putusannya akan berbeda pula.

Tugas pokok seorang hakim adalah memutuskan atau menetapkan hukum *syara'* pada suatu perkara untuk menyelesaikan sengketa yang diajukan kepadanya. Ini merupakan ijtihad khusus yang ada pada diri seorang hakim (Peradilan Agama), karena ia dituntut menguasai dua kemampuan, yaitu: *Pertama*, kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati*. *Kedua*, kemampuan untuk menerapkannya, yang disebut *ijtihad tatbiqi*.

Pada *ijtihad istinbati*, seorang hakim dituntut adanya penguasaan hukum yang meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara eksplisit tercantum dalam al-Qur'an dan as-Sunnah dan kemampuan untuk berijtihad dari menyimpulkan hukum dari kedua sumber tersebut. Pada *ijtihad tatbiqi* menyangkut penerapan hukum. Di sini yang diperlukan adalah kemampuan seorang hakim dalam melihat kasus dalam hal bentuk hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan. Hakim dalam menghadapi kasus yang diajukan kepada padanya harus menguasai hukum dan ketajaman pandangan dalam melihat suatu kasus dan latar belakangnya sehingga pada diri seorang hakim dalam menangani proses peradilan itu mengangkut ilmu dan seni. Artinya, bahwa tugas seorang hakim harus menguasai ilmu dan seni. Namun penguasaan ilmunya lebih mudah untuk dipelajari dibanding dengan penguasaan seninya.⁴⁹

Di samping itu terdapat pengakajian pula yang sifatnya umum tentang Pengembangan Hukum Islam dan yurisprudensi (putusan) Peradilan Agama khususnya Pengembangan Hukum dan yurisprudensi yang dikemukakan bahwa pengembangan hukum Islam dapat dipakai sebagai sumber bahan baku

⁴⁹ Satria Effendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. 1V 1993*, hal. 53.

pembangunan hukum di Indonesia, selain dengan ijtihad bersama melalui peraturan perundang-undangan, juga dapat dilakukan melalui yurisprudensi.⁵⁰

Melihat keadaan obyektif masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman mengembangkan hukum Islam melalui 'ijtihad bersama' di lembaga Dewan Perwakilan Rakyat yang selamanya tidak mulus, jalan yang paling baik untuk menempuh dalam pengembangan hukum Islam salah satunya adalah jalur yurisprudensi Peradilan Agama. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah-kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pembangunan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik pada waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang kini berlaku secara nasional dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.

Demikianpun dalam kajian kepustakaan belum ditemukan suatu kajian secara khusus tentang pengembangan hukum Islam melalui putusan (yurisprudensi) yang dapat disumbangkan terhadap hukum nasional. Kebanyakan penulis mengkaji asas, prinsip hukum dan kaidah hukum Islam yang dapat disumbangkan terhadap pembentukan perundang-undangan (*siyasah syar'iyah*).

Peranan putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam pembinaan hukum Islam sangat *urgen*. Ada dua cara yang lazim ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Dalam kajian pembinaan hukum Islam melalui yurisprudensi dalam kajian pustaka tidak dikaji secara dalam. Yang disampaikan hanya secara umum seperti hanya mengemukakan sebagai berikut, dalam yurisprudensi

⁵⁰ Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 12 Thn. V 1994*, hal. 18.

orang dapat menemukan kaidah hukum yang kongkret. Yurisprudensi berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum. Yurisprudensi akan memelihara keadilan, ketertiban dan kepastian melalui prinsip-prinsip kaidah baru dalam suatu situasi yang kongkret. Yurisprudensi akan mengubah “wajah politik” suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum pada tujuan hukum yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut.⁵¹

Dalam disertasi ini dikaji tentang wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim Indonesia, serta kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional.

Kajian dalam disertasi ini belum pernah dilakukan sepengetahuan penulis baik dalam kajian pustaka maupun dalam hasil penelitian. Penelitian dalam bentuk disertasi ini dengan mengangkat judul dan permasalahan di atas dari putusan (yurisprudendi) Peradilan Agama dalam pembinaan hukum nasional dapat ditransformasikan dan dikontribusikan dalam bentuk atau wujud putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama

⁵¹ Bagir Manan, “Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional,” dalam (ed) Eddi Rudiana Arief, *Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek*, Cet. 1 (Bandung: Remaja Rosdakarya Offset, 1991), hal. 150 – 151.

yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk: Pertama, menemukan asas dan prinsip hukum. Kedua, pembentukan kaidah hukum, dan Ketiga, bahwa yurisprudensi (putusan) Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional.⁵²

1.7. Kerangka Teoritik

Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian dari agama Islam,⁵³ disamping akidah dan akhlak. Sumber-sumber Islam itu adalah

- (1) al-Qur'an,
- (2) as-Sunnah,
- (3) *al-ra'yu* (akal pikiran manusia yang memenuhi syarat untuk berijtihad).

Sebagai lembaga hukum, hukum Islam mempunyai corak tersendiri yang bersifat *sui generis* (berbeda dalam jenisnya). Adapun ciri-ciri hukum Islam salah satunya adalah mempunyai dua istilah kunci yakni (a) syari'ah dan (b) fikih. Syari'ah terdiri dari wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan fikih adalah pemahaman dari hasil pemahaman manusia.⁵⁴

Berkaitan dengan dua istilah kunci hukum Islam di atas, dapat diketahui hukum Islam mana yang bersifat murni sebagai wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad, dan hukum Islam

⁵² *Ibid.*, hal. 152 – 153.

⁵³ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia*, Cet. 5, (Jakarta: PT. Radja Grafindo Persada, 1993), hal. 38.

⁵⁴ *Ibid.*, hal. 52.

mana yang telah dicampuri daya nalar manusia. Untuk itu, bila ditinjau dari proses pembentukan hukum Islam, ahli *ushul fikih* membuat batasan, bahwa “syari’ah” adalah “*al-nushush al-muqaddasah*” (ajaran Islam yang sama sekali tidak dicampuri oleh daya nalar manusia) dalam al-Qur’an maupun *as-Sunnah al-mutawatirah*. Adapun fikih dalam istilah *ushul fikih* ialah “pemahaman” atau apa yang dipahami dari *al-nushush al-muqaddasah*.⁵⁵ Syari’ah bersifat stabil (*tsabat*) sedangkan fikih bersifat dinamis (*tathawwur*).⁵⁶

Untuk itu dapat disimpulkan bahwa syari’ah bersifat stabil dan tidak berubah, sedangkan fikih dapat berkembang dan bervariasi, sesuai dengan tingkat kemampuan daya nalar para *mujtahid*, ia berkembang tetapi tetap hukum yang *Qur’ani*. Dalam praktek sering kali, kedua istilah itu dirangkum dalam kata “hukum Islam”, tanpa menjelaskan apa yang dimaksud. Ini dapat dipahami karena hubungan keduanya memang sangat erat, dapat dibedakan, tetapi tidak mungkin diceraipisahkan. Syari’ah adalah landasan fikih, fikih adalah pemahaman tentang syari’ah.⁵⁷

Seperti diketahui dari penjelasan di atas, hukum Islam mempunyai dua sifat, yaitu pertama bersifat *al-tsabat* (stabil) dan kedua bersifat *al-tathawwur* (berkembang). Untuk itu, dapat diterka aspek mana yang dapat dikembangkan untuk menjawab permasalahan hukum sesuai dengan dinamika perkembangan masyarakat, jawabnya adalah hukum Islam dalam bidang “mu’amalah”. Norma hukum dalam bidang mu’amalah, hanya sebagian kecil yang secara tegas dan terinci, sedangkan pada umumnya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang

⁵⁵ Satria Effendi M. Zein, “Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam,” Makalah dalam Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990, hal. 2.

⁵⁶ *Ibid.*, hal. 3.

⁵⁷ Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata hukum Islam di Indonesia*, *op. cit.*, hal. 42.

dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan. Maka, justru pada watak sumber hukum yang singkat dan terbuka tetapi cukup memuat pokok-pokok pikiran yang mengandung makna yang mendalam itulah terletak dinamika hukum Islam.⁵⁸

Perlu diketahui bahwa di Indonesia hukum Islam berlaku

- (a) secara normatif, yaitu (bagian) dari hukum Islam yang mempunyai sanksi kemasyarakatan, apabila norma-normanya dilanggar dan
- (b) secara formal yuridis, yaitu (bagian) dari hukum Islam yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat. Bagian hukum Islam ini menjadi hukum positif berdasarkan atau karena ditunjuk oleh perundang-undangan.⁵⁹

Mentaati hukum Islam baik secara normatif maupun secara formal yuridis adalah suatu kewajiban bagi setiap muslim karena merupakan bagian mutlak ajaran Islam. Salah satu bentuk hukum Islam yang berlaku secara yuridis formal di Indonesia adalah keputusan Peradilan Agama.

Di lingkungan masyarakat muslim berlaku tiga kategori hukum dalam pandangan Islam, yaitu

- (1) Syari'ah,
- (2) Fikih, dan
- (3) *Siyasah Syar'iyah*.⁶⁰

Syari'ah dan fikih telah dijelaskan di atas, sedangkan

⁵⁸ Satria Effendi M. Zein, *op. cit.*, hal. 5.

⁵⁹ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, *op. cit.*, hal. 5 – 6.

⁶⁰ Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-undang Dasar 1945, Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk*, Cet. 1, (Jakarta: UI Press, 1995), hal. 9.

siyasah sar'iyah adalah kewenangan pemerintah untuk melakukan kebijakan yang dikehendaki kemaslahatan, melalui aturan yang tidak bertentangan dengan agama, meskipun tidak ada dalil tertentu, atau dengan kata lain *siyasah sar'iyah* adalah *al-qawanin*, yaitu peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh lembaga yang berwenang dalam negara yang sejalan atau tidak bertentangan dengan *syari'at* (agama).

Siyasah dilihat dari dasar sumbernya dapat dibagi dua, yaitu *siyasah sar'iyah* dan *siyasah wad'iyah*.⁶¹ Dasar pokok *siyasah sar'iyah* adalah wahyu atau agama. Nilai dan norma transendental merupakan dasar bagi pembentukan peraturan yang dibuat oleh institusi-institusi kenegaraan yang berwenang. *Syari'ah* adalah sumber pokok bagi kebijakan pemerintah dalam mengatur berbagai macam urusan umum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Siyasah wad'iyah adalah peraturan perundang-undangan yang dibuat manusia yang bersumber pada manusia sendiri dan lingkungannya, seperti pandangan para ahli atau pakar, adat kebiasaan, pengalaman-pengalaman. Dengan demikian *Ilmu siyasah sar'iyah* menempatkan hasil temuan manusia dalam segi hukum pada kedudukan yang tinggi dan sangat bernilai. Dan tiap peraturan yang secara resmi ditetapkan oleh negara dan tidak bertentangan dengan agama itu wajib dipatuhi sepenuh hati.⁶²

Adapun kriteria *siyasah wad'iyah* yang *Islami* apabila isi dan prosedur pembentukannya memenuhi syarat-syarat, yaitu isi peraturan itu sesuai, atau sejalan atau tidak bertentangan secara hakiki dengan *syari'at Islam*. Peraturan itu meletakkan persamaan kedudukan manusia di depan hukum dan pemerintahan, tidak memberatkan masyarakat, untuk menegakkan keadilan, dapat mewujudkan kemaslahatan dan mampu menjauhkan kemudaratatan serta prosedur pembentukannya

⁶¹ *Ibid.*, hal. 11.

⁶² *Ibid.*, hal. 12.

melalui musyawarah.⁶³

Transformasi dan metodologi hukum Islam dalam pembinaan sistem hukum nasional bahwa hukum Islam dapat dijadikan hukum positif atau sistem hukum nasional. Perkembangan filsafat dan metodologi hukum Islam yang berkembang di Indonesia amat nyata dan dipraktekkan dalam proses pembentukan hukum Islam dari bentuk yang berserakan dalam kitab-kitab kuning menjadi hukum positif.

Hukum positif tersebut meliputi aturan-aturan yang berkenaan dengan:

- (1) lembaga pemerintah dalam bidang keagamaan: Departemen Agama RI,
- (2) lembaga Peradilan Agama,
- (3) hukum keluarga dan perkawinan,
- (4) hukum kewarisan,
- (5) hukum perwakafan,
- (6) Kompilasi Hukum Islam,
- (7) Hukum dan Tata Laksana Haji dan Umroh,
- (8) hukum Zakat,
- (9) Perbankan Syari'ah, dan
- (10) Undang-undang Nangroe Aceh Darussalam.

Pembentukan hukum Islam melalui proses syari'ah, *tasyri'* hingga *taqnin* dan melahirkan *qanun* dalam pengertian hukum positif,⁶⁴ yang merupakan refleksi transformasi hukum Islam ke

⁶³ *Ibid.*, hal. 12.

⁶⁴ Juhaya S Praja, *Filsafat dan Metodologi hukum Islam dalm Pembinaan Sistem Hukum Nasional*, Disampaikan dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 20 September 2003, hal. 3-4.

dalam hukum nasional.

Kerangka epistemologis atau metodologis hukum Islam yang berkembang di Indonesia dan mengambil bentuk hukum positif sebagaimana diutarakan di atas dapat dijelaskan secara kritis berikut di bawah ini,⁶⁵ Metodologi hukum Islam yang digunakan dalam proses *taqnin* dan materi hukum positif nampaknya mengikuti aliran konvergensi atau *al-jami'*. Hal ini menandai dominasi pemikiran hukum Islam paruh pertama Abad kedua puluh yang ditandai dengan semangat *al-ruju' ila al-Qur'an wa al-Sunnah* dan "membuka pintu ijtihad" melalui studi perbandingan madzhab. Terdapat senergi antara penggabungan metode *ahnaf* dan *kalam* dalam ilmu *ushul al-fiqh* dengan ilmu perbandingan madzhab dan hukum serta penalaran induktif dan penelitian empirik yang disumbangkan oleh para pakar dan saintis untuk menarik kesimpulan hukum atau *istinbath al-ahkam*. Dari penalaran induktif dan penelitian empirik ini penerapannya digeneralisasikan menjadi norma hukum yang berlaku secara umum.

Hukum Islam senantiasa ada dalam hukum nasional baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis berupa nilai-nilai hukum yang Islami dalam berbagai lapangan kehidupan hukum dan praktek hukum. Transformasi yang sudah diberikan hukum Islam terhadap hukum nasional berupa Undang-undang, Peraturan Pemerintah dan Intruksi Presiden seperti telah dikemukakan, membuktikan bahwa hukum Islam punya kekuatan dan kemampuan dalam berintegrasi dengan hukum nasional.

Aspek kekuatan ini menjadi semakin kokoh karena didukung oleh Pancasila, yang sila-silanya merupakan norma dasar atau norma tertinggi bagi berlakunya semua norma hukum dasar negara dan telah mendudukkan agama pada posisi yang fundamental, serta memasukkan ajaran agama dan hukumnya

⁶⁵ *Ibid.*, hal. 14-15.

dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Dengan demikian, hukum Islam yang merupakan bagian dari ajaran agama anutan mayoritas penduduk Indonesia menempati dan memiliki peluang besar untuk mewarnai hukum nasional.

Melihat kemajemukan Indonesia, dan juga tercermin dalam kemajemukan masyarakat Islam Indonesia, baik etnis, budaya dan lainnya. Akibatnya tidak semua masalah hukum Islam bisa diunifikasi, melainkan harus lebih dulu dipilah, mana yang sudah dapat diunifikasi dan mana yang belum. Keberatan masyarakat non Islam atas pemberlakuan (penjiwaan) hukum Islam pada hukum nasional. Dampaknya, secara politis belum pernah terjadi adanya *political will* yang kuat dari penguasa untuk memperlakukan hukum Islam (terutama dalam bidang hukum pidana)⁶⁶ secara nasional.

Melihat dan kemudian mempertimbangkan hal seperti tersebut di atas, maka dihadapkan kepada persoalan “ hukum Islam dalam perspektif pembentukan budaya hukum di masa datang”. Memasalahkan budaya hukum Islam, maka kita dihadapkan pada dua kemungkinan yaitu:

- (a) mengenai hukum positif Islam, sehingga kita terbatas memasalahkan hukum yang berlaku bagi mereka yang beragama Islam, atau
- (b) mengenai nilai-nilai hukum Islam, yang akan dapat berlaku bagi seluruh warga negara bahkan mungkin seluruh penduduk termasuk yang bukan warga negara.

Kedua alternatif ini dapat mempengaruhi pembentukan hukum

⁶⁶ Abd. Salam, “Hukum Islam di Indonesia: Pelembagaan, Pembaharuan dan Prospek Transformasinya,” *Mimbar Hukum No. 64 Thn XV 2004*, hal. 13.

nasional di masa yang akan datang.⁶⁷

Alternatif pertama ialah hukum positif Islam (dalam arti tertulis) yang terlegalitas dalam Kompilasi hukum Islam dan atau di peraturan perundang-undangan yang lain. Kelembagaan yang digunakan ialah lembaga Pengadilan Agama untuk menegakkan hukum positif Islam yang menjadi hukum materil atau hukum terapan Peradilan Agama. Bekerjanya hukum positif Islam ini melalui proses dan tahapan yang merupakan satu kesatuan dan direncanakan secara rasional dan sistematis melalui tahap formulasi (pembuatan perundang-undangan oleh lembaga legislatif), tahap aplikasi (penerapan perundang-undangan melalui putusan oleh hakim pengadilan), dan tahap eksekusi (pelaksanaan putusan pengadilan oleh aparat eksekusi).

Sebagai alternatif kedua ialah dari hukum positif Islam yang bersumber dari nilai-nilai agama Islam, kita tarik asas-asas yang kemudian dituangkan ke dalam hukum nasional. Dengan cara demikian maka pembudayaan hukum Islam tidak saja terjadi di bidang hukum perdata khususnya hukum keluarga, melainkan dapat juga di bidang-bidang lain dari pada hukum perdata, bahkan juga hukum pidana, hukum tata negara, hukum administrasi negara dan seterusnya. Dengan orientasi ini, maka hukum Islam akan benar-benar menjadi sumber hukum nasional.⁶⁸

Alternatif kedua akan lebih ideal karena menarik nilai-nilai (*values*) dari suatu peraturan (hukum positif) masa yang lampau untuk mendapatkan asas-asas yang kemudian dirumuskan sebagai peraturan (*induktif*) bagi semua warga negara, atau ditarik langsung nilai-nilai kehidupan dari al-Qur'an, kemudian dijabarkan dalam asas dan peraturan bagi semua warga negara

⁶⁷ Padmo Wahjono, "Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa datang," *Mimbar Hukum No. 3 Thn II 1991*, hal. 1.

⁶⁸ *Ibid.*, hal. 5.

(deduktif). Apabila ditinjau masalah pembudayaan hukum Islam dalam kaitannya dengan pembentukan hukum di masa yang akan datang serta ragam politik hukum yang akan mendasarinya serta suatu kerangka teori, dan apabila hal ini dikaitkan dengan “struktur” suatu sistem hukum, maka menjadi relevan dipahaminya teori tentang pertingkatan hukum (*stufenbau des rechts hierarchie hukum*). Hukum harus dapat dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya.

Dengan demikian akan didapatkan pertingkatan sebagai berikut:

- (1) adanya cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan norma yang abstrak;
- (2) ada norma antara (*tussen norm, generelle norm, law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita hukum; dan
- (3) ada norma kongkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan.⁶⁹

Apabila teori pertingkatan hukum ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional di masa yang akan datang, maka gambaran pertingkatan hukumnya adalah sebagai berikut:

- (a) norma abstrak, berupa nilai-nilai di dalam kitab suci al-Qur'an (universal dan abadi seraf tidak boleh diubah manusia),
- (b) norma antara, berupa asas-asas (*principles*) serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat ulama, pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan

⁶⁹ *Ibid.*, hal. 8.

- (c) norma kongkrit, berupa semua (hasil) penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia bukan Nabi, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*).

Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut:

- (1) nilai-nilai Islam;
- (2) asas-asas dan penguangannya ke dalam hukum nasional; dan
- (3) terapanannya di dalam hukum positif serta penegakannya.

Transformasi hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* telah lama diperjuangkan oleh para ulama sebelum abad ke XX,⁷⁰ yaitu menstranformasikan hukum Islam ke dalam hukum Adat, melalui dua cara:

- (1) membiarkan tetap berlakunya hukum Adat sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam, dengan disertai mengganti bahasa hukum adat dengan hukum Islam, dan
- (2) dengan mengganti lembaga hukum Adat yang bersangkutan dengan hukum Islam dengan lembaga hukum Islam yang sejenis, atau menggantinya dengan lembaga hukum Islam lain melalui teknik *hilah*.

Para ulama Indonesia sesudah abad ke XX mentransformasikan hukum Islam ke dalam legislasi hukum nasional, dengan menggunakan teknik:

- (1) *takhshishu al-qadha*,
- (2) *takhayyur atau talfiq*,
- (3) *reinterpretasi*,
- (4) *siyasah syar'iyah*, dan

⁷⁰ Taufiq, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional," *Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000*, hal. 24.

(5) keputusan pengadilan.⁷¹

Takhshis al-qadla, yaitu menentukan hak negara untuk memberikan kewenangan peradilan baik dari segi orang, wilayah, yurisdiksinya, dan hukum acara yang diterapkan. Negara dapat mengambil kebijaksanaan prosedural untuk memberikan kepada peradilan agar tidak menerapkan ketentuan hukum keluarga dalam situasi tertentu, tanpa berusaha untuk merubah substansi hukum Islam tersebut. *Takhayyur*, yaitu memilih ajaran-ajaran fikih selain dari madzhab mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat dari pada ajaran madzhab yang dianut mayoritas masyarakat tersebut. Teknik ini dikenal juga teknik *talfiq*, yaitu menggabungkan beberapa ajaran madzhab yang berbeda. Reinterpretasi, yaitu melakukan interpretasi baru terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan al-Hadis berkenaan dengan perubahan sosial. *Siyasah syar'iyah*, yaitu kebijakan penguasa untuk menerapkan peraturan yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syari'ah.

Sampai saat ini dapat dilihat, bahwa politik hukum pemerintah terhadap hukum Islam tampak lebih jelas, sebab salah satu asas dalam pembangunan, termasuk pembangunan hukum adalah keimanan dan ketaqwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Bahwa segala usaha dan kegiatan pembangunan nasional, dijiwai, digerakkan dan dikendalikan oleh keimanan dan ketaqwaan terhadap Tuhan Yang Maha Esa sebagai nilai luhur yang menjadi landasan spiritual, moral dan etik dalam rangka pembangunan nasional sebagai pengamalan Pancasila. Disamping itu dalam pembentukan hukum perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai filosofis yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, nilai sosiologis yang sesuai dengan tata nilai budaya yang berlaku di masyarakat, dan nilai yuridis yang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang

⁷¹ *Ibid.*, hal. 25.

berlaku. Maka dalam pembentukan hukum di masa mendatang, syari'ah merupakan pengendali, dan sebagai nilai luhur yang menjadi landasan spiritual, moral, dan etik.⁷²

Dari penjelasan di atas telah dikemukakan bahwa dalam pembangunan hukum masa datang, syari'ah merupakan pengendali dan landasan spiritual, moral dan etik. Dengan demikian secara konstitusional/ umat Islam mempunyai peluang untuk mentransformasikan syari'ah (hukum Islam) menjadi hukum nasional (hukum positif) melalui lembaga legislatif, serta melalui lembaga yudikatif. Menurut ilmu hukum untuk mentransformasikan hukum Islam menjadi hukum nasional, diperlukan tiga kegiatan. Pertama, menggali nilai-nilai Islam dari al-Qur'an dan Sunnah. Kedua, mensarikan asass-asas hukum Islam dan penuangannya ke dalam hukum nasional, dan ketiga, penerapannya ke dalam hukum positif dan penegakannya.⁷³

Di Indonesia kekuasaan kehakiman diatur dalam Undang-undang Dasar 1945 Pasal 24 dan Pasal 25. Pasal 24 ayat (1) berbunyi "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut undang-undang. Dan, pada ayat (2) dinyatakan, "susunan dan kekuasaan badan-badan kehakiman itu diatur dengan undang-undang". Undang-undang organik selanjutnya yang menjabarkan Pasal 24 dan Pasal 25 Undang-undang Dasar 1945 tersebut adalah Undang-undang No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang diperbaharui dengan Undang-undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan kehakiman dan diperbaharui dengan Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman, menentukan adanya empat lingkungan peradilan termasuk di dalamnya Peradilan Agama, yang diatur dalam Undang-undang RI No. 7 Tahun 1989

⁷² Taufiq, "Kebijakan-kebijakan Politik Pemerintah Orde Baru mengenai Hukum Islam (Sejarah dan Perkembangannya)," *Mimbar Hukum No. 32 Thn VIII 1997*, hal. 21.

⁷³ *Ibid.*, hal. 21.

dan perubahannya dalam Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 serta perubahannya dalam Undang-undang No. 50 Tahun 2009 tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan perubahan atas Undang-undang No. 3 tahun 2006 tentang Peradilan Agama.

Adapun ruang lingkup kewenangan Peradilan Agama (UU. No. 7 Tahun 1989) adalah sebagai berikut:

1. Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam (Pasal 1 ayat (1). Ketentuan ini dirumuskan selengkapnya dalam Pasal 2, yaitu “Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam undang-undang ini”. Dengan demikian, kewenangan absolut dari Peradilan Agama memiliki dua ukuran, yaitu asas personalitas (pencari keadilan yang beragama Islam) dan asas bidang hukum perdata tertentu yang diatur pasal 49 sampai dengan Pasal 53.
2. pasal 49 adalah pasal yang menentukan kewenangan Peradilan Agama secara mutlak, yang berarti bidang-bidang hukum perdata yang tercantum dalam pasal tersebut menjadi wewenang mutlak (kompetensi absolut) Peradilan Agama. Pasal 49 ayat (1) berbunyi: Peradilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang beragama Islam di bidang (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat, dan hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, dan (c) wakaf dan shadaqah. Ayat (2) Bidang perkawinan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) huruf (a) ialah hal-hal yang diatur dalam atau berdasarkan Undang-undang mengenai perkawinan yang berlaku. Ayat (3) Bidang kewarisan sebagaimana yang dalam ayat (1) huruf (b) ialah penentuan siapa-siapa yang menjadi ahli waris, penentuan mengenai harta peninggalan, penentuan

bagian-masing-masing ahli waris, dan melaksanakan pembagian harta peninggalan tersebut, disamping penambahan wewenang absolut tentang sengketa ekonomi syaria'ah yang diatur dalam Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006.

Adapun hukum Islam yang berlaku secara yuridis formal sebagai pegangan hakim Peradilan Agama adalah Kompilasi Hukum Islam (Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991) tanggal 10 Juni 1991 yang ditujukan kepada Menteri Agama untuk menyebarkanluaskannya. Adapun Kompilasi Hukum Islam terdiri dari

- (a) Buku I tentang Hukum Perkawinan,
- (b) Buku II tentang Hukum Kewarisan,
- (c) Buku III tentang Hukum Perwakafan.

Berdasarkan Instruksi Presiden No. 1 Tahun 1991, Menteri Agama pada tanggal 22 Juni 1991 telah menetapkan Keputusan Menteri Agama No. 154 Tahun 1991 tentang pelaksanaan Instruksi Presiden No.1 tahun 1991 tanggal 10 juni 1991 di atas.

Pengembangan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama khususnya hukum kewarisan sangat dimungkinkan dalam Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 Tahun 1991). Instruksi Presiden dimaksud bersifat terbuka untuk dikembangkan, sesuai dengan perkembangan zaman dan pemenuhan kebutuhan umat Islam Indonesia. Dorongan pengembangan hukum Islam itu dapat dilihat dalam Kompilasi Hukum Islam (Inprs RI No. 1 Tahun 1991) Pasal 229 yang dinyatakan: "Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan."

Pengembangan hukum materiil Peradilan Agama itu

sangat penting. Ini berarti melengkapi apa yang belum ada dalam kompilasi itu dan menyempurnakan apa yang sudah ada di dalamnya, disamping pembaharuan dengan peningkatan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi tetap Peradilan Agama. Yang tetap terjadi karena rentetan keputusan atau beberapa keputusan yang sama, disebut (dalam bahasa Belanda) *standaardarresten*, yaitu keputusan yang dijadikan ukuran dan dasar bagi peradilan untuk memutus perkara yang sama.⁷⁴

Peraturan perundang-undangan, biasanya hanya menentukan yang bersifat umum saja, sedang pertimbangan hal-hal yang kongkrit diserahkan kepada hakim. Ini berarti bahan dalam hukum dan atau peraturan perundang-undangan ada ruang kosong yang dapat diisi oleh hakim. Cara mengisinya dapat dilakukan dengan konstruksi, yakni pembuatan pengertian hukum (baru) yang sesuai dengan hukum yang bersangkutan.⁷⁵ Untuk itu dibutuhkan suatu metodologi (cara) yang dipergunakan dalam pengembangan hukum untuk mengisi kekosongan hukum itu dengan melakukan konstruksi, yaitu mempergunakan akal secara logis dan sistematis, dan konstruksi itu biasanya dilakukan oleh hakim kalau ia harus menjalankan hukum atau perundang-undangan secara berikut:⁷⁶

- (1) analogi (*qiyas*), menyamakan hukumnya sesuatu yang belum ada hukumnya dengan sesuatu yang sudah ada hukumnya dengan persamaan *illah* (alasan) hukum. Perlu diingat bahwa tidak semua bidang hukum dapat dilaksanakan dengan analogi,
- (2) penghalusan hukum (*rechtsverpijning*). Untuk mencapai keadilan, kadangkala hakim tidak menjalankan suatu ketentuan walaupun ketentuan itu menyebut dengan jelas

⁷⁴ Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan," *op. cit.*, hal. 41.

⁷⁵ *Ibid.*, hal. 41.

⁷⁶ *Ibid.*, hal. 41 – 42.

soal yang harus diselesaikan. Untuk itu, ia membuat aturan sendiri sebab kalau peraturan yang ada itu dijalankan, keadilan tidak akan terwujud,

- (3) *argumentum a contrario*, metode ini mengatakan bahwa kalau undang-undang memuat ketentuan khusus untuk hal-hal yang dengan tegas disebut di dalamnya, ketentuan itu hanya berlaku untuk hal-hal itu saja, untuk hal-hal lain berlaku sebaliknya.

Studi tentang ijtihad hakim Peradilan Agama dalam pengembangan Kompilasi Hukum Islam khususnya “bidang hukum kewarisan” sangat signifikan karena berkaitan dengan “hukum kasus” yang dihadapi para hakim agama. Maka berkaitan dengan penelitian disertasi ini saya namakan: “Teori Hukum Kasus”. Hukum yang akan diputus / ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti dengan alat bukti yang sah barulah ditemukan dalam bentuk putusan / penetapan itu sendiri untuk kekuatan pastinya masih harus menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tepat (*inkracht*).

Fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa/perkara, yang harus dibuktikan di pengadilan Agama, adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim, setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencari hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Jadi tegasnya, hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam fungsi mengatur. “Hukum Kasus” dibedakan dengan “Hukum dalam Fungsi Mengatur”, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa.

Hukum kasus diistilahkan dengan *ahkam nafs al-waqi'* atau *ahkam da'wa al-waqi'*, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan *ahkam hifz al-huquq*. Hukum kasus adalah untuk sengketa / perkara, sedangkan hukum dalam

fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum material atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara atau pembuktian, dinamakan *turuq al-hukm*, sedangkan cara menemukan hukum material di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan *hifz al-huquq*.⁷⁷

Dalam praktek Peradilan Agama, dalam melihat kasus yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (hal mana sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case position atau nafs al-waqi' atau da'wa al-waqi'*). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum materiilnya (Seperti Kompilasi Hukum Islam dalam bidang hukum kewarisan) yang relevan, yang bersifat umum atau khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, untuk diukur kepada kasus tersebut. Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai dengan bukti-bukti yang diajukan dan cocok dengan kasus tersebut. Akan tetapi dalam kasus yang bersifat komulasi hukum yang persis sesuai dengan kasus itu “jarang ditemukan”, yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sini letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dapat dikatakan bahwa hakim itu: “*am an-nazari wa khas al-'amali*”.⁷⁸ Dari sini dapat dinyatakan bahwa penerapan hukum kasus di Pengadilan Agama ternyata memerlukan wawasan hukum Islam yang sangat luas, tidak dan belum mencukupi dengan hanya menguasai hukum materiil Islam dalam perundang-undangan. Tanpa itu, menemukan hukum materiil dalam kasus besar kemungkinan tidak mencerminkan keadilan hukum menurut

⁷⁷ Roihan A. Rasyid, “ hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama),” *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 15.

⁷⁸ *Ibid.*, hal. 17.

Islam.⁷⁹

Pembicaraan tentang pembentukan atau pengembangan hukum yang dalam istilah usul fikih disebut ijihad berkaitan erat dengan perubahan-perubahan sosial yang berlangsung dalam kehidupan masyarakat. Secara umum ijihad itu dapat dikatakan suatu upaya berpikir secara optimal dalam menggali hukum Islam dari sumbernya untuk memperoleh jawaban terhadap permasalahan hukum yang muncul dalam masyarakat.⁸⁰

Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia, setelah Nabi Muhammad SAW. tidak ada lagi rasul yang diutus dan tidak ada pula ada wahyu yang diturunkan untuk mengatur manusia. Allah Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistik dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang telah dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala macam persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan zaman. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa dan perkembangan sosial,⁸¹ di sinilah terletak posisi penting dan relevansinya hakikat ijihad.

Sejalan dengan itu, seorang ulama besar pendiri mazhab, Imam Syafi'i r.a pernah mengumandangkan prinsip tersebut dalam karyanya yang terkenal *Ar-risalah*, bahwa tiap-tiap peristiwa yang terjadi pada diri seorang muslim pasti akan didapati hukumnya dalam wahyu Allah.⁸² Persoalannya adalah, bahwa wahyu sebagai sumber hukum itu, baik yang termaktub dalam al-Qur'an, maupun yang berupa al-Hadts sangat terbatas

⁷⁹ *Ibid.*, hal. 25.

⁸⁰ Asfri Jaya Bakti, *Konsep Maqasid al-Syari'ah menurut Al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijihad Hukum Dewasa ini*, (Jakarta: Program Pascasarjana IAIN Syarif Hidayatullah, 1994), hal. 1.

⁸¹ Satria Effendi M. Zein, "Ijihad dan Hakim Peradilan Agama," *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 41.

⁸² *Ibid.*, hal. 41.

jumlahnya. Dari jumlah yang terbatas itu, khususnya yang menyangkut bidang ibadah hanyalah pokok-pokoknya saja, namun leleh dirinci oleh Rasulullah dalam Sunnah-Nya. Adapun bidang mu'amalah hanya sebagian kecil yang disebutkan secara tegas dan rinci, kebanyakan berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan dan ada pula yang dalam bentuk teks-teks yang tidak jelas

Andaikata al-Qur'an dan Sunnah secara tegas dan rinci mencakup seluruh permasalahan, disamping sulit digambarkan adanya, juga akan membuat hukum Islam menjadi kaku dan mudah ketinggalan zaman. Oleh karena itu, kondisi sumber hukum seperti demikian adalah suatu karunia yang sangat menguntungkan umat manusia. Yang perlu disadari adalah, bahwa tugas untuk menggali dan mengembangkannya selanjutnya adalah terletak pada diri manusia pemeluknya. Pelimpahan wewenang itu, merupakan suatu pemberian yang amat berharga, karena dengan itu berarti umat manusia lewat kerja sungguh-sungguh atau ijtihadnya dilibatkan dalam menentukan tatanan hidupnya. Dari sinilah terlihat dengan jelas urgensi ijtihad dalam hukum Islam.⁸³

Relevansi pengkajian studi ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum Islam ini menjadi *urgan*, karena permasalahan hukum / perkara yang diajukan kepada hakim selalu berkembang, walaupun perkaranya sama, tetapi nuansanya berbeda, alasan hukum dan perubahan waktu dan tempat berbeda pula. Seorang hakim dalam menghadapi persoalan hukum yang demikian itu ia harus menguasai dua bentuk ijtihad, yaitu:

- (1) ijtihad menyimpulkan hukum dari sumbernya, yang disebut "*ijtihad istinbati*", dan

⁸³ *Ibid.*, hal. 42.

(2) ijtihad dalam penerapan hukum, yang disebut “*ijtihad tatbiqi*”.

Dengan *ijtihad istinbati* seorang *mujtahid* mampu menarik rumusan fikih, baik dari ayat al-Qur’an maupun Hadis yang pada kenyataannya memerlukan daya pikiran (ijtihad) untuk memahaminya, maupun dari prinsip-prinsip atau tujuan umum *syari’at* Islam. Lapangan ijtihad bentuk ini meliputi masalah-masalah yang secara khusus tidak terdapat dalam al-Qur’an dan Sunnah, dan masalah-masalah yang terdapat dalam kedua sumber tersebut, namun memahaminya membutuhkan alat Bantu untuk pemikiran. Ijtihad seperti inilah yang pernah dilakukan oleh para *mujtahid* dimasa silam. Terbentuknya *mazhab* fikih adalah hasil ijtihad bentuk ini. Kemudian, rumusan hukum fikih yang dihasilkan ijtihad itu, pada gilirannya diterapkan kepada suatu masalah secara kongkrit. Usaha penerapan hukum ini, perlu pula kepada satu bentuk ijtihad, yaitu *ijtihad tatbiqi*.

Ijtihad tatbiqi berkaitan dengan bentuk penelitian secara cermat terhadap suatu masalah di mana hukum hendak diterapkan. Ijtihad bentuk ini diperlukan, untuk menghindari kekeliruan dalam penerapan hukum. Tegasnya, untuk menerapkan hukum pada suatu masalah, lebih dahulu lewat *ijtihad istinbati*. Kandungan ayat atau hadis perlu dipahami secara teliti, baik mengenai bentuk hukum, maupun mengenai tujuan, setelah itu melalui *ijtihad tatbiqi*, perlu pula secara teliti mengetahui permasalahan di mana hukum hendak diterapkan. Mengenai *ijtihad tatbiqi* tidak pernah terputus sepanjang masa, selama umat Islam masih bertekad baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Adapun yang menjadi bahan penelitian pada *ijtihad tatbiqi* adalah tempat penerapan hukum, yaitu manusia dengan segala ihwalnya yang notabene selalu berubah dan berkembang.⁸⁴

⁸⁴ *Ibid.*, hal. 43.

Tugas pokok seorang hakim adalah memutus / menetapkan hukum pada suatu perkara secara mengikat untuk menyelesaikan sengketa. Untuk itu dapat dipahami bahwa pada diri seorang hakim harus terdapat pada dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati*, dan kemampuan untuk menerapkannya (*ijtihad tatbiqi*). Penguasaan hukum bagi seorang hakim merupakan syarat mutlak yang harus dibuktikan. Adapun yang dimaksud dengan penguasaan hukum, adalah meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara eksplisit tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam dan kemampuan berijtihad untuk mengembangkannya terhadap suatu kasus yang diajukannya, walaupun kasus sama dimungkinkan nuansanya berbeda.

Walaupun para hakim telah dibekali undang-undang, atau Kompilasi Hukum Islam sebagai pedoman, kemampuan ijtihad tetap menjadi kebutuhan baginya. Nampaknya para ahli hukum yang membuat persyaratan ini menyadari, bahwa bagaimanapun dianggap lengkapnya sebuah buku undang-undang, namun tetap dianggap tidak bisa mengakomodir secara eksplisit segala persoalan yang dihadapi seorang hakim. Seorang hakim harus mampu menyelesaikan segala persoalan yang diangkat kepadanya. Artinya seorang hakim tidak boleh menolak suatu perkara dengan alasan tidak didapati hukumnya.

Bila merujuk kepada karya Abu zahrah (*Ushul Fiqh*), ijtihad terbagi empat macam, yaitu:

- (1) *ijtihad mustaqil*, yaitu ijtihad yang dilakukan seseorang yang mempunyai metodologi tersendiri dan mandiri dalam memproduksi hukum, seperti Imam Abu Hanifah, Imam Malik, Imamm Syafi'i, dan Ahmad bin Hambal,
- (2) *ijtihad muntasib*, yaitu *mujtahid* yang dalam berijtihad mengacu kepada metode Imam mazhab tertentu, kendatipun dalam produk hukum tidak mesti sama,
- (3) *ijtihad tarjih*, yaitu berijtihad dalam bentuk membandingkan

mazhab-mazhab yang telah ada, pendapat mana yang dinilai paling kuat dalilnya dan dapat dipakai,

- (4) *ijtihad fil mazhab*, yaitu berijtihad dalam masalah-masalah baru yang hukumnya tidak terdapat dalam *fatwa-fatwa mazhab* yang telah tersedia. Artinya, ia tetap terikat dengan *fatwa-fatwa mazhab*, namun dengan kemampuan ijtihadnya ia juga mampu memecahkan masalah-masalah baru yang hukumnya belum terdapat dalam *fatwa-fatwa mazhab*.⁸⁵

Dari keempat tingkatan ijtihad tersebut, yang relevan dengan tugas hakim Peradilan Agama dalam kondisi sekarang ini adalah ijtihad dalam bentuk ketiga dan keempat. Ijtihad dalam bentuk ketiga, yaitu ijtihad *tarjih*, diperlukan pada pengadilan yang belum mempunyai kitab undang-undang dalam arti masih berpedoman kepada berbagai macam kitab fikih, seperti di Pengadilan Agama di Indonesia sebelum tersusunnya Kompilasi Hukum Islam (KHI). Hakim pada pengadilan dalam kondisi tersebut dituntut kemampuannya untuk *mentarjih* pendapat mana di antara pendapat-pendapat yang tersedia untuk diterapkan. *Mentarjih* atau memilih suatu pendapat, bukan saja didasarkan atas kuatnya dalil, tetapi yang paling diutamakan adalah pendapat mana yang lebih cocok dan lebih mendatangkan *maslahat* dalam menyelesaikan suatu perkara.

Adapun ijtihad dalam bentuk keempat, yaitu *ijtihad fil mazhab*, seperti halnya diperlukan pada pengadilan di mana hakim telah dibekali dengan buku pedoman khusus, seperti Kompilasi Hukum Islam di Indonesia. Inti ijtihad dalam bentuk ini adalah kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukum yang sudah tersedia. Dengan kemampuan ijtihad seperti ini diharapkan seorang hakim tidak akan kehilangan akal dalam menghadapi berbagai perkara, yang bisa jadi pada suatu kasus secara eksplisit hukumnya tidak tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam.

⁸⁵ *Ibid.*, hal 47.

Usaha pengembangan hukum dalam undang-undang bisa disebut dengan: "*tahrijul ahkam 'ala nashshil qanun*", yakni pengembangan hukum berdasarkan teks undang-undang.⁸⁶ Metode yang digunakan antara lain dengan analogi (*qiyas*) dalam arti, bilamana permasalahannya sama, maka hukumnya dapat disamakan pula. Pada analogi bentuk ini, yang akan dijadikan *maqis 'alaih* (asal tempat mengiyaskan) bukan hanya teks al-Qur'an dan Hadis, tetapi juga teks hukum yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam yang pada hakikatnya juga disimpulkan dari al-Qur'an dan Sunnah. Untuk mencapai kemampuan ini, perlu penguasaan terhadap metodologi hukum Islam, seperti *ushul fiqh* dan *qawa'id fiqhiyah*. Dengan penguasaan bidang ini, hakim akan menemukan berbagai metode lain untuk penafsiran pengembangan prinsip hukum.

Setidaknya dengan demikian para hakim akan mendapat gambaran jalan pikiran bagaimana menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum, disamping tidak tertutup kemungkinan akan ditemukan rumusan hukum yang cocok dengan suatu perkara, yang belum tercantum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Yang perlu disadari adalah bahwa untuk menelusuri jalan pikiran para *mujtahid* dalam menafsirkan dan mengembangkan hukum memerlukan kemampuan intelektual yang terkait langsung dengan kemampuan berijtihad.

Ijtihad tatbiqi adalah menyangkut penerapan hukum. *Mujtahid* bidang ini, setelah betul-betul mengetahui hukum bentuk *syar'i*, selanjutnya harus mampu menerapkan secara benar pada suatu kasus yang dihadapi. Di sini yang diperlukan adalah, kemampuan seorang dalam melihat suatu kasus, bentuk hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan, sehingga luas jangkauan ijtihad bentuk ini, yang tentu saja berat atau ringannya ijtihad yang perlu dilakukan tergantung kepada berat dan ringannya kasus yang akan diselesaikan. Namun yang perlu

⁸⁶ *Ibid.*, hal. 48.

digaris bawai adalah, bahwa ijtihad bentuk ini menyangkut dengan “pengamalan *syari’at* Islam” ke dalam kehidupan kongkrit. Untuk itu ijtihad bentuk ini tetap relevan sepanjang waktu, selama umat Islam hendak mengamalkan agamanya.

Dengan demikian, *ijtihad tatbiqi* berkaitan langsung dengan tugas seorang hakim, hakim sebagai penerap hukum, tidak cukup dengan penguasaan hukum belaka, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk menerapkannya secara benar, atau dengan kata lain penguasaan hukum dan ketajaman pandangan seorang hakim dalam melihat suatu kasus dan latar belakang kasus itu.

Ijtihad hakim mengenai pengembangan hukum dari teks atau pedoman hukum yang ada perlu dilakukan, dan ini merupakan amanah Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam, yang dinyatakan: Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”. Ini merupakan dorongan kepada hakim agama untuk mengembangkan hukum Islam yang menjadi wewenang absolut Peradilan Agama dalam berijtihad, berupa:

- (1) melengkapi hukum yang belum ada dan menyempurnakan hukum (undang-undang) yang sudah ada,
- (2) undang-undang menentukan hal-hal yang umum, sedangkan pertimbangan hal-hal yang kongkrit diserahkan kepada hakim untuk mengembangkan hukumnya, dan
- (3) ada kekosongan hukum yang harus diisi oleh hakim.

Di atas sudah dijelaskan bahwa hakim dalam menghadapi perkara yang diajukan kepadanya ditemukan perkara yang sama, tetapi nuansa maupun substansinya tidak sama, sebab berlainan subyek, kondisi maupun obyek dan subyek yang melatar belakanginya tidak sama. Dari dua bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama di atas secara ringkas dapat

disimpulkan, bahwa:

- (1) *ijtihad istinbati*, itu berkenaan dengan: (a) penguasaan hukum secara tekstual, (b) upaya untuk meneliti *illah* (alasan hukum) yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (c) lalu menggali apa ide yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajiannya adalah *nash* atau hukum tekstual itu, dan (e) penguasaan hukum Islam secara eksplisit.
- (2) *Ijtihad Tatbiqi*, itu berkenaan dengan (a) hukum hendak diterapkan sesuai dengan *ide* yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (b) penyangkut persoalan penerapan hukum dalam kasus yang kongkrit, (c) menerapkan *ide* yang terkandung dalam *nash* atau hukum tekstual itu, (d) obyek kajian dalam ijtihad ini adalah manusia dan dinamikanya, dan (e) menyimpulkan semangat / spirit /*ruh* nilai hukum dalam *nash* atau hukum tekstual itu.⁸⁷

Kajian teoritis selanjutnya berkenaan dengan: Pengembangan Hukum Waris dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kompilasi Hukum Islam dalam Buku II tentang Hukum Kewarisan. Hukum Kewarisan dalam Kompilasi hukum Islam (KHI) itu bersifat mengatur yang sifatnya deduktif, tekstual dan normatif. Sedangkan “perkara kewarisan” yang diajukan kepada hakim agama bersifat “kasuistis”, induktif, kontekstual dan empiris, yang disebut: “Hukum Kasus”. Berkaitan dengan hukum kasus di atas Pasal 229 KHI mengamanatkan bahwa, “ Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”.

Hukum waris secara tekstual dipahami *qath'iyah*

⁸⁷ Asfari Jaya Bakti, *op. cit.*, hal. 74.

(*ta'abbudy / ghair ma'qulat al-ma'na*), tetapi secara aplikatif atau penerapan hukum waris “secara kasuistik” bersifat *ijtihadiah* berarti *dhanniyah*, (*ta'aaquly, ma'qulat al-makna*). Dalam kerangka umum pemikiran disertasi ini dapat dijelaskan sebagai berikut: Hukum waris dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan pedoman hakim Peradilan Agama untuk memutus perkara kewarisan yang diajukan kepadanya. Kapasitas hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam berfungsi mengatur yang bersifat normatif, adapun yang dihadapi hakim Peradilan Agama adalah hukum yang bersifat empiris, kasuistik, sehingga dimungkinkan adanya kesenjangan antara *law in books* dengan *law in action*. Untuk menjawab hal yang demikian apabila hukum dalam buku itu tidak cocok dengan hukum dalam kasus yang terjadi, mau tidak mau hakim harus menemukan hukum yang cocok dengan kasus yang diajukan itu, sehingga putusan hakim dalam penemuan hukum yang cocok itu merupakan pengembangan hukum (*tahrij al-ahkam 'ala nashshil qanun*) kewarisan yang dapat dikontribusikan terhadap pembangunan hukum waris nasional. Dalam pertimbangan putusan yang merupakan perkembangan hukum kewarisan tersebut, tidak dapat dilepaskan dari pertimbangan dan pendekatan sosiologis, historis, filosofis dan pendekatan kritis dan terakumulasi sehingga mewujudkan “kontruksi Hukum” yang dapat disumbangkan terhadap “Pembangunan Hukum Waris Nasional”.

Hukum keluarga dan kewarisan Islam adalah dua sub sistem hukum yang merupakan bagian dari hukum Islam yang bersifat komprehensif. Orang yang ingin menjadi ahli dalam hukum Islam tidak mungkin mengabaikan hukum keluarga dan kewarisan Islam, yang boleh dikatakan sebagai “*central core*” dalam hukum Islam itu. Kedua macam sub sistem hukum Islam itu secara langsung mengatur hak-hak individu agar terwujud suatu kehidupan masyarakat yang mapan (stabil), sejahtera dan tenteram. Meskipun usianya sudah lebih dari empat belas abad, namun baik hukum keluarga Islam maupun hukum kewarisan Islam tetap dinamis, dalam makna pengembangan pemikiran

melalui ijtihad terhadap berbagai macam permasalahan atau kasus dalam kedua macam sub sistem hukum Islam itu selalu dapat dilakukan, sepanjang hal itu tidak bertentangan dengan al-Qur'an dan Sunnah Rasul.⁸⁸

Berbicara masalah boleh tidaknya berijtihad dalam memecahkan sesuatu dalam hukum Islam, senantiasa dipertanyakan lebih dulu, apakah masalah tersebut masuk dalam *ubudiyah* atau akidah atau masuk dalam bidang *mu'amalat*. Para ulama sepakat bahwa hanya bidang *mu'amalah* yang boleh disentuh ijtihad. Demikian pula halnya berbicara, boleh tidaknya berijtihad dalam menyelesaikan kasus-kasus dalam bidang hukum waris Islam. Maka untuk menetapkan boleh tidaknya hukum waris Islam memasuki kegiatan ijtihad harus dapat dipastikan lebih dahulu hukum waris Islam masuk bidang mana. Sebelum dipastikan untuk sementara dianggap bahwa bidang hukum waris adalah termasuk bidang *mu'amalat*.

Jika kita buka literatur ilmu *faraidl* atau hukum Islam, di sana akan dijumpai tidak sedikit masalah *ijtihadiyah*. Tentu saja yang menjadi obyek ijtihad di sana kebanyakan adalah masalah-masalah yang belum ada *nashnya* yang *qath'i*. Namun tidak berarti bahwa ijtihad para ulama dahulu itu tidak ada yang berani menyentuh hal-hal yang telah ada *nashnya* yang *sharih* dan *qath'i*. Maka perlu dibuktikan kembali apakah para ulama ahli ilmu *faraidl* benar-benar merasa tabu untuk menyentuh dengan ijtihad dalam bagian-bagian yang telah ada *dalil sharih* maupun *qath'i*. Nampaknya masalah ijtihad dalam hukum waris Islam sangat menarik untuk dikaji.⁸⁹

⁸⁸ Tahir Azhary, "Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia," *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*, hal. 25.

⁸⁹ Yusuf Ilyas, "Masalah Ijtihadiyah dalam Hukum Waris Islam (Sebuah Kajian Singkat)," *Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995*, hal. 62-65.

Masalah *aul, rad, gharrawain, musytarakah* dan lain-lainnya, ini menyangkut masalah *ijtihadiah* dalam pelaksanaan pembagian hukum waris Islam. Ini terlihat bahwa hukum waris Islam banyak sekali disentuh oleh kegiatan ijtihad. Tujuan ijtihad tidak lain adalah usaha menyesuaikan *nash* kepada kenyataan dalam praktik agar *nash* tersebut dapat diimplementasikan dalam kenyataan. Maka tidaklah terlalu salah jika hukum waris Islam yang telah tertulis dalam kitab-kitab *faraidh* atau terkodifikasikan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu masih dapat menerima perubahan dan perkembangan sesuai dengan perkembangan zaman secara substantif walaupun sistem tetap harus dipertahankan. Maka muncullah masalah-masalah baru dalam hukum waris Islam di Indonesia, seperti masalah *wasiat wajibah*, masalah waris pengganti, masalah menyamakan hak untuk menerima warisan antara cucu keturunan anak laki-laki dengan cucu keturunan anak perempuan, masalah anak perempuan dapat menjadi *hajib* terhadap saudara pewaris dan sebagainya.

Pengembangan hukum kewarisan Islam tidak dapat dilepaskan dari aspek sosiologis dimana hukum kewarisan Islam itu berlaku (*operasional*). Yang dimaksud kata “pengembangan” di sini bukanlah dari titik nol, melainkan menggambarkan sesuatu yang sudah mengalami proses pengembangan. Pengembangan hukum Islam (fikih) dalam hal ini hukum kewarisan Islam adalah pengembangan sebuah gugusan hukum agama yang tidak pernah berhenti berkembang. Hal ini ternyata dari butir-butir hukum yang kita jumpai dalam karya-karya ulama besar masa lampau hingga saat ini, yaitu menunjukkan adanya kecenderungan amat kuat untuk melakukan proses penyesuaian dengan keadaan setempat tanpa mengorbankan prinsip umum dari hukum agama itu sendiri.⁹⁰

⁹⁰ Abdurrahman Wahid, “Pengembangan Fiqh yang Kontekstual,” *Pesantren No. 2/Vol. II/1985*, hal. 4.

Memperhitungkan faktor lokalitas atau aspek sosiologis didalam pengambilan keputusan atau ijtihad dalam hukum Islam merupakan keniscayaan. Contoh yang dapat disebutkan dalam hal ini adalah sebuah *diktum* dalam karya utama Syekh Arsyad Banjar yang berjudul *Sabiil al-Muhtadin*, dalam *corpus* mana beliau menyatakan bahwa pembagian waris berdasarkan adat berpantangan. Harta dibagi dahulu antara suami dan isteri dan barulah hasil parohan itu yang dibagikan kepada ahli waris. Ini jelas merupakan pengembangan yang radikal dari konsep semula yang ada dalam al-Qur'an, yaitu bahwa keseluruhan harta peninggalan seseorang yang meninggal dunia dibagi antara ahli waris. Memasukkan adat berpantangan di dalam kitab standar fikih adalah nyata sekali merupakan sebuah hasil pemikiran kontekstual yang memperhitungkan masyarakat Banjar yang harus hidup dari kerja di atas sungai, baik berdagang maupun mengail ikan. Pekerjaan demikian tidak bisa hanya dilakukan oleh suami saja, seperti menyangkul di sawah, melainkan harus dilakukan oleh suami dan isteri bersama-sama dengan jalan membagi kerja antara mendayung perahu dan berdagang atau mengail ikan.

Dengan demikian jelas sekali konteks lokal atau sosial masyarakat yang sangat kuat mempengaruhi proses pengambilan putusan hukum Islam melalui perumusan kembali arti pemilikan harta yang diperoleh dari usaha bersama, walaupun ketentuan tentang perolehan bersama yang ada di daerah Banjar agak sedikit berbeda dari kasus-kasus kepemilikan bersama atas harta di negeri-negeri Timur Tengah yang telah mengenal hukum tersebut di masa lampau. Kontekstualisasi kerena terpenuhinya berbagai persyaratan, seperti adanya pemilikan bersama atas harta dalam kasus yang disebutkan di atas, menunjuk dengan jelas betapa besarnya peluang bagi perumusan kembali hukum agama dalam fikih (hukum Islam) sebuah situasi yang mau tidak mau harus diakui sangat kompleks dalam rumusannya, tetapi yang justeru mampu

menjawab tantangan-tantangan zaman.⁹¹

Dalam wilayah praksis persoalan waris termasuk historis-empiris yang tidak lepas dengan sintesa kreatif individual dalam rangka menangkap pesan-pesan universal al-Qur'an sebagaimana yang dilakukan oleh Umar ibn al-Khaththab. Selama ini para ulama melihat perbandingan yang ada dalam kewarisan lebih bersifat *bayani*. Hal ini didasarkan pada pemahaman terhadap lafadz *zakar* dan *unsa* yang terdapat dalam *Surat an-Nisa' ayat 11* yang mana lafadz tersebut diartikan jenis dan anak. Oleh karenanya, jika pemikiran tersebut diaplikasikan ke dalam kewarisan akan muncul persoalan tentang konsep 2:1 antara *zakar* dan *unsa*. Artinya jika *zakar* dan *unsa* berarti jenis. Konsekuensinya setiap ada jenis laki-laki dan perempuan harus 2:1 dan jika *zakar* dan *unsa* berarti anak, maka setiap ada anak laki-laki dan perempuan harus 2:1. yang disebut terakhir ini hanya memperlakukan 2:1 bagi anak.⁹²

Masalah *gender* termasuk wilayah *law tradition* yang sangat dipengaruhi oleh wacana epistema yang mengitarinya, maka ketika persoalan kewarisan dikaitkan dengan persoalan *gender* seyogianya dipotret dengan keuniversalan al-Qur'an. Hal tersebut bisa diperhatikan pada pesan-pesan moral yang disyaratkan al-Qur'an. Banyak ayat yang mengajak kita untuk berbuat adil. Oleh karenanya jika pemahaman kita terhadap *nash* tidak terpaku pada sub tema (tiap ayat berdiri sendiri), maka persoalan-persoalan yang selama ini dianggap sakral (*qath'i*) tidaklah perlu dikhawatirkan untuk berubah dalam rangka menangkap perubahan zaman. Sebagaimana diisyaratkan oleh al-Qur'an *Surat al-Zumar* ayat 17 dan 18 yang artinya: "Sampaikan berita itu kepada hamba-hamba-Ku, yang mendengarkan perkataan lalu mengikuti apa yang paling baik di

⁹¹ *Ibid.*, hal. 4-5.

⁹² Susiknan Azhari, "Pemikiran Riffat Hassan (Studi tentang Isu Kesetaraan dan Implikasinya dalam Kewarisan)," *Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998*, hal. 82-83.

antaranya ...". Ayat tersebut dengan jelas mengisyaratkan agar umat Muhammad bersikap kreatif dan dinamis. Selama ini pemahaman terhadap teks-teks al-Qur'an bersifat parsial, Sehingga sering menimbulkan kontradiktif termasuk persoalan-persoalan kewarisan. Sebagaimana memahami ayat-ayat kewarisan berdiri sendiri atau bersifat *qath'i*, sehingga tidak memungkinkan adanya perubahan dalam menangkap pesan-pesan universal al-Qur'an. Di sisi lain dalam wilayah empiriknya ternyata berbeda. Hal ini bisa diperhatikan dalam kasus kewarisan yang terdiri: Suami, ayah dan ibu. Bagian suami adalah setengah harta warisan (karena tidak ada anak), bagian ibu adalah sepertiga harta warisan dan sisanya untuk ayah. Maka suami akan mendapat $\frac{3}{6}$, ibu $\frac{2}{6}$ dan ayah hanya menerima $\frac{1}{6}$. Di sini perbandingan bagian ayah dan ibu menjadi terbalik, yaitu 1:2.⁹³

Dalam hal kasus kewarisan di atas, Ahmad Azhar Basyir berkomentar bahwa ijtihad Umar bin Khaththab dalam masalah warisan, bukan mengubah ketentuan *nash*, tetapi justeru untuk tercapainya penerapan *nash*.⁹⁴ Karena dalam kasus tersebut khalifah Umar menetapkan bagian ibu $\frac{1}{3}$ sisa setelah diambil bagian suami dan ayah mendapat sisanya. Dengan demikian perbandingan perolehan ayah dan ibu adalah tetap 2:1. Jika perbandingan itu yang menjadi persoalan dalam persoalan warisan tanpa melihat ayat-ayat lain, maka yang muncul adalah persoalan-persoalan klasik. Sesungguhnya ayat-ayat al-Qur'an merupakan satu kesatuan yang diturunkan untuk dikaji dan diamalkan, tanpa terikat dengan kreatifitas – subyektif individu. Dengan demikian ayat-ayat kewarisan sebaiknya dikaitkan dengan pesan-pesan universal al-Qur'an. Apakah kita tidak bisa mengatakan bahwa perbandingan yang disebut dalam al-Qur'an

⁹³ *Ibid.*, hal. 82-83.

⁹⁴ Ahmad Azhar Basyir, "Reaktualisasi, Pendekatan Sosiologis tidak Selalu Relevan, dalam Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam," (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1988), hal. 108.

tersebut bersifat maksimal?, artinya bagian maksimal bagi *zakar* adalah 2 kali bagian *unsa*. Dengan demikian ada celah-celah untuk menguranginya tanpa meninggalkan pesan keadilan al-Qur'an sesuai dengan historisitas.⁹⁵

Pengembangan hukum kewarisan Islam tidak dapat dilepaskan dari aspek filosofis (keadilan). Interpretasi umat Islam terhadap hukum kewarisan Islam berubah, sesuai dengan perubahan kondisi sosio-historis, mobilitas sosial dan kemajuan zaman. Transformasi hukum Kewarisan Islam banyak mengalami dinamika dan perkembangan, karena hukum Islam bertujuan untuk mengatur kepentingan manusia untuk mencapai kemaslahatan hidupnya, maka ia senantiasa berkembang dan berjalan sesuai dengan situasi, kondisi, dan gerak laju perkembangan umat Islam.

Dalam Islam seperti yang dirumuskan dalam *faraidh* (hukum waris), ternyata kini disadari adanya sebuah praktek diskriminasi antara pihak laki-laki dan pihak perempuan. Kaum perempuan sepertinya mendapatkan perlakuan marginalisasi karena dasar waris dalam Islam disebutkan 2:1, yakni pihak laki-laki mendapatkan satu sementara pihak perempuan mendapatkan setengah dari bagian lelaki. Melihat kondisi umat Islam di negeri ini secara nyata dan transparan telah mengalami perubahan yang amat signifikan. Umat Islam telah mengenal adanya persamaan hak dan kewajiban antara lelaki dan perempuan.

Peran wanita di era kehidupan keluarga dan sosial umat Islam modern sekarang ini telah mengalami perubahan yang dratis. Kaum wanita sudah memainkan peran besar dalam kehidupan rumah tangga. Bukan hanya itu, mereka juga sudah berhasil meraih dan memperlihatkan peran positif dan peningkatan luar biasa sehingga tuntutan perlakuan sama kepada kaum wanita dengan lelaki sudah merupakan kebutuhan.

⁹⁵ Susiknan Azhari, *op. cit.*, hal. 83.

Hal ini terjadi karena adanya pemberian kesempatan kepada kaum wanita untuk berkiprah pula dalam bidang pendidikan. Kini, kesempatan dalam bidang pendidikan tidak ada lagi dikotomi, apalagi diskriminatif sehingga kaum wanita juga sudah dapat meraih tingkat kecerdasan dan intelektual seperti apa yang dicapai oleh kaum lelaki.

Peningkatan peran wanita dalam keluarga dan sosial tidak hanya dialami oleh mereka yang berpendidikan yang memadai, tetapi juga dialami oleh kaum wanita di pedesaan dengan keikutsertaan mereka dalam kepentingan keluarga dan masyarakat. Peran kaum hawa ini sudah sangat jauh berbeda dengan apa yang pernah dialami oleh masyarakat Arab pada waktu turunnya al-Qur'an, yakni dominasi kaum lelaki sementara kaum perempuan hamper dapat dikatakan tidak memainkan peran dalam keluarga apalagi peran publik sama sekali tidak ada. Berkaitan dengan adanya rasa ketidakpuasan terhadap apa yang dipegangi dalam soal warisan ini, maka timbul pemikiran baru untuk melakukan pembaharuan dan perombakan terhadap hukum waris yang memakai perbandingan 2:1 ini. Ada keinginan untuk melakukan sebuah pembaharuan karena didasarkan pada perubahan dan peningkatan peran kaum perempuan disamping hasrat untuk memenuhi rasa keadilan yang tumbuh dalam masyarakat Islam di era modern ini.⁹⁶

Aspek filosofis dalam pengembangan hukum kewarisan Islam mengkaji tentang keadilan. Keadilan merupakan tujuan hukum kewarisan Islam itu, dan banyak dalam al-Qur'an untuk menyuruh berbuat dan menegakkan keadilan. Sifat adil yang terkait erat dengan prinsip keadilan dalam hukum keluarga dan hukum kewarisan, misalnya tercermin dalam persamaan kedudukan pria dan wanita sebagai ahli waris yang mengangkat

⁹⁶ Jalaluddin Rahman, "Perumusan Ulang Hukum Waris Islam: Sebuah Pendekatan Pembaruan dalam Islam," *Mimbar Hukum No. 63 Thn. XV 2004*, hal. 85.

kembali derajat kaum wanita yang sebelumnya tidak mungkin menjadi ahli waris (pada zaman pra Islam). Berkaitan dengan hal ini, apabila dikaji mengenai hukum (waris) Islam dalam konstruksi pemikiran Fazlur Rahman, yaitu memahami ungkapan-ungkapan al-Qur'an untuk digeneralisasikan kepada prinsip-prinsip moral-sosial dengan cara mengaitkan ungkapan-ungkapan spesifik al-Qur'an beserta latarbelakang sosio - historis dan dengan mempertimbangkan *ratio - legis* (*'illat hukum*) yang dinyatakan dalam ungkapan-ungkapan al-Qur'an, dan selanjutnya adalah dengan merumuskan prinsip-prinsip umum tersebut ke dalam konteks sosio-historis aktual sekarang ini.⁹⁷

Istilah-istilah teknis yang digunakan sebagai metodiknya, seperti "ungkapan legal spesifik al-Qur'an", "prinsip moral sosial", "*latarbelakang sosio-historis*", dan "*ratio legis*" (*'illat hukum*), maka istilah-istilah teknis tersebut merupakan istilah-istilah kunci yang menggambarkan konsep hukum Islam dalam konstruksi pemikiran sebagai aturan-aturan hukum Islam dalam aspek hubungan kehidupan bermasyarakat. Hukum Islam dalam aspek ini dapat untuk dikembangkan dan diperbaharui.⁹⁸

Kemungkinan adanya bahaya subyektivitas penafsir, untuk menghindarkan atau setidaknya untuk meminimalkan bahaya subyektivitas tersebut, Rahman mengajukan sebuah metodologis yang terdiri dari tiga pendekatan: Pertama, pendekatan historis untuk menemukan makna teks, kedua, pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang terkandung dalam ungkapan legal-spesifik, dan ketiga, pendekatan latarbelakang sosiologis untuk menguatkan hasil temuan pendekatan kontentual untuk menemukan sasaran dan tujuan yang tidak dapat diungkapkan oleh pendekatan

⁹⁷ Efrinaldi, "Reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur Rahman," *Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001*, hal. 97.

