**PEMBAGIAN WASIAT WAJIBAH BAGI ORANG YANG BERBEDA AGAMA DALAM PERSPEKTIF FIQH SYAFI’I(STUDI**

**KASUSPUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI**

**NO. 51K/AG/1999)**

**SKRIPSI**

Diajukan Untuk Melengkapi Tugas-tugas dan Memenuhi

Syarat-syarat Untuk mencapai Gelar Sarjana

Strata Satu (S.1)dalam Ilmu Syari’ah

Jurusan Ahwalus Saksiyah

IAIN Sumatera Utara

**Oleh :**

**ISKANDAR LUBIS**

**NIM. 210909146/S**

****

**FAKULTAS SYARI’AH DAN EKONOMI ISLAM**

**INSTITUT AGAMA ISLAM NEGERI**

**SUMATERA UTARA**

**MEDAN**

**2013**

**PEMBAGIAN WASIAT WAJIBAH BAGI ORANG YANG BERBEDA AGAMA DALAM PERSPEKTIF FIQH SYAFI’I(STUDI**

**KASUSPUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI**

**NO. 51K/AG/1999)**

**Oleh;**

**ISKANDAR LUBIS**

**NIM. 210909146/S**

Menyetujui;

PEMBINBING I PEMBIMBING II

**Dr. Akmaluddin Syahputra, S.Ag, M.HumNoor Azizah, SH, M.Hum**

**NIP. 19751117 200501 1 004 NIP. 19740829 200501 2 004**

Mengetahui;

Ketua Jurusan

Ahwalus Syaksiyah

**Drs. Azwani Lubis, M.Ag**

**NIP. 19670307 199403 1 003**

# KATA PENGANTAR

Puji dan syukur penulis ucapkan kehadirat Allah SWT, yang telah melimpahkan rahmat-Nya serta salawat dan salam kepada Nabi Muhammad SAW yang telah diutus Allah kepermukaan bumi ini untuk menempa kepribadian manusia dari kesesatan kepada jalan yang diridhoi-Nya.

Skripsi ini berjudul “PEMBAGIAN WASIAT WAJIBAH BAGI ORANG YANG BERBEDA AGAMA DALAM PERSPEKTIF FIQH SYAFI’I(STUDI KASUS PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI NO. 51K/AG/1999)”, penulis susun untuk melengkapi tugas-tugas dan memenuhi syarat-syarat dalam mencapai Gelar Sarjana Hukum Islam (S.H.I.) pada Fakultas Syari’ah dan Ekonomi Islam IAIN Sumatera Utara Medan.

Dalam penyelesaian skripsi ini, penulis banyak menemui kendala, terutama dalam mengumpulkan bahan-bahan bacaan dan minimnya khazanah ilmu yang penulis miliki, serta kemampuan yang masih terbatas. Namun berkat motivasi yang diberikan rekan-rekan sejawat serta pengarahan dari berbagai pihak, terutama kepada pembimbing dan akhirnya kesulitan-kesulitan dapat diatasi dengan baik. Karena itu, penulis menyampaikan ucapan terima kasih kepada yang terhormat Bapak Dekan, Ketua Jurusan dan seluruh Dosen Fakultas Syari’ah dan Ekonomi Islam IAIN Sumatera Utara Medan.

Kemudian penulis, mengucapkan terima kasih kepada Bapak Dr. Akmaluddin Syahputra, S.Ag, M.Humsebagai pembimbing I dalam penulisan skripsi ini, serta IbuNoor Azizah, SH, M.Hum, sebagai pembimbing II. Keduanya telah banyak meluangkan waktu untuk membimbing dan mengarahkan skripsi ini, sehingga terwujud dengan baik. Kiranya Allah Swt membalas kebaikan mereka.

Ucapan terima kasih teristimewa penulis sampaikan kepada ayahanda Syamsir Lubis dan ibunda Rahimah (Almarhumah) yang telah banyak berkorban sejak dari kecil hingga kini untuk keberhasilan putranya.

Penulis juga mengucapkan terima kasih kepada abang dan adik-adik penulis dan sahabat-sahabatku, yang telah banyak membantu sehingga dapat menyelesaikan pendidikan di Fakultas Syari’ah dan Ekonomi Islam IAIN Sumatera Utara Medan. Penulis akhirnya mendo’akan, agar mereka mendapat balasan dari Allah Swt.

Akhirnya dengan mengharapkan ridha Allah Swt, semoga skripsi ini ada manfaatnya bagi penulis dan bagi masyarakat Islam pada umumnya, seraya penuh berharap agar para pembaca mengoreksi serta memberi kritik yang bersifat positif konstruktif.

Medan, Agustus 2013

 Penulis

**ISKANDAR LUBIS**

**NIM. 210909146/S**

**DAFTAR ISI**

halaman

**Lembar Persetujuan i**

**Lembar Pengesahan ii**

**Ihktisar iii**

**Kata Pengantar iv**

**Daftar Isi v**

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah 1

B. Permasalahan 8

C. Tujuan Penelitian 8

D. Manfaat Penelitian 9

E. Kerangka Tiori 10

F. Metode Penelitian 19

G. Sistematika Pembahasan 21

BAB II PENDAPAT IMAM SYAFI’I TENTANG WASIAT WAJIBAH

A. Biografi Imam Syafi’i 23

 1. Pengertian Tirkah 20

 2. Hak-hak yang Berkaitan dengan Tirkah 25

 3. Sebab-sebab Mewarisi 27

 4. Syarat dan Halangan Mewaris 29

B. Konsep Wasiat Wajibah Menurut Imam Syafi’i 30

BAB III TINJAUAN UMUM TENTANG WASIAT WAJIBAH

A. Pengertian Wasiat Wajibah 36

B. Wasiat Wajibah Dalam Perspektif Fqih 40

C. Wasiat Wajibah Dalam Perspektif KHI 43

D. Kelompok Yang Berhak Menperoleh Wasiat Wajibah 56

BAB IV ANALISA PUTUSAN MAKAMAH AGUNG RI NO 51K/AG/1999

1. Wasiat Wajibah Kepada Saudara Kandung Non Muslim Menurut Keputusan Makamah Agung RI No. 51K/AG/1999 59
2. Analisa Putusan Makamah Agung RI No. 51K/AG/1999 80
3. Perkembangan Hukum Islam Di Indonesia Berdasarkan Putusan Makamah Agung No. 51K/AG/1999 98
4. Kedudukan Yurisprudensi Dalam Pembentukan Hukum 114

BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan 119

B. Saran 120

DAFTAR PUSTAKA

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

DAFTAR WAWANCARA

**BAB I**

**PENDAHULUAN**

1. **Latar Belakang**

Salah satu penghalang tidak saling mewarisi menurut hukum waris Islam adalah perbedaan agama antara pewaris dengan ahli waris. Penghalang mewarisi ialah keberadaan penghalang yang menggugurkan hak seseorang untuk mewarisi harta peninggalan. Namun ketiadaan penghalang bukan berarti harus memberikan hal waris kepada seseorang. Dengan kata lain, yang dimaksud dengan penghalang-penghalang mewarisi ialah tindakan atau hal-hal yang dapat menggugurkan hak seseorang untuk mewarisi harta peninggalan setelah adanya sebab-sebab mewarisi.

Ahli waris yang dilarang mendapatkan hak waris adalah seseorang (ahli waris) yang mempunyai sebab mewarisi, tetapi ia melakukan tindakan yang dapat menggugurkan kelayakan mewarisi. Seperti karena ia pembunuh atau sebab berbeda agama. Orang semacam ini disebut sebagai orang yang diharamkan mendapatkan warisan, keberadaannya dianggap bagaikan tidak ada, dan dia tidak dapat menghalangi ahli waris yang lainnya.[[1]](#footnote-2)

Penghalang mewarisi terbagi menjadi dua bagian:

1. Bagian yang telah disepakati

Bagian yang telah disepakati para ulama sebagai penghalang-penghalang mewarisi dimasukkan dalam 3 kelompok yaitu:

1. Berlainan agama
2. Perbudakan
3. Pembunuhan
4. Bagian yang diperselisihkan

Para ulama fiqih telah berpendapat bahwa bagian ini merupakan penghalang mewarisi harta peninggalan, namun perselisihannya hanya berada pada penamaan saja. Bagian ini dikelompokkan dalam 2 bagian, yaitu:

1. Yang disepakati sebagai penghalang, namun terjadi perselisihan dalam penamaannya dengan *mani* (penghalang). Penghalang seperti ini adalah *murtad* (keluar dari agama). Para ulama fiqih sepakat bahwa *murtad* merupakan penghalang mewarisi harta peninggalan.
2. Yang diperselisihkan dalam menghalangi mewarisi dan dalam penamaannya sebagai *mani* (penghalang), adalah ketidakjelasan waktu kematian dan berlainan Negara.

Penelitian skripsi ini, hanya memfokuskan tentang berlainan agama yang memperoleh pembagian harta warisan dari orang muslim. Para ahli fiqih telah sepakat berlainan agama antara orang yang mewarisi dengan orang yang mewariskan, merupakan salah satu penghalang dari beberapa penghalang mewarisi.

Dengan demikian *non* muslim tidak bisa mewarisi harta muslim dan seorang muslim tidak dapat mewarisi harta non muslim. Sabda Nabi Muhammad Saw sebagai berikut:

وَعَنْ ابْنِ مَسْعُوْدٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ فِى بِنْتٍ وَبِنْتِ ابْنٍ وَأُخْتٍ (قَضَى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِْلإِبْنَةِ النِّصْفُ وَِلإِبْنَةِ السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثُّلُـثَيْنِ وَمَا بَقِيَ فَلِلْلأُخْتِ). (رواه البخارى و مسلم)

Artinya: Orang Islam tidak punya hak waris atas orang kafir, dan orang kafir tidak punya hak waris atas orang Islam (HR. Bukhari dan Muslim).[[2]](#footnote-3)

Persoalan yang muncul dalam hadits di atas adalah jika pewaris tersebut awalnya beragama *non* muslim, kemudian ia beragama Islam. Tapi, setelah kematian si pewaris tersebut harta peninggalannya belum dibagi-bagikan. Lantas, bagaimana dengan ahli warisnya? Ada beberapa pendapat ulama tentang kedudukan ahli warisnya adalah sebagai berikut:

1. Imam Syafi’I berpendapat terhalang mempusakai, lantaran timbulnya hak mempusakai itu adalah sejak kematian orang yang mempusakakan, bukan saat kapan dimulainya pembagian harta pusaka. Padahal disaat kematian orang yang mewariskan, dia masih dalam keadaan kafir, jadi mereka dalam keadaan berlainan agama.
2. Imam Ahmad berpendapat bahwa pewaris tersebut tidak terhalang mempusakai, sebab predikat “berlainan agama” sudah hilang sebelum pembagian harta pusaka.
3. Fuqaha’ aliran Imamiyah berpendapat bahwa harta peninggalan itu belum menjadi milik ahli waris secara tetap sebelum dibagi-bagikan kepada orang yang bersangkutan. Oleh karena itu ia tak terhalang mempusakai.[[3]](#footnote-4)

Hadits Nabi yang berbunyi:

وَعَنِ الْمِعْدَامِ بْنِ مَعْدِيكَرِبَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُوْلُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الْخَالُ وَارِثُ مَنْ لاَ وَارِثَ لَهُ. (أَخْرَجَهُ أحَمْدُ وَاْلأَرْبَعَةُ سِوَيَ التِّرْمِذِيْ وَحَسَّـنَهُ أَبُوْ زُرْعَةَ الرَّازِيْ وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ وَابْنُ حِبَّانَ)

Artinya: Tidak dapat saling mewarisi dua ahli waris yang berbeda-beda (HR. Imam Ahmad dan Imam Empat, Kecuali Imam Turmudzi).[[4]](#footnote-5)

Berdasarkan kesimpulan pendapat imam Syafi’I banyak di dukung oleh imam hambali, maliki, dan hanafi berpendapat, bahwa tidak bisa saling mewarisi antara orang islam dengan orang kafir. Allah Swt berfirman:

..... .....

Artinya: “…..Tidak ada sesudah kebenaran itu, melainkan kesesatan…..” (QS. Yunus: 32)

Hal ini dikarenakan tentang warisan antara orang tua dan anak ataupun sebaliknya, sudah disebutkan di dalam kitab Allah secara umum (baik Taurat, Injil, Jabur maupun Al-Qur’an). Dengan demikian tidak sesuatupun yang ditinggalkan melainkan sesuatu yang dikecualikan oleh syariat. Adapun sesuatu yang tidak dikecualikan oleh syari’at tetap berada pada keumuman.[[5]](#footnote-6)

Pengalaman dari keumuman hadits di atas, bila seseorang mati meninggalkan anak laki-laki yang non muslim dari paman yang muslim, niscaya harta peninggalan si mayit semuanya diberikan untuk paman, sehingga anak laki-laki yang *non* muslim tidak mendapatkan apa-apa dari warisan ayahnya. Begitu juga, bila seorang *non* muslim meninggalkan anak laki-laki yang muslim dan paman yang *non* muslim, maka seluruh harta peninggalan diwariskan kepada paman yang *non* muslim, dan anak laki-laki si mayit yang muslim tidak mendapatkan apa-apa dari harta peninggalan ayahnya karena berlainan agama, antara anak dan orang tua.

Para ahli fiqh bersepakat bahwasanya *non* muslim dapat saling mewarisi satu sama lain ketika mereka berada pada satu kepercayaan, misalnya mereka sama-sama beragama Nasrani. Hal ini berdasarkan sabda Nabi Saw: *“Orang Islam tidak boleh mewarisi harta orang kafir”,* hadits ini memiliki arti bahwa non muslim dapat saling mewarisi satu sama lain. Hukum ini merupakan ketetapan kebanyakan ahli fiqh.[[6]](#footnote-7)

Ahli waris *non* muslim dapat saja menikmati harta warisan muslim dengan cara pemberian wasiat wajibah. Seperti kasus sengketa warisan yang telah diputus oleh Mahkamah Agung RI No. 51K/AG/1999.

Hanya, Amar putusan tersebut di atas menimbulkan kontroversi karena tidak ada satu dalil *(nash)* yang mengatur tentang pemberian wasiat wajibah bagi orang yang berbeda agama. Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) saja tidak ada mengatur tentang wasiat wajibah bagi orang yang berbeda agama. Wasiat wajibah yang terdapat dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam yang mengatur tentang anak angkat dan orang tua angkat, yang bunyinya adalah sebagai berikut:

1. Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan Pasal 176 sampai dengan 193 tersebut di atas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan anak angkatnya.
2. Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.[[7]](#footnote-8)

Anak angkat dan orang tua angkat dalam KHI tersebut di atas seimbang dengan kedudukan pergantian tempat dalam KHI Pasal 185, yang bunyinya sebagai berikut:

1. Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya. Kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173.
2. Bagian bagi ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.[[8]](#footnote-9)

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis melakukan penelitian sesuai dengan latar belakang tersebut, untuk mengkaji dasar-dasar hukum tentang pembagian harta warisan saudara kandung yang muslim kepada *non* muslim dalam putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dengan judul penelitian: “Pembagian Wasiat Wajibah Bagi Orang Yang Berbeda Agama Dalam Perspektif Imam Syafi’i (Studi Kasus Putusan Mahkamah Agung RI No. 51K/AG/1999).

1. **Permasalahan**

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka permasalahan (problem) yang dirumuskan untuk dapat dilakukan pembahasan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Dapatkah diberlakukan wasiat wajibah bagi orang yang berbeda agama dalam Hukum Islam dan KHI?
2. Berapakah bagian harta pewaris yang dapat diterima melalui wasiat wajibah untuk orang yang berbeda agama?
3. Bagaimana keputusan Makamah Agung dalam mengabulkan permohonan waris yang berbeda agama?
4. **Tujuan Penelitian**

Sehubungan dengan permasalahan yang akan dikaji, maka yang menjadi tujuan penelitian skripsi ini adalah:

1. Untuk mengetahui dasar hukum wasiat wajibah yang membenarkan saudara kandung non muslim memperoleh harta dari pewaris yang muslim dalam hukum Islam dan KHI.
2. Untuk mengetahui besarnya bagian harta warisan yang diperoleh bagi saudara kandung non muslim melalui wasiat wajibah.
3. Untuk mengetahui bagaimana keputusan Makamah Agung dalam mengabulkan permohonan waris yang berbeda agama?
4. **Manfaat Penelitian**

Melalui penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat, secara teoritis dan secara praktis.

1. Secara teoritis

Secara teoritis, diharapkan dengan adanya pembahasan mengenai pembagian harta warisan orang yang berbeda agama dalam perspektif hukum Islam, setidaknya skripsi ini dapat menambah wawasan berfikir dan kajian pembaca mengenai aturan dan besarnya bagian warisan terhadap saudara kandung yang sudah berbeda agama.

1. Secara praktis

Secara praktis, penelitian ini diharapkan dapat menjadi bahan masukan, ataupun setidaknya menjadi bahan acuan bagi para hakim, ulama, cendikiawan muslim dalam menyelesaikan perselisihan mengenai pembagian harta warisan terhadap saudara kandung yang berbeda agama dalam kaitannya dengan Kompilasi Hukum Islam.

1. **Kerangka Teori**

Para ahli waris yang mempunyai hak waris dari seseorang yang meninggal dunia, baik yang ditimbulkan melalui hubungan turunan *(zunnasbi),* hubungan periparan *(asshar)*, maupun hubungan perwalian *(mawali)*. Hal ini dapat dikelompokkan menjadi dua golongan, yaitu:

1. Golongan yang hak warisnya mengandung kepastian, berdasarkan ittifaq oleh para ulama dan sarjana hukum Islam.
2. Golongan yang hak warisnya masih diperselisihkan *(ikhtilaf)* oleh para sarjana hukum Islam.

Dari keseluruhan ahli waris, sebagian mempunyai bagian *(fardh)* tertentu, yakni bagian yang sudah ditentukan kadarnya, mereka disebut ahli waris *ashabul furudh*, sebagaian lainnya tidak mempunyai bagian tertentu, tetapi mereka menerima sisa pembagian setelah diambil oleh ahli waris *ashabul furudh*, mereka disebut ahli waris *ashabah*.

Golongan ahli waris yang masih diperselisihkan hak warisnya adalah keluarga terdekat *(Dzul Arham)*, yang tidak disebutkan dalam al-Qur’an tentang bagiannya *(faradh)*, ataupun tentang *‘ushbat*. Mereka dikenal dengan sebutan ahli waris *dzawil al-arham.*

Anak laki-laki berhak menerima warisan dari orang tuanya sebagaimana anak perempuan juga berhak menerimanya. Misalnya, kandungan Pasal 174 ayat (1) KHI dinyatakan bahwa ayah, anak laki-laki, paman dan kakek (golongan laki-laki) juga ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek (golongan perempuan) adalah kelompok ahli waris karena hubungan darah yang sama-sama mewarisi. Dengan demikian tidak ada diskriminasi jenis kelamin dalam hukum kewarisan Islam yang Kewarisan Islam dalam KHI.[[9]](#footnote-10)

Ahli waris yang telah disepakati hak warisnya, dapat memperoleh warisan jika memenuhi syarat warisa, sebagai berikut:

1. Pewaris benar-benar telah meninggal, atau dengan keputusan hakim dinyatakan telah meninggal; misalnya, orang yang tertawan dalam peperangan dan orang hilang yang telah lama meninggalkan tempat tanpa diketahui hal ihwalnya.
2. Ahli waris benar-benar masih hidup ketika pewaris meninggal, atau dengan keputusan hakim dinyatakan masih hidup pada saat pewaris meninggal.
3. Benar-benar dapat diketahui adanya sebab warisan pada ahli waris, atau dengan kata lain, benar-benar dapat diketahui bahwa ahli waris bersangkutan berhak waris.
4. Tidak terdapat penghalang warisan. Penghalang warisan yang dimaksud adalah berbeda agama, membunuh, serta menjadi budak orang lain.

Menurut al-Qurthubi (1967: 262), artinya:

……..ayat tersebut adalah mahkamah, lahir ayat adalah umum, dan artinya khusus bagi waladin dan aqrabin yang tidak menerima warisan, seperti keduanya kafir atau hamba sahaya, dan bagi kerabat yang tidak mendapatkan warisan.[[10]](#footnote-11)

Suparman Usman mengemukakan bahwa:

Waladin dan *Aqrabin* yang terkena *mawani’ul irtsi* karena kafir dan hamba sahaya masih dapat menerima harta warisan melalui wasiat wajibah, sedangkan mereka yang terkena *mawani’ul irtsi* karena pembunuhan tidak berhak menerimanya.[[11]](#footnote-12)

Berdasarkan uraian di atas, yang berhak menerima wasiat wajibah adalah mereka yang tidak mendapatkan harta peninggalan, baik karena *dzawil ahram* dan *mahjub* yang orang tuanya atau *mudlabih*nya telah meninggal lebih dahulu dari pewaris; maupun karena *mahrun* (kecuali pembunuh).

Sejak Putusan Mahkamah Agus Nomor 51K/AG/1999, ketentuan wasiat wajibah sudah mulai dilaksanakan oleh umat Islam di Indonesia. Hal ini dapat dilihat dari kenyataan yang berkembang di tengah-tengah masyarakat yang menunjukkan bahwa ketentuan wasiat wajibah mulai memasyarakat. Wasiat wajibah menurut Undang-undang wasiat Mesir Nomor 71 Tahun 1946 tersebut telah dikodifikasi kedalam Kompilasi Hukum Islam dalam Pasal-pasal tertentu seperti tentang anak angkat dan penggantian tempat.

Syaid Sabiq sebagaimana dikutip oleh Drs. Chairuman Pasaribu dan Suhrawardi K. Lubis mengemukakan pengertian wasiat itu adalah pemberian seorang kepada orang lain, baik berupa barang, piutang, ataupun manfaat untuk dimiliki oleh orang yang diberi wasiat setelah yang diberi wasiat meninggal dunia. Menurut ketentuan hukum Islam, bagi seseorang yang merasa dekat ajalnya dan ia meninggalkan harta yang cukup (apalagi banyak) maka diwajibkan kepadanya untuk membuat wasiat bagi kedua orang tuanya (demikian juga bagi kerabat yang lainnya), terutama sekali apabila ia telah pula dapat memperkirakan bahwa harta mereka (kedua orang tuanya dan kerabatnya) tidak cukup untuk keperluan mereka.

Menyangkut pelaksanaan wasiat ini harus memenuhi persyaratan sebagai berikut:

1. Ijab kabul
2. Ijab kabul harus tegas dan pasti
3. Ijab kabul harus dilakukan oleh orang yang memenuhi persyaratan untuk itu
4. Ijab dan kabul tidak mengandung ta’liq……….[[12]](#footnote-13)

Ketentuan Al-Qur’an dan Hadits sebagaimana dikemukakan di atas, yang jelas tergambar bahwa tidak mesti ada Kabul (penerimaan) dari pihak penerima wasiat, hal tersebut dapat dipahamkan dari ungkapan hadits yang berbunyi: *“Hak bagi seorang muslim yang mempunyai sesuati yang hendak diwasiatkan, sesudah bermalam selama dua malam”,* hal ini dipertegas lagi oleh ungkapan Umar: *“Tidak berlalu bagiku satu malampun sejak aku mendengar Rasulullah Saw, mengucapkan hadits itu kecuali wasiatku selalu berada disisiku”.*

Menurut pandangan ilmu hukum, bahwa wasiat merupakan perbuatan hukum sepihak (merupakan pernyataan sepihak), jadi dapat saja wasiat dilakukan tanpa dihadiri oleh penerima wasiat, dan bahkan dapat saja dilakukan dalam bentuk tertulis. Bahkan dalam praktiknya dewasa ini, untuk menghindari terjadinya hal-hal yang tidak dikehendaki dibalakang hari, sering wasiat itu dilakukan dalam bentuk akta authentik, yaitu diperbuat secara notarial, apakah dibuat oleh atau dihadapan notaris atau disimpan dalam protokol notaris.[[13]](#footnote-14)

Pasal 194 Kompilasi Hukum Islam Indonesia menyebutkan persyaratan-persyaratan yang harus dipenuhi dalam pelaksanaan pewasiatan tersebut adalah sebagai berikut:

1. Orang yang telah berumur sekurang-kurangnya 21 tahun, berakal sehat, dan tanpa danya paksaan dapat mewasiatkan sebagian harta bendanya kepada orang lain atau lembaga.
2. Harta benda yang diwasiatkan harus merupakan hak dari pewasiat.
3. Pemilikan terhadap harta benda seperti dimaksud dalam ayat (1) pasal ini baru dapat dilaksanakan sesudah pewasiat meninggal dunia.[[14]](#footnote-15)

Menyangkut persyaratan yang harus dipenuhi dalam pelaksanaan pewasiatan dalam Pasal 195 KHI sebagai berikut:

1. Wasiat dilakukan secara lisan dihadapan dua orang saksi, atau tertulis dihadapan dua orang saksi, atau dihadapan notaris.
2. Wasiat hanya diperbolehkan sebanyak-banyaknya sepertiga dari harta warisan kecuali apabila semua ahli waris menyetujui.
3. Wasiat kepada ahli waris hanya berlaku bila disetujui oleh semua ahli waris.
4. Pernyataan persetujuan pada ayat (2) dan (3) pasal ini dibuat secara lisan dihadapan dua orang saksi atau tertulis dihadapan dua orang saksi atau dihadapan Notaris.[[15]](#footnote-16)

Orang yang berhak menerima wasiat wajibah adalah mereka yang tidak mendapatkan bagian harta warisan dari pewaris. Sedangkan mereka yang mendapatkan bagian dari harta peninggalan pewaris tidak berhak untuk menerima wasiat wajibah tersebut. Mengenai yang tidak mendapatkan warisan seperti dikemukakan di atas masih bersifat umum.

Faktor-faktor yang menyebabkan mereka tidak mendapatkan warisan adalah karena:

1. Terkana *mawani’ul irtsi* seperti perbudakan, pembunuhan dan perbedaan agama.
2. Terkena *hijab* yakni karena ada ahli waris lain ia tidak menerima warisan.
3. Termasuk kelompok *dzawil arham*, yaitu setiap kerabat yang tidak termasuk *ashabul furudh atau ashabah.*

Penegasan mengenai yang berhak menerima wasiat wajibah dapat dilihat dari pernyataan Hasanain Muhammad Makhluf (1958: 21) mengatakan:

“…..maka wajiblah wasiat bagi kedua orang tua apabila keduanya tidak menerima warisan, misalnya ada perbedaan agama. Demikian pula bagi kerabat yang tidak menerima warisan, seperti karena hamba sahaya, kufur, atau terhijab untuk menerima warisan, yaitu dari keturunan anak yang meninggal dunia pada saat-saat bapaknya masih hidup”.[[16]](#footnote-17)

Penelitian maupun pembahasan tentang wasiat telah banyak dilakukan oleh para peneliti maupun para pakar dibidang fiqih terdahulu baik dalam bentuk buku yang sekaligus merupakan bagian dari pembahasan fiqih mawaris. Penelitian tentang wasiat wajibah cukup menarik terutama karena berlainan dengan pemikiran sebelumnya dan tidak sejalan dengan fiqih maupun KHI.

Bagian kajian terdahulu yang pembahasannya erat kaitannya dengan judul skripsi ini antara lain, artikel berjudul: Kedudukan Anak Angkat Dalam Warisan (Suatu Telaah Atas Pembaharuan Hukum Islam), yang didalam isinya menguraikan tentang kedudukan anak angkat dalam pembaharuan hukum Islam di Indonesia yang mendapat warisan dengan jalan wasiat wajibah dengan ketentuan besarnya maksimal sepertiga dari harta warisan. Ketentuan ini diberikan apabila sebelumnya si pewaris tidak melakukan wasiat terhadap anak atau orang tua angkatnya tersebut. Produk hukum seperti ini adalah merupakan pembaharuan hukum Islam di Indonesia.[[17]](#footnote-18)

Beberapa penelitian dan tulisan di atas nampak belum ada penelitian yang membahas tentang wasiat wajibah kepada ahli saudara kandung non muslim.

1. **Metode Penelitian**
2. **Spesifikasi Penelitian**

Penelitian ini dilakukan dengan metode penelitian normatif, karena skripsi ini didukung oleh data yang diperoleh dari kepustakaan dengan jalan mengumpulkan data skunder baik berupa bahan hukum primer, bahan hukum skunder dan bahan hukum tertier.

Berdasarkan rumusan permasalahan dan tujuan penelitian, maka dapat dilihat bahwa sifat penelitian adalah deskriptif. Penelitian yang bersifat diskriptif merupakan suatu penelitian yang menggambarkan, menalaah, menjelaskan dan menganalisis suatu peraturan hukum baik dalam bentuk baik dalam bentuk teori maupun praktek pelaksanaannya.[[18]](#footnote-19)

1. **Sumber Data**

Sumber data yang digunakan dalam penelitian ini bertujuan untuk memperoleh informasi-informasi serta pemikiran konseptual dari penelitian pendahulu baik berupa peraturan perundang-undangan dan karya ilmiah lainnya. Sumber data tersebut terdiri dari:

1. Bahan hukum primer adalah bahan hukum yang terdiri dari aturan hukum yang berbeda terdapat pada berbagai perangkat hukum atau peraturan perundang-undangan berkaitan dengan ahli waris dan pembagian warisan terhadap saudara kandung yang berbeda agama.
2. Bahan hukum skunder adalah bahan-bahan mengenai bahan hukum primer, berupa hasil penelitian para ahli, hasil karya ilmiah, buku-buku ilmiah, buku-buku fiqih yang berhubungan dengan penelitian ini.
3. Bahan hukum tertier adalah meliputi dari kamus hukum warisan, buku tafsir al-Qur’an serta artikel-artikel, baik yang berdasarkan *civil law* maupun *common law* yang bertujuan untuk mendukung bahan hukum primer dan skunder.
4. **Alat Pengumpulan Data**

Peneliti melakukan pengumpulan data dengan studi dokumen, yaitu untuk melakukan penelitian dokumen yang terdapat dalam putusan Mahkamah Agung Nomor 51K/AG/1999.

1. **Analisis Data**

Penelitian ini berusaha untuk mendeskripsikan dan menganalisa secara kritis dan mendalam tentang wasiat wajibah untuk saudara kandung non muslim dalam posisi hukum waris Islam dan hukum positif di Indonesia dengan pendekatan penelitian perbandingan hukum. Berdasarkan metode ini, maka penulis untuk melakukan penelitian skripsi dengan membandingkan antara konsep wasiat wajibah dalam Hukum Islam, KHI dan yurisprudensi Mahkamah Agung.

1. **Sistimatika Pembahasan**

Dalam sistematika penelitian ini menjadi sisitematis sesuai dengan alur berpikir ilmiah, maka dibutuhkan sistematika pembahasan yang tepat. Adapun sistematika pembahasan dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

Bab Kesatu, pendahuluan, berisi tentang latar belakang masalah, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka tiori, hipotesis sementara, metode penelitian, dan yang terakhir sistematika pembahasan.

Bab Kedua, landasan teori, Konsep wasiat dalam fiqh, arti, dasar hukum, dan kedudukan wasiat.

Bab Ketiga, berisi tentang wasiat wajibah dalam fiqh, pengertian, dasar hukum, dan orang yang berhak menerima wasiat wajibah.

Bab Keempat, analisis putusan makamah agung RI no. 51 k/ag/1999, wasiat wajibah kepada saudara kandung non muslim menurut putusan makamah agung RI no. 51 k/ag/1999.

Bab Kelima merupakan bab terakhir yang memuat tentang kesimpulan dan saran.

**BAB II**

**PENDAPAT IMAM SYAFI’I TENTANG WASIAT WAJIBAH**

**A. Biografi Imam Syafi’i**

Imam Syafi’i merupakan mujtahid dibidang fiqih dan salah seorang dari empat imam mazhab yang terkenal dalam Islam. Ia hidup dalam masa pemerintahan khalifah Harun ar-Rasyid, al-Amin, dan al Ma’mun dari Dinasti Abbasiah.[[19]](#footnote-20) Nama lengkap Imam Syafi’i adalah Muhammad Ibn Idris al-‘Abbas Ibn Utsman Ibnu Syafi’i Ibn al-Sa’ib Ibn ‘Ubaid Ibn Abd Yazid Ibn Hasyim Ibn ‘Abd al-Muthalib Ibn ‘Abd Manaf. Ia dilahirkan di Gazza (suatu daerah dekat Palestina) pada tahun 150 H., kemudian dibawa oleh ibunya ke Mekkah, dan ia meninggal di Mesir pada tahun 204 H.[[20]](#footnote-21)

Imam Syafi’i lahir di zaman yang sarat dengan perdebatan antara pengikut Ahlul Hadits dan penganut Ahlur Ra’y, masing-masing fanatik menghadapi lawannya. Di antara penganut Ahlul Hadits (yakni mazhab Imam Malik) ada yang secara mutlak menolak ar-ra’y. Sedangkan di antara pengikut mazhab ar-Ra’y ada yang lemah menghadapi hadits-hadits yang shahih (hadits-hadits shahih atau mutawatir).

23

Zaman itu adalah zaman yang membedakan antara orang alim (ilmuan) dan orang yang menguasai ilmu fiqih (*faqih*). Yang dimaksud dengan “ilmu” pada masa itu adalah hafal al-Qur’an, hadits-hadits, serta pusaka pemikiran dan amalan para sahabat Nabi saw.(*atsar*). Sedangkan yang dimaksud dengan fiqih yaitu penggunaan akal, pikiran, *ijtihad,* pengamatan, dan ketajaman berfikir untuk menggali ketentuan hukum syariat mengenai masalah yang tidak terdapat dalam nash al-Qur’an dan Sunnah. Adakalanya seseorang mempunyai keahlian di kedua bidang tersebut, yakni seorang ilmuan dan sekaligus ahli fiqih. Orang seperti ini termasuk dalam jajaran orang-orang besar.[[21]](#footnote-22)

Pendidikan Imam Syafi’i dimulai belajar membaca Al-Quran. Sejak usia dini ia telah memperlihatkan kecerdasan dan daya fikir hafal yang luar biasa. Dalam usia 9 tahun Imam Syafi’i sudah menghafal seluruh isi al-Qur’an dengan lancar. Setelah dapat menghafal al-Quran, Imam Syafi’i berangkat ke Badui,[[22]](#footnote-23) Banu Hudail, untuk mempelajari bahasa Arab yang asli dan fasih. Di sana, selama bertahun tahun Imam Syafi’i mendalami bahasa, kesastraan, dan adat istiadat Arab yang asli. Berkat ketekunan dan kesungguhanya, Imam Syafi’i kemudian dikenal sangat ahli dalam bahasa Arab dan kesusastraan, mahir dalam membuat syair, serta mendalami adat istiadat Arab yang asli.[[23]](#footnote-24)

Imam Syafi’i adalah figur ulama yang tidak pernah puas dalam menuntut ilmu. Semakin banyak ia menuntut ilmu semakin dirasakannya yang banyak tidak diketahuinya. Ia kemudian meninggalkan Madinah menuju Irak untuk berguru pada ulama besar disana, antara lain Imam Abu Yusuf dan Imam Muhammad bin Hasan. Keduannya adalah sahabat Imam Abu Hanifah (Imam Hanafi). Dari kedua imam itu Imam Syafi’i memperoleh pengetahuan yang lebih luas mengenahi cara-cara hakim memeriksa dan memutuskan perkara, cara memberi fatwa, cara menjatuhkan hukuman, serta berbagai metode yang diterapkan oleh para mufti di sana yag tidak pernah dilihatnya di Hijaz.

Setelah dua tahun di Irak, Imam Syafi’i melanjutkan perjalanannya ke Persia, lalu ke Hirah, Palestina, dan Ramlah, suatu kota Baitulmakdis, dengan satu tujuan yaitu menuntut ilmu pada ulama-ulama terkemuka dan mencari pengalaman. Dari Ramlah ia kembali ke Madinah dan tinggal di sana bersama Imam Malik kurang lebih empat tahun sampai wafatnya Imam Malik.

Aktivitasnya dalam bidang pendidikan dimulai dengan mengajar di Madinah dan menjadi asisten Imam Malik. Waktu itu usianya sekitar 29 tahun. Sebagai ulama fikih namanya mulai dikenal, muridnya pun berdatangan dari berbagai penjuru wilayah Islam. Selain sebagai ulama fikih ia pun dikenal sebagai ulama ahli hadis, tafsir, bahasa dan kesastraan Arab, ilmu falak, ilmu ushul, dan tarikh. Disamping itu, Imam Syafi’i memiliki kemampuan khusus dalam ilmu qiraah. Ia sangat mahir dalam melagukan ayat-ayat al-Quran.

Suaranya yang bagus dan bahasanya yang fasih memukau setiap orang yang mendengarkan bacaanya. Imam Syafi’i kemudian pindah ke Yaman atas undangan Abdullah bin Hasan, wali negeri Yaman. Di sana ia diangkat sebagai penasehat khusus dalam urusan hukum, disamping tetap melanjutkan karirya sebagai guru.[[24]](#footnote-25) Pada tahun 181 H/797 M Imam Syafi’i kembali mengajar di Mekkah.

Selama 17 tahun di Mekkah Imam Syafi’i mengajarkan berbagai macam ilmu agama, terutama kepada jamaah haji yang datang dari berbagai penjuru dunia Islam. Disamping mengajar ia pun banyak menulis terutama mengenai masalah fikih.[[25]](#footnote-26) Pada tahun 198 H/813 M Imam Syafi’i pergi ke Baghdad, yaitu pada masa pemerintahan al-Ma’mun (198-218 H/813-833 M). Sesampainya di sana Syafi’i disambut oleh ulama dan pemuka Baghdad yang telah lama merindukan kedatangannya. Imam Syafi’i diberi tempat mengajar di dalam masjid Bahgdad.[[26]](#footnote-27) Belum cukup setahun mengajar di Baghdad Imam Syafi’I diminta wali negeri Mesir, Abbas bin Musa, untuk pindah ke Mesir. Di Mesir Imam Syafi’i memberi pelajaran di masjid Amr bin As, dengan jumlah murid yang tidak kalah banyaknya dari tempat lain. Ia biasa mengajar mulai pagi sampai zuhur. Selesai shalat zuhur, baru ia pulang ke rumah. Di waktu sore dan malam hari ia memberikan pelajaran di rumah. Di Mesir Imam Syafi’I menyelesaikan beberapa buah buku. Pikiran-pikiran dan hasil ijtihadnya selama tinggal di Mesir inilah yang kemudian dikenal sebagai pendapatpendapat Imam Syafi`i yang baru (*al*-*qaul al*-*jadid*), sedangkan pikiran-pikiran dan hasil ijtihad sebelumya dikenal dengan sebutan *al-qaul al-qadim*, pendapat Imam Syafi’i yang lama.[[27]](#footnote-28)

Sedangkan dalam menuntut ilmu Imam Syafi’i mempelajari berbagai cabang ilmu diantaranya :

1. Dalam bidang fikih Imam Syafi’i berguru kepada Imam Muslim bin Khalid az-Zanni, seorang ulama besar dan mufti di kota Mekkah, sampai memperoleh ijazah berhak mengajar dan memberi fatwa. Kemudian dilanjutkan berguru kepada Imam Malik untuk memperdalam ilmu yang amat diminati.