⁹⁸ *Ibid.*, hal. 98.

kontentual, atau disingkat dengan rentetan pendekatan: “historis, kontekstual dan sosiologis”.

Langkah pertama, orang harus memahami arti atau makna suatu pernyataan (ayat) dengan mengkaji situasi atau problema historis dimana pernyataan al-Qur’an tersebut merupakan jawabannya. Tentu saja sebelum mengkaji ayat-ayat spesifik dalam situasi spesifiknya, suatu kajian situasi makro dalam batasan-batasan masyarakat, agama, adat istiadat, lembaga, bahkan keseluruhan kehidupan masyarakat di Arabia pada saat Islam datang dan khususnya Makkah dan sekitarnya, harus dilakukan lebih dulu.

Langkah kedua, adalah membuat pengertian umum respon-respon spesifik tersebut dan menyatakan sebagai ungkapan-ungkapan yang memiliki tujuan moral-sosial umum, yang dapat “sisaring” dari ungkapan ayat-ayat spesifik dalam sinaran latarbelakng sosio-historis dan dalam sinaran *rationes legis* (*illat hukum*). Dengan demikian langkah pertama, yakni memahami makna dari suatu pernyataan spesifik sudah memperlihatkan ke arah langkah kedua yang membawa kepadanya. Selama proses ini, perhatian harus diitujukan kepada ajaran al-Qur’an sebagai suatu keseluruhan, sehingga setiap arti tertentu yang dipahami, setiap hukum yang dinyatakan, dan setiap tujuan yang dirumuskan akan koherensi dengan lainnya. al-Qur’an sendiri mendakwakan secara pasti bahwa “ajarannya tidak mengandung kontradiksi dalam, melainkan koheren secara keseluruhan”.⁹⁹

Ide pokok yang terkandung dalam gerakan pertama, sebagaimana yang disebutkan di atas, adalah penerapan metode berpikir induktif, “berpikir dari ayat-ayat spesifik, menuju kepada prinsip”, atau dengan kata lain adalah “berpikir dari aturan-aturan legal spesifik menuju kepada moral sosial yang bersifat umum yang terkandung di dalamnya”. Terdapat tiga

⁹⁹ *Ibid.*, hal. 104.

perangkat untuk dapat menyimpulkan prinsip-prinsip moral sosial. Pertama, adalah perangkat *'illah hukum (ratio legis)* yang dinyatakan dalam al-Qur'an secara eksplisit, kedua, *'illat hukum* yang dinyatakan secara implisit yang dapat diketahui dengan cara menggeneralisasikan beberapa ungkapan spesifik yang terkait, dan ketiga, adalah perangkat sosio-historis yang bisa berfungsi untuk menguatkan *'illat al-hukm* implisit untuk menetapkan arah maksud tujuannya, juga dapat berfungsi untuk membantu mengungkapkan *'illat al-hukm* beserta tujuannya yang sama sekali tidak dinyatakan.

Adapun gerakan metodis bagi reaktulisasi hukum (waris) Islam adalah sebagai upaya perumusan prinsip-prinsip umum, nilai-nilai dan tujuan-tujuan al-Qur'an yang telah disistematisasikan terhadap situasi dan atau kasus aktual sekarang ini. Gerakan ini harus dilakukan dari pandangan umum, menjadi pandangan-pandangan spesifik (*the specific view*) yang harus dirumuskan dan direalisasikan sekarang ini. Artinya, ajaran-ajaran yang bersifat umum tersebut harus dirumuskan dalam konteks sosio-historis yang kongkrit sekarang ini. Kerja ini memerlukan kajian yang cermat atas situasi sekarang dan analisis berbagai unsur-unsur komponennya, sehingga dapat dinilai situasi sekarang dan mengubah kondisi sekarang sejauh yang diperlukan dan menentukan prioritas-prioritas baru untuk bisa menerapkan nilai-nilai al-Qur'an secara baru pula. Dengan corak pemikiran di atas terdapat kegiatan atau kerja merumuskan prinsip umum al-Qur'an menjadi rumusan-rumusan spesifik, maksudnya yang berkaitan dengan tema-tema khusus, misalnya prinsip ekonomi *Qur'any*, prinsip politik *qur'any*, dan lain-lain dimana rumusan prinsip spesifik tersebut harus mempertimbangkan konteks sosio-historis yang kongkret dan bukanlah rumusan spekulatif yang mengawang-awang.¹⁰⁰

Pemahaman secara akurat terhadap kehidupan aktual

¹⁰⁰ *Ibid.*, hal. 105.

yang sedang berkembang dalam berbagai aspeknya seperti ekonomi, politik, hukum, kebudayaan dan sebagainya, dalam kenyataannya kehidupan aktual suatu masyarakat atau bangsa memiliki corak-corak tertentu yang bersifat situasional dan kondisional, selain itu ia sarat akan perubahan-perubahan. Maka tanpa pencermatan situasi dan kondisi aktual, akan cenderung kepada upaya pemaksaan prinsip-prinsip *Qur'any*, dan yang demikian itu harus dihindarkan, melainkan melakukan upaya “perumusan” prinsip umum al-Qur’an dalam konteks sosio-historis aktual. Bahkan suatu prinsip tidak dapat diterapkan sebelum ia dirumuskan kembali.¹⁰¹

Penilaian situasi dan kondisi aktual dilakukan dengan sudut pandang prinsip umum al-Qur’an tersebut, sehingga proses penilaian tersebut sekaligus mengandung fungsi “mengontrol” kecenderungan yang menyimpang dari prinsip-prinsip umum yang *Qur'any*, tidak membiarkannya berkembang secara liberal tetapi ia dimungkinkan berkembang secara progresif dengan kendali prinsip-prinsip *Qur'any* tersebut dan inilah sebagai upaya reaktualisasi hukum (waris) Islam. Akhirnya pandangan di atas menghasilkan rumusan-rumusan spesifik *Qur'any* mengenai beberapa aspek kehidupan aktual sekarang. Rumusan-rumusan tersebut akan menjadi pertimbangan bagi *mujtahid* dalam menetapkan pendapat-pendapat hukum, yakni rumusan-rumusan spesifik *Qur'any* mengenai kehidupan aktual dan pendapat-pendapat hukum hasil ijtihad akan mengalami proses interaksi dalam masyarakat. Terlepas dari kenyataan apakah akan diterima atau ditolak oleh masyarakat, namun secara teoritis pendapat di atas merupakan *visi Qur'any* yang dibangun dengan mempertimbangkan situasi dan kondisi aktual masyarakat setempat, yakni sebuah *visi Qur'any* yang realitas. Sampai di sini kerja ijtihad informal telah rampung. Sedangkan kristalisasi hasil ijtihad menjadi *ijma'* (konsensus masyarakat) dan kebijakan *taqnin* (penetapan hukum Islam menjadi undang-

¹⁰¹ *Ibid.*, hal. 105.

undang) merupakan upaya sosialisasi hasil ijtihad, dan bukan ijtihad itu sendiri.

Pengembangan hukum kewarisan Islam disisi lain seperti dijelaskan dari aspek-aspek tersebut di atas, juga tidak dapat dilepaskan dari aspek “pendekatan kritis”. Peran kaum hawa sekarang sudah sangat jauh berbeda dengan apa yang telah dialami oleh masyarakat Arab pada waktu turunnya al-Qur’an, yakni dominasi kaum laki-laki sementara kaum perempuan hamper dapat dikatakan tidak memainkan peran dalam keluarga apalagi publik, sama sekali tidak.

Perlu perumusan ulang dalam hukum waris Islam, dengan paradigma kritis, yaitu dengan “teori penyelesaian masalah hukum” dan “analisis menuju perubahan”, seperti yang disampaikan Harun Nasution, Muhammad ‘Abduh, Ahmad Khan, Munawir Syazali, Nurcholis Madjid dan Ibrahim Hosen.¹⁰² Harun Nasution memperkenalkan teori pembagian ajaran Islam dalam dua kelompok besar, yaitu (1) ajaran dasar yang sifatnya tetap, tidak dapat diubah atau berubah, universal, mutlak dan lazim disebut *qath’i* (pasti), ajaran ini mencakup *qath’i al-wurut* (pasti sumbernya, yakni lafaz ayat Qur’an dan Hadis *mutawatir*), *Qath’i al-dalalah* (pasti maknanya, yakni lafaz yang satu arti dan bilangan), dan *qath’i al-tanfidz* (pasti pelaksanaannya sehingga ada dosa bila ditinggalkan), dan (2) ajaran non dasar, yang sifatnya tidak tetap, dapat diubah, lokal, nisbi dan lazim disebut *zhanni*. Ajaran ini mencakup *zhanni al-wurud* (diduga sumbernya, yakni lafaz Hadis *ahad*, *ijma’*, *ijtihad*), *zhanni al-dalalah* (diduga maknanya, yakni lafaz yang lebih satu artinya), dan *zhanni tanfidz* (diduga pelaksanaannya, yakni ajaran pilihan yang tidak ada dosa bila ditinggalkan).¹⁰³

Muhammad ‘Abduh mengedepankan penggunaan akal

¹⁰²Jalaluddin Rahman, *op. cit.*, hal. 85-86.

¹⁰³ Harun Nasution, *Pembaharuan dalam Islam, Sejarah Pemikiran dan Gerakan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1983), hal. 34.

dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an karena keduanya tidak bisa saling bertentangan. Keduanya merupakan anugerah Tuhan yang diberikan kepada manusia. Bila terjadi pertentangan (penolakan) akal terhadap *zhahir* (harfiah) ayat misalnya, maka akal pikiran harus dikedepankan. Caranya adalah bahwa ayat tersebut harus *ditakwilkan* (dipalingkan makna harfiahnya kepada makna yang lebih rasional), sehingga dapat diterima oleh akal sehat. Memahami ayat secara metaforis sehingga akal leluasa memahaminya dengan baik.¹⁰⁴

Ahmad Khan memperkenalkan penggunaan hukum alam (*natural law, causality*) dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an. Pandangan ini merupakan konsekuensi logis baginya karena menganut paham *qadariyah* (kebebasan manusia memilih). Menurutnya, segala sesuatu yang terdapat di alam ini haruslah sesuai dan tunduk pada hukum alam, hukum sebab akibat, termasuk pemahaman ayat sehingga semuanya dapat sesuai dengan pengetahuan dan kemajuan baru yang dicapai manusia.¹⁰⁵

Munawir Syazali memperkenalkan reaktualisasi hukum Islam dengan menggunakan teori *nasakh* (penghapusan suatu hukum). Menurutnya bila suatu hukum lahir karena latar belakang tradisi lalu tradisi tersebut hilang, maka hukumnya juga dengan sendirinya terhapus oleh tradisi dan adat karena *al-'adah muhakkamah* (tradisi bisa menjadi dasar hukum). Selain itu, ia juga mengedepankan bahwa setiap hukum Islam pasti menghendaki kemaslahatan. Kemaslahatan yang didasarkan pada rumusan akal lebih dapat didahulukan daripada arti *lahir nash* dan bisa merupakan *dalil syar'i* yang mandiri sekaligus bisa

¹⁰⁴ Muhammad 'Abduh, Thahir al-Tanawi (ed), *Al-Islam Din al-'Ilm wal Madaniah*, (Kairo:Al-Ta'rif bil Islam, 1964), hal. 68.

¹⁰⁵ Bustami M. Said, *Mafhum Tajdid al-Din*, (Kuwayt: Dar al-Dakwah, 1984), hal. 124.

menjadi landasan (*hujjah*), terutama soal *mu'amalat*.¹⁰⁶

Nurcholis Madjid memperkenalkan teori modernisasi dan rasionalisasi, khususnya dalam urusan kehidupan dunia. Umat Islam tidak boleh bersifat tradisional, menjaga *status quo*, tetapi senantiasa berusaha mengarah kepada tata cara berpikir *akliah* (*rasional*). Ia hendaknya menghadapi urusan kehidupannya dengan senantiasa terbuka untuk menggunakan penemuan ilmu terbaru. Urusan dunia harus benar-benar dihadapi menurut hukum dunia sehingga selalu ada perubahan. Manusia memiliki kebebasan sesuai dengan perannya sebagai khalifah. Dalam urusan dunia, tidak ada yang boleh *sakral*, tetapi semuanya harus didesakralisasi karena hanya Tuhanlah yang transenden, tetap dan suci. Inilah wujud tauhid yang sesungguhnya.¹⁰⁷

Ibrahim Hosen mengedepankan adanya dua pandangan dalam melihat sebuah ajaran, yakni *ta'abbudi* dan *ta'aqli* dan ada kesepadanan dengan *qath'i* dan *zhanni*. *Ta'abbudi* maksudnya adalah bahwa ajaran yang terdapat dalam *syari'at* harus dilaksanakan apa adanya, tetapi sebaliknya *ta'aqli* memberi kesempatan kepada akal untuk melakukan ijtihad sehingga bisa dilakukan perumusan ulang. Untuk yang kedua ini, *'illah al-hukm* atau *maqashid al-syari'ah* (tujuan *syari'at*) sangat diperhatikan dan akal sangat memegang peranan penting. Selain itu, iapun memperkenalkan istilah *qath'i bijami' al-ahwal* dan *biba'dh al-ahwal*. Teori terakhir ini dikaitkan dengan masalah pelaksanaan (*tathbiq*)nya. Menurutnya, *nash-nash* yang *qath'i maknanya* (pasti dan tidak dapat diubah lagi maknanya) masih harus dapat dilihat apakah pelaksanaannya berlakunya dalam segala kondisi (*jami' al-ahwal*) atau hanya berlaku dalam kondisi tertentu (*biba'dh al-ahwal*). Untuk yang pertama, tidak ada lagi ijtihad karena tergolong *syari'ah* sedang yang kedua masih

¹⁰⁶ Munawir Syadzali, *Reaktualisasi Ajaran Islam*, (Jakarta: Paramadinah, 1995), hal. 253-262).

¹⁰⁷ Nurchalis Madjid, *Islam Kemodernan dan Keindonesiaan*, (Bandung: Mizan, 1994), hal. 187.

diperlukan ijtihad dalam penerapannya karena ada pilihan atau *rukhshah* dan inilah yang disebut fikih.¹⁰⁸

Hal-hal inilah yang dipegang oleh kaum modernis bahwa perubahan pemahaman dan penerapan ajaran Islam dapat dilakukan karena terjadi perubahan situasi dan kondisi. Kalau Umar bin Khatthab yang hanya berselang dua tahun dengan Nabi sudah berani melakukan perubahan dan pembaharuan pemahaman, maka apalagi ketika jarak waktu antara Nabi dengan umatnya sudah mencapai 14 abad lamanya, terutama soal *mu'amalat* (urusan kehidupan umat), sudah pasti telah terjadi perubahan yang luar biasa sehingga diperlukan pembaharuan pemahaman (*tajdid al-fahmi*) dan ijtihad baru yang lebih sesuai dengan kebutuhan umat di zamannya. Para modernis memandang praktek Umar bin Khatthab sebagai contoh dalam pengembangan hukum Islam misalnya. Contoh ini lalu ditangkap substansinya, yakni perubahan kondisi membawa kepada perubahan hukum dan pelaksanaan ajaran Islam (al-Qur'an). Dari sini dapat diketahui, bahwa ajaran Islam dapat pula dilihat sebagai sebuah ajaran normatif atau sosiologis. Khusus mengenai pemahaman ayat, maka diperlukan peninjauan terhadap konteks atau tema pembicaraan beberapa ayat karena saling keterkaitan satu sama lain antar ayat.¹⁰⁹

Dalam konteks analisis menuju perubahan, bahwa hukum kewarisan Islam yang tercantum secara jelas dan tegas dalam al-Qur'an dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi, kebutuhan rasa keadilan, dan kemaslahatan yang diperlukan umat Islam, khususnya di Indonesia. Memang, al-Qur'an menyebutkan secara jelas adanya perbandingan yang lebih besar bagian laki-laki dibandingkan dengan perempuan. Misalnya Q.S. al-Nisa' ayat 11 dan 176, .. *li al-dzakar mitsl hazh al-*

¹⁰⁸ Ibrahim Hosein, "Beberapa Catatan Reaktualisasi Hukum Islam," dalam Munawi Syadzali, **Kontekstualisasi Ajaran Islam**, (Jakarta: Paramadina, 1995), hal. 273 - 277.

¹⁰⁹ Jalaluddin Rahman, *op. cit.*, hal. 87.

untsayayn .. (..bagian seorang laki-laki sama dengan dua orang perempuan). Jelas kedua ayat inilah boleh disebutkan sebagai induk dan prinsip utama dalam hukum *faraidh* yang menjadi acuan bagi para ahli hukum Islam ketika dilakukan pembagian waris. Bagi kebanyakan ulama, hukum ini sudah tidak bisa lagi diganggu gugat karena sudah tergolong *ayat muhkamat* (jelas penerapan hukumnya) atau *qath'i* (pasti hukumnya) sehingga tidak ada lagi kemungkinan untuk dilakukan ijtihad atau perubahan. Yang harus dilakukan adalah mengikuti apa adanya. Namun bila digunakan berbagai teori yang telah dipaparkan, maka hukum *faraidh* meski didasarkan pada ayat yang sedemikian statusnya masih sangat memiliki peluang untuk dilakukan penyesuaian, pembaharuan, dan perombakan ulang (rekonstruksi).

Dari analisis menuju perubahan dengan menggunakan teori-teori penyelesaian masalah hukum (kewarisan) Islam seperti yang diuraikan di atas sebagai berikut.¹¹⁰ Memang benar ayat tersebut tergolong ajaran dasar yang tidak dapat diubah, tetap dan sifatnya *qath'i*, demikian menurut Harun Nasution. Namun, sifat *keqath'i*-annya hanya mencakup dua hal, yakni dari segi lafaznya yang berasal dari Allah dan maknanya karena mengenai bilangan (matematis). Dari segi kedua tersebut, benar *qath'i* tidak dapat diubah, harus tetap dan sifatnya mutlak diterima apa adanya. Tak seorang ulamapun menurutnya dibenarkan lafaz al-Qur'an termasuk mengubah arti 2:1. Namun dalam segi pelaksanaan (*tanfidz*), maka ayat tersebut tergolong bukan dasar, tetapi non dasar *atau zhanni*. Disebut demikian karena pelaksanaan pembagian waris 2:1 hanyalah merupakan salah satu pilihan. Ketika sebuah keluarga sebagai ahli waris bersepakat untuk memilih jalan lain dengan landasan kesepakatan, rela bersama, dan pertimbangan kemaslahatan keluarga tersebut, mereka sama sekali tidak dipandang menyalahi atau menentang al-Qur'an. Malahan, keluarga tersebut

¹¹⁰ *Ibid.*, hal. 89-90.

sama sekali tidak mendapatkan dosa atas kesepakatan untuk memilih jalan lain.

Dalam pada itu, Muhammad 'Abduh memberi peluang besar untuk *menakwilkan* ayat seraya meninggalkan arti harfiyah ayat dan dengan demikian yang dipilih adalah makna metaforis. Dengan akal, 'Abduh meminta Umat Islam agar melakukan ijtihad untuk mencari sebuah penafsiran atau rumusan baru terhadap sebuah ayat al-Qur'an asalkan tidak terkait dengan ibadah. Akal sangat perlu memainkan peran besar dalam memberikan tafsiran yang tentunya lebih cocok dengan kondisi riil masyarakat Islam. Ini berarti bahwa dengan teori tersebut, seorang ulama masa kini dapat menggunakan akalanya agar dapat *mentakwilkan* ayat yang tergolong *qath'i* tersebut karena soal waris bukan soal ibadah, melainkan sebuah urusan mu'amalah, khususnya di bidang keluarga. Ayat ini *ditakwilkan* secara metaforis bahwa yang bisa ditangkap adalah pesan keadilan 2:1 yang tercantum secara *harfiyah* dalam ayat ditangkap pesan keadilan, itulah yang harus dijunjung tinggi dan dilaksanakan oleh umat Islam dalam membagi warisannya sebagai pengamalan terhadap al-Qur'an. Kini, pembagian yang tidak seimbang tersebut nyata-nyata sangat tidak dapat diterima oleh umat Islam di negeri ini sebagai sebuah aturan yang memenuhi rasa keadilan. Secara nyata, peran lelaki dan perempuan sudah sama dan tidak lagi persis sama dengan apa yang terjadi di saat turunnya ayat, yakni kaum perempuan boleh disebutkan tidak memainkan peran, baik dalam domestik apalagi dalam bidang publik.

Kalau Ahmad Khan memperkenalkan teori hukum alam (kausalitas) dalam memahami ayat-ayat, maka dengan mudah warisan 2:1 ini diubah sesuai dengan hukum kausalitas. Ketika kaum perempuan kurang mengambil peran domestik atau publik, maka bagian yang cocok baginya adalah separuh bagian lelaki. Namun ketika peran sudah meningkat dan tidak ada lagi perbedaan antara lelaki dan perempuan, maka bagian

perempuan haruslah berubah pula disebabkan adanya perubahan peran tersebut, demikian tuntutan hukum sebab akibat sebagai alat memahami al-Qur'an.

Munawir syazali jelas ingin melakukan reaktualisasi seraya mempertimbangkan unsur kondisi sosial, adat dan kemaslahatan. 2:1 jelas tidak lagi memenuhi unsur-unsur tersebut dan dapat diubah menjadi 1:1, yakni adanya pembagian sama tanpa dilihat jenis kelamin dan hukum inilah yang menjadi dasar hukum faraidh Islam. Dengan teori rasionalisasi, dan desakralisasi, maka hukum waris dapat dilakukan perubahan menjadi seimbang antara hak anak laki-laki dan perempuan. Soal waris adalah urusan dunia, hubungan antara para ahli waris. Hukum yang bersifat diskriminasi sudah saatnya dirasionalisasi, diselesaikan dengan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat Islam, dan tidak perlu disakralkan karena umat terkait dengan kebutuhan sebuah masyarakat. Kini, umat Islam sudah mengenal emansipasi dan terakhir kesetaraan gender dalam urusan domestik dan publik. Hal ini merupakan sebuah rumusan kecerdasan manusia dalam menjalani kehidupan duniawinya. Umat Islam haruslah secara rasional terbuka untuk menerima hal itu demi terciptanya sebuah kemaslahatan. Lagi pula ajaran persamaan sangatlah dijunjung tinggi oleh al-Qur'an yang merupakan salah satu yang direformasi oleh Islam sejak awal kedatangannya.

Teori Ibrahim Hosen yang menegaskan adanya pendekatan *ta'aqquli* seraya memperhatikan *maqashid al-syariah* sangat memberi peluang akal untuk merumuskan hukum Islam yang lebih sesuai dengan tuntutan zaman. Selain itu, beliau juga melihat bahwa tidak semua yang *qath'i* dengan sendirinya harus diperlakukan dalam segala hal. Inilah yang dimaksudnya dengan unsur pelaksanaan (*tathbiq*). Buktinya, pembagian waris yang didasarkan pada kesepakatan untuk membagi sama menunjukkan ayat 2:1 hanya *qath'i* dalam sebagian kondisi (*qath'i biba'dh al-ahwal*).

Dari sekian teori atau pemikiran yang dipakai sebagai pisau analisis dalam disertasi ini dengan melihat kasus posisi permasalahan hukum kewarisan yang diangkat, maka digunakan beberapa teori yang cocok. Secara umum teori yang digunakan adalah (1) teori penemuan dan pengembangan hukum, dan (2) teori pembinaan atau transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional. Adapun secara khusus, bahwa hukum kewarisan yang terdapat dalam buku II Kompilasi Hukum Islam yang bersumber pada al-Qur'an dan as-Sunnah merupakan hukum produk wahyu yang dipandang *qath'i* (pasti) samping *al-ra'yu* dalam tingkatan aplikasi (penerapan) di Pengadilan Agama bisa *dhanny*.

Untuk itu dalam melihat hal ini, digunakan kerangka teori, bahwa hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* pada tingkatan *tanfidz* (pelaksanaan) bisa *dhanny*, yaitu:

- (1) Teori pembagian ajaran Islam dalam dua kelompok besar, yaitu: ajaran dasar yang sifatnya tetap dan ajaran non dasar yang sifatnya tidak tetap dapat berubah.
- (2) Teori penggunaan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an dengan pemahaman *ta'wil*.
- (3) Teori penggunaan hukum alam (*natural law, causality*) hukum sebab akibat dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an sehingga semuanya dapat sesuai dengan pengetahuan dan kemajuan ilmu yang dicapai manusia.
- (4) Teori *nasakh* (penghapusan suatu hukum), yaitu bila suatu hukum lahir karena latar belakang tradisi lalu dan tradisi lalu hilang maka hukumnya dengan sendirinya hapus oleh tradisi tersebut. Di samping teori *maslahat* yang didasarkan pada rumusan akal lebih dapat didahulukan daripada arti lahir *nash* dan bisa merupakan dalil *syari'* yang mandiri sekaligus bisa jadi landasan (*hujjah*) terutama dalam soal *mu'amalah*.

- (5) Teori modernisasi dan rasionalisasi dalam urusan kehidupan dunia. Umat Islam tidak boleh bersifat tradisional, menjaga *status quo*, tapi senantiasa berusaha mengarah kepada tata cara pikir *akliah (rasional)* dengan senantiasa terbuka untuk menggunakan ilmu baru.
- (6) Teori *ta'abbudi* dan *ta'aquli (qath'i dan zhanni)*. Dalam ajaran yang terdapat dalam *ta'abbudi (syari'at)* harus dijalankan dengan apa adanya, tetapi sebaliknya dalam *ta'aquli* memberi kesempatan pada akal untuk melakukan ijtihad sehingga bisa dilakukan perumusan ulang, dan
- (7) Teori *mashlahat*, artinya kebaikan. Dalam teori ini dinyatakan, untuk mencapai tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*) dipertimbangkan segi positif (dan segi negatifnya). Dalam kaidah hukum Islam dinyatakan bahwa "hukum Islam itu mendatangkan kebaikan (positif) dan menolak keburukan (*Jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid*).

Dengan melihat beberapa teori di atas, memungkinkan keberadaan hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* pada tingkat pelaksanaan (*tanfidz*) bisa *dhanny* sesuai alasan yang digunakannya.

Di samping itu "teori keadilan" penting untuk dikemukakan dalam upaya kontribusi hakim Peradilan Agama dalam memberikan putusan yang menjunjung tinggi asas kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan. Dalam menjunjung asas kepastian hukum, fungsi Pengadilan Agama sebagai "institusi hukum", dan dalam upaya menjunjung asas keadilan dan kemanfaatan, fungsi Pengadilan Agama sebagai "institusi sosial" yang harus merespon perubahan dalam mengaplikasikan putusannya sehingga mencapai rasa keadilan dan kemanfaatan untuk mewujudkan *maqashid al-syari'ah*. Transformasi hukum kewarisan Islam ke dalam hukum nasional tidak dapat dilepaskan dari teori struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*), dan budaya hukum (*legal culture*)

dalam fungsi Pengadilan Agama sebagai wujud “institusi hukum” dan sebagai wujud “institusi sosial”.

1.8. Metode Penelitian

Sebelum dijelaskan tentang apa metode yang digunakan dalam penelitian ini, maka lebih dahulu akan dijelaskan kerangka konseptual, agar dapat diperoleh pemahaman dan persepsi yang sama tentang makna definisi konsep-konsep yang digunakan dalam judul tulisan ini, untuk itu disajikan penjelasan tentang beberapa konsep yang dapat digunakan sebagai pedoman operasional dalam melakukan penelitian ini. Berikut pengertian istilah dalam judul yang digunakan dalam penelitian ini.

1. Transformasi adalah perubahan rupa, bentuk (sifat dan sebagainya),¹¹¹ apabila berbentuk kata benda, berbeda dengan bentuk kata kerja misal “mentransformasikan” mempunyai makna mengubah rupa, bentuk (sifat, fungsi, dsb) dan mengalihkan. Adapun pengertian konsep tersebut yang digunakan sebagai pedoman operasional dalam penelitian ini adalah perubahan rupa, bentuk (sifat) atau mengalihkan hukum Islam (diubah, dialihkan dan sumbangkan) kepada hukum nasional, sehingga hukum Islam itu tidak saja milik orang Islam, tetapi hukum Islam itu milik nasional (Indonesia) akibatnya menjadi hukum nasional;
2. Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian agama Islam.¹¹² Yang dimaksud hukum Islam di sini adalah hukum Islam yang berlaku secara formal yuridis,

¹¹¹ Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Cet. Ketiga (Jakarta: Balai Pustaka, 1990), hal. 959.

¹¹² Muhammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, *op. cit.*, hal. 45.

artinya adalah (bagian) hukum Islam yang mengatur hubungan manusia dengan manusia lain dan benda dalam masyarakat, bagian hukum Islam ini menjadi hukum positif berdasarkan atau harus ditunjuk oleh perundang-undangan.¹¹³ Lebih jelasnya kajian dalam penelitian ini adalah Hukum Kewarisan dalam Bab II Kompilasi Hukum Islam ((KHI) yang dikembangkan melalui putusan hakim Peradilan Agama;

3. Hukum nasional adalah peraturan yang dibuat oleh pemerintah (eksekutif) bersama-sama dengan badan legislatif yang berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (negara);
4. Ijtihad adalah usaha penyelidikan tentang sesuatu hal atau penerangan segala tenaga dan pikiran untuk menyelidiki dan menggali hukum-hukum yang terkandung dalam al-Qur'an dan as-Sunnah (*istinbati*) maupun mengerahkan segala tenaga dan pikiran dalam memutuskan atau menemukan hukumnya sesuatu hal (perkara atau kasus hukum) yang disebut *ijtihad Tatbiqi*;
5. Hakim adalah orang yang mengadili perkara di pengadilan (*mahkamah*). Ijtihad hakim adalah penerangan segala tenaga dan pikiran untuk menyelidiki dan menggali hukum atau mengerahkan segala tenaga dan pikiran untuk menemukan hukum atau memutuskan sesuatu perkara atau mengadili terhadap perkara yang diajukan kepadanya;
6. Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam.¹¹⁴ Di samping itu, Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan bagi pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu. Wewenang Peradilan Agama adalah kekuasaan absolut

¹¹³ *Ibid.*, hal. 5-6.

¹¹⁴ Lihat Pasal 1 ayat (2) UU. RI. No. 7 tahun 1989.

Peradilan Agama dalam memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat dan hibah, yang dilakukan berdasarkan hukum Islam, (c) wakaf dan shadaqah.¹¹⁵ Wewenang tersebut diperluas, yaitu tentang sengketa ekonomi syariah;

7. Pengembangan adalah proses, atau cara pembuatan mengembangkan teks undang-undang (dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 tahun 1991) melalui putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama dengan cara (metode) dipelajari, dikaji dan ditarik kaidah-kaidah atau prinsip-hukum dari padanya;
8. Hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak kepemilikan harta peninggalan (*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing.¹¹⁶;
9. Kontribusi mempunyai pengertian yang lain yaitu sumbangan. Dalam hal ini, adalah kontribusi atau sumbangan hukum Islam terhadap hukum nasional, artinya adalah apa yang dapat disumbangkan hukum Islam (dalam hal ini pengembangan *teks* hukum kewarisan Islam yang terdapat dalam bab II Kompilasi Hukum Islam) terhadap hukum nasional.

Metode yang digunakan dalam proses penelitian ini adalah sebagai berikut.

1. Pendekatan dan Paradigma Studi

Untuk lebih dapat memahami ketentuan dalam hukum

¹¹⁵ Lihat Pasal 49 UU. RI. No. 7 Tahun 1989.

¹¹⁶ Lihat Pasal 171 huruf (a) Kompilasi Hukum Islam (KHI), Inpres RI No. 1 Tahun 1991.

Islam mengenai hukum kewarisan dengan mempelajari teks al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam kerangka pemikiran "paradigma konstruktivisme", maka pendekatan yang dipakai adalah normatif, dengan epistemologi "ta'wil" dan "tafsir". Penerapan ta'wil adalah memalingkan arti hakiki ke arti majazi. Adapun penerapan tafsir adalah memahami hakekat makna kata dari segi bahasa. Di samping perlu adanya pendekatan hermeneutik yang secara umum biasanya dipakai untuk menjembatani jurang antara masa lalu dengan masa kini. Pendekatan hermeneutik tidak sekedar digunakan untuk memahami teks-teks dalam al-Qur'an maupun Hadis, tetapi juga kajian-kajian dalam kitab fikih yang memuat pendapat ulama terdahulu dalam memahami hukum kewarisan Islam. Disamping itu, juga untuk memahami struktur kehidupan masyarakat dalam keseluruhannya, termasuk sikap dan perilaku dalam mendesain model-model penyelesaian sengketa yang dianggap cocok dalam kaitan dengan pemaknaan,¹¹⁷ hukum kewarisan Islam. Pendekatan hermeneutik ini dengan strategi metodologisnya mengajak para pengkaji hukum untuk juga menggali dan meneliti makna-makna hukum dari perspektif para pengguna dan / atau pencari keadilan.¹¹⁸

Disamping itu, digunakan juga dalam penelitian ini pendekatan Kritis, pendekatan ini dipakai dalam memahami hukum waris yang tercantum secara jelas dan tegas dalam al-Qur'an, as-Sunnah, Kompilasi Hukum Islam (KHI), maupun dalam fikih-fikih yang dapat dilakukan perubahan-perubahan sesuai dengan kondisi, kebutuhan rasa keadilan dan kemaslahatan yang diperlukan umat Islam, khususnya di

¹¹⁷ Mahmutarom HR, *Rekonstruksi Konsep Keadilan dalam Sistem Hukum Nasional dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia, Disertasi*, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2004), hal. 32

¹¹⁸ Soetandyo Wignyosoebroto, *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, (Jakarta: Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat, 2002), 104-105.

Indonesia. Hukum *faraidh* meski didasarkan pada ayat yang sedemikian, masih sangat memiliki peluang untuk dilakukan penyesuaian, pembaruan, dan perombakan ulang (rekonstruksi), dengan mempertimbangkan beberapa teori penyelesaian masalah hukum kewarisan Islam. Teori tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut, yaitu: teori pembagian ajaran Islam, yaitu ajaran dasar dan ajaran non dasar, teori penggunaan akal dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an dengan penafsiran dan *takwil*, teori penggunaan hukum alam (*natural law, causality*) dalam memahami ayat-ayat al-Qur'an, teori *nasakh* (penghapusan suatu hukum) bila suatu hukum lahir karena latarbelakang tradisi lalu tradisi tersebut hilang, maka hukumnya juga dengan sendirinya terhapus oleh tradisi itu, *teori ta'abbudi* dan *ta'aquli*. Dari teori penyelesaian masalah hukum kewarisan Islam di atas tidak dapat dipisahkan juga dari studi hukum yang berdimensi sosiologis dan filsafati (untuk lebih jelasnya dapat dilihat pada ragaan 4 dan 5).

2. Obyek Penelitian

Obyek penelitian ini ditetapkan melalui yurisprudensi (putusan) Mahkamah Agung Republik Indonesia, sebagai puncak pencari keadilan dalam upaya kasasi, sehingga diharapkan banyak temuan yang didapat dengan tersedianya kasus yang cukup memadai dalam jumlah, kualitas dan keragamannya. Mahkamah Agung mempunyai dua fungsi, yaitu fungsi menurut hukum dan fungsi menurut undang-undang.¹¹⁹ Fungsi Mahkamah Agung menurut hukum adalah fungsi Mahkamah Agung dalam kaitannya sebagai puncak peradilan, yaitu fungsi rekayasa hukum atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum. Adapun fungsi Mahkamah Agung menurut undang-

¹¹⁹ Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 111.

undang adalah menjaga kesatuan hukum yang berlaku, dan wewenang melakukan pengawasan atas jalannya peradilan yang baik. Walaupun hakim di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama ataupun di Mahkamah Agung dibekali buku pedoman khusus seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI) belum tentu buku pedoman khusus itu dapat menjawab dan menyelesaikan semua perkara yang diajukan kepadanya karena masyarakat selalu berkembang sesuai perkembangan zaman yang melahirkan permasalahan hukum yang kompleks dibanding pada waktu undang-undang itu dibuat.

Dalam menjalankan fungsi rekayasa dalam bentuk pengembangan atau sarana pembaharuan dan pembangunan hukum Islam yang menjadi wewenang Peradilan Agama yang dilakukan mahkamah Agung, ini dapat diharapkan akan memudahkan peneliti dalam mengerti dan memahami model-model konstruksi hukum dan keadilan yang diharapkan masyarakat melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai sarana untuk merekonstruksi konsep hukum kewarisan dalam sistem hukum nasional mendatang. Peradilan Agama disamping sebagai institusi hukum, berfungsi menegakkan hukum dan keadilan yang berdimensi yuridis dan filosofis dengan melakukan *ijtihad istinbathi*, Peradilan Agama juga sebagai institusi sosial berfungsi mengakomodasi perkembangan masyarakat berdimensi sosiologis dengan melakukan *ijtihad tatbiqi* yang akhirnya fungsi Peradilan agama di atas dapat merekonstruksi hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam.

3. Sumber dan Teknik Pengumpulan Data

Sumber utama (primer) dari penelitian ini adalah putusan hakim agama tentang hukum kewarisan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap lebih-lebih yang menjadi yurisprudensi, yaitu putusan Mahkamah Agung tentang hukum

kewarisan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap dan putusan itu telah diikuti peradilan dibawahnya. Hakim Peradilan Agama di Mahkamah Agung dituntut untuk melakukan ijtihad dalam bentuk kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukum Islam yang sudah tersedia seperti Kompilasi Hukum Islam (KHI). Usaha pengembangan hukum dalam undang-undang disebut dengan "*takhrijul ahkam 'ala nashshil qanun*", yakni pengembangan hukum dengan berdasarkan teks undang-undang.¹²⁰ Prinsip ini sesuai aturan Undang-undang RI No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, yang diperbaharui menjadi Undang-undang No. 5 tahun 2004 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung dinyatakan: "Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup di atur dalam undang-undang". Untuk itu, hakim Peradilan Agama mempunyai ruang gerak untuk menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum yang cocok dengan suatu perkara yang tidak diatur dalam kompilasi Hukum Islam (KHI). Upaya ijtihad yang dilakukan hakim agama di Mahkamah Agung dalam menghadapi dan menjawab perkara yang diajukan kepadanya menyangkut persoalan *ijtihad istinbati* (ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya) dan menyangkut *ijtihad tatbiqi* (ijtihad dalam penerapan hukum).¹²¹

Sedangkan sumber data bahan sekunder diperoleh dari para pemegang peran, yaitu para penyelenggara penegak hukum Islam di Peradilan Agama, khususnya para hakim agama baik yang bertugas di Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama, maupun di Mahkamah Agung.

Mengingat tipe penelitian ini adalah normatif, teknik pengumpulan data dilakukan melalui studi pustaka, studi

¹²⁰ Satria Effendi M. Zein, " Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," *op. cit.*, hal. 48.

¹²¹ *Ibid.*, hal. 42.

dokumen dan wawancara. Langkah pertama dilakukan telaah pustaka untuk lebih memahami konsep hukum kewarisan Islam, baik dari al-Qur'an, as-Sunnah, pendapat para ahli hukum Islam dalam berbagai kitab fikih yang disebut *faraidh*, perundang-undangan Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam (KHI), putusan-putusan Pengadilan Agama, putusan-putusan Pengadilan Tinggi Agama, serta putusan-putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung yang ada hubungan dengan penelitian ini, kemudian ditindaklanjuti dengan studi dokumen berupa mengkaji putusan-putusan (yurisprudensi) tentang hukum kewarisan Islam yang merupakan pengembangan teks dari Kompilasi Hukum Islam (KHI), Selanjutnya dilakukan wawancara yang dalam hal ini menggunakan pedoman wawancara (*interview guide*) yang memuat aspek-aspek penelitian secara rinci.

4. Instrumen Penelitian

Peneliti sebagai instrument utama dalam hal ini didukung oleh dokumen yang berupa putusan-putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung tentang hukum kewarisan Islam yang merupakan pengembangan teks Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dari dokumen yang berupa putusan (yurisprudensi) itu, dapat dikaji tentang pertimbangan hakim dalam memutus perkara yang berkaitan dengan hukum kewarisan. Dari pertimbangan hakim tersebut dapat diketahui wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Instrumen lain berupa peran dari hakim Peradilan Agama untuk melakukan metode ijtihad dalam memutus dan mengembangkan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Dari sini, dapat diketahui peran ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia. Kemudian secara kualitatif dari dokumen putusan

(yurisprudensi) itu dapat diambil nilai, asas, prinsip dan kaidah hukum yang dapat ditransformasikan dan dikonstruksikan terhadap hukum nasional.

5. Analisis Data

Dalam upaya mensistematisasi dan mengkonstruksi data dalam bingkai analisis, data primer maupun sekunder yang telah terkumpul dianalisis dengan menggunakan analisis kualitatif. Penelitian ini, berdasarkan sifatnya merupakan penelitian kualitatif yang menggunakan pendekatan “yuridis normatif” disebut juga penelitian hukum “*doktrinal*” sedangkan analisis yang dilakukan berupa analisis normatif kualitatif.¹²² Disamping itu tipe penelitian hukum yang dapat dikategorikan sebagai penelitian hukum yang normatif yaitu, penelitian berupa usaha menemukan asas-asas dan dasar falsafah (doktrin) hukum positif serta penelitian berupa usaha-usaha penemuan hukum *in concreto* yang sesuai untuk diterapkan guna menyelesaikan suatu perkara hukum tertentu.¹²³

Penelitian hukum yang doktrinal ini dilakukan secara analisis induktif, prosesnya dimulai dari premis-premis yang berupa hukum positif yang diketahui dan berakhir pada penemuan asas-asas hukum dan selanjutnya doktrin-doktrin. Penelitian hukum untuk menemukan hukum bagi suatu perkara *in concreto*, dalam penelitian hukum jenis ini norma hukum *in abstracto* diperlukan untuk berfungsi sebagai premis mayor, sedangkan fakta-fakta yang relevan dalam perkara (*legal facts*) dipakai sebagai premis minor. Melalui proses *sillogisme* akan diperoleh sebuah *conclusio* (kesimpulan) berupa hukum positif *in concreto* yang dicari.¹²⁴

¹²² Ronny Hanityo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982), hal. 9.

¹²³ *Ibid.*, hal. 10.

¹²⁴ *Ibid.*, hal. 12-13.

Pengolahan dan analisis data, baik data bahan-bahan hukum primer, data bahan-bahan hukum sekunder yang diperoleh dari hasil penelitian kepustakaan, penelitian dokumen (putusan) dan hasil wawancara meliputi data yang bersifat kualitatif. Sesuai dengan sifat data, analisis dilakukan secara kualitatif. Sesuai dengan pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini ialah pendekatan normatif terhadap putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung dalam perkara kewarisan, pada akhirnya dapat ditemukan prinsip (kaidah) hukum yang terdapat dalam putusan Mahkamah Agung tentang perkembangan hukum kewarisan yang terdapat dalam putusan itu dibandingkan dengan hukum kewarisan yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).



KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA SERTA HUKUM KEWARISAN DALAM ISLAM

Kata kunci penelitian dalam disertasi ini adalah ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan kontribusinya terhadap hukum nasional dengan tema umumnya yaitu: "Transformasi Hukum Islam ke dalam hukum Nasional". Dari tema di atas perlu diangkat kajian pustaka yang menyangkut variabel-variabel Kompilasi Hukum Islam (KHI), Ijtihad Hakim Peradilan Agama, serta Hukum Kewarisan dalam Islam sebagai berikut.

2.1. Kompilasi Hukum Islam (KHI) di Indonesia

2.1.1. Transformasi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Sistem Hukum Nasional

Kehadiran Kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui Inpres No. 1 tahun 1991 dalam sistem hukum nasional tidak dapat dilepaskan dari keadaan isi tata hukum nasional (sistem hukum

nasional), yaitu:¹²⁵

- (1) hukum produk legislasi kolonial,
- (2) hukum adat,
- (3) hukum Islam, dan
- (4) hukum produk legislasi nasional.

Keempat kelompok hukum di atas adalah terjemahan dari aspirasi normatif dan kebutuhan hukum yang akhirnya terformulasi secara fenomenologis dengan istilah hukum positif. Oleh karena itu hukum dalam angka (1) dan (4) di atas dapat dikategorikan menjadi produk “*man made law*” di mana manusia dipandang kapabel untuk membuat hukum memenuhi kebutuhan normatifnya. Jika hukum berusaha mengangkat kebutuhan normatif masyarakat ke dalam sistem formal, maka dapat berarti teori hukum memberi peluang terambilnya kebutuhan yang sama dari ajaran agama Islam, karena ia bukan saja memiliki teoritis tetapi juga lebih dari sebuah sejarah hukum, yang dalam Negara Republik Indonesia berdasarkan Pancasila ditemukan bukti bahwa teori hukum telah membenarkan peracikan suatu substansi hukum dengan ragam bahan baku dalam pembentukan hukum nasional.

Pada tanggal 29 desember 1989 pemerintah mengundangkan berlakunya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 (LN 1989 No. 49) tentang Peradilan Agama Jo. Undang-undang No. 3 tahun 2006. Undang-undang di atas adalah mengatur tentang hukum formal yang dipakai di lingkungan Peradilan Agama. Hukum formal secara teori adalah untuk “mengabdikan” kepada hukum materiil.¹²⁶ Akan tetapi sebagaimana diketahui

¹²⁵ Abdul Gani Abdullah, “Kehadiran Kompilasi Hukum Islam dalam Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Teoritis,” dalam *Mimbar Hukum No. 7 thn. III 1992*, hal. 1.

¹²⁶ Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 2 (Jakarta: CV. Akademika Pressindo, 1995), hal. 49.

sampai saat itu, hukum materil mana yang akan dipergunakan bagi Peradilan Agama belum ada kepastian hukumnya karena hukum yang dipakai di Peradilan Agama sebagai rujukan para hakim agama adalah kitab-kitab fikih yang puluhan jumlahnya dan ditulis para ahli hukum Islam ratusan tahun yang lalu bukan di Indonesia. Akibatnya, dapat terjadi dua kasus yang serupa ditangani dua hakim yang berbeda yang mempergunakan kitab rujukan yang tidak sama, mendapatkan putusan yang sangat berlainan. Juga tidak jarang bahwa putusan-putusan tersebut tidak mencerminkan semangat keadilan yang sesuai dengan tata nilai masyarakat Indonesia.¹²⁷

Untuk memperoleh gambaran yang lebih jelas tentang Kompilasi Hukum Islam, secara berurutan sedapat mungkin akan dijelaskan hal-hal yang menyangkut pengertian, latar belakang penyusunan, proses penyusunan, landasan dan kedudukan, serta isi Kompilasi Hukum Islam itu berikut ini.

Pengertian “Kompilasi” apabila ditinjau bahasa dari perkataan “*compiler*” (diambil dari perkataan latin) yang mempunyai arti pengumpulan bersama sama-sama, sepeerti msalnya mengumpulkan peraturan yang tersebar di mana-mana. Istilah ini kemudian dikembangkan menjadi “*compilation*” dalam bahasa Inggris atau “*compilatie*” dalam bahasa Belanda.¹²⁸

Kompilasi Hukum Islam yang ditetapkan pada tahun 1991 itu tidak secara tegas menyebutkan bagaimana pengertian kompilasi ukum Islam itu. Akan tetapi, dilihat dari rencana kegiatan yang bersangkutan yaitu untuk menghimpun bahan-bahan hukum yang diperlukan sebagai pedoman dalam bidang hukum mareriil bagi para hakim di lingkungan Peradilan Agama. Bahan-bahan dimaksud diangkat dari berbagai kitab yang bisa

¹²⁷ Munawir Sjadali, “Makna Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam Bagi Pembangunan Hukum Islam di Indonesia,” dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 9.

¹²⁸ Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 10.

dipergunakan sebagai sumber pengambilan dalam penetapan hukum yang dilakukan oleh para hakim Pengadilan Agama dan bahan-bahan lainnya yang berhubungan dengan itu.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa yang diartikan dengan Kompilasi dalam pengertian Kompilasi Hukum Islam ini adalah merupakan rangkuman dari berbagai pendapat hukum yang diambil dari berbagai kitab yang ditulis oleh *ulama fikih* yang bisa dipergunakan sebagai referensi pada Pengadilan Agama untuk diolah dan dikembangkan serta dihimpun ke dalam suatu himpunan. Himpunan itulah yang disebut *kompilasi*.¹²⁹ Materi atau bahan-bahan hukum dimaksud telah diolah melalui proses dan metode tertentu, kemudian dirumuskan dalam bentuk yang serupa dengan peraturan perundang-undangan. Bahan ini kemudian ditetapkan berlakunya melalui Keputusan Presiden yang untuk selanjutnya dapat digunakan oleh hakim Pengadilan Agama dalam memeriksa, mengadili dan memutuskan suatu perkara yang diajukan kepadanya sebagai pedoman.

Latar belakang penyusunan Kompilasi Hukum Islam dapat dijelaskan seperti di bawah ini. Kebutuhan adanya kompilasi Hukum Islam di Indonesia sebagai upaya memperoleh kesatuan hukum dalam memeriksa dan memutus perkara oleh para hakim di lingkungan Peradilan Agama sudah lama dirasakan, terbukti Departemen Agama pada waktu itu mengeluarkan Surat Edaran No. B/1/735 tanggal 18 Pebruari 1958 yang menganjurkan penggunaan 13 (tiga belas) macam kitab fikih sebagai pedoman.¹³⁰ Bahkan sejak adanya Peradilan Agama di Indonesia, keperluan adanya Kompilasi Hukum Islam sudah dirasakan.

¹²⁹ *Ibid.*, hal. 14.

¹³⁰ Zarkowi Soejoeti, " Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia," dalam Moh. Mahfud dkk. (ed), *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993), hal. 45.

Berdasarkan kenyataan tersebut, sejarah penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia sebagai usaha ke arah terciptanya kesatuan hukum dalam bentuk tertulis terus dilakukan, bahkan berkembang terus sejalan dengan perkembangan Badan Peradilan Agama itu sendiri. Dengan diundangkannya Undang-undang No. 7 tahun 1989, diperlukan adanya Kompilasi Hukum Islam dipenuhi dengan dikeluarkannya Instruksi Presiden Tahun 1991, yang kemudian ditindak lanjuti dengan Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Inspres No. 1 tahun 1991 mengenai Penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam.

Dalam penyusunan Kompilasi Hukum itu melalui proses yang panjang, dan terakhir pada tahun 1985, yaitu terbentuknya kerjasama antara Ketua Mahkamah Agung dengan Departemen Agama yang membuat Surat Keputusan Bersama tanggal 21 Maret 1985 No. 07/KMA/1985 dan No. 25 tahun 1985 tentang Penunjukan Pelaksanaan Proyek Pembangunan Hukum Islam melalui *yurisprudensi* atau yang lebih terkenal sebagai proyek Kompilasi Hukum Islam, dikemukakan ada dua pertimbangan mengapa proyek ini diadakan, yaitu sebagai berikut:¹³¹

- (a) Bahwa sesuai dengan fungsi pengaturan Mahkamah Agung Republik Indonesia terhadap jalannya peradilan di semua lingkungan peradilan di Indonesia, khususnya di lingkungan Peradilan agama, perlu mengadakan Kompilasi Hukum Islam yang selama ini menjadikan hukum positif di Pengadilan Agama, dan
- (b) bahwa guna mencapai maksud tersebut, demi meningkatkan kelancaran pelaksanaan tugas, sinkronisasi dan tertib administrasi dalam proyek pembangunan hukum Islam melalui *yurisprudensi* dipandang perlu membentuk tim proyek yang susunannya terdiri dari pejabat Mahkamah Agung dan Departemen Agama republik Indonesia.

¹³¹ Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 15.

Selama pembinaan teknis yustisial Peradilan Agama oleh Mahkamah Agung, dirasakan adanya beberapa kelemahan dalam penyelenggaraan Peradilan Agama, antara lain mengenai hukum Islam yang ditetapkan cenderung simpang-siur disebabkan oleh perbedaan pendapat ulama dalam banyak persoalan. Untuk mengatasi hal ini, diperlukan adanya suatu bentuk hukum yang menghimpun semua hukum terapan yang berlaku bagi lingkungan Peradilan Agama. Buku ini menjadi pedoman bagi para hakim dalam melaksanakan tugasnya sehingga terjamin adanya kesatuan dan kepastian hukum.

Di samping rapat-rapat gabungan Mahkamah Agung dan Departemen Agama bekesimpulan bahwa kesempurnaan pembinaan Badan Peradilan Agama beserta aparatnya hanya akan dapat dicapai antara lain dengan (a) memberikan dasar formal kepastian hukum di bidang hukum acara dan dalam susunan kekuasaan Peradilan Agama dan kepastian hukum (*legal security*) di bidang hukum materiil, dan (b) demi terciptanya *legal security* bagi para hakim, bagi para justisiabelen (orang awam pencari keadilan) maupun bagi masyarakat Islam sendiri perlu aturan-aturan hukum Islam yang tersebar itu dihimpun atau dikompilasi dalam buku hukum.¹³²

Keperluan akan terwujudnya satu buku hukum seperti itu yang berisi hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan, baik oleh aparat penegak hukum maupun oleh masyarakat merupakan salah satu gagasan dasar bagi perlunya disusun Kompilasi Hukum Islam. Gagasan dasar lainnya adalah persepsi yang tidak seragam tentang syari'ah yang menimbulkan (1) ketidakseragaman dalam menentukan apa-apa yang disebut dalam syari'ah itu, (2) tidak mendapat kejelasan bagaimana menjalankan *syari'at* itu, dan (3) akibat jauhnya adalah tidak mampu menggunakan jalan-jalan dan alat-alat yang telah

¹³² Abdul Chalim Mohammad, " Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam sebagai Pranata Hukum Nasional," dalam *Pesantren No. 2 / Vol. VII / 1990*, hal. 36.

tersedia dalam UUD 1945 dan perundang-undangan lainnya.¹³³

Untuk itu, perlu penjelasan yang lebih dalam bahwa syari'ah adalah metode atau cara menjalankan *ad-din*. Syari'ah dapat juga disebut program implementasi dari *ad-din*. Jadi, kalau *ad-din* hanya satu dan seragam, program pelaksanaannya berbeda-beda sepanjang sejarah kemanusiaan.¹³⁴ Ketidakseragaman dalam menentukan apa yang disebut hukum Islam itu, dapat dilihat ciri-ciri hukum Islam, yang mempunyai dua istilah kunci, yakni syari'ah dan fikih. Syari'ah terdiri dari wahyu Allah dan Sunnah Nabi Muhammad dan fikih adalah pemahaman dari hasil pemahaman manusia tentang syari'ah.¹³⁵ Bila ditinjau dari proses terbentuknya hukum, ahli *ushul fikih* membuat batasan, bahwa syari'ah ialah "*al-nushush al-muqaddasah*" dalam al-Qur'an dan as-Sunnah *al-mutawatirah*. Syari'ah adalah ajaran Islam yang sama sekali tidak dicampuri oleh daya nalar manusia, adapun fikih adalah pemahaman atau apa yang dipahami dari *al-nushush al-muqaddasah* itu.¹³⁶

Apabila diteliti lebih lanjut ternyata pembentukan Kompilasi Hukum Islam ini mempunyai kaitan yang erat sekali dengan kondisi hukum Islam di Indonesia selama ini, seperti yang dijelaskan di atas mengenai belum adanya suatu pengertian yang disepakati tentang persepsi hukum Islam di Indonesia. Hal ini yang tidak kalah ruwetnya menurut Bustanul Arifin ialah dasar keputusan Peradilan Agama adalah kitab-kitab fikih.¹³⁷ Ini membuka peluang bagi terjadinya pembangkangan atau setidaknya keluhan, ketika pihak yang kalah berperkara mempertanyakan pemakaian kitab atau pendapat yang memang

¹³³ zarkowi Soejoeti, *op. cit.*, hal. 50.

¹³⁴ Bustanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hal. 24.

¹³⁵ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam*, *op. cit.*, hal. 52.

¹³⁶ Satria Efendi M. Zein, *Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam*, *op. cit.*, hal. 2.

¹³⁷ Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 23.

tidak mengunggulkannya itu, seraya menunjuk kitab atau pendapat yang menawarkan penyelesaian yang berbeda. Bahkan di antara ke-13 (tiga belas) kitab pegangan itu adalah jarang menjadi rujukan dan sering terjadi para hakim berselisih sesama mereka tentang pemilihan kitab rujukan.

Di samping itu, perlu diketahui bahwa ke-13 (tiga belas) kitab fikih yang dibuat pedoman oleh hakim Pengadilan Agama itu atau secara umum yang disebut hukum Islam, menurut pendapat Satria Efendi M. Zein ialah, bahwa hukum Islam, baik di Indonesia maupun di dunia Islam pada umumnya, sampai hari ini adalah hukum fikih hasil penafsiran pada abad kedua atau beberapa abad berikutnya.¹³⁸ Kajian pada umumnya banyak dipusatkan pada masalah-masalah ibadah dan *al-ahwal syakhsiyah*. Kajian tidak banyak diarahkan pada *fikih mu'amalat* umpamanya menyangkut perekonomian dalam Islam. Hal itu kelihatannya membuat hukum Islam kaku berhadapan dengan masalah-masalah kekinian. Masalah yang dihadapi bukan saja berupa perubahan struktur sosial, melainkan juga perubahan kebutuhan dalam berbagai bentuknya. Banyak masalah baru yang belum ada padanannya pada masa Rasulullah dan pada masa para *mujtahid* pada masa madzhab-madzhab terbentuk. Berpegang erat saja kepada penafsiran-penafsiran lama tidak cukup menghadapi perubahan sosial di abad kemajuan ini, penafsiran-penafsiran hendaknya diperbaharui sesuai dengan kondisi dan situasi masa kini, untuk itu ijtihad perlu digalakkan kembali.

Menurut M. Yahya Harahap yang dikutip Abdurrahman mengatakan bahwa praktik penerapan hukum yang semata-mata mendasarkan penemuan dan pengambilan hukum dari sumber-sumber kitab, benar-benar tidak dapat dipertahankan karena bertentangan dengan asas "putusan pengadilan harus

¹³⁸ Satria Efendi m. Zein, Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam, *op. cit.*, hal. 10.

berdasarkan hukum”.¹³⁹ Orang tidak boleh diadili berdasarkan buku atau pendapat ahli atau ulama manapun. Umat Islam Indonesia belum memiliki ujud hukum Islam secara kongkret dan positif. Yang dimiliki baru berupa “*abstraksi*” hukum yang substansinya terdapat dalam al-Qur’an dalam bentuk “*wahyu matluw*” dan *Sunnah* dalam bentuk *wahyu “ghairu matluw*”. Substansi hukum yang abstrak tadi, memang ada yang telah disusun dalam kitab-kitab fikih para *mujtahid*, sesuai dengan *ra’yu* dan suasana waktu serta lingkungan tempat kitab itu ditulis.

Bilamana kita menganggap usaha penyusunan Kompilasi Hukum Islam adalah merupakan bagian dari upaya kita dalam rangka mencari pola fikih yang bersifat khas Indonesia atau fikih yang bersifat kontekstual, proses itu telah berlangsung lama sekali sejalan dengan perkembangan hukum Islam di Indonesia atau paling tidak sejalan dengan kemunculan ide-ide pembaharuan dalam pemikiran hukum Islam Indonesia seperti yang dipelopori oleh Prof. Hazairin, Prof. Hasbi Ash-Shiddiqi dan sebagainya. Akan tetapi, dilihat secara lebih sempit lagi merupakan satu rangkaian proses yang berlangsung sejak tahun 1985.¹⁴⁰

Keterangan di atas merupakan dorongan lahirnya Kompilasi Hukum Islam yang sesuai dengan kondisi dan situasi kebutuhan hukum dan kesadaran umat Islam Indonesia. Demikianpun penerapan hukum Islam di masyarakat dapat berjalan dengan baik apabila sesuai dengan kesadaran hukum masyarakat. Oleh karena itu, hakim dalam menyelesaikan dan memutus perkara di pengadilan harus memperhatikan kedadaran hukum masyarakat. Tentang hal ini, Undang-undang No. 14 tahun 1970 Jo. Undang-undang No. 4 Tahun 2004 Pasal 20 ayat (1) menyatakan: “Hakim sebagai penegak hukum dan

¹³⁹ Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 27-28.

¹⁴⁰ *op. cit.*, hal. 31.

keadilan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat". Dalam hukum Islam terdapat kaidah yang mengatakan bahwa hukum itu berubah karena perubahan waktu, tempat dan keadaan, karena masyarakat itu selalu berubah. Oleh karena itu ilmu fikih selalu berkembang dan memiliki metode-metode pengembangan yang sangat memperhatikan rasa keadilan masyarakat, seperti *mashlahat mursalah, istihsan, istishhab* dan *'urf*.¹⁴¹

Melalui Keputusan Bersama Ketua Mahkamah Agung dan Menteri Agama tanggal 21 maret 1985 ditentukan bahwa tugas pokok proyek adalah untuk melaksanakan usaha pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dengan jalan Kompilasi Hukum Islam. Sasarannya adalah mengkaji kitab-kitab yang dipergunakan sebagai landasan putusan-putusan hakim agar sesuai dengan perkembangan masyarakat Indonesia untuk menuju hukum nasional. Untuk menyelenggarakan tugas pokok tersebut, proyek pembangunan hukum Islam melalui yurisprudensi dilakukan dengan cara (a) mengumpulkan data dilakukan dengan mengadakan penelaahan atau mengkaji kitab-kitab, (b) wawancara dilakukan dengan para ulama, (c) lokakarya dilakukan dengan hasil penelaahan dan pengkajian kitab-kitab dan dari hasil wawancara, dan (d) studi perbandingan dilakukan ke negara-negara Islam lainnya sehingga dapat memperoleh masukan sistem, kaidah dan garis hukum Islam dari negara-negara muslim lainnya itu.¹⁴²

Metodologi yang dipergunakan dalam penyusunan Kompikasi Hukum Islam itu disesuaikan dengan tujuan yang hendak dicapai yaitu penyusunan kaidah-kaidah atau garis-garis hukum sejenis ke dalam sebuah kitab yang disusun secara sistematis dengan memanfaatkan sarana, bahan, nara sumber yang tersedia. Untuk mengoptimalkan itu semua, ditempuh

¹⁴¹ Zarkowi Soejoeti, *op. cit.*, hal. 51.

¹⁴² Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 36.

beberapa jalan yang disebut jalur dan pendekatan perumusan.¹⁴³ *Pertama*, jalan pengkajian kitab-kitab fikih Islam, khususnya ketiga belas kitab fikih yang ditentukan oleh Biro Peradilan Agama untuk merumuskan garis-garis hukumnya disertai dalil-dalil hukumnya yang terdapat dalam al-Qur'an dan as-Sunnah. *Kedua*, jalur Ulama untuk dimintai pendapat hukum mengenai berbagai hal yang ditanyakan kepada mereka dan menyatakan dukungan mereka atas usaha penghimpunan kaidah-kaidah atau garis-garis hukum yang dimaksud. *Ketiga*, jalur yurisprudensi Peradilan Agama sejak zaman Hindia Belanda dahulu sampai saat penyusunan kompilasi itu yang dihimpun dalam berbagai buku (dokumen), dipelajari, dikaji dan ditarik garis-garis hukum dari padanya. *Keempat*, jalur studi perbandingan ke negara-negara yang penduduknya beragama Islam mengenai hukum dan penerapan hukum Islam di negara tersebut serta sistem peradilan mereka.

Sejalan dengan apa yang dikemukakan diatas, pelaksanaan penyusunan Kompilasi Hukum Islam ini dilakukan melalui beberapa tahapan, yaitu:¹⁴⁴ (1) tahap persiapan, (2) tahap pengumpulan data melalui jalur ulama, jalur kitab-kitab fikih, jalur yurisprudensi Peradilan Agama, dan jalur studi perbandingan di negara-negara lain (khususnya di negara-negara Timur Tengah), (3) tahap penyusunan rancangan Kompilasi Hukum Islam dari data-data tersebut, dan (4) tahap penyempurnaan dengan mengumpulkan masukan-masukan akhir dari para ulama/cendekiawan muslim seluruh Indonesia yang ditunjuk melalui lokakarya.

Setelah pengumpulan data yang diselesaikan sesuai dengan jadwal yang ditentukan, dilanjutkan dengan pengolahan data dan penyusunan draft Kompilasi Hukum Islam oleh tim

¹⁴³ Mohammad Daud Ali, "Asas-asas Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993*, hal. 3.

¹⁴⁴ Abdul Chalim Mohammad, *op. cit.*, hal. 36.

yang telah ditentukan, draft inilah yang kemudian diajukan dalam suatu lokakarya nasional yang diadakan khusus untuk menyempurnakannya. Peranan lokakarya ini sangat penting sekali sebagaimana tampak disebutkannya dalam Instruksi Presiden No.1 tahun 1991 tentang penyebarluasan kompilasi ini dengan kata-kata “penyebarluaskan” Kompilasi Hukum Islam ini sebagaimana telah diterima baik oleh para alim ulama Indonesia dalam lokakarya di Jakarta pada tanggal 2 sampai 5 Februari 1988. Dalam penegasan ini perlu digaris bawahi kata-kata “telah diterima baik oleh para alim ulama Indonesia”, karena ini merupakan kata kunci dan sekaligus merefleksikan kedudukan kompilasi sebagai salah satu hasil kesepakatan para alim ulama Indonesia.¹⁴⁵

Setelah melalui proses yang panjang, pada tanggal 10 Juni 1991 Presiden Republik Indonesia menandatangani Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 dan sejak itulah secara formal berlakulah Kompilasi Hukum Islam di seluruh Indonesia sebagai hukum materiil yang dipergunakan di lingkungan Peradilan Agama. Sebagai tindak lanjutnya, pada tanggal 22 Juli 1991 Menteri Agama telah mengeluarkan Keputusan No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Replublik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991. Selanjutnya Kompilasi Hukum Islam ini disebarluaskan kepada semua Ketua Pengadilan Tinggi Agama dan Ketua Pengadilan Agama melalui Surat Edaran Direktur Pembinaan Badan Pengadilan Agama Islam tanggal 25 Juli 1991 No. 3694/EV/HK. 003/AZ/91. Dengan adanya berbagai landasan hukum dimaksud, Kompilasi Hukum Islam ini telah mempunyai tempat yang kokoh dalam sistem hukum di Indonesia.

Landasan dan kedudukan Kompilasi Hukum Islam dalam sistem hukum nasional dapat dijelaskan lebih lanjut di bawah ini.

Landasan atau dasar hukum keberadaan Kompilasi

¹⁴⁵ Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 46.