2. Dalam bidang ilmu al-Qur’an dan Hadits beliau berguru kapada ulama besar yaitu Imam Ismail bin Qastantin. Sedangkan untuk ilmu hadits Imam Syafi’i berguru kepada ulama Hadits yang sangat terkenal di zaman itu, yaitu Imam Sufyan bin Uyainah.[[28]](#footnote-29)

3. Sedangkan dalam bidang bahasa dan sastra Imam Syafi’I mempelajarinya dari Banu Huzail, sehingga Imam Syafi’i tampil sebagai tokoh bahasa yang keahlianya benar-benar mendapat pengakuan secara luas dan dijuluki sebagai *al-imam, al-hujjah* (imam yang memegang otoritas pada bidang nahwu dan bahasa Arab.[[29]](#footnote-30)

**B. Karya-Karya Imam Syafi’i**

Imam Syafi’i adalah profil ulama yang tekun dan berbakat untuk menulis, hal ini menjadikan seseorang yang memiliki kemampuan intelektual dan keilmuan yang kompleks. Sehingga beliau termasuk ulama madzhab yang tergolong produktif dalam menghasilkan banyak karya yang berbentuk kitabkitab.

Di antara kitab-kitab beliau yang sampai ketangan kita, yaitu:

* 1. *Al-Risalah,* suatu kitab yang khusus membahas tentang ushul fiqih dan merupakan kitab pertama yang ditulis ulama tentang ushul fiqih. Di dalam kitab tersebut beliau menguraikan tentang cara-cara ber*istimbat hukum*
	2. *Al-Umm,* sebuah kitab komprehensif di dalamnya memuat masalahmasalah fiqih
	3. *Musnad,* suatu kitab yang berisi hadits-hadits yang dihimpun dari kitab *al-Umm,* di dalam kitab tersebut dijelaskan keadaan setiap sanad hadits.
	4. *Ikhtilaf al-Hadits,* suatu kitab hadits yang menguraikan pendapat Imam Syafi’i tentang perbedaan-perbedaan yang terdapat dalam kitab hadits.

Disamping kitab-kitab yang telah kami sebutkan di atas masih banyak lagi kitab-kitab yang memuat ide-ide Imam Syafi’i dan pemikiran-pemikiran yang belum terbukukan, akan tetapi ditulis oleh para muridnya seperti kitab *al- Hawy al Kabir* karya al-Mawardi

**B. Konsep Wasiat Wajibah Menurut Imam Syafi’i**

Salah satu dari persoalan yang menjadi perdebatan dalam pemikiran hukum Islam adalah kewarisan beda agama, di mana salah satu dari pewaris atau ahli waris tidak beragama Islam. Problematika kewarisan beda agama mencuat ketika relasi muslim dan non muslim didiskusikan dan diwacanakan oleh berbagai golongan. Ada golongan yang memperbolehkan saling mewarisi beda agama, sebagian golongan lagi mengharamkan saling mewarisi beda agama.

Ulama’-Ulama’ termasyhur dari golongan sahabat, tabi’in dan imam-imam madzhab empat yakni Imam Abu Hanifah, Imam Malik, Imam As-Syafi’I dan Imam Ahmad bin Hanbal berpendapat bahwa orang Islam tidak dapat mempusakai orang kafir dengan sebab apa saja. Karena itu suami muslim tidak dapat mewarisi harta istrinya yang kafir kita>biyah, kerabat muslim tidak dapat mewarisi harta peninggalan kerabatnya yang kafir dan tuan pemilik budak yang muslim tidak dapat mewarisi harta peninggalan harta budaknya yang muslim.[[30]](#footnote-31)

Jumhur ‘Ulama tersebut beralasan dengan h}adis\-h}adis\ yang diriwayatkan oleh Usamah bin Zaid

عَنْأسَامَة ابْنِ زَيْدٍ : أنَّ رَسُوْ ل اللهِ صَلَّى اللهُ عَليْهِ وَ سَلَّمَ قا ل لا يَرِ ث اْلمُسْلِمُ اْل كافِرَ وَ لا اْل كافِرُ اْلمُسْلِمَ (رَوَاهُ التُّرْمُذِيّ)

Artinya: Rasulullah bersabda:” Seorang muslim tidak berhak menerima warisan dari seorang kafir dan seorang kafir tidak berhak menerima warisan dari seorang muslim” (H.R. at-Turmud}i dari ‘Usa>mah ibn Zaid).[[31]](#footnote-32)

Mereka juga mengambil dalil dari suatu riwayat yang menerangkan bahwa ketika Abu Talib wafat ia meninggalkan 4 orang anak laki-laki. Yakni: ‘Ali, Ja’far, ‘Uqail dan Talib. ‘Ali dan Ja’far keduanya beragama Islam sedang ‘Uqail dan Talib keduanya orang kafir. Rasulullah membagikan harta pusaka Abu Talib (yang masih dalam kekafiran) kepada ‘Uqail dan Talib, bukan kepada ‘Ali dan Ja’far, dan seraya bersabda:

لايَرِ ث اْلمُسْلِمُ اْل كافِرَ

Artinya: Rasulullah bersabda: “Orang Islam itu tidak boleh mewarisi orang kafir”[[32]](#footnote-33)

Imam Syafi’i secara tegas dalam kitab nya al-Umm menjelaskan bahwa tidak boleh saling mewarisi bagi orang yang beda agama, berarti secara otomatis seorang muslim tidak berhak menerima harta warisan dari pewaris karena beda agamasebagai penghalang mendapatkan harta warisan, Imam Syafi’i berargumen dengan beberapa hadis, di antaranya adalah hadis sebagai berikut:

عَنْ أسَامَة بن زَيْدٍ أنَّ رَسُو ل اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم قال لا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ ) رَوَاهُ التُّرْمُذِيّ(

Artinya: Rasulullah bersabda: Seorang muslim tidak berhak menerima warisan dari seorang kafir dan seorang kafir tidak berhak menerima warisan dari seorang muslim (HR. at-Turmudi dari ‘Usamah bin Zaid).[[33]](#footnote-34)

Imam Syafi’i berkata hadis tersebut menunjukkan apabila dua agama berbeda antara syirk dan Islam keduanya tidak berhak saling mewarisi dari bagian harta warisan.[[34]](#footnote-35)

Syi’ah Imamiyah dalam menanggapi seorang muslim apakah berhak menerima harta warisan non muslim apa tidak, mereka memberikan hukum seorang kafir tidak berhak menerima harta warisan dari muslim, tetapi seorang muslim berhak dan boleh menerima harta warisan dari pewaris yang non muslim dengan berargumen dengan sanad syekh Al-Kulaini dari Abu Al-Aswad Ad-Daili bahwa sesungguhnya Muaz bin Jabal di Yaman dan masyarakat saat itu mendatangi Mu’az dan Mu’az berkata:

orang Yahudi telah mati sedangkan ia meninggalkan saudara muslim, kemudian Mu’az berkata saya telah mendengar Rasulullah bersabda:

عَنْ مُعَاذٍ قَا ل سَمِعْتُ رَسُو ل اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَليْهِ وَسَلَّمَ يَُقو ل: الإِسْ لامُ يَزِيدُ وَ لا يَنْقُصُ .(رَوَاهُ ابُوْ دَاوُدَ)

Artinya: Rasulullah SAW bersabda: "Islam itu bertambah dan tidak berkurang” (HR Abu Daud dari Mu’az).[[35]](#footnote-36)

Hadis ini mengandung makna bahwa Islam menjadi sebab bertambahnya kebaikan dan tidak menjadi sebab kefakiran dan kekurangan bagi pemeluknya. Dalam hadis lain disebutkan, Rasulullah bersabda:

عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ قا ل يَقو ل النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَليْهِ وَسَلَّمَ : الاسْ لامُ يَعْلوْ وَ لا يُعْلى عَليْه )رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ(

Artinya: Rasulullah SAW bersabda: ”Islam itu tinggi, dan tidak ada yang lebih tinggi daripadanya”(HR. al-Bukhari dari ibn ‘Abbas).[[36]](#footnote-37)

Kemudian Syi’ah Imamiyah berpendapat bahwasanya kalau pewaris muslim dan ahli warisnya kafir, maka ahli waris non muslim tersebut tidak menerima hartawarisan. Diriwayatkan dari ‘Ali bin Ibra>him dari bapaknya dari ibn Abu Najron dari “’Asim bin Humaid dari Muhammad bin Qays ia berkata: Saya mendengar dari Abu Ja’far ia berkata: Orang Yahudi dan Nasrani tidak mempusakai pewaris muslim tapi muslim mempusakai dari pewaris Yahudi dan Nasrani.[[37]](#footnote-38) Diriwayatkan oleh ‘Ali ibn Ibrahim dari bapaknya dari Muhammad bin ‘Isa dari Yunus dari Zur’ah dari Sima’ah ia berkata: saya bertanya kepada Abu Abdillah tentang seorang muslim apakah ia mewarisi dari pewaris musyrik atau tidak, ya ia mewarisi dari pewaris musyrik dan musyrik tidak mewarisi dari muslim.[[38]](#footnote-39)

Pendapat Imam Syafi’i dan Syi’ah Imamiyah tersebut dalam satu sisi sangat betentangan, akan tetapi ada kesamaan di antara keduanya. Imam Syafi’i secara mutlak mengatakan tidak berhak ahli waris muslim mempusakai dari pewaris yang beragama selain Islam, akan tetapi Syi>’ah Ima>miyah membolehkan ahli waris muslim menerima harta warisan dari pewaris non muslim. Sedangkan keduanya sepakat mengatakan bahwasanya non muslim tidak berhak menerima harta warisan dari pewaris yang muslim.

**BAB III**

**TINJAUAN UMUM TENTANG WASIAT WAJIBAH**

1. **Pengertian Wasiat Wajibah**

Pengertian *wasiat wajibah* yang akan diuraikan dalam Bab III ini berbeda dengan pengertian wasiat yang telah diuraikan pada Bab II terdahulu. *Wasiat wajibah* yang diuraikan dalam Bab ini adalah *wasiat wajibah* sebagai hak yang diperoleh ahli waris yang terhalang untuk memperoleh warisan.

*Wasiat Wajibah* merupakan kata majemuk yang terdiri dari dua kata, yaitu *wasiat* dan *wajibah*, bila kata tersebut berdiri sendiri maka makna yang dimilikinya akan masing-masing pula. Begitu juga bila digabungkan akan membentuk arti tersendiri pula. Peneliti tidak lagi membahas pengertian wasiat karena sudah dibahas pada Bab II diatas. Peneliti lebih fokus untuk membahas tentang *wajibah*.

Kata *wajibah* berasal dari kata wajib yang telah mendapatkan imbuhan kata *ta’nis.* Menurut Abdul Wahab Khallaf*, wajibah* adalah sesuatu yang disuruh syari’at untuk secara kemestian dilakukan oleh orang mukallaf, karena secara langsung dijumpai petunjuk tentang kemestian memperbuatnya.[[39]](#footnote-40)

36

Pengertian *wajibah* mengandung makna bahwa wasiat yang pelaksanaannya tidak dipengaruhi atau tidak tergantung kepada kemauan atau kehendak si pewasiat yang meninggal dunia. Di mana pelaksanaan wasiat tersebut tidak memerlukan bukti bahwa wasiat tersebut diucapkan atau ditulis atau dikehendaki, tapi pelaksanaanya didasarkan kepada alasan-alasan hukum yang membenarkan bahwa wasiat tersebut harus dilaksanakan.[[40]](#footnote-41)

Dikatakan *wasiat wajibah* disebabkan dua hal :

1. Hilangnya unsur ikhtiar bagi sipemberi wasiat dan munculnya unsur kewajiban melalui perundang-undangan atau surat keputusan tanpa tergantung kepada orang yang berwasiat dan keputusan si penerima wasiat.
2. Adanya kemiripan dengan ketentuan pembagian harta pusaka dalam penerimaan laki-laki dua kali lipat bagian perempuan.

*Wasiat wajibah* adalah hasil kompromi pendapat-pendapat Ulama Salaf dan Ulama Khalaf, yaitu:

1. Tentang kewajiban berwasiat kepada krabat-krabat yang tidak dapat menerima pusaka ialah diambil dari pendapat fuqaha dan *tabi’in* besar ahli fiqih dan ahli hadist, antara lain Said ibnu Mussayab, Hasanul Bishry, Thawus, Imam Ahmad, Ishaq bin Rahawaih dan ibn Hazm.
2. Pemberian sebagian harta peninggalan si mati kepada kerabat-kerabat yang tidak dapat menerima pusaka yang berfungsi sebagai *wasiat wajibah*, bila simati tidak berwasiat adalah diambil dari pendapat ibnu Hazm yang dikutip dari fuqaha, *tabi’in* dan dari pendapat mazhab Imam Ahmad.
3. Pengkhususan krabat-krabat yang tidak dapat menerima pusaka kepada cucu dan pembatasan penerimaan kepada 1/3 (sepertiga) peninggalan adalah didasarkan kepada pendapat ibnu Hazm dan berdasarkan kaidah syariah: ”Pemegang kekuasaan mempunyai wewenang memerintahkan perkara yang *mubah*, karena ia berpendapat bahwa hal itu akan membawa kemaslahatan umum. Bila penguasa memerintahkan demikian wajiblah ditaati”.[[41]](#footnote-42)

Kitab Undang-undang Hukum Wasiat Mesir dalam Pasal 78 mewajibkan pelaksanaan *wasiat wajibah* tersebut tanpa tergantung pada perizinan ahli waris walaupun simati tidak mewasiatkannya, setelah dipenuhi perawatan dan pelunasan hutang dan *wasiat wajibah* tersebut harus didahulukan dari wasiat-wasiat lainnya.[[42]](#footnote-43) Artinya, kalau ada sisa setelah pelaksanaan *wasiat wajibah,* baru dilaksanakan wasiat-wasiat yang lain menurut urutan yang telah ditentukan oleh Undang-undang wasiat, baru kemudian dibagi-bagikan kepada ahli waris sesuai dengan bagian masing-masing. Sebesar yang diterima oleh orang tuanya sekiranya orang tuanya masih hidup dengan ketentuan tidak boleh melebihi 1/3 (sepertiga) peninggalan dan harus memenuhi dua syarat :

1. Cucu itu bukan termasuk orang yang berhak menerima pusaka, dan
2. Si mati (ayahnya) tidak memberikan kepadanya dengan jalan lain sebesar yang telah ditentukan kepadanya.[[43]](#footnote-44)

Menurut Ahmad Rofiq *Wasiat Wajibah* adalah wasiat yang dibebankan oleh hakim agar seseorang yang telah meninggal dunia yang tidak melakukan wasiat secara sukarela, harta peninggalannya dapat diambil untuk diberikan kepada orang tertentu dalam keadaan tertentu pula.[[44]](#footnote-45) Penguasa atau hakim sebagai aparat negara mempunyai wewenang untuk memaksa atau memberi putusan *wasiat wajibah* kepada orang-orang tertentu misalnya berwasiat kepada ibu atau ayah yang beragama non muslim, sebagaimana diketahui bahwa perbedaan agama adalah menjadi penghalang untuk menerima warisan, sehingga dalam keadaan seperti itu ayah atau ibu tidak mungkin mendapatkan harta peninggalan si mayit kecuali dengan jalan *wasiat wajibah*.

1. **Wasiat Wajibah Dalam Persfektif Fikih**

Istilah *wasiat wajibah* dalam prosfektif hukum Islam diartikan sebagai lawan kata wasiat *ikhtiariyah.* Jumhur ulama termasuk mazhab yang empat, tentang sifat *ikhtiariyah* wasiat menyatakan tidak ada wasiat yang diwajibkan, wasiat seperti ini sifatnya hanya dianjurkan dan bukan merupakan wajib, kecuali kewajiban berwasiat terhadap tanggung jawab yang berkenaan dengan pemenuhan hak Allah atau hak hamba yang menjadi tanggapan si pewasiat yang harus ditunaikan seperti zakat, hutang yang belum dibayarkan, sehingga pengadilan atau keluarga tidak mempunyai hak untuk memaksakan pelaksanaannya sekiranya orang yang sudah meninggal dunia tidak berwasiat.[[45]](#footnote-46)

Sebagian ulama berpendapat bahwa wasiat untuk kedua orang tua atau krabat yang tidak menerima waris adalah wajib, apabila si mayit tidak berwasiat untuk mereka, maka para ahli waris wajib mengeluarkan sejumlah harta tertentu dari harta si mayit dan memberikannya kepada *wasiat wajibah* kepada mereka. Pendapat seperti ini dikemukakan oleh Ibnu Hazm dan Muhammad Rasyid Ridha. Perintah berwasiat ada dalam *Al-Quran*. Surah al-Baqarah/2:180, menurut Ibn Hazm adalah wajib dan bersifat qada’i. Artinya kalau seseorang tidak berwasiat maka kaum krabat yang tinggal wajib untuk mengeluarkan sejumlah tertentu dari harta warisan, yang mereka anggap layak untuk kaum krabat yang tidak berhak mewarisi, tapi pendapat ini berbeda dengan pendapat jumhur ulama yang memahami bahwa ayat wasiat ini telah *dimanasukh* oleh ayat kewarisan Pandangan ibn Hazm diatas, menemukan suatu kewajiban hukum yang defenitif bagi orang Islam untuk membuat wasiat yang akan didistribusikan kepada krabat dekat yang bukan ahli waris. Selanjutnya ia berpendapat, jika orang yang meninggal gagal untuk memenuhi kewajiban ini ketika ia masih hidup, maka pengadilan harus membuat wasiat atas namanya.

Berbeda dengan pendapat Rasyid Ridha, menurutnya wasiat dalam hukum kewarisan adalah khusus diberikan kepada orang-orang yang tidak dapat mewarisi karena sebab terhalang mewarisi walaupun berbeda agama, apabila masuk Islam seorang yang kafir kemudian datang kepadanya kematian. Sementara kedua orang tuanya masih tetap kafir, maka kepadanya diharuskan untuk berwasiat untuk melunakkan hati kedua orang tuanya, sebagaimana perintah Allah swt untuk senantiasa berbuat baik kepada kedua orang tua walaupun kedua-duanya tetap kafir.[[46]](#footnote-47)

Dari uraian diatas jelaslah bahwa kedua orang tua dan krabat yang tidak bisa mewarisi disebabkan karena adanya salah satu penghalang, apakah karena perbudakan, beda agama atau terhijab oleh ahli waris yang lain , wajib diberi wasiat, apabila seorang muslim pada saat hidupnya tidak berwasiat. Namun perlu dijelaskan juga siapa yang dimaksud krabat yang harus diberi *wasiat wajibah* tersebut, ibn Hazm telah memberikan batasan bahwa yang dimaksud dengan krabat adalah semua keturunan yang memiliki hubungan nasab seayah dan seibu sampai terus kebawah.

Ada perbedaan pendapat antara ulama jumhur dengan Ibn Hazm dalam menentukan hukum *wasiat wajibah*, tapi para ulama dari kalangan mazhab Maliki, Hambali dan mayoritas mazhab Syafi’i, berpendapat bahwa boleh hukumnya untuk berwasiat kepada mereka yang beragama non muslim dengan syarat yang diberi wasiat adalah orang-orang yang tidak memerangi Islam.. Sedangkan mazhab Hanafi dan mayoritas mazhab Imamiyah mengatakan pendapat tersebut tidak sah.[[47]](#footnote-48)

Persoalannya adalah untuk menentukan krabat dekat yang akan menerima *wasiat wajibah* tersebut. Siapa diantara dari krabat dekat yang akan menerima *wasiat wajibah* itu. Untuk menjawabnya diperlukan pendekatan dengan interpretasi, karena baik Al-Quran maupun Hadist membiarkan masalah fundamental ini tidak terjawab. Suatu interpretasi baru diajukan untuk pertama sekali oleh para ahi hukum mesir, pada tahun 1946, yang memspesifik krabat dekat tersebut kepada cucu yang orang tuanya telah meninggal terlebih dahulu (cucu yatim).

1. **Wasiat Wajibah Dalam Perspektif Kompilasi Hukum Islam**

Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam (KHI) telah menetapkan hubungan antara anak angkat dan orang tua angkat terjalin hubungan yang saling berwasiat. Pasal ini menjelaskannya dalam ayat (1) dan ayat (2), bunyinya sebagai berikut:

1. Harta peninggalan anak angkat dibagi berdasarkan pasal-pasal 176 sampai dengan 193 tersebut diatas, sedangkan terhadap orang tua angkat yang tidak menerima *wasiat wajibah* diberi *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya 1/3 (sepertiga) dari harta warisan anak angkatnya.
2. Terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya 1/3 (sepertiga) dari harta warisan orang tua angkatnya.

Ketentuan pasal diatas membuktikan bahwa KHI telah menentukan suatu hukum yang selama ini tidak dikenal dalam wacana fikih yang memberikan *wasiat wajibah* kepada anak angkat atau orang tua angkat, dan ini berbeda pula dengan konsep *wasiat wajibah* yang diterapkan di negara-negara Islam lainnya seperti di Mesir. Melihat *wasiat wajibah* dalam undang-undang kewarisan mesir adalah ketentuan yang mengatur tentang perolehan harta seorang yang berstatus sebagai *dzawil arham*.

Dilakukan perbandingan dengan konsep KHI, maka konsep *wasiat wajibah* di Mesir hampir sama dengan konsep ahli waris pengganti dalam KHI, misalnya adalah seorang cucu yang telah lebih dahulu ditinggal mati oleh ayahnya dinyatakan memperoleh harta warisan dari kakeknya untuk menggantikan kedudukan ayahnya , dan mengambil bagian ayahnya dengan ketentuan tidak lebih dari 1/3 (sepertiga) harta peninggalan, bukan menyangkut perolehan anak angkat.

Kedudukan cucu dalam KHI tersebut adalah menggantikan kedudukan ayahnya yang telah meninggal dunia dengan mendapatkan bagian tidak dapat melebihi dari bagian ahli waris yang masih hidup yang sejajar dengan kedudukan ayah yang digantikannya. Dalam KHI konsep seperti ini disebut dengan ahli waris pengganti. Dengan demikian ketentuan *wasiat wajibah* yang diatur dalam KHI berbeda dengan konsep *wasiat wajibah* di Negara Mesir dan ini adalah merupakan ciri khas tersendiri hukum waris di Indonesia.

1. ***Anak Angkat***

Anak angkat merupakan istilah dari terjemahan bahasa Arab yang berarti seseorang yang diangkat untuk menjadi anak sendiri.[[48]](#footnote-49) Sedangkan dalam kamus bahasa Indonesia disebutkan bahwa anak angkat adalah anak orang lain yang diambil (dipelihara) serta disahkan secara hukum sebagai anak sendiri.[[49]](#footnote-50) Dalam pengertian ini hampir tidak ada bedanya dengan pengertian dalam istilah hukum yaitu anak orang lain yang masih kecil diangkat menjadi anak sendiri seperti anak kandung.[[50]](#footnote-51)

Istilah hukum dalam pengangkatan ini sering disebut dengan adopsi yang merupakan kata serapan dari bahasa latin yang artinya adalah pengangkatan seorang anak sebagai anak kandung.[[51]](#footnote-52) Disebutkan dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 171 huruf “h” bahwa anak yang dalam pemeliharaan untuk hidupnya sehari-hari, biaya pendidikan dan sebagainya beralih tanggung jawabnya dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan pengadilan.[[52]](#footnote-53)

Ada beberapa faktor untuk memotivasi kebiasaan yang dilakukan oleh bangsa Arab dalam melakukan pengangkatan anak untuk menjadi anak sendiri pada masa sebelum Islam, yaitu tidak ada memperoleh keturunan selama perkawinan, atau tidak adanya tanggung jawab orang tua untuk menafkahi dan mengasuh anaknya. Kemudian dilakukan pengangkatan oleh seseorang menjadi anak angkatnya.

Tanggung jawab terhadap anak angkat tidak hanya terletak pada tanggung jawab untuk memberi nafkah dan perawatan, melainkan kedudukan anak angkat sama dengan kedudukan anak kandung, karena itu nama ayah angkat selalu melekat kepada anak angkatnya sebagai identitas diri pribadi. Anak angkat dianggap mempunyai kedudukan, hak dan kewajiban yang sama seperti anak kandung terhadap kedua orang tuanya dan begitu juga sebaliknya.”Atas dasar inilah maka antara anak angkat dan orang tua angkat saling mewarisi dan dianggap sebagai *mahram* (orang yang haram dinikahi)”.[[53]](#footnote-54)

Dari uraian di atas menggambarkan kalau adat istiadat tetap diakui dan dipraktikkan hingga masa awal Islam. Nabi Muhammad sendiri pernah mengangkat seorang anak yang bernama Zaid bin Harisah ketika beliau belum diangkat menjadi Rasul, dan baru dibatalkan setelah beberapa waktu beliau diangkat oleh Allah swt untuk mengemban amanah kerasulan. Zaid bin Harisah sendiri pada mulanya adalah seorang hamba sahaya, kemudian di merdekakan oleh Rasulullah. Sesuai dengan tradisi pada masa itu setiap anak angkat selalu dinisbatkan kepada orang tua angkatnya dan bukan kepada orang tua asalnya, sehingga nama Zaid pada waktu itu dikenal dan para sahabat memanggil Zaid dengan nama Zaid bin Muhammad.

Zaid bin Harisah adalah seorang anak yang berstatus budak, dia berasal dari Syam, yang sewaktu kecil dibeli oleh Hakim bin Hizam di pasar Ukaz, kemudian Hakim memberikannya kepada Siti Khadijah yang pada waktu itu telah menjadi isteri Muhammad bin Abdullah. Kemudian Siti Khadijah memberikan kghadamnya sebagai pelayan bagi Rasulullah. Kemudian Rasul menerima dan memerdekakannya dan akhirnya menjadikannya sebagai anak angkat Rasul, dengan hal ini maka Zaid pun tinggal bersama Rasul.

Suatu ketika keluarganya mengetahui tentang keadaan seperti ini lalu paman dan ayahnya dating ketempat Rasul untuk melihat Zaid. Sesampainya di tempat Rasul maka ayah Zaid yaitu Harisah berkata, wahai Ibn Abdul Mutallib, wahai putra dari pemimpin kaumnya, anda termasuk penduduk tanah suci yang biasa membebaskan orang tertindas, yang suka memberi makanan para tawanan, kami datang kepada anda ini hendak meminta anak kami, sudilah kiranya menyerahkan anak itu kepada kami dan bermurah hatilah menerima uang tebusan seberapa adanya.

Dasar permintaan itu Rasulullah berkata kepada Harisah: Panggillah Zaid itu kesini suruhlah ia memilih sendiri, seandainya dia memilih anda, maka akan saya kembalikan kepada anda tanpa tebusan, sebaliknya jika ia memilihku, maka demi Allah aku tak hendak menerima tebusan dan tak akan menyerahkan orang yang telah memilihku”, Kemudian Rasul menyuruh seseorang untuk memanggil Zaid, setibanya dihadapannya, beliau langsung bertanya: “Tahukah engkau orang-orang ini? Lalu Zaid menjawab “Saya tahu, yang ini adalah ayahku dan yang satunya lagi adalah pamanku”. Kemudian Rasul mengulangi pertanyaan sebagaimana ditanyakan kepada ayahnya yaitu tentang kebebasan untuk memilih orang yang paling disenangi. Akhirnya Zaid ingin memilih tetap tinggal bersama Rasul.

Begitulah tradisi pengangkatan anak pada masa sebelum Islam dan itu tidak hanya dilakukan oleh Rasulullah tapi juga dilakukan oleh para sahabat yang lain seperti sahabat Huzaifah yang mengangkat seorang anak yang bernama Salim menjadi anak angkatnya, “sehingga Salim dikenal dengan nama Salim Maula Abu Huzaifah”.[[54]](#footnote-55) Dengan demikian pada awal Islam pengangkatan anak adalah sesuatu yang biasa dan diperbolehkan.

Sebelum risalah Islam datang, tradisi pengangkatan anak ini terlihat lebih mendapat tempat istimewa. Dikatakan demikian karena masyarakat *jahiliyyah* memperlakukan anak angkat seperti anak kandungnya sendiri, sehingga akibatnya diantara mereka saling mewarisi sebagaimana layaknya keturunan kandung.

“Konsekuensi adopsi menurut hukum perdata (BW) ini maka hubungan keperdataan yang berdasarkan kepada keturunan darah antara orang yang diadopsi dengan orang tuanya atau keluarganya sedarah dan semenda menjadi terputus”.[[55]](#footnote-56)

Anak yang diadopsi, dalam kewarisan bisa saling mewarisi dengan orang tua yang mengadopsinya. Tradisi pengangkatan anak ini tetap dapat diterima tetapi dengan perubahan ketentuan sebagai berikut:

Status nasab anak angkat tidak dihubungkan kepada orang tua angkatnya, tetapi tetap seperti sediakala, yaitu dinisbatkan kepada orang tua kandungnya. Status pengangkatan anak tidak menciptakan adanya hubungan hukum pewarisan antara anak angkat dengan orang tua angkatnya, begitu juga dengan keluarganya.[[56]](#footnote-57)

1. ***Anak Angkat menurut Wasiat Wajibah Menurut KHI***

Kedudukan anak angkat dan orang tua angkat dalam hukum kewarisan menurut KHI secara tegas telah diatur dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam. Secara umum dapat dikatakan bahwa status anak angkat dan orang tua angkat yang diatur dalam KHI tetap sebagaimana status asalnya, yaitu hanya mempunyai hubungan nasab dengan orang tua kandungnya sama dengan pendapat para ulama ahli fikih, karenanya dia hanya mempunyai hubungan waris dengan mereka. Dengan demikian terlihat bahwa pengangkatan anak tidaklah merubah status dan kedudukan serta hubungan nasab yang telah ada sebelumnya.

Konsep pengangkatan anak seperti ini berbeda dengan konsep adopsi sebagaimana diatur dalam hukum postif yang berkembang saat ini yang menisbahkan anak angkat dengan orang tua angkatnya, sehingga diantara mereka bisa saling mewarisi.

Meskipun pengangkatan ini tidak merubah status nasab anak tersebut, akan tetapi hal itu tidaklah mengurangi nilai dan makna pengangkatan anak tersebut, terutama hal ini bisa dilihat dari :

1. Pengangkatan anak menciptakan hukum adanya peralihan pemeliharaan hidup sehari-hari yang pada mulanya di bawah kekuasaan orang tua kandungnya yang berpindah kepada orang tua angkatnya.
2. Tanggung jawab biaya pendidikan yang pada mulanya mesti ditanggulangi oleh orang tua kandung berpindah kepada orang tua angkat.
3. Pengangkatan anak tidak memadai kalau hanya dengan persetujuan kedua belah pihak saja , meskipun telah diresmikan melalui upacara adat dan agama, tetapi mesti diperoleh lewat ketetapan pengadilan, dengan demikian status anak akan menjadi jelas dan sah dimata hukum.
4. Adanya status anak angkat yang sah seperti dikemukakan diatas akan menciptakan akibat hukum dalam kewarisan, dimana sianak akan memperoleh *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya sepertiga harta. Demikian juga dengan hal sebaliknya yaitu bila sianak yang meninggal dunia maka si ayah angkat juga akan dapat memperoleh *wasiat wajibah* sebanyak-banyaknya sepertiga harta dari harta si anak angkat.[[57]](#footnote-58)

Kompilasi Hukum Islam yang mengatur tentang orang tua angkat mewajibkan untuk berwasiat (*wasiat wajibah*) demi kemaslahatan anak angkatnya sebagaimana orang tua angkat telah menerima pembebanan tanggung jawab untuk mengurus dari segala kebutuhan anak angkatnya. Jadi meskipun anak angkat secara *dalil naqli* tidak mendapatkan harta peninggalan orang tua angkatnya, namun dari segi kemaslahatan terutama demi anak tersebut yang secara emosional dan sosial begitu dekat hubungannya dengan orang tua angkatnya, tanggung jawab orang tua angkat tetap ada. Maka status anak angkat adalah identik dengan orang miskin yang membutuhkan bantuan uluran orang tua angkatnya agar masa depannya terjamin, terutama dari segi ekonominya.

Kompilasi Hukum Islam konsisten sesuai dengan *faraid* yang menempatkan kedudukan anak angkat tetap ditempatkan diluar ahli waris, sama dengan pendapat didalam fikih, namun dengan mengadopsi hukum adapt secara terbatas kedalam nilai hukum Islam karena beralihnya tanggung jawab orang tua asal kepada orang tua angkat mengenai pemeliharaan kehidupan sehari-hari.

Substansi lembaga wasiat termasuk didalamnya adalah lembaga *wasiat wajibah* yaitu suatu wasiat yang yang harus dianggap telah ada, baik telah terucap, tertulis, atau sama sekali belum terucap maupun tertulis oleh orang tua angkat kepada anak angkatnya, ataupun sebaliknya dari anak angkat terhadap kedua orang tua angkatnya mengenai harta peninggalannya, maka dianggap ada wasiat itu dan pelaksanaan pembagiannya lebih didahulukan dari pada pelaksanaan wasiat biasa ataupun pembagian warisan.

Kehadiran *wasiat wajibah* terhadap anak angkat ataupun orang tua angkat dalam KHI adalah merupakan satu pemikiran hukum tentang wasiat yang bercirikan Indonesia, dimana dalam wacana pemikiran hukum Islam di Indonesia pernah dilontarkan pemikiran tentang perlunya membina “Fikih yang berkepribadian Indonesia” sebagaimana dikemukakan oleh T.M. Hashbi Ash-Shddieqy bahwa diperlukan hukum fikih yang cocok dengan kebutuhan ummat Islam di Indonesia, agar fikih tidak menjadi asing bagi masyarakat Indonesia. Hasbi ash-Shiddeqy berkeyakinan, jika fikih semacam ini terwujud bukan saja akan menghilangkan sikap mendua dalam membina fikih, tetapi sekaligus dapat menjadi tiang penyangga bagi Pembina hukum nasional Indonesia.

“Menetapkan hukum yang sesuai dengan situasi dan kondisi Indonesia dapat dilakukan dengan mengkaji fikih dan menggali pemikiran-pemikiran para ulama ahli fikih terdahulu yang dilakukan secara komparatif”.[[58]](#footnote-59)

Dari uraian tentang kedudukan hukum anak angkat maupun orang tua angkat dalam sistem kewarisan diatas, ternyata KHI telah melahirkan sesuatu hukum yang baru yang selama ini tidak pernah dikenal dalam wacana fikih. Pemberian *wasiat wajibah* kepada anak angkat atau sebaliknya kepada orang tua angkat adalah merupakan jalan tengah yang ditempuh oleh para ulama penyusun KHI yang diselaraskan dengan melalui kompromi antara pemikiran fikih yang sangat keras menolak untuk mempersamakan anak angkat dengan anak kandung terutama dalam kaitannya dengan harta warisan disatu sisi, dan pada sisi yang lain adanya kenyataan dimasyarakat bahwa tidak sedikit orang yang dalam kehidupan berumah tangga ternyata tidak dikaruniai keturunan yang pada akhirnya mereka mengangkat anak.

KHI tetap menempatkan anak angkat dalam hukum kewarisan sesuai dengan fikih yakni bukan sebagai ahli waris akan tetapi jalan keluarnya tetap dapat bagian dari harta peninggalan orang tua angkatnya dengan melalui *wasiat wajibah* dengan demikian baik secara filosofis maupun sosiologis pemberian *wasiat wajibah* kepada anak angkat atau sebaliknya kepada orang tua angkat dapat diterima.

Dalil Al-Quran surah Al-Baqarah ayat 180 dapat dipahami bahwa kewajiban berwasiat adalah dengan ketetapan agama yang harus dilaksanakan dan bukan dengan keputusan hakim , namun demikian Peradilan Agama merupakan salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan yang beragama Islam mengenai perkara perdata tertentu yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama (pasal 2), dan dalam Pasal 11 dinyatakan Hakim adalah pejabat yang melaksanakan tugas kekuasaan kehakiman dalam bidang perkara tertentu berdasarkan azas personalitas ke Islaman.[[59]](#footnote-60)

Penguasa maupun hakim tidak dapat memaksa seseorang untuk memberikan wasiat. Adapun kewajiban wasiat bagi seseorang disebabkan keteledorannya dalam memenuhi hak-hak Allah SWT., seperti tidak menunaikan haji, tidak membayar zakat, melanggar larangan-larangan berpuasa dan lain sebagainya yang telah diwajibkan oleh syariat sendiri, bukan oleh penguasa atau oleh hakim.

Berbeda dengan Hakim sebagai aparat negara yang mempunyai kekuasaan didalam satu pemerintahan, dalam hal ini Hakim mempunyai hak dan wewenang untuk memaksa seseorang memberikan wasiat atau memberikan surat putusan wajib wasiat yang dikenal dengan istilah “*Wasiat Wajibah*” kepada orang tertentu dan dalam keadaan tertentu pula.

Kewajiban wasiat bagi seseorang adalah menunaikan kewajiban-kewajiban yang bersangkut paut dengan harta yang belum dilaksanakan sendiri oleh orang yang berwasiat semasa ia masih hidup seperti zakat harta yang belum dibayarnya, masih mempunyai hutang puasa yang wajib atasnya dan lain-lain sebagainya. Maka wasiat itu wajib dengan ketentuan agama bukan dengan keputusan atau ketetapan hakim.

1. **Kelompok yang Berhak Memperoleh *Wasiat Wajibah***

Pendapat jumhur–*fuqaha* mewasiatkan sebagian harta benda kepada seseorang keluarga, dekat maupun jauh, tidak diwajibkan oleh *syariat* . Kecuali bagi orang yang mempunyai tanggungan hak dengan orang lain yang tidak dapat diketahui selain oleh dia sendiri atau amanat-amanat yang tidak diketahui orang (saksi).

Berikut ini, peneliti memberikan contoh tentang kedudukan seseorang yang berhak untuk memperoleh *wasiat wajibah* :

Seorang ayah, sebut saja namanya “Z” mempunyai anak laki-laki bernama “A” dan cucu bernama “F”. Ayah kandung “F” bernama “B” meninggal semasa “Z” masih hidup. Maka “Z” tidak wajib berwasiat kepada “F”. Maka, setelah “Z” mati harta peninggalannya seluruhnya diterima “A”. Sedangkan “F” tidak menerima sedikitpun baik secara bagian harta warisan maupun secara wasiat, karena ter*hijab* oleh *“A”.* karena tiada ketentuan yang mengharuskan untuk diberi wasiat.

Berhubung ketiadaan “F” menerima peninggalan yang disebabkan kematian ayahnya “B”, mendahului kematian kakeknya “Z” itu merupakan suatu kecemasan, maka Undang-undang mengobati kekecewaan tersebut dengan apa yang disebut *wasiat wajibah.[[60]](#footnote-61)*

Melihat contoh yang diuraikan penulis diatas, maka dapat diambil ketetapan bahwa kelompok yang berhak menerima *wasiat wajibah* itu ialah: cucu laki-laki maupun perempuan baik pencar laki-laki maupun pancer perempuan yang orang tuanya mati mendahului atau bersama-sama dengan kakek/neneknya.

**BAB IV**

**ANALISA PUTUSAN MAHKAMAH AGUNG RI NOMOR 51 K/AG/1999**

Peneliti akan melakukan analisa dari putusan Mahkamah Agung RI Nomor 51.K/AG/1999. Putusan mahkamah Agung tersebut yang memberikan kekuatan hukum tetap kepada saudara kandung yang berbeda agama untuk memperoleh harta warisan dari saudara kandungnya yang muslim dengan memberikan *wasiat wajibah*. Yurisprudensi Mahkamah Agung tersebut berbeda dengan konsep fikih yang telah diuraikan pada Bab III di atas.

1. **Wasiat Wajibah Kepada Saudara Kandung Non Muslim Menurut Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 51 K/AG /1999**

Putusan Mahkamah Agung RI menetapkan bahwa *wasiat wajibah* dapat diperuntukkan atau dapat berlaku kepada saudara kandung yang non muslim, dan jumlah harta yang dikeluarkan lewat *wasiat wajibah* untuk saudara kandung non muslim ini adalah sama dengan bagian saudara kandung muslim yang sederajat. Jika saudara kandung non muslim itu adalah perempuan, maka ia berhak mendapat *wasiat wajibah* dari harta saudara kandung muslim yang bagiannya sama dengan bagian saudara kandung perempuan muslim.