Hukum Islam adalah Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991. Menjadi pertanyaan dapatkah hukum materiil seperti yang diatur oleh Kompilasi Hukum Islam itu ditetapkan dalam bentuk Instruksi Presiden. Menurut Ismail Suny, karena sudah jelas bahwa dalam bidang perkawinan, kewarisan dan wakaf bagi pemeluk-pemeluk Islam telah ditetapkan oleh Undang-undang yang berlaku adalah hukum Islam, Kompilasi Hukum Islam itu yang memuat hukum materiilnya dapat ditetapkan oleh keputusan Presiden/Instruksi Presiden.¹⁴⁶

Pendapat tersebut di atas didasarkan pada disertasi dari A. Hamid S. Attamimi yang mengatakan, bahwa Instruksi Presiden tersebut dasar hukumnya adalah Pasal 4 ayat (1) Undang-undang Dasar 1945, yaitu kekuasaan Presiden untuk memegang kekuasaan pemerintahan negara.¹⁴⁷ Apakah dinamakan Keputusan Presiden atau Instruksi Presiden, kedudukannya adalah sama. Lebih lanjut Attamimi membagi materi muatan Keputusan Presiden yang berfungsi pengaturan itu dalam (1) materi muatan keputusan Presiden berfungsi mengatur yang delegasian Peraturan Pemerintah, dan (2) materi Keputusan Presiden yang berfungsi pengaturan yang mandiri. Posisi keputusan Presiden berfungsi pengaturan yang mandiri sama dengan posisi undang-undang. Oleh karena itu, semua asas hukum dan asas pembentukan yang berlaku bagi undang-undang, berlaku juga bagi Keputusan Presiden yang dimaksud. Lebih lanjut dikatakannya, bedanya yang mendasar ialah apabila undang-undang dibentuk oleh Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), Keputusan Presiden berfungsi pengaturan yang mandiri tidak memerlukan persetujuan DPR.

Adapun isi Instruksi Presiden RI No. 1 tahun 1991 itu adalah mengintruksikan kepada Menteri Agama untuk pertama

¹⁴⁶ Ismail Suny, "Kompilasi Hukum Islam Ditinjau dari Sudut Pertumbuhan Teori Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991*, hal. 3.

¹⁴⁷ *Ibid.*, hal. 3-4.

menyebarnya Kompilasi Hukum Islam yang terdiri dari (a) Buku I tentang Hukum Perkawinan, (b) Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan (c) Buku III tentang Hukum Perwakafan,¹⁴⁸ sebagaimana telah diterima baik oleh para alim ulama Indonesia dalam lokakaryanya di Jakarta pada tanggal 2 sampai dengan 5 Februari 1988, untuk digunakan kepada instansi pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya. Kedua, melaksanakan instruksi ini dengan sebaik-baiknya dan dengan penuh tanggung jawab.

Adapun konsideran instruksi tersebut menyatakan (a) bahwa ulama Indonesia dalam lokakarya yang diadakan di Jakarta pada tanggal 2 sampai dengan 5 Februari 1988 telah menerima baik tiga rancangan buku Kompilasi Hukum Islam, yaitu Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan dan Buku III tentang Hukum perwakafan, (b) bahwa Kompilasi Hukum Islam dalam huruf a oleh instansi pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya dapat digunakan sebagai pedoman dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang tersebut, (c) bahwa oleh karena itu Kompilasi Hukum Islam tersebut dalam huruf a perlu disebarluaskan.

Kemudian, lebih lanjut yang menjadi dasar dan landasan dari Kompilasi Hukum Islam ini adalah Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia tanggal 22 Juli 1991 No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan instruksi presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991. Konsideran Keputusan ini menyatakan (a) bahwa Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991 memerintahkan kepada Menteri Agama untuk menyebarkan Kompilasi Hukum Islam untuk digunakan oleh instansi pemerintah dan oleh masyarakat yang memerlukannya, (b) bahwa penyebaran Kompilasi Hukum Islam tersebut perlu dilaksanakan dengan sebaik-baiknya dan dengan penuh tanggung jawab, (c) bahwa oleh karena itu perlu

¹⁴⁸ Lihat Inpres RI No. 1 tahun 1991.

dikeluarkan Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia no. 1 tahun 1991 tanggal 10 juni 1991.¹⁴⁹

Dalam Diktum Keputusan Menteri Agama tersebut dinyatakan sebagai berikut, yaitu: *Pertama*, seluruh instansi Departemen Agama dan instansi pemerintah lainnya yang terkait agar menyebar luaskan Kompilasi Hukum Islam di bidang Hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan sebagaimana dimaksud dalam diktum pertama Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 juni 1991 untuk digunakan oleh instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang tersebut; *Kedua*, seluruh lingkungan instansi tersebut dalam diktum pertama, dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang hukum Perkawinan, Kewarisan dan Perwakafan sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam tersebut di samping peraturan perundang-undangan lainnya; *Ketiga*, Direktur Jenderal Pembinaan Kelembagaan Agama Islam dan Direktur Jenderal Bimbingan Masyarakat dan Urusan Haji mengkoordinasi pelaksanaan Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia ini dalam bidangnya masing-masing, Keempat, Keputusan ini berlaku sejak diputuskan.

Dari Keputusan Menteri Agama di atas, khusus diktum bagian kedua yang berkaitan dengan kedudukan Kompilasi Hukum Islam yang intinya agar supaya seluruh instansi pada umumnya dan Peradilan Agama pada khususnya sedapat mungkin menerapkan Kompilasi Hukum Islam dalam menyelesaikan sengketa perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Di samping itu, kedudukan Kompilasi Hukum Islam sebagai pedoman atau petunjuk bagi para hakim Peradilan Agama dalam memutus dan menyelesaikan masalah yang

¹⁴⁹ Lihat Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia No. 154 tahun 1991 tentang Pelaksanaan Instruksi Presiden Republik Indonesia No. 1 tahun 1991 tanggal 10 Juni 1991.

diajukan kepadanya.

Berdasarkan apa yang dikemukakan di atas dapat disimpulkan ada tiga fungsi dari Kompilasi Hukum Islam Indonesia, yaitu:¹⁵⁰

Pertama, sebagai langkah awal/sasaran antara untuk mewujudkan kodifikasi dan juga unifikasi hukum nasional yang berlaku untuk warga masyarakat. Hal ini penting mengingat mayoritas penduduk Indonesia adalah beragama Islam, dengan ketentuan-ketentuan hukum yang telah dirumuskan dalam kompilasi ini akan diangkat sebagai materi hukum nasional yang akan diperlakukan nanti.

Kedua, sebagai pegangan hakim Peradilan Agama dalam memeriksa dan mengadili perkara-perkara yang menjadi wewenangnya.

Ketiga, sebagai pegangan bagi warga masyarakat mengenai hukum Islam yang berlaku baginya yang sudah merupakan hasil rumusan yang diambil dari berbagai *kitab kuning* yang semula tidak dapat mereka baca secara langsung.

Adapun isi Kompilasi hukum Islam sebagaimana diuraikan di atas terdiri dari 3 (tiga) buku, yaitu Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan dan Buku III tentang Hukum Perwakafan. Secara keseluruhan kompilasi Hukum Islam itu terdiri atas 229 pasal, adapun rinciannya seperti di bawah ini.

Buku I tentang hukum Perkawinan, adapun sistematika Kompilasi Hukum Islam mengenai hukum perkawinan ini adalah (1) Ketentuan Umum (Pasal 1), (2) Dasar-dasar Perkawinan (Pasal 2-10), (3) Peminangan (Pasal 11-13), (4) Rukun dan Syarat Perkawinan (Pasal 14-29), (5) Mahar (Pasal 30-38), (6) Larangan Kawin (Pasal 39-40), (7) Perjanjian Perkawinan (Pasal

¹⁵⁰ Abdurrahman, *op. cit.*, hal. 60.

45-52), (8) Kawin Hamil (Pasal 53-54), (9) Beristri Lebih dari Satu Orang (Pasal 55-59), (10) Pencegahan Perkawinan (pasal 60-69), (11) Batalnya Perkawinan (Pasal 70-76), (12) Hak dan Kewajiban Suami Istri (Pasal 77- 84), (13) Harta Kekayaan dalam Perkawinan (Pasal 85-97), (14) Pemeliharaan Anak (Pasal 98-106), (15) Perwalian (Pasal 107-112), (16) Putusnya Perkawinan (Pasal 113-148), (17) akibat Putusnya Perkawinan (Pasal 149-162), (18) Rujuk Pasal 163-169), (19) Masa Bergabung (Pasal 170);

Buku II tentang Hukum Kewarisan, adapun sistematika Kompilasi Hukum Islam mengenai hukum Kewarisan ini adalah sebagai berikut. (1) Ketentuan umum (Pasal 171), (2) Ahli waris (Pasal 172-175), (3) Besarnya Bagian (Pasal 176-179), (4) *Aul* dan *Rad* (Pasal 192-193), (5) wasiat (Pasal 194-209), (6) Hibah (Pasal 210-214);

Buku III tentang Hukum Perwakafan, adapun sistematika kompilasi Hukum Islam mengenai Hukum Perwakafan ini adalah (1) Ketentuan Umum (Pasal 215), (2) Fungsi, Unsur-unsur dan Syarat-syarat Wakaf (Pasal 216-222), (3) Tatacara Perwakafan dan Pendaftaran Benda Wakaf (Pasal 223-224), (4) Perubahan, Penyelesaian dan Pengawasan Benda Wakaf (Pasal 225-227), (5) Ketentuan Peralihan (Pasal 228), (6) Ketentuan Penutup (Pasal 229).

2.1.2. Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontelasi Politik Hukum Nasional

Dunia masa kini merupakan dunia yang lebih terbuka, terutama bidang ekonomi, kebudayaan, ilmu pengetahuan dan teknologi. Keterbukaan tadi juga membawa pengaruh di bidang hukum, karena hukum merupakan salah satu sarana penting untuk menegakkan ketertiban, keadilan dan ketentraman. Untuk itu sistem hukum nasional yang kita bangun tidak saja harus memiliki unsur-unsur keadilan dan kebenaran, tetapi juga harus

menjawab kemajuan-kemajuan yang akan dicapai dengan memanfaatkan peluang yang terbuka.

Teori keilmuan akan menemukan bahwa fenomena sosial akan mengungkap terjadinya suatu modernitas yang berakibat antara lain sebagai berikut:¹⁵¹

- (1) kekuatan ekonomi yang dicapai memastikan adanya proses individualisasi dan mulai berkurangnya ketergantungan pada yang lain,
- (2) tumbuhnya kesadaran akan upaya mempertahankan hak dan pemenuhan kewajiban individual yang menumbuhkan proses demokratisasi yang sekaligus menjadi awal tuntutan keterbukaan dalam *sosio* kulturalnya,
- (3) daya paham terhadap ajaran agama mulai menggeser pola klasik dengan pola yang dikemas oleh kedua keadaan di atas dan dari sinilah berawalnya perubahan terhadap pemahaman ajaran agama,
- (4) substansi reintroduksi Islam dituntut untuk berbaur dengan keseluruhan fenomena modernitas sehingga agama bukan saja sebagai pusat legitimasi tetapi justru menjadi alternatif yang lebih dominan, dan
- (5) tingkah laku ekonomi mulai memasuki era efisiensi baru akibat keterlibatan media produk teknologi dalam mekanisme transaksi.

Pembangunan bidang hukum merupakan suatu kebutuhan yang mau tidak mau harus dilaksanakan, khususnya di negara-negara yang sedang berkembang, hal ini dikarenakan pembangunan di berbagai bidang terutama dalam menata kembali tatanan masyarakat yang berakibat mendorong

¹⁵¹ Gani Abdullah, "Permasalahan Hukum Kontemporer dan Hubungannya dengan Fiqh: Sebuah Analisis Segi-segi Koherensinya," dalam *Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994*, hal. 42.

pelaksanaan pembangunan di bidang hukum termasuk di dalam pembangunan bidang hukum Islam, yang menuju usaha transformasi total di berbagai bidang kehidupan masyarakat, yang harus diikuti oleh pembangunan hukum itu.

Hukum nasional harus berakar dari hukum rakyat yang ada, sehingga hukum nasional itu mengabdikan kepada kepentingan rakyat, bangsa Indonesia yang merdeka dan berdaulat. Apabila hukum sebagai rekayasa kehidupan masyarakat dikaitkan dengan pembangunan, maka akan menimbulkan kecenderungan menempatkan hukum pada tiga fungsi utama, yaitu:¹⁵²

- (1) hukum dapat berfungsi sebagai sarana pengendalian sosial (*social control*),
- (2) hukum dapat berfungsi sebagai sarana pembaharuan masyarakat (*social engineering*), dan
- (3) hukum dapat juga berfungsi sebagai alat untuk memperlancar interaksi sosial.

Keterkaitan pembangunan nasional yang menyangkut seluruh aspek kehidupan denganantisipasi dimensi hukum adalah keniscayaan. Pembangunan menghendaki transformasi masyarakat dari satu kondisi yang lebih baik. Pembangunan hukum nasional dapat ditemukan bukti bahwa teori hukum telah membenarkan peracikan suatu substansi hukum dengan ragam bahan baku hukum termasuk di dalamnya adalah bahan baku hukum Islam baik berupa bahan hukum Islam secara formalistis (*siyasah wahyu*) maupun substantif (*siyasah wad'iyah*).

Hukum Islam merupakan salah satu materi hukum nasional. Kedudukan hukum Islam dalam sistem hukum nasional memegang peranan penting dalam proses pembinaan hukum nasional, telah diakui keberadaannya dalam peraturan

¹⁵² Muhammad Bahrul Ilmie, "Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontekasi Politik Hukum Nasional," dalam *Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII, 1996*, hal. 19.

perundang-undangan maupun dalam kehidupan masyarakat, sehingga hukum Islam dapat berjalan seiring dengan pengembangan sistem hukum tertulis dan hukum tidak tertulis akan tetapi secara umum sistem hukum nasional Indonesia lebih mendahulukan sistem hukum tertulis daripada hukum tidak tertulis, apabila terjadi benturan antara keduanya.

Wacana Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam konstelasi politik hukum nasional Indonesia tidak akan lepas dari pembicaraan prospek Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada percaturan politik hukum nasional Indonesia, dalam artian prospek legislasi. Keberadaan Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak saja hanya sekedar menghimpun ketentuan fikih yang hidup dalam masyarakat, ia juga berbentuk *tasyri' Islami* apabila dilihat dari sudut substansi dan merupakan bagian dari hukum nasional yang dicita-citakan di masa yang akan datang (*ius constituendum*) serta pembaharuan pemahaman hukum Islam bagi masyarakat Islam Indonesia.¹⁵³

Sekurang-kurangnya tiga hal yang dapat dicatat dari Inpres No. 1 tahun 1991 dan Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991, yakni:

- (1) Perintah menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam tidak lain daripada kewajiban masyarakat Islam mengfungsi-kanaliskan eksplanasi ajaran Islam sepanjang yang mengenai normatif sebagai hukum yang hidup.
- (2) Rumusan hukum dalam Kompilasi Hukum Islam berupaya mengakhiri persepsi ganda dari keberlakuan hukum Islam yang ditunjuk oleh Pasal 2 ayat (1) serta ayat (2) UU No. 1 tahun 1974, segi hukum formal di dalam Undang-undang No. 7 tahun 1989 Jo. UU. No. 3 Tahun 2006 sebagai hukum yang diperlakukan secara sempurna,
- (3) menunjuk secara tegas wilayah berlaku pada instansi

¹⁵³ *Ibid.*, hal. 23.

pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya.

Ketiga catatan itu bukan saja menunjukkan pentingnya penyebarluasan Kompilasi Hukum Islam tetapi justru presentasi hukum perkawinan, kewarisan dan wakaf dari Kompilasi Hukum Islam menjadi fenomena sejarah hukum terhadap eksistensi teori hukum yang menyinggung hukum Islam. Masih dijumpai kelompok masyarakat Islam yang menempatkan hukum Islam yang tertulis dalam kitab-kitab fikih sebagai hal yang sakral akibat kedudukannya sebagai bagian dari ajaran Islam. Ia bersama hukum produk legislatif nasional ikut serta dan mengatur interaksi sosial. Tetapi di tengah kebersamaan demikian, nilai sakralistik yang diletakkan pada hukum Islam menjadi hambatan peletakan hukum produk legislatif nasional pada kedudukan yang sederajat dengannya sekalipun ajaran Islam telah tertransformasi secara formil ke dalamnya.¹⁵⁴ Dengan demikian hukum Islam dapat menjadi hukum nasional apabila memenuhi beberapa persyaratan, di antaranya sesuai dengan kebutuhan seluruh lapisan masyarakat dan secara obyektif dapat diterima dan sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945. Kecuali itu status hukum nasional dari segi isi (materi) dapat dikategorikan sebagai hukum yang Islami selama memenuhi kriteria *siyasah wad'iyah* seperti yang diuraikan di bab terdahulu.

Kompilasi Hukum Islam yang disepakati oleh sebagian ulama pada tahun 1988 sebagai kemajuan pemikiran hukum Islam di Indonesia ternyata hingga sekarang sebagian para ulama tradisional Indonesia masih ada yang belum sepenuhnya memahami atau menyetujui berbagai aturan yang ada. Hal ini karena dianggap tidak selamanya sesuai dengan ajaran yang termuat dalam kitab-kitab fikih. Kompilasi Hukum Islam dalam aspeknya bersifat nyata (empirik) menghindari banyaknya

¹⁵⁴ Abdul Gani Abdullah, "Kehadiran Kompilasi Hukum Islam dalam Hukum Indonesia: Sebuah Pendekatan Teoritis," *op. cit.*, hal. 3.

perbedaan dalam rumusan-rumusan fikih, sehingga kepastian hukum yang sesuai dengan kondisi Indonesia, yang menghendaki adanya pengembangan dan pembangunan di segala bidang dapat ditegakkan.

Keberadaan Kompilasi Hukum Islam yang memiliki dasar hukum Inpres No. 1 tahun 1991 Jo. Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991 Jo. Surat Edaran Direktur Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam yang memuat tiga buku yaitu: Buku I tentang Hukum Perkawinan, Buku II tentang Hukum Kewarisan, dan Buku III tentang Hukum Perwakawan diakui mempunyai dampak positif, karena Kompilasi Hukum Islam sebagai kumpulan norma atau ketentuan hukum Islam yang selama ini sudah dipakai dan dilaksanakan masyarakat Islam Indonesia.

Walaupun demikian, masih ada kelompok yang lemah kesadarannya dalam melaksanakan hukum agama mereka, hal ini disebabkan:¹⁵⁵ (a) kurangnya keyakinan akan kebenaran hukum Islam dari sebagian pencari keadilan, (b) kurangnya pengetahuan tentang hukum Islam yang memang mempunyai ciri dan tujuan yang tidak sama dengan hukum yang lain, dan (c) karena hukum Islam di Indonesia (waktu yang lalu) masih merupakan pilihan, tentunya bagi pencari keadilan akan mencari jalan yang dianggap menguntungkan (pada waktu itu) apakah hukum adat atau hukum positif yang lain.

Pada dasarnya Kompilasi Hukum Islam memiliki prospek legislasi dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, karena sebagian besar para pakar hukum di Indonesia memberikan pandangan yang optimis bahwa Kompilasi Hukum Islam memiliki prospek legislasi dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia. Namun demikian, dalam prosesnya hal itu sangat tergantung pada efektifitas pelaksanaannya di masyarakat, terutama para hakim Peradilan Agama, sebagai pedoman dalam menyelesaikan perkara. Mendatang

¹⁵⁵ Muhammad Bahrul Ilmie, *op. cit.*, hal. 24-25.

transformasi Kompilasi Hukum Islam sudah dapat dilakukan oleh pemerintah untuk mewujudkan kodifikasi hukum nasional Indonesia yang dicita-citakan, walaupun nantinya tergantung dari substansi yang akan dikodifikasikan. Sedangkan faktor-faktor yang paling mendukung dalam hal ini, disamping perlunya partisipasi seluruh masyarakat Indonesia, juga perlu peningkatan kesadaran hukum masyarakat. Kemudian yang tidak kalah pentingnya adalah upaya-upaya dukungan dari pihak pemerintah (*eksekutif*) dan pihak Dewan Perwakilan Rakyat (*legislatif*). Dengan harapan nantinya Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang saat ini masih berdasarkan Inspres dapat menjadi undang-undang.¹⁵⁶

Legislasi sebagai strategi politik hukum Islam di Indonesia, dan ini merupakan metode yang relatif baru di kalangan umat Islam di beberapa negara dalam menetapkan hukum Islam terutama hukum keluarga. Intervensi pemerintah terhadap beberapa wilayah hukum Islam ini menunjukkan adanya penerimaan terhadap ide-ide modern. Ide legislasi hukum Islam tersebut diperjuangkan oleh gerakan modernis yang berusaha mengkompromikan Islam dengan kondisi modern, melalui pembaharuan-pembaharuan terhadap paham tradisional. Kritik kaum modernis pada awalnya hanya mengkritisi hukum Islam tradisional, namun kemudian juga mengkritisi hukum agama meraka beranggapan bahwa Islam sebagai agama harus mengatur sistem hukum sebaik-baiknya.¹⁵⁷

Hukum Islam yang mempunyai sifat dasar sebagai *living law* yang plural dan berkembang hidup dalam masyarakat, lebih cenderung mempunyai persamaan dengan *common law*. Pluralitas hukum Islam dalam artian fikih sebagai karakteristiknya sejak awal pembentukannya, merupakan

¹⁵⁶ *Ibid.*, hal. 25.

¹⁵⁷ Sri Wahyuni, "Politik Hukum Islam di Indonesia (Studi terhadap Legislasi Hukum Islam (KHI)," dalam *Mimbar Hukum No. 59 Thn. XIV 2005*, hal. 84.

konsekuensi dari hukum Islam yang sakral dan berasal dari Tuhan yang bersumber dari al-Qur'an. Maka hukum Islam sebagai fikih yaitu pemahaman terhadap sumbernya merupakan hasil dari pembacaan kehendak Tuhan yang terdapat dalam al-Qur'an. Maka pembacaan tersebut akan bervariasi tergantung metode pembacaan yang digunakan oleh pembacanya.

Dengan karakteristik hukum tersebut, legislasi dapat dijadikan strategi dalam merealisasikan pemberlakuan hukum Islam di Indonesia seperti adanya Kompilasi Hukum Islam tersebut, setelah umat Islam mengadakan upaya-upaya konseptual dengan mengadakan reinterpretasi terhadap sumber hukum Islam yaitu al-Qur'an dan as-Sunnah untuk mengadakan reformasi hukum Islam yang sesuai dengan masa kini dan konteks Keindonesiaan.

Memang diakui bahwa hukum Islam yang berkarakteristik plural sulit untuk penerapannya (aplikasi) terhadap suatu kasus yang terjadi atau suatu kasus yang diajukan ke Pengadilan Agama dengan berpedoman hukum yang plural itu. Maka legislasi dan unifikasi merupakan suatu keniscayaan. Di samping itu terdapat dampak yang bersifat negatif atas terjadinya kodifikasi dan unifikasi karakteristik hukum yang plural itu, termasuk di dalamnya adalah terjadinya pereduksian, pemaksaan dan penegasan terhadap eksistensi hukum Islam yang plural itu. Penerapan hukum Islam sebagai hukum positif di beberapa negara seperti Sudan menimbulkan masalah diskriminasi dan penindasan terhadap kalangan tertentu dan menimbulkan protes dari kalangan yang mempunyai interpretasi lain terhadap hukum Islam yang diterapkan oleh pihak pemerintah. Unifikasi sangat sulit dalam hukum Islam, karena karakter dasar hukum Islam adalah sama dengan sistem hukum *common law*.¹⁵⁸

Terdapat pandangan lain tentang positif negatipnya

¹⁵⁸ *Ibid.*, hal. 86.

legislasi hukum Islam, tetapi yang benar bahwa legislasi hukum Islam yang digunakan oleh Pengadilan Agama hanya merupakan pedoman umum saja, sebab yang dihadapi hakim agama adalah hukum kasus yang nuansanya satu dengan yang lain adalah berbeda. Di samping itu hakim dalam memutus sengketa hukum yang diajukan kepadanya harus berpedoman bahwa pengadilan di samping sebagai institusi hukum, yaitu menegakkan hukum dan keadilan, juga memandang bahwa pengadilan adalah sebagai institusi sosial, yang sifatnya terbuka terhadap perkembangan kehidupan dan lingkungannya. Inilah yang disebut nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat yang harus dipertimbangkan oleh hakim dalam memutus perkara yang diajukan kepadanya.

Dari uraian di atas dapat diketahui, bahwa hukum Islam mempunyai katakarakteristik dasar yang sama dengan *common law* sebagai *living law* yang plural dan berkembang dalam masyarakat. Sedangkan seiring dengan isu demokratisasi dan pluralisme yang didengungkan Barat (Amerika), sistem hukum pun mulai cenderung beralih kepada *common law*. Maka umat Islam Indonesia harus juga mempersiapkan pergantian sistem hukum yang mungkin akan terjadi tersebut, dengan mengupayakan keberlakuan hukum Islam secara sosiologis, yaitu dengan mengadakan reintruduksi hukum Islam agar diakui dan diterima dalam masyarakat sebagai *living law*,¹⁵⁹ disamping mengupayakan keberlakuan hukum Islam tertulis yang terlegalitas sebagai wujud kodifikasi dan unifikasi hukum, yang mengandung juga nilai positif, yang disebut hukum positif Islam dalam arti tertulis.

Sebagai latar belakang legislasi Kompilasi Hukum Islam di atas, yaitu sedikit banyak adanya pengaruh sistem hukum Barat terutama Eropa Continental terhadap pemikiran hukum Islam di Indonesia. Para pembentuk hukum nasional tidak dapat melepaskan ide dan pemikirannya bahwa salah satu ciri hukum

¹⁵⁹ *Ibid.*, hal. 87.

modern adalah tertulis yang memiliki sifat kepastian yang hendak memberlakukan hukum Islam dalam tata hukum nasional, yaitu dengan menginginkan legislasi terhadap hukum Islam sebagai hukum positif.

2.1.3. Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai Hukum Terapan Tertulis di Pengadilan Agama

Secara normatif Islam diyakini sebagai agama yang sempurna dan memenuhi kebutuhan manusia pada setiap masa dan tempat, pada setiap situasi dan kondisi (*shalikun likulli zamanin wa makanin*), karena Islam tidak hanya mengatur bagaimana manusia berhubungan dengan Tuhan dalam bentuk *ritual* keagamaan, melainkan mengatur tata kehidupan antara manusia. Bahkan Islam telah mengatur hubungan manusia dengan alam semesta dalam bentuk pemakmuran bumi yang merupakan misi manusia dalam kehadirannya di dunia guna mewujudkan keharmonisan dan kebaikan diri mereka sendiri (*litahqiqi mashalihin-nas*).

Hal tersebut dipahami karena prinsip-prinsip hukum dalam Islam dengan kaidah-kaidah yang bersifat umum (*kulliyah*) yang diyakini mampu menampung persoalan yang dihadapi umat, dan *syari'at* pun telah disempurnakan oleh Allah sebagaimana dinyatakan dalam wahyu terakhir yang turun ketika Nabi Muhammad melakukan *haji wada'* (*QS al-Maidah: 3*). Hukum Islam diyakini sebagai sumber yang bersumber pada wahyu Allah, yaitu al-Qur'an dan as-Sunnah yang dibimbing oleh Wahyu Allah, sehingga Allah dan Rasul disebut sebagai *Syari'* (*law maker*). Karena perkembangan zaman, sementara itu masalah hukum yang dihadapi oleh umat semakin beragam dan kompleks sejalan dengan perkembangan peradaban manusia. Dengan demikian untuk mewujudkan hukum Islam dalam situasi dan kondisi harus dilakukan interpretasi dan reaktualisasi serta pemahaman ulang terutama yang berkaitan dengan hukum

dengan menggunakan kaidah yang dibenarkan antara lain *kaidah ushul fikih (Islamic Legal Theory)*.

Hukum dalam arti luas meliputi ketentuan normatif dan mengatur dan menjadi pedoman perilaku dalam kehidupan masyarakat, berbangsa dan bernegara yang ditentukan dalam sistem organesasi kekuasaan dan pada gilirannya tercipta suatu mekanisme berkenaan dengan proses pembuatan hukum, penerapan hukum dan peradilan terhadap pelanggaran hukum dalam masyarakat. Melaksanakan peradilan adalah kewajiban yang ditetapkan dan merupakan Sunnah Rasulullah yang harus diikuti seperti yang telah dilakukan oleh *khulafau al-rasyidin*, para sahabat dan *tabi'in* serta generasi berikutnya.¹⁶⁰ Untuk itu perlu ditetapkan hukum formil dan hukum materiil sebagai pegangan demi kepastian hukum. Namun hukum materiil sebagai pegangan hakim Peradilan agama (pada waktu itu dan sebagian sampai pada waktu ini) adalah hukum yang disimpulkan dari kitab fikih sebagai hasil penalaran dan pemahaman yang meniscayakan adanya perbedaan yang disebabkan oleh karena sifat fikih itu sendiri yang sangat toleran terhadap sosio kultural dan hukum yang telah ada di sekitar *mujtahid*. Oleh karena itu dalam konteks Indonesia, dengan latar belakang sosio kultur yang berbeda dengan situasi Timur Tengah, diperlukan gagasan fikih yang bercorak dan berwawasan ke-Indonesiaan.

Peradilan dalam literatur Islam merupakan terjemahan dari kata "*qadla*", yang secara etimologis berarti "selesai" atau "putus", *qadla* bisa berarti "*al-hukmu*", yaitu mencegah atau menghalangi orang lain berbuat aniaya.¹⁶¹ Muhammad SAW. setelah menerima wahyu, disamping sebagai Nabi dan Rasul juga sebagai seorang pemimpin yang mempunyai otoritas menyelesaikan sengketa, terutama setelah hijrah dari Makkah ke

¹⁶⁰ Abd. Basyir, "Islam, Peradilan dan Hukum Materiilnya," dalam *Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2004*, hal. 96.

¹⁶¹ *Ibid.*, hal. 97.

Madinah sebagaimana dinyatakan oleh Allah dalam *Surat al-Maidah ayat 65* tentang perintah agar Nabi menyelesaikan semua sengketa yang timbul di antara manusia. Kemudian dalam *Surat an-Nisa' ayat 51* dan *Surat al-Maidah ayat 105*, yang memerintahkan agar Nabi memutus hukum dengan apa yang diturunkan oleh Allah kepadanya, sehingga Nabi menempatkan diri sebagai pemutus perkara.

Adapun ciri-ciri sistem peradilan pada masa Nabi, sebagai berikut, yaitu:¹⁶²

- (1) kekuasaan peradilan belum dipisah dari kekuasaan negara yang lain,
- (2) putusan yang dijatuhkan oleh Nabi, merupakan bagian dari fatwa karena kasus yang dihadapi belum merupakan kasus sengketa yang sebenarnya, sehingga putusan Nabi lebih banyak pemberitahuan tentang hukum Allah dalam kasus-kasus yang dihadapi agar manusia melaksanakan,
- (3) *qadli*/hakim pada masa Nabi memiliki kebebasan dalam memutuskan,
- (4) *qadli*/hakim diambil dari orang-orang yang mumpuni atau pilihan, dan
- (5) pada masa Nabi belum ada penjara atau tahanan seperti yang ada sekarang.

Dalam upaya membangun kehidupan sosial yang harmonis di kota Madinah pada waktu ini, supaya tidak menimbulkan permasalahan hukum yang menyita tenaga dan waktu, maka Rasulullah (tahun 622 M) secara historis politis, membuat atau telah terjadi apa yang disebut Piagam Madinah (*Madinah Charter*) yang merupakan dokumen politik yang menyatukan semua komunitas penduduk Madinah yang multi etnis, multi agama dengan tingkat sosial yang heterogin.

¹⁶² *Ibid.*, hal. 99

Adapun isi Piagam Madinah di antaranya, yaitu:¹⁶³

- (1) Setiap kelompok mempunyai hak keagamaan dan politik, adalah merupakan hak kelompok untuk menghukum orang yang berbuat kerusuhan dan adanya jaminan keamanan pada orang yang patuh,
- (2) adanya jaminan kebebasan beragama,
- (3) adanya kewajiban bagi penduduk Madinah baik muslim maupun Yahudi untuk saling membantu baik moril maupun materiil dan bahu membahu untuk menangkis semua serangan dan ancaman terhadap kota Madinah, dan
- (4) Rasulullah adalah ketua umum (pemimpin) bagi semua penduduk Madinah, kepada beliau diajukan segala perkara dan memutuskan/menyelesaikan segala perselisihan.

Peradilan merupakan salah satu institusi penegakan dan penerapan hukum, maka sumber hukum Peradilan Agama adalah hukum Islam (*syari'ah*) untuk mengetahuinya melalui ijtihad dan pemahaman yang kemudian berkembang menjadi fikih. Bahwa fikih adalah produk penafsiran *fuqaha* terhadap *syari'at*, yang memiliki toleransi yang cukup tinggi terhadap kebudayaan etnik dan kedaerahan yang kemudian teraktualisasikan dalam *kaidah fiqhiyah "al'adatu muhakkamah"*. Dengan kaidah ini hukum Islam mengakui bahwa adat menjadi unsur yang dipertimbangkan dalam penetapan hukum Islam (fikih) dan di sinilah letak elastisitas hukum Islam dalam arti fikih. Fikih merupakan sistem hukum yang terbuka, perkembangannya bukan saja tumbuh dari dalam, melainkan juga menerima resapan dan serapan dari luar yang berkembang di masyarakatnya. Karena eksistensi masyarakat itu meruang dan mewaktu, maka sekali lagi fikih tidak dapat menghindar dari pengaruh kondisi geografis dan iklim suatu daerah yang tidakhanya membentuk daya tangkap manusia terhadap gejala-

¹⁶³ *Ibid.*, hal. 98.

gejala yang ada di sekitarnya, tetapi juga melahirkan perbedaan-perbedaan daya tangkap serta ekspresi kemanusiaan sesuai dengan kondisi dan situasi yang ada.¹⁶⁴

Hukum materiil Peradilan Agama adalah hukum Islam yang kemudian diasumsikan sebagai fikih yang menurut sifatnya elastis dan fleksibel namun rentan terhadap perbedaan. Dengan demikian bahwa hukum materiil Peradilan agama merupakan kebutuhan mendasar bagi masyarakat Indonesia yang beragama Islam, terutama dalam menyelesaikan kasus-kasus demi kepastian hukum dan tegaknya keadilan, yang semula masih menggunakan kitab-kitab fikih sebagai pegangan hakim Peradilan Agama dalam menyelesaikan masalah yang diajukan oleh pencari keadilan kepadanya.

Namun kesadaran hukum masyarakat muslim dan perkembangan hukum Islam di Indonesia pada awal abad XXI ini, menunjukkan bahwa kitab-kitab fikih tersebut tidak lagi seluruhnya sesuai dengan kebutuhan hukum masyarakat muslim Indonesia. Wawasan hukum masyarakat muslim Indonesia saat sekarang sangat berbeda dengan masa-masa lalu, yang ingin mengembangkan hukum Islam yang kontekstual dalam bidang hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan yang mengandung nuansa “wawasan Indonesia”. Jangkauannya sudah melewati batas madzhab Syafi’i yang berabad-abad menguasai pemikiran hukum Islam di Indonesia.

Konsekuensi dan konsistensi perkembangan tersebut menuntut lembaga Peradilan Agama dan hakim Peradilan Agama harus meningkatkan kemampuannya dalam melayani pencari keadilan dan dalam memutus perkara sebaik-baiknya. Kemampuan yang demikian itu hanya mungkin ada, kalau terdapat suatu hukum yang jelas dalam suatu kodifikasi hukum yang dapat dipergunakan oleh para hakim Peradilan Agama dalam mengadili dan menyelesaikan perkara. Setelah melalui

¹⁶⁴ *Ibid.*, hal. 105.

tahapan dan proses penyusunan yang cukup optimal, akhirnya dengan InsPRES No. 1 tahun 1991 Jo. Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991 tanggal 24 Juli 1991, lahirlah Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Nasional Indonesia yang merupakan positivisasi abstraksi hukum Islam di Indonesia.

Positivisasi hukum Islam secara terumus dan sistematis dalam kitab hukum yang dinamakan: "Kompilasi Hukum Islam" mempunyai beberapa sasaran pokok yang ingin dituju dan diwujudkan, yaitu:¹⁶⁵

- a. Melengkapi Peradilan Agama dengan hukum terapan. Sesungguhnya dengan lahirnya Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006, kedudukan dan kewenangan Peradilan Agama telah mantap dan mandiri dan hukum acaranya pun telah pasti. Namun hukum materilnya yang dipergunakan dan diterapkan hanya sebagian saja yang sudah dikodifikasikan seperti dalam Undang-undang Perkawinan. Padahal masih banyak hal-hal yang dituntut *syari'at* Islam yang belum diatur secara menyeluruh dalam undang-undang tersebut. Konsekuensinya para hakim Peradilan Agama merujuk pada doktrin yang tercantum dalam berbagai kitab fikih. Tidak berlebihan bahwa putusan yang dijatuhkan oleh Pengadilan Agama bukan keadilan berdasarkan hukum, tetapi keadilan berdasarkan doktrin fikih. Tidak ada rujukan hukum positif yang bersifat unifikatif, sehingga terjadilah putusan-putusan yang berdisparitas tinggi antara satu Pengadilan Agama dengan Pengadilan Agama lain, antara hakim yang satu dengan hakim yang lain. Lain hakim lain pendapat dan putusannya. Satu-satunya jalan yang harus dilakukan adalah melengkapi Peradilan Agama dengan hukum positif yang bersifat kodifikatif dan unifikatif seperti berwujud Kompilasi Hukum Islam.

¹⁶⁵ Matardi, "Kompilasi Hukum Islam sebagai Hukum Terapan di Pengadilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII 1996*, hal. 29-30.

- b. Menyamakan persepsi dan pandangan dalam penerapan hukum Islam. Selama ini pandangan para hakim dan atau masyarakat dapat saling berbeda pendapat dalam penerapan hukum Islam, maka dalam Kompilasi Hukum Islam telah jelas dan pasti sebagai kesatuan landasan hukum yang dipedomani dalam menyelesaikan kasus-kasus yang dihadapi. Bahasa dan nilai-nilai hukum yang dipergunakan di Pengadilan Agama oleh masyarakat pencari keadilan, sama kaidah dan perumusannya dengan apa yang mesti diterapkan oleh para hakim di seluruh wilayah Indonesia.
- c. Mendekatkan umat dengan hukum Islam. Dengan adanya Kompilasi Hukum Islam dapat mempercepat arus proses ke arah memperkecil pertentangan (*khilafiyah*) mengenai persepsi hukum dalam bidang perkawinan, kewarisan dan perwakafan dapat dipandu dan disatukan pemahaman yang sama. Pengadilan Agama sebagai alat kekuasaan negara yang mengendalikan fungsi kekuasaan kehakiman dapat memperlakukan nilai dan kaidah yang sama kepada setiap muslim tanpa membedakan golongan.
- d. Mengurangi sumber pertentangan di antara umat. Dengan adanya Kompilasi Hukum Islam berarti telah ada satu rujukan pandangan dalam menyelesaikan kasus-kasus di bidang bersangkutan.
- e. Menyingkirkan pandangan bahwa pelaksanaan hukum Islam adalah masalah pribadi. Kompilasi Hukum Islam diharapkan dapat menyentuh dan menggugah serta menyadarkan bahwa nilai-nilai hukum Islam dalam hubungannya dengan masyarakat harus diatur oleh negara guna terciptanya ketertiban dan kepastian hukum serta keamanan. Tidak bisa dipungkiri bahwa di kalangan umat Islam masih banyak yang berpandangan bahwa pelaksanaan hukum Islam di tengah-tengah masyarakat adalah sebagai urusan pribadi, masyarakat atau pemerintah tidak perlu campur tangan. Hal yang demikian memang harus dipilah-pilah, bahwa masalah

ibadah mahdhah termasuk masalah pribadi masing-masing, akan tetapi apabila menyangkut persoalan mu'amalah dapat menyangkut persoalan sosial yang perlu pengaturan dan ikut campur pemerintah dalam hal yang demikian itu.

Kehadiran Kompilasi Hukum Islam sesungguhnya telah menciptakan standar hukum (*law standard*), yakni suatu norma ukuran, kaidah hukum resmi baik bagi Peradilan Agama maupun masyarakat muslim dan para pencari keadilan, dan dengan adanya Kompilasi Hukum Islam diharapkan dapat berwujud:¹⁶⁶

- (a) kesatuan landasan hukum (*unified legal frame work*) dan keseragaman pandangan hukum (*unified legal opinion*), sehingga dapat dihindarkan dan diperkecil putusan-putusan yang bercorak ketidak pastian (*disparitas*) yang tinggi serta memperkecil perilaku "lain hakim, lain pendapat dan putusannya",
- (b) membina kepastian penegakan hukum, agar dapat direalisasikan kehidupan negara hukum dan supremasi "*rule of law*" yakni keunggulan kekuasaan hukum,
- (c) memberi perlakuan yang sama dalam kasus yang sama, sehingga Kompilasi Hukum Islam diharapkan dapat mampu berperan menegakkan prinsip "*predictable*", yakni dapat diramalkan kebenaran putusan yang akan diberikan oleh hakim Peradilan Agama, karena memang sudah ada standar hukum yang tertuang dan terumus secara sistematis dalam satu kitab hukum Kompilasi Hukum Islam yang memberikan kesatuan landasan hukum dan keseragaman pandangan dan hukum dalam mewujudkan kepastian penegakan hukum.

Dengan demikian kehadiran Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama para hakim tidaklah dibenarkan menjatuhkan putusan-putusan yang

¹⁶⁶ *Ibid.*, hal. 31.

berbeda-beda atas kasus yang sama baik substansi dan nuansa kasus itu. Dengan berpedoman Kompilasi Hukum Islam para hakim Pengadilan Agama dituntut untuk bisa menegakkan hukum dan kepastian hukum yang seragam, tanpa mengurangi kemungkinan terjadinya putusan-putusan yang bercorak variatif. Persamaan persepsi dan keseragaman putusan melalui penerapan Kompilasi Hukum Islam, tetap membuka pintu kebebasan hakim untuk menjatuhkan putusan yang mengandung perbedaan, asal tetap proposional secara kasuistik, dan di pihak para pencari keadilan, dalam setiap kesempatan yang diberikan kepadanya untuk membela dan mempertahankan hak serta kepentingannya dalam suatu proses pengadilan di Peradilan Agama.

Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum terapan di Pengadilan Agama dengan melihat permasalahan hukum (kasus) yang diajukan di pengadilan, maka hakim Peradilan Agama memikul tanggung jawab menegakkan kebenaran dan keadilan *inkonkreto* di dalam penerapan Kompilasi Hukum Islam, maka fungsi dan peran hakim adalah:¹⁶⁷ sebagai penentu Kompilasi Hukum Islam dalam kejadian *konkreto*, yang diwujudkan dalam bentuk putusan dan dalam putusan itu hakim mengkonkritisasi sifat umum dan abstraksi Kompilasi Hukum Islam. Pendekatan yang harus dilakukan hakim Peradilan Agama agar konkritisasi Kompilasi Hukum Islam melalui putusnya mewujudkan kebenaran dan keadilan adalah pendekatan problematik, yakni mencari penyelesaian perkara sesuai dengan permasalahan sengketa yang diajukan kepadanya. Jika tidak mendahulukan dan mengutamakan pendekatan sistem, dalam arti tidak boleh melihat perkara dari sistem dan rumusan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam semata-mata, tetapi harus mendahulukan pendekatan problem perkara tanpa mengabaikan pendekatan sistem dengan pendekatan lain, ketentuan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam tetap menjadi landasan rujukan

¹⁶⁷ *Ibid.*, hal. 33.

berpijak, namun membuka pintu terhadap perubahan nilai yang nyata tampak dalam dinamika kesadaran pergaulan hidup masyarakat.

Hakim Peradilan Agama diharuskan untuk melakukan penalaran dan penafsiran dalam penerapan pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam pada kasus kongkrit (*al-waqi'ah*) yang diperiksa dan diadilinya. Untuk memerankan kegiatan demikian dapat dipaparkan sebagai berikut:¹⁶⁸ (a) menafsirkan bunyi rumusan Kompilasi Hukum Islam dengan jalan memberi dan menentukan makna pasal, yang dapat dipergunakan menyelesaikan kejadian yang diperkarakan, artinya menetapkan makna kaidah atau pasal mana yang tepat diterapkan terhadap kasus yang diperkarakan. Jika ada pasal yang jelas dan rinci, maka pasal itu yang diterapkan apabila nilainya sesuai dengan problem kejadian yang diperkarakan, (b) dalam menghadapi rumusal pasal Kompilasi Hukum Islam yang bersifat sangat umum, hakim harus memberi isi kongkrit sesuai dengan kejadian perkara yang dipersengketakan, dan (c) dalam hal Kompilasi Hukum Islam belum mengatur hal yang dipersengketakan, maka hakim harus menambah sesuatu yang baru ke dalam Kompilasi Hukum Islam. Dalam kejadian seperti ini, hakim menciptakan hukum baru untuk menyelesaikan kejadian *konkreto*. Untuk itu dikatakan bahwa: "hakim haruslah berpandangan umum, menyeluruh, namun dalam penerapan hukum harus berpandangan yang bersifat khusus, secara kasuistik dan atau *inkonkreto*."

2.1.4. Legilasi Kompilasi Hukum Islam dan Pembangunan Hukum Islam di Indonesia serta Pemasyarakatan KHI

Dengan telah diundangkannya Undang-undang No. 7

¹⁶⁸ *Ibid.*, hal. 33-34.

Tahun 1989 Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 Tentang Peradilan Agama, ini berarti hukum Islam telah dikukuhkan secara sah sebagai bagian integral dari hukum nasional, sebagai satu konsekuensi dari penggunaan secara serentak tiga wawasan, yaitu wawasan kebangsaan, wawasan nusantara dan wawasan Bhinneka Tunggal Ika, yang berakibat bahwa hukum Islam merupakan salah satu sumber hukum nasional dengan Pancasila sebagai filter seperti halnya sumber-sumber hukum yang lain.

Dengan dikeluarkannya Kompilasi Hukum Islam (Inpres RI No. 1 tahun 1989), maka dalam hal hukum Keluarga umat Islam lebih mendapatkan kepastian hukum. Seperti yang diketahui, bahwa meskipun Peradilan Agama sudah ada di tanah air kita ini sejak sebelum kolonialis Belanda datang, tetapi sampai keluarnya Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 itu para hakim agama tidak mempunyai satu buku hukum yang baku dan seragam untuk seluruh wilayah Indonesia. Dalam menangani kasus yang diterimanya dari para pencari keadilan, sebagai rujukan para hakim itu kembali kepada kitab-kitab fikih yang puluhan jumlahnya dan yang ditulis para ahli hukum Islam ratusan tahun yang lalu dan bukan di Indonesia. Akibatnya dapat terjadi dua kasus yang serupa ditangani dua hakim yang berbeda yang mempergunakan kitab rujukan yang tidak sama, mendapatkan putusan yang sangat berlainan. Juga tidak jarang bahwa keputusan-keputusan tersebut tidak mencerminkan semangat keadilan yang sesuai dengan tata nilai masyarakat Indonesia.

Tasyri' Islami (legislasi Islam) dalam kajian tradisional mengandung dua pengertian:¹⁶⁹ *Pertama*, adalah sebagai ketetapan Allah dan Rasul. *Kedua*, adalah sebagai ketetapan berdasarkan interpretasi manusia yang dilakukan oleh para

¹⁶⁹ Rifyal Ka'bah, "Kodifikasi Hukum Islam Melalui Perundang-undangan Negara di Indonesia," dalam *Suara Uldilag Vol. II No. 5 September 2004*, hal. 54.

fuqaha sepanjang masa sejak zaman sahabat. *Tasyri'* berarti pembuatan hukum. Pembuat hukum dalam Islam adalah Allah dan Rasul. Karena itu ketetapan Allah dan Rasul disebut syari'ah, yaitu jalan yang digariskan kepada manusia. Hukum sebagai ketetapan Allah dan Rasul tidak boleh berubah, tetapi hukum kehidupan mengikuti perubahan untuk mengantisipasi perubahan tersebut, manusia juga dapat membuat hukum (fikih) baru berdasarkan prinsip-prinsip umum yang ditetapkan oleh syari'ah. Hukum jenis kedua ini, adalah hasil ijtihad para *mujtahid* atau pemahaman manusia terhadap hukum Allah yang disebut fikih.

Sistem hukum Indonesia mengikuti tradisi hukum Belanda, dan Belanda dan oleh karena pernah dijajah oleh Perancis mewarisi tradisi *civil law*. Ciri utama *civil law* adalah peraturan perundang-undangan yang terkodifikasi. Sementara itu hukum Islam walaupun mempunyai sumber-sumber tertulis dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan pendapat para *fuqaha'*, pada umumnya tidak terkodifikasi dalam bentuk buku perundang-undangan yang mudah dirujuk. Karena itu, hukum Islam di Indonesia seperti halnya hukum adat, dipandang sebagai hukum tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan.

Kompilasi Hukum Islam mencerminkan reformasi hukum Islam yang terdapat dalam fikih sebagai pegangan hakim Peradilan Agama, di samping itu hakim Peradilan Agama perlu melakukan reaktualisasi demi memelihara relevansi hukum Islam, pelaksanaan hukum itu dapat atau bahkan perlu berubah karena perbedaan waktu, lingkungan dan tempat peradaban. Juga dalam *kaidah fiqhiyah* terdapat kaidah bahwa kebiasaan atau tradisi dari suatu kelompok itu harus ikut terumuskan dalam penyusunan hukum, dan bahwa *'urf* atau budaya itu merupakan salah satu sendi hukum. Lain dari pada itu Pasal 229 KHI yang merupakan ketentuan penutup, dinyatakan: "hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai

hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya nanti sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Bunyi pasal tersebut merupakan tantangan dan sekaligus peluang bagi para hakim pada Pengadilan Agama. Mereka dituntut untuk ikut serta berkelanjutan dalam usaha “mempribumikan” hukum Islam di Indonesia, atau dengan perkataan lain untuk selalu berusaha menjaga relevansi hukum Islam yang universal dan abadi itu dengan kehidupan masyarakat Indonesia yang berkembang pesat.¹⁷⁰

Berkaitan dengan itu, para hakim sejak zaman Nabi Muhammad SAW. pasal-pasal yang jelas dari kitab undang-undang yang sudah baku, tetapi berdasarkan hukum umum yang disarikan dari al-Qur’an dan as-Sunnah. Dengan demikian dari sudut ini, sistem peradilan Islam lebih mirip dengan sistem peradilan dalam tradisi *common law* yang berlaku di Inggris.¹⁷¹ Fungsi hakim di peradilan Islam masa lalu mirip dengan fungsi hakim dalam tradisi *common law* sebagai *judges making law*. Mereka memutus perkara berdasarkan hukum yang hidup dalam masyarakat, misalnya seperti yang dipahami oleh para *jury* yang mewakili masyarakat dan yang diperlakukan sebelumnya oleh hakim-hakim terdahulu sehingga menjadi yurisprudensi, dan yang demikian itu menyangkut pentingnya ijtihad.

Ijtihad sebagai konsep dan metode menunjukkan dinamika hukum Islam. Ijtihad paling penting yang perlu dilakukan pada masa sekarang adalah ijtihad di lembaga legislatif, eksekutif dan yudikatif. Ketiga lembaga inilah yang mengendalikan kehidupan masyarakat di abad modern, khususnya di bidang hukum. Produk hukum yang lahir dari ketiga lembaga ini mempunyai kekuasaan memaksa dalam kehidupan warga

¹⁷⁰ Munawir Sjadzali, “Makna Undang-undang No. 7 Tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam sebagai Pembangunan Hukum Islam di Indonesia,” dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 4.

¹⁷¹ Rifyal Ka’bah, *op. cit.*, hal. 50.

negara.¹⁷²

Pelaksanaan hukum Islam dalam sebuah negara modern, maka *tasyri'* dalam pengertian lembaga ligeslasi negara perlu mendapat kajian yang mendalam. Di beberapa negara Arab, *syari'at* Islam merupakan sumber hukum, tetapi *tasyri'* negara masih banyak bersumber hukum asing. Masalah ini berhubungan dengan sejarah kolonialisasi oleh penjajah di masa lalu yang memaksakan sistem hukum dan pilitiknya di negara Islam. Umat Islam mendirikan negara berdasarkan konsep-konsep yang berkembang di dunia Barat, termasuk dalam bidang hukum. Syari'ah dan fikih memang selalu dipelajari dan diamalkan dalam tingkat kehidupan pribadi dan keluarga, tetapi tidak dalam konteks hukum modern yang membutuhkan kekuasaan negara untuk pelaksanaannya.¹⁷³

Persoalan besar dalam legislasi hukum Islam antara lain adalah ketiadaan pengalaman ijtihad dalam lembaga legislasi. Pertanyaan yang harus dijawab sekarang adalah bagaimana menghidupkan praktek ijtihad dalam lembaga perwakilan rakyat.¹⁷⁴ Untuk itu, di samping memiliki integritas kepribadian yang teruji, pertama-tama diperlukan anggota DPR yang berkualitas keilmuan yang tinggi dari berbagai disiplin. Dengan itu diharapkan para wakil rakyat mampu menyingkapkan hukum-hukum baru untuk pengaturan kehidupan bermasyarakat dan bernegara yang semakin lebih canggih di masa depan, yaitu hukum-hukum kehidupan berupa peraturan perundang-undangan yang sejalan dengan hukum-hukum Allah. Salah satu politik hukum dalam rangka kodifikasi perundang-undangan Islam adalah pengembangan konsep ijtihad kolektif di lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif, melalui pembentukan lembaga kajian hukum Islam. Anggotanya terdiri ahli-ahli hukum Islam yang mempunyai kodifikasi memadai untuk melakukan ijtihad

¹⁷² *Ibid.*, hal. 51.

¹⁷³ *Ibid.*, hal. 55.

¹⁷⁴ *Ibid.*, hal. 57-58.

kolektif secara maksimal.

Untuk itu dapat dikatakan, apakah suatu Kompilasi Hukum Islam identik dengan *tasyri' Islami*. Dilihat dari sudut tata hukum suatu kompilasi belum tentu identik dengan undang-undang. Karena yang dimaksud dengan istilah *tasyri'* ialah “peraturan perundangan yang disusun sesuai dengan landasan prinsip-prinsip yang terkandung dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasul”. Maka dilihat dari pengertian tersebut, materi hukum Islam yang disusun dalam Kompilasi hukum Islam, pada kekekatnya merupakan salah satu bentuk variasi dalam proses *tasyri' Islami* itu. Dengan demikian apabila dilihat dari sudut substansi (muatan hukumnya), maka Kompilasi Hukum Islam adalah merupakan satu bentuk *tasyri' Islami*.¹⁷⁵ Sebaliknya dilihat dari prosedur atau proses lahirnya yang tidak melalui DPR, maka ia tidak identik dengan suatu undang-undang. Namun perlu segera ditegaskan, apabila dikatakan demikian tidak berarti bahwa Kompilasi Hukum Islam tidak mempunyai kekuatan mengikat. Melalui Inpres RI No. 1 tahun 1991, Kompilasi Hukum Islam dapat dianggap mengikat instansi pemerintah yang berwenang terutama badan-badan Peradilan Agama di Indonesia dan masyarakat Islam yang membutuhkan penyelesaian perkara-perkara dalam bidang perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Daya pengikatnya tidak seperti undang-undang, tetapi lebih tinggi dari itu, pada kesadaran beragama Islam dan rasa tanggung jawab kepada Allah SWT.¹⁷⁶

Dengan demikian, apabila dilihat dalam konsideran huruf b Inpres RI No. 1 tahun 1991, dengan tegas dinyatakan bahwa Kompilasi hukum Islam dapat digunakan sebagai pedoman oleh instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya dalam menyelesaikan masalah-masalah di bidang perkawinan,

¹⁷⁵ H. M. Tahir Azhary, “ Kompilasi Hukum Islam sebagai Alternatif: Suatu analisis Sumber-sumber Hukum Islam, “ dalam *Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991*, hal. 6.

¹⁷⁶ *Ibid.*, hal. 6.

kewarisan dan perwakafan. Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa Kompilasi Hukum Islam dapat berfungsi: (1) sebagai pedoman bagi instansi pemerintah, secara implisit yang dimaksudkan antara lain adalah lembaga-lembaga atau badan-badan Peradilan Agama sesuai kewenangan yang dimiliki menurut UU No. 7 Tahun 1989 Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006, sebagai pedoman dan mengikat bagi hakim Peradilan Agama. Juga Kompilasi Hukum Islam sebagai hukum materiil atau hukum terapan di Pengadilan Agama, (2) dilihat dari segi unifikasi hukum, Kompilasi Hukum Islam dapat pula berfungsi sebagai suatu kitab hukum yang mengakhiri berbagai ragam sumber hukum Islam yang selama ini berasal dari kitab fikih, dengan lahirnya Kompilasi Hukum Islam tersebut, maka para hakim Peradilan Agama dapat dengan mudah dan sangat praktis merujuk pada Kompilasi Hukum Islam. Seperti diketahui membaca kitab kuning tidak semua orang dapat melakukannya. Kecuali itu pendekatan yang digunakan melalui kitab fikih itu mungkin sudah tidak atau kurang relevan dengan keadaan masa kini. Dengan demikian, Kompilasi Hukum Islam dilihat dari sudut ini dapat pula dipandang sebagai salah satu alat rekayasa dalam pembaharuan hukum Islam di Indonesia, sesuai dengan kebutuhan masyarakat modern dalam era pembangunan nasional.¹⁷⁷

Dengan demikian maka Kompilasi Hukum Islam dapat dijadikan sumber hukum Islam, dan ia dibangun berdasarkan ijihad dengan menggunakan *al-ra'yu*. Ia mengatur bidang *mu'amalat* yang dapat terus dikembangkan, sedangkan bidang *mu'amalat* yang diatur dalam al-Qur'an dan Sunnah Nabi hanya meletakkan prinsip-prinsip pokok atau dasar, yang aplikasinya masih memungkinkan untuk dikembangkan oleh manusia melalui sumber hukum yang ketiga yaitu *al-ra'yu*.

Dilihat dari sudut al-Qur'an dan Sunnah Rasul, materi

¹⁷⁷ *Ibid.*, hal . 3.

yang disusun dan dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam, meskipun tidak menyebut ayat-ayat al-Qur'an dan sumber-sumber Hadits, namun kompilasi tersebut sudah dapat dipastikan bersumber dari dan mengacu kepada al-Qur'an dan Sunnah Rasul melalui buku-buku fikih yang ditulis para ahli fikih (*fuqaha*) pada masa yang lalu. Kecuali itu, terdapat pula hal-hal yang mungkin belum diatur dalam al-Qur'an dan Sunnah Rasul. Dilihat dari segi ini, maka masalah itu dipecahkan melalui ijtihad dengan menggunakan *al-ra'yu*, baik ijtihad individu (*fardhi*) maupun ijtihad kolektif (*jama'i*). Misalnya Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam ayat (1) berbunyi: "ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173". Ketentuan tersebut dapat dianggap merupakan suatu kaidah hukum baru dalam hukum Islam. Dengan perkataan lain, ia dapat dikualifikasikan sebagai hasil ijtihad.¹⁷⁸

Di bawah ini akan disampaikan tentang hal-hal yang menyangkut pemasyarakatan Kompilasi Hukum Islam. Kehadiran Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan rangkaian dari fenomena sejarah hukum nasional yang dapat mengungkap makna ganda kehidupan masyarakat Islam Indonesia, terutama tentang:¹⁷⁹ (1) adanya norma hukum yang hidup dan ikut serta bahkan mengatur interaksi sosial, (2) aktualnya dimensi normatif akibat terjadinya eksplanasi fungsional ajaran Islam yang mendorong tuntutan terpenuhinya kebutuhan hukum, (3) responsi struktural secara lebih dini terjadi sehingga pada akhirnya tersusun sebuah rancangan Kompilasi Hukum Islam, dan (4) alim ulama Indonesia mengantisipasi ketiga hal di atas dengan kesepakatan bahwa Kompilasi Hukum Islam adalah rumusan tertulis dari hukum Islam yang hidup dalam

¹⁷⁸ *Ibid.*, hal. 3.

¹⁷⁹ Abdul Gani Abdullah, "Pemasyarakatan Inspres No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thun. III 1992*, hal. 1.

masyarakat di tengah kondisi hukum dan masyarakat Indonesia.

Berkaitan dengan itu, lebih lanjut mengenai bagaimana memasyarakatkan atau menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam. Sekurang-kurangnya tiga hal yang dapat dicatat dengan InsPRES No. 1 tahun 1991 dan Keputusan Menteri Agama No. 154 tahun 1991, yaitu:¹⁸⁰ (1) perintah menyebarluaskan Kompilasi Hukum Islam tidak lain dari pada kewajiban masyarakat Islam untuk mengfungsionalisasikan eksplanasi ajaran Islam sepanjang yang mengenai normatif sebagai hukum yang harus hidup dalam masyarakat, (2) rumusan hukum dalam Kompilasi Hukum Islam berupaya mengakhiri persepsi ganda dari keberlakuan hukum Islam, dan (3) menunjuk secara tegas wilayah keberlakuan Kompilasi Hukum Islam dengan sebutan instansi pemerintah dan masyarakat yang memerlukannya, dalam kedudukan sebagai pedoman penyelesaian masalah di tiga bidang hukum dalam Kompilasi Hukum Islam.

Berbicara masalah pemasyarakatan (sosialisasi) Kompilasi Hukum Islam, pada hakekatnya merupakan bahasan mengenai masalah berfungsinya hukum Islam dalam masyarakat Indonesia yang tercakup dalam bahasan sosialisasi hukum Islam di Indonesia. Di dalam teori hukum, dibedakan antara empat macam unsur berlakunya hukum sebagai norma. Empat unsur itu adalah:¹⁸¹

- (1) norma hukum tersebut berlaku secara filosofis, artinya sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi. Di dalam hukum Islam dikenal *maqashid al-syari'ah* dan *asrarut tasyari'* yang rumusannya dibentuk melalui *al-qawaid al-fiqhiyah*,
- (2) norma hukum berlaku secara yuridis atau *ushuliyah*, yaitu

¹⁸⁰ *Ibid.*, hal. 1-2.

¹⁸¹ Sjechul Hadi Permono, " Sosialisasi InsPRES No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992*, hal. 2.

apabila penentuannya didasarkan pada norma yang lebih tinggi tingkatannya dan dibentuk menurut metoda yang benar. Dalam hal hukum Islam, tentu saja berdasarkan al-Quur'an dan as-Sunnah, dengan memakai istinbath melalui ilmu *ushul fikih* dan *qawaidh al-fiqhiyyah*,

- (3) norma hukum berlaku secara legis, *legality* atau *qanuniyah*, artinya norma tersebut dapat dipaksakan berlakunya oleh pemerintah walaupun belum diterima oleh masyarakat. Jadi norma hukum itu dilembagakan melalui prosedur perundang-undangan, yang dikenal dalam hukum Islam dengan "*taqnin*", dan
- (4) norma hukum berlaku secara sosiologis atau *waqi'ah ijtima'iyah*, apabila norma tadi berlaku karena diterima dan diakui oleh masyarakat, karena keberadaan hukum hidup di tengah masyarakat. Hukum Islam di Indonesia sebagian besar dalam bentuk ini, yakni diterima oleh sebagian masyarakat Islam Indonesia, tetapi belum dalam bentuk perundang-undangan.

Dari keempat unsur tersebut, supaya hukum Islam dapat berfungsi dalam masyarakat membutuhkan faktor pendukung, berupa fasilitas yang dapat mendukung pelaksanaan hukum Islam tersebut. Dalam hal ini, berfungsinya Kompilasi Hukum Islam tergantung pada hubungan yang serasi antara KHI (sebagai perangkat aturan hukum), aparat penegak hukum (hakim Peradilan Agama) dan kesadaran hukum masyarakat yang diartinya. Kepincangan pada salah satu unsur akan mengakibatkan bahwa seluruh sistem akan terkena pengaruh negatifnya.

Bagaimana Kompilasi Hukum Islam itu dapat berfungsi dalam masyarakat, untuk itu diperlukan proses pelembagaan hukum, agar menjadi bagian dari suatu lembaga sosial. Pelembagaan merupakan suatu proses di mana norma Kompilasi Hukum Islam itu dapat diketahui, dipahami, dinilai, dihargai, dijiwai dan ditaati oleh masyarakat, sehingga menjadi budaya

dalam masyarakat. Masyarakat akan menghargai Kompilasi hukum Islam, kalau mereka benar-benar yakin bahwa hukum tersebut (KHI) benar-benar menjamin kemaslahatan hidupnya di dunia dan akhirat (*hasanah fiddunya wa hasanah fil akhirah*). Jadi proses sosialisasi ini adalah penyuluhan kesadaran Kompilasi Hukum Islam, untuk menanamkan pengertian pada masyarakat bahwa hukum Islam (KHI) itu merupakan sistem fasilitas dan dibutuhkan oleh mereka, karena hukum Islam (KHI) lah yang akan mengantarkan mereka ke tujuan untuk mencapai *maslahat* di dunia dan akhirat. Karena masyarakat akan menghargai hukum Islam (KHI) kalau mereka benar-benar yakin bahwa hukum Islam (KHI) tersebut menjamin kedamaian dan kesejahteraan hidupnya yang diistilahkan "*maslahat*", baik *maslahat* individu (*maslahat fardi*) maupun *maslahat* sosial (*maslahat mujtama'i*).¹⁸²

Jadi tugas hukum Islam (KHI) dalam bidang ini adalah sebagai sarana perubahan, merupakan "*al-alatut taghyir*" (*agent of change*), sarana pembentuk, penentu, pelopor perubahan terhadap perilaku hukum masyarakat. Salah satu proses sosialisasi hukum itu harus dilakukan melalui penyelenggaraan pendidikan hukum, baik pendidikan hukum formal, yang diselenggarakan yang berupa program-program penyuluhan sebagai salah satu bentuk kegiatan pendidikan non formal bidang hukum. Adapun tujuan penyuluhan hukum adalah sebagai berikut:¹⁸³ (1) menjadikan masyarakat paham hukum Islam (KH) dalam arti memahami ketentuan-ketentuan yang terkandung dalam pereturan hukum (KHI) yang mengatur kehidupannya sabagai orang-perseorangan, dan (2) membina dan meningkatkan kesadaran hukum warga masyarakat sehingga setiap warga taat pada hukum secara sukarela tanpa dorongan atau paksaan dari siapapun melaksanakan hak dan kewajibannya sebagaimana ditentukan oleh hukum.

¹⁸² *Ibid.*, hal. 3.

¹⁸³ *Ibid.*, hal. 3.