59

Peneliti akan menguraikan kronologis tentang sengketa warisan antara saudara kandung muslim dengan saudara kandung non muslim, hingga lahirnya putusan Mahkamah Agung yang memberikan *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim. Kronologis yang peneliti uraikan berikut ini dikutip dari putusan Mahkamah Agung Nomor 51 K/AG/1999, adalah sebagai berikut:

Kisah perkara warisan itu bermula dari tanah pusaka seluas 1.319 M2 terletak di Jln. Prawirotaman Mg 111/593, Yogykarta. Sejak awal, pusaka itu dimiliki alm. M. Ng. Djojo Soewirjo. Tapi, setelah Soewirjo meninggal, tanah pusaka dengan sertifikat Hak Milik Nomor 924/ tahun 1990 diwariskan kepada Martadi Hendrolesono, anak kandung Soewirjo.

Perlu diketahui bahwa Martadi bukan merupakan anak kandung satu-satunya dari alm Soewirjo. Martadi masih mempunyai 7 saudara kandung yang sedarah. Ketujuh saudara kandung Martadi tersebut, adalah sebagai berikut:

1. Setjono Hindiro bin Mas Ngabehi Djojo Soewirjo (almarhum) meninggalkan 6 Orang anak, yaitu:
* Ny. Subandiyah Ammar Asof, SH - agama Islam.
* Ny. Sri Haryanti - agama Islam
* Ny. Cicilia Sri Draswasih - agama Katolik
* Bambang Hendriyanto - agama Islam
* Putut Bayendra - agama Islam
* Sri Hendriyati - agama Islam.
1. Hindrowerdoyo bin Mas Ngabehi Djojo Soewirjo (almarhum) meninggalkan seorang anak yaitu :
* Indar Astuti Pranowo - agama Katolik.
1. Ny. Danu Subroto binti Mas Ngabehi Djojo Soewirjo - agama Islam.
2. Ny. Hindrowinoto binti Mas Ngabehi Djojo Soewirjo - agama Islam.
3. Ny. Hindro Triwirjo binti Mas Ngabehi Djejo Soewirjo (almarhum), meninggalkan 3 orang anak yaitu:
* Fi Dewi Laksmi Sugianto - agama Katolik.
* Bambang Wahyu Murti S. - agama Islam.
* Bernadeta Harini Tri Prasasti - agama Katolik.
1. Drg. Pantoro (almarhum) meninggalkan 2 orang anak, yaitu:
* Ferlina Widyasari - agama Islam.
* Yulia Yudantari - agama Islam.
1. Lucas Indriya - agama Kato1ik.

Kemudian Martadi Hendrolesono menikahi Jazilah. Martadi dan Jazilah sama-sama memeluk agama Islam. Hanya saja, perkawinan Martadi dengan Jazilah tersebut tidak menghasilkan keturunan. Selanjutnya, Martadi meninggal setelah menunaikan ibadah haji.

Sejak kematian Martadi itulah, Jazilah (janda) istri Martadi beritikad untuk membagikan harta warisan-sebidang tanah SHM Nomor 924 atas nama Martadi-Jazilah berkeinginan agar pembagian harta warisan itu dilakukan sesuai dengan hukum waris Islam yang diatur dalam Al-quran Surah. al-Baqarah/2: 195.

Artinya: Dan belanjakanlah (harta bendamu) di jalan Allah, dan janganlah kamu menjatuhkan dirimu sendiri ke dalam kebinasaan, dan berbuat baiklah, karena Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berbuat baik.

Ternyata, itikad baik Jazilah ditentang oleh saudara kandung Martadi, hingga terjadi silang pendapat tentang pembagian ahli warisnya. Ada yang berpendapat, agar saudara kandung yang beragama Islam saja yang berhak atas harta warisan tersebut. Ada pula yang berpendapat, agar harta warisan itu dibagikan secara adil. Hingga terjadi tarik menarik dari dua pendapat itu. Karena tidak ada titik temu, akhirnya sengketa warisan tersebut bergulir ke pengadilan.

Ada dua tempat peradilan di Yogyakarta dijadikan sebagai fasilitas untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Keluarga (alm). Martadi memilih kantor Pengadilan Negeri Yogyakarta untuk mendaftarkan gugatan perdatanya, pada 15 April 1997 dengan register perkara Nomor 35/Pdt.G/1997PN.Jk. Sebagai pihak tergugat adalah Ny. Jazilah (janda) almarhum Martadi.

Jazilah, tak kalah gesit. Janda (alm) Martadi juga mengajukan gugatan ke pengadilan agama Yogyakarta, pada 6 Mei 1997 dengan register perkara Nomor 83/Pdt.G/1997/PA.JK. Materi gugatan Jazilah difokuskan kepada pembagian harta warisan peninggalan almarhum suaminya.

Jazilah (janda) dalam surat gugatannya, menuntut agar harta warisan tersebut dibagi menurut hukum waris Islam sesuai dengan Al-Quran Surah An Nisa /4:12. Bahwa janda digolongkan dalam ahli waris *zawil faraid* atau kelompok keutamaan. Jazilah merujuk pasal 180 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menyebutkan bahwa besarnya perolehan janda adalah 1/4 (seperempat) bagian, jika pewaris tidak meninggalkan anak.

Terhadap saudara kandung atau anak-anak almarhum Martadi, masih menurut pasal 181 KHI. Bila ada dua orang atau lebih, maka mereka bersama-sama memperoleh 1/3 (sepertiga) bagian.

Terhadap tergugat yang berlainan agama (Tergugat III, IV, X, XII, XV), dalam surat gugatan itu, Jazilah mengutip Hadis Nabi Muhammad saw diriwayatkan oleh Bukhari dan Muslim yang merupakan penjelasan dari Al-Quran Surah al-Baqarah/2: 221 bahwa: “Orang-orang Islam tidak dapat mewariskan harta peninggalan kepada orang-orang non muslim dan orang-orang non muslim tidak dapat mewarisi harta peninggalan orang muslim”. Dalil gugatan itulah, Jazilah berharap agar pengadilan agama memberi putusan yang pokoknya sebagai berikut :

1. **Primair:**
2. Mengabulkan gugatan Penggugat seluruhnya.
3. Menyatakan secara hukum, bahwa alm. Martadi Hendrolesono meninggal dunia dalam keadaan Islam.
4. Menyatakan secara hukum bahwa penggugat adalah ahli waris janda yang berhak atas harta peninggalan alm. Martadi Hendrolesono.
5. Menyatakan secara hukum bahwa tanah dengan bangunannya Sertifikat Hak Milik Nomor 924 atas nama Martadi Hendrolesono adalah merupakan harta peninggalan alm. Martadi Hendrolesono.
6. Menyatakan secara hukum hahwa pengugat berhak ¼ (seperempat) bagian dari seluruh harta peninggalan.
7. Menyatakan secara hukum bahwa para Tergugat berhak 1/3 (sepertiga) bagian dari harta peninggalan.

**Atau – Subsidair** :

Mohon putusan lain yang seadil-adilnya.

**PENGADILAN AGAMA :**

Dipersidangan, Tergugat I s/d X langsung mengajukan eksepsi tentang kewenangan mengadili (*kompetisi absolut*). Alasan pengajuan eksepsi tergugat karena sebelum perkara ini disidangkan di Pengadilan Agama Yogyakarta, para Tergugat telah mengajukan gugatan yang sama di Pengadilan Negeri Yogyakarta. Kedua gugatan yang diajukan ke pengadilan agama maupun pengadilan negeri mempunyai kesamaan, baik *title* gugatan, *posita*, *petitum*, penggugat dan tergugat serta objek gugatannya.

Alasan lainnya, karena ada perbedaan agama diantara tergugat. Sehingga merujuk pasal 49 (UU Nomor 7 tahun 1989), maka pengadilan agama tidak berwenang mengadili perkara gugatan ini. Akhirnya, majelis hakim pengadilan agama Yogyakarta menetapkan putusan sela atas Eksepsi Kompetensi Absolut para tergugat tersebut, dengan amar putusan sebagai berikut:

Eksepsi pihak tergugat ditolak. Majelis hakim pengadilan agama merujuk Hasil Rakernas Mahkamah Agung RI di Yogyakarta pada 21 s/d 23 Maret 1985, yaitu tentang titik singgung yurisdiksi peradilan agama dengan peradilan umum. Pemecahan masalah sengketa waris adalah bila terjadi perbedaan agama di antara pewaris dengan ahli waris atau di antara para ahli waris, maka hukum waris yang diberlakukan adalah: hukum waris yang berlaku bagi si pewaris (orang yang meninggal dunia). Dan dalam perkara ini, tidak dibantah bahwa Pewaris alm. H. Martadi Hendrolesono sampai akhir hayatnya tetap memeluk agama Islam. Dasar pertimbangan inilah, maka Pengadilan Agama Yogyakarta berwenang untuk mengadili perkara warisan tersebut.

Pertimbangan hukum Majelis Pengadilan Agama Yogyakarta dalam pokok perkara sebagai berikut:

Bukti-bukti yang terdapat dipersidangan, maka penggugat adalah istri sah dari H. Martadi Hendrolesono yang wafat 17-11-1995, hingga Ny. Jazilah menjadi janda tanpa anak.

Bukti lain dipersidangan adalah objek tanah di Jalan Prawirotaman Mg III/593 yang menjadi objek sengketa adalah merupakan milik H. Martadi alm tersebut, yang diperolehnya dari hibah Orang tuanya: M.Ng. Djojosoewirjo.

Al-Quran Surah an Nisa/4:12 menyebutkan “Para isteri memperoleh ¼ harta yang ditinggalkan, jika kamu tidak mempunyai anak”.Karena penggugat (janda) tidak mempunyai anak, maka Ny Jazilah berhak memperoleh ¼ bagian dari harta peninggalan suaminya. Hal ini sesuai dengan pasal 172, 174 dan 180 KHI.

Dalil penggugat dalam gugatannya mencantumkan hadis dalam kitab - *Kifayatul Akhyar* juz II halaman 18 disebutkan: “Rasullullah saw bersabda: “Seorang kafir tidak mewarisi harta peninggalan orang muslim”. Penggugat dalam gugatannya juga merujuk ketentuan pasal 171 huruf “c” KHI. Dengan demikian, tidak semua dari para Tergugat dapat menjadi ahli waris.

Majelis perlu mengemukakan adanya *nash* seperti diatur dalam Al-Quran Surah an-Nisa/4:76 “Bagian seorang saudara laki-laki sebanyak dua bagian saudara perempuan……….dst. Disamping itu juga perlu diperhatikan pasal 171 huruf a,b,c,d dan e serta pasal 172— 174 (1), pasal 182 dan 185 KHI.

Pertimbangan hukum yang isi pokoknya seperti tersebut di atas akhirnya Majelis Hakim Pengadilan Agama memberi putusan sebagai berikut:

Mengadili:

Dalam Eksepsi: Menolak eksepsi para Tergugat.

Dalam Pokok Perkara:

Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian;

Menyatakan secara hukum bahwa H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo telah meninggal dunia tanggal 17 Nopember 1 995 dalam keadaan tetap sebagai pemeluk Agama Islam;

Menetapkan secara hukum bahwa Penggugat (Ny. Jazilah Martadi Hendrolesono binti Cokrolesono) adalah ahli waris (janda) dari H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo;

Menyatakan secara hukum bahwa sebidang tanah dengan bangunan sertifikat Hak Milik Nomor 924/1990, dengan gambar situasi Nomor 3572 tanggal 3 September 1990 yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kotamadya Yogyakarta seluas 1.319 M2 atas nama Martadi Hendrolesono yang terletak di Jalan Prawirotaman Mg.III/593, Kel. Brotokusuman, Kec. Mergangsan, Kotamadya Yogyakarta. dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara; tanah Nomor: 125.SU.2544/1986; Sebelah Selatan: Jalan Kampung; Sebelah Timur: Tanah Pers 170.SU.1387/1938; Sebelah Barat; Tanah Pers 1256.H.M.922/923 GS.3571/1990; adalah merupakan Harta Warisan dari H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi.

Djojosoewirjo;

Menyatakan bahwa Penggugat berhak memperoleh ¼ (seperempat) bagian dari harta warisan H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo sebagaimana tersebut dalam angka 4;

Menyatakan secara hukum bahwa disamping Penggugat, ahli waris H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo adalah:

Subandiyah Ammar Asof, SH binti Setjono Hindro (Tergugat I) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Sri Haryanti binti Setjono Hindro (Tergugat II) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki,

Bambang Hendriyanto bin Setjono Hindro (Tergugat IV) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki.

Putut Bayendra bin Setjono Hindro (Tergugat V) ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Sri Hendniyati bin Setjono Hindro (Tergugat VI) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Ny. Danusubroto binti Mas Ngabehi Djojosuwirjo (Tergugat VIII) sebagai ahli waris dari saudara kandung perempuan;

Ny. Hendrowinoto binti Mas Ngabehi Djojosuwirjo (Tergugat IX) ahli waris dari saudara kandung perempuan;

Bambang Wahyu Murti bin Hindrotriwirjo (Tergugat XI) ahli waris pengganti dari saudara kandung perempuan;

Ferlina Widyasari binti Pantoro (Tergugat XIII) ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Yulia Yudantai binti Pantoro (Tergugat XIV) ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki.

Kesemua berhak memperoleh 3/4 (tiga perempat) bagian dari harta waris H. Martadi Hindrolesono bin Mas Ngabehi Djojosuwirjo sebagaimana tersebut dalam angka 4:

Memerintahkan kepada Penggugat dan para Tergugat yang tersebut sebagai ahli waris untuk mentaati dan melaksanakan pembagian atas harta warisan H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo;

Menolak gugatan selebihnya;

Menghukum Para Tergugat untuk membayar biaya perkara sebesar Rp.473.600,- (Empat ratus tujuh puluh tiga ribu enam ratus rupiah);

**PENGADILAN TINGI AGAMA:**

Para Tergugat menolak putusan pengadilan agama tersebut di atas dan mengajukan banding kepada pengadilan tinggi agama.

Majelis hakim pengadilan tinggi agama dalam putusannya memberikan pertimbangan pokok sebagai berikut:

Perihal eksepsi majelis pengadilan tinggi agama berpendapat:

Karena Tergugat tidak pernah mengajukan perkara ini di Pengadilan Negeri Yogyakarta Nomor 35/Pdt.G/1997/PNYK, dan telah berkekuatan hukum tetap, maka asas *ne bis in idem* tidak bisa diterapkan dalam perkara ini Sehingga sesuai dengan pasal 49 (3) huruf b dan UU Nomor 7 tahun 1989, maka pengadilan agama berwenang mengadili perkara ini.

Perkara ini, tidak terdapat sengketa hak milik atas objek tanah/harta warisan ini, karena dengan adanya “Akta Hibah” oleh Notaris RM Soeryatno Partoningrat, SH Nomor 24/ tanggal 10 Juli 1971, kemudian dipindahkan hak miliknya kepada Martadi alm, maka sesuai dengan bukti P3, tanah sengketa sudah sah menjadi hak miliknya alm. Martadi Hendrolesono. Karena itu penyelesaian sengketa warisan ini di pengadilan agama tidak bertentangan dengan pasal 50 UU Nomor 7 tahun 1989.

Penyelesaian terhadap perbedaaan agama diantara pewaris dengan ahli waris, maka hukum waris yang dipergunakan adalah hukum waris yang berlaku bagi si pewaris. H. Martadi yang sampai wafatnya tetap beragama Islam-maka penyelesaian harta warisnya harus dilakukan menurut hukum Islam.

Ahli waris dari Martadi Hendrolesono adalah mereka yang beragama Islam, baik itu ahli waris *zawil furud* maupun ahli waris pengganti, sehingga ahli waris yang bukan beragama Islam, tidak termasuk ahli waris dari almarhum H. Martadi Hendrolesono, seperti para pembanding:

1. Ny. Cicilia Sri Draswasih (agarna Katolik)
2. Ny. Indar Astuti Pranowo (agama Katoiik)
3. Fi Dewi Laksrmi Sugianto (agama Katolik)
4. Bemadeta Harini Tri Prasasti (agama Katolik)
5. Lucas lndriya (agama Katolik)

Objek sengketa perkara warisan ini adalah sebidang tanah SHM Nomor 924 atas nama Martadi Hindrolesono luas 1.3 19 M2 Jln. Prawirotaman Mg III/593 Yogyakarta, setelah H. Martadi Hindrolesono meninggal dunia 17 Nopember 1995 dengan meninggalkan ahli waris sebagai berikut:

1. Ny. Jazilah (istri)
2. Subandiyah Amar Asof, SH - ahli waris pengganti
3. Sri Haryanti - ahli waris pengganti
4. Bambang Hendriyanto - ahli waris pengganti
5. Putut Bayendra - ahli waris pengganti
6. Sri Haryanti - ahli waris pengganti
7. Ny. Hj. Danusubroto - ahli waris
8. Ny. Hindrowinoto - ahli waris
9. Bambang Wahyu Murti - ahli waris pengganti
10. Ferlina Widyasani - ahli waris pengganti
11. Yulia Yudantari - ahli waris pengganti

Pembagian harta warisan dalam perkara ini, maka Ny. Jazilah Martadi Hindroleksono sebagai janda 1/4 (seperempat) bagian, sedangkan “Ahli waris” dan “Ahli waris pengganti” huruf ‘b” s/d huruf “k” tersebut diatas mendapat ¾ (tiga perempat) bagian, maka Putusan Hakim Pertama Pengadilan Agama dapat dikuatkan.

**MAHKAMAH AGUNG RI :**

Putusan Pengadilan Tinggi Agama tersebut diatas ditolak oleh para tergugat, selanjutnya tergugat mengajukan kasasi dengan pertimbangan hukum yang dikemukakan dalam memori kasasi. Pertimbangan Majelis Hakim Agung yang mengadili perkara kasasi ini dalam putusannya, yang intisarinya demikian:

Bahwa keberatan kasasi ad. 5 memori kasasi tidak dapat dibenarkan, karena *yudex facti* telah salah menerapkan hukum. Namun demikian, Majelis Mahkamah Agung berpendapat bahwa putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta harus diperbaiki karena seharusnya pengadilan tinggi agama tersebut memperbaiki amar putusan pengadilan agama mengenai ahli waris yang non Islam, di mana mereka ini berhak mendapat warisan berdasar “*Wasiat wajibah*” yang kadar bagiannya sama dengan ahli waris muslim.

Atas pertimbangan di atas maka Mahkamah Agung memberi putusan yang amarnya sebagai berikut:

Mengadili:

Menolak permohonan kasasi dan Pemohon kasasi dengan perbaikan amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta Nomor 007/Pdt.G/1998/PTA.Yk. sehingga berbunyi sebagai berikut:

Menyatakan bahwa permohonan banding Pembanding dapat diterima.

Dalam Eksepsi:

Menolak Eksepsi Tergugat I, Tergugat II, Tergugat III, Tergugat IV, Tergugat V, Tergugat VI, Tergugat VII, Tergugat VIII, Tergugat IX, Tergugat X, Tergugat XI, Tergugat XII, Tergugat XIII, Tergugat XIV, Tergugat XV, seluruhnya;

Dalam pokok perkara:

Mengabulkan gugatan Penggugat sebagian;

Menyatakan secara hukum bahwa H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo telah meninggal dunia tanggal 17 Nopember 1995 dalam keadaan tetap sebagai pemeluk agama Islam;

Menetapkan secara hukum bahwa penggugat (Ny. Jazilah Martadi Hendrolesono binti Cokrolesono) adalah ahli waris (janda) dari H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo;

Menyatakan secara hukum bahwa sebidang tanah dengan bangunan sertifikat Hak Milik Nomor: M. 924/Btk dengan gambar situasi Nomor: 3572 tanggal 3 September 1990 yang dikeluarkan oleh Kantor Pertanahan Kotamadya Yogyakarta seluas 1.319 M2 atas nama Martadi Hendrolesono yang ter1etak di jalan Prawirotaman Mg. III/593, Kel. Brotukusuman, Kec. Mergangsan Kotamadya Yogyakarta, dengan batas-batas sebagai berikut: Sebelah Utara:

Tanah Nomor: I 25.SU.2544/I 986 Sebelah Selatan: Jalan Kampung; Sebelah Timur: Tanah Pers. 170.SU.1387/1938; Sebelah Barat: Tanah pers 1256.H.M.922/923 GS.3571/1990; adalah merupakan harta warisan dari H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo;

Menyatakan bahwa Penggugat berhak memperoleh ¼ (seperempat) bagian dari harta warisan H. Martadi Hindrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo sebagaimana tersebut dalam angka 4,

Menyatakan secara hukum bahwa disamping penggugat ada ahli waris Martadi Hindrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo adalah:

Subandiyah Amar Asof, SH binti Setjeno Hindro (Tergugat I) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung 1aki-laki;

Sri Haryanti binti Setjono Hindro (Tergugat II) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Bambang Hendriyanto bin Setjono Hindro (Tergugat IV) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung !aki-laki;

Putut Bayendra bin Setjono Hindro (Tergugat V) ahli waris pengganti dari saudara kandung 1aki-1aki

Sri Hendriyanti binti Setjono Hindro (Tergugat VI) sebagai ahli wanis pengganti dari sadara kandung laki-1aki;

Ny. Dusubroto binti M. Ng. Djojosoewirjo (Tergugat VIII) sebagai ahli waris saudara kandung perempuan;

Ny. Hendrowinoto binti M. Ng. Djojosoewirjo (Tergugat IX) ahli waris saudara kandung perempuan;

Bambang Wahyu Murti bin Hindrotriwirjo (Tergugat XI) ahli waris pengganti dari saudara kandung perempuan;

Ferlina Widyasari binti Pantoro (Tergugat XIII) ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Yulia Yudantari binti Pantoro (Tergugat XIV) ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Ny. Cicilia Sri Draswasih binti Setjono Hindro (Tergugat III);

Indar Astuti Pranowo binti Hindro Werdoyo (Tergugat IV);

Fi Dewi Laksmi Sugianto bin Ny. Hendro Triwirjo (Tergugat X);

Bernadeta Harini Tri Prasasti bin Ny. Hendro Triwirjo (Tergugat XII);

Lucas Indriya bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo (Tergugat XV);

Kesemua berhak memperoleh 3/4 (tiga perempat) bagian dari harta waris H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo sebagaimana tersebut dalam angka 4;

Memerintahkan kepada Penggugat dan para Tergugat tersebut sebagai ahli waris untuk mentaati dan melaksanakan pembagian atas harta warisan H. Martadi Hindrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo sebagaimana tersebut;

Menolak gugatan Penggugat selebihnya;

Menghukum para Tergugat untuk membayar biaya perkara sebesar Rp.473.600,- (Empat ratus tujuh puluh tiga ribu enam ratus rupiah);

Menghukum para Pembanding untuk membayar biaya perkara di tingkat banding sebesar Rp. 50.000,- (Lima puluh ribu rupiah);

Menghukum Pemohon Kasasi akan membayar biaya perkara dalam tingkat kasasi ini ditetapkan sebanyak 100.000,- (Seratus ribu rupiah).

1. **Analisa Putusan Mahkamah Agung RI Nomor 51 K/AG/1999**

Uraian di atas dapat dipahami bahwa kedua orang tua dan krabat yang tidak mewarisi yang salah satunya disebabkan tidak beragama Islam, kepadanya wajib diberi bagian dari harta peninggalan si pewaris yaitu dengan pemberian *wasiat wajibah* kepada saudara kandung yang *non* muslim dengan kadar bagiannya sama dengan ahli waris yang muslim dan untuk ahli waris pengganti.

1. **Wasiat Wajibah**

Putusan Mahkamah Agung yang memberikan porsi bagian waris kepada ahi waris non muslim merupakan tindakan yang adil dan bijaksana. Meskipun .dalam menetapkan putusannya tersebut tidak mengemukakan dasar hukum yang jelas. Jika diteliti amar putusan diatas, terlihat bahwa saudara kandung non muslim yang menerima harta peninggalan melalui *wasiat wajibah*, adalah : Ny. Cicilia Sri Draswasih (agama Katolik), Ny. Indar Astuti Pranowo (agama Katolik), Fi Dewi Laksmi Sugianto (agama Katolik), Bernadeta Harini Tri Prasasti (agama Katolik), dan Lucas Indriya (agama Katolik).

Setidaknya, putusan Mahkamah Agung itu telah memberikan gambaran positip bahwa hukum Islam tidak Eksklusif dan diskriminatif, yang seolah-olah menempatkan warga negara non muslim sebagai warga negara kelas dua di depan hukum. Dengan diterbitkannya putusan Mahkamah Agung Nomor 51.K/Pdt.AG/1999, menimbulkan pro dan kontra. Disatu pihak, menilai putusan tersebut untuk memberikan kepercayaan kepada warga negara non muslim terhadap Pengadilan Agama, yang selama ini menganggap Pengadilan Agama hanya berpihak kepada warga negara muslim saja. Sekarang tidak ada lagi khawatiran bagi warga negara non muslim untuk menyelesaikan perkara waris di Pengadilan Agama, sebab mereka yakin pasti akan mendapatkan bagian yang sesuai dengan ahli waris yang muslim lainnya.

Dipihak lain, putusan tersebut sangat disayangkan karena Mahkamah Agung sebagai benteng terakhir bagi para pencari keadilan hanya menetapkan hukum tanpa terlebih dahulu mengemukakan dasar-dasar argumentasi lahirnya putusan tersebut, dan ini adalah merupakan preseden yang buruk bagi dunia peradilan di Indonesia, terutama bagi para praktisi hukum yang ada di bawah ketika menemukan suatu kasus yang agak rumit dan sulit untuk mencari dalil-dalil yang sesuai dengan putusan tersebut, mereka dikhawatirkan hanya akan membuat satu putusan tanpa terlebih dahulu mempertimbangkan bagaimana tentang hukumnya.

Pengadilan agama telah mengeluarkan saudara kandung yang non muslim sebagai ahli waris. Bahkan, Putusan pengadilan tingkat pertama dikuatkan oleh pengadilan tingkat banding, dengan demikian putusan dalam tingkjat *yudex facti* telah sepakat mengeluarkan ahli waris saudara kandung yang non muslim untuk tidak mendapat bagian dari harta warisan tersebut, akan tetapi Mahkamah Agung telah berpendapat lain dalam pertimbangannya.

Mahkamah Agung memperbaiki amar putusan Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta yaitu mengenai ahli ahli waris yang non muslim, mereka berhak mendapatkan *wasiat wajibah* yang kadar bagiannya sama dengan bagian ahli waris yang muslim.

Kewajiban melaksanakan *wasiat wajibah* itu tidak hanya sebagai tanggung jawab seseorang dalam melaksanakan perintah agama, tetapi juga dapat dilaksanakan apabila ia lalai melaksanakannya karena sudah menyangkut kepentingan umum. Meskipun putusan Mahkamah Agung yang memberkan porsi bagian harta peninggalan pewaris muslim kepada ahi waris non muslim hanya didasarkan kepada mazhab minoritas dalam khasana pemikiran Islam, tetapi patut dihargai sebab hal itu merupakan suatu hasil ijtihad dalam rangka pembaharuan hukum Islam agar hukum Islam tidak kehilangan jati dirinya.

Melakukan pembaharuan hukum Islam merupakan suatu keharusan sesuai dengan fikih dan kaidah, tanpa mengorbankan prinsip-prinsip syariat Islam yang bersifat universal. Pembaharuan hukum Islam dalam bidang kewarisan yang dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dalam kaitannya dengan memberikan harta peninggalan pewaris Islam kepada pewaris non muslim dengan *wasiat wajibah* adalah pembaharuan yang bersifat terbatas, yaitu tetap memposisikan ahli waris non muslim sebagai orang yang terhalang mendapatkan waris sebagai *ijma’* para ulama.

1. **Ahli Waris Pengganti**

Istilah ahli waris pengganti dalam wacana hukum Islam di Indonesia pertama kali muncul dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) sebagaimana disebutkan dalam pasal 185 KHI yang berbunyi :

1. Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya , kecuali mereka yang disebut dalam pasal 173.
2. Bagian bagi ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.

Martadi Hindrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo hanya meninggalkan istri tanpa keturunan, maka harta warisan selain diwarisi oleh istrinya yaitu Ny. Jazilah Martadi Hendrolesono binti Cokrolesono, sisanya diberikan kepada saudara-saudara kandungnya, yang mana saudara kandungnya sebagian sudah terlebih dahulu meninggal dunia. Dalam kasus diatas kedudukan saudara kandung tersebut digantikan oleh keturunannya dengan menempati sebagai ahli waris pengganti.

Mereka itu adalah: Subandiyah, Amar Asof, SH binti Setjono Hindro (Tergugat I) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki, Bambang Hendriyanto bin Setjono Hindro (Tergugat IV) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki; Putut Bayendra bin Setjono Hindro (Tergugat V) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki; Sri Hendriyanti binti Setjono Hindro (Tergugat VI) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki; Bambang Wahyu Murti bin Hindro Triwiryo (Tergugat XI) sebgai ahli waris pengganti dari saudara kandung perempuan, Ferlina Widyasari binti Pantoro (Tergugat XIII) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki; YuliaYudantari binti Pantoro (Tergugat XIV) sebagai ahli waris pengganti dari saudara kandung laki-laki;

Pasal 185 KHI tersebut ternyata telah mengatur sistim kelembagaan penggantian tempat, yang tidak dikenal dalam sistim hukum *faraid.* Artinya*,* KHI melakukan sikap kompromi dengan mengakomodir hukum Barat dan hukum adat.

Hukum Islam di Indonesia memungkinkan terjadinya pergantian tempat dalam warisan, walaupun dalam paham yang lain, hal yang demikian tidak dikenal dalam hukum Islam.

“Penggantian tempat (plaatsvervulling) ini dalam kewarisan KHI merupakan terobosan terhadap pelenyapan hak cucu atas harta warisan ayah apabila ayah terlebih dahulu meninggal dari kakek”.[[61]](#footnote-62)

Atau posisi cucu sebagai *zawil arham* akan menggantikan posisi ibunya yang terlebih dahulu meninggal dunia. Dalam hukum waris disebutkan bahwa cucu laki-laki dari anak perempuan dan cucu perempuan dari anak perempuan, anak-anak saudara perempuan sekandung maupun satu ayah ataupun satu ibu dinamakan zawil arham, kepada mereka tidak mendapatkan hak pusaka bila masih ada zawil furud dan baru bisa mendapatkan pusaka apabila tidak ada sama sekali ahli waris yang berhak untuk mendapatkan warisan maupun ashabah.

Fatchur Rahman menyebutkan bahwa Ulama jumhur menetapkan dua syarat kewarisan zawil arham agar mereka tampil sebagai ahli waris:

1. Sudah tidak ada *ashabul furud* atau ashabah sama sekali
2. Apabila *ashabul furud* yang mewarisi bersama-sama dengan zawil arham itu salah seorang suami istri, maka salah seorang suami istri mengambil *fard*nya terlebih dahulu, baru kemudian sisanya diterimakan kepada *zawil arham.[[62]](#footnote-63)*

Upaya menerobos tentang konsep *zawil arham* ini maka KHI menawarkan satu konsep yaitu ahli waris pengganti, di mana kedudukan zawil arham bisa menggantikan kedudukan orang tuanya, apabila orang tuanya telah terlebih dahulu meninggal dunia dibandingkan si pewaris.

Konsep tentang ahli waris pengganti ini diadopsi KHI dari teori hukum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Sebagaimana dalam Kitab Undang-Undang hukum Perdata dikenal tiga macam penggantian yaitu: “Penggantian dalam garis lurus kebawah, penggantian dalam garis kesamping dan penggantian dalam garis kesamping menyimpang.”[[63]](#footnote-64) Tentang penggantian ini telah diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (BW) mulai pasal 841 sampai dengan pasal 847.[[64]](#footnote-65)

Pelembagaan penggantian ahli waris ini dalam KHI dilakukan dengan cara modifikasi yaitu:

1. Pelembagaannya melalui pendekatan kompromistis dengan hukum barat atau nilai-nilai hukum Eropah.
2. Cara perkembangannya tidak mengikuti pendekatan berbelit melalui bentuk wasiat wajibah seperti yang dilakukan beberapa negara, seperti di Mesir. Tapi langsung secara tegas menerima kompromi yuridis ahli waris pengganti.
3. 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 yang digantikannya.

Putusan menempatkan ahli waris pengganti dalam kasus diatas adalah sesuai dengan aturan sebagaimana termuat dalam KHI yang sekaligus juga merupakan pembaharuan hukum kewarisan di Indonesia.

Lahirnya putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia nomor : 51K/AG/1999, tampaknya akan menjadi acuan yang terus berkesinambungan oleh majelis hakim dibawahnya dalam memutus perkara-perkara kewarisan bagi ahli waris yang berbeda agama. Sebab lahirnya putusan Mahkamah Agung nomor : 51 K/AG/1999 untuk memberikan solusi yang ingin menegakkan hukum sesuai dengan *faraid* yang tidak mentolerir tentang kedudukan beda agama sebagai penghalang untuk saling mewarisi, tapi realitanya dalam kehidupan tidak sedikit dalam sebuah keluarga di dalamnya di huni oleh anggota-anggota keluarga yang berlainan agama atau keyakinan.

Keadaan ini tentunya harus dicari jalan keluarnya terutama bila dikaitkan bahwa semangat hukum warisan dalam konteks peralihan harta kekayaan dari orang yang telah meninggal dunia kepada kaum krabat atau atau ahli warisnya yang masih hidup dikembalikan kedalam konteks keluarga baik karena hubungan perkawinan maupun karena hubungan nasab.

Para ulama telah sepakat bahwa ayat-ayat tentang kewarisan adalah tergolong ayat-ayat yang *muhkamat* (jelas penetapan hukumnya) atau *qat’i* (pasti hukumnya) sehingga tidak mungkin lagi untuk dilakukan ijtihad atau perubahan, dan yang harus dilakukan adalah mengikuti apa adanya. Namun dari segi aplikasinya maka ayat-ayat tentang kewarisan tersebut tergolong *zanni*, disebut demikian karena pelaksanaanya hanyalah merupakan salah satu pilihan, ketika sebuah keluarga sebagai ahli waris sepakat untuk memilih jalan lain dengan landasan kesepakatan, kerelaan bersama dan mempertimbangkan kemaslahatan dan keutuhan keluarga, mereka sama sekali tidak dianggap menyalahi atau menentang Alquran, dan keluarga tersebut sama sekali tidak berdosa atas kesepakatan yang telah mereka buat untuk mencari alternatif lain.

Paling sempurna adalah terlebih dahulu menegakkan hukum Allah sebagaimana yang tercantum dalam *faraid* karena pada hakikatnya tidak diketahui hikmah apa yang terkandung dalam aturan tersebut, baru setelah itu demi menjaga keutuhan dan ketentraman dalam sebuah keluarga dicari jalan kompromi yang lebih baik dan memenuhi rasa keadilan bagi mereka.

Pemberian *wasiat wajibah* kepada saudara kandung yang non muslim dalam konteks menjaga keutuhan keluarga dan mengakomodir adanya realitas sosial di masyarakat Indonesia bila ditinjau dari segi kemaslahatan patut dipertimbangkan dan boleh jadi terkait dengan maksud ajaran Islam yaitu memenuhi rasa keadilan.

Hukum kewarisan yang ada di Indonesia bila dikaitkan dengan bunyi pasal 50 Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang bolehnya hak opsi (memilih hukum apa yang akan diberlakukan terhadap harta warisan), maka dalam hukum waris di Indonesia seorang muslim dapat menjadi ahli waris dari orang tua atau saudara-saudaranya yang non muslim bila dia mengajukan perkaranya ke peradilan umum dan hal itu dibenarkan dalam undang-undang, dan ketika hal itu terjadi pada orang-orang non muslim.

Sementara hukum kewarisan yang diatur dalam Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 maupun KHI di tentukan bahwa hukum kewarisan yang berlaku adalah sesuai dengan hukum si pewaris, dengan demikian tertutuplah bagi mereka untuk mendapatkan hak kekayaan dari orang tua atau saudaranya yang muslim karena terhalang berbeda agama, apabila perkaranya diajukan ke pengadilan agama. Kehadiran putusan Mahkamah Agung RI nomor : 51 K/AG/1999 telah memberikan solusi yang dirasa cukup memberikan keadilan.

Perbedaan pendapat yang ditemukan dalam penelitian ini dalam pemberian wasiat kepada kaum krabat yang berbeda agama dengan si pewasiat. Adalah ulama Syafi’I mengatakan bahwa wasiat seorang muslim kepada seorang kafir harbi adalah sah. Sedangkan mazhab Hanafi dan mayoritas Imamiyyah mengatakan tidak sah.[[65]](#footnote-66) Pendapat Ibnu Hazm: wajib hukumnya berwasiat kepada orang tua atau krabat yang berlainan agama dengan si pewaris.[[66]](#footnote-67) Sedangkan At-Thbari berpendapat mengutip pendapat Ibnu Munzir bahwa boleh hukumnya untuk berwasiat kepada kedua orang tua yang tidak mendapat warisan.

Diakui oleh para ulama fikih karena hal ini merupakan lapangan *ijtihad*. Dalam kenyataan yang berkembang dimasyarakat bahwa kehadiran putusan itu ternyata tidak sejalan dengan pendapat ulama Jumhur yang banyak dipakai dikalangan masyarakat, tapi malah lebih dekat kepada pendapat Ibnu Hazm dari kalangan Mazhab Zahiri sebagaimana diuraikan di atas.

Permasalahannya sekarang bagaimana kedudukan yurisprudensi dalam sistim hukum di Indonesia, di mana putusan ini lahir dari sebuah institusi peradilan yang tertinggi yaitu Mahkamah Agung, dan hal ini tentunya akan diikuti dan dijadikan acuan dan rujukan oleh pengadilan yang ada dibawahnya apakah pengadilan tinggi sebagai pengadilan tingkat banding maupun oleh pengadilan tingkat pertama.

Tidak ada perbedaan Yurisprudensi dalam sistim *Civil and Common Law* dengan *legal science* (ilmu hukum).[[67]](#footnote-68) Sedang di Indonesia yurisprudensi adalah putusan yang sudah berkekuatan hukum tetap, istilah ini berasal dari bahasa Belanda dengan kata “*Jurisprudentie*” yang artinya putusan-putusan hakim.[[68]](#footnote-69) Bagi Negara yang menganut sistimnya *Common law* seperti di Inggris yurisprudensi sangat terikat dengan azas “Stare Decicis” yaitu suatu azas bahwa keputusan hakim terdahulu harus diikuti oleh hakim yang memutus hukum kemudian dalam perkara yang sama sebelumnya.[[69]](#footnote-70)

Sementara di Indonesia tidak menganut *Common law Sistem* tetapi menganut *Civil law Sistim*/Sistim Eropah Kontinental, di mana dalam perkembangan dan pembentukan hukum di Indonesia dibuat dalam bentuk tertulis, tersusun secara bulat dan sistematis, hal ini sebagai akibat Indonesia sebagai bekas jajahan negeri Belanda yang sistim hukumnya menganut Roman Law system, bahkan pada umumnya para ahli hukum Indonesia menganggap secara tegas sistim hukum di Indonesia digolongkan pada *Roman Law Sistem.*

Kedudukan Yurisprudensi di Indonesia sebagai sumber hukum dalam praktek dapat diterima oleh hampir seluruh ahli hukum bahkan praktisi hukum disamping tiga sumber hukum yang lainnya, yaitu: Undang-undang, kebiasaan, Doktrin atau pendapat ahli hukum.

Kebanyakan masyarakat beranggapan putusan hakim dalam suatu perkara yang didasarkan atas ijtihadnya atau berdasarkan yurisprudensi ketika bertentangan dengan fikih dianggap tidak benar, hal ini didasarkan karena anggapan yang ada di masyarakat bahwa kedudukan fikih lebih kuat, lebih baik dan lebih konstan dibandingkan dengan yurisprudensi.