Dengan demikian, maka pemasyarakatan Kompilasi Hukum Islam dapat dilakukan melalui jalur:¹⁸⁴

- (1) Jalur struktural, yaitu instansi pemerintah menjadi jalur penyebarluasan dengan dan kandungan yakni turut serta menyebarluaskan dan memasyarakatkan KHI disamping mepedomaninya bagi yang memerlukan. Dari sana terlihat bahwa instansi pusat dan rentang vertikalnya memegang peranan serta terutama seluruh jajaran Departemen Agama. Penyuluhan dan pengenalan KHI menjadi salah satu alternatif yang tepat,
- (2) Jalur pendidikan, meliputi pendidikan formal dan non formal. Pada jalur pendidikan tingkat dasar dan menengah dilakukan dengan memasukkan KHI ke dalam buku teksnya meliputi nama pedoman bagi masyarakat Islam untuk menyelesaikan masalah perkawinan, kewarisan dan perwakafan. Tingkat pendidikan tinggi mengantisipasi KHI dengan menempatkannya sebagai salah satu bagian dari isi silabus dalam mata kuliah hukum Islam atau hukum keluarga Islam terutama pada Fakultas Hukum. Khusus Fakultas Syari'ah di samping *fikih munakahat* dan *fikih mawaris* juga perlu ditambah mata kuliah hukum perkawinan nasional. Jalur pendidikan non formal dapat digunakan seperti pengajian, kursus keahlian atau proresi seperti advokat, kepada juru dakwah atau *muballig* dapat diperankan sebagai orang yang amat berpengaruh bagi pemasyarakatan KHI.
- (3) Jalur pemasyarakatan KHI melalui organisasi sosial kemasyarakatan dan keagamaan. Di sini dimaksudkan agar pemimpin masyarakat dan agama Islam dapat menjadi penyanggah penyampaian KHI kepada kelompok atau *jama'ahnya* sehingga dapat berperan aktif turut

¹⁸⁴ Abdul Gani Abdullah, Pemasyarakatan Inpres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, *op. cit.*, hal. 4-5.

menyebarkan KHI,

- (4) Jalur media masa, dapat berperan besar dalam membentuk opini masyarakat pembaca. Dalam kaitan dengan pemyarakatan KHI, media masa dapat membentuk opini masyarakat pembaca sejalan dengan norma substansi KHI. Salah satu bentuk yang dapat ditawarkan adalah kesediaannya untuk memuat secara bertahap isi KHI atau dalam bentuk yang lebih baik,
- (5) Jalur publikasi bebas, di sini dimaknakan dengan penerbitan buku saku tentang KHI atau dalam bentuk analisis atau komentar. Demikian pula untuk perluasan jangkauan pemyarakatan, KHI dapat diterjemahkan ke dalam berbagai bahasa asing, khusus bagi konsumsi pondok pesantren dan negara Arab, KHI perlu diterjemahkan ke dalam bahasa Arab, dan
- (6) Jalur kalangan profesi, dapat meliputi profesi hakim, pengacara, konsultan hukum dan notaris. Bagi kalangan ini diharapkan dapat menggunakan KHI pada bantuannya menyelesaikan permasalahan perkawinan, kewarisan dan perwakafan bagi mereka yang memerlukannya. Bagi notaris yang menyelesaikan secara notariat pembagian harta warisan, KHI dapat menjadi sumber tekstualnya.

2.2. Ijtihad Hakim Peradilan Agama

2.2.1. Pengertian dan Relevansi Ijtihad dalam Pengembangan Hukum Islam

Ijtihad dalam Islam seperti yang dikutip oleh Amir Mu'allim sebagaimana dikatakan oleh Iqbal mengandung pengertian *the principle of movement*-daya gerak kemajuan umat

Islam. Ijtihad merupakan kunci dinamika ajaran Islam, termasuk bidang hukumnya.¹⁸⁵

Kehidupan yang serba kompleks ini tidak pernah berakhir perubahan dan dinamikanya dan yang abadi itu perubahan dan dinamika itu sendiri. Hukum yang sudah dibuat dalam bentuk undang-undang atau hukum Islam dalam bentuk produk akal akan selalu kondisional dan ketinggalan atas perubahan dan dinamika kehidupan masyarakat yang dialaminya. Hukum (Islam) tidak pernah dapat tuntas menjawab permasalahan hukum yang terjadi di dalam masyarakat, atau dengan kata lain hukum telah selesai pembuatannya, tetapi kehidupan tidak pernah selesai perubahan dan dinamikanya. Apakah hukum (Islam) yang sudah selesai pembuatannya itu dapat menjawab persoalan kehidupan masyarakat yang tidak pernah selesai?

Untuk dapat menjawab persoalan di atas, perlu pengembangan hukum Islam dan pentingnya atau relevansinya ijtihad untuk menjawab tantangan zaman. Ini dapat dilihat di awal kebangkitan Islam, umat Islam memperlihatkan semangat ijtihad yang tinggi dan didasarkan kepada keahlian di bidang hukum Islam. Sejalan dengan itu, maka tiga setengah pasca wafat Rasulullah SAW. merupakan perupakan periode formatif bagi hukum Islam. Kendali perkembangan hukum Islam yang pesat tersebut berada pada tangan para mujtahid yang tangguh dan handal dalam bidang ini.

Salah satu yang perlu dicatat, bahwa dalam usaha menggali makna al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah SAW. serta rahasia-rahasia hukum yang terkandung di dalamnya para mujtahid telah merumuskan metodologi ijtihad. Berkat penerapan metode ijtihad itulah hukum Islam berkembang dalam sejarah. Metodologi ijtihad itu saat ini dikenal dengan

¹⁸⁵ Amir Mu'allim, Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, *op. cit.*, hal. 13.

istilah “*ushul fikih*”. Melalui metodologi ini, al-Qur’an dan Sunnah Rasulullah di samping dapat dikembangkan dari segi kebahasaannya, juga dikembangkan dari segi substansinya. Perkembangan hukum Islam dari segi substansinya lebih besar kepastiannya dalam menampung masalah-masalah baru. Di samping itu, dengan berpegang kepada *ushul fikih* seorang *mujtahid* dapat memastikan posisi akal pikirannya dalam memahami wahyu, mana yang harus diterima apa adanya dan mana yang boleh atau harus melalui proses pemikiran akal. Dengan demikian, maka dinamika hukum Islam sesungguhnya terletak pada kontak antara faktor keluwesan hukum Islam sendiri di satu pihak dan faktor dinamika, kreativitas, keahlian para ulama, serta faktor metodologi yang mereka gunakan pada pihak lain. Ketiga faktor tersebut telah berjalan harmonis sepanjang sejarah pembentukan hukum Islam dan masa tiga setengah abad setelah Rasulullah Wafat.¹⁸⁶

Seiring dengan tuntutan keadaan pada abad modern ini, orang sudah semakin mendambakan sebuah sistem hukum dan perangkat-perangkatnya yang dapat memenuhi tuntutan mereka, maka perumusan metodologi ijtihad yang kontekstual menjadi hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi. Kemampuan untuk mengembangkan ide-ide wahyu sangat diperlukan, terutama ketika seorang ahli hukum Islam berhadapan dengan masalah-masalah baru, akibat dari perubahan dan perkembangan sosial di kalangan umat Islam. Usaha yang sungguh-sungguh dalam pemikiran hukum Islam itu, tentu saja dipahami sebagai ekspresi dari seorang muslim yang telah terkondisi oleh doktrin wahyu yang menurut sifatnya memberi peluang kepada akal pikiran manusia untuk mengembangkannya.

Sikap kesungguhan dalam berijtihad dimaksudkan hanyalah dalam pengertian keleluasaan dalam ruang lingkup yang

¹⁸⁶ Ahmad Tholabi Kharlie, “Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam,” dalam *Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001*, hal. 79.

diizinkan oleh *syari'at* atau dalam ruang lingkup yang secara metodologis dapat diakui. Dalam kerangka tersebut akal pikiran mempunyai peluang, di satu sisi untuk memahami ayat-ayat hukum dan Sunnah Rasulullah yang menurut sifatnya dan kenyataannya amat banyak yang berkehendak kepada daya ijtihad, dan di sisi lain untuk mewujudkan tata cara bagaimana ide-ide tersebut terwujud menjadi tatanan hidup umat manusia. Dua hal tersebut, yaitu menyimpulkan ide-ide wahyu dan bagaimana mewujudkannya menjadi tatanan hidup manusia, menjadi lapangan bagi daya nalar manusia.

Ada empat tingkatan mujtahid disebutkan oleh Abu Zahrah dalam *kitab ushul fikih* yang telah dikutip oleh Satria Effendi M. Zein, sebagai berikut:¹⁸⁷

- a. *Mujtahid mustaqil*, yaitu seorang *mujtahid* yang mampu *mengistinbatkan* hukum dari sumber aslinya tanpa terikat dengan pendapat *mujtahid* lain, dan dalam praktek *istinbatnya* mempunyai rumusan metodologi (*ushul fikih*) sendiri. Umpamanya para *mujtahid* yang empat, yaitu: Abu Hanifah, Imam Malik, Imam Syafi'i, dan Ahmad bin Hambal;
- b. *Mujtahid muntasib*, yaitu *mujtahid* yang dalam *mengistinbatkan* hukum terikat dengan metodologi *imam mujtahid mustaqil* tertentu, meskipun dari ijtihadnya tidak mesti sama dengan hasil ijtihad Imam mazhab. Contohnya, Abu Yusuf dari kalangan Hanafiyah, Al-Mujani dari kalangan Syafi'iyah, Ibnu Abdil Hakam dari kalangan Malikiyah, dan Ibnu Taimiyah dari kalangan Hambaliyah. Tokoh-tokoh tersebut dalam berijtihad terikat dengan metodologi Imamnya masing-masing, sedangkan dalam masalah *furu'* (hasil ijtihad) banyak yang berbeda dengan hasil ijtihad Imam mazhabnya;

¹⁸⁷ Satria Effendi M. Zein, "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 11 Thn. IV 1993*, hal. 29.

- c. *Mujtahid fil mazhab*, yakni seorang *mujtahid* yang terikat dengan Imam *mazhab* tertentu, baik dalam metodologi *istinbat*, maupun dalam hasil ijtihad. Ia disebut *mujtahid*, karena usaha ijtihadnya dalam memecahkan hukum masalah baru yang hukumnya tidak diperoleh dalam fikih mazhabnya. Dalam hal ini, ia menggunakan metode *istinbat Imam mazhab* yang dianutnya;
- d. *Mujtahid murajjih*, yaitu seorang *mujtahid* yang mengadakan ijtihad dalam bentuk *muqarranah* (perbandingan) antara pendapat-pendapat yang berbeda di kalangan ulama, menilai mana yang lebih kuat dalilnya. Tetapi mereka tidak pernah melakukan ijtihad dalam memecahkan masalah baru.

Mujtahid yang bagaimana di antara *mujtahid* di atas yang hendak diwujudkan masa kini. Yang paling ideal untuk diwujudkan di masa kini adalah *mujtahid* yang disebut pertama, yaitu *mujtahid mustaqil*. Namun bilamana tingkatan seperti itu sulit dicapai, maka setidaknya dapat diwujudkan satu model ahli hukum Islam yang independen, baik dalam metodologi maupun dalam hasil ijtihad. Artinya, dalam mengfungsikan warisan fikih-mazhab-mazhab, ia tidak terikat *mazhab* tertentu dan dalam ijtihad memecahkan masalah baru ia memakai metode *ushul fikih* gabungan dari berbagai aliran, sanggup memilih mana yang lebih relevan dengan masa kini.¹⁸⁸

Penguasaan dan wawasan metodologi sangat-sangat penting dalam upaya gagasan pembaharuan hukum Islam. Kita lebih cenderung untuk mendalami hukum Islam (fikih) yang siap pakai, dibanding mendalami metodologi bagaimana fikih itu terbentuk dan bagaimana membentuk fikih baru.¹⁸⁹ Metodologi sebagai pedoman seorang *mujtahid* untuk menarik hukum dari sumbernya. Kemampuan daya nalar diperlukan, karena untuk berijtihad diperlukan dua macam kemampuan, yaitu

¹⁸⁸ *Ibid.*, hal. 29.

¹⁸⁹ *Ibid.*, hal. 30.

kemampuan untuk memahami atau mengetahui maksud syari'ah (*maqashid al-syari'ah*) dan kemampuan untuk menetapkan hukum berdasarkan maksud syari'ah itu. Untuk itu menurut Syathibi yang dikutip Satria Effendi M. Zein, yaitu seorang harus memiliki *malakat*, yaitu semacam bakat untuk berpikir serius, karena dengan itu kemampuan tersebut di atas dapat dipenuhi. Adapun kesungguhan dalam menggali warisan *ushul fikih* zaman silam diperlukan, karena dengan itu berbagai aliran *ushul fikih* dapat dijadikan bahan pilihan mana yang lebih layak untuk diterapkan.

Relevansi ijtihad untuk menjawab perkembangan zaman dalam upaya pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan "*tafaqquh fiddin*" yang mencakup atau meliputi semua segi pemahaman ajaran Islam dengan sarasannya adalah "*af'alul mukallafin*" atau dengan kata lain sarasannya adalah manusia dan masyarakatnya. Perilaku dan kegiatan manusia serta dinamika dan perkembangan masyarakatnya yang semula merupakan gambaran nyata dari *af'alul mukallafin*, yang ingin dipolakan dalam tata nilai yang menjamin tegaknya suatu kehidupan beragama dan masyarakat yang *shalih* (baik). Demikian juga realitas sosial sebagai dasar pertimbangan berijtihad.¹⁹⁰ Misalnya ijtihad Umar bin Khattab yang tidak menerapkan hukuman *had* kasus pencurian pada waktu pakeklik. Realitas sosial budaya yang berkembang pada suatu wilayah bukan saja bisa mempengaruhi penilaian para *fuqaha* terhadap data-data hukum dari sumber-sumber subsidi seperti *qiyas*, *'urf*, *adat*, *istihsan*, *masalahah* dan sebagainya, tetapi juga bisa mempengaruhi penafsiran mereka terhadap *nash-nash*

¹⁹⁰ Amir Mu'alim, *Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial, Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar Bidang Ilmu Fiqh*, Disampaikan di depan Sidang Senat Terbuka Universitas Islam Indonesia, 17 Juni 2006, hal. 5.

syara' dalam al-Qur'an dan al-Sunnah.¹⁹¹

Studi komprehensif yang telah dilakukan oleh pakar hukum Islam seperti al-qadhi Hasan, Imam Subki, Imam Ibnu Abd. Salam dan Imam Suyuthi, merumuskan bahwa kerangka dasar/ umum dari hukum Islam (fikih) itu adalah:¹⁹² (1) kepastian (*al-yaqin la yurfa'u bissyak*), (2) kemudahan (*addhararu yuzal wal masyaqqatu tajlibu taisir*), dan (3) kesepakatan bersama yang sudah mantab (*al-'adah muhakkamah*). Di samping penciptaan hukum yang aktual dan kontekstual sesuai kaidah (4) perkara itu sesuai dengan niatnya (*al-umuru bi maqashidiha*). Dan pola umum dari hukum Islam (fikih) itu ialah: *Kemaslahatan (i'tibarul mashalih)*.

Keterkaitan hukum Islam (fikih) dengan kehidupan nyata dan dinamis lebih dapat terbaca bila mana kita menelusuri cara-cara interpretasi yang menghubungkan suatu hukum dengan latarbelakang kontekstual lingkungannya yaitu dengan mempertimbangkan/memperhatikan apa yang disebut *asbab nuzulil ayah* dan *asbab wurudil hadits*. Demikian pula bilamana kita menelusuri cara-cara pemecahan yang ditempuh oleh ahli hukum Islam (*fuqaha*) dengan adanya tingkat-tingkat pemecahan *lid dharurah* dan/atau *lil hajah* begitu juga dengan adanya tingkat-tingkat *mashlahah dharuriyyah*, *hajiyah* dan *tahsiniyah*. Ini berarti bahwa kondisi-kondisi kontekstual mulai dari yang terburuk sampai dengan yang terbaik, turut dipertimbangkan dalam penerapan suatu ketentuan hukum *syar'i*.

Dari gambaran sepintas yang ditangkap di atas dapat dilihat seberapa jauh kontekstualisasi hukum Islam (fikih) itu telah berkembang dan bahwa tidak ada sesuatu hukum Islam (fikih) yang tekstual, terlepas dari konteks *asbab, syuruth dan*

¹⁹¹ *Ibid.*, hal. 7.

¹⁹² Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh," dalam *Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994*, hal. 2.

mawani'.¹⁹³ Para ulama mulai dari angkatan sahabat sampai pada *fuqaha mutaakhirin* tidak pernah berhenti dalam mengembangkan hukum Islam (fikih). Setelah *tasyri'* berakhir dengan wafatnya Rasulullah SAW. segera periode *tadwin* menyusul di mana unsur-unsur fikih (hukum Islam) itu diolah dengan metode ijtihad yang mengembangkan *ijma'*, *qiyas* dan *istiqra'*. Seterusnya dalam *periode tahzib* disempurnakan sistematikanya dan mengalami beberapa reformulasi sampai pada pembakuan formatnya. Seterusnya periode *taqlid* yang berlangsung cukup lama hasil-hasil yang telah dicapai pada periode-periode sebelumnya, dapat dipertahankan sehingga dapat diwariskan kepada periode *taqnin* yang kini telah berkembang.

Dalam studi hukum (Islam) dan masyarakat, terdapat kajian tentang upaya peningkatan fungsi hukum Islam (fikih) dalam kehidupan masyarakat dengan menampilkan citranya yang memungkinkan ia menyambung dengan kondisi umum dunia masa kini, yang *mashlahah* dan *hajahnya* sudah berkembang demikian rupa terutama bidang *mu'amalat*. Karena hukum Islam (fikih) tetap dan senantiasa merupakan unsur penting dalam kehidupan beragama dan bermasyarakat.¹⁹⁴

Oleh karena terdapat perubahan dan perkembangan kehidupan masyarakat yang sangat kompleks, maka perlu pengembangan studi hukum Islam khususnya di perguruan tinggi umum seperti Fakultas Hukum di Indonesia. Apalagi semakin mantapnya wewenang yang dimiliki Peradilan Agama dalam bidang perkawinan, kewarisan, perwakafan, dan ekonomi syari'ah dapat dijadikan kajian tentang hukum positif Islam di Indonesia. Melihat yang demikian, maka terdapat perkembangan studi hukum Islam di Fakultas Hukum, seperti (1) hukum Kewarisan Islam, (2) hukum perorangan dan kekeluargaan

¹⁹³ *Ibid.*, hal. 3.

¹⁹⁴ *Ibid.*, hal. 5.

Islam, (3) hukum peradilan agama, (4) hukum zakat dan wakaf, (5) hukum ekonomi syari'ah, (6) hukum asuransi syariah, (7) hukum pasar modal syari'ah, (8) hukum perbankan syari'ah, (9) hukum perjanjian Islam, dan sebagainya di samping mata kuliah hukum Islam itu sendiri yang merupakan kajian asas-asas hukum Islam sampai kajian metodologi pengembangan hukum Islam yang merupakan kajian fondasi sebelum ke tahap kajian yang disebutkan di atas.

Di samping studi hukum Islam, perlu juga studi pengembangan masyarakat Islam (*Islamic Community Development*) berkait langsung Undang-undang Peradilan Agama dengan melihat beberapa indikator, yaitu:¹⁹⁵ (1) bahwa dalam masyarakat itu terdapat hukum Islam yang menjadi bagian dari kesadarannya, (2) anggota masyarakat yang menjadi sasaran studi dan pengembangan adalah yang konsern dengan hukum itu, (3) tingkah laku dan interaksi sosial mereka diwarnai oleh tradisi keislaman sehingga budayanya memiliki nilai religiusitas yang tinggi, (4) di dalam masyarakat itu selalu terjadi proses transformasi intelektual atau reintroduksi hukum Islam baik informal melalui peradilan, dan (5) dalam masyarakat itu dijumpai adanya kesatuan tujuan untuk mewujudkan masyarakat yang diridhai Allah SWT.

Dari penjelasan di atas terlihat betapa pentingnya kajian hukum Islam, luas dan akrab dengan perubahan dan perkembangan masyarakat Islam. Jurusan ekonomi Islam terkait dengan berkembangnya hukum ekonomi melalui indikator ekonomi yang maju pesat. Maka dapat dikatakan bahwa pada tahun 2020 akan bertemu masyarakat ekonomi maju di mana di dalamnya terdapat masyarakat Islam dengan sumber daya manusia yang telah memahami permasalahan dan lingkup aplikasi ekonomi Islam, dan sejalan dengan studi pengembangan

¹⁹⁵ Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1995*, hal. 10.

masyarakat yang berorientasi pada lingkup masyarakat Islam. Suatu hal yang patut dicatat bahwa studi hukum Islam yang bersifat "*fiqhiyah*" telah terusik segi-segi sakralitasnya. Kedinamisan Hukum Islam makin dijadikan patokan bagi pengembangan hukum Islam dan seharusnya pula hal itu memberi sinyal kepada hakim pengadilan dalam lingkungan Peradilan Agama lebih berani memasuki arena aktualisasi segi-segi normatif dari ajaran agama Islam.¹⁹⁶

2.2.2. Ijtihad Hakim Peradilan Agama

Berdasarkan Pancasila dan UUD 1945 terdapat tiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara, yaitu cita-cita membangun dan mewujudkan (1) keadilan sosial, kesejahteraan umum atau kemakmuran rakyat, dan (2) tatanan masyarakat dan pemerintahan yang demokratis dan mandiri, dan (3) masyarakat dan pemerintahan berdasarkan hukum. Apabila ketiga tujuan tersebut dikaitkan dengan citra hukum yang diharapkan sebagai perwujudan cita hukum (*rechtsidee*), maka hukum merupakan instrumen untuk memwujudkan ketiga sendi utama tujuan berbangsa dan bernegara tersebut.

Kaitan dengan itu, maka terdapat dua dimensi utama pembangunan citra hukum yang sesuai dengan sendi, falsafah dan cita bernegara dan berbangsa, yaitu:¹⁹⁷(1) bangunan kaidah hukum yang berisi dan sekaligus menjadi instrumen keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum, (2) bangunan penerapan dan penegakan hukum yang berkehendak

¹⁹⁶ *Ibid.*, hal. 12.

¹⁹⁷ Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum," dalam *Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998*, hal. 39.

dan memegang prinsip bahwa penerapan dan penegakan hukum harus dalam upaya memberikan dan mewujudkan keadilan sosial, demokrasi dan negara berdasarkan atas hukum.

Dengan memperhatikan hal tersebut di atas, maka harus dilakukan usaha-usaha membangun citra hukum sesuai dengan cita hukum secara integral, baik yang berkaitan langsung maupun tidak langsung dengan hukum. Usaha-usaha tersebut meliputi:¹⁹⁸

- (1) di bidang materi hukum, cita hukum hanya dapat dibangun apabila materi hukum berisi aturan-aturan yang menjamin dan mendorong terwujudnya keadilan sosial, masyarakat yang demokratis dan mandiri serta masyarakat dan negara berdasarkan atas hukum,
- (2) bidang penerapan dan penegakan hukum. Citra hukum hanya dapat dibangun apabila dapat dihilangkan unsur mengemukanya kekuasaan penyelenggara dan diganti dengan kekuasaan hukum,
- (3) harus ada dorongan untuk menumbuhkan masyarakat yang lebih egaliter baik dalam bidang sosial, budaya, ekonomi, maupun politik, sehingga tercipta masyarakat yang benar-benar duduk sama rendah dan berdiri sama tinggi,
- (4) membangun dan menempatkan profesi hukum sebagai kesatuan yang benar-benar independen dari kekuasaan pemerintah maupun politik yang ada,
- (5) membangun aparat penerap hukum yang bersih dari korupsi dan kolusi dalam melaksanakan tugas-tugasnya,
- (6) meninjau kembali segala susunan aparatur penerapan dan penegakan hukum dengan cara lebih memfungsikan berbagai instansi penerapan dan penegakan hukum yang sesuai dengan tata penyelenggaraan pemerintahan yang

¹⁹⁸ *Ibid.*, hal. 39.

normal, dan

- (7) pembaharuan secara menyeluruh sistem pendidikan hukum baik yang terstruktur dalam lembaga pendidikan hukum maupun di luar pendidikan hukum, sebagai tempat menyiapkan sumber daya manusia yang akan mendukung citra hukum.

Tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum merupakan instrumen kontrol untuk mengetahui ketepatan dan kekurangan suatu kaidah hukum untuk menjadi masukan bagi penyempurnaannya. Dengan demikian akan terjadi hubungan dinamis dan fungsional yang terus menerus antara kaidah hukum dengan tindakan dan putusan dalam penerapan dan penegakan hukum. Hubungan tersebut hanya akan terjadi apabila terdapat persamaan arah antara pembentuk hukum dengan penerapan dan penegakan hukum, dan dari ini maka pentingnya penerapan hukum Islam yang tidak dapat lepas dari ijtihad hakim Peradilan Agama dalam membangun citra dan cita hukum (*maqashid al-syari'ah*) yang diinginkan, yaitu keadilan.

Dengan demikian kedudukan hakim dalam penegakan hukum merupakan suatu nikmat yang agung, karena dengan itu keadilan Allah dapat ditegakkan di muka bumi. Begitu tingginya kedudukan hakim, tentu ada hubungannya dengan kemampuan untuk menegakkan keadilan. Apa yang dijanjikan oleh Allah SWT. Dalam sebuah ayat al-Qur'an (*Qs. 5:42*) yang maksudnya: "Dan apabila engkau memutuskan suatu perkara, putuskanlah antara mereka secara adil. Bahwa sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berbuat adil". Hal ini dapat dipenuhi apabila terpenuhinya persyaratan untuk menduduki jabatan hakim, baik yang menyangkut moral, maupun yang menyangkut

kemampuan intelektual.¹⁹⁹

Suatu hal yang mendasar dengan moral adalah kemampuan hakim untuk berbuat adil. Pengertian adil secara khusus dalam bidang ini diartikan sebagai kemampuan seorang hakim untuk menyelesaikan suatu perkara secara obyektif. Pengertian adil tersebut, oleh ahli hukum Islam dipandang sebagai manifestasi dari sikap adil dalam arti luas yang tertanam pada diri seseorang. Sikap adil seseorang dapat dikaitkan dengan sikapnya sehari-hari, suatu potensi internal bagi seseorang yang mampu mengarahkannya kepada sikap hidup yang positif, mengantarkannya pada suatu akhlak yang mulia dalam kehidupan sehari-hari. Sikap adil juga dapat dilihat ketaatan seseorang dalam menjalankan agamanya. Seorang yang dalam sehari-seharinya taat menjalankan agamanya, sudah dapat dianggap adil, karena dengan itu diduga akan lebih kecil kemungkinan berlaku curang dalam mengadili. Adanya persyaratan sikap adil bagi seseorang hakim mudah dipahami, karena dengan itu keadilan dapat ditegakkan. Seorang hakim mampu memberikan ketauladanan yang positif bagi umat. Di samping itu, tugas hakim bukan hanya semata-mata menyelesaikan suatu sengketa, tetapi juga berusaha setidaknya mengurangi terjadinya sengketa.

Adapun persyaratan adanya kemampuan intelektual, berarti bahwa seorang yang akan menjadi hakim perlu mempunyai kemampuan untuk berijtihad. Dengan demikian, kedua aspek tersebut, yakni aspek moral dan aspek intelektual saling melengkapi dalam melaksanakan tugas seorang hakim. Keduanya antara aspek moral dan aspek kemampuan intelektual merupakan suatu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, apabila keduanya tidak saling menyatu mengakibatkan kepincangan dalam memutus suatu perkara yang diajukan kepada hakim yang

¹⁹⁹ Satria Efendi M. Zein, "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 10 Thn. 10 1993*, hal. 39.

menangani perkara yang diajukan kepada hakim tersebut.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad bagaimana yang dibutuhkan bagi seorang hakim (Peradilan Agama). Islam adalah agama terakhir bagi umat manusia. Allah Maha Bijaksana dan Maha Mengetahui watak dan kebutuhan manusia ciptaan-Nya yang bersifat dinamis, realistik dan berkembang. Hal ini mengandung pengertian bahwa Islam yang dinyatakan sempurna di akhir hayat Rasulullah itu, benar-benar agama yang memiliki dinamika yang amat tinggi, yang mampu menampung segala persoalan yang ditimbulkan oleh perubahan dan perkembangan sosial. Dengan itu ajaran Islam dapat berlaku sepanjang masa, dalam berbagai kondisi dan lingkungan.

Sejalan dengan itu, seorang ulama besar pendiri *mazhab*, Imam Syafi'i R.A. pernah mengumandangkan prinsip tersebut dalam karyanya yang terkenal *Ar-Risalah*, bahwa tiap-tiap peristiwa yang terjadi pada diri seorang muslim pasti akan didapati hukumnya dalam wahyu Allah.²⁰⁰ Persoalannya adalah, bahwa wahyu sebagai sumber hukum itu, baik yang termaktub dalam al-Qur'an maupun yang berupa Hadits yang beberapa waktu kemudian dikodifikasikan, yang menyangkut hukum kuantitatif sangat terbatas jumlahnya. Dari jumlah yang terbatas itu, khususnya yang menyangkut ibadah, walaupun pada umumnya yang disebutkan dalam al-Qur'an hanyalah pokok-pokoknya saja. Adapun dalam bidang mu'amalah, hanya sebagian kecil yang disebut secara tegas dan rinci. Kebanyakannya berupa prinsip-prinsip dasar secara singkat yang dalam pelaksanaannya memerlukan aturan tambahan, dan ada pula yang berbentuk teks-teks yang tergolong tidak tegas yang memerlukan penafsiran. Maka dengan ini, terlihat dengan jelas urgensi ijtihad dalam hukum Islam.

Kata ijtihad berasal dari kata kerja dasar "*jahada*" yang berarti bersungguh-sungguh, mencurahkan segala kemampuan,

²⁰⁰ *Ibid.*, hal. 41.

atau menanggung beban. Ijtihad menurut arti bahasa adalah usaha optimal untuk mencapai suatu tujuan, atau menanggung beban berat.²⁰¹ Adapun menurut arti istilah ialah sebagai usaha pemikiran secara maksimal dari ahlinya dalam menemukan suatu kebenaran dari sumbernya dari berbagai bidang ilmu keislaman.

Secara khusus ijtihad dalam bidang fikih (hukum Islam) istilah ini diartikan sebagai usaha pikiran secara optimal dari ahlinya, baik dalam menyimpulkan hukum fikih dari al-Qur'an dan Sunnah, maupun dalam penerapannya. Batasan di atas menegaskan adanya dua bentuk ijtihad, yaitu: (1) ijtihad dalam menyimpulkan hukum dari sumbernya, dan (2) ijtihad dalam penerapan hukum. Ijtihad dalam bentuk pertama biasa disebut *ijtihad istinbati*, sedangkan ijtihad dalam bentuk kedua dikenal dengan *ijtihad tatbiqi*. Dengan *ijtihad istinbati*, seorang *mujtahid* mampu menarik rumusan fikih, baik dari ayat al-Qur'an dan Hadits yang pada kenyataannya memerlukan daya pikir untuk memahaminya, maupun dari prinsip-prinsip atau tujuan umum *syari'at Islam*. Kemudian, rumusan fikih (hukum Islam) yang dihasilkan ijtihad itu, pada gilirannya hendak diterapkan kepada suatu masalah yang kongkrit. Usaha penerapan hukum ini, perlu pula kepada satu bentuk ijtihad, yaitu *ijtihad tatbiqi*.

Ijtihad bentuk yang kedua ini, adalah dalam bentuk penelitian secara cermat terhadap suatu masalah di mana hukum hendak diterapkan. Ijtihad bentuk ini diperlukan, untuk menghindari kekeliruan dalam penerapan hukum. Dalam *ijtihad istinbati*, kandungan ayat atau Hadits perlu dipahami secara teliti, baik mengenai bentuk hukum maupun tujuan (*maqashid al-syari'ah*) nya. Setelah itu melalui *ijtihad tatbiqi*, perlu pula secara teliti mengetahui permasalahan di mana hukum hendak diterapkan. Karena amat banyak masalah yang muncul pada permukaannya kelihatannya mirip dengan masalah-masalah

²⁰¹ *Ibid.*, hal. 42.

yang dimaksudkan dalam al-Qur'an dan Sunnah, atau rumusan *fikih mazhab*. Namun, apabila diteliti secara seksama bisa jadi tidak sama disebabkan inti permasalahannya berbeda, sehingga hukumnya harus berbeda pula, sehingga di sini pentingnya *ijtihad tatbiqi*.

Mengenai kedudukan hakim di Indonesia diatur dalam kekuasaan kehakiman. Adapun kekuasaan kehakiman menurut Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 merupakan kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Dalam Undang-undang Republik Indonesia No. 4 tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman, Pasal 16 ayat (1) dinyatakan: "Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya".

Hakim adalah pejabat negara yang berfungsi sebagai berikut, yaitu:²⁰²

1. Mengadili atau memberikan keadilan dengan melakukan kegiatan dan tindakan: (a) menelaah lebih dahulu tentang kebenaran peristiwa yang diajukan kepadanya, (b) mempertimbangkan dengan memberikan penilaian atas peristiwa itu serta menghubungkannya dengan peristiwa yang berlaku, dan (c) memberikan suatu kesimpulan dengan menyatakan suatu hukum terhadap peristiwa itu. Dalam melakukan peradilan, pengadilan harus mengadili berdasarkan hukum yang berlaku meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Hakim tidak boleh menolak untuk

²⁰² Taufiq, "Ijtihad Hakim Agama," Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990, hal. 2.

mengadili suatu perkara dengan alasan bahwa hukumnya tidak jelas. Di samping itu, hakim dalam mengadili tidak boleh membeda-bedakan orang dan wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

2. Menegakkan hukum, yaitu melaksanakan hukum yang berlaku dengan dukungan rasa keadilan yang ada pada dirinya.
3. Membentuk hukum, sebab peraturan perundang-undangan itu bersifat umum serta tidak dapat mencakup semua peristiwa dan keadaan yang sedang atau akan terjadi dalam masyarakat. Maka pembentukan hukum tidak hanya digantungkan kepada pembuat peraturan perundang-undangan, tetapi juga hukum itu dapat dikembangkan melalui putusan hakim di pengadilan.

Menurut Ilmu hukum, ada tiga pandangan mengenai fungsi hakim, pandangan tersebut, yaitu:²⁰³

1. Pandangan dari aliran *legisme*, yaitu pandangan yang menyatakan bahwa fungsi hakim hanya melakukan pelaksanaan undang-undang saja dengan cara "*juridische sylogisma*" yaitu suatu *deduksi logis* dari suatu perumusan yang luas (*proposisi mayor*) kepada suatu keadaan khusus (*proposisi minor*), sehingga pada kesimpulan;
2. Pandangan dari "*freie rechts beweging*", yang menyatakan bahwa hakim berfungsi menciptakan hukum, maka ia dalam melaksanakan fungsinya tersebut tidak harus terikat oleh undang-undang;
3. Pandangan dari "*rechts vinding*", yang menyatakan bahwa fungsi hakim yaitu melakukan "*rechts vinding*", yaitu menyelaraskan undang-undang pada tuntutan zaman.

²⁰³ *Ibid.*, hal. 3.

Dalam menerapkan peraturan perundang-undangan, terlebih dahulu hakim harus menafsirkan peraturan perundang-undangan. Menurut ilmu hukum ada tiga aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan, yaitu:²⁰⁴

1. Aliran *tekstual*, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan, pertama-tama dengan mengerahkan usaha untuk mengetahui kehendak hakiki dari pembuat undang-undang itu. Untuk itu dapat digunakan teknik tafsir gramatikal, sistematis, historis dan *utility*. Kemudian apabila tidak terdapat ketentuan yang mengatur kasus yang dihadapi hakim, maka ia memperkirakan sikap pembuat peraturan perundang-undangan apabila dihadapkan masalah tersebut;
2. Aliran kontekstual atau historis, yaitu cara menafsirkan peraturan perundang-undangan sesuai dengan perkembangan sosial, politik dan ekonomi ketika penafsiran dilakukan dan bukan dengan jalan memperkirakan kehendak pembuatnya, tetapi dengan berpegang pada kehendak yang mungkin pada pembuatnya; dan
3. Aliran *ilmiah*, yaitu cara menafsirkan dengan: (a) berpegang pada *teks*, (b) apabila yang pertama tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada sumber hukum lainnya yang sah, dan (c) apa bila yang kedua tidak dapat dilaksanakan, maka berpegang pada inti dari peraturan perundang-undangan serta sumbernya dan faktor-faktor yang mempengaruhi sehingga lahir norma hukum.

Dari aliran dalam menafsirkan peraturan perundang-undangan di atas, hakikatnya adalah upaya untuk melakukan ijtihad dalam penerapan keadilan, dengan demikian hakim pada Pengadilan Agama dalam melakukan fungsinya, yaitu berupaya melakukan "*social engineering*" sekaligus mempertahankan

²⁰⁴ *Ibid.*, hal. 6.

“social order”.

Upaya ijtihad dalam penerapan hukum dalam suatu kasus (*ijtihad tatbiqi*) tidak pernah terputus sepanjang masa, selama umat Islam bertikad baik untuk menerapkan ajaran Islam ke dalam kehidupan. Untuk itu pada diri seorang hakim harus terdapat dua kemampuan, yaitu kemampuan untuk menguasai hukum yang berkaitan dengan *“ijtihad istinbati”* dan kemampuan untuk menerapkannya dalam suatu kasus yang ditangninya disebut *“ijtihad tatbiqi”*.

Di bawah ini akan dijelaskan ijtihad hakim Peradilan Agama yang berkaitan dengan *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqi*, sebagai berikut:

1. *Ijtihad istinbati*. Penguasaan hukum bagi seorang hakim merupakan syarat mutlak yang harus dapat dibuktikan. Penguasaan hukum meliputi penguasaan terhadap hukum Islam yang secara eksplisit tercantum dalam al-Qur'an dan Sunnah dan kemampuan berijtihad dalam menyimpulkan hukum dari kedua sumber tersebut. Ijtihad hakim memuat hasil *ijtihad* dalam bentuk putusan pengadilan (yurisprudensi). Berbeda dengan hasil ijtihad para *mujtahid* teoritis (yang bukan hakim) akan menemukan beberapa perbedaan, di antaranya di mana hasil ijtihad para hakim yang *mujtahid* itu terbebas dari fikih pengandaian yang tidak praktis, seperti yang banyak terdapat pada hasil ijtihad para *mujtahid teoritis*. Perbedaan itu disebabkan, selain kecenderungan seorang hakim untuk berpikir secara praktis, juga setiap hasil ijtihad mereka memang didasarkan atas kasus-kasus yang pernah diangkat di pengadilan. Sedangkan di pihak lain, para *mujtahid teoritis* lebih cenderung kepada pengembangan ilmu fikih secara ideal, baik yang sudah pernah terjadi, maupun yang diduga akan terjadi. Dengan demikian, *fikih iftiradli* (pengandaian) berkembang pesat dalam produk para *mujtahid teoritis*. Hakim agama telah dibekali dengan buku pedoman khusus seperti Kompilasi

Hukum Islam (KHI).

Kaitan dengan ini, maka hakim dapat berijtihad berupa kemampuan untuk menafsirkan dan mengembangkan hukum yang sudah tersedia. Dengan kemampuan ijtihad seperti ini diharapkan seorang hakim tidak akan “kehilangan akal” dalam menghadapi berbagai perkara, yang bisa jadi pada suatu kasus secara eksplisit hukumnya tidak tersebut dalam Kompilasi Hukum Islam. Usaha pengembangan hukum dalam undang-undang biasa disebut dengan: *Takhrijul ahkam ‘ala nashshil qanun*, yakni pengembangan berdasarkan teks undang-undang. Metode yang digunakan antara lain dengan analogi (*qiyas*) dalam arti, bilamana inti permasalahannya sama, maka hukumnya dapat disamakan pula. Pada *analogi* bentuk ini, yang akan dijadikan *maqis ‘alaih* (asal tempat mengqiyaskan) bukan hanya teks al-Qur’an dan as-Sunnah, tetapi *teks* hukum yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang pada hakikatnya juga disimpulkan dari al-Qur’an dan as-Sunnah. Untuk mencapai kemampuan ini, perlu penguasaan terhadap metodologi hukum Islam, seperti *ushul fikih* dan *qawa’id fiqhiyah*. Dengan penguasaan bidang ini, hakim akan menemukan berbagai metode lain untuk penafsiran dan pengembangan prinsip hukum.²⁰⁵

Selain Kompilasi Hukum Islam (KHI) para Hakim Pengadilan Agama dapat dibantu dengan literatur-literatur kitab fikih yang ada. Dengan merujuk kepada kitab-kitab fikih klasik, setidaknya para hakim akan mendapatkan gambaran jalan pikiran bagaimana menafsirkan dan mengembangkan suatu prinsip hukum, disamping tidak tertutup kemungkinan akan ditemukan rumusan hukum yang cocok dengan suatu perkara yang belum tercantum dalam Kompilasi Hukum

²⁰⁵ Satria Effendi M. Zein, “Ijtihad dan hakim Peradilan Agama,” *op. cit.*, hal. 48.

Islam (KHI).

2. *Ijtihad tatbiqi*. Ijtihad dalam bentuk ini berupa ijtihad penerapan hukum. Setelah *mujtahid* betul-betul mengetahui bentuk hukum *syar'i*, selanjutnya harus mampu menerapkannya secara benar pada suatu kasus yang dihadapi. Di sini yang diperlukan adalah, kemampuan seorang dalam melihat suatu kasus, bentuk hukum yang bagaimana yang cocok untuk diterapkan. Ijtihad dalam bentuk ini adalah menyangkut dengan pengamalan *syari'at* Islam ke dalam kehidupan kongkrit. Ijtihad dalam bentuk ini tetap relevan sepanjang waktu, selama umat Islam hendak mengamalkan agamanya. Hakim sebagai penerap hukum tidak cukup dengan penguasaan hukum saja, tetapi juga mempunyai kemampuan untuk menerapkannya secara benar. Dengan demikian seorang hakim disamping menguasai hukum juga berkemampuan dan ketajaman pandangannya dalam melihat suatu kasus dan latar belakangnya, serta mempunyai kemampuan dalam membedakan mana pernyataan yang benar dan yang bohong, yang hak dan yang batil.

Obyek kajian ijtihad bentuk ini bukan lagi al-Qur'an dan Sunnah, tetapi kasus-kasus yang dihadapi dan manusia dengan segala hal ihwalnya. Cara kerja *ijtihad tatbiqi* bagi seorang hakim merupakan suatu seni tersendiri. Semakin banyak mengadili perkara, semakin tinggi daya *ijtihad tatbiqinya*. Oleh sebab itu, *qadhi* Ghawts bin Sulaiman seorang hakim terkenal di penghujung abad ke dua di Mesir itu, sebelum ia diangkat menjadi hakim, sekian lama ia lebih dahulu berpengalaman di sebuah pengadilan. Setelah ia menjadi hakim, ia terkenal sebagai hakim yang tajam pandangannya dalam melihat permasalahan.²⁰⁶ Pada suatu hari ke pengadilan yang dipimpinnya datang beberapa orang

²⁰⁶ *Ibid.*, hal. 50.

melaporkan, bahwa beberapa orang bersaudara hampir saja bertumpahan darah disebabkan dipihak wanita tidak setuju jika harta warisan orang tuanya dibagi dua berbanding satu antara anak laki-laki dan perempuan. Hakim Ghawts lalu memanggil ahli waris yang laki-laki agar mau berdamai dan merelakan harta warisan untuk dibagi sama banyak antara laki-laki dan perempuan. Akhirnya pihak laki-laki menyetujui. Namun putusan yang diambil *qadhi* Ghawts ini diprotes oleh sebagian ulama pada waktu itu, karena membuat suatu kesepakatan untuk menyalahi ketentuan al-Qur'an.

Dari kasus di atas, hakim Ghawts mengemukakan dua alasan, yaitu:²⁰⁷ *Pertama*, dalam menerapkan suatu hukum harus melihat kepada dampak yang ditimbulkannya. Khusus pada kasus tersebut, bila mana kita tetap bertahan menetapkan ketentuan dua berbanding satu akan menimbulkan dampak negatif yang berbahaya, yaitu pertumpahan darah yang bertentangan dengan tujuan *syari'at* untuk mewujudkan ketenteraman. Keputusan seperti ini sudah pasti tidak dapat diperlakukan secara umum, tetapi khusus kepada kasus-kasus tertentu di nama *mafsadat* yang diakibatkan penerapan hukum itu akan lebih besar dibandingkan dengan *maslahat* dari penerapan hukum itu sendiri. Di sini terlihat hakim Ghawts secara jeli memakai metode "*an-nadzoru ilal-ma'alat*", yaitu suatu metode yang memberi petunjuk bahwa seorang hakim dalam menerapkan hukum hendaklah melihat kepada dampak negatif dari suatu penerapan hukum. Bilamana dampak negatifnya akan lebih besar dibanding dengan *maslahatnya*, maka hakim perlu secara bijaksana mencari alternatif lain untuk memecahkannya, yang tetap berpegang kepada al-Qur'an dan as-Sunnah.

Kedua, bahwa kasus tersebut ia tidak merasa telah

²⁰⁷ *Ibid.*, hal. 50 – 51.

menyalahi ketentuan al-Qur'an, karena jalan damai yang diambilnya itu adalah petunjuk al- Qur'an. Jadi apa yang dilakukannya itu tidak lebih dari perpindahan dari satu ketentuan kepada ketentuan lain yang masih dalam petunjuk al-Qur'an, disebabkan adanya pertimbangan khusus dalam kasus tersebut. Dari alasan- alasan yang yang dikemukakan hakim Ghawst itu dapat dipahami, bahwa apa yang dilakukannya itu tidak dapat diperlakukan secara umum. Ia hanya berlaku pada kasus tertentu yang menghendaki kebijaksanaan tertentu pula. Dalam hal ini, sebagai seorang hakim, qadhi Ghawst telah mengfungsikan *ijtihad tatbiqi* secara bijaksana.²⁰⁸

2.2.3. Pengembangan Hukum Materiil dan Yurisprudensi Pengadilan Agama

Selama ini berbagai upaya telah dilakukan untuk memperkokoh kedudukan peradilan yang mengadili perkara khusus umat Islam. Untuk memantapkan kedudukan dan peranannya sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman di Indonesia, untuk itu tidak ada salahnya kalau memantapkan ke depan, melihat kemungkinan pengembangan hukum materiilnya.

Peradilan Agama seperti disebutkan di atas, adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman dalam negara Republik Indonesia dan karena itu pula pengembangan hukum materiilnya seyogyanya dilakukan dalam bingkai dan mengacu pada kerangka acuan pembangunan hukum nasional. Bertitik dari pandangan demikian, uraian berikut adalah penelusuran peluang

²⁰⁸ *Ibid.*, hal. 51.

yang ada di dalamnya untuk mengembangkan hukum materiil Peradilan Agama yang akan dipergunakan dalam proses pemberian keadilan berdasarkan hukum Islam (syari'ah) kepada orang-orang Islam di Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama di bawah pembinaan dan pengawasan teknis Mahkamah Agung.

Secara umum, dalam pembentukan dan pengembangan hukum materiil itu perlu diindahkan ketentuan yang memenuhi nilai-nilai sebagai berikut, yaitu: (1) nilai filosofis, yang berintikan rasa keadilan dan kebenaran, (2) nilai sosiologis, yang sesuai dengan tata nilai yang berlaku dalam masyarakat baik yang menyangkut budaya dan agama, dan (3) nilai yuridis, yang sesuai dengan ketentuan perundang-undangan yang berlaku. Untuk itu perlu dilakukan penataan (yang relevan) antara lain dengan penyusunan program dan atau proyek pengembangan Peradilan Agama (termasuk pengembangan hukum materiilnya) secara terarah dan terpadu, meningkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama, meningkatkan pembinaan, pengukuhan kedudukan dan peranan yurisprudensi sebagai sumber hukum, serta memperluas penyebaran yurisprudensi Peradilan Agama tidak hanya terbatas pada badan peradilan Agama saja, tetapi juga kepada kalangan penegak hukum di Peradilan Agama, perguruan tinggi dan masyarakat luas.

Hukum materiil yang hendak dikembangkan di Pengadilan Agama adalah hukum perdata Islam mengenai (a) perkawinan, (b) kewarisan, wasiat, hibah, (c) wakaf dan shadaqah, sesuai kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang No. 7 tahun 1989 kepada Pengadilan Agama untuk memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara di bidang tersebut. Hukum ini telah dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam di Indonesia dan telah pula disebar luaskan sesuai dengan Instruksi Presiden No. 1 tahun 1991 melalui Keputusan Menteri Agama Republik Indonesia No. 154 tahun 1991, tanggal

22 Juli 1991. Kewenangan Pengadilan Agama tersebut di atas dikembangkan oleh Undang-undang No. 3 tahun 2006 Tentang Perubahan atas Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, yaitu: Tentang Hukum Ekonomi Syari'ah, yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung.

Kompilasi Hukum Islam (KHI), sesuai dengan konsiderans Instruksi Presiden dimaksud bersifat terbuka untuk dikembangkan, sesuai dengan perkembangan zaman dan pemenuhan kebutuhan hukum umat Islam Indonesia.²⁰⁹ Pengembangan hukum materiil Peradilan Agama termasuk dalam kategori dimensi pembaharuan, yaitu usaha untuk melengkapi dan menyempurnakan hukum materiil Peradilan Agama yang kini dihimpun secara sistematis dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI dan Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah yang dikeluarkan oleh Mahkamah Agung. Ini berarti bahwa dalam pengembangan hukum materiil Peradilan Agama, kita melengkapi apa yang belum ada dalam kompilasi itu dan menyempurnakan apa yang sudah ada di dalamnya.

Dilihat dari perangkat hukum nasional, disiplin hukum yang dikembangkan di lingkungan Peradilan Agama seperti telah disebutkan di atas, adalah hukum kekeluargaan, hukum kewarisan, hukum kesejahteraan sosial (termasuk hukum perwakafan di dalamnya), serta hukum ekonomi Islam (syari'ah). Disamping itu, perlu ditingkatkan kualitas pembentukan hukum melalui yurisprudensi Peradilan Agama. Peningkatan kualitas yurisprudensi peradilan Agama ini sangat tergantung pada kualitas dan wawasan hakim peradilan agama sebagai penegak hukum dan keadilan dalam menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat muslim.²¹⁰ Yurisprudensi adalah keputusan-keputusan hakim, adakalanya berupa

²⁰⁹ Mohammad Daud Ali, "Pengembangan Hukum Materiil Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*, hal. 7.

²¹⁰ *Ibid.*, hal. 7.

yurisprudensi tetap dan yurisprudensi tidak tetap. Yurisprudensi tetap terjadi karena rentetan keputusan atau beberapa keputusan yang sama, yang disebut "*standaardarresten*", yaitu keputusan yang dijadikan dasar bagi peradilan untuk memutus perkara yang sama. Dalam suatu *standaardarresten* hakim dengan jelas memberi penjelasan tentang suatu hal yang menimbulkan keraguan di kalangan ahli, karena itu *standaardarresten* menjadi pegangan yang teguh para ahli dan pengadilan, bahkan kadang kala lebih teguh dari peraturan perundang-undangan, apalagi kalau isi dan tujuan peraturan perundang-undangan itu tidak lagi sesuai dengan keadaan, dan karena itu pula tidak lagi memenuhi kebutuhan hukum masyarakat.

Untuk itu hakim tidak boleh menolak memeriksa dan mengadili suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak atau kurang jelas, melainkan wajib memeriksa dan mengadilinya. Ini berarti bahwa hakim sebagai organ kelengkapan pengadilan dianggap mengetahui dan memahami hukum. Kalau ia tidak menemukan hukum tertulis atau hukum tertulis itu kurang atau tidak jelas ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya berdasarkan hukum tidak tertulis itu atau memberi tafsiran terhadap hukum tertulis yang tidak jelas tersebut sebagai orang yang bijaksana, bertanggung jawab penuh mengenai keputusannya kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, bangsa dan negara.

Peraturan perundang-undangan biasanya hanya menentukan aturan yang bersifat umum saja, sedang pertimbangan tentang hal-hal kongkrit diserahkan kepada hakim. Ini berarti bahwa dalam hukum atau peraturan perundang-undangan ada ruang kosong yang dapat diisi oleh hakim, cara mengisinya dapat dilakukan dengan konstruksi, yakni pembuatan pengertian hukum baru yang sesuai dengan hukum yang bersangkutan. Oleh karena itu dalam sistem satu hukum tidak ada pertentangan

karena semuanya merupakan suatu kesatuan yang logis, maka kalau hakim mengisi ruang kosong dalam hukum atau peraturan perundang-undangan, mengisi kekosongan itu tidak boleh bertentangan dengan pokok sistem hukum itu sendiri. Melakukan konstruksi, adalah mempergunakan akal secara logis dan sistematis dan konstruksi itu dilakukan oleh hakim kalau ia harus menjalankan hukum atau peraturan perundang-undangan.

Dengan demikian, kedudukan dan peran yang dilakukan oleh hukum Islam dalam pembangunan hukum nasional dan pengembangan hukum Islam sendiri, bahwa pengembangan hukum Islam dapat juga dipakai sebagai sumber bahan baku pembangunan hukum di Indonesia, selain ijtihad bersama melalui perundang-undangan, juga dapat pula dilakukan melalui yurisprudensi. Apalagi melihat keadaan obyektif masyarakat muslim Indonesia dan pengalaman pengembangan hukum Islam melalui “ijtihad bersama” di lembaga perwakilan rakyat tidak mudah, maka jalan yang paling baik untuk ditempuh dalam pengembangan hukum Islam adalah jalur yurisprudensi peradilan Agama. Pengalaman menggali asas-asas dan kaidah hukum Islam untuk dijadikan bahan baku penyusunan dan pengembangan hukum nasional melalui yurisprudensi terbukti berhasil dengan baik waktu pembuatan Kompilasi Hukum Islam dahulu yang kini berlaku secara nasional dan karena itu merupakan bagian dari hukum nasional Indonesia.

Pengembangan hukum Islam melalui yurisprudensi adalah perlu dan baik, karena yurisprudensi itu selain dari menggambarkan keadilan yang tumbuh dan berkembang dalam masyarakat, juga selaras dengan kesadaran hukum masyarakat muslim Indonesia, asal saja para hakim Peradilan Agama yang membuat yurisprudensi itu, selain dari paham benar tentang hukum Islam juga memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum pada umumnya yang terdapat dalam masyarakat.

Sebagai akibat perubahan kehidupan, maka terjadi perubahan yang cukup besar dalam bidang sosial, politik,

ekonomi dan budaya. Perubahan tersebut juga terjadi dalam lingkungan kehidupan keluarga. Kaum perempuan sekarang ini telah mendapat kesempatan untuk memasuki semua jenis, jalur dan jenjang pendidikan, sebagaimana kaum lelaki. Demikian halnya juga mereka memasuki semua lapangan pekerjaan. Mereka rata-rata tidak melangsungkan perkawinan sebelum mereka menyelesaikan studi mereka dan mendapatkan pekerjaan. Maka umur kawin rata-rata bagi laki-laki 30 tahun dan bagi perempuan 25 tahun.

Berkat kemajuan teknologi banyak pekerjaan yang dahulu hanya dapat dikerjakan oleh istri, sekarang ini dilakukan oleh suami. Di samping itu fungsi keluarga yang dahulu pernah dimilikinya seperti fungsi ekonomi banyak telah hilang. Dominasi suami dalam keluarga berangsur-angsur tergeser. Mobilitas keluarga meningkat dengan cepat. Akibatnya keluarga modern rata-rata hanya menghendaki keluarga kecil. Perubahan-perubahan internal keluarga tersebut, di samping adanya globalisasi mengakibatkan adanya perubahan hukum keluarga. Dalam masyarakat modern struktur keluarga lebih condong ke arah keluarga inti. Kedudukan perempuan sederajat dengan kedudukan laki-laki.²¹¹

Hampir di semua masyarakat Islam modern telah terjadi pembaharuan hukum keluarga, seiring dengan perubahan sosial yang berdampak pada keluarga. Batas minimal umur seorang untuk dapat melangsungkan perkawinan di batasi, demikian pula seorang suami dapat melangsungkan poligami apabila dapat ijin pengadilan dan dengan syarat-syarat tertentu, bahkan di Tunisia poligami dilarang. Orang yang melakukan perkawinan poligami diancam dengan pidana penjara maksimal 2 tahun. Di Siria seorang suami yang mentalak istrinya tanpa dasar yang dibenarkan oleh *syari'at* dapat dihukum oleh pengadilan untuk

²¹¹ Taufiq, "Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994*, hal. 2.

menjamin mantan istrinya dengan nafkah selama 1 tahun. Di Pakistan seorang suami yang mentalak istrinya harus mendaftarkannya kepada pejabat yang ditunjuk dalam jangka waktu 90 hari dan apabila tidak didaftarkannya, maka talak tersebut tidak mempunyai akibat hukum. Sedang di sebagian besar di dunia Islam talak hanya dapat dilaksanakan di sidang pengadilan.²¹²

Hukum kewarisan di sebagian negara Islam memberikan bagian tertentu kepada keturunan anak perempuan dan ahli waris pengganti melalui hibah wasiat. Sementara ini hukum kewarisan negara-negara Islam lainnya memberikan kedudukan yang sama kepada ahli waris keturunan anak perempuan dengan keturunan anak laki-laki. Anak perempuan dapat *menghijab* saudara laki-laki dan perempuan sebagaimana anak laki-laki. Pembaharuan hukum tersebut dilakukan melalui pembentukan undang-undang tentang hukum keluarga, dengan cara memilih pendapat mazhab dan melakukan ijtihad baru.

Hukum perkawinan Islam yang termuat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara garis besar merupakan hasil pembaharuan hukum perkawinan Islam tidak tertulis berasal dari fikih Islam dengan mengdaptasikannya dengan konteks masyarakat Islam Indonesia modern. Demikian pula hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum kewarisan Islam tidak tertulis secara garis besar. Dari segi bentuk ia perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Dari segi isi perlu dikembangkan antara lain mengenai kedudukan keturunan anak perempuan, *hajib mahjub*, pengaturan tentang derajat keturunan yang dapat menjadi ahli waris pengganti, pengaturan tentang anak angkat dan sebagainya.

Hukum hibah dan wasiat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) hanya merupakan hukum hibah dan wasiat Islam tidak

²¹² *Ibid.*, hal. 3.

tertulis secara garis besar. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum hibah dan wasiat tersebut perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis, sedangkan dari segi isi perlu disesuaikan dengan perkembangan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara Indonesia modern.

Hukum perwakafan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagian merupakan hukum tertulis, yaitu mengenai perwakafan tanah milik dan sebagian lain merupakan hukum perwakafan Islam tidak tertulis. Oleh karena itu dari segi bentuk, hukum perwakafan tersebut perlu dikembangkan dan sekarang sudah diundangkan Undang-undang Perwakafan menjadi hukum tertulis. Sedangkan dari segi isi, perlu dikembangkan dan disesuaikan dengan perkembangan administrasi dan hukum harta kekayaan Indonesia modern.

Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak memuat hukum tertulis maupun tidak tertulis mengenai *shadaqah*. Oleh karena itu dari segi isi masih perlu penggalian dan pengembangan hukum *shadaqah* tidak tertulis dan kemudian perlu dikembangkan ke arah hukum tertulis. Ekonomi syari'ah menjadi wewenang absolut Peradilan Agama, sampai sekarang belum mempunyai hukum materiil tentang hukum ekonomi syari'ah, maka ke depan dari segi isi perlu penggalian dan diserasikan dengan kehidupan perekonomian masyarakat dan dari segi bentuk perlu dikembangkan ke arah hukum yang tertulis.

Dari butir-butir di muka telah dikaji pengembangan hukum terapan Peradilan Agama dari segi kebutuhan hukum. Lalu bagaimana jika dikaji dari syari'ah, yang norma syari'ah itu bukan merupakan dokumen legislatif, tetapi merupakan "deklarasi etika dasar Islami",²¹³ maka para hakim dan ahli hukum menciptakan aturan-aturan baru untuk menangani berbagai masalah hukum (kasus) yang muncul dari waktu ke waktu. Setiap hakim atau ulama menawarkan pendapat atau

²¹³ *Ibid.*, hal. 4.

pemecahan perkara dengan mengikuti cara masing-masing. Hasil-hasil pemikiran ahli hukum Islam tersebut yang merupakan *resultante* antara wahyu dengan penalaran (*ra'yu*) yang disebut fikih, dengan karakteristik antara lain:²¹⁴

1. Ia selalu disajikan sebagai suatu yang unik yang tidak bisa dibandingkan dengan kebudayaan-kebudayaan lain. Tetapi sebetulnya fikih itu sangat banyak dipengaruhi oleh hukum dan yurisprudensi Rowawi Bizantium.
2. Fikih mula-mula berkembang secara kasuistis, tanpa rencana dan sistem, karena itu fikih tidak mempunyai teori, mengenai hukum, politik atau ekonomi, selain yang dikembangkan oleh Imam Syafi'i.
3. Fikih kurang memberi kebebasan kepada para *fukaha*, karena situasi politik sepanjang sejarah Islam, dan
4. Ada kekurangan independensi ijtihad, disebabkan oleh faktor luar. Keadaan ini memaksa *fukaha* untuk tidak mencari pendapat baru, tetapi mencari *hilah*. Pembaharuan hanya terbatas pada pemilihan terhadap pendapat dalam berbagai mazhab.

Pembaharuan hukum yang dilakukan oleh al-Qur'an adalah pembaharuan mengenai kedudukan perempuan, baik dalam bidang keluarga, sosial dan politik. Kedudukan istri dalam hukum adat pra Islam tidak jauh berbeda dengan kedudukan seorang budak wanita. Ia adalah milik suami, sebab dengan *shadaq* suami telah membelinya dari walinya. Oleh karena itu suami dapat menceraikannya kapan saja dan dimana saja, baik ada alasan maupun tidak. Bekas suami yang menalaknya dapat merujuknya tanpa batas, sementara itu istri tidak dapat meminta cerai, kalau suami tidak menyetujuinya.

Di samping itu, anak perempuan tidak berhak mewaris

²¹⁴ *Ibid.*, hal. 5.

sama sekali. Kemudian al-Qur'an memperbaruinya dengan dekret bahwa *mahar* adalah hak istri bukan hak wali dan fungsinya bukan untuk membeli. Suami dapat mentalak istrinya dengan cara serta syarat-syarat tertentu dalam jumlah talak maksimal tiga kali. Rujuk dibatasi, sementara itu anak perempuan dapat menjadi ahli waris sebagai mana anak laki-laki. Pembaharuan di atas merupakan hal-hal yang prinsip saja, bagaimana kita dapat menangkap *ruh* dan semangat (*maqashid al-syari'ah*) yang diajarkan oleh al-Qur'an itu untuk diterapkan masa kini.

Para ulama bersikap hati-hati terhadap pembaharuan tersebut karena hukum adat pra Islam mengakar sangat kuat dalam masyarakat Islam. Akibatnya pembaharuan tersebut hanya dianggap norma akhlak bukan norma hukum.²¹⁵ Di samping itu timbul permasalahan dasar, yaitu bagaimana kedudukan hukum adat pra Islam yang tidak dirubah tersebut. Sebagian besar ulama berpendapat bahwa hukum adat tersebut tetap berlaku. *Ulama' sunni* misalnya, berpendapat bahwa hukum kewarisan pra Islam tetap berlaku kecuali yang telah diperbaharui oleh al-Qur'an.

Ahli waris menurut mereka terdiri dari *ashabul furudl*, yaitu ahli waris yang bagiannya telah ditentukan dengan pasti oleh al-Qur'an, *ashabah* adalah laki-laki keturunan menurut garis laki-laki dan *zawul arham* adalah kerabat menurut garis perempuan. Ahli waris kedua dan ketiga berasal dari konsep hukum adat Arab pra Islam. Sementara itu *ulama Syafi'i* berpendapat bahwa sistem kekerabatan masyarakat Arab pra Islam (suku) telah dihapus oleh *al-Qur'an*. Menurutny ahli waris hanya dibagi menjadi dua, yaitu *dzawul furudl* dan *dzul qarabat*, yaitu laki-laki maupun perempuan yang mempunyai hubungan darah baik melalui garis laki-laki maupun perempuan.

Dengan demikian mereka membagi ahli waris menjadi

²¹⁵ *Ibid.*, hal. 6.

tiga kelompok, yaitu:

- (1) kelompok pertama, terdiri dari anak laki-laki maupun perempuan serta keturunan mereka, ibu dan bapak,
- (2) kelompok kedua, terdiri dari saudara laki-laki maupun perempuan serta keturunan mereka dan nenek laki-laki maupun perempuan dari pihak ayah maupun ibu,
- (3) kelompok ketiga, terdiri dari paman, bibi serta keturunan mereka. Sedang suami atau istri dapat masuk ketiga golongan tersebut.

Golongan ahli waris kelompok kedua tidak berhak mewaris, selama ahli waris kelompok pertama masih ada dan ahli waris kelompok ketiga tidak berhak mewaris selama ahli waris kelompok kesatu dan kedua masih ada.

Di Indonesia ada tiga aliran dalam hukum Islam, yaitu: aliran tradisional, aliran pembaharu, dan aliran neo pembaharu. Aliran pertama dalam memecahkan masalah hukum hampir selalu merujuk kepada teks-teks kitab fikih. Aliran kedua dalam memecahkan masalah hukum merujuk kepada al-Qur'an dan *Sunnah*. Sedangkan aliran ketiga, memandang al-Qur'an dan Sunnah sebagai metoda bukan sebagai substansi. Dari uraian di atas dapat ditarik kesimpulan, bahwa dari segi ilmu hukum Islam, pengembangan hukum terapan Pengadilan Agama mungkin dilakukan, tetapi dari segi sosiologis pengembangan tersebut sangat sulit, karena adanya aliran-aliran di kalangan umat Islam tersebut.²¹⁶

Secara konstitusional Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menghimpun, hukum terapan Pengadilan Agama setelah dikaji ulang dapat dikembangkan menjadi kodifikasi atau setidaknya tidaknya bagian-bagiannya yang berbentuk hukum tidak tertulis dikembangkan menjadi hukum tertulis dalam bentuk

²¹⁶ *Ibid.*, hal. 6-7.

perundang-undangan, yaitu dengan membuat formulasi Rancangan Undang-undang Keluarga Islam, Rancangan Undang-undang Kewarisan Islam, Hibah dan Wasiat, Rancangan undang-undang Hukum Ekonomi Syari'ah.

Bahan pokok Rancangan Undang-undang tersebut ialah materi Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan yurisprudensi Peradilan Agama selama menerapkan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Berdasarkan pengalaman kehidupan bernegara selama ini dan kondisi masyarakat Islam sebagaimana diuraikan di atas, dari segi politis dan sosiologis, terwujudnya rencana kegiatan pengembangan hukum terapan Peradilan Agama tersebut cukup sulit karena perlu langkah-langkah persiapan antara lain, yaitu kegiatan kondisioning dan kegiatan penelitian.²¹⁷ Kegiatan kondisioning berupa peningkatan pemasyarakatan Undang-undang No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama, Jo. Undang-undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Terhadap Undang-undang No. 7 tahun 1989 Tentang Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam (KHI), serta penerapan dan pengembangan materi kompilasi Hukum Islam (KHI) melalui keputusan Pengadilan Agama dan Mahkamah Agung.

Penelitian dilakukan dengan mengkaji ulang Kompilasi Hukum Islam (KHI) dari segi *law drafting* dan penerapannya dalam praktek. Dengan demikian bahwa hukum terapan Peradilan Agama yang dihimpun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara konstitusional dan dari segi ilmu hukum Islam perlu dan mungkin dikembangkan menjadi Hukum Keluarga Islam.

2.2.4 Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur

Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Adapun perkara yang diajukan

²¹⁷. *Ibid.*, hal. 8.

kepadanya merupakan hukum kasus suatu kejadian atau disebut "kasuistis". Mengapa dikatakan demikian, walaupun perkara sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbeda-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula.

Fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara, yang harus dibuktikan di Pengadilan Agama adalah suatu yang telah terjadi, lalu hakim setelah memperhatikan segala keterkaitan hubungannya mencari hukum yang paling tepat untuk kasus tersebut. Jadi hukum yang berlaku di pengadilan adalah hukum kasus, bukan hukum dalam fungsi mengatur. Hukum kasus dibedakan dengan hukum dalam fungsi mengatur, karena hukum dalam fungsi mengatur bersifat netral, lepas dari konteks fakta dan peristiwa. Hukum kasus diistilahkan dengan "*ahkam nafs al-waqi*" atau "*ahkam da'wa al-waqi*", sedangkan hukum dalam fungsi mengatur diistilahkan dengan "*ahkam hifz al-huquq*".²¹⁸ Hukum kasus adalah hukum sengketa atau perkara, sedangkan hukum dalam fungsi mengatur adalah hukum di luar sengketa. Adapun cara menemukan hukum materiil atas kasus di pengadilan, yakni melalui hukum acara dan pembuktian, dinamakan "*turuq al-hukm*", sedangkan cara menemukan hukum materiil di luar kasus perkara di pengadilan dinamakan "*turuq hifz al-huquq*".

Dengan demikian hukum acara (perdata) disebut hukum proses, karena hukum yang akan diputus atau ditetapkan oleh hakim masih dalam proses pembuatan, masih dicari bentuk putusan hukumnya. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti pembuktiannya dengan alat-alat bukti yang sah, barulah ditemukan dalam bentuk putusan atau penetapan hakim, akan tetapi putusan atau penetapan itu sendiri untuk kekuatan pastinya masih harus

²¹⁸ Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama," dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 15.

menunggu sampai ia mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*inkracht*).

Hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdikan kepada dan untuk kepentingan hukum materiil. Artinya hukum bahwa hukum acara termasuk hukum pembuktian harus mengikuti perkembangan hukum materiil dan hanya dipergunakan bila tidak bertentangan dengan hukum materiil. Karena hukum acara termasuk hukum pembuktian hanyalah mengabdikan kepada dan hanya untuk kepentingan hukum materiil, maka hukum kasus di segi materiil dan disegi acara termasuk pembuktian akan saling mempengaruhi.

Hukum dalam fungsi mengatur untuk memelihara hak-hak secara umum, seperti anjuran memakai saksi dalam mu'amalah tidak tunai. Adapun mu'amalah tetap sah sekalipun tidak memakai saksi, akan tetapi jika terjadi kasus perkara, maka mu'amalah yang tidak memakai saksi dan diingkari oleh pihak lawan, akan dianggap tidak ada. Hukum dalam fungsi mengatur untuk peristiwa yang umum bisa terjadi dimasyarakat, seperti kewajiban adanya dua orang saksi dalam *akad nikah*. Akan tetapi bila terjadi sengketa perkara di pengadilan, adanya nikah dapat pula dibuktikan dengan selain saksi, yaitu dengan akta nikah. Kewajiban adanya empat orang saksi untuk menjatuhkan hukuman *had zina* atau *rajam*, tetapi pembuktiannya di muka pengadilan dapat pula dengan bukti pengakuan, bukti persangkaan, bahkan dengan bukti sumpah *lian*.²¹⁹

Memang yang dihadapi hakim adalah putusan mengenai kasus tertentu dan putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakekatnya kasus yang diputuskan berkaitan erat dengan perubahan sosial, perbedaan tempat dan waktu, kemungkinan kasus tersebut belum diatur dalam perundang-undangan, sehingga diperlukan penciptaan hukum baru, atau sudah diatur

²¹⁹ *Ibid.*, hal. 16.

dalam perundang-undangan, tetapi tidak sesuai lagi dengan nilai kesadaran masyarakat atas perubahan sosial, sehingga diperlukan penafsiran dan modifikasi.

Hukum kasus yang dihadapi oleh hakim pengadilan (agama) dimungkinkan sudah diatur dalam ketentuan peraturan perundang-undangan, namun apa yang dirumuskan di dalamnya terlampaui umum, sangat bersifat abstrak, tidak sesuai dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan penafsiran undang-undang dari hakim. Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum dapat menjawab menyelesaikan kasus kejadian *konkreto*, yang diperlukan suatu sistem yang lazim disebut "*judge made law*". Maka pembuktian hukum kasus, yakni menemukan hukum materiil melalui perkara di pengadilan lebih leluasa daripada menemukan hukum materiil di luar perkara pengadilan atau pada hukum fungsi mengatur. Sebagai contoh, hakim boleh memutus perkara berdasar *an-nukul* dan atau *an-nukul 'ala al-yamin al-mardudah* (pihak menolak mengucapkan sumpah yang diperintahkan oleh hakim pada sumpah pelengkap satu orang saksi dan atau menolak mengucapkan sumpah yang dikembalikan pihak lawan pada sumpah pemutus). Begitu pula hakim boleh memutus dengan *al-yamin ma'a asy-syahid* (satu orang saksi plus sumpah dari pihak yang memiliki saksi tersebut).²²⁰

Pada hukum dalam fungsi mengatur (*turuq hifz al-huquq*) al-Qur'an menyebutkan bahwa alatnya hanyalah dua orang laki-laki atau seorang laki-laki bersama dua orang perempuan. Akan tetapi dalam *Surat an-Nisa'* (QS. 59: 105) dinyatakan:

"Sesungguhnya Kami telah menurunkan al-Qur'an kepadamu dengan membawa kebenaran supaya kamu mengadili antara

²²⁰ *Ibid.*, hal. 17.

manusia dengan apa yang Allah telah wahyukan kepadamu”. Maka *an-nukul* dan atau *an-nukul ‘ala al-yamin al-mardudah, al-yamin ma’a asy-syahid*, itulah yang dimaksud dengan “apa yang Allah telah wahyukan kepadamu”. Hal ini bukan berarti bertentangan atau merupakan tambahan atas *nash al-Qur’an*.

Bila uraian di atas dihubungkan dengan praktek di pengadilan Agama, maka dalam melihat kasus perkara yang beragam, lebih-lebih yang bersifat komulasi (sesuai dengan gugatan atau permohonan yang diajukan oleh pencari keadilan), maka pertama-tama hakim akan mendudukkan dahulu pokok perkaranya atau kasusnya (*case position* atau *nafs waqi’* atau *da’wa al-waqi’*). Setelah itu hakim akan melihat bagaimana hukum-hukum materiil yang berkaitan dengan kasus itu, yaitu hukum materiil Islam dan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia yang relevan dengan kasus itu, yang bersifat umum maupun yang bersifat khusus, baik yang tertulis maupun yang tidak tertulis, untuk diukurkan kepada kasus tersebut. Kemudian hakim akan menarik kesimpulan sesuai dengan bukti-bukti yang diajukan dan yang cocok dengan kasus tersebut. Akan tetapi dalam kasus yang bersifat komulasi, hukum yang persis sesuai dengan kasus itu “jarang ditemui”, yang dengan sendirinya membawa konsekuensi pula di segi pembuktiannya. Di sinilah letak kesulitan dan tanggung jawab hakim dalam menghubungkan fakta-fakta atau peristiwa, mendudukkan kasusnya serta mempergunakan pembuktian dan hukum yang relevan. Untuk itu dalam menghadapi perkara atau kasus yang demikian itu, maka seorang hakim harus berpikir global, dan bertindak lokal atau khusus (*‘am an-nazari wa khas al-‘amali*).

Dalam menghadapi *particular case* atau sengketa perkara yang belum di atur dalam peraturan perundang-undangan, diperlukan cara penyelesaian khusus sesuai dengan pertumbuhan kesadaran dan perubahan sosial, atau kasus tersebut telah diatur dalam peraturan perundang-undangan, namun yang dirumuskan di dalamnya, terlampau umum, sangat bersifat abstrak, tidak

sesuai dengan kepentingan umum, maka dalam menghadapi sifat peraturan perundang-undangan yang seperti itu, dituntut suatu keharusan kemampuan menafsirkan undang-undang dari hakim (*interpretation of tsatute*).

Dalam keadaan yang mengharuskan hakim melakukan interpretasi agar suatu peraturan perundang-undangan yang umum, abstrak dan atau bertentangan dengan kepentingan umum untuk dapat menjawab penyelesaian kasus kejadian *konkreto* diperlukan suatu sistem yang lazim disebut "*judge made law*". Fungsi hakim sebagai *judge made law* dalam menyelesaikan perkara tertentu melalui penafsiran undang-undang, ini hanya terbatas bersifat *case law* (penyelesaian kasus tertentu yang mengandung *partucular case* dan *particular reason*). Dengan demikian fungsi *judge made law* melalui penafsiran undang-undang, terbatas untuk menambah putusan baru (*addition of new decesion*) tentang peristiwa *konkreto* yang berhubungan dengan kejadian kasus tertentu (*particular case*).

Patokan penafsiran yang dibenarkan, pada prinsipnya berpegang pada acuan:²²¹

- (a) kasus perkara *inkonkreto*, tidak persis sama dengan rumusan undang-undang. Pada kejadian seperti ini, penafsiran dilakukan dengan cara memberi makna atau menentukan arti suatu ketentuan undang-undang, sepaya ketentuan undang-undang tersebut dapat dipergunakan dan diterapkan dalam menyelesaikan dan memutus perkara yang disengketakan,
- (b) redaksi undang-undang yang bersifat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum. Dalam kasus seperti ini, hakim melakukan penafsiran undang-undang yang bersangkutan dengan cara memberi isi kongkrit ke

²²¹ Yahya harahap, "Pengembangan Yurisprudensi Tetap (Bagian Pertama)," dalam *Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994*, hal. 71.

dalam rumusan kaidah undang-undang dimaksud, sesuai dengan kejadian perkara yang disengketakan, dan

- (c) Undang-undang yang bersangkutan belum mengatur. Menghadapi kejadian seperti ini, hakim berwenang mencipta *judge made law* sebagai keharusan. Secara obyektif dan realistik, hakim dalam melaksanakan fungsi dan kewenangan peradilan dalam menyelesaikan sengketa sering dihadapkan pada kasus tertentu (*particular case*) yang belum diatur dalam undang-undang, atau ada diatur dalam undang-undang, tetapi perumusannya sangat umum, abstrak dan bertentangan dengan kepentingan umum, maupun rumusannya tidak sesuai dengan kepatutan.

Selain itu, ada beberapa faktor yang menjadi landasan atas keharusan yang menempatkan hakim berperan sebagai *judge's as law maker*, yaitu:²²²

- (1) peraturan perundang-undangan bersifat konserfatif,
- (2) tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna, dan
- (3) tanggung jawab penegakan kebenaran dan keadilan berada dipundak hakim.

Tujuan menciptakan hukum melalui kodifikasi undang-undang, dimaksudkan untuk memepertahankan dan memantapkan suatu suasana dan tatanan tertentu sesuai dengan gerak ruang waktu dan tempat. Setelah keadaan dan tatanan itu dipertahankan dan dimantapkan oleh peraturan undang-undang yang bersangkutan, eksistensi dan substansinya langsung membeku dan konserfatif. Dalam keadaan yang demikian, undang-undang sebagai pranata hukum akan berperilaku reaktif terhadap segala perubahan dan nilai-nilai baru. Seolah-olah undang-undang tidak mau bergeser dari kemantapan dan kemapanan yang telah tercipta.

²²² *Ibid.*, hal. 72-74.

Sebaliknya pada sisi lain, nilai-nilai kesadaran terus berubah, menggeser nilai lama. Perubahan dan pergeseran kesadaran masyarakat (*social change*), tidak pernah berhenti, terus berlanjut dan berlangsung dari waktu ke waktu tanpa mengenal perhentian. Akibatnya hukum yang dikodifikasi dalam bentuk undang-undang ketinggalan dimakan waktu, ditinggalkan oleh arus perubahan yang semakin dinamis. Akan tetapi secara formil, undang-undang telah diakui sebagai satu-satunya alternatif sumber hukum yang memiliki legalitas sebagai alat penegakan hukum untuk menyelesaikan persengketaan, terkadang kalau isi ketentuannya diterapkan secara *stict law* sesuai dengan *teks* yang dirumuskannya, bisa menimbulkan ketidakadilan. Menghadapi kenyataan yang seperti itu, dikaitkan dengan tujuan peradilan, maka sangat beralasan memberi kewenangan kepada hakim untuk melakukan penafsiran, agar penerapan undang-undang dapat mencapai nilai kebenaran dan keadilan.

Di samping itu tidak pernah dijumpai undang-undang yang sempurna. Pembuat Undang-undang (Badan *Legislatif*), kemampuan dan daya prediksi serta rekayasa mereka sangat terbatas. Bertitik tolak dari hakekat keterbatasan tersebut sejak semula dapat diperkirakan, bahwa setiap kodifikasi undang-undang pasti mengandung kekurangan dan kelemahan. Terkadang hal yang sangat mendasar adalah pada waktu undang-undang itu berhadapan dengan peristiwa *konkreto*, tidak mampu memberikan penyelesaian yang konstruktif.

Meskipun pada saat kodifikasi undang-undang sudah dikaji dan dibahas dari berbagai aspek, sehingga telah dianggap sempurna, akan tetapi pada saat undang-undang dinyatakan berlaku, sudah banyak masalah *konkreto* yang sama sekali tidak pernah terpikirkan dan diperhitungkan pada saat pembuatan undang-undang itu. Sehubungan dengan kenyataan ini, sangat beralasan untuk memberikan kewenangan kepada hakim untuk melakukan *judge made law*, dengan peran dan fungsi

menyempurnakan segala macam kekurangan dan kelemahan yang terkandung dalam setiap undang-undang yang telah terkodifikasi, dengan tujuan agar undang-undang yang dibuat oleh Badan Legislatif tersebut tetap aktual dan efektif. Dengan demikian, melalui peran dan fungsi *judge as law maker*, dalam arti mencipta putusan-putusan baru berdasar *particular case*, suatu perangkat undang-undang yang kurang sempurna akan dilengkapi hakim melalui putusan dalam menghadapi peristiwa *konkreto* tertentu.

Melalui doktrin *the intrest of justice*, hakim diberi wewenang melakukan penafsiran undang-undang, yang berupa:²²³

- (1) hakim bebas menafsir undang-undang ke arah penerapan hukum yang dianggapnya mampu meletakkan landasan membina dan memantapkan suatu tatanan yang benar, adil dan patut sesuai dengan perubahan sosial,
- (2) melakukan penafsiran undang-undang ke arah pengembangan hukum yang fleksibel yang pada saat kodifikasi perundang-undangan belum dipikirkan oleh pembuat undang-undang, dan
- (3) mencari dan menemukan kehendak yang diinginkan pembuat undang-undang, dan dari penemuan kehendak pembuat undang-undang yang terumus dalam isi dan jiwa undang-undang yang bersangkutan dijadikan *common basic idea* (landasan cita hukum umum) dalam menyelesaikan kasus *konkreto*.

Berdasarkan doktrin dan praktek, kewenangan seperti itu, baru dapat dilakukan hakim, apabila kasus yang bersangkutan berhadapan dengan ketentuan perundang-undangan yang bersifat umum abstrak atau bertentangan dengan kepentingan umum. Agar tidak berkembang putusan-putusan pengadilan

²²³ *Ibid.*, hal. 74.

yang bersifat disparitas menghadapi kasus yang persis sama dikemudian hari, perlu dibina keseragaman penegakan hukum yang tidak berbeda.

Tujuan dan fungsi putusan yang diambil hakim melalui peran *judge made law* atas kasus-kasus yang memiliki ciri *particular case*, antara lain bertujuan untuk:²²⁴ (1) menegakkan terwujudnya *law standard*. Kekosongan, ketidak jelasan serta kelemahan hukum positif yang tertuang dalam kodifikasi dapat disempurnakan oleh hakim melalui interpretasi dalam menghadapi kasus inkonkreto. Apabila kemudian hari timbul kasus yang seperti itu, hakim sedapat mungkin jangan membuat putusan baru yang menyimpang dari putusan terdahulu, (2) menciptakan *unified legal frame work dan unified legal opinion*. Apabila telah terwujud *law standard* dalam kasus tertentu melalui *judge made law*, hal itu akan berdampak positif terhadap terwujudnya keseragaman landasan hukum yang sama (*unified legal frame work*) dan keseragaman persepsi hukum yang sama (*unified legal opinion*) dalam semua kalangan. Putusan tersebut langsung berperan dan berfungsi mewujudkan keseragaman landasan hukum dan keseragaman persepsi hukum mengenai kasus tertentu. Semua pihak menjadikan putusan dimaksud sebagai standar hukum dan dijadikan sebagai rujukan utama dalam menyelesaikan sengketa.

Selain itu, yaitu (3) tercipta kepastian penegakan hukum, karena menghadapi kasus yang sama semua pihak akan merujuk kepada standar hukum yang sama. Perujukan yang demikian memberi kepastian kepada para pencari keadilan. Bahwa dalam menghadapi kasus yang demikian, akan diterapkan ketentuan hukum yang bersumber dari *standar* yang tercipta melalui *proses judge made law*, dan (4) mencegah terjadinya putusan disparitas. Apabila suatu putusan telah diterima sebagai standar hukum mengenai kasus yang sama, maka akan terwujud kepastian

²²⁴ *Ibid.*, hal. 75-76.

penegakan hukum. Kalau kepastian penegakan hukum sudah terjamin melalui *judge made law*, maka putusan yang bersangkutan berfungsi langsung menghilangkan putusan pengadilan yang bercorak disparitas. Kekacauan putusan yang mengandung kesenjangan dan perbedaan antara yang satu dengan lainnya tidak akan ditemukan lagi.

Perlu diketahui, bahwa tidak semua putusan yang berasal dari *judge made law* menjadi *stare decisis*, meskipun putusan yang bersangkutan mengandung *particular case*. Agar suatu putusan berkualitas dan dapat diangkat derajatnya sebagai *stare decisis*, yaitu sebagai berikut:²²⁵ (1) putusan tersebut mengandung *ratio decidendi*, yaitu putusan menjelaskan dasar-dasar hukum yang aktual sebagai landasan pertimbangan atau putusan menjelaskan alasan-alasan hukum yang aktual dan rasional, dan dari alasan itulah diambil kesimpulan dan aturan hukum yang ditetapkan hakim dalam putusan yang dijatuhkan, dan semua fakta yang ditemukan hakim dalam proses persidangan, harus dipertimbangkan dengan seksama, dan (2) putusan juga harus mengandung *obiter dicta*, yaitu hal-hal yang tidak pokok tetapi dapat menjelaskan lebih terang *ratio decidendi*, harus tertuang dalam putusan. Dengan demikian kandungan *obiter dicta* dalam putusan merupakan pelengkap *ratio decidendi*, meskipun *obiter dicta* bukan hal yang pokok dalam putusan.

2.3. Hukum Kewarisan dalam Islam

2.3.1. Prinsip-prinsip Hukum Kewarisan Islam dalam Ilmu Faraidh

Kata *faraidh*, merupakan bentuk jamak dari kata *faridhah*, yang berasal dari kata *faradha* yang artinya adalah ketentuan.

²²⁵ *Ibid.*, hal. 77.

Dengan demikian kata *faraidh* atau *faridhah* artinya adalah ketentuan-ketentuan tentang siapa yang termasuk ahli waris yang berhak mendapatkan warisan, ahli waris yang tidak berhak mendapatkannya, dan berapa bagian masing-masing.

Untuk itu ada beberapa istilah dalam *fikih mawaris*, yaitu:²²⁶

- (1) *waris* adalah orang yang termasuk ahli waris yang berhak menerima warisan. Hak-hak *waris* dapat timbul karena hubungan darah dan karena hubungan perkawinan. Ada *ahli waris* yang sesungguhnya memiliki hubungan kekerabatan yang dekat, akan tetapi tidak berhak mendapatkan warisan, ahli waris yang demikian itu disebut *zawu al-arham*,
- (2) *muwaris*, artinya orang yang diwarisi harta benda peninggalannya, yaitu orang yang meninggal dunia, baik itu meninggal secara *hakiki* atau karena melalui putusan pengadilan, seperti orang yang hilang (*al-mafqud*) dan tidak diketahui kabar berita dan domisilinya,
- (3) *al-irs*, artinya harta warisan yang siap dibagi oleh ahli waris sesudah diambil untuk keperluan pemeliharaan jenazah, pelunasan utang serta melaksanakan *wasiat*,
- (4) *warasah*, yaitu harta warisan yang telah diterima oleh *ahli waris*, serta
- (5) *tirkah*, yaitu semua harta peninggalan orang yang meninggal dunia sebelum diambil untuk kepentingan pemeliharaan jenazah, pelunasan utang, dan pelaksanaan wasiat yang dilakukan oleh orang yang meninggal ketika masih hidup.

Hukum waris sebelum Islam dipengaruhi oleh sistem sosial yang dianut oleh masyarakat yang ada. Masyarakat

²²⁶ Ahmad Rafiq, *Fiqh Mawaris*, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002), hal. 4 - 5.

jahiliyah dengan pola masyarakatnya yang corak kesukuan, memiliki kebiasaan berpindah-pindah, suka berperang dan merampas jarah. Sebagian dari mereka bermata pencaharian dagang. Ciri tersebut tampaknya sudah menjadi kurltur atau budaya yang mapan. Karena itu budaya tersebut ikut membentuk nilai-nilai, sistem hukum dan sistem sosial yang berlaku. Kekuatan fisik lalu menjadi ukuran baku dalam sistem hukum warisan yang diperlakukannya.

Menurut masyarakat *jahiliyah*, ahli waris yang berhak mendapatkan harta warisan dari keluarganya yang meninggal, adalah mereka yang laki-laki, berfisik kuat dan mengalahkan musuh dalam setiap peperangan. Kepentingan suku sangat diutamakan. Karena dari prestasi dan eksistensi suku itulah, martabat seseorang sebagai anggota suku dipertaruhkan. Konsekuensi adalah, anak-anak baik laki-laki maupun perempuan tidak diberi hak mewarisi harta peninggalan keluarganya. Ketentuan semacam ini telah menjadi tradisi dan mengakar kuat di dalam masyarakat. Malahan seperti diketahui, fenomena penguburan hidup-hidup terhadap anak perempuan, merupakan suatu fakta sejarah yang tidak bisa ditutup-tutupi. Praktis perempuan mendapat perlakuan yang sangat deskriminatif. Mereka tidak bisa menghargai kaum perempuan yang nantinya dalam perspektif al-Qur'an, mempunyai kedudukan yang sederajat dengan laki-laki. Bagi mereka, kaum perempuan tidak ubahnya bagaikan barang, bisa diwariskan dan diperjual belikan, bisa dimilii dan dipindah-pindahkan.²²⁷

Adapun dasar-dasar pewarisan yang digunakan pada zaman sebelum Islam adalah: (1) pertalian kerabat (*al-qarabah*), (2) janji prasetya (*al-hilf wa al-mu'aqadah*), dan pengangkatan anak atau adopsi (*al-tabanni*). Pertalian kerabat yang menyebabkan seorang ahli waris dapat menerima warisan adalah mereka yang laki-laki dan kuat fisiknya. Implikasinya

²²⁷ *Ibid.*, hal. 8.

adalah wanita dan anak-anak tidak mendapatkan bagian warisan. Janji prasetya dijadikan dasar pewarisan dalam masyarakat *jahiliyah*. Mereka melalui perjanjian ini sendi-sendi kekuatan dan martabat kesukuan dapat dipertahankan. Janji prasetya ini dapat dilakukan dua orang atau lebih. Pelaksananya seorang berikrar kepada orang lain untuk saling mewarisi, apabila salah satu di antara mereka meninggal dunia. Tujuannya untuk kepentingan saling tolong-menolong, saling mendapatkan rasa aman.

Dalam tradisi masyarakat *jahiliyah*, pengangkatan anak merupakan perbuatan hukum yang lazim. Lebih dari itu, status anak angkat disamakan kedudukannya dengan anak kandung. Caranya, seorang mengambil anak laki-laki orang lain untuk dipelihara dan dimasukkan dalam keluarga bapak angkatnya. Karena statusnya sama dengan anak kandung, maka menjadi hubungan saling mewarisi jika salah satu dari mereka meninggal dunia. Implikasinya, hubungan kekeluargaannya dengan orang tua kandungnya terputus dan oleh karenanya ia tidak bisa mewarisi harta peninggalan ayah kandungnya.

Perkembangan hukum kewarisan pada masa awal-awal Islam belum mengalami perubahan yang berarti, di dalamnya masih terdapat penambahan-penambahan yang lebih berkonotasi strategis untuk kepentingan dakwah atau bahkan politis. Tujuannya adalah untuk merangsang ikatan persaudaraan demi perjuangan dan keberhasilan misi Islam. Pertimbangannya, kekuatan Islam pada waktu itu dirasakan masih sangat lemah, baik sebagai komunitas bangsa maupun dalam pemantapan ajaran-ajarannya, yang masih dalam dinamika pertumbuhan.²²⁸

Oleh karena itu, dasar-dasar pewarisan yang digunakan pada awal-awal Islam, selain meneruskan pada nilai-nilai lama, juga ditambahkan dasar-dasar baru sebagai berikut:

²²⁸ *Ibid.*, hal. 14-15.

- (1) pertalian kerabat (*al-qarabah*),
- (2) janji prasetia (*al-hilf wa al- mu'aqadah*),
- (3) pengangkatan anak atau adopsi (*al-tabanni*),
- (4) hijrah dari Makkah ke Madinah, dan
- (5) ikatan persaudaraan (*al-muakhah*) antara orang-orang *Muhajirin* (pendatang) dan orang-orang *Ansor*, yaitu orang-orang Madinah yang memberikan pertolongan kepada kaum *Muhajirin* dari Makkah di Madinah.

Pada proses selanjutnya al-Qur'an menghapus ketentuan-ketentuan hukum waris pada masa *jahiliyah* dan ketentuan yang berlaku pada masa-masa awal Islam, yaitu sebagai berikut.

1. Penghapusan ketentuan bahwa penerima warisan adalah kerabat yang laki-laki dan dewasa saja, melalui firman Allah dalam *QS. Al-Nisa': 7 dan 127*, yaitu bahwa ahli waris laki-laki dan perempuan, termasuk di dalamnya anak-anak, masing-masing berhak menerima warisan sesuai dengan bagian yang ditentukan;
2. Penghapusan ikatan persaudaraan antara golongan *Muhajirin* dan *Ansor* sebagai dasar mewarisi. Dinyatakan dalam *QS. Al-Ahzab: 6 (3)*

“dan orang-orang yang mempunyai hubungan darah sebagiannya adalah lebih berhak daripada sebagian yang lain di dalam kitab Allah daripada orang-orang mukmin dan orang-orang muhajirin, kecuali kamu mau berbuat baik kepada saudara-saudaramu ... “ (*QS. Al-Ahzab:6*): 3.

Penghapusan pengangkatan anak yang diperlakukan sebagai anak kandung sebagai dasar pewarisan. Dinyatakan dalam *QS. Al-Ahzab: 4-5 dan 40*.

“Dan Tuhan tidak menjadikan anak-anak angkatmu sebagai anak kandungmu sendiri. Yang demikian itu hanyalah

perkataanmu di mulutmu saja. Sedangkan Allah menyatakan yang sebenarnya dan menunjukkan jalan yang benar. Panggillah mereka dengan memakai nama ayah-ayahnya. Yang demikian itu lebih adil di sisi Allah. Jika kamu tidak mengetahui ayahnya (panggillah mereka sebagai memanggil) saudara-saudaramu seagama dan maula-maula (orang yang dibawah pemeliharaanmu)..... “ (QS. Al-Ahzab: 4-5). Dan “ Muhammad itu sekali-kali bukanlah bapak dari seorang laki-laki di antara kamu, tetapi Dia adalah rasulullah dan penutup nabi-nabi “. (QS. Al-Ahzab: 40).

Selanjutnya banyak ayat al-Qur’an menegaskan secara definitif tentang ketentuan bagian ahli waris yang disebut dengan *al-furud al-muqaddarah* atau bagian yang telah ditentukan, dan bagian sisa (*‘asabah*), serta orang-orang yang tidak termasuk ahli waris. Di antara yang terpenting adalah dinyatakan dalam QS. *An-Nisa’: 11*

“Allah mensyari’atkan bagimu tentang (pembagian warisan untuk) anak-anakmu, yaitu bagian anak lelaki sama dengan bagian dua orang anak perempuan, dan jika anak (perempuan) itu semuanya lebih dari dua, maka bagi mereka dua pertiga dari dari harta yang ditinggalkan. Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta. Dan untuk dua orang ibu bapak, bagi masing-masing seperenam dari harta yang ditinggalkan. Jika yang meninggal itu mempunyai anak, jika yang meninggal itu tidak mempunyai anak dan ia diwarisi oleh ibu bapaknya (saja), maka ibunya mendapatkan sepertiga. Jika yang meninggal itu mempunyai beberapa saudara, maka ibunya mendapatkan seperenam. (pembagian-pembagian tersebut di atas) sesudah dipenuhi wasiat yang ia buat atau (dan) sesudah dibayar utangnya. (Tentang) orang tuamu dan anak-anakmu tidak mengetahui siapa di antara mereka yang lebih dekat (banyak) manfaatnya bagimu. Ini adalah ketetapan dari Allah. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui Lagi maha

bijaksana. (QS. Al-Nisa': 11).

Dan dalam QS. Al-Nisa': 12 dinyatakan:

“dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh istrimu-istrimu, jika mereka tidak mempunyai anak. Jika istri-istrimu itu mempunyai anak, maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) sesudah dibayar utangnya. Para istri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan, jika kamu tidak mempunyai anak. Jika kamu mempunyai anak, maka para istri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat (dan) sesudah dibayar utangmu. Jika seorang mati, baik laki-laki maupun perempuan yang tidak meninggalkan anak, tapi mempunyai seorang saudara laki-laki (seibu saja), maka bagi masing-masing dari kedua jenis saudara itu lebih dari seorang, maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu sesudah dipenuhi wasiat yang dibuat olehnya atau (dan) sesudah dibayar utangnya dengan tidak memberi mudharat (kepada ahli waris). (Allah menetapkan yang demikian itu sebagai) syari'at yang benar-benar dari Allah, dan Allah Maha Mengetahui Lagi Maha Penyantun. (QS. Al-Nisa': 12).

3. Di samping itu, as-Sunnah riwayat Imam al-Bukhari dan Muslim, yang menyatakan: “Orang muslim tidak berhak mewarisi orang kafir, dan orang kafir tidak berhak mewarisi orang muslim”. (HR. Al-Bukhari dan Muslim).

Adapun syarat pembagian warisan serta halangan untuk menerima warisan adalah sebagai berikut:

1. Ada tiga syarat untuk mendapatkan warisan, yaitu: (a) *pewaris* benar-benar telah meninggal dunia. Baik meninggal (mati) *hakiki*, yaitu kematian seseorang yang dapat diketahui tanpa harus melalui pembuktian, bahwa seorang telah meninggal dunia, maupun mati hukmi, adalah kematian

seseorang yang secara yuridis ditetapkan melalui putusan hakim dinyatakan telah meninggal dunia. Ini bisa terjadi seperti dalam kasus seseorang yang dinyatakan hilang (*al-mafqud*) tanpa diketahui dimana dan bagaimana keadaannya, (b) ahli waris benar-benar masih hidup ketika pewaris meninggal dunia, atau dengan putusan hakim dinyatakan masih hidup pada saat pewaris meninggal. Maka, jika dua orang yang saling mempunyai hak waris satu sama lain meninggal bersama-sama, tetapi tidak dapat diketahui siapa yang mati lebih dulu, maka di antara mereka tidak terjadi waris-mewaris. Misalnya, orang yang meninggal dalam suatu kecelakaan penerbangan, tenggelam, kebakaran dan sebagainya,²²⁹ dan (c) benar-benar dapat diketahui adanya sebab warisan pada ahli waris, atau dengan kata lain, benar-benar dapat diketahui bahwa ahli waris bersangkutan berhak waris. Syarat ketiga ini disebutkan sebagai suatu penegasan yang diperlukan, terutama di pengadilan meskipun secara umum telah disebutkan dalam sebab-sebab kewarisan.

2. Adanya berbagai sebab dan syarat warisan belum cukup menjadi alasan adanya hak waris, kecuali jika tidak terdapat salah satu penghalang sebagai berikut: (a) berbeda agama antara pewaris dan ahli waris. Alasan penghalang ini adalah hadits Nabi yang mengajarkan bahwa orang muslim tidak berhak waris atas harta orang kafir dan orang kafir tidak berhak waris harta orang muslim, (b) pembunuhan. Hadits Nabi mengajarkan bahwa pembunuh tidak berhak mewaris atas peninggalan orang yang dibunuh. Yang dimaksud dengan membunuh adalah membunuh dengan sengaja yang mengandung unsur pidana. Sementara pembunuhan yang tidak menjadi penghalang mewarisi adalah: (1) pembunuhan karena khilaf, (2) pembunuhan yang dilakukan oleh orang

²²⁹ Ahmad Azhar Basyir, *Hukum Waris Islam*, Cet. 14, (Yogyakarta: UII Press, 2001), hal. 20.

yang tidak cakap melakukan perbuatan hukum, (3) pembunuhan yang dilakukan karena tugas, dan (4) pembunuhan karena *'uzur* untuk membela diri.

Dalam ketentuan hukum Islam, sebab-sebab untuk dapat menerima warisan secara umum, yaitu: (a) hubungan kekerabatan dan (b) hubungan perkawinan.

Dasar hukum kekerabatan sebagai ketentuan bahwa laki-laki dan perempuan sama-sama mempunyai hak waris seperti yang dinyatakan dalam *QS. Al-Nisa': 7*:

“Bagi orang laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu, bapak dan kerabatnya, dan bagi orang wanita ada hak (bagian) dari harta peninggalan ibu-bapak dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan”. (*QS. Al-Nisa': 7*). Demikian juga dinyatakan dalam *QS. Al-Anfal: 75*, “Orang-orang yang mempunyai hubungan kerabat itu sebahagiannya lebih berhak terhadap sesamanya di dalam kitab Allah”. (*QS. al-Anfal: 75*).

Islam tidak membedakan status hukum seorang dalam pewarisan dari segi kekuatan pisiknya, tetapi semata-mata karena pertalian darah atau kekerabatan. Maka meskipun ahli waris masih berada dalam kandungan, jika dapat dinyatakan sebagai ahli waris, ia berhak menerima bagian.²³⁰

Perkawinan yang sah menyebabkan adanya hubungan hukum saling mewarisi antara suami dan istri. Perkawinan yang sah adalah perkawinan yang syarat dan rukunnya terpenuhi, baik menurut ketentuan hukum agama maupun ketentuan administratif sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku. Tentang syarat administratif ini, masih terdapat perbedaan pendapat. Ada yang menyebutnya semata-mata pencatatan saja, tetapi ada sebagian pendapat yang menyebutnya sebagai syarat yang apabila tidak dipenuhi

²³⁰ Ahmad Rafiq, *Fiqh Mawaris*, *op. cit.*, hal. 44.

berakibat tidak sah perkawinannya. Hukum perkawinan Indonesia tampaknya memberi kelonggaran dalam hal ini. Artinya, yang menjadi ukuran sah atau tidaknya perkawinan bukanlah ketentuan administrasi, akan tetapi ketentuan hukum agama. Tetapi harus diakui bahwa ketentuan administrasi ini merupakan suatu yang penting (*urgent*), karena dengan bukti-bukti pencatatan administratif inilah, suatu perkawinan mempunyai kekuatan hukum. Pencatatan perkawinan sangat diperlukan untuk membuktikan secara yuridis formal, bahwa dua orang telah melakukan perkawinan.²³¹

Adapun hak-hak yang wajib ditunaikan sebelum warisan dibagi kepada ahli waris, yaitu:

1. Biaya perawatan jenazah (*tajhiz al-janazah*),
2. Pelunasan utang (*wafa' al-duyun*), dan
3. Pelaksanaan wasiat (*tanfiz al-wasaya*).

Adapun dasar hukum bahwa biaya perawatan jenazah hendaknya dilakukan secara wajar adalah firman Allah dalam QS. *Al-Furqan: 67*, "Dan orang-orang yang apabila membelanjakan (hartanya) tidak berlebih-lebihan, dan tidak pula kikir, tetapi adalah (pembelanjanya itu) di tengah-tengah antara yang demikian". (QS. *Al-Furqan: 67*).

Pelunasan utang merupakan tanggungan yang harus dipenuhi bagi orang yang utang. Apabila seorang yang meninggal dunia ternyata meninggalkan utang pada orang lain yang belum dibayar, maka sudah seharusnya utang tersebut dilunasi terlebih dahulu dan diambilkan dari harta peninggalannya, sebelum harta itu dibagikan kepada ahli waris. Para ulama mengklasifikasikan utang pada dua macam, yaitu: (1) utang pada sesama manusia, disebut dengan *dain al-'ibad*, dan (2) utang kepada Allah, disebut dengan *dain Allah*. Dasar hukum tentang wajibnya pelunasan

²³¹ *Ibid.*, hal. 45.

utang si mati didahulukan, dijelaskan dalam firman Allah SWT: “..setelah diambil untuk wasiat yang diwasiatkan atau (dan) sesudah dibayar utang-utangnya ...”. (QS. *Al-Nisa’*: 11).

Pelaksanaan wasiat. Wasiat adalah tindakan seseorang menyerahkan hak kebendaannya kepada orang lain, yang berlakunya apabila yang berwasiat itu meninggal dunia. Apabila seorang meninggal dunia dan semasa hidupnya berwasiat atas sebagian harta kekayaannya kepada suatu badan atau seseorang, maka wasiat itu wajib dilaksanakan sebelum harta peninggalannya dibagi kepada ahli warisnya. Dasar hukum wasiat ini dinyatakan dalam firman Allah: “diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiatlah untuk ibu – bapak dan karib kerabatnya secara ma’ruf (ia adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertaqwa. (QS. *Al-Baqarah*: 180).

2.3.2 Ahli Waris dan Bagian-bagiannya Menurut Kompilasi Hukum Islam

Yang dijadikan sumber utama dalam merumuskan Kompilasi Hukum Islam termasuk di dalamnya hukum kewarisan adalah *nash* al-Qur’an dan Sunnah. Namun dalam pelaksanaannya dilakukan langkah-langkah yang *luwes*. Oleh karenanya rumusan hukum dasar atau dasar hukum yang terdapat dalam al-Qur’an diungkapkan dengan rumusan hukum yang rasional, praktis dan aktual dalam kompilasi agar mudah dipahami oleh masyarakat muslim sesuai dengan jiwa dan semangat ajaran Islam dan memperhatikan *asbabun nuzul* suatu ayat dan *asbabul wurud* suatu Hadts. Dengan demikian, prinsip-prinsip umum yang terkandung di dalam kedua sumber hukum Islam itu dapat dikembangkan sesuai dengan perkembangan

zaman dan keadaan di suatu tempat.²³²

Sedangkan mengenai hal-hal yang tidak dapat ketentuannya dalam *nash* al-Qur'an dan Hadits tetapi dirasakan sebagai kebutuhan hukum masyarakat muslim sekarang ini, maka dikembangkan "garis hukum baru", misalnya, mengenai hak anak untuk menggantikan kedudukan keahliwarisan orang tuanya yang telah meninggal lebih dahulu ketika pembagian warisan dilakukan. Sebagai sumber kedua mengambil bahan dari penalaran para *fukaha* yang terdapat dalam berbagai kitab fikih yang dikaji oleh para ahli dari sumber pertama. Disamping menggunakan sumber kaidah fikih "*al-'adatu muhakkamat*" (adat yang baik dapat dijadikan hukum Islam). Misalnya, harta bersama yang tidak dapat pengaturannya di dalam al-Qur'an dan al-Hadits, juga tidak terdapat dalam kitab-kitab fikih hasil penalaran para *fuqaha*, sedangkan lembaga harta bersama itu terdapat dalam masyarakat adat orang Islam Indonesia dan hidup dalam kesadaran masyarakat muslim di Indonesia.

Hukum kewarisan Islam adalah hukum yang mengatur segala sesuatu yang berkenaan dengan peralihan hak dan atau kewajiban atas harta kekayaan seseorang setelah ia meninggal dunia kepada ahli warisnya. Dalam Kompilasi Hukum Islam bab II mengatur tentang Hukum Kewarisan, di dalamnya mengatur mengenai salah satunya adalah ahli waris dan bagian masing-masing. Sebelum membahas tersebut lebih lanjut, berikut ini dijelaskan asas-asas yang digunakan dalam hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam, sebagai berikut:²³³

1. Asas *bilateral/parental*, yang tidak membedakan antara ahli waris laki-laki dengan perempuan dari segi keahliwarisan,

²³² Mohammad Daud Ali, "Asas-asas hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993*, hal. 4.

²³³ Mahkamah Agung, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Edisi 2007 (Mahkamah Agung RI, 2008), hal. 168.

sehingga tidak mengenal kerabat *dzawil arham*. Asas ini didasarkan atas: (I) Pasal 174 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: (1) kelompok-kelompok ahli waris terdiri dari: (a) Menurut hubungan darah: golongan laki-laki terdiri dari: ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: Ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek. (b) menurut hubungan perkawinan terdiri dari: duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda. Pasal tersebut tidak membedakan antara kakek, nenek dan paman baik dari pihak ayah atau dari pihak ibu, (II) Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: (1) ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173. (2) bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti. Pasal tersebut mengatur ahli waris pengganti, sehingga cucu dari anak perempuan, anak perempuan dari saudara laki-laki dan anak perempuan/anak laki-laki dari saudara perempuan, bibi dari ayah dan bibi dari pihak ibu serta keturunan dari bibi adalah ahli waris;

2. Asas ahli waris langsung dan asas ahli waris pengganti, yaitu (1) ahli waris langsung adalah ahli waris yang disebut dalam Pasal 174 Kompilasi Hukum Islam (KHI), dan (2) ahli waris pengganti (*plaatsvervulling*) adalah ahli waris yang diatur berdasarkan Pasal 185 KHI, yaitu ahli waris pengganti/keturunan dari ahli waris yang disebutkan pada Pasal 174 KHI. Di antaranya keturunan dari anak laki-laki dan anak perempuan, keturunan dari saudara laki-laki/ perempuan, keturunan dari paman, keturunan dari kakek dan nenek, yaitu bibi dan keturunannya (paman walaupun keturunan kakek dan nenek bukan ahli waris pengganti karena paman sebagai ahli waris langsung yang disebut pada Pasal 174 KHI);

3. Asas *ijbari*, artinya pada saat seorang meninggal dunia, kerabatnya (atas pertalian darah dan pertalian perkawinan) langsung menjadi ahli waris, karena tidak ada hak bagi kerabat tersebut untuk menolak sebagai ahli waris atau berfikir lebih dahulu, apakah akan menolak sebagai ahli waris atau menerima sebagai ahli waris. Asas ini berbeda dengan ketentuan dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (KHUP) yang menganut asas pilihan (*takhayyur*) untuk menolak sebagai ahli waris atau menerima sebagai ahli waris (Pasal 1023 KUH Perdata);
4. Asas individual, dimana harta warisan dapat dibagi kepada masing-masing ahli waris, kecuali dalam hal harta warisan berupa tanah kurang dari 2 ha dinyatakan Pasal 189 KHI: (1) bila harta warisan yang akan dibagi berupa harta pertanian yang luasnya kurang dari 2 hektar, supaya dipertahankan kesatuannya sebagaimana semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan”, pada ayat (2) nya dinyatakan: “ bila ketentuan tersebut pada ayat (1) pasal ini tidak dimungkinkan karena di antara para ahli waris yang bersangkutan ada yang memerlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris dengan cara membayar harganya kepada ahli waris yang berhak sesuai dengan bagiannya masing-masing”. Dalam hal para ahli waris bersepakat untuk tidak membagi harta warisan akan tetapi membentuk usaha bersama yang masing-masing memiliki saham sesuai dengan proporsi bagian warisan mereka;
5. Asas keadilan berimbang, di mana perbandingan bagian laki-laki dengan bagian perempuan 2:1, kecuali dalam keadaan tertentu. Perbedaan bagian laki-laki dengan bagian perempuan tersebut adalah karena kewajiban laki-laki dan kewajiban perempuan dalam rumah tangga berbeda. Laki-laki sebagai kepala rumah tangga mempunyai kewajiban menafkahi istri dan anak-anaknya, sedangkan istri sebagai ibu

rumah tangga tidak mempunyai kewajiban menafkahi anggota keluarganya kecuali terhadap anak bila suami tidak mempunyai kemampuan untuk itu. Mengenai bagian laki-laki sepakat membagi sama rata bagian laki-laki dan perempuan setelah mereka mengetahui bagian masing-masing yang sebenarnya menurut hukum;

6. Asas waris karena kematian, artinya terjadinya peralihan hak kebendaan dari seseorang kepada kerabatnya secara waris mewaris berlaku setelah orang tersebut meninggal dunia;
7. Asas hubungan darah, yakni hubungan darah akibat perkawinan sah;
8. Asas wasiat wajibah, artinya anak angkat dan ayah angkat secara timbal balik dapat melakukan wasiat tentang harta masing-masing, bila tidak ada wasiat dari anak angkat kepada ayah angkat atau sebaliknya, maka ayah angkat dan/atau anak angkat dapat diberi wasiat wajibah. Pasal 209 KHI dinyatakan: (1) Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan Pasal 176 sampai dengan Pasal 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan anak angkatnya, dan ayat (2) nya dinyatakan: “terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan orang tua angkatnya”.
9. Asas egaliter, artinya kerabat karena hubungan darah yang memeluk agama selain Islam mendapat wasiat wajibah sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ bagian, dan tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengannya;
10. Asas retroaktif terbatas, artinya Kompilasi Hukum Islam tidak berlaku surut dalam arti apabila harta warisan telah terbagi secara riil sebelum Kompilasi Hukum Islam diperlakukan, maka keluarga yang mempunyai gugatan waris. Jika harta warisan belum dibagi secara riil, maka terhadap kasus waris

yang pewarisnya meninggal dunia sebelum Kompilasi Hukum Islam lahir, dengan sendirinya Kompilasi Hukum Islam berlaku surut;

11. Asas hibah dan wasiat kepada ahli waris diperhitungkan sebagai warisan. Pasal 210 Kompilasi Hukum Islam ayat (1) dinyatakan: "orang yang telah berumur sekurang-kurangnya 21 tahun, berakal sehat dan tanpa adanya paksaan dapat menghibahkan sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta bendanya kepada orang lain atau lembaga di hadapan dua orang saksi untuk dimiliki", dan ayat (2)nya dinyatakan: "harta benda yang dihibahkan harus merupakan hak dari penghibah".

Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengelompokkan ahli waris dari segi cara pembagiannya sebagai berikut:

A. Kelompok ahli waris *dzawil furud*, yaitu:

- (1) ayah Mendapat $\frac{1}{3}$ bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan. Hal yang demikian dinyatakan dalam Pasal 177 KHI "Ayah mendapatkan sepertiga bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak, bila ada anak, ayah mendapat seperenam bagian".
- (2) ibu mendapat $\frac{1}{6}$ bagian bila pewaris mempunyai anak/keturunan, atau pewaris mempunyai dua orang atau lebih saudara (sekandung, seayah, seibu) mendapatkan $\frac{1}{3}$ jika pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan atau pewaris meninggalkan satu orang saudara (sekandung, seayah, seibu). Demikian dinyatakan dalam Pasal 178 KHI dalam ayat (1) "Ibu mendapat seperenam bagian bila ada anak atau dua saudara atau lebih. Bila tidak ada anak atau dua orang saudara atau lebih, maka ia mendapat sepertiga bagian". Ayat (2) menyatakan "Ibu mendapat sepertiga bagian dari sisa sesudah diambil oleh janda atau duda bila bersama-sama dengan ayah".
- (3) duda mendapat $\frac{1}{4}$ bagian bila pewaris meninggalkan

anak/keturunan, mendapatkan $\frac{1}{2}$ bila pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan. Demikian dinyatakan dalam Pasal 179 KHI “Duda mendapat separoh bagian, bila pewaris tidak meninggalkan anak, dan bila pewaris meninggalkan anak, maka duda mendapatkan seperempat bagian”.

- (4) Janda mendapat $\frac{1}{8}$ bagian bila pewaris meninggalkan anak/ keturunan, mendapat $\frac{1}{4}$ bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak/keturunan. Demikian dinyatakan dalam Pasal 180 KHI “Janda mendapat seperempat bagian bila pewaris tidak meninggalkan anak, dan bila pewaris meninggalkan anak, maka janda mendapat seperdelapan bagian”.
- (5) Seorang anak perempuan mendapat $\frac{1}{2}$ bagian, dua orang atau lebih anak perempuan mendapat $\frac{2}{3}$ bagian, bila tidak ada anak laki-laki atau keturunan dari anak laki-laki. Dan apabila anak perempuan bersama dengan anak laki-laki, maka bagian anak-laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan. Demikian dinyatakan dalam Pasal 176 KHI “anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian, bila dua orang atau lebih mereka bersama-sama mendapat dua pertiga bagian, dan apabila anak perempuan bersama-sama dengan anak laki-laki, maka bagian anak laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan”.
- (6) Seorang saudara perempuan atau laki-laki (baik sekandung, seayah, seibu) mendapat $\frac{1}{6}$ bagian, apabila terdapat dua orang atau lebih saudara (sekandung, seayah, seibu) mendapat $\frac{1}{3}$ bagian, jika saudara (sekandung, seayah, seibu) mewaris bersama ibu pewaris. Demikian dinyatakan dalam Pasal 181 KHI “Bila seorang meninggal tanpa meninggalkan anak dan ayah, maka saudara laki-laki dan saudara perempuan seibu maka masing-masing mendapat seperenam bagian. Bila mereka itu dua orang atau lebih maka mereka bersama-sama mendapat sepertiga bagian”.

- (7) Seorang saudara perempuan (sekandung, seayah, seibu) mendapat $\frac{1}{2}$ bagian, dua orang atau lebih saudara perempuan sekandung atau seayah mendapat $\frac{2}{3}$ bagian, jika saudara perempuan tersebut mewaris tidak bersama ayah dan tidak ada saudara laki-laki atau keturunan laki-laki dari saudara laki-laki. Demikian dinyatakan dalam Pasal 182 KHI “Bila seorang meninggal tanpa meninggalkan ayah dan anak, sedang ia mempunyai satu saudara perempuan kandung atau seayah, maka ia mendapat separoh bagian. Bila saudara perempuan tersebut bersama-sama dengan saudara perempuan kandung atau seayah dua orang atau lebih, maka mereka bersama-sama mendapat dua pertiga bagian. Bila saudara perempuan tersebut bersama-sama dengan saudara-saudara laki-laki kandung atau seayah, maka bagian saudara laki-laki adalah dua berbanding satu dengan saudara perempuan”.
- B. Kelompok Ahli Waris yang Tidak ditentukan Bagiannya, yaitu sebagai berikut: (1) anak laki-laki dan keturunannya, (2) anak perempuan dan keturunannya bila mewaris bersama anak laki-laki, (3) saudara laki-laki bersama saudara perempuan bila pewaris tidak meninggalkan keturunan dan ayah, (4) kakek dan nenek, dan (5) paman dan bibi baik dari pihak ayah maupun dari pihak ibu dan keturunannya.
- C. Kelompok Ahli Waris yang Mendapat Bagian sebagai Ahli Waris Pengganti, yaitu: (1) keturunan dari anak mewaris bagian yang digantikannya, (2) keturunan dari saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah, seibu) mewaris bagian yang digantikannya, (3) kakek dan nenek dari pihak ayah mewaris bagian dari ayah, masing-masing berbagi sama, (4) kakek dan nenek dari pihak ibu mewaris bagian dari ibu, masing-masing berbagi sama, (5) paman dan bibi dari pihak ayah beserta keturunannya mewaris bagian dari ayah apabila tidak ada kakek dan nenek pihak ayah, dan (6)

paman dan bibi dari pihak ibu beserta keturunannya mewarisi bagian dari ibu apabila tidak ada kakek dan nenek pihak ibu.

- D. Prinsip-prinsip *hijab - mahjub* menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan praktek pengadilan sebagai berikut: (1) anak laki-laki maupun perempuan serta keturunannya *menghijab* saudara (sekandung, seayah, seibu) dan keturunannya, (2) ayah *menghijab* saudara dan keturunannya kakek dan nenek yang melahirkannya beserta paman/bibi pihak ayah dan keturunannya, (3) ibu *menghijab* kakek dan nenek yang melahirkannya beserta paman/bibi pihak ibu dan keturunannya, dan (4) saudara (sekandung, seayah, seibu) dan keturunannya *menghijab* paman dan bibi pihak ayah dan ibu serta keturunannya.
- E. Kompilasi Hukum Islam membedakan saudara seibu dari saudara seayah dan sekandung, seperti yang dinyatakan dalam Pasal 181 dan 182 KHI. Dalam perkembangannya yurisprudensi Mahkamah Agung Republik Indonesia menyamakan kedudukan saudara seibu dengan saudara sekandung dengan saudara seayah, mereka mendapatkan *ashabah* secara bersama-sama dengan ketentuan saudara laki-laki mendapat dua kali bagian saudara perempuan.
- F. Berdasarkan prinsip dan asas kewarisan tersebut di atas, derajat kelompok ahli waris memiliki tingkatan sebagai berikut: (a) kelompok derajat pertama, yaitu: janda/duda, anak dan atau keturunannya, ayah dan ibu, dan (b) kelompok derajat kedua, yaitu: janda/duda, anak dan/atau keturunannya, kakek dan nenek baik dari pihak ayah maupun ibu, (c) kelompok derajat ketiga, yaitu: janda/duda, saudara (sekandung, seayah, seibu) dan/atau keturunannya, kakek dan nenek dari pihak ayah dan pihak ibu, dan (d) janda/duda, paman/bibi dan/atau keturunannya.
- G. Untuk memudahkan perhitungan pembagian waris dapat

mempedomani prinsip-prinsip sebagai berikut: (1) mendahulukan ahli waris sesuai kelompok derajat yang dirumuskan di atas, (2) menerapkan *hijab mahjub* seperti yang diuraikan di atas, (3) perbandingan bagian anak laki-laki dengan anak perempuan, bagian saudara laki-laki dengan saudara perempuan, bagian paman berbanding bagian bibi adalah 2:1, (4) ahli waris pengganti mewarisi bagian yang digantikannya dengan ketentuan tidak melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan ahli waris yang diganti. Bila ahli waris pengganti terdiri dari laki-laki dan perempuan, laki-laki mendapat bagian dua kali bagian perempuan, (5) bagian ahli waris *dzawil furud* dibagi terlebih dahulu dari ahli waris *ashabah*, (6) sisa pembagian ahli waris *dzawil furud* untuk ahli waris *ashabah*, dengan ketentuan bagian laki-laki dua kali bagian perempuan, (7) jika ahli waris terdiri dari *dzawil furud* dan jumlah bagian ahli waris melebihi nilai satu, maka dilakukan *aul*, dan (8) jika ahli waris terdiri dari *dzawil furud* dan jumlah bagian ahli waris kurang dari nilai satu, maka dilakukan *rad*. *Rad* tidak berlaku untuk janda dan duda.

- H. Dari uraian dan penjelasan di atas, apabila dilihat dari bekerjanya hukum kewarisan dalam Islam, adalah pertama berupa tahap formulasi (pembuatan norma hukum) maka tahap berikutnya adalah tahap aplikasi (penerapan) apabila terjadi sengketa atau kasus baik yang diselesaikan secara non litigasi maupun secara litigasi di Pengadilan Agama.

Untuk memudahkan pemahaman di bawah ini diberikan sebagai contoh pemecahan dan pembagian warisan sesuai derajat kelompok ahli waris sebagai berikut:²³⁴

1. Ahli waris terdiri dari duda, anak dan/atau keturunannya, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: duda

²³⁴ Mahkamah Agung Republik Indonesia, Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama, *Ibid.*, hal. 176-179.

memperoleh $\frac{1}{4}$, ayah memperoleh $\frac{1}{6}$, ibu memperoleh $\frac{1}{6}$, anak dan/atau keturunannya memperoleh sisa.

2. Ahli waris terdiri dari janda, anak dan/atau keturunannya, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh $\frac{1}{8}$, ayah memperoleh $\frac{1}{6}$, ibu memperoleh $\frac{1}{6}$, anak dan/atau keturunannya memperoleh sisa.
3. Ahli waris terdiri dari duda, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: duda memperoleh $\frac{1}{2}$, ayah memperoleh $\frac{1}{3}$, ibu memperoleh $\frac{1}{3}$. Karena bagian waris lebih dari 1 (satu), maka dilakukan *aul*.
4. Ahli waris terdiri dari janda, ayah dan ibu. Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh $\frac{1}{4}$, ayah $\frac{1}{3}$, ibu $\frac{1}{3}$. Sisanya di *rad* kepada ayah dan ibu berbagi sama.
5. Ahli waris terdiri dari janda/duda, ibu dan seorang saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh $\frac{1}{4}$ atau jika duda ia memperoleh $\frac{1}{2}$, ibu memperoleh $\frac{1}{3}$ dan seorang saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh $\frac{1}{6}$ bagian. Jika jumlah bagian lebih dari nilai 1 (satu), maka harus dilakukan *aul* dan jika jumlah bagian kurang dari satu, maka harus dilakukan *rad*.
6. Ahli waris terdiri dari janda/duda, ibu dan dua orang atau lebih saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: Janda memperoleh $\frac{1}{4}$, atau jika duda memperoleh $\frac{1}{2}$, Ibu memperoleh $\frac{1}{6}$ dan dua orang atau lebih saudara perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh $\frac{1}{3}$ bagian. Jika jumlah bagian lebih dari nilai 1 (satu), maka harus dilakukan *aul*, jika jumlah bagian lebih kecil dari nilai 1 (satu) dilakukan *rad*.
7. Ahli waris terdiri dari janda/duda, kakek dan nenek pihak

ayah, kakek dan nenek pihak ibu, seorang saudara laki-laki/perempuan sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: janda memperoleh $\frac{1}{4}$ atau jika duda ia memperoleh $\frac{1}{2}$, kakek dan nenek pihak ayah memperoleh $\frac{1}{3}$ berbagi sama, seorang saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh $\frac{1}{6}$. Jika jumlah bagian lebih dari 1 (satu) dilakukan aul untuk kakek dan nenek pihak ayah dan biu serta saudara. Jika jumlah bagian kurang dari nilai 1 (satu) dilakukan *rad*.

8. Ahli waris terdiri dari janda/duda, kakek dan nenek dari pihak ayah dan ibu serta dua orang atau lebih saudara laki-laki atau perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Maka pembagiannya sebagai berikut: Janda memperoleh $\frac{1}{4}$ atau jika duda ia memperoleh $\frac{1}{2}$, kakek dan nenek pihak ayah masing-masing memperoleh $\frac{1}{6}$ berbagi sama, kakek dan nenek pihak ibu memperoleh $\frac{1}{6}$ berbagi sama, dua orang atau lebih saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu) memperoleh $\frac{1}{3}$ bagian. Jika jumlah nilai bagian kurang dari nilai 1 (satu), maka dilakukan *rad* untuk kakek dan nenek pihak ayah dan pihak ibu serta dua orang atau lebih saudara laki-laki/perempuan (sekandung, seayah atau seibu). Jika jumlah bagian melebihi nilai 1 (satu), maka dilakukan *aul*.
9. Ahli waris terdiri dari janda/duda, paman/bibi pihak ayah dan ibu dan/atau keturunannya. Maka pembagiannya sebagai berikut: Janda memperoleh $\frac{1}{4}$ atau jika duda ia memperoleh $\frac{1}{2}$, paman/bibi dari pihak ayah dan/atau keturunannya memperoleh bagian ayah ($\frac{1}{3}$ bagian), paman/bibi dari pihak ibu dan/atau keturunannya memperoleh bagian ibu ($\frac{1}{3}$ bagian). Jika jumlah bagian kurang dari nilai 1 (satu), maka dilakukan *rad* untuk paman/bibi dari pihak ayah atau ibu dan/atau keturunannya. Jika jumlah bagian lebih dari 1 (satu), maka

dilakukan *aul*.

10. Pembagian harta warisan yang ahli warisnya sudah bertingkat akibat berlarut-larutnya harta warisan tidak dibagi, harus dilakukan pembagian secara jelas ahli waris dan harta warisannya dalam setiap tingkatan. Sebagai contoh berikut ini:²³⁵ A (suami) dan B (istri) memiliki anak C, D (laki-laki) dan E (perempuan). A meninggal dunia tahun 1955. B meninggal dunia tahun 1960. D meninggal dunia tahun 1975 dengan meninggalkan 3 orang anak F, G, dan H. Adapun pembagian warisannya sebagai berikut:

Ahli waris A adalah B, C, D, dan E.

Ahli waris B adalah C, D, dan E.

Ahli waris D adalah F, G (laki-laki) dan H (perempuan). Maka amar putusannya harus berbunyi sebagai berikut:

1. Mengabulkan gugatan penggugat seluruhnya/sebagian;
2. Menetapkan ahli waris A adalah B, C, D, dan E;
3. Menetapkan harta warisan A adalah X;
4. Menetapkan bagian masing-masing ahli waris A adalah sebagai berikut:
 4. 1. B memperoleh $1/8 \times X$;
 4. 2. C memperoleh $7/8 \times X$;
 4. 3. D memperoleh $7/8 \times X$;
 4. 4. E memperoleh $7/8 \times X$.
5. Menetapkan ahli waris B adalah C, D, dan E.
6. Menetapkan harta waris B adalah Y.
7. Menetapkan bagian ahli waris B adalah sebagai berikut:

²³⁵ *Ibid.*, hal. 178 - 179.

7. 1. C memperoleh $\frac{2}{5} \times Y$;
7. 2. D memperoleh $\frac{2}{5} \times Y$;
7. 3. E memperoleh $\frac{1}{5} \times Y$.
8. Menetapkan ahli waris D adalah F, G, dan H.
9. Menetapkan harta warisan D adalah N;
10. Menetapkan bagian ahli waris D adalah sebagai berikut:
 10. 1. F memperoleh $\frac{2}{5} \times N$;
 10. 2. G memperoleh $\frac{2}{5} \times N$;
 10. 3. H memperoleh $\frac{1}{5} \times N$.

Termasuk yang berkaitan dengan hukum kewarisan dalam Islam adalah *wasiat* dan *hibah*. Hukum wasiat dan hibah diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai berikut:

1. Wasiat dan hibah merupakan perbuatan hukum seseorang untuk mengalihkan harta benda miliknya kepada orang lain atas dasar *tabarru'* (berbuat baik). Wasiat dan hibah termasuk bentuk perikatan, dalam pelaksanaannya bisa terjadi tidak memenuhi syarat-syarat perikatan, atau perikatan tersebut melanggar undang-undang.
2. Lembaga-lembaga adat yang bentuknya memindahkan hak dari pemilik harta kepada pihak anaknya atau pihak lain tetap berlaku dan tidak tunduk kepada ketentuan hukum wasiat dan hibah. Pasal 229 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan "Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan".
3. Dalam hal terjadi sengketa wasiat dan hibah, baik disebabkan oleh karena wasiat dan hibah tersebut tidak memenuhi syarat suatu perikatan atau melanggar undang-undang, maka Peradilan agama dapat melakukan hal-hal

sebagai berikut:²³⁶ (a) gugatan pembatalan maupun pengesahan hibah dan wasiat diajukan kepada Pengadilan Agama dalam daerah di mana pihak tergugat atau salah satu tergugat bertempat tinggal, dan kepada Pengadilan Agama di daerah di mana obyek sengketa benda tetap berada atau ditempat tergugat, bila obyek sengketa berupa benda bergerak, (b) gugatan pembatalan hibah dan wasiat maupun pengesahan hibah dan wasiat harus berbentuk *kontensius*, dan (c) ahli waris atau pihak yang berkepentingan dapat mengajukan gugatan pembatalan hibah dan wasiat, bila hibah melebihi 1/3 harta benda pemberi wasiat atau pemberi hibah.

2.3.3 Perkembangan Pemikiran Hukum Kewarisan Islam

Hukum perdata yang berlaku di Indonesia, termasuk di dalamnya hukum kewarisan sampai sekarang masih beraneka ragam (pluralisme), masih belum mempunyai kesatuan hukum yang dapat diterapkan untuk seluruh warga negara Indonesia. Keanekaragaman hukum waris tersebut dapat dilihat dari adanya pembagian hukum waris kepada:²³⁷ (1) hukum waris yang terdapat dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW), Buku I Bab XII sampai dengan Bab XVIII dari Pasal 830 sampai dengan Pasal 1130, (2) hukum waris yang terdapat dalam hukum Adat, yaitu dalam bagian hukum waris Adat, dan (3) hukum waris yang terdapat dalam hukum waris Islam, yaitu ketentuan hukum waris dalam fikih Islam yang disebut *mawaris* atau *ilmu faraidh* atau Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Hukum waris BW berlaku bagi orang-orang Tionghoa dan Eropa, hukum waris Adat berlaku bagi orang-orang Indonesia

²³⁶ *Ibid.*, hal. 180-181.

²³⁷ Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, *Fiqh Mawaris, Hukum Kewarisan Islam*, Cet. Pertama, (Jakarta, Gaya Media: 1977), hal. 189.

asli, sedangkan hukum waris Islam berlaku bagi orang-orang Indonesia asli yang beragama Islam. Menurut Hazairin, salah seorang ahli hukum Adat dan ahli hukum Islam, bahwa di Indonesia terdapat tiga macam sistem kewarisan, yaitu:²³⁸ (1) sistem kewarisan individual, yang cirinya ialah bahwa harta peninggalan dapat dibagi-bagikan pemilikannya di antara ahli waris seperti pada masyarakat *bilateral* di Jawa dan dalam masyarakat *patrilineal* di Tanah Batak, (2) sistem kewarisan kolektif, yang cirinya ialah bahwa harta peninggalan itu diwarisi oleh sekumpulan ahli waris yang merupakan semacam badan hukum di mana harta tersebut, yang disebut *harta pusaka*, tidak boleh dibagi-bagikan pemilikannya kepada mereka itu, seperti dalam masyarakat *matrilineal* di Minangkabau, dan (3) sistem kewarisan *mayorat*, di mana anak tertua pada saat matinya si pewaris berhak tunggal untuk mewarisi sejumlah harta pokok dari satu keluarga, seperti dalam masyarakat *patrilineal* yang beralih-alih di Bali (hak *mayorat* anak laki-laki yang tertua).

Ada dua unsur pokok yang menentukan bentuk hukum kewarisan, yaitu sifat kekeluargaan dan bentuk pemilikan atas harta seperti yang dijelaskan di atas. Masing-masing unsur itu banyak dipengaruhi oleh agama, adat-istiadat dan budaya modern (Barat). Ketiga pengaruh itu telah melembaga dalam bentuk hukum sebagaimana dilihat manifestasinya dalam tiga bentuk hukum kewarisan yang berlaku di Indonesia saat ini.

Kekerabatan yang berlaku dalam lingkungan hukum Adat pada dasarnya terlihat dalam tiga bentuk, yaitu:²³⁹ (a) sifat kebapakan (*patrilineal*), yaitu sifat kekerabatan yang menarik garis nasab ke atas dan kewabahnya hanya melalui garis bapak atau laki-laki. Hal yang pokok pada kekerabatan menurut bentuk kebapakan ini ialah adanya *perkawinan jujur* yang bentuk aslinya adalah terlepasnya anak perempuan yang sudah kawin dari

²³⁸ *Ibid.*, hal. 190.