Berdasarkan perkembangan sejarah hukum Islam bahwa fikih sebagai produk *ijtihad* dapat berubah seperti dalam karakternya karena mengandung dimensi ruang dan waktu. Hukum berubah seiring dengan perubahan waktu, tempat, kondisi sosial, niat/tujuan dan tradisi.

Apabila hukum dihadapkan pada perubahan sosial, ia akan menempati salah satu dari dua fungsi, yaitu pertama: bisa berfungsi sebagai sarana kontrol sosial dalam hal ini hukum dilihat sebagai sarana untuk mempertahankan stabilitas sosial, kedua, hukum bisa berfungsi sebagai sarana untuk mengubah masyarakat, dalam hal ini hukum dilihat sebagai sarana pengubah struktur sosial, yakni :

“Apabila perubahan sosial terlambat dari pada perubahan hukum, sehingga hukum dengan segala perangkatnya memainkan peran untuk membawa masyarakat kedalam suatu tatanan baru”.[[70]](#footnote-71)

Pemberian *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim dapat dikatagorikan sebagai pembaharuan hukum untuk mengikuti perubahan sosial. Dengan demikian pandangan sementara masyarakat yang mengatakan bahwa kedudukan fikih lebih kuat dan konstan dibanding yurisprudensi tersebut diatas tidak dapat diterima.

Hakim berijtihad dan memutuskan perkara melalui pendekatan baru yaitu kajian hukum melalui *maqasidu al-syari’ah* (tujuan-tujuan syari’ah) maka hasilnya adalah merupakan trobosan baru untuk mengembangkan hukum Islam yang berkarakter dan berciri khas Indonesia.

“Sebenarnya lahirnya yurisprudensi untuk mencari solusi alternatif terhadap permasalahan yang belum dikaji oleh para mujtahid dalam kitab-kitab fikih atau berusaha menyempurnakan berbagai hal yang telah dihasilkan mereka”.[[71]](#footnote-72)

Antara yurisprudensi dengan ilmu Fikih bukan merupakan sesuatu yang harus diperselisihkan, atau mengambil salah satu kemudian membuang yang lainnya. Adanya putusan yang dianggap bertentangan dengan hasil ijtihad tidak dapat dikatakan bertentangan dengan fikih, karena yang didahulukan adalah kemaslahatan ummat.

Putusan Mahkamah Agung yang juga menjadi acuan bagi putusan pengadilan dibawahnya yang menetapkan memberikan *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim haruslah diterima.

Menurut Muhammad Imarah, hakim adalah para *mujtahid* yang memiliki mandat yang mereka pegang, mereka dapat menciptakan hukum-hukum yang berkekuatan yang dinilai sebagai hukum-hukum Allah bagi diri mereka dan orang-orang yang diwajibkan mematuhinya, karena hukum itu lahir dari orang yang telah diberikan kewenangan oleh Allah swt untuk berijtihad dan memutuskan hukum dalam rangka syariat Allah.[[72]](#footnote-73)

Kemaslahatan adalah merupakan tujuan pokok dari hukum Islam, peranan maslahat dalam menetapkan hukum sangatlah dominan dan menentukan, oleh karena itu semua produk hukum Islam, baik yang bersumber dari dalil yang disepakati maupun dari dalil yang diperselisihkan tidak satupun yang terlepas dari prinsip untuk mewujudkan kemaslahatan ummat.

Pendapat mana pun yang dipilih oleh hakim maka pihak yang berperkara akan menerimanya, yang lebih bijaksana apabila hakim memilih pendapat yang lebih kuat argumentasi hukumnya baik ditinjau dari segi filosofis, yuridis maupun sosiologisnya, sehingga dengan demikian meskipun pada dasarnya wasiat itu adalah sukarela dan bersifat pribadi akan tetapi oleh kekuasaan melalui putusan hakim dalam kondisi yang ditentukan dinyatakan bahwa seseorang wajib berwasiat kepada saudara kandungnya yang non muslim. Ditinjau dari segi kemaslahatan yang dipadankan dengan nilai-nilai universal yang sekiranya tidak bertentangan dengan ajaran pokok Islam yang berarti bahwa semua orang akan merasakan kemaslahatannya, tanpa membedakan jenis, etnis dan bahkan juga agama.

1. **Perkembangan Hukum Islam Di Indonesia Berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Nomor 51 K/AG/1999**

Sebuah negara Islam hak-hak fundamental tiap warga negara dilindungi, tidak melihat dengan agama dan kepercayaan mereka. Setiap warga negara dalam negara Islam, apakah muslim atau non muslim diperlukan dengan persamaan hak yang absolute dalam setiap hal.

Pendapat para ahli hukum dikalangan mazhab Maliki adalah merupakan kewajiban seorang hakim Islam untuk mempertahankan persamaan hak antara pihak yang bertikai bahkan jika salah satunya bukan penganut Islam. Pendapat ini adalah sama dengan pendapat ahli hukum Islam yang lain yang menyatakan bahwa:

“Dimana ada salah satu pihak dalam sebuah perselisihan adalah penganut Islam dan yang lainnya bukan penganut Islam, seorang hakim tidak boleh memulai pemerosesan sebelum pihak yang menganut Islam duduk sejajar dengan lawannya yang bukan penganut Islam”.[[73]](#footnote-74)

Berlawanan dengan hal ini, para ulama penganut mazhab Syafi’I tidak setuju dengan persamaan hak yang absolute antara orang Islam dan non Islam dalam penyelesaian perkara di Pengadilan. Mereka berpendapat bahwa ada perbedaan antara orang Islam dan non Islam berkaitan dengan tempat duduk mereka di Pengadilan.[[74]](#footnote-75)

Tentang berbeda agama yang dimaksud bagi non Islam dilarang mewarisi harta orang Islam, sebaliknya mereka berbeda pendapat tentang boleh tidaknya orang Islam mewarisi orang non Islam. Jika pada kasus pertama merujuk kemungkinan terjadinya murtad seorang muslim dari agama Islam berarti terhadap ayah, saudara dan anaknya yang beragama Islam ia tidak ada lagi hak untuk mewarisinya (Sebagai fenomena yang mungkin terjadi dalam kehidupan), maka pada kasus kedua boleh jadi dalam keluarga seorang yang non Islam, seperti seorang anak laki-lakinya masuk Islam maka bagi kelompok Sunni hubungan kewarisan tetap menjadi terputus dan sebaliknya, bagi kelompok Syiah Imamiyah berpendapat bahwa ia tetap berhak untuk mewarisi orang tuanya yang kafir.[[75]](#footnote-76)

Persoalan yang dihadapi oleh peradilan agama adalah tentang hukum materiilnya, hukum positif yang harus diterapkan oleh peradilan agama untuk menyelesaikan kasus-kasus yang diajukan kepadanya. Hukum materiil yang diterapkan di peradilan agama adalah hukum Islam. Menurut M. Yahya Harahap bahwa satu azas peradilan agama adalah azas personalitas ke Islaman.[[76]](#footnote-77)

Azas Personalitas ke Islaman adalah yang tunduk dan dapat ditundukkan kepada kekuasaan lingkungan peradilan agama hanya mereka yang mengaku dirinya pemeluk agama Islam.[[77]](#footnote-78)

Persoalannya, masih ada hakim di peradilan agama yang menggunakan fikih dengan syariah untuk memutus perkara diperadilan agama. Akibatnya, lahir berbagai keputusan peradilan agama yang berbeda-beda (*disparatis*) untuk perkara yang sama, sehingga tidak ada kepastian hukum. Jika hal ini terus berlangsung, maka kepercayaan masyarakat untuk mencari keadilan berdasarkan hukum Islam ke Pengadilan agama akan menyurut. Untuk mengatasi persaoalan ini sudah jelas harus ada “Suatu hukum yang dijadikan pedoman bagi hakim peradilan agama dalam membuat keputusan.

Perubahan hukum Islam telah terjadi dalam bidang-bidang tertentu yang disebabkan karena nilai-nilai yang terkandung dalam fikih sudah tidak mampu lagi memberikan solusi terhadap berbagai masalah baru yang pada waktu fikih ditulis oleh para fuqaha masalah-masaah baru itu belum terjadi atau belum ada.

Sebagai contoh adalah perkawinan yang ijab kabulnya dilakukan melalui telepon, pemberian waris untuk ahli waris yang berbeda agama dengan pewaris. Mendudukan anak angkat sebagai orang yang dapat menerima harta waris dengan *wasiat wajibah*, wakaf dalam bentuk uang tunai, dan sebagainya.

Saat ini perubahan telah terjadi dalam berbagai bidang lainnya, akibat majunya tehnologi, informasi, industri dan dalam berbagai bidang ilmu pengetahuan lainnya. Hal ini mendorong negara untuk mengaturnya dalam peraturan perundang-undangan agar tidak terjadi kekacauan.

Nilai-nilai fikih yang telah diperbaharui dan yang telah dijadikan peraturan perundang-undangan hukum postif, baik yang dibuat melalui legislatif maupun keputusan eksekutif. Menjadikan nilai-nilai fikih dalam bentuk perundang-undangan sebagai hukum positif merupakan konsekuensi negara Indonesia mengikuti sitim hukum Romawi (*Romawi Law System*).

Peraturan perundang-undangan yang telah dijadikan hukum positif oleh negara merupakan sumber hukum bagi hakim dalam memutus perkara dan hakim tidak boleh menyimpang dari ketentuan ini.[[78]](#footnote-79)

Hakim menganggap dalam pereturan hukum itu tidak jelas, ia diharuskan untuk melakukan penafsiran terhadap pasal-pasal yang berbeda jika itu ada, ia dapat ditempatkan dalam peristiwa yang konkrit. Apabila kasus yang dihadapi belum ada hukumnya, ia diwajibkan untuk menciptakan hukum baru dengan *ijtihad* dengan menggali hukum yang hidup dalam masyarakat.

Menurut Qodri Azizy ada beberapa keuntungan yang dapat diperoleh dari usaha menjadikan nilai-nilai fikih dalam peaturan perundang-undangan, antara lain:

1. Dalam bentuk peraturan perundang-undangan materi hukum lebih mudah didapatkan dan dijadikan pedoman karena bentuknya yang tertuilis dan terkodifikasi.
2. Dalam banyak hal peraturan perundang-undangan telah menjadi kodifikasi dan unifikasi hukum yang berlaku secara nasional dan tidak lagi dibatasi oleh daerah, suku dan golongan tertentu.
3. Lebih mudah dipahami dan jika ada ungkapan yang harus ditafsirkan inipun jauh lebih mudah dari pada menafsirkan hukum yang tidak tertulis dan juga banyak menimbulkan perdebatan dalam penemuannya, apalagi dalam menafsirkannya.
4. Resiko dari penegak hukum lebih kecil dibandingkan dengan keberhasilan untuk mempergunakan hukum yang tidak tertulis, atau keberanian untuk menggunakan ijtihad dalam menemukan hukum, atau juga tuduhan bahwa penegak hukum telah melanggar undang-undang.[[79]](#footnote-80)

Kehadiran putusan Mahkamah Agung RI Nomor 51 KJAG/1999 untuk menciptakan “standar hukum”. Yurisprudensi yang benar-benar mengandung unsur rasional, praktis dan aktual dapat dijadikan sebagai standar hukum mengenai kasus tertentu dalam kehidupan peradilan suatu bangsa. Jika dalam suatu peraturan perundang-undangan yang telah dijadikan hukum positif tidak mengatur secara konkrit suatu permasalahan yang dihadapi oleh masyarakat, hakim harus berperan menciptakan hukum baru yang sesuai dengan perkembangan dan kebutuhan masyarakat.

Putusan tersebut harus dipedomani bersama sebagai rujukan dalam menyelesaikan sengketa kasus yang sama tanpa mengurangi penilaian dan pertimbangan yang bersifat “*variable*” sesuai dengan “*particular reason*” yang terkandung didalamnya.

Kekhasan sebuah agama yang dipraktikkan oleh pemeluknya bukanlah merupakan suatu ancaman bagi pemeluk dan eksistensi agama yang lainnya, karena itu adalah merupakan ajaran hampir setiap agama untuk tidak saling bermusuhan dengan pemeluk agama yang lain, tetapi hal ini sering disalah pahami ketika sebagian oknum dan sebuah agama tertentu melakukan perbuatan yang seolah-olah mengancam eksistensi dan keberadaan pemeluk agama yang lain.

Adanya upaya pembaharuan hukum yang dilakukan Mahkamah Agung dengan memberikan *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim adalah pembaharuan yang sifatnya terbatas, yaitu dengan tetap mendudukkan posisi ahli waris non muslim sebagai orang yang terhalang untuk mendapatkan warisan karena berbeda agama, tetapi mereka tetap mendapatkan bagian dari harta peninggalan saudara kandungnya yang muslim adalah dengan jalan wasiat wajibah. Ada satu upaya yang ingin dilakukan Mahkamah Agung dengan putusan ini adalah untuk memberikan gambaran yang positif bahwa hukum Islam tidak ekslusif dan diskriminatif terhadap pemeluk agama yang lain.

Sebaliknya apabila ahli waris dari non muslim tetap dipertahankan sebagaimana adanya yaitu mereka tetap terhalang untuk mendapatkan harta warisan, maka hukum Islam akan dipandang oleh pemeluk agama yang lain merupakan ancaman apabila hukum Islam ditransformasikan menjadi hukum nasional, dan hal ini tentu sangat merugikan hukum Islam itu sendiri, karena tentunya akan mendapat ganjalan yang sangat keras tidak saja dari kalangan non muslim mungkin dari kalangan muslim sendiri yang memiliki jalan pemikiran pluralisme.[[80]](#footnote-81)

Sistem hukum yang berlaku saat ini di Indonesia masih adanya pluralitas hukum tentang kewarisan, yang memungkinkan seorang non muslim dapat mewarisi dari pewaris muslim, tetapi sangat tertutup bagi ahli waris muslim untuk mendapatkan warisan dari pewarisnya yang non muslim.

Dilihat dari segi rasa keadilan tentunya hal ini tidaklah adil, pada satu sisi akan berakibat terjadinya kegoncangan sosial dan meretakkan ikatan keluarga diantara mereka yang berbeda agama, padahal salah satu dari fungsi hukum Islam adalah sebagai sarana untuk mengatur sebaik mungkin dan memperlancar proses interaksi sosial sehingga terwujudlah masyarakat yang harmonis, aman dan sejahtera, fungsi hukum ini dapat disebut *tanzim wa islah al ummah.[[81]](#footnote-82)*

Perbedaan agama sebagai penghalang untuk dapat saling mewarisi dalam hukum kewarisan sesuai dengan muatan hadist memang sudah tidak bisa dirubah lagi,. akan tetapi tentunya dalam perkembangan selanjutnya ketika realitas sosio kultural telah berbeda dengan masa pada saat hadis itu diturunkan hendaknya dibedakan dengan pembunuhan atau fitnah yang terbukti atau diakui oleh pelakunya, yang secara universal diakui dengan kejahatan terhadap manusia, sehingga apabila pelakunya dihukum tidak dapat mewarisi pewarisnya yang dibunuh, dianiaya, atau difitnah, maka tidak akan ada yang mengkritisi bahwa hukum Islam tidak adil.

Perbedaan agama bukanlah merupakan kejahatan terhadap kemanusiaan tetapi menyangkut keyakinan akan kebenaran ajaran suatu agama yang patut dihargai dan dihormati oleh siapapun sebagaimana Islam telah mengajarkan demikian. Oleh sebab itu, apabila ahli waris yang berbeda agama dengan pewarisnya yang muslim tidak mendapatkan bagian, maka hukum Islam akan dianggap sebagai hukum yang tidak adil.

Era reformasi ini, perubahan-perubahan harus sesuai dengan tuntutan demokrasi dan budaya bangsa. Hakim peradilan agama harus berani menciptakan hukum baru jika diketahuiada pasal-pasal daam hukum positif yang bertentangan dengan ketertiban, kepentingan umum dan kemaslahatan manusia. Hakim juga harus berani menciptakan hukum baru apabila ada masalah yang dihadapinya belum ada hukumnya yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Hakim harus melakukan *ijtihad* untuk menciptakan hukum baru atau mempertahankan yurisprudensi yang sudah ada. Tentang hal ini harus dilihat secara kasus perkasus, sebab setiap kasus secara prinsip mengandung spesifikasi tersendiri. Dan tidak ada perkara yang persis sama satu dengan yang lainnya. Juga tidak ada peraturan perundang-undangan yang bersifat eksak, tapi selalu bersifat relatif sesuai dengan ketentuan waktu, tempat dan keadaan.

Kenyataannya, para pembuat peraturan hukum hanya mampu membuat peraturan perundang-undangan itu bersifat umum yang apabila diletakkan pada tataran pilihan yang tidak sedikit memerlukan penafsiran untuk mendapat hukum yang konkrit, bahkan tidak sedikit terpaksa dikesampingkan karena sudah tidak sesuai lagi dengan kondisi dan situasi serta perkembangan zaman.

Bangsa Indonesia tidak dapat mengabaikan pluralitas bangsa, tapi, harus tetap dalam koridor Pancasila terutama harus dipedomani norma hukum dan norma dasar sila pertama Pancasila ialah petunjuk Tuhan Yang Maha Esa, diakui secara konstitusional bahwa kemerdekaan Indonesia adalah berkat Rahmat Allah swt. Karena pengakuan konstitusional tersebut, maka dalam negara Pancasila hukum agama menjadi hukum dasar dan merupakan bagian dari bahan baku hukum nasional.

Ciri demokratisasi meliputi keterlibatan masyarakat, kebebasan masyarakat dalam mengadopsi nilai-nilai untuk kehidupan masa depannya, dan faktor-faktor lain, termasuk di sini kompetisi bebas dalam percaturan nilai yang kemudian menjadi tatanan masyarakat atau bahkan menjadi sumber hukum.

Kalau masa sebelumnya kekuasaan eksekutif begitu dominannya sampai-sampai pada kemungkinan memberangus nilai dan jenis apa saja yang sekiranya tidak sesuai dengan keinginan dan dianggap merongrong kekuasaan, maka dalam era sekarang model dan polanya tidak lagi seperti dulu. Nilai-nilai agama termasuk hukum agama akan mempunyai kesempatan lebih luas untuk masuk ke dalam sistem sosial dan mewarnai sistem hukum nasional pada masa yang akan datang.

Upaya memperjuangkan hukum Islam menjadi hukum nasional adalah bukan perkara mudah, tetapi harus melalui koridor demokratis, dan dalam konteks ini usaha dengan cara demokratisasi juga mempunyai kesempatan dan fungsi yang sangat menentukan, dan ketika kompetisi itu terjadi yakni kompetisi antara tiga sistem hukum yang menjadi sumber bahan baku hukum nasional yaitu hukum Adat, hukum Islam dan hukum Barat, maka usaha secara konsepsional terhadap hukum Islam menjadi bagian strategi[[82]](#footnote-83) yang tidak dapat diabaikan.

Ketika kita berbicara untuk menjadikan hukum Islam sebagai sumber hukum nasional, maka diperlukan sistem kerja positifisasi hukum Islam yang dapat diterima secara keilmuan dan secara akademisi di dunia intelektual dapat diterima dalam proses demokratisasi.

Pembahasan mengenai arah kebijakan hukum nasional dalam era reformasi ini haruslah melihat kepada kebijakan politik mergenai pembangunan hukum yang telah disepakati sebagaimana tertuang dalam Garis-garis Besar Haluan Negara (GBHN 1999). Dalam GBHN ini disebutkan arah kebijakan politik hukum nasional sebagai berikut:

Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidak adilan gender dan ketidak sesuaiannya dengan tuntutan reformasi mnelalui program legislasi.