²³⁹ Amir Syarifuddin, *Pemikiran dalam Hukum Islam*, Cet. 2 (Padang, Penerbit Angkasa Raya: 1993), hal. 143-144.

lingkungan kekerabatan ayahnya dan dengan *uang jujur* yang diberikan oleh pihak suami, si istri masuk ke dalam kekerabatan suaminya, (b) sifat keibuan (*matrilineal*), yaitu sifat kekerabatan yang menarik nasab ke atas dan ke bawah semata melalui garis ibu atau perempuan. Yang pokok dalam sifat kekerabatan keibuan ini ialah perkawinan semenda, yaitu suami didatangkan dari luar lingkungan kerabatnya, meskipun si laki-laki sudah kawin dan masuk ke dalam lingkungan kelompok, namun ia masih tetap dalam lingkungan kerabatnya semula, dan (c) sifat keibubapakan (*parental*), yaitu sifat kekerabatan yang menentukan garis nasab ke atas dan ke bawah melalui ibu dan juga melalui bapak. Dalam bentuk kekerabatan parental ini tidak terdapat perbedaan antara ayah dan ibu dari segi kedudukannya dalam keluarga. Akibatnya si anak mempunyai dua hubungan kekerabatan yaitu dari pihak ibu dan dari pihak ayah.

Dalam hukum Islam sifat kekerabatan yang berlaku adalah *parental*, oleh karenanya warga negara yang mengikuti kewarisan Islam telah mengikuti sistem kekerabatan parental sesuai petunjuk al-Qur'an. Demikian pula warga negara yang mengikuti hukum kewarisan menurut BW menjalankan sifat kekerabatan parental sebagaimana terlihat dalam pelaksanaannya.

Adapun perkembangan pemikiran atau gagasan dalam pembaharuan hukum kewarisan Islam sebagai wujud perkembangan sosial dan kebiasaan yang terjadi dan tumbuh dalam kesadaran masyarakat melahirkan beberapa gagasan pembaharuan dalam pembagian warisan. Secara substantif pembaharuan tersebut lebih berada pada tataran aplikasi hukum (*tatbiq al-ahkam*), sebagai upaya mengangkat kenyataan hukum yang berada dalam kesadaran masyarakat, akomodasi ke dalam sistem hukum yang kemudian diformulasikan dalam legislasi hukum sebagai peraturan perundang-undangan sebagai hasil ijtihad individu atau hasil ijtihad atau kesepakatan para *ulama'* yang disebut *ijtihad jama'i* (ijtihad kolektif). Di antara gagasan

pembaharuan itu, ialah:²⁴⁰ pembagian warisan dengan cara damai, pembagian warisan ketika pewaris masih hidup, pembagian dengan sistem kolektif, dan pembagian warisan sistem *gonogini*.

Pembagian warisan dengan cara damai diakomodasi oleh Kompilasi hukum Islam (KHI) Pasal 183 dinyatakan: “Para ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta warisan setelah masing-masing menyadari bagiannya”. Secara normatif, pembagian warisan hanya bisa dilakukan sesuai dengan ketentuan yang tertera secara kongkrit dalam al-Qur’an dan as-Sunnah yang menunjukkan (*dalalah qath’i*). Namun dalam kenyataannya, masyarakat sering melakukannya secara berulang-ulang dengan cara perdamaian. Boleh jadi karena dalam kenyataannya ahli waris yang menerima bagian besar, secara ekonomi telah berkecukupan, sementara ahli waris yang menerima bagian sedikit, masih berada dalam suasana kekurangan. Kebiasaan yang terjadi berulang ulang dalam masyarakat dan menimbulkan *kemaslahatan* disebut dengan “*urf*” atau “*adat*” yang artinya kebiasaan. Dan ini sejalan dengan kaidah hukum Islam “*al- ‘adat muhakkamah*” (kebiasaan itu dapat dijadikan hukum). Secara sosiologis, dalam masyarakat sering terjadi suatu tindakan yang terjadi secara berulang-ulang dan dapat membawa kebaikan.

Pembagian warisan ketika pewaris masih hidup. Secara normatif, pembagian warisan hanya dapat dilakukan ketika pewaris benar-benar meninggal dunia baru harta warisan itu dapat dibagikan kepada ahli waris. Akan tetapi dalam kenyataan yang berkembang dalam masyarakat, pihak orang tua (pewaris) menginginkan agar sepeninggalnya, anak-anaknya dan ahli waris lainnya tetap hidup dalam persaudaraan secara rukun. Untuk memenuhi keinginannya ini ditempuh cara hibah, yaitu membagi harta kekayaan ketika pewaris masih hidup. Hal yang demikian

²⁴⁰ Ahmad Rofiq, Fiqh Mawaris, *op. cit.*, hal. 198 – 206.

ini, diakomodasi Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 212 dinyatakan: “Hibah dari orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai warisan”. Yang perlu diperhatikan di dalam pembagian warisan ketika pewaris masih hidup adalah keadilan, untuk menjaga kesamaan dalam hak perolehan harta dari orang tuanya, sehingga tidak terjadi perbedaan terhadap anak-anak, ada yang diberi hibah dari orang tua dan ada yang tidak diberi hibah dari orang tuanya, sehingga hibah orang tua kepada anaknya dapat diperhitungkan sebagai warisan.

Pembagian warisan dengan sistem kolektif, yaitu berupa harta warisan dari pewaris yang oleh ahli waris tidak dibagi-bagi, tetapi nilai atau hasil dari harta warisan itu dinikmati secara bersama (kolektif) atau disebut sistem pemilikan *kolektif*. Hal yang demikian itu diakomodasi oleh Kompilasi Hukum Islam (KHI) dengan pertimbangan pragmatismenya. Pasal 189 ayat (1) dinyatakan: “Bila harta warisan yang akan dibagi berupa lahan pertanian yang luasnya kurang dari dua hektar supaya dipertahankan sebagaimana semula, dan dimanfaatkan untuk kepentingan bersama para ahli waris yang bersangkutan”. Dalam pasal yang sama ayat (2) dinyatakan: “bila ketentuan dalam ayat (1) pasal ini tidak memungkinkan karena di antara ahli waris yang bersangkutan ada yang memerlukan uang, maka lahan tersebut dapat dimiliki oleh seorang atau lebih ahli waris yang berhak sesuai dengan bagian masing-masing, dengan cara yang memiliki lahan menggantikan atau memberikan kompensasi sebesar atau senilai bagian ahli waris yang membutuhkannya”.

Pembagian warisan dengan sistem *gono-gini*. Harta *gono-gini* juga disebut harta bersama, yaitu harta yang diperoleh suami istri selama dalam masa perkawinan mereka, apakah istri secara formal bekerja dalam profesi tertentu di luar rumah atau sebagai ibu rumah tangga. Dalam Undang-undang No. 1 tahun 1974 Tentang Perkawinan, Pasal 35 ayat (1) dinyatakan: “Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama” . Dalam praktik, sebelum harta warisan dibagikan

kepada ahli waris yang ada dibagi dua dulu, separoh diberikan kepada pasangan yang hidup lebih lama dan baru separuh yang lain dibagikan kepada ahli waris. Hal yang demikian diatur dalam Pasal 96 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ayat (1) dinyatakan : “Apabila terjadi cerai mati, maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama”.

Perkembangan pemikiran tentang kedudukan wanita dalam sistem hukum waris Islam, khusus mengenai perbedaan besarnya jumlah bagian antara wanita dengan laki-laki termasuk persoalan klasik yang terus dibahas dan diperdebatkan. Di kalangan masyarakat Islam sendiri, pernah masalah ini mencuat atas gagasan H. Munawir Sjadzali tentang gagasan reaktualisasi ajaran Islam. Pada dasarnya masyarakat Islam tidak keberatan atas gagasan tersebut. Namun ada suatu hal dalam gagasan itu yang kurang berkenan di hati masyarakat, terutama kalimat yang berbunyi: “dari uraian di atas jelas bahwa bukan saya yang mengatakan bahwa hukum waris Islam seperti yang dikemukakan al-Qur’an itu tidak adil, tetapi justru saya menyoroti sikap masyarakat yang tampaknya tidak percaya lagi kepada keadilan hukum Islam”.²⁴¹ Kalimat di atas, berawal dari permasalahan yang menyangkut QS. *An-Nisa’ (59) ayat 7*, yang menjadi sumber hukum atas ketentuan antara pembagian anak laki-laki dengan anak perempuan 2 : 1. Beliau mengemukakan ketentuan itu seolah-olah diskriminatif, sehingga kaum wanita menganggap ketentuan itu kurang adil.

Terhadap pendapat tersebut, timbul reaksi yang berpuncak menjadi polemik ada yang pro dan kontra, di samping itu ada yang menanggapi secara moderat dan ilmiah, yang dikemukakan antara lain: mungkin sebagian kita terlampau meletakkan tekanan pada kalimat “*faridhatan minallah*”, sehingga seluruh ayat itu takluk secara mutlak kepada kalimat tersebut.

²⁴¹ M. Yahya Harahap, “Kedudukan Wanita dalam Hukum Kewarisan (Bagian Kedua),” dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*, hal. 5-6.

Akan tetapi kalau ditanya dari segi telaah hukum, dapat di-
kedepankan suatu konstruksi pemikiran hukum. Ketetapan
(fariidhah) yang pokok dalam ayat tersebut, yaitu:²⁴² (1) mem-
beri hak dan kedudukan kepada semua anak (laki-laki dan pe-
rempuan) untuk mewarisi harta peninggalan orang tuanya, (2)
bagian seorang anak perempuan “minimal” setengah bagian
seorang anak laki-laki, (3) apabila kesadaran umat Islam meng-
hendaki, bagian minimal dapat ditingkatkan, dan (4) namun
peningkatan bagian minimal tadi paling maksimal sama dengan
bagian anak laki-laki.

Pendapat tersebut di atas, bertitik tolak pada hipotesis
“*spiral syari’ah*” yang dikemukakan Zainuddin Sardar, yang
menyatakan bahwa: “*syari’at Islam*” dapat melentur, tidak
ubahnya seperti *spiral*, akan tetapi yang dapat dilenturkan adalah
“*hudud*” nya, bukan “*norma*” nya. Demikian pula dikatakan,
bahwa setiap rumusan hukum yang terdapat dalam al-Qur’an
dan as-Sunnah terdiri dari dua unsur, yaitu: (1) unsur pertama
berisi ketentuan normatif, bersifat abadi dan universal, berlaku
untuk semua tempat dan waktu, tidak berubah dan tidak dapat
diubah, dan (2) unsur kedua berisi ketentuan *hudud*, sifatnya
elastis, sesuai dengan waktu, tempat dan kondisi sosial.²⁴³

Berarti jika teori spiral yang dipergunakan sebagai
pendekatan terhadap *QS-an-Nisa’ (59): ayat 7*, maka yang abadi
dan universal ialah norma tentang hak dan kedudukan anak laki-
laki dan perempuan untuk mewarisi harta warisan orang tuanya,
sedangkan mengenai besarnya bagian adalah aturan *hudud* yang
dapat dilenturkan.

Perkembangan pemikiran kesetaraan jender, juga
diakomodir dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang
merupakan *ijma’ ulama’* Indonesia dan mendapat *legal force*
(kekuatan hukum) dari pemerintah dengan memperhatikan

²⁴² *Ibid.*, hal. 6.

²⁴³ *Ibid.*, hal. 6.

“living law” (hukum yang hidup) di tengah-tengah masyarakat tanpa kehilangan *“ruh syari’at”*, dengan melakukan terobosan hukum yang kadang terkesan berbeda dengan fikih konvensional dan terobosan tersebut dilakukan dalam upaya memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Di antara pasal-pasal yang dapat mengakomodir kesetaraan gender dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu: Pasal 1 huruf (f) yang cukup signifikan dalam menetapkan kemitraan suami – istri. Dalam kitab fikih klasik belum mengakui secara eksplisit eksistensi dan peran istri dalam melahirkan harta bersama, maka Pasal 1 huruf (f) cukup representatif mengakui peran istri. Adanya harta bersama tidak dikaitkan dengan siapa yang memperoleh dan tidak dikaitkan dengan pendaftarannya atas nama siapa. Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) bagaimanapun pola relasi suami istri dan masing-masing pihak tidak dapat melakukan perbuatan hukum terhadap harta bersama tanpa persetujuan pihak lain.

Pasal 29 ayat (3) Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara eksplisit menetapkan bahwa kesetaraan gender suami istri dimulai sejak akad nikah. Perkawinan tidaklah menempatkan istri sub-ordinasi di bawah posisi suami. Dalam ayat *“arrijalu qauwamuna ‘ala nisa’ ”* diartikan dengan “suami pelindung (*protector, maintainers*) istri”. Bukan sebagai “pemimpin” yang terkesan lebih dominan dan otoriter. Demikian pun Pasal 45 sampai dengan Pasal 52 Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengatur tentang perjanjian kawin. Dalam kitab-kitab fikih konvensional tidak membahas perjanjian perkawinan. Terkesan bahwa akad nikah hanyalah perjanjian antara wali dengan suami, di mana mempelai wanita atau istri tidak berhak menyatakan pendapat atau kemauannya sehubungan dengan terjadinya peristiwa hukum perkawinan tersebut. Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara eksplisit mencantumkan perjanjian perkawinan yang merupakan media untuk mempercepat terwujudnya *“mu’asyarah bil ma’ruf”*. Dengan adanya peluang untuk

mengadakan perjanjian perkawinan, maka eksistensi dan peran istri sebagai mitar suami semakin kuat. Secara lebih lugas Pasal 51 kompilasi Hukum Islam (KHI) menyatakan bahwa bila perjanjian perkawinan dilanggar, maka dapat dijadikan alasan oleh istri untuk pembatalan nikah atau alasan gugatan perceraian.

Kompilasi hukum Islam (KHI) Pasal 77 sampai dengan Pasal 79 tentang hak dan kewajiban serta kedudukan suami istri. Pandangan bahwa suami lebih dominan daripada istri dalam relasi perkawinan ditegaskan oleh ketiga pasal tersebut di atas. Suami tidak dapat memaksakan pendapat dan kemauannya kepada istri. Untuk hal-hal yang prinsip seperti upaya menciptakan rumah tangga *sakinah*, pengasuhan dan pemeliharaan anak, mereka harus bekerja sama. Jika salah satu pihak melalaikan kewajibannya, pihak lawannya dapat menggugat ke Pengadilan Agama agar pihak yang lalai tersebut memenuhi kewajibannya. Di samping itu, penentuan tempat kediaman bersama harus diputuskan bersama-sama.

Contoh di atas merupakan semangat kesetaraan jender yang diakomodir Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang berpengaruh terhadap hukum kewarisan yang berkaitan dengan persoalan-persoalan kemasyarakatan yang tumbuh dan berkembang seiring dengan kemajuan masyarakat dan semakin heterogen suatu masyarakat semakin kompleks pula persoalannya. Terobosan hukum yang dilakukan oleh Kompilasi Hukum Islam (KHI) di atas merupakan antisipasi adanya perubahan sosial sebagaimana telah diuraikan di atas, dan cukup signifikan untuk menjawab tuntutan kesetaraan jender dalam koridor yang dibenarkan oleh Islam.

Pasal-pasal yang dianalisis tersebut di atas menunjukkan bahwa Kompilasi Hukum Islam (KHI) merupakan *visi* masa depan dalam upaya menjadikan hukum Islam sebagai hukum positif bagi umat Islam. Pasal-pasal yang mengakomodir kesetaraan *jender* tersebut membuktikan bahwa hukum Islam di

Indonesia telah maju selangkah dalam rangka pembangunan hukum nasional. Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah mengembangkan semangat hukum Islam yang terdapat dalam berbagai sumber hukum seperti al-Qur'an, as-Sunnah dan lain sebagainya dalam upaya memenuhi rasa keadilan masyarakat, atas dasar prinsip *maslahah*.

Perkembangan pemikiran dalam hukum kewarisan Islam dalam konteks hukum kewarisan Indonesia tidak dapat dilepaskan dari cita-cita moral, cita-cita batin, suasana kejiwaan dan watak rakyat Indonesia, menunjukkan bahwa:²⁴⁴ (a) watak dan suasana kejiwaan bangsa Indonesia yang meliputi sikap mental di dalam keimanan yang dibina oleh konsep hidup agama, hal ini tergambar jelas dengan adanya Sila Ketuhanan Yang Maha Esa dari Pancasila, (b) pandangan hidup rakyat Indonesia adalah pandangan hidup yang religius, yang banyak dibentuk oleh ajaran agama. Pancasila sebagai filsafat hidup bangsa dan negara Indonesia tidak akan lepas dari nilai-nilai Ketuhanan Yang Maha Esa, dan (c) kesadaran hukum dan cita-cita hukum rakyat Indonesia adalah berdasarkan nilai-nilai hukum agama dan menuju pada pelaksanaan hukum agama.

Berdasarkan uraian di atas, bagaimana prospek hukum waris nasional, maka tidak dapat dilepaskan dari hukum keluarga Indonesia. Sistem perkawinan menentukan sistem keluarga dan sistem keluarga menentukan sistem kewarisan. Bentuk perkawinan menentukan sistem atau bentuk keluarga. Bentuk keluarga menentukan pengertian keluarga dan pengertian keluarga menentukan kedudukan dalam sistem kewarisan. Berkaitan dengan itu bahwa prospek hukum waris nasional, yaitu berdasarkan hukum kekeluargaan Indonesia yang menuju ke arah *parental*, hal ini terbukti dari yurisprudensi. Hukum waris nasional berdasarkan Pancasila mendudukkan dan

²⁴⁴ Ichtijanto, "Kedudukan Anak Laki-laki dan Anak Perempuan dalam Hukum Kewarisan Islam di Masa Mendatang," dalam *Mimbar Hukum No. 27 Thn. VII*, hal. 46.

menghormati hukum waris ajaran agama. Hukum kekeluargaan nasional Indonesia cenderung menjurus menciptakan kekeluargaan *parental (bilateral)*. Sistem perkawinan nasional Indonesia ditentukan oleh hukum agama. Sistem perkawinan menentukan sistem kekeluargaan dan bentuk kekeluargaan dan pengertian keluarga menentukan sistem kewarisan.

Dapat dilihat kecenderungan dalam hal kewarisan, bahwa hukum kewarisan sesuai dengan cita-cita moral, cita-cita batin dan cita hukum yang diinginkan oleh manusia pemeluk agama akan menjadi keinginan dan kesadaran batin secara nasional. Karenanya dapat diperkirakan akan makin tumbuhnya individualisme dalam masyarakat Indonesia. Gerakan emansipasi dan penuntutan hak kaum wanita juga akan tumbuh dan meningkat. Oleh karena itu sistem kekeluargaan *patrilineal* dan sistem kewarisannya akan ditinggalkan. Demikian pula sistem kekeluargaan *matrilineal* akan ditinggalkan oleh masyarakat, karena pada masyarakat modern adanya kecenderungan makin besarnya tuntutan kepada suami untuk bertanggungjawab memimpin keluarganya yang terdiri dari istri dan anak-anaknya.²⁴⁵

Dari uraian tersebut di atas, maka dapat dipahami bahwa hukum kewarisan Islam adalah rasional, kasuistis dan mengikuti perkembangan zaman. Perubahan sosial dan hukum masyarakat akan mempengaruhi rasio hak waris antara laki-laki dan perempuan. Hukum kekeluargaan masa mendatang lebih condong menjadi *parental (bilateral)*. Perjuangan di bidang hukum akan menghasilkan perkembangan hak-hak individu dan emansipasi antara wanita dengan laki-laki.

Kehidupan masa mendatang memerlukan kesadaran akan fungsi-fungsi, termasuk fungsi laki-laki dan wanita dalam keluarga. Khusus berkaitan dengan hak anak laki-laki dan anak perempuan dalam hukum kewarisan terdapat dua pandangan,

²⁴⁵ *Ibid.*, hal. 47.

yaitu: (1) sebagai hasil perjuangan emansipasi wanita, maka hak waris antara anak laki-laki dengan anak perempuan adalah sama, dalam arti satu banding satu, dan (2) setelah proses emansipasi wanitapun, karena laki-laki dan wanita adalah pasangannya, maka yang penting dalam hukum keluarga dan waris adalah fungsinya, karena fungsinya dalam keluarga dan tanggungjawabnya maka wanita mendapat bagian 1 dibanding 2 bagi laki-laki. Dengan kata lain berpandangan “*egalitarian*”, yaitu hak anak laki-laki dan wanita sama, dalam arti 1 : 1, dan pandangan yang lain mengatakan, bahwa sebagai wanita mempunyai hak yang sama dengan laki-laki. Dari sudut pandang fungsinya dalam keluarga, wanita tidak mempunyai beban sama dengan laki-laki, karenanya hak anak wanita dibanding laki-laki adalah satu banding dua.

2.3.4. Perkembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Tujuan utama Kompilasi Hukum Islam (KHI) yaitu mempositifkan hukum Islam di Indonesia, sebagai pegangan hakim agama dalam memutus perkara yang menjadi wewenangnya yang diajukan kepadanya. Termasuk kewenangan *absolut* Peradilan Agama, yaitu tentang hukum kewarisan. Termasuk pilar Peradilan agama yaitu adanya sarana hukum Islam sebagai rujukan berupa hukum positif Islam yang pasti dan berlaku secara unifikasi. Perlu pengaturan dan perumusan hukumnya secara positif dan unifikatif.

Penerapan yang menyangkut bidang-bidang hukum terapan di Pengadilan Agama masa lalu (termasuk hukum kewarisan) benar-benar mengandalkan ajaran fikih. Berarti perkara yang diputus dalam bidang hukum kewarisan tersebut oleh Pengadilan Agama, bukan keadilan berdasarkan hukum,

tetapi keadilan berdasarkan doktrin fikih.²⁴⁶ Tidak ada rujukan hukum positif Islam yang bersifat unifikatif, terjadilah putusan-putusan yang berdisparitas antara satu pengadilan dengan pengadilan yang lain, antara hakim yang satu dengan hakim yang lain. Salah satu jalan yang harus dibenahi ialah melengkapi dengan prasarana hukum positif Islam yang bersifat unifikatif, untuk itu perlu jalan yang efektif, yang memenuhi persyaratan legalistik yang formil meskipun tidak maksimal dalam bentuk undang-undang, maka dipilihlah jalan pintas yang sederhana berupa Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengakomodasi problem hukum Islam masa kini. Hukum kewarisan Islam telah selesai pewahyuannya dalam al-Qur'an maupun penjelasannya dalam as-Sunnah, tetapi kehidupan atau kejadian-kejadian hukum itu datang berkembang dan dinamis. Untuk itu perlu pemecahan problem masalah hukum yang demikian itu, problem yang baru dipecahkan selalu berbarengan dengan problem baru yang segera pula menuntut pemecahan. Dengan demikian Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengutamakan problem hukum Islam masa kini, yang dituju ialah ketentuan dan ketetapan kehendak yang mampu mengatur dan memperbaiki tatanan serta ketertiban kehidupan masyarakat Islam Indonesia.

Kita dituntut berusaha memahami Islam dan hukumnya untuk kehidupan, maka jalan yang terbaik ialah pemahaman untuk pengembangan dan pemecahan problem hukum masa kini. Dengan demikian, di samping perumusan Kompilasi Hukum Islam (KHI) bersumber al-Qur'an dan Sunnah serta menjadikan doktrin kitab fikih sebagai orientasi, juga mengutamakan sikap memilih alternatif yang lebih rasional, praktis dan aktual yang mempunyai potensi ketertiban dan kemaslahatan umum yang

²⁴⁶ M. Yahya Harahap, "Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992*, hal. 27.

luas dan lebih aman dalam persamaan (egaliterian).²⁴⁷

Secara umum dapat dikatakan, bahwa ketentuan mengenai masalah hukum kewarisan yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara garis besar tetap mempedomani garis-garis hukum *faraidh*. Warna pemikiran asas "*qath'i*" dominan dalam perumusannya. Seluruhnya hampir mempedomani garis rumusan *nash* yang terdapat dalam al-Qur'an, hukum Islam produk wahyu, disebut syari'ah, bersifat pasti (*qath'i*) dan berlaku universal.

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) ketentuan hukum kewarisan perumusannya mengakomodasi atau kompromistik sedikit banyak dengan hukum adat. Semangat perumusannya telah mendekati sistem "*parental*" atau "*bilateral*" seperti terdapat dalam sistem kekeluargaan yang umum dalam kehidupan masyarakat Indonesia. Adapun sifat akomodatif yang dianut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam masalah kewarisan lebih mengarah sikap modifikasi secara terbatas bersifat selektif dan hati-hati.

Modifikasi hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) secara selektif sebagai berikut:²⁴⁸

1. Tetap menempatkan status anak angkat di luar ahli waris dengan modifikasi melalui wasiat wajibah. Meskipun hukum adat menyamakan hak dan kedudukan anak angkat sama dengan status anak kandung, Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak mengadaptasi dan mengkompromikannya menjadi nilai hukum Islam. Hal ini dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (h) "Anak angkat adalah anak yang dalam pemeliharaan untuk hidupnya sehari-hari, biaya pendidikan dan sebagainya beralih tanggungjawabnya dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan pengadilan".

²⁴⁷ *Ibid.*, hal. 37.

²⁴⁸ *Ibid.*, hal. 53-57.

Selanjutnya dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan: ayat (1) “Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan Pasal-pasal 176 sampai dengan 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan anak angkatnya, dan ayat (2) dinyatakan: “Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya $\frac{1}{3}$ dari harta warisan orang tua angkatnya”.

2. Bagian anak perempuan tidak mengalami aktualisasi. Pasal 176 Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengatur besarnya bagian antara anak-laki-laki dengan anak perempuan dalam pembagian warisan. Yang dinyatakan “... dan apabila anak perempuan bersama-sama anak laki-laki, maka bagian anak laki-laki adalah dua berbanding satu dengan anak perempuan”. Kepastian ketetapan pembagiannya tetap berpegang teguh pada *QS.an-Nisa’: 11*. Untuk sekedar alternatif untuk kemantapan norma *QS. an-Nisa’: 11*, Pasal 183 Kompilasi Hukum Islam (KHI) membuka kemungkinan untuk menyimpang melalui jalur “perdamaian”. Dalam pasal tersebut dinyatakan: “Para ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta warisan, setelah masing-masing menyadari bagiannya”. Dengan demikian jika Pasal 176 KHI dikaitkan dengan alternatif yang digariskan Pasal 183 KHI, patokan penerapan besarnya porsi pembagian harta warisan antara anak laki-laki dengan anak perempuan dapat dijelaskan sebagai berikut: (a) bagian anak laki-laki dua banding satu (2:1) dengan bagian anak perempuan, dan (b) akan tetapi melalui perdamaian dapat disepakati oleh ahli waris jumlah bagian yang menyimpang dari ketentuan Pasal 176 KHI.
3. Penertiban warisan yang diperoleh anak yang belum dewasa. Selama ini belum ada penertiban di kalangan masyarakat Islam atas perolehan harta warisan yang

diterima anak yang belum dewasa. Pengurusannya dan pemeliharannya diserahkan berdasarkan kepercayaan saja kepada seseorang kerabat tanpa pengawasan dan pertanggungjawaban. Akibatnya pada saat anak dewasa, harta tersebut habis dengan dalih beberapa alasan. Untuk mengantisipasi ketidaktertiban itu, Kompilasi Hukum Islam Pasal 184 dinyatakan: "Bagi ahli waris yang belum dewasa atau tidak mampu melaksanakan hak dan kewajibannya, maka baginya diangkat wali berdasarkan keputusan hakim atas usul anggota keluarga". Pasal tersebut menggariskan suatu kepastian penegakan hukum dalam hal: (a) untuk menjamin terpelihara keutuhan harta warisan yang menjadi bagian anak yang belum dewasa diangkat "*wali*", dan pengangkatan wali berdasarkan putusan hakim (pengadilan). Adapun pasal-pasal Kompilasi Hukum Islam yang berkaitan dengan pemeliharaan keutuhan harta warisan yang menjadi bagian anak yang belum dewasa oleh walinya di yaitu (b) perwalian berlangsung sampai anak berumur 21 tahun (Pasal 107 KHI), wali sedapat mungkin dari keluarga anak (Pasal 107 ayat (4) KHI), perwalian meliputi dari harta kekayaan si anak (Pasal 107 ayat (2) KHI), wali bertanggung jawab terhadap harta orang yang berada di bawah perwaliannya (Pasal 110 ayat (3) KHI), wali dilarang mengikat, membebani dan mengasingkan harta orang yang berada di bawah perwaliannya (Pasal 110 ayat (2) KHI), dan pertanggung jawaban wali harus dibuktikan dengan pembukuan yang ditutup tiap satu tahun sekali (Pasal 110 ayat (4) KHI).

4. Melembagakan *Plaatsvervulling* secara Modifikasi. Dinyatakan dalam Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam ayat (1) ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173, dan ayat (2) dinyatakan: "bagian bagi ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang

diganti". Pasal 185 KHI melembagakan "*plaatsvervulling*" ke dalam hukum Islam. Ketentuan ini merupakan suatu terobosan terhadap penyalpan hak cucu atas harta warisan ayah apabila ayah lebih dulu meninggal dari kakek. Mengenai pelembagaan ini ada beberapa hal yang penting, yaitu (a) pelembagaannya melalui pendekatan kompromistik dengan hukum adat atau nilai-nilai hukum Eropa, (b) cara perkembangannya tidak mengikuti pendekatan melalui bentuk "wasiat wajibah", tetapi langsung secara tegas menerima konsepsi yuridis waris pengganti (*plaatsvervulling*) baik dalam bentuk dan rumusan, dan (c) penerimaan lembaga ini tidak secara bulat, tetapi dalam bentuk modifikasi dalam acuan penerapan, yaitu bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti, jadi apabila waris pengganti seorang saja, dan ayahnya hanya mempunyai seorang saudara perempuan, agar bagiannya sebagai seorang ahli waris pengganti tidak lebih besar dari bagian saudara perempuan ayahnya, maka harta warisan dibagi dua antara waris pengganti dengan bibinya. Motifasi pelembagaan waris pengganti didasarkan atas asas keadilan dan perikemanusiaan. Tidak layak dan tidak adil dan tidak manusiawi menghukum seorang tidak berhak menerima warisan yang semestinya harus diperoleh ayahnya hanya oleh karena faktor ayahnya lebih dulu meninggal dari kakeknya. Apalagi jika hal ini dikaitkan dengan fakta pada saat kakek meninggal, anak-anaknya sudah mapan sebaliknya cucu oleh karena ditinggal yatim, menjadi tidak mampu, maka demi keadilan ia mendapatkan bagian waris untuk memperoleh apa yang semestinya dari ayahnya.

5. Ayah angkat berhak $\frac{1}{3}$ sebagai wasiat wajibah. Seperti yang dikemukakan di atas status anak angkat tidak berkedudukan sebagai anak kandung, oleh karena itu pula ayah angkat tidak menjadi ahli waris dari anak angkat. Akan tetapi kenyataan hubungan ini tidak dapat dipungkiri secara

hukum, maka secara fakta yuridis Kompilasi Hukum Islam (KHI) Pasal 209 ayat (2) memodifikasi suatu keseimbangan hak dan kedudukan antara anak angkat dengan ayah angkat dalam hubungan waris mewaris, bahwa anak angkat berhak mendapat $\frac{1}{3}$ berdasarkan konstruksi hukum “wasiat wajibah”, dan sebaliknya ayah angkat berhak mendapat $\frac{1}{3}$ berdasarkan konstruksi hukum “wasiat wajibah”. Maka wasiat wajibah seseorang dianggap menurut hukum telah menerima wasiat meskipun tidak ada wasiat secara nyata *in konkreto*. Anggapan hukum ini lahir dari asas apabila dalam suatu hal hukum telah menetapkan harus wajib berwasiat, maka ada atau tidak ada wasiat dibuat, wasiat itu dianggap ada dengan sendirinya.

6. Penertiban dan penseragaman hibah. Perumusan hibah yang diatur dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) mengalami modifikasi dan ketegasan kepastian demi untuk terciptanya persepsi yang sama baik antara penegak hukum maupun bagi anggota masyarakat. Modifikasi yang berupa penegasan dan pengembangan persepsi tersebut antara lain: (a) pembatasan secara difinitif, yaitu tentang umur penghibah minimal 21 tahun, serta pembatasan secara difinitif kebolehan jumlah harta yang dihibahkan tidak lebih dari $\frac{1}{3}$. Selama ini terdapat kesimpang siuran pendapat tentang kebolehan ini, ada sementara pandangan yang menghibahkan seluruh harta dan sebaliknya pula ada yang berpandangan penghibahan tidak boleh melenyapkan hak ahli waris dan selebihnya ada yang berpendapat hanya boleh $\frac{1}{3}$. Memperhatikan berbagai ragam pendapat tersebut telah timbul dalam praktek, putusan-putusan pengadilan yang sangat berdisparitas, akibatnya penegakan hukum dalam kasus hibah menimbulkan kebingungan masyarakat, (b) secara kasuistis, hibah dapat diperhitungkan sebagai warisan. Penghibahan yang dilakukan orang tua kepada anaknya dalam hal tertentu dapat diperhitungkan sebagai warisan. Cuma Kompilasi Hukum Islam (KHI) tidak memberi patokan

secara jelas kapan suatu hibah kepada anak diperhitungkan sebagai warisan. Secara kasuistis dapat dikemukakan di sini beberapa patokan antara lain, harta yang diwarisi sangat kecil, sehingga kalau hibah yang diterima salah seorang anak tidak diperhitungkan sebagai warisan, ahli waris yang lain tidak memperoleh pembagian warisan yang berarti, serta penerima hibah yang berkecukupan sedang ahli waris yang lain tidak berkecukupan, sehingga penghibahan itu memperkaya yang sudah berkecukupan, oleh karena itu pantas dan layak untuk memperhitungkannya sebagai warisan, dan (c) kebolehan orang tua menarik hibah yang diberikan kepada anak secara kasuistik. Masalah inipun masih bersifat *ikhtilaf*, ada yang berpendapat tidak boleh dicabut kembali dan larangan ini bersifat mutlak, sebaliknya ada yang berpendapat boleh ditarik kembali secara kasuistik. Ternyata kompilasi Hukum Islam (KHI) memilih pendapat yang membolehkan penarikan secara kasuistik apabila penghibahan yang terjadi antara orang tua dengan anak. Misalnya, anak penerima hibah sama sekali tidak memperdulikan kehidupan orang tua yang sudah tua dan miskin, sedang kehidupan anak berkecukupan. Atau penarikan didasarkan atas hibah bersyarat. Umpamanya dalam perjanjian penghibahan ada ditentukan syarat bahwa anak menerima hibah akan mengurus dan menanggung kehidupan orang tua selama hidup, apabila ternyata hal itu tidak dipenuhi si anak yang menerima hibah bersyarat itu, dalam hal ini penghibah dapat menarik kembali hibahnya.



IJTIHAD HAKIM PERADILAN AGAMA TENTANG PENGEMBANGAN HUKUM KEWARISAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM DAN KONTRIBUSINYA TERHADAP HUKUM NASIONAL

3.1. Transformasi Hukum Islam Ke Dalam Hukum Nasional

Transformasi mempunyai makna mengubah rupa, bentuk, sifat, fungsi atau mengalihkan. Maksud transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional di sini, yaitu perubahan rupa, bentuk (sifat) atau mengalihkan hukum Islam (diubah, dialihkan dan disumbangkan) kepada hukum nasional, sehingga hukum Islam itu tidak saja milik orang Islam, tetapi hukum Islam itu milik nasional (Indonesia) akibatnya menjadi hukum nasional dengan menggunakan kerangka “teori transformasi hukum Islam terhadap hukum nasional” atau “teori pembinaan” hukum nasional sebagai pisau analisis. Adapun hukum nasional yaitu peraturan yang dibuat oleh pemerintah (eksekutif) bersama-sama dengan badan legislatif yang berlaku bagi semua orang di suatu masyarakat (nagara).

Pembangunan atau pembinaan hukum nasional adalah pembinaan asas-asas hukum, prinsip hukum dan kaidah-kaidah hukum yang mampu menjadi sarana dan menjamin keadilan, kebenaran, ketertiban dan kepastian hukum sehingga terwujud suatu masyarakat Indonesia yang bebas, sama, damai dan

sejahtera. Dari sudut ini, pembinaan hukum nasional mengandung makna pembaharuan dan pembentukan asas-asas hukum, prinsip-prinsip hukum, dan kaidah hukum baru.

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim atau yurisprudensi.²⁴⁹ Pada saat ini, dalam sistem hukum apapun yurisprudensi menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam yurisprudensi orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkret, di samping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui yurisprudensi dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan. Dalam bentuk-bentuk penyesuaian, antara lain melalui penafsiran suatu kaidah perundang-undangan, mungkin tidak lagi mempunyai arti efektif. Dalam keadaan seperti itu, sistem hukum suatu masyarakat atau negara akan lebih dicerminkan oleh rangkaian yurisprudensi daripada oleh rangkaian peraturan perundang-undangan.

Wujud transformasi dari putusan atau yurisprudensi dari Peradilan Agama dalam (pembinaan) hukum nasional, yaitu: putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam, akan menjelma dalam bentuk sebagai berikut.

Pertama, penemuan asas dan prinsip hukum. Asas dan prinsip hukum merupakan sub sistem terpenting dari suatu sistem hukum. Tiada sistem hukum tanpa asas hukum. Asas hukum dan prinsip hukum berada pada peringkat yang lebih atas daripada sistem kaidah. Bukan hanya yang sifatnya universal, melainkan di dalam asas hukum tercermin tata nilai dan pesan-pesan kultural yang semestinya diwujudkan oleh suatu kaidah

²⁴⁹ Wawancara dengan Bagir Manan (Mantan Ketua Mahkamah Agung Republik Indonesia) di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 20 Januari 2010.

hukum. Ke dalam asas-asas hukum dan prinsip-prinsip hukum yang digali dari ajaran dan hukum Islam termuat pesan tata nilai religius yang menjadi watak dan karakter rakyat dan bangsa Indonesia. Tata nilai religius yang secara tradisional dalam salah satu cara berpikir rakyat dan bangsa Indonesia ialah “magis religius” yang kemudian tersempurnakan dalam bentuk kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa.

Kedua, Pembentukan kaidah-kaidah hukum. Peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama di sini adalah sebagai media transformasi kaidah-kaidah yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak akan ada lagi dualisme antara hukum Islam dan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam yurisprudensi.

Ketiga, Tidak pula kurang pentingnya kalau yurisprudensi Peradilan Agama dapat mentransformasikan, melahirkan, atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional. Pada akhirnya dari segi yang lain, yurisprudensi Peradilan Agama dapat pula mengandung makna penyesuaian kaidah-kaidah fikih yang dipandang tidak sesuai lagi dengan tuntutan dan perkembangan zaman atau karena meningkatnya kemampuan memahami ajaran Islam yang menjadi sumber atau yang mempengaruhi suatu kaidah fikih.²⁵⁰

Dengan demikian dari hasil analisis tersebut di atas sangat urgen peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama berkaitan dengan (pembinaan) hukum nasional, orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkrit karena tuntutan perubahan keadaan maupun rasa keadilan. Disamping itu yurisprudensi berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum, khususnya kekosongan peraturan perundang-undangan. Peraturan perun-

²⁵⁰ Bagir Manan, Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional, *op. cit.*, hal. 152-153.

dang-undangan adalah sekedar penjelmaan kehendak yang paling berpengaruh dan kenyataan atau hal-hal yang dapat dianggap oleh pikiran pada saat tertentu, sedangkan kehidupan berjalan terus, hal-hal baru dijumpai, hal-hal lama menjadi usang. Hukum yang mencerminkan suasana usang tidak mungkin diterapkan, sebaliknya hal-hal yang baru belum diatur. Hakim melalui yurisprudensi, akan menjadi pemelihara keadilan, ketertiban dan kepastian melalui penciptaan kaidah baru dalam suatu situasi yang konkrit.

Peraturan perundang-undangan pada dasarnya adalah penjelmaan dari kehendak yang paling berpengaruh. Dengan perkataan lain, peraturan perundang-undangan tidak lain dari perwujudan kehendak politik, karena ia pada hakekatnya adalah “produk politik” dalam bentuk kaidah hukum. Dalam kaitan ini, akan tampak pula peran lain dari putusan hakim atau yurisprudensi. Yurisprudensilah yang mengubah “wajah politik” suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan. Hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut. Mengingat hal tersebut, tidak kecil arti putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dalam sistem hukum nasional melalui pembinaan yurisprudensi yang baik dan teratur.²⁵¹

Dalam transformasi ini, hukum Islam akan senantiasa bersikap antisipatif terhadap perkembangan sosial dan dalam perkembangan selanjutnya hukum Islam memberikan andil yang cukup besar bagi pembangunan hukum nasional. Pengaruh politik kenegaraan terhadap hukum Islam sangat signifikan, banyak perundang-undangan yang berlabel Islam, karena ini terjadi adanya hubungan kerjasama antara ulama’ dengan umara’ dalam menjalankan fungsi masing-masing. Ulama’

²⁵¹ *Ibid.*, hal. 152.

melakukan fungsi ijtihad baik *ijtihad fardhi* (individu) maupun *ijtihad jama'i* (kolektif) dan hasil ijtihad ulama' ini disebut fikih. Hasil ijtihad tersebut disumbangkan kepada umara' (legislatif dan eksekutif) yang mempunyai fungsi menetapkan undang-undang, menegakkannya serta menjalankan eksekusi (melaksanakan hukum) sampai pada memberikan sanksi kepada pelanggar hukum. Hasil ijtihad hukum ulama' yang disumbangkan kepada umara' merupakan *siyasa syar'iyah* (politik hukum) untuk melindungi dan mengatur kemaslahatan.

Politik suatu pemerintahan sangat berpengaruh terhadap semua kebijakan yang ada, termasuk kebijakan perundang-undangan yang berlaku. Selanjutnya untuk mengakomodir berbagai kepentingan dan kemajemukan hukum, pemerintah mempunyai *political will*, karena itu kemudian mulai bermunculan produk perundang-undangan yang mengakomodir hukum Islam, bahkan hukum Islam menjadi bahan baku pembentukan hukum nasional.

Transformasi hukum Islam ke dalam perundang-undangan hukum nasional, di samping perundang-undangan itu sendiri, juga transformasi asas-asas hukum Islam banyak yang terserap dalam hukum nasional. Suatu kenyataan yang akan memberikan prospek ke depan lebih baik, di mana hukum Islam akan menjadi inspirasi utama dalam pembentukan hukum nasional. Proses politik suatu negara akan menghasilkan banyak kebijakan, di antaranya adalah perundang-undangan. Perundang-undangan yang merupakan produk hukum *in abstracto* memerlukan komponen lain yang akan menjadikannya ke dalam bentuk *in concreto*, yang memerlukan instrumen struktural yang mengejawantahnya di tengah masyarakat. Dari sini kemudian muncul institusi atau lembaga yang melahirkan perundang-undangan atau peraturan-peraturan yang menyentuh langsung masyarakat. Seperti Departemen Hukum dan HAM, Departemen Agama, Mahkamah Agung yang banyak mempengaruhi proses berkembangnya hukum Islam di Indonesia. Sebagai contoh

adalah kerjasama antara Mahkamah Agung dengan Departemen Agama dalam merumuskan Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kemudian dalam produk peradilan sebagai upaya penerapan hukum Islam dalam perkara tertentu melalui Peradilan Agama yang terhimpun dalam kumpulan yurisprudensi. Dengan demikian hakim (Peradilan Agama) memiliki peran penting dalam pembentukan hukum Islam.

Arah dan kebijakan hukum mendatang antara lain mengamanatkan agar diakui dan dihormati hukum agama (termasuk hukum Islam) dalam menata hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dan diupayakan agar segala peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan moral agama. Allah mewajibkan kepada umat Islam untuk melaksanakan *syari'at* Islam dalam kehidupan mereka pribadi, bermasyarakat dan bernegara. Menegakkan *syari'at* sebagian membutuhkan bantuan alat perlengkapan negara dan sebagian yang lain tidak perlu bantuan alat perlengkapan negara, ia dilaksanakan langsung oleh pribadi masing-masing. Karena adanya perubahan dari waktu ke waktu, maka perlu pemahaman *syari'ah* yang kontekstual yang disebut fikih, dalam rangka penerapan *syari'ah* dalam suatu sistem sosial dan pada waktu tertentu.

Masyarakat muslim Indonesia menerapkan dan mentransformasikan *syari'ah* melalui penerapan fikih dalam sistem sosial khas Indonesia, yang berbeda dengan sistem sosial yang melatarbelakangi fikih konvensional berbagai mazhab yang dipelajari dan dikaji di Indonesia. Untuk memecahkan masalah mentransformasikan fikih atau hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* menggunakan pendekatan "teori pertingkatan hukum" yang dinyatakan, bahwa berlakunya suatu hukum harus dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya.

Dengan demikian akan didapatkan pertingkatan sebagai berikut:

- (1) adanya cita hukum (*rechtsidee*) yang merupakan norma yang abstrak,
- (2) ada norma antara (*law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita, dan
- (3) ada norma kongkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan.

Apabila “teori pertingkatan hukum” ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional, maka gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut:

- (1) norma abstrak, yaitu nilai-nilai dalam kitan suci al-Qur’an (universal dan abadi dan tidak boleh dirubah manusia),
- (2) norma antara, yaitu asas-asas serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat *ulama’*, pakar/ilmuwan, kebiasaan, dan
- (3) norma kongkrit, yaitu semua hasil penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia, serta hasil penegakan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*).

Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut:

- (1) nilai-nilai Islam,
- (2) asas-asas dan penguangannya dalam hukum nasional, dan
- (3) terapannya dalam hukum positif serta penegakannya.

Metode atau teknik yang digunakan oleh ulama untuk menstranformasikan fikih dalam hukum nasional sebagai norma kongkrit, adalah melalui metode *hilah* dengan pendekatan kultural. Contoh hukum yang berlaku di masyarakat muslim Indonesia yang berkaitan dengan agama Islam adalah hukum perkawinan, kewarisan dan perwakafan dan telah menjadi hukum nasional. Hukum Islam (fikih) berhadapan dengan

hukum yang telah lama berlaku dalam masyarakat Indonesia. Para ulama' membiarkan hukum yang telah berlaku tersebut, akan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan hukum Islam (fikih), tetapi mereka tahap demi tahap mengganti bahasa hukum yang telah berlaku dengan bahasa fikih. Dengan demikian para ulama' mentransformasikan hukum Islam (fikih) dengan hukum yang telah berlaku dan berupa hukum kebiasaan. Oleh karena itu hukum kebiasaan yang telah ada tetap dibiarkan berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan fikih, tetapi bahasa hukumnya diganti dengan bahasa fikih.

Sebagai contoh, para ulama dalam menstransformasikan hukum kewarisan Islam dalam hukum Adat dengan dua cara, yaitu: (1) mensosialisasikan hukum kewarisan Islam melalui peningkatan keislaman masyarakat, dengan sasaran masyarakat akan menerapkan hukum kewarisan Islam dan meninggalkan hukum kewarisan Adat yang bertentangan dengan hukum kewarisan tersebut, dan (2) mengganti hukum kewarisan Islam dengan hukum kewarisan hibah dan wasiat, yaitu sistem kewarisan dengan cara pemilik harta sebelum meninggal dunia membagi hartanya dengan keluarga dekatnya atau kepada orang-orang lain melalui lembaga hibah atau wasiat sesuai dengan kemauannya, sehingga setelah meninggalnya pewaris, hartanya sudah terbagi habis. Dalam bidang hukum perkawinan, ulama' mentransformasikan hukum perkawinan Islam dengan menggantikan hukum perkawinan Adat dengan hukum perkawinan Islam, kemudian hukum perkawinan Adat tersebut diturunkan dari lembaga hukum menjadi ketentuan moral, dan kemudian hukum perkawinan Islam diberikan status sebagai hukum positif, dan dilaksanakan bersama-sama dengan ketentuan Adat sebagai moral.

Di era globalisasi ini, transformasi hukum Islam pada Abad XX pada negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yang baru terlepas atau merdeka dari penjajahan Barat, yang pada waktu masa penjajahan di negara-negara tersebut

diperlakukan hukum Barat baik hukum privat maupun hukum publiknya, kecuali hukum keluarga (*al-ahwal al-syakhshiyah*) yang tetap berlaku baik secara materiil maupun secara formil, seperti Turki, Mesir.²⁵²

Sesudah terlepas dari penjajahan yang kemudian merdeka, negara-negara tersebut berusaha untuk membentuk hukum nasionalnya sendiri menggantikan hukum kolonial. Dalam pembentukan hukum nasional mereka, mereka berusaha mentransformasikan hukum Islam dalam hukum nasional mereka. Untuk menjawab tantangan tersebut, serta untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang ada, maka hukum Islam dapat ditransformasikan dengan menggunakan teknik-teknik sebagai berikut, yaitu:²⁵³

- (1) *takhsish al-qadla*, yaitu negara dapat mengambil kebijakan prosedural untuk memberikan wewenang kepada peradilan agar tidak menerapkan ketentuan hukum keluarga dalam situasi tertentu, tanpa berusaha untuk merubah substansi hukum Islam tersebut,
- (2) *takhayyur*, yaitu memilih ajaran-ajaran fikih selain dari mazhab mayoritas masyarakat, apabila pendapat tersebut lebih sesuai dengan perkembangan masyarakat tersebut. Teknik ini juga dikenal dengan teknik *talfiq*, yaitu menggabungkan beberapa ajaran mazhab yang berbeda,
- (3) *Reintrepretasi*, yaitu melakukan reinterpretasi baru terhadap ayat-ayat al-Qur'an dan as-Sunnah berkenaan dengan perubahan sosial, dan
- (4) *siyasah syar'iyah*, yaitu berupa kebijakan penguasa untuk menerapkan peraturan perundang-undangan yang berman-

²⁵² Satria Efendi M. Zein, "Aliran Pemikiran Hukum Islam," *op. cit.* hal. 66.

²⁵³ Taufiq, "Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional," *op. cit.* hal. 24

faat dan tidak bertentangan dengan syari'ah.

3.2. Wujud dan Pertimbangan Hukum dalam Putusan Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam

Kasus Posisi A:²⁵⁴

Latar belakang masalahnya sebagai berikut: “Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki pewaris, dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari ayahnya (pewaris)”. Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur’an maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menentukan bagian ahli waris secara *al-furud al-muqaddara* (bagian yang ditentukan secara pasti). Di dalam QS. *An-Nisa’* (4): ayat 11 dinyatakan: “... Jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta “. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil yang digunakan sebagai pedoman hakim Peradilan Agama dalam bab III tentang Besarnya Bahagian, Pasal 176 dinyatakan: “Anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian...“. Adapun kerangka teori untuk menganalisis kasus ini adalah “teori penemuan atau pengembangan hukum”.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut, bahwa telah hidup dua orang laki-laki bersaudara, yaitu saudara kandung A dan saudara kandung B. saudara kandung A telah meninggal dunia dan telah meninggalkan ahli waris (utama) yang semuanya

²⁵⁴ ***Putusan Pengadilan Agama Mataran***: No. 85/Pdt. G/92/V/PA. MTR, tertanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H, Jo. ***Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataran***: No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan dengan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H, Jo. ***Putusan Mahkamah Agung RI***: No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

telah meninggal dunia kecuali masih meninggalkan 1 (satu) anak perempuan. Disamping itu saudara kandung A, di samping meninggalkan ahli waris, juga meninggalkan harta warisan. Dahulu ketika saudara kandung A meninggal dunia harta tinggalannya belum dibagi waris, tetapi langsung dikuasai dan dikelola oleh saudara kandung (B), karena pada waktu itu anak perempuan almarhum (pewaris) masih kecil.

Berdasarkan alasan-alasan tersebut di atas, saudara kandung (B) mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama untuk dapat menerima dan mengadili serta memberikan putusan antara lain menetapkan ahli waris dari almarhum termasuk Penggugat (saudara kandung B) dan menetapkan harta peninggalan yang belum dibagi wariskan kepada ahli waris dan melakukan pembagian warisan. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama tersebut diputuskan bahwa saudara laki-laki Pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau terdinding oleh anak perempuan pewaris.

Atas putusan Pengadilan agama tersebut di atas Tergugat melakukan banding ke Pengadilan Tinggi Agama yang mengadili, memutuskan menguatkan putusan Pengadilan Agama untuk sebagian dan membatalkan sebagian lainnya dengan mengadili sendiri, sehingga berbunyi selengkapnya dan atau sebagian sebagai berikut: “menetapkan bagian masing-masing ahli waris, yaitu anak perempuan pewaris (Tergugat I) mendapat $\frac{1}{2}$ (setengah) dari harta warisan pewaris dan saudara laki-laki pewaris mendapat *ashabah* ($\frac{1}{2}$ bagian) dari harta warisan pewaris. Jadi putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama sama-sama memutuskan bagian warisan antara anak perempuan pewaris dan saudara kandung pewaris, dengan demikian anak perempuan pewaris tidak menghalangi (*memahjub*) saudara kandung pewaris.

Pandangan Mahkamah Agung berbeda dengan pandangan Peradilan Agama dan pandangan Pengadilan Tinggi Agama. Dalam hal ini Mahkamah Agung berpendapat, bahwa Pengadilan Tinggi telah salah dalam menerapkan hukum karena mendudukan saudara laki-laki kandung pewaris sebagai “*ashabah*” yang sama dengan anak perempuan Pewaris dalam hal ini kedudukannya tidak dapat disejajarkan dengan pamannya selaku ahli waris yang sama-sama menerima warisan dari pewaris.

Dengan demikian, menurut pandangan Mahkamah Agung bahwa keberatan pbanding dapat dibenarkan karena Pengadilan Tinggi Agama telah salah menerapkan hukum. Menurut Mahkamah Agung berpendapat bahwa selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Menurut Mahkamah Agung pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu'tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata “*walad*” pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup anak laki-laki maupun anak perempuan.

Dari membaca kasus posisi yang diutarakan di atas dan dengan memperhatikan berkas-berkas perkara yang ada, maka di antara hal yang menarik perhatian untuk dianalisis adalah tentang perbedaan kesimpulan antara Pengadilan Tinggi Agama Mataram dengan Mahkamah Agung. Menurut Pengadilan Tinggi Agama Mataram bahwa harta peninggalan pewaris harus dibagi antara ahli waris yang terdiri dari anak perempuan dan saudara laki-laki dari pewaris. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya, Pengadilan Tinggi Mataram menyatakan: “menimbang bahwa hasil dari pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram terhadap para pihak dari saksi-saksi, telah terbukti bahwa almarhum (pewaris) telah sama-sama diakui bahwa telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak

perempuan dan seorang saudara laki-laki. Menimbang bahwa meskipun harta peninggalan tersebut telah dibalik nama ke saudara kandung pewaris, namun oleh karena pada waktu meninggalnya pewaris harta itu masih milik pewaris, maka oleh karenanya harta peninggalan pewaris itu merupakan harta peninggalan yang diwariskan kepada ahli warisnya. Menimbang bahwa dari hasil pemeriksaan dalam sidang Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa harta peninggalan Pewaris tersebut belum dibagikan kepada ahli waris yang berhak menerimanya, dan oleh karenanya harta peninggalan tersebut (berupa tanah kebun) masih merupakan tanah serikat para ahli waris.

Dalam pertimbangan tersebut terdapat suatu pendapat bahwa saudara laki-laki dari pewaris mendapat pembagian harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan pewaris, dengan demikian berarti bahwa saudara laki-laki dari Pewaris tidak *terhijab* atau tidak terhalang oleh anak perempuan Pewaris. Mereka berserikat harta peninggalan pewaris. Pendapat inilah yang populer di kalangan para ahli hukum Islam dan menurut ahli *tafsir al-Qurthubi* dalam buku tafsirnya *al-jami' li ahkam al-Qur'an*, pendapat tersebut merupakan pendapat mayoritas ulama.²⁵⁵ Mereka membedakan antara anak laki-laki dengan anak perempuan. Yang disebut terakhir ini yaitu anak perempuan pewaris tidak menjadi penghalang dari saudara laki-laki pewaris untuk mendapatkan warisan.

Lain halnya dengan anak laki-laki yang dianggap menjadi penghalang bagi saudara laki-laki pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Sebagai alasan, mengapa anak laki-laki sebagai penghalang bagi saudara laki-laki pewaris, yaitu *QS. An-Nisa' (59): ayat 176* yang artinya:

“ Allah beri fatwa kepadamu tentang kalalah, yaitu laki-laki

²⁵⁵ ²⁵⁵ Satria Effendi M. Zein, “Analisis Fiqh”, dalam *Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997*, hal. 108.

mati (padahal) tidak ada baginya walad (anak) tetapi ada baginya seorang saudara perempuan, maka (saudara perempuan) ini dapat separoh dari apa yang ia tinggalkan, dan (saudara laki-laki) itu jadi warisnya (pula) jika tidak ada baginya walad (anak). Jika ada saudara perempuan itu dua orang, maka mereka berdua dapat dua pertiga dari apa yang ia tinggalkan, dan jika mereka itu laki-laki dan perempuan, maka yang laki-laki dapat bagian dua bagian perempuan. Allah terangkan bagi kamu supaya kamu tidak sesat, karena Allah amat mengetahui tiap-tiap sesuatu”.

Dalam ayat tersebut ditegaskan bahwa jika seorang yang meninggal dunia tidak punya anak, tetapi mempunyai saudara laki-laki maupun saudara perempuan dari yang meninggal dunia itu (pewaris), maka ia mendapat pembagian dari harta peninggalan pewaris itu. *Mafhum mukhalafahnya* menunjukkan bahwa jika seorang yang meninggal itu mempunyai anak (*walad*), maka saudara dari pewaris yang meninggal itu terdinding dalam arti tidak berhak mendapatkan pembagian dari harta warisan saudaranya yang meninggal itu.

Permasalahan sekarang adalah apa yang dimaksud dengan kata “*walad*” (anak) dalam ayat tersebut yang *menghijab* atau menjadi penghalang bagi saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan. Menurut pendapat mayoritas ulama, seperti yang dikemukakan oleh *Qurthubi* di atas, bahwa yang dimaksud dengan “*walad*” (anak) dalam ayat tersebut adalah khusus adalah anak laki-laki tidak mencakup anak perempuan. Dengan demikian, keberadaan anak perempuan tidak mendinging (*menghijab*) saudara kandung dari Pewaris sehingga masing-masing mereka mendapat bagian dari harta peninggalan pewaris itu. Sesuai dengan pendapat inilah kelihatannya Pengadilan Tinggi Agama Mataram memutuskan perkara tersebut di atas sehingga saudara laki-laki pewaris mendapat harta peninggalan saudara kandungnya pewaris meskipun pewaris meninggalkan anak perempuan.

Berbeda dengan penafsiran tersebut di atas, Ibnu Abbas, seorang *sahabat Rasullah*, berpendapat bahwa yang dimaksud dengan kata “*walad*” (anak) dalam ayat tersebut di atas mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Pendapat ini sejalan dengan *mazhab Zahiri*. Alasan mereka antara lain adalah bahwa kata “*walad*” (anak) dan yang seakar dengannya dipakai dalam al-Qur’an bukan saja untuk anak laki-laki tetapi juga untuk anak perempuan. Misalnya dalam QS. *An-Nisa’* (59): ayat 11, Allah berfirman dengan memakai kata “*aulad*” (kata *jama’* dari kata “*walad*”) yang artinya: “Allah mewajibkan bagi kamu tentang “*aulad*” (anak-anakmu), buat seorang anak laki-laki (adalah) seperti bagian dua anak perempuan”.

Kata “*aulad*” dalam ayat tersebut mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Sejalan dengan pengertian tersebut, maka kata “*walad*” dalam ayat 176 Surat *an-Nisa’* tersebut di atas, menurut mereka juga mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing melindungi (*memahjub*) saudara kandung pewaris dari mendapatkan atau mewarisi harta peninggalan pewaris.

Penafsiran seperti di atas bila diterapkan kepada kasus posisi ini, maka kesimpulan yang dapat diambil adalah bahwa keberadaan anak perempuan Pewaris menjadi penghalang (*memahjub*) saudara kandung pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Penafsiran seperti inilah yang dipakai Mahkamah Agung untuk membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram seperti tersebut di atas. Dalam salah satu pertimbangan hukumnya Mahkamah Agung menjelaskan: “Menimbang, bahwa Mahkamah Agung berpendapat, “selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan istri, menjadi tertutup (*terhijab*)”. Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir yang *mu’tabar* di kalangan sahabat Nabi dalam

menafsirkan kata “*walad*” pada ayat 176 Surat *an-Nisa*’ yang berpendapat pengertian “*walad*” mencakup baik anak laki-nali maupun anak perempuan. Menimbang, bahwa dalam perkara ini dengan adanya permohonan Kasasi/Tergugat asal (anak perempuan pewaris), maka Termohon Kasasi/ Penggugat asal (pamannya) menjadi tertutup atau *terhijab* untuk mendapatkan warisan.

Bila diperhatikan adanya dua kesimpulan yang berbeda di atas maka perbedaan itu bertolak dari adanya dua sikap yang berbeda dalam memilih salah satu dari dua pendapat ulama tersebut. Namun masing-masing mereka tidak mengemukakan alasan mengapa memilih yang satu dan mengenyampingkan yang lain. Pengadilan Tinggi Agama Mataram meskipun tidak secara tegas menyatakan bahwa keputusannya itu didasarkan atas penafsiran mayoritas ulama terhadap ayat 176 Surat *an-Nisa*’ tersebut, namun kenyataannya kesimpulan seperti itu sejalan dengan hasil penafsiran mayoritas ulama. Namun tidak mengemukakan alasan mengapa memakai pendapat mayoritas ulama dan mengenyampingkan pendapat Ibnu Abbas. Mahkamah Agung secara tegas memilih pendapat Ibnu Abbas dalam menafsirkan ayat tersebut. Namun tidak memberi alasan mengapa mengenyampingkan pendapat mayoritas ulama seperti yang dipakai oleh Pengadilan Tinggi Agama Mataram.

Suatu hal yang perlu diketahui, adalah bahwa salah satu ciri hukum Islam bahwa di samping ada hukum-hukum yang disepakati oleh para ulama seperti halnya hukum-hukum yang telah ditegaskan dalam al-Qur’an atau Sunnah, ada pula hukum-hukum hasil ijtihad yang diperbedakan di kalangan mereka. Dalam hukum hasil ijtihad ini, dalam suatu masalah bisa jadi terdapat beberapa kesimpulan hukum. Untuk menghadapi perbedaan mazhab seperti ini, menurut ulama *ushul fikih* ada beberapa hal yang perlu diperhatikan dalam menentukan sikap,

pendapat mana yang harus dipilih oleh hakim, antara lain:²⁵⁶

Pertama, bilamana salah satu dari beberapa pendapat telah menjadi undang-undang dalam sebuah negara atau masyarakat, maka yang dianggap berlaku dalam masyarakat itu adalah pendapat yang telah dicantumkan dalam undang-undang. Dengan demikian, baik hakim atau para *mufti* harus terikat dengan bunyi undang-undang. Keputusan hakim yang telah didasarkan atas undang-undang itu, tidak bisa digugat dengan mazhab atau pendapat lain yang tidak tercantum dalam undang-undang itu.

Kedua, Jika belum menjadi undang-undang, tetapi telah terjadi kesepakatan dalam suatu masyarakat bahwa yang akan diperlakukan di pengadilan adalah mazhab atau tokoh tertentu, maka untuk selanjutnya kesepakatan itu mengikat masyarakat tersebut. Artinya, selama putusan hakim sejalan dengan mazhab atau pendapat yang telah disepakati untuk dipakai dalam masyarakat ini, maka putusan hakim tidak dapat digugat oleh mazhab atau pendapat lain yang tidak sejalan dengan kesepakatan itu.

Ketiga, Jika belum ada undang-undang yang mengatur, dan tidak ada pula kesepakatan untuk memilih mazhab mana yang akan diperlakukan di pengadilan, maka jalan yang karus ditempuh adalah memakai mazhab atau pendapat yang sudah bisa dipakai dalam masyarakat itu. Suatu yang sudah berlaku berulang kali dalam masyarakat sehingga sudah menjadi kebiasaan mereka dalam memilih mazhab itu atau pendapat tertentu itu, dianggap sudah disepakati dalam masyarakat itu. Dalam kajian *ushul fikih* ditegaskan bahwa suatu yang telah menjadi kesepakatan menurut adat kebiasaan sama dengan ketetapan secara tertulis. Dalam masalah seperti ini, peranan yurisprudensi sangat penting bagi praktek penegakan hukum di pengadilan, kecuali jika dalilnya ternyata tidak jelas atau

²⁵⁶ *Ibid.*, hal. 110-112.

mengandung kelemahan.

Keempat, Hakim baru dibolehkan keluar dari ketentuan-ketentuan tersebut, disamping jika ternyata ketentuan-ketentuan itu bertentangan dengan al-Qur'an dan as-Sunnah, juga jika pada kasus tertentu dalam pandangan hakim bilamana pertimbangan hukum yang biasa dipakai secara umum diterapkan dalam kasus seperti itu, akan bertentangan dengan kemaslahatan atau akan bertentangan dengan tujuan *syari'at* (*maqashid al-syari'ah*). Dalam kondisi seperti ini, boleh memilih putusan lain seperti yang terdapat dalam prinsip *istihsan* dalam mazhab Hanafi. *Istihsan* adalah hukum pengecualian dari ketentuan-ketentuan yang berlaku umum untuk diterapkan pada kasus-kasus yang sedang berada dalam kondisi tertentu sehingga menghendaki pertimbangan lain yang sejalan dengan tujuan *syari'at* (*maqashid al-syari'ah*). Namun bilamana jalan ini yang dipilih, maka hakim hendaklah menjelaskan secara gamblang mengapa ia meninggalkan hukum yang biasa dipakai dalam kasus yang serupa dan menerapkan putusan lain yang tidak biasa dikenal dalam masyarakat itu.

Dalam kasus posisi ini, seperti yang telah dijelaskan di atas baik Pengadilan Tinggi Agama Mataram maupun Mahkamah Agung, masing-masing tidak mengemukakan alasan mengapa mengambil yang satu dan mengesampingkan yang lain, tanpa menyebut alasan tambahan kecuali dengan hanya menyebutkan bahwa putusan ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas seperti yang dikemukakan Mahkamah Agung.

Syari'at Islam mengatur masalah-masalah kehidupan sosial yang sangat global dan tidak rinci, membawa ajaran-ajaran berupa pesan-pesan moral, prinsip-prinsip umum dan ajaran-ajaran pokok yang bersifat universal. Ajaran-ajaran inilah yang bersifat abadi, tidak akan berubah dan tidak boleh diubah, seperti menegakkan keadilan, kecuali bidang *ibadah mahdlah* yang bersifat rinci aturannya. Andaikata *syari'at* Islam dalam bidang sosial aturan ajarannya bersifat rinci yang harus

mengikat setiap waktu dan tempat akan mengekang gerak langkah dan akan berbenturan dengan dinamika masyarakat. Hal seperti ini bertentangan dengan keuniversalan al-Qur'an.

Hukum-hukum yang bersifat teknis itu bersifat temporer karena pembentukannya berdasarkan pertimbangan adat-istiadat atau budaya Arab waktu ayat diturunkan. Kalau dikaitkan dengan penerapan pada ketentuan-ketentuan kadar pembagian harta warisan dalam al-Qur'an, maka ketentuan anak laki-laki (umpamanya) berhak mendapatkan dua kali pembagian anak wanita hanya relevan dengan masyarakat yang budayanya dengan kultur masyarakat masa ayat diturunkan.²⁵⁷ Sesuai pola pikir aliran ini,²⁵⁸ ketentuan ayat seperti itu dapat ditelusuri mengapa ketentuan itu dibentuk seperti demikian? Dalam masyarakat waktu al-Qur'an diturunkan, demikian menurut aliran ini, tanggung jawab memberi nafkah dipikul oleh pihak laki-laki, baik terhadap saudara perempuannya yang pada suatu saat membutuhkannya, maupun terhadap anak istrinya. Oleh karena itu wajarlah bila pembagian anak laki-laki lebih banyak dari pembagian anak perempuan dari harta peninggalan orang tua mereka.

Ketentuan seperti itu sudah tidak lagi cocok untuk diterapkan terhadap masyarakat dimana soal tanggung jawab memberi nafkah tidak lagi atau bukan hanya dipikul oleh pihak laki-laki. Dalam hal ini, akal sehat hendaklah mempertimbangkan

²⁵⁷ Hasil Wawancara dengan Rozikhan, Ulama' Muhammadiyah, Wakil Ketua P. W Jawa Tengah, pada tanggal 2 Januari 2010.

²⁵⁸ Sesuai Aliran Qasim Amin, Ahli Hukum Tamatan Perancis dari Mesir yang Hidup sampai Abad 20 (1863-1908) Gerakannya Berupa: "untuk Menyesuaikan Pemahaman-pemahaman Keagamaan Islam dengan Perkembangan Baru di Abad Modern," dalam Satria Efendi M. Zein, *"Munawir Sjadzali dan Reaktualisasi Hukum Islam di Indonesia,"* ed. Muhammad wahyuni Nafis dalam Kontekstualisasi Ajaran Islam, 70 Tahun Manawir Sjadzali, Cet. 1 (Jakarta: PT. Temprint, 1995, hal. 294-295

bagaimana merumuskan hukum ketentuan baru yang sesuai dengan kultur masyarakatnya. Dalam merumuskan hukum ketentuan baru itu, menurut pola pikir ini, yang harus dipedomani adalah “*ruh syari’at*” atau “pesan moral” seperti nilai keadilan, meskipun akan berakibat terbaikannya ketentuan-ketentuan dalam bunyi teks ayat-ayat al-Qur’an.

Jika ketentuan dalam ayat-ayat itu memang perlu dianggap sebagai hukum-hukum yang dapat ditelusuri alasan atau “*illat*” pembentukan hukumnya seperti dikemukakan oleh aliran di atas, maka perlu disadari bahwa apa yang dianggap sebagai *illat* hukum itu yaitu tanggung jawab laki-laki untuk menjamin nafkah saudara-saudara perempuannya yang sedang dalam kesulitan dan nafkah anak dan istrinya, adalah juga ajaran Allah yang harus ditaati dan dilestarikan.

Adanya kenyataan kerjasama dalam mencari nafkah antara suami istri atau adanya saudara perempuan yang tidak memerlukan bantuan saudara laki-lakinya tidak berarti telah mengubah posisi laki-laki sebagai kepala keluarga yang bertanggungjawab. Oleh sebab itu, jika hendak menghindarkan kesenjangan yang dikuatirkan itu, maka jalan keluarnya bukan dengan mengabaikan ketentuan-ketentuan teks al-Qur’an, tetapi dengan cara memberlakukan hukum kewarisan itu oleh penguasa dalam suatu masyarakat hendaknya secara serentak dengan memperlakukan *hukum nafaqat* (hukum yang mengatur hal-hwal nafkah). Bilamana dua bagian itu serentak diperlakukan, bila ada yang mengabaikan kewajibannya, maka pihak yang merasa dirugikan bisa menuntut haknya di pengadilan. Pihak yang mengabaikan kewajibannya patut mendapat hukuman. Adanya suatu hukuman berarti adanya suatu pelanggaran dan adanya pelanggaran hendaknya diluruskan.

Dari posisi kasus di atas tidak dapat dilepaskan dari ketentuan hukum waris dan pelaksanaannya. QS. *An-Nisa’* (4): ayat 11, ayat ini membatalkan kebiasaan di masa awal Islam di

mana dengan perjanjian orang dapat saling mewarisi. Menurut riwayat *sebab nuzul*-nya, ayat ini juga membatalkan kebiasaan orang Arab yang tidak memberikan bagian kepada ahli waris wanita seperti istri dan anak wanita, bahkan juga kepada anak laki-laki jika masih kecil.

Dari ayat tersebut, dahulu pada masa sebelum Islam wanita sama sekali tidak mendapat bagian warisan. Setelah Islam datang, wanita diberi bagian warisan meskipun hanya setengah dari bagian laki-laki. Ini berarti secara sadar Islam hendak meningkatkan hak dan derajat wanita. Karena itu dapat dipahami bahwa jiwa dari ayat waris tersebut adalah bahwa pada dasarnya usaha meningkatkan hak dan derajat wanita harus terus dilakukan dan tidak boleh berhenti. Kemudian oleh karena kehidupan modern sekarang ini telah memberikan kewajiban yang lebih besar kepada wanita dibanding pada masa lalu sehingga wanita kini juga dapat memberikan peran yang sama dengan laki-laki dalam masyarakat, maka logis saja kalau hak-haknya dalam warisan juga ditingkatkan agar sama dengan laki-laki.

Struktur sosial dapat mempengaruhi dalam hukum waris Islam. Dalam masyarakat Arab yang menganut sistem kekerabatan yang *patrilineal*, maka aturan memberikan bagian lebih kepada laki-laki memang sesuai dan berfungsi positif dalam melestarikan sistem kekerabatan itu. Tetapi masyarakat Islam di dunia ini tidak selamanya harus berstruktur kekerabatan *patrilineal*.

Dalam masyarakat modern yang cenderung memberikan kesempatan seimbang kepada laki-laki dan wanita (struktur masyarakat *bilateral*), maka wajar kalau aspirasinya mengenai hak dan kewajiban juga seimbang, dalam hal ini termasuk hak dalam warisan. Dengan demikian timbul suatu pertanyaan, apakah hukum waris Islam itu dapat berubah karena perubahan struktur sosial. Ternyata memang demikian, bahwa hukum waris Islam itu, sekurang-kurangnya dalam pelaksanaannya bukan

hanya dapat berubah karena struktur sosial, tetapi sebab yang lebih kecil yaitu: “struktur Keluarga”.

Secara umum keluarga dalam masyarakat modern Indonesia cenderung menempatkan model “keluarga inti”, yaitu: “bapak, ibu dan anak” tanpa sanak saudara. Ini “menjadi bentuk susunan keluarga yang standar dan diterima secara sosial”. Dengan perkataan lain, keluarga inti merupakan model yang modern dalam masyarakat industri.

Masyarakat modern Indonesia terutama di kota-kota telah pula mengenal bahkan pula menerapkan model keluarga inti demikianpun di pedesaan. Keadaan seperti ini terjadi di manapun, di negara-negara yang sedang membangun termasuk Indonesia yang kini berada dalam periode peralihan dari masyarakat agraris ke masyarakat industri.

Mengingat dalam kasus posisi di atas, selagi ada anak maka mending (memahjub) saudara kandung Pewaris. Dengan melihat struktur keluarga inti di atas, saudara kandung Pewaris tidak memiliki tanggungjawab apapun terhadap keponakannya, sebab ia mempunyai tanggungjawab sendiri terhadap keluarga intinya masing-masing.

Jadi walaupun dalam al-Qur’an dinyatakan secara *sharih*, seperti: “*wa in kanat wahidatan falaha an-nishfu*” rupanya yang penting dalam hal ini ditegakkannya keadilan dan bukan pernyataan *sharih al-Qur’an*. Pelajaran yang dapat diambil dari kasus seperti ini ialah bahwa struktur keluarga ikut mempengaruhi pembentukan ketentuan *sharih al-Qur’an*, sedangkan kenyataan struktur keluarga itu sendiri sepenuhnya berada di tangan Tuhan. Jadi ternyata aturan hukum yang sudah *sharih* dalam al-Qur’an mengenai waris itu terkadang tidak sepenuhnya dapat diterapkan dan kemudian harus dimodifikasi dengan ijtihad, karena adanya hukum lain yang juga datang dari Allah, yaitu kenyataan struktur keluarga.

Dari hal itu, hukum waris Islam dalam Kompilasi Hukum

Islam tetap dilakukan ijtihad berupa menafsirkan hukum waris Islam dengan mengakomodasi hukum Adat seperti cucu dapat menggantikan kedudukan ayahnya dalam mewarisi kakeknya atau neneknya dengan cara memperoleh *wasiyat wajibah*, dalam kitab-kitab fikih klasik ketentuan demikian tidak ada, karena warisan itu pada dasarnya hanya untuk ahli waris yang masih hidup. Demikianpun Kompilasi hukum Islam memberi hak waris kepada anak angkat atau orang tua angkat, sedangkan al-Qur'an jelas-jelas tidak mengakui keberadaan anak angkat atau orang tua angkat karenanya tidak mempunyai akibat hukum. Akan tetapi anak angkat atau orang tua angkat mendapat warisan karena melalui konsep *wasiat wajibah*.

Dari kasus posisi di atas, dapat dinyatakan bahwa keberadaan hukum kewarisan yang dipandang *qath'i* itu dapat berubah menjadi *dhanny* pada tingkat penerapan (aplikasi) melalui putusan Pengadilan Agama. Hal ini wajar karena Pengadilan Agama di samping sebagai institusi hukum juga sebagai institusi sosial. Sebagai institusi sosial, peran Pengadilan Agama (para hakim nya) harus dapat mengakomodir perkembangan sosial (*teori kausalitas, teori nasakh*). Hukum waris termasuk hukum mu'amalah, maka dapat dikembangkan (terbuka) sesuai alasannya (*teori ajaran non dasar, teori ta'auquli*). Orientasi penerapan hukum waris adalah keadilan dan pada tingkat penerapan di pengadilan itu yang dihadapi adalah hukum kasus. Dalam hukum kasus yang dihadapi pengadilan, yaitu kasus berbeda-beda dan nuansapun berbeda-beda pula, sehingga putusan berbeda pula (*teori 'illat hukum, teori rasionalitas*) seperti teori-teori yang diangkat dalam disertasi ini. Dari teori-teori di atas sebagai pisau analisis dalam kasus ini, maka hukum kewarisan Islam yang dipandang *qath'i* atau *ta'abbudi* pada tingkatan pelaksanaan (*Tanfidz*) bisa *dhanni* atau *ma'qulat al-ma'na* untuk mewujudkan keadilan sebagaimana yang dikehendaki oleh *Al-syari'*.

Kasus Posisi B:²⁵⁹

Latar belakang masalahnya sebagai berikut: “Harta warisan pewaris Islam, adapun anak-anak pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam”. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: “ Anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) kedua orang tuanya almarhum berdasarkan “*wasiat wajibah*” yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas seolah-olah berbeda norma hukum yang terdapat dalam al-Qur’an, Sunnah Nabi maupun dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI). Kesepakatan mayoritas ulama, mengatakan bahwa berlainan agama yang menjadi penghalang mewarisi adalah apabila antara ahli waris dan *al-muwaris*, salah satunya beragama Islam yang lain bukan Islam. Dasar hukumnya adalah QS. *An-Nisa’* (4): ayat 141 dinyatakan: “Dan Allah sekali-kali tidak akan memberikan sesuatu jalan bagi orang-orang kafir (untuk menguasai orang-orang mukmin)”. Demikianpun dalam QS. *Al-maidah* (5): ayat 48 dinyatakan: “Bagi tiap-tiap umat di antara kamu, Kami jadikan peraturan dan tatacara (sendiri-sendiri)”. Demikian Imam Malik dan Ahmad mengemukakan pendapat bahwa perbedaan agama yang sama-sama bukan Islam tetap menjadi penghalang mewarisi.²⁶⁰ Dasar hukum lainnya, dinyatakan dalam *Sunnah Nabi* yang *mutafaq ‘alaih* diriwayatkan oleh Imam Bakhari dan

²⁵⁹ **Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat**: No. 377/Pdt.G/1993/PA-JK, tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 jumadil Awal 1414 H. Jo. **Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta**: No. 14/Pdt. G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. **Putusan Mahkamah Agung RI**: No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

²⁶⁰ Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, *op. cit.*, hal. 38.

Muslim dinyatakan: “Orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam (*muttafaq ‘alaih*)”. Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (c): “Ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris”.

Dengan demikian dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris. Dengan demikian non muslim tidak akan mendapat warisan sebagai ahli waris dari keluarganya yang beragama Islam. Dalam kehidupan yang serba majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam suatu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agamanya. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim sebenarnya berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan dengan menggunakan konstruksi wasiat, atau “*wasiyat wajibah*” apabila yang meninggal tidak membuat wasiyat untuk mereka. Konstruksi wasiat ini merupakan cara alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris, tetapi mereka mempunyai hubungan kekerabatan dekat dengan Pewaris. *Illat* hukum pemberian wasiat ini adalah adanya faktor keadaan penerima wasiat, seperti untuk memperbaiki sistem atau keadaan ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan, dan adanya faktor keadilan.

Adapun kasus posisinya sebagai berikut: Bahwa suatu keluarga muslim, terdiri dari suami-istri (ayah-ibu) dan 6 (enam) anak-anaknya yang terdiri dari 5 anak beragama Islam dan satu anak yang ke 4 (empat) beragama non Islam (Nasrani). Dalam perkembangan selanjutnya, di samping ayah tersebut mempu-

nyai 6 (enam) orang anak kandung tersebut di atas, ia juga memiliki sejumlah harta kekayaan bawaan serta harta bersama.

Setelah semua anak menjadi dewasa ternyata ada seorang anak kandungnya yang ke 4 (empat) meninggalkan agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Sedangkan anak-anak lainnya tetap memeluk agama Islam seperti ayah ibunya. Beberapa bulan sebelum ayah meninggal dunia telah memanggil anaknya yang beragama non muslimah di atas untuk kembali lagi memeluk agama yang diikuti oleh keluarga, yaitu agama Islam dan ternyata anak yang ke 4 itu tetap pendiriannya memeluk agama Nasrani. Himbauan dan ajakan orang tuanya tersebut tidak dihiraukan, dan tidak lama kemudian ayah meninggal dunia dan setahun kemudian ibu meninggal dunia juga.

Kedua orang tua memeluk agama Islam dengan meninggalkan harta warisan serta 6 (enam) anak kandung yang 5 (lima) anak beragama Islam dan seorang anak beragama Nasrani. Harta warisan tersebut belum pernah diadakan pembagian waris kepada para ahli warisnya. Salah seorang anak almarhum sebagai penggugat mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama kepada saudara kandungnya dengan mendalilkan bahwa harta warisan almarhum ayah ibunya belum pernah diadakan pembagian waris. Berdasarkan persetujuan bersama, kecuali anak yang ke 4 (non muslim) mereka menghendaki agar harta warisan tersebut dibagi menurut hukum Islam.

Penggugat berpendirian dalam gugatannya, bahwa salah seorang anak karena keluar dari agama Islam maka ia tidak berhak mewarisi harta warisan kedua orang tuanya yang memeluk agama Islam. Dalam persidangan di Pengadilan Agama antara Penggugat dengan Tergugat hadir dalam persidangan dan memberikan jawaban membenarkan dalil gugatan Penggugat. Sedangkan turut Tergugat II, yaitu anak yang non muslim tidak bersedia hadir di persidangan Pengadilan Agama dan memberikan surat jawaban yang pada intinya, bahwa Pasal 1, 2, 3 Undang-undang No. 7 tahun 1989, "Peradilan Agama" adalah

forum peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Karena ia mengakui beragama Kristen, berkeberatan diadili oleh Pengadilan Agama yang bukan merupakan forum peradilan bagi yang beragama Kristen, seharusnya ke Pengadilan Negeri. Di samping itu ia berpendapat bahwa, diajukannya gugatan warisan ke Pengadilan Agama oleh saudara-saudaranya yang beragama Islam dengan maksud untuk mengucilkan / melenyapkan hak warisnya selaku ahli waris almarhum ayah ibunya dan dalam masalah warisan ini terdapat sengketa sehingga pasal 50 Undang-undang No. 7 tahun 1989 dapat diterapkan dalam kasus sengketa ini, dan ia berpendirian pengadilan Umum yang berwenang mengadili perkara ini, bukan Pengadilan Agama.

Penggugat berpendirian bahwa barang warisan tersebut belum pernah dibagi waris dan masih berstatus harta peninggalan dari orang tua yang beragama Islam, dengan menyebutkan Pasal 171 ayat (c) Jo. Pasal 175 dan Pasal 188 Kompilasi Hukum Islam (KHI), turut tergugat II yang telah keluar dari agama Islam semasa ayah dan ibunya masih hidup adalah tidak berhak mendapatkan waris.

Majelis hakim pengadilan Agama yang mengadili perkara gugatan warisan ini dalam putusannya memberikan pertimbangan hukum yang pada pokoknya sebagai berikut, bahwa turut tergugat II meski tidak hadir dalam persidangan, namun ia memberikan surat jawaban tertulis yang intinya dapat disimpulkan bahwa ia mengajukan eksepsi yang menyatakan keberatan atau menolak diadili oleh Pengadilan Agama atau dengan kata lain eksepsi ini bermaksud bahwa pengadilan Agama tidak berkuasa mengadili perkara ini. Menurut majelis hakim Pengadilan Agama, sesuai dengan Pasal 1, 2 Jo. 49 Undang-undang No. 7 Tahun 1989, khususnya masalah kewarisan, maka personalitas keislaman ditentukan oleh agama yang dipeluk oleh Pewaris. Dalam perkara ini, ayah ibu almarhum adalah sebagai Pewaris yang beragama Islam. Dengan demikian yang akan diterapkan dalam perkara ini adalah hukum

Islam. Karena itu sudah tepat, bila perkara ini diselesaikan oleh Pengadilan Agama Jakarta Pusat, maka eksepsi turut tergugat II ditolak.

Dalam pokok perkara dipertimbangkan sebagai berikut, bahwa menurut Pasal 171 Kompilasi Hukum Islam (KHI), Majelis Pengadilan Agama berpendapat bahwa turut Tergugat II yang beragama Kristen, menurut hukum Islam bukanlah ahli waris dari ayah ibunya almarhum yang beragama Islam. Bahwa menurut Pasal 176 dan 180 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ahli waris ayah ibu almarhum adalah anak kandung yang beragama Islam, dengan besarnya bagian masing-masing memperhatikan firman Allah dalam *al-Qur'an Surat an-Nisa' (59):11* yang artinya:

“Allah mensyariatkan bagimu tentang (pembagian warisan) anak-anakmu yaitu bagian seorang anak laki-laki sama dengan bagian dua anak perempuan... “, dan memperhatikan pula ayat 12 dalam surat yang sama, yaitu: “Jika kamu mempunyai anak, maka para istri memperoleh 1/8 (seperdelapan) dari harta yang kamu tinggalkan, sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat dan atau sesudah dibayar utang-utangmu”.

Pengadilan Tinggi Agama berbeda dalam melihat kasus di atas yang telah di putus oleh Pengadilan Agama. Oleh karena turut Tergugat II yang beragama Nasrani menolak putusan Pengadilan Agama tersebut di atas yang menyatakan anak yang beragama non Islam bukan ahli waris orang tua kandungnya yang beragama Islam dan tidak berhak memperoleh bagian.

Selanjutnya turut Tergugat II yang beragama Nasrani banding ke Pengadilan Tinggi Agama. Majelis Hakim Banding dalam putusannya memberikan pertimbangan sebagai berikut, bahwa sepanjang mengenai penolakan eksepsi turut Tergugat II, sepanjang obyek harta yang dipersengketakan, sepanjang ahli waris yang dianggap sah, pertimbangan Pengadilan Agama telah benar dan tepat, sehingga diambil alih oleh Pengadilan Tinggi

Agama dan dianggap seperti pertimbangan Pengadilan Tinggi Agama sendiri. Akan tetapi, pertimbangan Pengadilan Agama mengenai siapa yang bisa memperoleh bagian harta peninggalan dari Pewaris, maka Pengadilan Tinggi Agama tidak sependapat sehingga Pengadilan Tinggi Agama perlu memberi pertimbangan sendiri, di mana turut Tergugat II (anak non muslim) juga bisa memperoleh bagian dari harta waris yang ditinggalkan oleh Pewaris. Dengan demikian putusan Pengadilan Agama yang menyatakan bahwa yang mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris adalah hanya anak yang beragama Islam saja tidak bisa dipertahankan.

Adapun anak yang non muslim mendapat bagian sebesar $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian dari bagian anak perempuan berdasarkan "*wasiat wajibah*". Akhirnya Majelis Pengadilan tinggi Agama Jakarta yang amarnya pada pokoknya sebagai berikut: Mengadili, membatalkan putusan Pengadilan Agama Jakarta, dan mengadili sendiri, dalam eksepsi menolak eksepsi turut Tergugat II (anak yang non muslim) dan dalam pokok perkara mengabulkan gugatan sebagian, mengabulkan ahli waris sah dari almarhum adalah anak-anaknya yang beragama Islam. Sedang anak yang non muslim berhak mendapatkan bagian harta peninggalan almarhum, berdasarkan "*wasiat wajibah*" sebesar $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum.

Adapun Mahkamah Agung RI melihat kasus di atas berbeda sudut pandangnya dibanding putusan Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama. Penggugat dan Tergugat menolak putusan Pengadilan Tinggi Agama di atas dan mengajukan pemeriksaan kasasi dengan mengemukakan beberapa keberatan dalam memori kasasinya. Semua keberatan kasasi yang diajukannya oleh Pemohon Kasasi dinyatakan tidak dapat dibenarkan oleh Majelis Mahkamah Agung karena keberatan tersebut mengenai penilaian hasil pembuktian yang bersifat penghargaan tentang suatu kenyataan, yang tidak dapat

dipertimbangkan dalam pemeriksaan kasasi.

Namun demikian, menurut majelis Mahkamah Agung, amar putusan Pengadilan Tinggi Agama harus diperbaiki, karena bagian "*wasiat wajibah*" untuk Tergugat II (anak non muslim) seharusnya adalah sama dengan bagian warisan anak perempuan.

Dari putusan Mahkamah Agung tersebut dapat disimpulkan, bahwa suatu keluarga muslim (suami-istri) dalam perkawinannya telah melahirkan 6 orang anak kandung, lelaki dan perempuan. Lima orang anak tetap muslim dan seorang anak perempuan keluar dari agama Islam dan memeluk agama Nasrani. Kedua orang tuanya berurutan wafat, dengan meninggalkan harta warisan, yang kemudian melalui suatu putusan Peradilan Agama, harta peninggalan tersebut dibagi menurut hukum waris Islam. Lima orang anak yang muslim, ditetapkan sebagai ahli waris dari ayahnya maupun ibunya almarhum dan masing-masing anak memperoleh bagian dari harta warisan kedua orang tuanya tersebut. Bagian anak laki-laki adalah dua bagian dari anak perempuan. Sedangkan anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan (peninggalan) dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan "*wasiat wajibah*" yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris ayah dan ibunya almarhum.

Dalam konsepsi hukum waris Islam perbedaan agama antara pewaris dengan ahli waris menjadi penghalang bagi seorang ahli waris mewarisi harta warisan dari pewaris. Demikian juga dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 173, berbeda agama termasuk penghalang menerima warisan, yaitu memahami pada ketentuan umum Pasal 171 huruf (c) yang dinyatakan: "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”.

Dasar alasan pengharaman kewarisan beda agama karena adanya *Hadits muttafaq alaih* yang dinyatakan: “orang muslim tidak berhak waris orang kafir dan sebaliknya orang kafir tidak berhak waris atas harta orang muslim”. Di dalam al-Qur’an telah mendiskripsikan terhadap pengakuan kebebasan dan pluralisme agama. al-Qur’an menekankan *freedom of relegion and belief*. *Toleransi* dan *respect* terhadap agama-agama lain menjadi penekanan ajaran al-Qur’an.

Al-Qur’an mengajarkan paham kemajemukan keagamaan (*religious plurality*). Ajaran tersebut tidak perlu diartikan secara langsung pengakuan akan kebenaran semua agama dalam bentuk yang nyata dalam kehidupan sehari-hari. Ajaran kemajemukan keagamaan itu menandakan pengertian dasar bahwa semua agama diberi kebebasan untuk hidup, dengan risiko yang akan ditanggung oleh pengikut agama masing-masing. Adapun prinsip-prinsip yang ditawarkan al-Qur’an dalam hubungan antara umat beragama yang mendasar paling tidak ada tiga prinsip pokok yang dijadikan acuan dalam membina hubungan antara muslim dengan non muslim, yaitu kemurnian tauhid, persamaan, keadilan dan perdamaian.

Setiap orang diberi hak bebas pilih untuk menganut agama tertentu atau menolak agama tertentu. Islam sama sekali tidak membenarkan pemaksaan seseorang untuk memeluk suatu agama. Meskipun al-Qur’an mengajarkan umat Islam untuk bersikap toleran terhadap umat lain, tetapi dalam kaitan dengan keimanan, al-Qur’an bersikap tegas kepada mereka. Sesuai dengan salah satu misinya tentang ajaran tauhid, maka al-Qur’an tidak ada kompromi dalam hal ini.

Salah satu kelanjutan logis dari prinsip dasar kemurnian tauhid adalah paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia. Yakni bahwa seluruh umat tanpa membedakan keturunan dan agama, dari hakekat dan martabat asasinya

adalah sama. Manusia memiliki kemuliaan yang dianugerahkan Tuhan terlepas dari latar belakang etnik, agama dan politik mereka, yaitu: kemuliaan individu, yang berarti Islam melindungi aspek-aspek kehidupan manusia baik aspek spiritual maupun aspek materiil. Kemuliaan kolektif, yang berarti Islam menjamin sepenuhnya persamaan antara individu, dan kemuliaan secara politis, yang berarti Islam memberi hak politik pada individu untuk memilih atau dipilih pada posisi politik.

Kemurnian tauhid yang berdampak pada paham kesamaan dan persaudaraan di antara manusia, maka secara otomatis akan terefleksi pada kehidupan manusia menuju terwujudnya perdamaian abadi. Risalah Islam merupakan rahmat bagi seluruh umat manusia. Menurut al-Qur'an tidak ada kontradiksi antara *ukhuwah diniyyah* di kalangan orang-orang mukmin dengan *ukhuwah insaniyyah* secara umum, karena keduanya merupakan jalan searah tujuannya.

Persaudaraan seagama menuntut adanya saling keterkaitan, tolong menolong dan rela berkorban untuk membangun struktur masyarakat muslim dan mencegah adat-istiadat yang menyimpang dari eksistensi Islam, posisi dan kedudukannya. Adapun *ukhuwah insaniyyah* menuntut langkah dan tindakan sungguh-sungguh demi kepentingan kemaslahatan umat manusia, menyelamatkan dari keinginan yang menyimpang, dan berpaling dari tindakan sia-sia serta melumpuhkan hawa nafsu juga mengatur persahabatan manusia serta menanamkan rasa cinta kasih dan kebajikan kepada sesama.

Oleh karena itu al-Qur'an menandakan keberagaman manusia terjadi karena memang kehendak Allah agar satu dengan yang lain saling berlomba dalam kebajikan. Allah berfirman: "Wahai manusia, sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan, dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal".

Dari argumentasi di atas, melihat pada prinsip-prinsip hubungan muslim dengan non muslim, apabila dalam satu keluarga dekat, maka kehidupan saling tolong menolong dan saling membantu sudah pasti merupakan kebutuhan. Saling mewarisi antara Pewaris dengan ahli waris (muslim dengan non muslim) merupakan alat penghubung untuk mempertemukan ahli waris dengan orang yang mewariskan disebabkan adanya kekuasaan perwalian dan adanya jalinan tolong menolong serta saling membantu.

Dengan melihat *QS. An-Nisa'* (59): ayat 135, yang artinya:

“Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia (orang yang Tergugat atau Terdakwa) kaya atau miskin, maka Allah lebih tahu kemasahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu, karena ingin menyimpang dari kebenaran. Dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, maka sesungguhnya Allah adalah Maha Mengetahui segala apa yang kamu kerjakan”.

Demikianpun dalam *QS. An-Naml* (16): ayat 90, yang artinya: “Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berbuat adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari berbuat keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran”. Serta *QS. Al-Maidah* (5): ayat 8, yang artinya: “Hai orang-orang yang beriman, hendaklah kamu jadi orang-orang yang selalu menegakkan (kebenaran) karena Allah, menjadi saksi dengan adil. Dan janganlah kamu sekali-kali kebencianmu kepada suatu kaum, mendorong kamu untuk berlaku tidak adil. Berlaku adillah karena adil itu lebih dekat kepada taqwa. Dan bertaqwalah kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan”.

Dari al-Qur'an, ayat-ayat tersebut di atas setiap mukmin

diharuskan untuk menebarkan sikap damai dan berlaku adil terhadap sesama muslim maupun non muslim. Kewajiban ini berlaku terus sepanjang mereka tidak mengganggu dan memusuhi umat Islam, bahkan berbuat yang demikian itu terhadap golongan yang dibenci sekalipun.

Demikianpun dinyatakan dalam QS. *Al-Mumtahanah* (60): ayat 8, yang artinya:

“Allah tiada melarang kamu untuk berbuat baik dan berlaku adil terhadap orang-orang yang tiada memerangimu karena agama dan (tidak) pula mengusir kamu dari negerimu, dan berlaku adil terhadap mereka. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil”.

Al-Qurtubi menafsirkan,²⁶¹ kata “*wa tuqsitu ilaihim*” (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai memberi belanja (*infaq*) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim. Menurutnya, perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah tersebut.

Dari pemahaman terhadap tafsir di atas, maka anggota keluarga non muslim sangat mungkin untuk mendapat bagian harta peninggalan, meskipun bukan dengan konstruksi waris, karena mereka bukan merupakan ahli waris. Lembaga yang memungkinkan adalah dengan jalan “wasiat” atau “*wasiat wajibah*” apabila Pewaris tidak meninggalkan wasiat untuknya.

Di samping alasan dalil di atas, juga dapat didasarkan pada QS. *Al-aqarah* (2): ayat 180, yang artinya:

“Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiat untuk ibu bapak dan karib

²⁶¹ Suwardi, *Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama*, Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006), hal. 107.

kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang taqwa”.

Dalam menafsirkan ayat ini menekankan pada empat hal, yaitu:

- (1) kewajiban berwasiat,
- (2) jumlah harta yang dimiliki yang mewajibkan wasiat tersebut,
- (3) keluarga yang berhak menerima wasiat, dan
- (4) waktu berwasiat.

Secara hukum wasiat di atas, ditujukan kepada ibu bapak dan karib kerabat secara umum yang berlaku setelah orang yang berwasiat meninggal dunia. Menurut *al-Qurtubi*, secara khusus ayat ini mewajibkan untuk berwasiat bagi orang tua dan kerabat yang bukan ahli waris, seperti apabila mereka non muslim (kafir).²⁶²

Apabila dibaca dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa “*wasiat wajibah*” itu hanya terkait dengan anak angkat dan bapak angkat, dan tidak menyinggung terhadap suami istri, anak atau siapapun kerabat dekat yang terhalang sebagai ahli waris karena perbedaan agama. Sehingga sangat memungkinkan bagi seseorang untuk tidak memikirkan kerabatnya yang lain agama. Menurut hukum Islam, pelaksanaan wasiat harus didahulukan dari pelaksanaan kewarisan dengan memperhatikan batasan-batasannya. Pada dasarnya membuat wasiat itu merupakan perbuatan *ikhtiyariyah*, yakni seorang bebas berbuat atau tidak berbuat wasiat. Akan tetapi sebagian ulama berpendapat, bahwa kebebasan itu hanya akan berlaku bagi orang-orang yang bukan kerabat dekat. Adapun mereka yang merupakan kerabat dekat dan tidak mendapatkan warisan, maka seseorang wajib membuat wasiat.

²⁶² *Ibid.*, hal. 108.

Dengan memperhatikan kondisi hubungan antar umat beragama, dan semakin besarnya kesadaran hak asasi manusia, maka konstruksi wasiat merupakan cara penyelesaian alternatif yang bertujuan melengkapi cara penyelesaian waris bagi mereka yang tidak memperoleh bagian waris padahal mempunyai hubungan kekerabatan dan kekeluargaan dekat dengan yang meninggal. Yakni untuk berbuat kebajikan dengan bersedekah dan menjadikan harta itu beredar pada lingkungan yang lebih luas. Sehingga nuansa keadilan hukum Islam dapat dirasakan oleh mereka non muslim, meskipun tidak berkedudukan sebagai ahli waris, tetapi mereka tetap mendapat bagian harta peninggalan dari keluarga yang meninggal.

Wasiat merupakan peristiwa hukum dalam bentuk perikatan sepihak, maka niat dan hasrat yang tulus menjadi esensi pelaksanaan wasiat sesuai dengan tujuan hukum Islam yakni dengan memperhatikan segi kemaslahatan dan kemanfaatan bagi penerima wasiat, sehingga benar-benar mempunyai nilai ibadah baginya. *Illat* hukum pelaksanaan wasiat adalah adanya faktor keadaan penerima, seperti untuk memperbaiki sistem ekonomi atas dasar kekerabatan, adanya faktor yuridis yang menghalanginya, tetapi di sisi lain dapat diupayakan dan adanya faktor keadilan. Oleh karena itu merupakan tindakan yang *makruf* apabila pelaksanaan wasiat kepada karib kerabat yang membutuhkan dan berorientasi kepada nilai-nilai kemanusiaan, kemanfaatan dan kemaslahatan (teori *mashlahat*) sangat perlu direalisasikan dalam kehidupan masyarakat yang pluralis beragamanya.

Pengembangan hukum Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasi, dengan melihat faktor sosial dan budaya, serta alasan (*illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum Islam itu. Dalam hal ini Kompilasi Hukum Islam (dalam bidang hukum kewarisan) tetap harus dikembangkan dengan "*tahrij al-ahkam 'ala nash al-qanun*" (pengembangan *teks* undang-undang) dengan memperhatikan

keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang demikian sangat dimungkinkan dalam Islam yang bertujuan untuk kemaslahatan dan sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

Dari kasus posisi di atas dengan menggunakan kerangka teori sebagai pisau analisis, yaitu: “teori penemuan hukum”, bahwa hukum waris Islam yang dipandang *qath’i* pada tingkatan pelaksanaan (*tanfidz*) bisa menjadi *dhanni*. Mengapa demikian, karena hukum waris termasuk hukum muamalah (“teori ajaran non dasar”). Asas hukum muamalah adalah terbuka untuk dikembangkan asal tidak bertentangan dengan nilai-nilai Islam. Ia bersifat *ta’qquli* atau *ma’qulat alma’na* (dapat dilacak secara rasional dengan menggunakan akal sehat (“teori rasional”). Kemudian yang dikehendaki atau dituju oleh hukum waris Islam adalah keadilan (“teori keadilan”), maka pendekatan yang harus digunakan adalah pendekatan substansial dengan memalingkan teks ke konteks, dari arti hakiki ke arti *majazi* (“teori *ta’wil*”). Apalagi situasi sosial, ekonomi sekarang terjadi perubahan yang berbeda pada zaman diturunkannya al-Qur’an, maka perlu dinamisasi pemahaman (“teori *nasakh*” dan “teori *illat* hukum”).

3.3. Metode Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam

Hakim secara etimologi merupakan kata serapan dari bahasa Arab, yaitu “*hakama*” yang berarti orang yang memberi putusan atau diistilahkan juga dengan *qadli*, yaitu orang yang mengadili perkara di pengadilan. Sedangkan hakim Pengadilan Agama adalah pejabat yang melakukan tugas kekuasaan pengadilan. Adapun yang dimaksud Pengadilan Agama adalah salah satu kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara tertentu. Secara ideal

tugas hakim sebagai penegak hukum dan keadilan, tidak dapat dipisahkan dengan kekuasaan kehakiman, yaitu kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia.

Dalam rangka penegakan hukum dan keadilan, maka tugas pokok hakim Peradilan Agama, yaitu berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang perkawinan, waris, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infaq, sadaqah dan ekonomi syari'ah. Melihat landasan normatif tugas hakim di atas, maka tugas pokok hakim terletak pada kata kunci, yaitu menegakkan "hukum dan keadilan" sebagai tugas dan kewajibannya. Seorang hakim dalam membuat putusan harus tetap berpijak dan berada pada koridor hukum. Sedangkan keadilan, merupakan implikasi dari adanya penegakan hukum tersebut. Seorang hakim dalam melakukan tugasnya tidak boleh bersikap diskriminatif. Dengan adanya penegakan hukum tersebut berarti secara otomatis menegakkan keadilan, karena hakikat yang utama dari hukum adalah keadilan.

Dalam proses mengadili, melalui pemeriksaan dan memutus perkara, hakim wajib berpedoman pada hukum formil (keadilan prosedural) dan hukum materil (keadilan substansial). Penguasaan materi hukum oleh hakim mutlak diperlukan sebagai alat yang berorientasi pada pertimbangan *legal justice*, *moral justice* dan *social justice*, di samping harus sinkron dengan tingkah laku yang jujur, adil dan bermoralitas.

Mengadili menurut hukum, artinya merupakan suatu asas untuk mewujudkan negara berdasarkan atas hukum. Setiap putusan hakim harus mempunyai sadar hukum baik yang prosedural maupun substantif, dan di sini hukum harus diartikan secara luas, baik dalam pengertian tertulis maupun tidak tertulis. Hukum yang hidup dalam masyarakat dapat dijadikan pertimbangan dalam putusan hakim, walaupun begitu hakim

wajib mengutamakan penerapan hukum tertulis, kecuali kalau akan menimbulkan ketidakadilan, bertentangan dengan kesusilaan dan atau ketertiban umum.²⁶³ Memang pada umumnya orang menganggap bahwa undang-undang pada umumnya dianggap lengkap untuk melayani segala macam permasalahan hukum baik menurut bunyi kata-kata maupun secara penafsiran hakim harus memutus menurut undang-undang, namun apabila ternyata dalam undang-undang tidak dapat ditemukan hukumnya, maka hakim berkewajiban mengambil putusan dengan jalan menciptakan hukum sebagai pembentuk undang-undang.

Dari dua kasus posisi di atas, yang isi putusan Mahkamah Agung RI dalam kasus pertama, yaitu Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki Pewaris, dan ia (anak perempuan Pewaris tersebut) mendapatkan seluruh harta warisan dari ayahnya (Pewaris). Kasus kedua, yaitu harta warisan Pewaris Islam, adapun anak anak Pewaris terdiri beragama Islam dan non Islam. Putusan Mahkamah Agung menyatakan: “anak kandung perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua kedua orang tuanya almarhum berdasarkan “*wasiat wajibah*” yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan Mahkamah Agung di atas, dalam kasus pertama seolah-olah bertentangan dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa “anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian ... “ (Pasal 176). Pada kasus kedua bertentangan juga dengan Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan, bahwa “ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan

²⁶³ Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

dengan Pewaris, beragama Islam” (Pasal 171 huruf (c).

Adapun pertimbangan hukum Mahkamah Agung pada Kasus pertama, yaitu: selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan, maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Bahwa pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam mentafsirkan kata-kata “*walad*” pada ayat 176 *Surat an-Nisa’*, yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dengan demikian maka seorang saudara laki-laki kandung Pewaris menjadi tertutup atau *terhijab* (terhalangi) oleh anak perempuan Pewaris untuk mendapat warisan.

Adapun pertimbangan Mahkamah Agung pada kasus kedua, yaitu: bahwa anak kandung perempuan yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris dari Pewaris yang beragama Islam, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan dari kedua orang tuanya almarhum berdasarkan “*wasiat wajibah*” yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya. Hal ini berbeda dengan putusan Pengadilan Tinggi Agama yang memutuskan bahwa, anak perempuan yang non muslim berhak mendapatkan harta warisan almarhum bapak dan ibunya berdasarkan “*wasiat wajibah*” sebesar $\frac{3}{4}$ (tiga perempat) bagian seorang anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Melihat kasus posisi di atas terdapat perbedaan antara norma hukum yang terdapat dalam undang-undang dengan norma hukum yang terdapat dalam putusan antara Pengadilan Agama, Pengadilan Tinggi Agama dan Mahkamah Agung sebagai puncak pemberian putusan hukum dan keadilan mengenai sengketa hukum kewarisan Islam. Memang hal yang demikian itu dimungkinkan, karena diantara watak hukum Islam adalah *harakah* atau dinamis, dimana hukum Islam mempunyai kemampuan untuk bergerak dan berkembang, memiliki daya

hidup dan dapat pula membentuk diri sesuai dengan perkembangan zaman.

Dalam dinamika perkembangan itu, hukum Islam mempunyai kaidah asasi, yang merupakan sumber hukum Islam yang ketiga yaitu *al-ra'yu* (pemikiran) dengan metode ijtihad yang dapat menjawab segala tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara ruh Islam dan hukum Islam yang tidak dapat dilepaskan dengan "*maqashid syari'ah*", bahwa Islam dan hukum Islam itu pasti menciptakan "*jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid*" (mendatangkan kebaikan dan menolah keburukan) dan ujung-ujungnya memberikan keadilan.

Tugas utama hakim Pengadilan Agama adalah menerima, memeriksa, mengadili dan memutus suatu perkara yang diajukan kepadanya. Pengadilan tidak boleh menolak suatu perkara dengan dalih tidak ada aturan hukum yang mengaturnya. Berdasarkan hal tersebut, maka mempunyai makna penting sekali peranan hakim Peradilan Agama. Dari hasil penelitian dan analisis dapat dikemukakan bahwa hakim mempunyai peranan penting untuk melakukan ijtihad dalam rangka mengembangkan hukum mareriil Peradilan Agama yang terdapat dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) khusus bab II tentang hukum Kewarisan, dengan cara menggali nilai-nilai hukum Islam yang hidup di masyarakat, sehingga putusan yang dijatuhkan bisa memenuhi rasa keadilan masyarakat.

Wujud pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) di antaranya berupa terobosan bahwa anak perempuan kandung Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, serta terobosan memberikan bagian warisan kepada anak *non muslim* yang selama ini belum pernah dilakukan atau dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan Agama karena seakan-akan bertentangan dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Metode ijtihad hakim Peradilan Agama dalam memutuskan kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dengan “teori *maqashid al-syari’ah*” dengan metode “*istihsan*”. dan “*maslahat*”. Disamping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu, maka bentuk ijtihadnya adalah “*ijtihad tatbiqi*” di samping “*ijtihad istinbati*”.

Ijtihad mengandung arti mencurahkan kemampuan atau upaya sungguh-sungguh dalam memecahkan persoalan yang berat dan sulit baik secara *hissi* (pisik) atau secara *maknawi* (non fisik). Kalau ijtihad itu dikaitkan dengan persoalan hukum (Islam) maka didapatkan pengertian, yaitu: mencurahkan kemampuan untuk mendapatkan hukum *syara’* yang bersifat operesional, amali melalui *istinbat* (penggalian) hukum. Adapun berkaitan dengan kasus ini, bahwa hakim Peradilan Agama melakukan ijtihad dalam rangka memberi penjelasan dan penafsiran terhadap *nash* dan Kompilasi Hukum Islam (KH) dalam upaya mengembangkan teks (*tahrij al-ahkam ‘ala nash al-qanun*) untuk mencapai *maqashid al-syari’ah* yaitu keadilan (aspek filosofis) dan kemanfaatan (aspek sosiologis).

Maqashid al-syari’ah dapat diartikan tujuan hukum Islam. Tujuan hukum yang diturunkan Allah SWT, yaitu kemaslahatan umat manusia. Bagaimana kandungan huukum Allah itu dapat diekpresikan dengan aspirasi hukum manusia yang manusiawi. Bahwa kandungan *maqashid al-syari’ah* adalah kemaslahatan. Kemaslahatan itu melalui analisis *maqashid al-syari’ah* tidak hanya dilihat dalam arti teknis belaka, akan tetapi dalam upaya dinamika dan pengembangan hukum dilihat sebagai suatu yang mengandung nilai filosofis dari hukum-hukum yang disyari’atkan Allah terhadap manusia.²⁶⁴

Bertitik tolak dari obyek ijtihad yang dilakukan oleh

²⁶⁴ Asfari Jaya Bakti, *op. cit.*, hal. 96.

hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus di atas, terdapat dua corak penalaran dalam upaya penerapan *maqashid al-syariah*, yaitu corak penalaran *ta'lili* dalam bentuk *istihsan* dan corak penalaran *ta'lili* dalam bentuk *istislahi*. Corak penalaran *ta'lili* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada penentuan '*illah-illah*' hukum yang terdapat dalam suatu *nash*. Perkembangan corak penalaran *ta'lili* ini didukung oleh suatu kenyataan bahwa *nash* al-Qur'an maupun as-Sunnah dalam penuturannya dalam suatu hukum sebagian diiringi dengan penyebutan '*illah-illah*' hukumnya. Atas dasar '*illah*' yang terkandung dalam suatu *nash*, permasalahan-permasalahan hukum yang muncul diupayakan pemecahannya melalui penalaran terhadap '*illah*' yang ada dalam *nash* tersebut. Adapun corak penalaran *istislahi* merupakan upaya penggalian hukum yang bertumpu pada prinsip-prinsip kemaslahatan yang disimpulkan dari al-Qur'an dan as-Sunnah.

Melihat bahwa putusan Mahkamah Agung dalam kasus posisi di atas, seakan-akan merupakan penyimpangan terhadap norma hukum yang terdapat dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI), di mana anak perempuan Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris dan anak non muslim Pewaris yang beragama Islam tetap mendapatkan warisan dengan *wasiat wajibah*, maka metode *istinbat* hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung adalah penerapan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *ta'lili* dengan metode *istihsan*. Arti kata *istihsan* adalah menganggap baik terhadap sesuatu. Menurut Abd. Al-Wahhab Khallaf, *istihsan* adalah pindahannya pemikiran seorang *mujtahid* dari ketentuan *qiyas jali* (jelas) kepada *qiyas khafi* (kurang jelas) atau *dalil kulli* (umum) kepada ketentuan hukum *takhsis* (khusus) atas dasar adanya dalil yang memungkinkan perpindahan itu.²⁶⁵

²⁶⁵ Abd. Al-Wahhab Khallaf, *Ilm Ushul al-Fiqh*, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyyah, 1968), hal. 79.

Terdapat hubungan *istihsan* dengan *maqashid al-syari'ah*, dimana *maqashid al-syari'ah* merupakan pertimbangan yang menentukan dalam metode *istihsan*, yang merupakan *tahsis* terhadap dalil yang sifatnya umum, juga secara metodologis merupakan alternatif pemecahan permasalahan yang tidak dapat dilakukan pemecahan-pemecahan dengan metode yang lain. Metode *istihsan* harus berorientasi kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah* serta memperhitungkan dampak positif dan negatif dari penerapan suatu hukum, yang disebut "*al-nazar fi al-ma'alat*".

Di samping itu metode *istinbat* hukum yang digunakan oleh Mahkamah Agung dalam memutus kasus posisi di atas, menggunakan corak penalaran *istislahi* dengan *metode maslahat*. Urgensi pertimbangan *maqashid al-syari'ah* dengan corak *penalaran istislahi* dengan *metode maslahat* dalam kasus di atas, bahwa anak perempuan Pewaris *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, karena faktanya bahwa kehidupan sekarang menuju keluarga inti yang hanya terdiri dari suami, istri, anak-anak dan ayah serta ibu. Tidak saling melindungi dan menanggung beban ekonomi antara paman dengan keponakan sehingga wajar apabila hanya ada anak (baik laki-laki atau perempuan) maka ia mendapat harta warisan Pewaris seluruhnya. Demikianpun anak yang non muslim mendapat bagian warisan dari Pewaris yang muslim, dengan alasan "*wa tuqsitu ilaihim*" (dan berlaku adil kepada mereka) berarti memberikan (*qistan*) dari kekayaan kepada mereka (yang non muslim) dalam rangka menjaga hubungan baik, dan inilah yang disebut *maslahat*.

Maslahat dalam pengertian istilah adalah *manfaat* yang dikemukakan oleh *Syari'* dalam menetapkan hukum untuk hambahnya. Urgensi kemaslahatan terdapat pada semua bentuk hukum, baik hukum-hukum yang berdasarkan pada wahyu maupun hukum yang dicipta oleh manusia berdasarkan *siyasah syar'iyah*, sebab setiap kemaslahatan yang tidak ditunjukkan

oleh *nash* secara khusus, akan tetapi hal itu sesuai atau tidak bertentangan dengan *ruh syari'at*, maka masalah seperti itu dapat menjadi dasar hukum. Di sini peran *masalahat* mempertimbangkan menarik kebaikan dan menolak kerusakan dalam kehidupan masyarakat ²⁶⁶

Proses bekerjanya *ijtihad* hakim Peradilan Agama dalam memutus kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari dua bentuk *ijtihad*, yaitu *ijtihad istinbati* dan *ijtihad tatbiqui*. Dalam *ijtihad istinbati*, terkandung upaya untuk meneliti 'illah yang dikandung oleh *nash*, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqui* berupa upaya untuk meneliti suatu masalah dimana hukum hendak diidentifikasi dan diterapkan sesuai dengan ide yang dikandung oleh *nash* dengan memfokuskan upaya mengkaitkan kasus-kasus yang muncul dengan kandungan makna yang ada dalam *nash*, dan *ijtihad* yang kedua ini disebut: "*tahqiq al-manat*".

Dalam *ijtihad istinbati* mekanismenya adalah bahwa seorang hakim memfokuskan perhatiannya pada penggalian ide-ide yang terkandung dalam *nash* secara abstrak, sedangkan dalam *ijtihad tatbiqui* seorang hakim berupaya untuk menerapkan ide-ide yang abstrak kepada permasalahan-permasalahan hukum atau kasus-kasus yang kongkrit. Jadi obyek kajian *ijtihad istinbati* adalah *nash*, sedangkan obyek kajian *ijtihad tatbiqui* adalah manusia sebagai pelaku hukum dengan dinamika perubahan dan perkembangan yang dialaminya atau disebut sebagai upaya sosialisasi dan penerapan *ide-ide nash* pada kehidupan manusia yang senantiasa berkembang dan berubah sampai akhir zaman.

Antara *ijtihad istinbati* dengan *ijtihad tatbiqui* berkaitan dengan fungsi hakim Peradilan Agama untuk memutus perkara yang diajukan kepadanya, kedua *ijtihad* tersebut saling berkaitan dan memiliki hubungan yang saling memerlukan. Tidak mungkin

²⁶⁶ Masjfuk Zuhdi, *Pengantar Hukum Syari'ah*, Cet. 1 (Jakarta: Penerbit PT. Toko Gunung Agung, 1986), hal. 83.

melakukan *ijtihad tatbiqi* sebelum melakukan *ijtihad istinbati* dengan mengidentifikasi dan mengetahui permasalahan hukum (kasus kejadian) yang sesungguhnya, baru hakim melakukan *ijtihad istinbati* apa dasar hukum atau hukum yang pas atas kejadian atau kasus tersebut, disamping mengetahui tentang esensi dan ide umum suatu undang-undang atau *nash*, tetap menjadi tolok ukur dalam penerapan hukum. Kekeliruan dalam menetapkan ide ayat akan melahirkan kekeliruan pula dalam menilai masalah baru dan penerapan hukumnya.

Mekanisme keterkaitan antara *ijtihad istinbati* dengan *ijtihad tatbiqi* dapat dilihat dalam kasus posisi di atas, bahwa dalam al-Qur'an sudah sangat jelas, bahwa apabila hanya ada satu anak perempuan saja maka ia mendapat separoh (dari harta ayah/Pewaris). Demikian juga anak non muslim tidak dapat mewarisi harta warisan Pewaris. Dalam al-Qur'an maupun dalam as-Sunnah serta dalam Kompilasi Hukum Islam memang demikian aturan atau norma hukumnya.

Ayat al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam di atas, menunjukkan norma hukum bahwa anak perempuan Pewaris tidak dapat *memahjub* saudara kandung laki-laki Pewaris, demikianpun anak non muslim terhalangi untuk mendapatkan warisan dari Pewaris yang muslim, upaya mengetahui kriteria norma hukum itu disebut *ijtihad istinbati*. Pada tahap berikutnya seorang hakim Peradilan Agama harus meneliti apa ide norma hukum yang ada dalam al-Qur'an, as-Sunnah dan Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, sesudah ditemukan ide dasarnya, pada tahap berikutnya hakim Peradilan Agama mengaplikasikan ide itu, lalu seterusnya mengadakan analisis apakah ide norma hukum di atas itu sesuai atau tidak dengan kasus kejadian yang dikehendaki al-Qur'an. As-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) itu, dan inilah yang disebut *ijtihad tatbiqi*.

Apabila dipahami lebih jauh mekanisme *ijtihad* dengan contoh di atas bahwa *ijtihad istinbati* mempunyai kaitan yang

tidak dapat dipisahkan dengan keharusan memahami *maqashid al-syari'ah*, karena *ijtihad istinbati* tersebut merupakan upaya menggali ide-ide hukum yang terkandung dalam *nash*, lalu diterapkan ide hukum di atas dengan menggunakan *ijtihad tatbiqi*. Kedua *ijtihad* tersebut dapat berjalan dengan baik apabila dalam hal ini para hakim Peradilan Agama dapat memahami *maqashid al-syari'ah* dengan baik pula.

Pengetahuan dan pemahaman *maqashid al-syari'ah* merupakan aspek penting dalam melakukan *ijtihad*. Orang yang berhenti pada *zahir ayat* atau pendekatan *lafziyyah* dan mengabaikan maksud-maksud *pensyari'atan* hukum akan dihadapkan pada kekeliruan, dan berijtihad dengan menggunakan metode *Maqashid al-syari'ah* menjadi kunci keberhasilan hakim Peradilan Agama dalam *ijtihad* putusannya, karena kepada landasan tujuan hukum itulah setiap persoalan dalam kehidupan manusia dikembalikan. Baik terhadap masalah-masalah baru yang belum ada secara *harfiyah* dalam wahyu maupun dalam kepentingan untuk mengetahui apakah suatu kasus masih dapat diterapkan suatu ketentuan hukum atau tidak karena terjadinya pergeseran-pergeseran nilai akibat perubahan-perubahan sosial. Pemikiran isi (*ruh*) syari'at bukan bukan pemikiran teks (*lafdziyyah*) banyak dilakukan Umar bin Khatthab. Banyak ketentuan hukum Islam yang disebutkan dalam *nash* dipikirkan juga tentang "jiwa" yang melatarbelakanginya, hingga jika jiwa yang melatarbelakangi itu tidak tampak dalam penerapannya pada suatu saat dan keadaan tertentu, maka ketentuan hukum itu tidak dilaksanakan. Selama 'illat hukum masih terlihat, maka ketentuan hukumnya dilaksanakan, sebaliknya jika 'illat hukum tidak terlihat, maka ketentuan hukum tidak perlu dilaksanakan.

Setiap ketentuan hukum berkaitan dengan 'illat yang melatarbelakanginya, jika 'illat ada maka hukumnya pun ada dan jika 'illat tidak ada maka hukumnyapun tidak ada. Memahami jiwa hukum merupakan suatu keharusan untuk menunjuk 'illat hukum secara tepat dan dapat dipertanggungjawabkan.

Ijtihad yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama merupakan keniscayaan, sebab Kompilasi Hukum Islam (KHI) selesai dengan diundangkannya, tetapi permasalahan kehidupan dalam aspek hukumnya tidak pernah selesai, terus berkembang dan dinamis.²⁶⁷ Memang ijtihad bukan merupakan pekerjaan yang ringan, namun tetap diperlukan, karena persoalan-persoalan hukum senantiasa muncul sesuai dengan kebutuhan, tuntutan tempat dan waktu. Ketiadaan ijtihad dapat melahirkan kevakuman hukum. Persoalan hukum muncul tanpa batas tempat dan waktu, sedangkan *nash-nash* dan peraturan perundang-undangan yang ada sangat terbatas, oleh karena itu ijtihad harus dilakukan.

Upaya ijtihad dewasa ini berbeda dengan upaya ijtihad yang dilakukan pada masa lalu. Hal ini disebabkan persoalan-persoalan yang muncul lebih kompleks. Pemecahannya memerlukan pendekatan yang komprehensif, baik dari segi budaya, ekonomi, sosial dan sebagainya. Disiplin-disiplin ilmu tersebut tidak dapat hanya dikuasai perorangan, tetapi oleh banyak orang sehingga memerlukan bantuan multi disiplin ilmu dari berbagai individu. Hal ini disadari oleh hakim Pengadilan Agama apabila kurang menguasai hal yang bukan bidangnya maka ia mendatangkan saksi ahli untuk membantu hal yang demikian itu.

Proses persidangan di Pengadilan Agama pada umumnya disidangkan oleh majelis yang terdiri dari tiga orang hakim atau lima orang hakim atau tujuh sampai sembilan orang hakim. Untuk itu dapat dikatakan bentuk ijtihad hakim Peradilan Agama merupakan bentuk *ijtihad jama'i* (kolektif), bukan bentuk *ijtihad fardi* (perorangan). Putusannya merupakan putusan majelis atau putusan bersama yang merupakan produk kerjasama akan lebih dapat mendekati kebenaran dibanding hanya dari perorangan

²⁶⁷ Hasil wawancara dengan Bagir Manan, Mantan Ketua Mahkamah Agung RI, di Universitas Islam Sultan Agung (Unissula) Semarang, pada tanggal 10 Januari 2010.

saja. Dengan demikian maka *ijtihad jama'i* yang dilakukan oleh hakim Peradilan Agama dapat memberi isi yang padat dan komprehensif terhadap suatu putusan hukum. Aspek-aspek yang dikemukakan oleh para hakim dalam suatu majelis akan membantu dalam mengungkap *maqashid al-syari'ah* sehingga putusan yang dihasilkan oleh majelis hakim tersebut sesuai atau tidak bertentangan dengan *ide maqashid al-syari'ah* tersebut.

Dari analisis kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan dari penggunaan “teori penemuan hukum” sebagai pisau analisis dalam melakukan ijtihad bagi seorang hakim di Pengadilan Agama untuk memutuskan keadilan dalam putusannya sehingga ia melakukan pengembangan teks undang-undang (*tahrij al-ahkam 'ala nashi al-qanun*). Di samping itu sebagai pisau analisis untuk memahami kasus posisi di atas tidak dapat dilepaskan juga dengan menggunakan “teori keadilan”. Tekstual suatu ayat al-Qur'an maupun as-Sunnah demikianpun suatu peraturan perundang-undangan (dalam hal ini Hukum Waris dalam Kompilasi Hukum Islam) mengandung ide keadilan. Bagaimana ide tersebut diterapkan (diaplikasikan) untuk memutus suatu kasus yang diajukan kepada hakim Peradilan Agama tersebut yang diwujudkan dalam putusan dengan mempertimbangkan faktor-faktor *illat* hukum yang menyertainya. Hakim harus menegetahui ide hukum (ijtihad istinbati) dan dapat pula menerapkan (mengaplikasikan) ide hukum itu (ijtihad tatbiqi) dalam putusannya sehingga berkeadilan. Hal yang demikian itu diamanatkan oleh Kompilasi Hukum Islam Pasal 229 yang dinyatakan: “Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan”.

3.4. Peran Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam untuk Mengantisipasi Perkembangan Kehidupan Keluarga Muslim di Indonesia

Pengadilan Agama di samping sebagai institusi hukum yang menegakkan kepastian hukum dan keadilan, juga sebagai institusi sosial, yaitu mengakomodir dinamika perkembangan sosial dari aspek hukum yang berakibat putusan hakim pengadilan agama mempunyai nilai keadilan (aspek filosofis) dan nilai manfaat (aspek sosiologis). Dari sini penemuan hukum mutlak diperlukan, apalagi adanya perkembangan kehidupan (termasuk perkembangan hukum keluarga muslim di Indonesia).

Dalam penemuan hukum dikenal aliran progresif dan aliran konservatif. Aliran progresif berpendapat bahwa hukum dan peradilan merupakan alat untuk perubahan sosial, sedangkan aliran konservatif berpendapat bahwa hukum dan peradilan hanyalah untuk mencegah kemerosotan moral dan nilai-nilai lain.²⁶⁸ Dalam penemuan hukum itu terdapat proses berpikir dari seorang ahli hukum dengan menggunakan metode interpretasi yang mengantarkan dan membawanya kepada suatu putusan hukum ataupun pengembangan hukum.

Penemuan hukum dengan metode interpretasi tersebut meliputi gramatikal, historis, sistematis, teologis-sosiologis, secara perbandingan hukum, metode analogis, *argumen a contrario*, penghalusan hukum serta antisipatis futuristis. Dalam penerapannya metode pendekatan yang digunakan dalam metode penemuan hukum ini adalah intelektual rasional dan intelektual logis. Intelektual rasional dalam arti subyek penemu hukum mengenal dan memahami kenyataan kejadian yang peraturan hukumnya yang berlaku dan akan diperlakukan

²⁶⁸ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, (Yogyakarta: Liberty, 1985), hal. 137.

berikut ilmunya. Adapun intelektual logis, dalam arti penerapan hukum normatif terhadap kasus posisinya mengindahkan hukum logika, baik yang formil maupun yang materil.

Hukum secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat. Oleh karena itu melalui putusannya seyogyanya hakim tidak menjauhkan putusan-putusan yang tidak membumi, dengan kata lain tidak bermanfaat bagi masyarakat.²⁶⁹ Dengan demikian dalam rangka penegakan hukum dan keadilan sehingga dapat memberikan pengayoman bagi masyarakat banyak tergantung pada profesionalisme hakim, di samping aspek moral dan etika hakim sehingga putusan yang dijatuhkan dapat memenuhi tiga hal yang sangat esensial, yaitu: keadilan (nilai filosofis), kepastian (nilai yuridis) dan kemanfaatan (nilai sosiologis). Sebab pada hakikatnya, segala sesuatu yang berhubungan dengan pelaksanaan tugas badan-badan penegak hukum dan keadilan tersebut baik buruknya tergantung dari manusia-manusia pelaksananya, *in casu* para hakim dan pejabat yang terkait.

Hakim sebagai figur sentral dalam proses peradilan, dituntut bukan hanya untuk mengembangkan kecerdasan intelektual dan ketrampilan teknis yustisial semata, tetapi juga harus membangun dan mengembangkan kecerdasan emosional dan kecerdasan moral spiritual yang memiliki dimensi universal yang berakibat dapat mengembangkan hukum yang disebut hukum progresif yang beresensi bahwa hukum bukan sebagai sebuah produk yang selesai ketika diundangkan, tetapi melalui proses pemaknaan yang tidak pernah berhenti, berupa *ruh* yang harus diraih tujuan (*maqashid al-syari'ah*)nya.

²⁶⁹ Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia," dalam *Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001*, hal. 66.

Di samping tugas hakim sebagaimana tersebut di atas, hakim juga mempunyai tugas secara kongkrit dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara, melalui tiga tahap, yaitu:

- (a) mengkonstatir, yaitu menetapkan dan merumuskan peristiwa kongkrit,
- (b) mengkualifisir, yaitu menetapkan atau merumuskan peristiwa hukumnya, dan
- (c) mengkonstituir, yaitu memberikan konstitusinya berupa penetapan hukumnya dan memberikan keadilan kepada para pihak yang bersangkutan.

Tugas hakim pada dasarnya adalah memberi putusan dalam setiap perkara yang dihadapkan kepadanya, menetapkan hal-hal seperti hubungan hukum, nilai hukum daripada perilaku, serta kedudukan hukum pihak-pihak yang terlibat dalam suatu perkara yang dihadapinya.

Peran Pengadilan Agama dalam mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam mutlak diperlukan. Dalam perspektif sosiologis, Pengadilan Agama bukan suatu institusi yang seratus persen otonom dalam masyarakat, tetapi ia ada bersama-sama dengan berbagai institusi lain yang dibutuhkan oleh masyarakat. Dalam konteks makro, Pengadilan Agama termasuk dalam hukum yang ada bersama-sama dengan sistem sosial dan dinamikanya. Dalam sistem sosial terdapat dinamika, perubahan baik yang disebabkan oleh waktu maupun tempat yang mengakibatkan perubahan hukum (Islam) (*taghayyur al-ahkam bi taghayyir al-azminat wal amkinat*). Pengadilan sebagai institusi yang terbuka, yaitu sebagai salah satu institusi sosial, maka harus tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan.

Dalam kedudukan dan keadaan yang demikian itu, maka hukum itu senantiasa melakukan pertukaran dengan ling-

kungannya sebagaimana disebutkan di atas. Hukum, pengadilan tidak bisa bekerja menurut apa yang dianggapnya harus dilakukan, melainkan merupakan hasil pertukaran dengan lingkungannya yang besar itu. Dalam keadaan ini, bahwa proses hukum merupakan bagian dari proses sosial yang lebih besar. Keadaan yang demikian itulah, maka keberadaan Pengadilan Agama dapat dikatakan “ketiadaan otonomi mutlak” ia terbuka dan berkembang bersama perkembangan sosial dari aspek hukumnya bersama-sama masyarakat.

Dalam kaitan dengan pemahaman di atas, maka apa yang dihasilkan oleh Pengadilan Agama (berupa putusan) senantiasa merupakan keluaran dari hasil pertukaran tersebut di atas. Oleh karena itu menjadi penting untuk mendekati dan membicarakan hukum dalam konteks sosial yang lebih besar dengan pemahaman yang komprehensif. Salah satunya adalah pertukaran antara hukum dan kebudayaan, di sini antara hukum dan kebudayaan sangat berbeda, yang benar adalah hukum tidak dapat dipisahkan dari sistem sosial atau budaya masyarakatnya. Dalam kenyataannya untuk mengoperasionalkan hukum Islam, (contoh Kompilasi Hukum Islam) sudah menjadi suatu yang sangat tinggi kadar teknisnya, sehingga bisa disifatkan sebagai teknologi.

Apabila dipahami dalam konteks yang demikian, maka niscaya hanya bisa berkonsentrasi kepada sistem hukum positif (Islam) saja, melainkannya menempatkan dalam konteks perspektif dan determinasi kebudayaan. Kehidupan hukum (Islam) tidak lagi dilihat semata-mata sebagai kehidupan “peraturan” melainkan juga “perilaku”, dan melalui perilaku inilah ditemukan antara lain interpretasi budaya oleh manusia (pengadilan) terhadap sekian peraturan hukum (Islam) yang berlaku di masyarakat.

Dengan melihat kehidupan dan dunia hukum (Islam) dari pandangan serta pendekatan yang demikian itu, maka di atas hukum masih ada wawasan etis dan moral. Hukum dalam

pelaksanaannya (aplikasi) di Pengadilan Agama mengalami suatu “reinterprestasi etis” sebelum muncul sebagai suatu putusan. Hukum yang dipandang serba pasti pada akhirnya tidaklah demikian, karena mengalami berbagai macam interprestasi untuk menggali dan mencapai *maqashid al-syari’ah*.

Dengan demikian dapat dikatakan bahwa Pengadilan Agama bukan merupakan badan yang sepenuhnya otonom, melainkan senantiasa mengalami pertukaran dengan lingkungannya yang lebih besar. Hakim merupakan alat institusi pengadilan yang sangat strategis, yang mempunyai tugas sebagai penegak hukum dan keadilan yang wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Di sini terdapat pertukaran antara Pengadilan (Agama) dengan dinamika masyarakat.

Berdasarkan hal-hal tersebut di atas, maka dapat dikatakan, bahwa Pengadilan Agama merupakan “institusi yang dinamis”, sebagai institusi yang menata kembali masyarakat, menginterpretasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama itu tidak hanya dilihat sebagai bangunan serta institusi hukum, tetapi dapat juga dilihat sebagai institusi sosial. Sebagai institusi sosial yang demikian itu, Pengadilan Agama tidak dapat dilihat sebagai institusi yang berdiri dan bekerja secara otonom, tetapi senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya.

Pengadilan Agama bersama-sama dengan masyarakat yang membentuk struktur sosiologisnya, dengan membuka cakrawala yang lebih luas, yaitu Pengadilan Agama tidak hanya sebagai suatu “bangunan yuridis” saja, melainkan terkait dengan sekalian komponen “bangunan sosiologis”. Memperhatikan struktur sosiologis, bahwa Pengadilan (Agama) menerima kenyataan, bahwa tidak ada pengadilan yang sama di dunia, sekalipun fungsinya yang diembannya dikatakan sama, yaitu

memeriksa dan mengadili. Tetapi karena Pengadilan (Agama) itu adalah institusi yang “berakar budaya” dan “berakar sosial”, maka tentu seharusnya ia tanggap terhadap dinamika (hukum) masyarakatnya, sehingga putusannya benar-benar bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan. Peran yang dilakukan Pengadilan Agama di atas, sehingga dapat melakukan penemuan dan pembentukan hukum baru dalam bidang hukum kewarisan yang tidak diatur dalam perundang-undangan (Kompilasi Hukum Islam) seperti dalam hasil penelitian ini, yang merupakan wujud “*tahrij al-akhlak ‘ala nashil qanun*”.

Dari analisis tersebut di atas, bahwa Pengadilan Agama tidak hanya sebagai “institusi hukum” yang hanya menegakkan hukum (kepastian hukum), tetapi juga sebagai “institusi sosial” yang menegakkan keadilan dan kemanfaatan, sehingga peran Pengadilan Agama sangat terbuka terhadap perkembangan hukum masyarakatnya. Dengan menggunakan “teori keadilan” sebagai pisau analisis dari peran Pengadilan Agama atas perubahan sosial dari masyarakatnya dari kasus posisi di atas merupakan keniscayaan bahwa peran untuk memutus peristiwa hukum atau kasus hukum yang diajukan kepadanya dalam putusannya mencerminkan keadilan hukum dari masyarakatnya pula. Hal yang demikian ini diamanatkan pula dalam Kompilasi Hukum Islam Pasal 229 yang dinyatakan: “Hakim dalam menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya, wajib memperhatikan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga puutusannya sesuai dengan rasa keadilan”.

3.5. Kaidah Hukum yang Dapat Diambil dari Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam dan Kontribusinya terhadap hukum Nasional

Setelah membaca kasus posisi dalam huruf A di atas, dapat disimpulkan bahwa yang menjadi masalah pokok dalam sengketa harta warisan tersebut adalah mengenai ada tidaknya hubungan ahli waris dari saudara kandung orang yang meninggal dunia (pewaris) apabila orang yang meninggal dunia (pewaris) itu hanya mempunyai atau meninggalkan satu anak perempuan saja. Untuk itu sudah dapat diketahui bagaimana putusan Mahkamah Agung dan pertimbangan hukumnya dalam memutus perkara di atas dalam hukum kewarisan yang dipandang sebagai pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam.

Menurut Pengadilan Tinggi Agama Mataram saudara kandung pewaris merupakan ahli waris orang yang meninggal dunia (pewaris) di samping anak perempuan pewaris. Untuk itu dari hasil pemeriksaan Pengadilan Agama Mataram telah terbukti bahwa Pewaris telah diakui bersama-sama telah meninggal dunia dengan meninggalkan seorang anak perempuan dan dan seorang saudara laki-laki kandung pewaris serta meninggalkan harta peninggalan.

Dengan demikian, Pengadilan Tinggi Agama Mataram mengadili, menetapkan bagian masing-masing bahwa anak perempuan pewaris mendapatkan $\frac{1}{2}$ bagian, dan saudara laki-laki kandung pewaris mendapatkan $\frac{1}{2}$ bagian dari harta warisan pewaris. Dari pertimbangan dan putusan tersebut dapat disimpulkan bahwa saudara laki-laki kandung Pewaris mendapat harta warisan bersama-sama dengan anak perempuan Pewaris. Dengan demikian saudara laki-laki kandung Pewaris tidak *terhijab* (terdinding) oleh anak perempuan si Pewaris.

Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataram tersebut telah dibatalkan. Dalam pertimbangan hukumnya, bahwa Mahkamah Agung berpendapat: “selama masih ada anak baik laki-laki maupun perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*).

Pendapat ini, sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata “*walad*” pada ayat 176 *Surat an-Nisa’* yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan. Dari kasus posisi di atas terdapat pengembangan hukum kewarisan Islam dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia, yaitu anak perempuan dari pewaris adalah menutup saudara kandung pewaris untuk mendapatkan warisan karena selama masih ada anak baik laki-laki atau perempuan, maka hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris, kecuali orang tua, suami dan istri menjadi tertutup (*terhijab*). Pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata “*walad*” pada ayat 176 *Surat an-Nisa’* yang berpendapat pengertiannya mencakup baik anak laki-laki maupun anak perempuan.

Setelah menganalisis kasus posisi di atas, dapat di tarik wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dari putusan Mahkamah Agung RI, bidang hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam, khususnya hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan pewaris menjadi tertutup (*terhijab*) karena ada anak baik laki-laki maupun perempuan.

Menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Bab II tentang Ahli Waris, Pasal 174 dinyatakan: (1) kelompok ahli waris terdiri dari (a) menurut golongan darah: golongan laki-laki terdiri dari ayah, anak laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek. (b) menurut golongan perkawinan terdiri

dari duda dan janda. (2) apabila semua ahli waris ada, yang berhak mendapatkan warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda. Dalam Pasal 174 ayat (2) tersebut dalam penjelasan pasal demi pasal dinyatakan cukup jelas.

Apabila diteliti lebih lanjut dari bunyi Pasal 174 ayat (2) Kompilasi Hukum Islam (KHI) dinyatakan bahwa apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapatkan warisan hanya anak, ayah, ibu, janda atau duda. Ahli waris ini merupakan ahli waris utama, artinya selagi masih ada anak, ayah, ibu, janda atau duda, harta warisan jatuh padanya, dan bisa melindungi (*memahjub*) ahli waris lainnya.

Kaidah hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah kata "*aulat*" mencakup anak laki-laki dan anak perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki dan anak perempuan masing-masing melindungi (*memahjub*) saudara kandung pewaris untuk mendapatkan harta warisan.

Dari kasus posisi kedua dalam huruf B di atas dari putusan Mahkamah Agung yang menyatakan bahwa anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan sebagai ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris Muslim) berdasarkan *wasiat wajibah*, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

Putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung tersebut dapat ditarik kaidah hukumnya, yaitu bahwa dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama bukan merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk mendapat bagian harta warisan dari Pewaris (beragama Islam). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam, maka non muslim berhak mendapatkan bagian dari harta peninggalan

pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukum wasiat, yaitu "*wasiyat wajibah*".

Ada dua cara yang ditempuh dalam pembinaan hukum nasional, yaitu melalui pembentukan perundang-undangan dan melalui putusan-putusan hakim (yurisprudensi). Putusan (yurisprudensi) hakim Peradilan Agama menduduki tempat yang sangat penting, karena dalam putusan (yurisprudensi) orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang konkrit, disamping itu sesuai dengan fungsi hakim, melalui putusan (yurisprudensi) dimungkinkan adanya penyesuaian kaidah hukum dengan tuntutan perubahan, baik perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan.

Melihat posisi kasus dalam penelitian ini, terdapat kontribusi hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, yaitu: "Anak perempuan Pewaris, *menghijab* saudara laki-laki Pewaris dan ia mendapatkan seluruh harta warisan pewaris". Dan putusan dalam kasus yang lain dinyatakan: "anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (pewaris) berdasarkan *wasiyat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan ahli waris almarhum ayah dan ibunya".

Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut di atas, berbeda dengan norma hukum yang terlegalitas dalam al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dinyatakan dalam kasus pertama, bahwa "jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ...", dan dalam kasus kedua dinyatakan secara *muttafaq alaih* bahwa : "orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam". Dalam Kompilasi Hukum Islam dinyatakan: "ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi

ahli waris”.

Kaidah yang lahir dari putusan hakim berupa (1) kaidah cakupan pengertian kata *walad* dan *awlad* yang mencakup anak laki-laki dan perempuan, dan (2) kaidah keadilan sebagai dasar beda agama tidak boleh menghalangi mendapatkan harta peninggalan harta orang tua yang meninggal dunia dengan kerangka *teori maqashid al-syari'ah* dengan pendekatan *ta'lili* dan *istishlahi*.

Putusan ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangn hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) tersebut dapat dikonstrubisikan dalam hukum nasional. Putusan peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam akan menjelma dalam bentuk asas dan prinsip hukum yang bersumber dari ajaran atau prinsip serta pesan tata nilai religius, yang merupakan cara pikir rakyat dan bangsa Indonesia yang “magis religius”. Putusan Mahkamah Agung tersebut merupakan pembentukan kaidah hukum, yang bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian dari sistem hukum nasional. Di samping itu dalam putusan yurisprudensi tersebut, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) sistem hukum nasional. Dengan demikian tidak ada lagi dualisme antara hukum Islam dengan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi), dan produk hukum Islam yang menjadi milik dan dinikmati orang Islam Indonesia saja, tetapi dapat pula dimiliki dan dinikmati oleh agama lain selain Islam, yang dinamakan hukum nasional.

Dengan demikian terjadilah refleksi sinergi yang tercermin dalam formulasi hukum Islam maupun aplikasinya (penerapan atau putusan) hukum yang memadukan yang melahirkan antara paham keagamaan (yang menjadi milik orang Islam saja) dengan paham kebangsaan (yang menjadi milik umum atau seluruh bangsa). Dengan demikian eksistensi hukum

Islam sebagai bagian yang tidak terpisahkan dari kesadaran masyarakat muslim Indonesia mengenai hukum dan keadilan yang memang jelas keberadaan atau eksistensinya dalam rangka hukum nasional, tetapi disamping itu bahwa produk hukum Islam yang terlahir dari ajaran atau hukum Islam dapat membantu dan melayani masalah hukum dari subyek hukum yang lain serta materi putusan yurisprudensi Peradilan Agama tersebut dapat diadopsi ke dalam pengertian hukum nasional.

Selain kontribusi melalui ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) terhadap hukum nasional, secara umum kontribusi itu dapat berupa kontribusi dalam bentuk asas-asas hukum Islam yang mendasari kaidah hukum. Dengan asas hukum yang mendasari kaidah hukum tersebut, maka asas hukum merupakan kendali agar kaidah hukum tidak diterapkan atau ditegakkan secara menyimpang dari cita hukum, fungsi dan tujuan hukum. Disamping itu asas hukum merupakan instrumen dimanisator suatu kaidah hukum, sehingga dapat diterapkan dan ditegakkan secara adil, benar, tepat dan manfaat bagi individu dan masyarakat.

Dalam kontribusi kaidah-kaidah hukum Islam dalam hukum nasional, perlu pemahaman karakteristiknya, yaitu bahwa kaidah-kaidah hukum Islam yang normatif semata-mata akan berlaku bagi orang-orang yang beragama Islam dan kaidah-kaidah hukum Islam yang berlaku umum dapat diperlakukan semua orang tanpa membedakan kepercayaan (agama) dari orang yang bersangkutan. Kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang ibadah hanya berlaku bagi mereka yang beragama Islam, sedang kaidah-kaidah hukum Islam dalam bidang *mu'amalat* ada pula yang berlaku bagi mereka yang beragama Islam dan dapat pula berlaku secara umum.

Dalam kontribusi subyek hukum Islam adalah orang-orang yang beragama Islam. Apakah hukum Islam mengandung pula subyek hukum bagi mereka yang tidak beragama Islam. Hal

ini tergantung pada karakteristik dari asas dan kaidah hukum Islam itu. Suatu asas atau kaidah hukum Islam akan berlaku umum, apabila keberlakuan (penerapan) kaidah hukum Islam itu bersifat netral, artinya tidak berkaitan dengan kepercayaan pengamut agama tertentu, dan harus dapat dibuktikan bahwa kaidah hukum Islam tersebut akan menjamin secara universal berlakunya tujuan hukum, serta harus dapat dibuktikan pula bahwa asas dan kaidah hukum Islam tersebut mampu memenuhi kebutuhan hukum masyarakat secara umum.

Kontribusi hukum Islam tentang obyek hukum Islam cakupannya lebih luas, tidak hanya hukum keduniaan saja (*mu'amalat*) tetapi juga menyangkut hukum ibadah. Dalam bidang hukum *mu'amalat* lebih banyak mengandung norma yang memberikan kontribusi masuknya hukum Islam ke dalam hukum positif, sehingga masa yang akan datang perlu dipikirkan kontribusi yang lebih mengarah pada peranan hukum Islam dalam mempengaruhi hukum nasional. Untuk itu jalur kontribusi hukum Islam, ditinjau dalam perspektif pembinaan hukum nasional dapat lewat peraturan perundang-undangan, melalui yurisprudensi, hukum kebiasaan, dan putusan-putusan lain yang bukan peraturan perundang-undangan.

Kontribusi hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan saat ini masih terbatas usaha menempatkan hukum Islam dalam peraturan perundang-undangan nasional lebih ditentukan pada peraturan yang khas berlaku bagi mereka yang beragama Islam, belum banyak diungkapkan dimensi-dimensi hukum Islam yang berkaitan dengan kehidupan kebangsaan secara keseluruhan yang diserap dalam peraturan perundang-undangan nasional serta pemikiran memasukkan hukum Islam dalam sistem perundang-undangan nasional belum banyak diarahkan pada asas hukum yang umum yang dapat berlaku secara umum. Secara nyata bahwa hukum Islam memberikan kontribusi dalam peraturan perundang-undangan di negara Indonesia ini, seperti Undang-undang Perkawinan, Undang-

undang Peradilan Agama, Kompilasi Hukum Islam, Undang-undang Pengelolaan Zakat, Undang-undang Penyelenggaraan Haji, Undang-undang Perwakafan, Undang-undang Perbankan Syari'ah dan sebagainya.

Kontribusi hukum Islam melalui yurisprudensi. Yurisprudensi merupakan instrumen lain dalam pembentukan hukum. Peraturan perundang-undangan Mahkamah Agung mewajibkan hakim untuk menemukan hukum yang tepat dalam menetapkan suatu putusan. Hal ini diperlukan agar hakim dalam memberikan keadilan sebagaimana mestinya. Dalam hal demikian, hakim dapat menggunakan asas atau kaidah hukum Islam yang dipandang dapat menemukan rasa keadilan bagi pencari keadilan.

Kontribusi hukum Islam melalui pengembangan hukum kebiasaan, hal ini merupakan tantangan tersendiri bagi umat Islam untuk menjadikan setiap hukum Islam sebagai "*way of life*" nya. Apabila hukum Islam telah menjadi suatu kenyataan yang berakar dari kehidupan masyarakat, maka hukum Islam tersebut akan berlaku dan dijalankan tanpa harus menunggu pengukuhan oleh perundang-undangan.

Dari analisis posisi kasus tersebut di atas, bahwa hukum Islam (dalam hal ini hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam) melalui putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat disumbangkan terhadap hukum kewarisan nasional yang berlaku secara nasional pula yang pada saat ini belum dimiliki baik secara unifikasi dan secara kodifikasi. Hal yang demikian digunakan "teori transformasi" dan "teori penemuan hukum" sebagai pisau analisis bahwa putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama dapat dijadikan sebagai kaidah hukum yang dapat disumbangkan terhadap hukum nasional yang berlaku secara nasional pula tidak membedakan asal agama masing-masing masyarakat Indonesia.



PENUTUP

Berdasarkan analisis kualitatif dengan menggunakan pendekatan yuridis normatif, serta paradigma studi konstruktivisme dengan memperhatikan kerangka teori terhadap konsep-konsep tentang transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional, konsep tentang ijtihad hakim Peradilan Agama, konsep tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), serta konsep tentang kontribusi hukum kewarisan Islam terhadap hukum nasional yang didukung oleh pengumpulan data bahan hukum dan wawancara, maka dapat disimpulkan sebagai berikut.

4.1. Simpulan

4.1.1. Hukum Islam dapat ditransformasikan ke dalam hukum nasional melalui beberapa pintu.

Salah satu pintu tersebut adalah berupa putusan (yurisprudensi) Mahkamah Agung bidang lingkungan Peradilan Agama yang digali dari ajaran atau hukum Islam atau penerapan ajaran atau hukum Islam, yang menjelma dalam bentuk penemuan asas atau prinsip hukum yang di dalamnya termuat pesan tata nilai religius yang menjadi watak dan karakter serta merupakan salah satu cara berpikir yang magis religius, di samping sebagai media transformasi kaidah-kaidah hukum yang

bersumber dari ajaran dan hukum Islam menjadi bagian hukum nasional serta dapat mentransformasikan, melahirkan atau mengadaptasi ajaran (doktrin) hukum menurut ajaran Islam menjadi ajaran (doktrin) dalam sistem hukum nasional sehingga tidak akan ada lagi dualisme antara hukum Islam dan hukum nasional karena tercermin secara utuh dalam putusan (yurisprudensi).

Dengan demikian sangat urgen peran putusan (yurisprudensi) Peradilan Agama berkaitan dengan pembinaan hukum nasional, orang dapat menemukan wujud kaidah hukum yang kongkrit karena tuntutan perubahan keadaan maupun perubahan rasa keadilan disamping berperan pula dalam mengisi kekosongan hukum, khususnya kekosongan peraturan perundang-undangan dengan menciptakan kaidah hukum baru dalam suatu situasi yang kongkrit. Peraturan perundang-undangan tidak lain merupakan perwujudan kehendak politik, karena ia pada hakekatnya adalah produk politik dalam bentuk peraturan-undangan. Di sini akan tampak peran lain dari putusan (yurisprudensi) yang mengubah wajah politik suatu peraturan perundang-undangan menjadi wajah hukum secara lebih murni. Hakim tidak lagi terutama berpedoman pada keinginan pembentuk peraturan perundang-undangan, hakim terutama berpedoman pada tujuan hukum (*maqashid al-syari'ah*) yang terkandung dalam peraturan perundang-undangan tersebut.

Politik suatu pemerintah sangat berpengaruh terhadap semua kebijakan yang ada, termasuk kebijakan perundang-undangan yang berlaku. Untuk mengakomodir berbagai kepentingan kemajemukan hukum, pemerintah mempunyai *political will* mengakomodir hukum Islam ke dalam perundang-undangan nasional, bahkan hukum Islam menjadi bahan baku pembentukan hukum nasional. Disamping perundang-undangan yang merupakan produk hukum *in abstracto* memerlukan komponen lain yang akan menjadikan hukum itu dalam bentuk

in concreto yang memerlukan instrumen stuktural untuk mengejawantahkan di tengah masyarakat, maka diperlukan institusi peradilan seperti Mahkamah Agung yang banyak mempengaruhi proses berkembangnya hukum Islam di Indonesia.

Dalam transformasi hukum Islam ke dalam hukum nasional, dengan memperhatikan arah dan kebijakan hukum mendatang antara lain mengamanatkan agar diakui dan dihormati hukum agama (termasuk hukum Islam) dalam menata hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dalam diupayakan agar segala peraturan perundang-undangan tidak bertentangan dengan moral agama. Masyarakat muslim Indonesia menerapkan dan mentransformasikan syari'ah dalam penerapan fikih dalam sistem sosial khas Indonesia, yang berbeda dengan sistem sosial yang melatarbelakangi fikih konvensional berbagai mazhab yang dipelajari dan di kaji di Indonesia.

Mentransformasikan fikih atau hukum Islam sebagai *ius constituendum* dalam hukum nasional sebagai *ius constitutum* menggunakan pendekatan teori pertingkatan hukum, bahwa berlakunya suatu hukum harus dikembalikan kepada hukum yang lebih tinggi kedudukannya, sebagai berikut: adanya cita hukum (*rechtsidee*) merupakan norma yang abstrak, ada norma antara (*law in books*) yang dipakai sebagai perantara untuk mencapai cita-cita, dan ada norma konkrit (*concrete norm*) yang dinikmati orang sebagai hasil penerapan norma antara atau penegakannya di pengadilan. Apabila teori pertingkatan hukum ini diterapkan pada permasalahan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional, maka gambaran pertingkatan hukumnya sebagai berikut: norma abstrak, yaitu nilai-nilai dalam kitab suci al-Qur'an (universal dan abadi dan tidak boleh diubah manusia), norma antara, yaitu asas-asas serta pengaturan, hasil kreasi manusia sesuai situasi, kondisi, budaya dan kurun waktu, muncul sebagai peraturan negara, pendapat ulama', pakar/ilmuwan,

kebiasaan, dan norma konkrit, yaitu semua hasil penerapan dan pelayanan hukum kreasi manusia, serta hasil penerapan hukum di pengadilan (hukum positif, *living law*). Secara ringkas dapat dirumuskan sebagai berikut: nilai-nilai Islam, asas-asas dan penguangannya dalam hukum nasional, dan terapannya dalam hukum positif serta penegakannya.

Di era globalisasi ini, transformasi hukum Islam pada Abad XX di negara-negara yang mayoritas penduduknya beragama Islam yang baru terlepas atau merdeka dari penjajahan Barat, mereka berusaha mentransformasikan hukum Islam ke dalam hukum nasionalnya, serta untuk menjawab tantangan perubahan sosial yang ada, maka hukum Islam dapat ditransformasikan dengan menggunakan teknik-teknik: *takhsish al-qadla*, *takhayyur*, *reinterpretasi*, dan *siyash syar'iyah*.

4.1.2. Wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijihad hakim Peradilan Agama Tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Wujud dan pertimbangan hukum dalam putusan ijihad hakim Peradilan Agama Tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adalah salah satu putusan yang dinyatakan bahwa (1) Pewaris hanya meninggalkan satu anak perempuan (ahli waris), yang *menghijab* saudara kandung laki-laki pewaris, dan ia (anak perempuan pewaris tersebut) mendapatkan seluruh bagian harta warisan dari pewaris, dan putusan lain yang dinyatakan bahwa (2) anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapat bagian dari harta peninggalan pewaris berdasarkan *wasiat wajibah* yang bagiannya sama dengan bagian anak perempuan (yang lain) dari almarhum ayah dan ibunya.

Putusan dalam posisi kasus 1 di atas, seolah-olah tidak sesuai dengan QS. *An-Nisa' (4): 11* yang dinyatakan: "...jika anak perempuan itu seorang saja, maka ia memperoleh separoh harta ... (*wa in kanat wahidatan falaha an nisfu*)". Demikian dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagai hukum materiil Peradilan Agama dalam Pasal 176 dinyatakan: "anak perempuan bila hanya seorang ia mendapat separoh bagian...". Putusan dalam kasus posisi 2 di atas seolah-olah tidak sesuai dengan Sunnah Nabi yang *muttafaq 'alaih*, diriwayatkan Imam Bukhari dan Muslim yang menyatakan: "orang Islam tidak mewarisi harta orang kafir, dan orang kafir tidak mewarisi harta orang Islam (*muttafaq 'alaih*)". Dasar hukum dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) bahwa perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk menjadi ahli waris, dinyatakan dalam Pasal 171 huruf (c) "ahli waris adalah orang pada saat meninggal dunia mempunyai hubungan darah, atau hubungan perkawinan dengan Pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang oleh hukum untuk menjadi ahli waris". Dengan demikian dalam hubungan waris Islam, perbedaan agama merupakan salah satu dari penghalang seorang untuk menjadi ahli waris.

Putusan Peradilan Agama di atas merupakan wujud pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang disebut "*tahrij al-ahkam 'ala nashil al-qanun*". Adapun pertimbangan hukum dalam ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI), bahwa dalam kasus posisi 1 di atas menurut Mahkamah Agung adalah selama masih ada anak laki-laki maupun perempuan maka hak waris dari orang-orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris, kecuali orang tua, suami, istri menjadi tertutup (*terhijab*). Menurut Mahkamah Agung, pendapat ini sejalan dengan pendapat Ibnu Abbas salah seorang ahli tafsir di kalangan sahabat Nabi dalam menafsirkan kata-kata "*walad*" pada ayat 176 *Surat an-Nisa'* yang berpendapat pengertiannya mencakup

anak laki-laki maupun anak perempuan. Penafsiran seperti ini bila diterapkan pada kasus posisi ini, maka kesimpulan yang dapat diambil adalah bahwa keberadaan anak perempuan Pewaris menjadi penghalang (*memahjub*) saudara kandung Pewaris untuk untuk mendapatkan harta warisan.

Adapun pertimbangan hukum dalam ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam kasus posisi 2 di atas adalah dalam kehidupan yang serta majemuk tidak tertutup kemungkinan dalam satu keluarga terdiri dari anggota keluarga yang berbeda agama. Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim mendapatkan bagian dengan harta peninggalan pewaris muslim dengan kontruksi hukum *wasiyat wajibah*. Dalam QS. *Al-Mumtahanah* (60): ayat 8, al-Qurtubi menafsirkan kata "*watuqsitu ilaihim*" (dan berlaku adil terhadap mereka), mengemukakan bahwa ayat tersebut juga dapat ditafsirkan sebagai memberi belanja (*infaq*) terhadap orang non muslim yang wajib diberi nafkah oleh keluarga yang muslim. Menurutnya perbedaan agama tidak menjadi penghalang hak mereka untuk mendapatkan nafkah tersebut. Pengembangan hukum kewarisan Islam tidak dapat dilepaskan dari faktor lingkungan di mana hukum Islam itu beroperasi dengan melihat faktor sosial dan budaya serta alasan (*'illat*) yang mempengaruhi terbentuknya hukum kewarisan itu. Dengan memperhatikan keadaan sosial masyarakat dan dalam hal yang kemaslahatan dan sekaligus meniadakan kesulitan bagi kehidupan manusia dan nilai-nilai kemanusiaannya.

4.1.3. Metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI).

Metode ijtihad hakim Peradilan Agama tentang

pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada kasus posisi di atas adalah dengan *maqashid al-syari'ah* dengan metode *istihsan*, yang berorientasi kepada usaha mewujudkan *maqashid al-syari'ah* serta mempertimbangkan dampak positif dan negatif dari suatu penerapan hukum (*al-nazar fi al-ma'alat*), di samping metode *maslahat* dengan *urgensi* pertimbangan *maqashid al-syari'ah* dengan corak penalaran *istislahi* dengan *metode maslahat* dalam kasus di atas, bahwa anak perempuan Pewaris *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, karena faktanya bahwa kehidupan sekarang menuju keluarga inti yang hanya terdiri dari suami, istri, anak-anak, ayah serta ibu. Tidak saling melindungi dan menanggung beban ekonomi antara paman dengan keponakan sehingga wajar apabila ada anak (baik laki-laki maupun perempuan) maka ia mendapat harta warisan Pewaris seluruhnya. Demikian anak yang non muslim mendapat bagian warisan dari pewaris yang muslim dengan alasan "*watuqsitu ilaihim*" (dan berlaku adil kepada mereka) berarti memberikan (*qistan*) dari kekayaan kepada mereka yang non muslim dalam rangka menjaga hubungan baik dan inilah yang disebut *maslahat*.

Disamping berkaitan dengan tugas hakim adalah memutus perkara yang diajukan kepadanya, maka ia mengaplikasikan atau menerapkan hukum pada kasus-kasus tertentu dengan bentuk *ijtihad istinbati*, yaitu upaya meneliti 'illah yang terkandung oleh nash dan *ijtihad tatbiqui*, yaitu upaya untuk meneliti suatu masalah di mana hukum hendak diidentifikasi dan diterapkan sesuai dengan ide yang terkandung oleh *nash* dengan memfokuskan upaya mengkaitkan kasus-kasus yang muncul dengan kandungan makna yang ada dalam *nash (tahqiq al-manat)*. Bentuk putusan dalam *ijtihad* yang demikian yaitu, di antaranya berupa terobosan bahwa anak perempuan kandung Pewaris dapat *memahjub* saudara laki-laki kandung Pewaris, serta putusan lain berupa terobosan memberikan bagian warisan kepada anak non muslim yang selama ini belum pernah dilakukan atau dikenal dalam praktek di lingkungan Peradilan

Agama, karena bertentangan dengan al-Qur'an, as-Sunnah maupun Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Dalam dinamika atau perkembangan putusan itu, sesuai dengan kaidah hukum Islam yang asasi, yang merupakan sumber hukum Islam ke tiga yaitu *al-ra'yu* (pemikiran) via ijtihad yang dapat menjawab tantangan zaman dan dapat memenuhi harapan dengan tetap memelihara ruh Islam dimana hukum Islam itu pasti menciptakan *jalbu al-mashalih wa dar'u al-mafasid* (mendatangkan kebaikan dan menolak keburukan) dan ujung-ujungnya memberikan keadilan. Putusan (yurisprudensi) itu merupakan pengembangan teks undang-undang (dalam hal ini Hukum Waris Buku II Kompilasi Hukum Islam) sebagai penemuan hukum (teori penemuan hukum) yang dapat ditransformasikan kepada hukum nasional dalam bentuk perundang-undangan (teori transformasi hukum Islam dalam hukum nasional atau teori pembinaan hukum nasional) dan putusan tersebut berdimensi keadilan (teori keadilan).

4.1.4. Peran ijtihad hakim Peradilan Agama dalam hal pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Peran ijtihad hakim Peradilan Agama dalam hal pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) untuk mengantisipasi perkembangan kehidupan keluarga muslim di Indonesia adalah sangat urgen peran yang disumbangkan oleh Peradilan Agama melalui ijtihad hakim dan ia merupakan alat institusi pengadilan yang sangat strategis yang mempunyai tugas sebagai penegak hukum dan keadilan yang wajib menggali mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat serta mengakomodir perkembangan hukum keluarga Islam.

Pengadilan Agama merupakan institusi yang dinamis,

menginterpretasikan teks-teks undang-undang (Kompilasi Hukum Islam) dalam konteks masyarakat serta perubahan-perubahannya. Dengan demikian Pengadilan Agama itu tidak hanya dilihat sebagai bangunan institusi hukum saja, tetapi dapat dilihat sebagai institusi sosial yang senantiasa berada dalam proses pertukaran dengan lingkungannya. Pengadilan Agama tidak hanya sebagai bangunan yuridis saja, melainkan terkait dengan sekian komponen bangunan sosiologis, yaitu sebagai institusi hukum yang berakar budaya dan berakar sosial yang harus tanggap terhadap dinamika hukum masyarakatnya. Dengan demikian Pengadilan Agama merupakan institusi yang terbuka, yaitu sebagai institusi sosial yang harus tanggap dan mengakomodir perkembangan sosial dan hukumnya supaya putusannya bermanfaat pada masyarakat pencari keadilan. Hukum yang dipandang serba pasti pada akhirnya tidaklah demikian, karena mengalami berbagai macam interpretasi untuk menggali dan mencapai *maqashid al-syari'ah*.

4.1.5. Pemahaman hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI)

Pemahaman hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang dapat dijadikan kaidah hukum dalam kasus posisi huruf A adalah kata "*aulad*" mencakup anak laki-laki dan perempuan. Menurut pendapat ini, baik anak laki-laki maupun anak perempuan masing-masing melindungi (*memahjub*) saudara kandung Pewaris untuk mendapatkan harta warisan. Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah selama masih ada anak laki-laki atau perempuan, hak waris dari orang yang mempunyai hubungan darah dengan Pewaris kecuali orang tua, suami dan istri menjadi

tertutup (*termahjub*).

Pemahaman hukum yang dapat diambil dari ijtihad hakim Peradilan Agama tentang pengembangan hukum kewarisan Islam dalam Kompilasi hukum Islam pada kasus posisi B baha kaidah hukum yang dapat diambil adalah perbedaan agama bukan merupakan salah satu dari penghalang seseorang untuk mendapatkan bagian harta peninggalan dari pewaris (muslim). Untuk memenuhi rasa keadilan sebagai salah satu prinsip hukum kewarisan Islam maka non muslim berhak untuk mendapatkan bagian dari harta peninggalan Pewaris (muslim) dengan menggunakan konstruksi hukum wasiyat, yaitu "*wasiyat wajibah*". Adapun kontribusinya terhadap hukum nasional adalah anak kandung (perempuan) yang beragama non Islam (Nasrani) status hukumnya bukan ahli waris, namun ia berhak mendapatkan bagian dari harta warisan kedua orang tuanya (Pewaris muslim) berdasarkan *wasiat wajibah*, yang bagiannya sama dengan bagian anak (perempuan) ahli waris almarhum ayah dan ibunya.

*Adapun temuan 'teori baru' dari disertasi ini dengan mengangkat tema: "Transformasi Hukum Islam ke dalam Hukum Nasional" khususnya tentang "Ijtihad Hakim Peradilan Agama tentang Pengembangan Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) dan Kontribusinya terhadap Hukum Nasional", yaitu: "**Teori Hukum Kasus**".* Fungsi hakim adalah mendamaikan dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Hakim menghadapi 'hukum kasus' suatu kejadian masalah hukum yang disebut 'kasuistis'. Walaupun perkaranya sama, akan tetapi nuansa maupun yang melatarbelakangi kasus perkara itu dapat berbeda-beda disebabkan adanya waktu kejadian dan tempat kejadian yang berbeda pula. Hakim mencarikan hukum yang paling tepat dalam putusannya, dengan memperhatikan fakta dan peristiwa yang melatarbelakangi sengketa atau perkara tersebut.

Dalam teori hukum kasus, hukum yang akan diputus atau

yang akan ditetapkan oleh hakim 'masih dalam proses pembuatan', masih dicari bentuk putusan hukumnya.. Pencarian tersebut melalui fakta-fakta dan peristiwa-peristiwa, yang setelah terbukti pembuktiannya dengan alat-alat bukti yang sah barulah ditemukan dalam bentuk putusan atau penetapan hakim. Memang yang dihadapi hakim adalah putusan mengenai kasus tertentu dan putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakekatnya kasus yang diputuskan berkaitan erat dengan perubahan sosial, perbedaan tempat dan waktu.

4.2. Saran-saran

1. Kompilasi Hukum Islam (KHI) khususnya bidang hukum kewarisan telah selesai diundangkan (*an-nushush mutanahiyah*), tetapi kehidupan keluarga muslim dalam bidang hukum keluarga pada umumnya dan khususnya bidang hukum kewarisan tidak pernah selesai (*al waqa'iq ghairu mutanahiyah*), berkembang dan dinamis, maka KHI perlu dikembangkan melalui putusan (*tahrij al-ahkam 'ala nashil qanun*), via ijtihad hakim Peradilan Agama dalam upaya menjawab perkembangan zaman.
2. Hukum secara empirik bukan merupakan hal yang statis, tetapi selalu mengikuti perubahan masyarakat, oleh sebab itu hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, memahami dan mengikuti nilai-nilai hukum yang hidup dan berkembang dalam masyarakat.
3. Perlu mengoptimalkan putusan (yurisprudensi) dari peradilan sebagai wujud pengembangan Kompilasi Hukum Islam yang ditransformasikan menjadi hukum nasional, sehingga dapat melahirkan ajaran hukum menurut Islam menjadi sistem hukum nasional yang dapat dinikmati seluruh masyarakat tanpa membedakan agama.

4. Karena yang dihadapi hakim adalah kasus, maka ia harus memutus sesuai kasus yang dihadapi dengan melakukan interpretasi untuk menerapkan ide-ide hukum (*maqashid al-syari'ah*) kepada permasalahan-permasalahan hukum yang kongkrit yang berkaitan dengan *'illat* hukum yang melatarbelakanginya.
5. Perlu meningkatkan status Kompilasi Hukum Islam (KHI) menjadi undang-undang tentang Keluarga Islam Indonesia dengan mengakomodir putusan (yurisprudensi) sebagai masukannya.

DAFTAR PUSTAKA

- A. Djazuli, Beberapa Aspek Pengembangan Hukum Islam di Indonesia, dalam Juhaya S. Praja, ***Hukum Islam di Indonesia, Pemikiran dan Praktek***, (Bandung:PT. Remaja Rosda Karya, 1991)
- A. Qodri Azizy, "Hukum Islam sebagai Sumber Hukum Positif dalam Reformasi Hukum Nasional", ***Mimbar Hukum No. 54 Thn. XII 2001***
- Abd. Al-Wahhab Khallaf, ***Ilm Ushul al-Fiqh***, (Kairo: Dar al-Kuwaitiyah, 1968).
- Abd. Basyir, "Islam, Peradilan dan Hukum Materiilnya", dalam ***Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2004***
- Abd. Salam, "Hukum Islam di Indonesia: Pelembagaan, Pembaharuan dan Prospek Transformasinya", ***Mimbar Hukum No. 64 Thn XV 2004***
- Abdul Chalim Mohammad, " Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam sebagai Pranata Hukum Nasional", dalam ***Pesantren No. 2 / Vol. VII / 1990***
- Abdul Gani Abdullah, "Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Islam di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 2002***
- , " Lahirnya UUPA: Sebuah Acuan Tradisi Pembentukan Hukum", dalam ***Pesantren No. 2/Vol. VII/1990***
- , " Pemasarakatan Inspres No. 1 Tahun 1991 Tentang Kompilasi Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 5 Thun. III 1999.***
- , "Kehadiran Kompilasi Hukum Islam dalam Hukum

Indonesia: Sebuah Pendekatan Teoritis”, dalam *Mimbar Hukum No. 7 thn. III 1992*

-----, “Peradilan Agama Pasca Undang-undang No. 7 Tahun 1989 dan Perkembangan Studi Hukum Iskam di Indonesia”, dalam *Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994*

Abdul Ghafur Anshori, *Peradilan Agama di Indonesia Pasca Undang-undang No. 3 Tahun 2006 (sejarah, Kedudukan dan Wewenangnya)*, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2007)

Abdul Wahab Afif, *Fikih (Hukum Islam) antara Pemikiran Teoritis dengan Praktis*, (Bandung: Fakultas Syari’ah IAIN Sunan Gunung Jati, 1991)

Abdul Wahab Khalaf, *Kaidah-kaidah Hukum Islam (Ilmu Ushulul Figh)*, Penterjemah Moh. Tolhah Mansoer, Cet. 2, (Jakarta: CV. Rajawali, 1991)

-----, *As-Syiyasah al-Syari’ah*, (Yogyakarta:Tiara Wacana, 1994).

Abdurrahman al-Jaziri, *Al-Fiqh al Madzhab al-Araba’ah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1996).

Abdurrahman Wahid, “*Muslim di Tengah Pergumulan*”, (Jakarta : LEPPENAS, 1981)

-----, “Pengembangan Fiqh yang Kontekstual”, *Pesantren No. 2/Vol. II/1985*

-----, “Menjadikan Hukum Islam sebagai Penunjang Pembangunan “, dalam Eddi Rudiana Arief et. el. (Peny), *Hukum Islam di Indonesia Pemikiran dan Praktek*, (Bandung: Rosdakarya, 1991)

Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. 2 (Jakarta: CV. Akademika Pressindo, 1995)

Abu Abdillah Muhammad al-Qurtubi, *Jami’ li Ahkam al-Qur’an*,

Tp.1937.

Abu Bakr Ahmad ibn Muhammad al-Khallal, ***Ahkam Ahl al-Milal***, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1994).

Achmad Ali, "Eksistensi Hakim dalam Penegakan Hukum di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 52 Thn. XII 2001***

Achmad Roestandi, "Beberapa Catatan Signifikan di Sekitar Pelaksanaan Undang-undang Peradilan Agama", dalam ***Mimbar Hukum No. 18 Thn. 1995***

Ahmad Azhar Basyir, "***Reaktualisasi, Pendekatan Sosiologis tidak Selalu Relevan, dalam Polemik Reaktualisasi Ajaran Islam***", (Jakarta: Pustaka Panjimas, 1988)

-----, ***Refleksi atas Persoalan Keislaman, Seputar Filsafat, Hukum, Politik dan Ekonomi***, Cet.1, (Bandung: Mizan, 1991)

-----, ***Hukum Waris Islam***, Cet. 14, (Yogyakarta: UII Press, 2001)

Ahmad Fathoni, "Peranan Hukum Islam dalam Pembentukan Hukum Nasional: Tinjauan Menurut Sistem Politik Hukum", ***Mimbar Hukum No. 64 Thn. XV 2006***

Ahmad Mujahidin, ***Peradilan Satu Atap di Indonesia***, Cet. 1 (Bandung: PT. Refika Aditama, 2007)

Ahmad Mushtafa al-Maraghi, ***Tafsir al-Maraghi, Juz 1***, (Beirut: Dar al-Fikr, tt).

Ahmad Rafiq, ***Pembaharuan Hukum Islam di Indonesia***, (Yogyakarta: Gema Media, Cet. 1, 2001)

-----, ***Fiqh Mawaris***, Cet. Keempat (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 2002)

Ahmad Sukadja, "Keberadaan Hukum Agama dalam Tata Hukum Indonesia, dalam ***Mimbar Hukum No. 23 Thn. VI 1995***

-----, ***Piagam Madinah dan Undang-undang Dasar 1945, Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat yang Majemuk***, Cet. 1, (Jakarta: UI Press, 1995)

Ahmad Tholabi Kharlie, "Al-Syaukani: Profil Pembaru Pemikiran Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001***

Akhmad Minhaji, yang dikutip oleh YUSDANI, penerjemah, ***Metodologi Hukum Islam Kontemporer***, oleh Taha Jabir al-Alwani, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 2001)

-----, ***Hukum Islam: Antara Sakralitas dan Profanitas (Perspektif Sejarah Sosial)***, (Yogyakarta: Universitas Islam Negeri Yogyakarta, 2004)

Al-Bukhari, ***Shahih Bukhari***, (Mesir: Dar al-Fikr, t.t).

Ali Ahmad an-Nadawi, ***Al-Qawaid al-Fiqhiyah***, (Damaskus: Dar al-Qalam, 1991).

Ali As-Sabuni, ***Tafsir Ayat Ahkam***, (Surakarta: Bina Ilmu, 1985).

-----, ***Al-Muwaris fi Syari'ah al-Islamiyah***, (Bandung: Trigenda Karya, 1995).

Ali As-Sayis, ***Tafsir Ayat Ahkam, II***, (Mesir: Madba'ah Muhammad Ali Syabih wa Auladuh, 1953).

Ali Yafie, "Ke Arah Kontekstualisasi Fiqh", dalam ***Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994***

Al-Mawardi, ***Tafsir Al-Mawardi (An-Nukat wa al-Uyun)***, (Beirut: Dar al-Kitab al-Ilmiyah, t.t).

Al-Qur'an dan Terjemahannya, ***Departemen Agama R I***, (Semarang: Toha Putra, 1998).

Amir Mu'allim dan YUSDANI, ***Konfigurasi Pemikiran Hukum Islam***, Cet. 2, (Yogyakarta: UII Press, 2001)

- , ***Metode Ijtihad Hukum Islam di Indonesia: Upaya Mempertemukan Pesan-pesan Teks dengan Realitas Sosial***, (Pidato Pengukuhan dalam Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Fikih, UII, 17 Juni 2006).
- Amir Nuruddin, ***Ijtihad Umar Ibn Khatthab: Studi tentang Perubahan Hukum dalam Islam***, (Jakarta: Rajawali Press, 1987).
- Amir Syarifuddin, ***Pembaharuan Pemikiran dalam Hukum Islam***, (Padang: Angkasa Raya, Cet. 2, 1993)
- Anwar Harjono, “al-Qur’an sebagai Sumber Hukum Nasional”, ***Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995***
- Asfari Jaya Bakti, ***Konsep Maqashid al-Syari’ah Menurut al-Syatibi dan Relevansinya dengan Ijtihad Hukum Dewasa ini***, Disertasi Program Pascasarjana IIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, Tahun 1994
- As-Suyuti, ***Al-Asbah wa an-Naza’ir***, (Semarang: Toha Putra, 1994).
- , ***Al-Hawi li al-Fatawa***, (Beirut: Dar al-Fikr, 1994).
- As-Syirazi, ***Al-Muhazzab***, (Surabaya: Syirkah Maktabah Ibn Nabhan, t.t)
- At-Tabari, ***Jami’ al-Bayan fi Ta’wil al-Qur’an***, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, t.t)
- Bagir Manan, “ Peranan Peradilan Agama dalam Pembinaan Hukum Nasional “, di dalam Juhhaya S. Praja, ***Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek***, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991)
- Barda Nawawi Arief, ***Penggalian Hukum dalam Rangka Tujuan Pembangunan Nasional***, Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990

- Bustanul Arifin, ***Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya***, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Press, 1996)
- Cipto Sembodo, “ Reintroduksi Hukum Islam dalam Wacana Kebangsaan “, ***Mimbar Hukum No. 53 Thn. XII 2001***
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI, ***Kamus Besar Bahasa Indonesia***, (Jakarta: Balai Pustaka, 1995).
- Direktorat Badan Pembinaan Peradilan Agama, “ Perkembangan Hukum Islam dan Peradilan Agama di Indonesia”, dalam buku ***Kenang-kenangan Seabad Peradilan gama di Indonesia***, Cet. 1, (Jakarta: CV. De Cahya, 1990)
- Efrinaldi, “Reaktualisasi Hukum Islam, Suatu Kajian Metodologis dalam Pemikiran Fazlur Rahman”, ***Mimbar Hukum No. 50 Thn. XII 2001***
- Fatchurahman, ***Ilmu Waris***, (Bandung: al-Ma’arif, 1981).
- Fuad Abdul Baqi’, ***Al-Lu’lu’ wa al-Marjan***, (Beirut: maktabah al-Ilmiyah, tt).
- Gani Abdullah, “Permasalahan Hukum Kontemporer dan Hubungannya dengan Fiqh: Sebuah Analisis Segi-segi Koherensinya” dalam ***Mimbar Hukum No. 13 Thn. V 1994***
- GBHN Tahun 1999, Bab IV huruf A. 2.***
- H.M. Rasjidi, ***Hukum Islam dan Pelaksanaannya dalam Sejarah***, cet. 1 (Jakarta: Bulan Bintang, 1976
- Habibah Daud Ali, “ Perana Peradilan Agama dalam Menyelesaikan Perkara Kewarisan”, dalam buku ***Kenang-kenangan Seabad Peradilan Agama di Indonesia***, Cet. Pertama, (Jakarta: CV. Ade Cahya, 1985)
- Haidar Bagir, ***Ijtihad dalam Sorotan***, (Bandung: Mizan, 1988).
- , ***Benturan Barat dengan Islam***, (Bandung: Mizan,

- 1993).
- Harun Nasution, *Pembaharuan dalam Islam, Sejarah Pemikiran dan Gerakan*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1983).
- , *Refleksi Pembaruan-pembaruan Islam 70 Tahun Harun Nasution*, (Jakarta: Lembaga Studi Agama dan Filsafat, 1989).
- , (ketua) *Ensiklopedi Islam Indonesia*, (Jakarta: Djambatan, 1992).
- , *Islam Rasional*, (Bandung: Mizan, 1995).
- , *Islam Rasional, Gerakan Pemikiran*, (Bandung: Mizan, 1995).
- Hazairin, *Tujuh Serangkai tentang Hukum*, Cet. Ketiga, (Jakarta: Bina Aksara, 1981)
- Huzaimah TY dan Hasanuddin, "Menjadikan Fikih sebagai Pemikiran Sosial yang Dinamis", di dalam Asrori S. Karni dan Abdul Wasik, *Pandu Ulama Ayomi Umat, Kiprah social 70 Tahun Kiai Sahal*, Cet. 1 (Majelis Ulama Indonesia, 2007)
- Ibnu Hazm, *Al-Muhalla bi al- As'ar*, (Beirut: Dar al-Kutub al-Ilmiyah, 1988).
- Ibnu Katsir, *Tafsir Ibnu Katsir*, Juz 1, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).
- Ibnu Qoyyim Jauziyah, *I'lam al-Muwaqqi'in an Rabb al-Allamin*, (Beirut: Dar al-Jail, t.t).
- Ibnu Qudamah, *Al-Kafi fi Fiqh al-Imam Ahmad ibn Hambal*, (Beirut: al-Maktabah al-Islamy, 1988).
- Ibrahim Hosein, "Aktualisasi Hukum Islam," dalam *Mimbar Hukum No. 12 Thn. V 1994*.
- , "Beberapa Catatan tentang Reaktualisasi Hukum Islam," dalam Munawir Sjazali, *Kontekstualisasi Ajaran*

Islam, (Jakarta: Para Madina, 1995).

Ichtijanto S. A., "Kedudukan Anak Laki-laki dan Anak Perempuan dalam Hukum Kewarisan Islam di Masa Mendatang", dalam *Mimbar Hukum No. 27 Thn. VII*.

Ichtijanto S. A., "Prospek Peradilan Agama sebagai Peradilan Negara dalam Sistem Politik Hukum di Indonesia", di dalam Amrullah Ahmad (ed), dalam buku *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Cet. 1 (Jakarta: Gema Insani Prees, 1996)

Ismail Saleh, *Wawasan Pembangunan Hukum Nasional*, Makalah dalam Dialog tentang Pembangunan Hukum Nasional, Memperingati 8 Windu Pondok Modern Gontor Indonesia, 17 Juni 1991

Ismail Suny, "UUPA dan Tata Hukum Nasional", dalam *Mimbar Hukum No. 1 Thn. 1990*

-----, "Kompilasi Hukum Islam Ditinjau dari Sudut Pertumbuhan Teori Hukum Islam di Indonesia", dalam *Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991*

Jalaluddin Rahman, "Perumusan Ulang Hukum Waris Islam: Sebuah Pendekatan Pembaruan dalam Islam", *Mimbar Hukum No. 63 Thn. XV 2004*

Jimly Asshiddiqie, "Hukum Islam di Antara Agenda Hukum Nasional", *Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001*

Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, (London: The Clarendon Press, 1971)

Juhaya S Praja, *Filsafat dan Metodologi hukum Islam dalam Pembinaan Sistem Hukum Nasional*, Disampaikan dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 20 September 2003

- M. Amin Abdullah, *Epistemologi Ilmu Agama Islam dalam Khasanah Perkembangan Epistemologi Ilmu Pengetahuan Modern*, Disampaikan Dalam Kuliah Umum Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta, 21 September 2002
- M. Atho' Muzhar, *Fatwa-fatwa Majelis Ulama Indonesia*, (Jakarta: INIS, 1993)
- , *Pendekatan Studi Islam dalam Teori dan Praktek*, Cet. 1, (Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 1998)
- M. Quraish Shihab, *Wawasan al- Qur'an*, (Bandung: Mizan, 1996).
- M. Tahir Azhary, *Bunga Rampai Hukum Islam (Kumpulan Tulisan)*, Cet. 1, (Jakarta: Ind - Hill - co, 1992).
- M. Yahya Harahap, "Informasi Materi Kompilasi Hukum Islam", dalam *Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992*
- , " Kedudukan Wanita dalam Hukum Kewarisan (Bagian Kedua)", dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*
- M. Yusuf Musa, *At-Tirkah wa al-Miras fi al-Islam*, (Kairo: Dar al-Ma'rifah, t.t).
- Mahkamah Agung, *Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan Agama*, Edisi 2007 (Mahkamah Agung RI, 2008)
- Mahmutarom HR, *Rekonstruksi Konsep Keadilan dalam Sistem Hukum Nasional dan Relevansinya dengan Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia, Proposal Penyusunan Disertasi*, (Semarang: Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Diponegoro, 2004)
- Majelis Tarjih dan Pengembangan Pemikiran PP Muhammadiyah, *Keputusan Muktamar Tarjih*

Muhammadiyah, PP. Tanfiz, XXII.

-----, **Tanya Jawab Agama, Suara Muhammadiyah**, (Yogyakarta: PP. Majelis Tarjih, 1997).

-----, **Tafsir Tematik al-Qur'an**, (Yogyakarta: Pustaka SM, 2000).

Majelis Ulama Indonesia, **Himpunan Keputusan dan Fatwa Majelis Ulama Indonesia**, (Jakarta: Sekretariat MUI, 1986).

Maksun, "Konstitusionalisasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional", **Mimbar Hukum No. 51 Thn. XII 2001**

Matardi, "Kompilasi Hukum Islam sebagai Hukum Terapan di Pengadilan Agama", dalam **Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII 1996**

Mimbar Hukum No. 21 Thn. VI 1995

Moh. Hasan Wargakusumah, **Peningkatan Yurisprudensi sebagai Sumber Hukum**, Makalah dalam Seminar Pengkajian Peranan Hukum Kebiasaan sebagai Sumber Hukum dalam BPHN, Tahun 1991

Moh. Jawad Mughniyah, **Fiqh Lima Mazhab**, (Jakarta: Basrie Press, 1994).

Moh. Mahfud MD., "Peluang Konstitusional bagi Peradilan Agama", dalam Moh. Mahfud dkk., **Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata hukum Indonesia**, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993)

Mohammad Daud Ali dan Hj. Habibah Daud, **Lembaga-lembaga Islam di Indonesia**, Cet. 1, (Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada, 1995).

-----, **Permasalahan dalam Penelitian Hukum (Suatu Penjelajahan Permulaan)**, Makalah Disampaikan pada Latihan Penelitian Agama Angkatan X, Nopember 1985

- , "Hukum Islam, UUPA dan Masalahnya", dalam ***Mimbar Hukum No. 1 1990***
- , " Hukum Islam: Peradilan Agama dan Masalahnya ", di dalam Juhaya S. Praja (ed), ***Hukum Islam di Indonesia: Pemikiran dan Praktek***, Cet. 1, (Bandung: Remaja Rosdakarya, 1991)
- , "Asas-asas Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993***
- , Hukum Islam: ***Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum di Indonesia***, Cet. 5, (Jakarta: PT. Radja Grafindo Persada, 1993)
- , ***Hukum Keluarga dalam Masyarakat Kontemporer***, Makalah untuk Seminar Nasional: Pengadilan Agama sebagai Peradilan Keluarga dalam Masyarakat Modern, di jakarta, Kerjasama Fakultas ukum Universitas Indonesia dengan Pusat Ikatan Hakim Peradilan Agama. Tahun 1993
- , ***Perkembangan Hukum Islam di Indonesia (Selayang Pandang)***, Makalah untuk Pertemuan Tokoh/Pemuka Agama se DKI Jakarta, 21 Agustus 1993
- , "Pengembangan Hukum Islam dan Yurisprudensi Peradilan Agama ", ***Mimbar Hukum No. 12 Thn V 1994***
- , " Pengembangan Hukum Materii Peradilan Agama ", ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994***
- , "Hukum Islam dalam Negara Republik Indonesia", ***Mimbar Hukum No. 29 Thn. VII 1996***
- , ***Agama Islam***, Cet. Keenam (Jakarta: Koordinatorat MKDU Agama Universitas Indonesia)
- Muhammad Abduh, Thahir al-Thanawi (ed), ***Al-Islam Din al-'Ilm***

wal-Madaniah, (Kairo: al-Tarit bil-Islam, 1964).

Muhammad Bahrul Ilmie, “ Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam Kontekasi Politik Hukum Nasional”, dalam **Mimbar Hukum No. 24 Thn. VII, 1996**

Muhammad Muslehuiddin, **Filsafat Hukum Islam**, (Yogyakarta: Tiara Wacana, 1991).

Muhammad Rasyid Rida, **Tafsir al-Qur’an al-Karim asy-Syahir bi Tafsir al-Manar**, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t).

Muhammad Tahir Azhari, **Negara Hukum**, Cet. 1 (Jakarta: Bulan Bintang, 1992)

Muhammad Tahir ibn Asyur, **At-tahrir wa at- Tanwir**, (Tunis: Dar at-Tunisiyah, t.t).

Muhsin, **Masa Depan Hukum Islam di Indonesia**, (Jakarta: Penerbit IBLAM, Cet. 1, 2004)

Mukhtar Zamzami, “ Pembaharuan Hukum Keluarga dalam Perspektif Politik Hukum Islam di Indonesia”, dalam **Mimbar Hukum dan Peradilan No. 68 Pebruari 2009**

Munawir Sjadali, “Makna Undang-undang No. 7 tahun 1989 dan Kompilasi Hukum Islam Bagi Pembangunan Hukum Islam di Indonesia”, dalam **Mimbar Hukum No. 17 Thn. V 1994**

-----, **Kontekstualisasi Ajaran Islam**, (Jakarta: Paramadina, 1995).

Noul J. Coulson, **A History of Islamic Law**, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1964, hal. 181-217.

Nurcholish Madjid, **Islam Agama Kemanusiaan**, (Jakarta: Paramadina, 1995).

-----, **Islam Doktrin dan Peradapan**, (Jakarta: Paramadina, 1995).

-----, *Islam Kerakyatan dan Keindonesiaan*, (Bandung: Mizan, 1995).

Padmo Wahjono, "Budaya Hukum Islam dalam Perspektif Pembentukan Hukum di Masa datang", *Mimbar Hukum No. 3 Thn II 1991*

Putusan Pengadilan Agama Jakarta Pusat: No. 377/Pdt.G/1993/PA-JK, tanggal 4 Nopember 1993 M, bertepatan dengan tanggal 19 Jumadil Awal 1414 H. Jo. **Putusan Pengadilan Tinggi Agama Jakarta:** No. 14/Pdt. G/1994/PTA-JK, tanggal 25 Oktober 1994 M, bertepatan dengan tanggal 20 Jumadil Awal 1415 H. Jo. **Putusan Mahkamah Agung RI:** No. 368.K/AG/1995, tanggal 16 Juni 1998.

Putusan Pengadilan Agama Mataran: No. 85/Pdt. G/92/V/PA. MTR, tertanggal 5 Nopember 1992 M, bertepatan tanggal 10 Jumadil Awal 1413 H, Jo. **Putusan Pengadilan Tinggi Agama Mataran:** No. 19/Pdt. G/1993/PTA. MTR, tanggal 15 September 1993 M, bertepatan dengan tanggal 28 Rabiul Awal 1414 H, Jo. **Putusan Mahkamah Agung RI:** No. 86 K/AG/194, tanggal 28 April 1995.

Rachmad Budiono, *Pembaharuan Hukum Kewarisan di Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999).

Rifyal Ka'bah, "Kodifikasi Hukum Islam Melalui Perundang-undangan Negara di Indonesia", dalam *Suara Uldilag Vol. II No. 5 September 2004*

Roihan A. Rasyid, " Hukum Kasus dan Hukum dalam Fungsi Mengatur (Terapannya di Pengadilan Agama", dalam *Mimbar Hukum No. 19 Thn. VI 1995*

Ronny Hanityo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Cet. 1 (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982)

Said Busthami Muhammad, *Mafhum Tajdid al-Din*, (Kuwayt:

Dar al-Da'wah, 1984).

- Satjipto Rahardjo, "Pengadilan Agama sebagai Pengadilan Keluarga", dalam ***Mimbar Hukum No. 10 thn. IV 1993***
- Satria Efendi M. Zein, ***Pengkajian dan Pengembangan Metodologi Hukum Fikih Islam***, Makalah dalam Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, Semarang, 16 – 18 Oktober 1990
- , Memahami al-Qur'an sebagai Sumber Hukum, ***Pesantren No. 1/Vol. VIII/1991***
- , "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993***
- , "Ijtihad dan Hakim Peradilan Agama", ***Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993***
- , "Pendidikan Syari'ah di IAIN dan Pembinaan Sikap Independen dalam hukum Islam", dalam ***Mimbar Hukum No. 11 Thn. IV 1993***
- , ***Aliran-aliran Pemikiran Hukum Islam***, Bahan Kuliah, (Jakarta: Pascasarjana UI, 1994)
- , "Analisis Fiqh", dalam ***Mimbar Hukum No. 30 Thn. VIII 1997***
- Sayid Sabiq, ***Fiqh Sunnah***, (Bandung: al-Ma'arif, 1987).
- Sayuti Thalib, ***Asas-asas Hukum Nasional yang Sejalan dengan Asas-asas Hukum Islam***, Makalah dalam Seminar Asas-asas Hukum Nasional oleh BPHN, Departemen Kehakiman di Jakarta, 18 – 20 Januari 1989
- Sjechul Hadi Permono, " osialisasi Inspres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, dalam ***Mimbar Hukum No. 5 Thn. III 1992***
- Soetandyo Wignyosoebroto, ***Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya***, (Jakarta: Lembaga Studi dan

Advokasi Masyarakat, 2002)

Solah Abdul Qadir al-Bakri, ***Islam Sege nap Umat Manusia, Tinjauan Mengenai Beberapa Segi dalam Hukum Islam***, Terjemahan oleh Hasanuddin, Cet. 1, (Jakarta: Litera Antar Nusa, 1989)

Sri Wahyuni, "Politik Hukum Islam di Indonesia (Studi terhadap Legislasi Hukum Islam (KHI)", dalam ***Mimbar Hukum No. 59 Thn. XIV 2005***

Subhi Mahmassani, ***Falsafah at-Tasri' fi al-Islam***, (Beirut: Dar al-Ilm li Malayin, 1961).

-----, ***Arkan Huquq al-Insan***, (Beirut: Dar al-Ilm li Malayin, 1979).

Sudikno Mertokusumo, ***Hukum Acara Perdata Indonesia***, (Yogyakarta: Liberty, 1985).

Sudirman Tebba, (ed), ***Perkembangan Mutakhir Hukum Islam di Asia tenggara***, (Bandung: Mizan, 1993).

Sukris Sarmadi, ***Transsedensi Keadilan Hukum Waris Islam Transformatif***, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997).

Sulaiman Rasyid, ***Fiqh Islam***, (Jakarta: at-Tahiriyah, t.t).

Suparman Usman dan Yusuf Somawinata, ***Fiqh Mawaris, Hukum Kewarisan Islam***, Cet. Pertama, (Jakarta, Gaya Media: 1977)

Susiknan Azhari, "Pemikiran Riffat Hassan (Studi tentang Isu Kesetaraan dan Implikasinya dalam Kewarisan)", ***Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998***

Suwardi, Aktualisasi Hukum Islam dan Pluralisme Agama, Tesis, (Semarang: Magister Ilmu Hukum Unissula, 2006)

Syamsuhadi Irsyad, "Menegakkan Citra Hukum", dalam ***Mimbar Hukum No. 39 Thn. IX 1998***

- Syamsul Anwar, *Studi Hukum Islam Kontemporer*, Cet. 1, (Yogyakarta: Cakrawala Prees, 2006)
- Syamsulhadi Irsyad, “ Politik Hukum Nasional dan Jalur-jalur Kontribusi Hukum Islam”, *Mimbar Hukum No. 29 Thn. VII 1996*
- T.M. Shiddieqy, *Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1975).
- , *Fiqh Mawaris*, (Semarang: Pustaka Riski Putra, 1997).
- Tahir Azhary, “ Kompilasi Hukum Islam sebagai Alternatif: Suatu analisis Sumber-sumber Hukum Islam “, dalam *Mimbar Hukum No. 4 Thn. II 1991*
- , “Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia”, *Mimbar Hukum No. 10 Thn. IV 1993*
- , *Hukum Keluarga dan Kewarisan Islam dalam Masyarakat Modern Indonesia*, Makalah untuk Seminar Nasional: Pengadilan Agama sebagai Pengadilan Keluarga dalam Masyarakat Modern, 31 Juli 1993
- Taufiq, *Ijtihad Hakim Agama*, Makalah Disampaikan Pada Seminar Nasional Hukum Islam dan Perubahan Sosial, di Semarang, Oktober 1990
- , “Lima tahun Undang-undang Peradilan Agama: Beberapa Pemikiran tentang Pengembangan Hukum Materiil dan Tenaga Teknis Peradilan Agama”, dalam *Mimbar Hukum No. 17 thn. V/1994*
- , “Kebijakan-kebijakan Politik Pemerintah Orde Baru mengenai Hukum Islam (Sejarah dan Perkembangannya), *Mimbar Hukum No. 32 Thn VIII 1997*

- , “transformasi Hukum Islam ke dalam Ligeslasi Nasional”, ***Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2000***
- , “Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional”, ***Mimbar Hukum No. 49 Thn. XI 2004***
- , ***Kedudukan Perempuan dalam Kewarisan Islam***, Seminar Nasional oleh Pusat Pengembangan Hukum Islam dan Masyarakat Madani, Bekerjasama dengan Majalah Mimbar Hukum dan Peradilan, Jakarta, 19 Pebruari 2010
- Tim Ditbinbapera, ***Berbagai Pandangan terhadap kompilasi Hukum Islam***, (Jakarta: Yayasan al-Hikmah, 1993).
- Umar Syihab, ***Al-Qur’an dan Kekeyalan Hukum***, Cet. 1, (Semarang: Dina Utama, 1993)
- W. Montgomery, ***Islamic Relevation in the Modern World***, (Edinburgh: University Prees, 1969).
- , ***Titik Temu Islam dan Kresten***, (Jakarta: Gaya Media Pertama, 1996).
- Wahbah az-Zuhaili, ***Al-Qur’an dan Dinamika Kehidupan***, (Yogyakarta: Dinamika, 1996).
- , ***Al-Fiqh al-Islam wa Adillatuh***, (Beirut: Dar al-Fikr, 1989).
- Yahya Harahap, “Pengaruh Hukum Islam dalam Sistem hukum Nasional Indonesia”, ***Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993***
- , “Pengembangan Yurisprudensi tetap (bagian Pertama)”, dalam ***Mimbar Hukum No. 15 Thn. V 1994***
- , “Pengembangan Yurisprudensi Tetap “, ***Mimbar Hukum No. 16 Thn. V 1994***
- Yuhaya S. Pradja, ***Filsafat Hukum Islam***, (Bandung: Piara, 1993).

- Yusuf al-Qardawi, ***Huda al-Islam Fatawa al-Mu'asirah***, (Kairo: Dar al-Afaq al-Gad, 1978).
- , ***Minoritas Non Muslim dan Negara Islam***, (Bandung: Karisma, 1994).
- , ***Sunnah Rasul sebagai Sumber Ilmu Pengetahuan dan Peradaban***, (Jakarta: Gema Insani Prees, 1998).
- Zaenal Abidin Abubakar, "Kompilasi dan Struktur Organesasi Peradilan Agama", oleh Moh. Mahfud dkk. (ed) dalam ***Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia***, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Prees, 1993)
- , "Pengaruh Hukum Islam dalam Sistem Hukum di Indonesia", dalam ***Mimbar Hukum No. 9 Thn. IV 1993***
- Zaini Ahmad Noeh, "Lima Tahun Undang-undang Peradilan Agam (Sebuah Kilas Balik) dalam ***Mimbar Hukum No. 17 Thn. 1994***
- , "Kepustakaan Jawa sebagai Sumber Sejarah Perkembangan Hukum Islam", di dalam Amrulah Ahmad (ed), ***Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional***, Cet. 1, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996)
- Zainuddin Ali, ***Pelaksanaan Hukum Kewarisan Islam di Kabupaten Donggala***, (Disertasi Doktor Universitas Indonesia, Jakarta, 1995)
- Zakiah Daradjat, ***Ilmu Fiqh***, (Yogyakarta: Dana Vakti Wafaf, 1995).
- Zarkowi Soejoeti, " Sejarah Penyusunan Kompilasi Hukum Islam di Indonesia", dalam Moh. Mahfud dkk. (ed), ***Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia***, Cet. 1 (Yogyakarta: UII Press, 1993)