Di era reformasi ini jelaslah sudah dan diakui secara konstitusional bahwa hukum Islam adalah merupakan salah satu bahan baku sumber hukum nasional, di mana pembangunan hukum nasional merupakan masalah pokok yang senantiasa dihadapi oleh setiap bangsa, terutama di negara-negara yang sedang berkembang seperti di Indonesia, yang sudah hampir setengah abad lebih merdeka masih ada peraturan-peraturan yang dipakai peninggalan masa kolonial.

Hal ini merupakan indikasi bangsa Indonesia yang sudah merdeka ini belum mampu membangun jati dirinya dari aspek hukum. Keinginan melepaskan diri dari hukum yang lama untuk menciptakan hukum yang baru yang sesuai dengan azas nasional dan sesuai dengan karakter dan budaya nasional, merupakan pendorong motivasi didalam pembaharuan hukum.

Upaya pembaharuan itu ditujukan ke dalam konteks hukum Islam, maka yang dikatakan pembaharuan hukum Islam adalah upaya untuk melakukan penyesuaian-penyesuaian ajaran Islam di bidang hukum dengan kemajuan modern, sehingga hukum Islam dapat menjawab segala tantangan yang ditimbulkan oleh perubahan-perubahan sosial sebagai akibat perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi.

Tatanan sistem hukum nasional kita masih berpluralitas terutama dalam bidang hukum perdata, sebab masih berlaku pelbagai aturan hukum warisan kolonial disamping hukum Islam dan hukum adat, yang kemudian sebagaimana diuraikan di atas yang tercantum dalam GBHN tahun 1999 disepakati menjadi bahan baku penyusunan kodifikasi hukum nasional yang baru, sehingga kegiatan-kegiatan ke arah tersebut saat ini sangat urgent untuk dilaksanakan, kajian-kajian ilmiah dan kegiatan-kegiatan secara akademisi intelektual harus senantiasa digalakkan terutama bagi kalangan intelektual muslim dalam rangka mengisi hukum nasional.

Upaya untuk menjadikan hukum Islam sebagai hukum tertulis atau menjadi undang-undang dapat ditempuh dengan upaya menempatkan fikih sebagai ilmu hukum Islam. Fikih yang kaya dengan teori hukum secara materiil, lebih-lebih lagi dengan ikhtilaf para fukahanya dapat menjadi sumber hukum secara bebas untuk penyusunan hukum secara tertulis.

Disamping itu dapat juga diupayakan dengan melakukan penyusunan fikih dengan mempergunakan bahasa undang-undang seperti KHI, atau dalam istilah lain adalah pengkanunan hukum Islam, model seperti inilah yang semestinya diupayakan yang meliputi tidak saja hanya dalam hukum perdata akan tetapi meliputi semua jenis hukum termasuk hukum pidana, hukum dagang dan lain-lain.

Melalui yurisprudensi putusan hakim di pengadilan, hakim yang memutuskan suatu perkara dapat menyandarkan atau mengambil dasar-dasar pertimbangan hukumnya sesuai dengan keyakinannya dengan menggali nilai-nilai dari hukum Islam. Putusan Mahkamah Agung Nomor 51 KJAG/1999 adalah merupakan sumbangan tersendiri dalam upaya ini

1. **Kedudukan Yurisprudensi Dalam Pembentukan Hukum**

Selain undang-undang, kebiasaan dan perjanjian Internasional masih ada sumber hukum lain, yaitu yurisprudensi. Putusan Mahkamah Agung merupakan bukti nyata bahwa dalam hukum kewarisan Islam saudara kandung non muslim masih dapat memperoleh harta warisan dari pewaris muslim, tapi bukan sebagai ahli waris *Ashabul Furudh, Ashabah* maupun *dzawil al-arham*, melainkan karena pemberian *wasiat wajibah*.

Berdasarkan hukum baru tersebut, hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Dari ketentuan ini dapat dipahami bahwa para pembentuk peraturan perundang-undangan di negeri ini berpendirian bahwa hukum itu tidak hanya tertuang dalam hukum positif, tetapi juga dapat bersumber dari putusan lembaga peradilan yang telah menjadi yurisprudensi.

Lemaire menyebut yurisprudensi sebagai ilmu hukum (doktrin) dan kesadaran hukum sebagai determinan pembentukan hukum.[[83]](#footnote-84)

Yurisprudensi berarti :

1. Putusan hakim mengenai kasus tertentu.
2. Putusan yang dijatuhkan merupakan kasus yang berhubungan dengan perkembangan hukum, sehingga pada hakikatnya kasus yang diputus berkaitan dengan perubahan sosial.
3. Peradilan pada umumnya, yaitu pelaksanaan hukum dalam hal konkrit terjadi tuntutan hak yang dijalankan oleh sesuatu badan yang berdiri sendiri dan diadakan oleh negara serta bebas dari pengaruh atau siapapun dengan cara memberikan putusan yang bersifat mengikat dan berwibawa.

*Wasiat wajibah* yang diberikan kepada cucu, anak angkat dan orang tua angkat yang diatur dalam KHI. Berbeda dengan *wasiat wajibah* yang diberikan untuk saudara kandung yang berbeda agama. *Wasiat wajibah* untuk saudara kandung yang berbeda agama diberikan melalui putusan Mahakamah Agung. Yurisprudensi atau putusan hakim pengadilan merupakan produk yudikatif, yang berisi kaidah atau peraturan hukum yang mengikat pihak-pihak yang bersangkutan atau terhukum. Putusan pengadilan hanya mengikat orang-orang tertentu saja dan tidak mengikat setiap orang secara umum seperti undang-undang.

Undang-undang (abstrak) yang umum itu tidaklah dapat begitu saja diterapkan pada kejadian konkrit. Aturan itu tidaklah diarahkan untuk segala macam kejadian konkrit yang dapat dipikirkan. Ini berarti bahwa Hakim harus berbuat sesuatu mengenai aturan itu siap pakai.

Fungsi pokok yurisprudensi untuk menciptakan standar hukum yang benar-benar mengandung unsur rasional, praktis, aktual dan berbobot, sehingga dapat dijadikan sebagai standar hukum untuk kasus - kasus warisan saudara kandung yang berbeda agama. Apabila suatu ketentuan perundang-undangan hukum mengatur suatu kasus konkrit , atau aturannya tidak jelas atau aturannya dianggap bertentangan dengan kebenaran, peradaban, kemanusiaan dan keadilan, lantas atas kasus itu telah diciptakan yurisprudensi. Maka putusan tersebut selayaknya digunakan hakim menjadi standar hukum.

Bertitik tolak dari ketentuan pasal 24 UUD 1945 jo penjelasan pasal 1 dan pasal 27 Undang-undang Nomor 14 / Tahun 1970, Hakim dalam menyelenggarakan fungsi peradilan meliputi :

1. Manfaat peraturan perundang-undangan
2. Mencari dan menemukan asas-asas dan dasar-dasar hukum
3. Menciptakan hukum baru apabila menghadapi kekosongan perundang-undangan.
4. Dibenarkan melakukan “*contra legem*”, apabila ketentuan suatu pasal perundang-undangan bertentangan dengan kepentingan umum
5. Memiliki otonomi yang bebas mengikuti yurisprudensi.

Secara konstitusional Hakim berwenang dan dibenarkan bertindak menciptakan hukum, tidak bersifat peraturan umum tetapi hanya terbatas mengenai kasus tertentu.

Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 Tentang pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman yang telah diubah dengan Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 menentukan bahwa Hakim wajib menggali, mengikuti dan memahami nilai-nilai yang hidup dalam mayarakat. Menurut Eugen Ehrlich,[[84]](#footnote-85) yang menganjurkan agar pembaharuan hukum yang dilaksanakan oleh instansi berwenang hendaknya memperhatikan keseimbangan antara keinginan untuk mengadakan pembaruan hukum itu dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat. Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan *living law* yang merupakan *inner order* dari masyarakat dengan mencerminkan nilai-nilai yang hidup didalamnya.

Nilai-nilai yang ada dalam masyarakat ada dalam hukum yang dibuatnya, hukum itu akan bekerja secara efektif dan dapat memenuhi cita hukum yang sesuai dengan kebutuhan masyarakat. Hakim pengadilan agama harus berani menciptakan hukum baru, jika diketahui ada pasal-pasal dalam hukum positif yang bertentangan dengan ketertiban, kepentingan umum dan kemaslahatan manusia. Hakim harus berani menciptakan hukum baru apabila ada masalah yang dihadapinya belum ada hukumnya yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku.

**BAB V**

**PENUTUP**

1. **Kesimpulan**
2. Hak hak yang didapat ahli waris yang berbeda agama dengan pewaris adalah hibah, hadiah, wasiat dan *wasiat wajibah*. *Wasiat wajibah* hanya ditemukan dalam pendapat ibn Hazm yang mengatur tentang ketentuan terhadap seseorang yang telah meninggal dunia dianggap telah memberikan wasiat. Diutamakan kepada kedua orang tua atau kaum krabatnya yang tidak mewarisi karena mawani, seperti perbedaan agama dan perbudakan atau karena terhijab oleh ahli waris yang lain
3. Penegasan Al-Quran Surat. Al-Baqarah (2) ayat 180 : bahwa seseorang yang hendak (akan) meninggal dunia wajib berwasiat tentang harta yang dimilikinya. Pendapat ibn Hazm tentang ayat wasiat tersebut merupakan suatu kewajiban hukum bagi orang Islam untuk berwasiat kepada krabat dekat yang bukan ahli waris. Jika tidak berwasiat semasa hidupnya, maka pengadilan harus membuat wasiat atas namanya. Ayat ini dijadikan dasar hukum (wajibnya) *wasiat wajibah*, terutama kepada ahli waris yang terputus hubungannya dengan pewaris.

119

1. Besarnya jumlah harta yang dikeluarkan lewat *wasiat wajibah* untuk saudara kandung non muslim adalah sama dengan bagian saudara kandung muslim yang sederajat. Jika saudara kandung non muslim itu adalah perempuan, maka ia berhak mendapat *wasiat wajibah* dari harta yang ditinggalkan saudara kandungnya yang muslim yang bagiannya sama dengan bagian saudara kandung perempuan yang muslim.
2. **Saran**
3. Mahkamah Agung RI sebagai benteng terakhir peradilan di Indonesia harusnya dapat mempertimbangkan hukum konkrit dan jelas sebelum memberi putusan suatu perkara, sehingga dapat di terima dan di mengerti bagi setiap pihak yang tersangkut dalam perkara itu. Khususnya perkara warisan terhadap ahli waris yang non muslim. Hendaknya hakim tidak hanya mempertimbangkan azas adil dan berimbang dalam memberikan *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim. Tapi, harus menjunjung tinggi Alquran dan hadis sebagai hukum tertinggi dalam kewarisan Islam.
4. *Wasiat wajibah* dalam khazanah hukum waris di Indonesia terutama *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim adalah hal baru, dan hal ini tentunya apabila pengadilan dalam tingkat *judex facti* mau menjadikannya sebagai yurisprudensi hendaklah mempertimbangkan secara matang dan mengadilinya secara kasuistis untuk menghindari terjadi benturan pada masyarakat pencari keadilan.
5. Perlu dilakukan revisi Kompilasi Hukum Islam, setidaknya memberi halaman dalam KHI tentang *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim. Karena, sejumlah Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama di tanah air seringkali menggunakan putusan Mahkamah Agung sebagai pertimbangan untuk memberikan *wasiat wajibah* kepada saudara kandung yang non muslim.

**DAFTAR PUSTAKA**

A. Sukris Sarmadi, *Transendensi Keadilan Hukum Waris Islam Transformatif*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997.

Abdul Manan. *Hakim Peradilan Agama, Hakim Di Mata Hukum Ulama Di Mata Ummat*. Pustaka Bangsa. Jakarta 2003.

---------------------, Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007.

----------------------*, Reformasi Hukum Islam Di Indonesia*. PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006

Abdul Wahab Khallaf, *Usul Fiqh* (Mesir: Maktabah al-Dakwah al-Islamiyah Syabab al-Azhar Abdur Rahman, *Kompilasi Hukum Islam*, Akademika, Jakarta, 1992.

Abubakar, Zainal Abidin. *Kumpulan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama.* Jakarta: Yayasan A1-Hikmah, 1993.

Afandi, Ali. *Hukum Waris; Hukum Keluarga; Hukum Pembuktian. Menurut Kitab Undang-undang Perdata (BW*). Jakarta: Bina Aksara, 1986

Ahmad Kamil dan HM. Fauzan, *Hukum Perlindungan Dan Pengangkatan Anak di Indonesia,* PT. RajaGrafindo Persada, 2008

Ahmad Rofiq, *Fiqih Mawaris*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1993

----------------, *Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta RajaGrafindo Persada, 2000)

Al-Yasa Abubakar, *Wasiat Wajibah dan Anak Angkat*, Dalam Mimbar Hukum No 29 Tahun 1996

Al-Zuhaili, Wahbah. Konsep Darurat Dalam Hukun Islam: Studi Banding Dengan Hukum Positif, terj. Said Agil Husain al-Munawar dan M. Adri Hasan. Jakarta: Gaya Media Pratama, 1997

Amir Syarifuddin, *Pembaharuan Pemikiran Dalam Hukum Islam*, Angkasa Raya, Padang, 1990.

Andi Hamzah, *Kamus Hukum* (Jakarta:Ghalia Indonesia, 1986)

Ash Shiddieqy, Hasbi. *Filsafat Hukum Islam*. Semarang: Pustaka Rizki Putra. 2001.

Amrullah Ahnad. Et.al. *Prospek Hukum Islam Dalam Kerangka Pembangunan Hukum Nasional: Sebuah Kenangan 63 Tahun Prof Dr. H. Busthanul Arifin, SH*. Jakarta: Pengurus Pusat Ikatan Hakim Peradilan Agama, 1994.

Bakri, Nazar. *Fiqh Dan Ushul Fiqh*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003.

Dimyati, Khidzaifah*. Teorisasi Hukum*: *Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*. Surakarta: Muhammadiyah University Press, 2004.

Doi, A. Rahrnan I. *Syariah The Islamic Law*, terj. Zainuddin dan Rusydi Sulaiman. Syari ‘ah 11 Hudud dan Kewarisan. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1996.

Efrinaldi, “*Teori Kemaslahatan Dalam Wacana Pembaharuan Hukum Islam: Suatu Kajian Terhadap Pemikiran Najm Din Thufi*,” dalam Mimbar Hukum Nomor 55. Tahun 2001.

Eman Suparman, *Hukum Waris Indonesia Dalam Persfektif Islam, adat dan BW*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2007.

Erik Sumarna, *Wasiat Wajibah terhadap Saudara Kandung*, Program Pascasarjana IAIN Sumatera Utara, Medan, 2004.

H. Muchsin*, Perundang-undangan yang memprekokoh Hukum Islam di Indonesia* dalam Suara Uldilag edisi II, 2003.

Haroen, Nasrun. *Ushul Fiqh*. Jakarta: Logos Wacana Ilmu, 1997.

Hazairin, *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut Quran dan Hadi*s, VI, Tintamas, Jakarta, 1982

Imarah, Muhammad *Al-Islam wat-Ta’addudiyah*: al-Ikhtilaf wat-Tanawwu fi ithäril-Wihda. terj. Abdul Hayyie Al-Kattanie, Islam dan Pluralitas: *Perbedaan dan Kamajemukan Dalam Bingkai Persatuan*. Jakarta: Gema Insani Press. 1999.

Imron AM, *Mempersempit Ruang Lingkup Penafsiran Pasal 185 KHI*, Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, 1999.

Jaiz, Hartono Ahmad. *Menangkal Bahaya Jaringan Islam Liberal* . Jakarta: Pustaka al-Kautsar. 2004.

Ka’bah, Rifyal. *Yurisprudensi Peradilan Agama dan Fiqh Para Fuqaha*, dalam 10 Tahun Undang-Undang Peradilan Agama. Jakarta: Ditbinbaperais, 1999.

Khalid, Khalid Muhammad. Rijalun Haola al-Rasül, terj. Mahyuddin Svaf. *Karakteristik Ferihidup 60 Sahabat Rasulullah*. Bandung: Diponegoro. 1996.

Komite Fakultas Syariah Universitas Al-azhar, Mesir, *Ahkamul Mawaris fil Fiqhil Islami*, terj. H. Add ys Aldisar dan H. Faturrachman, Senayan Abadi Fublishing, Jakarta, 2004.

Lubis, M. Solly. *Pembahasan UUD 45*. Bandung: Alumni, 1985.

Manan, Abdul. *Hukum Islam Dalam Berbagai wacana*. Jakarta: Pustaka Bangsa 2003.

Martokusumo, Sudikno. *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Yogyakarta: Liberty. 1088.

Mughniyah, Muhammad Jawad. *Fiqih Lima Mazhab*: Ja’fari Hanafi MIiki Syafi’i Hambali. terj. Masykur A.b. dkk. Jakarta: Lentera, 2004.

M. Hasballah Thaib, *Ilmu Hukum Waris Islam*, Magister Kenotariatan, Sekolah Pasca Sarjana, Universitas Sumatera Utara, Medan, 2006.

Mahmud Yunus, *Hukum Waris Dalam Islam*, CV. Alhidayah, Jakarta 1974.

NJ.Couson. *succession in The Muslim Familly Cambrige*, The University Press, 1971

Misbachul Munir, *Eksistensi Hukum Adat Dalam Kompilasi Hukum Islam*, Tesis Magister Ilmu Hukum, Untag, Surabaya, 2003.

----------------------, *Hukum Kewarisan Dalam Wacana Fiqh Dan Kompilasi Hukum Islam*, Makalah, disajikan pada Penyuluhan Hukum Pengadilan Agama Kab. Madiun, tanggal 23 September 2004.

Moh.Machfudin Aladip, Terjemah *Bulughul Maram,.Karya Besar Alhafizh Ibn Hajar Al. Asqoalani,*. PT. Karya Toha Putra Semarang, Pagar, “*Kedudukan Anak Angkat Dalam Warisan: Suatu Telaah Atas Pembaharua’ Hukum Islam Indonesia*,” dalam Alimbar Hukum No. 54. Tahun 2001.

Powers, David S. *Peralihan Kekayaan dan Polilik Kekuasaan. Kritik Historis Hukum Waris,* terj. Arif Maftuhin. Yogyakarta LkiS Yogyakarta, 2001.

Pulungan, Muhammad Asri ‘*Wasiat Wajibah (Studi Perbandingan Pendapat ibn Hazm dengan Kompilasi Hukum Islam)*” Tesis: Program Pascasarjana lAIN Sumatera Utara, 2003.

Rahardjo, Satjipto. *Hukum dan Perubahan Sosial.* Bandung Alumni, 1983.

Rangkuti, Ramlan Yusuf*, Pengantar Hukum Waris Islam*, Fakultas Hukum USU-UISU, Medan, 1987.

…………………………, *Sistematika dan Metoda Pembagian Warisan Menurut Hukum Islam,* Fakultas Hukum USU-UISU, Medan, 1987.

Rofiq, Ahrnad. *Fiqh Mawaris.* Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002.

Roihan A. Rasyid, “*Pengganti Ahli Waris dan Wasiat Wajibah*,” dalam Mimbar Hukum No. 23. Tahun 1995.

Samsuddin Ahmad, *Yurisprudensi Hukum Waris*, Alumni, Bandung, 1983.

Siddieq, Abdullah, *Hukum Waris Islam Dan Perkembangannya Di Seluruh Dunia*, Wijaya, Jakarta, 1984

Suhrawardi K. Lubis, Komis Simanjuntak, *Hukum Waris Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2007.

Suparman Usman, Yusuf Somawinata, *Fiqih Mawaris*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1997

Sabiq, Al-Sayyid. *Fiqh al-Sunnah*. T.t.p.: DAr a1-Saqafah, tt.

Shiddieqy, Nouruzzaman. *Fiqh Indonesia: Penggagas dan Gagasannya.* Yogvakarta: Pustaka Pelajar, 1997.

Shihab, Alwi. *Islam Inkulusif: Menuju Sikap Terbuka Dalam Beragama.* Bandung: Mizan, 1999.

Subekti,R dan Tjitrosudibyo, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek).* Jakarta: Pradnya Paramita, 1992.

Sunggono, Bambang. *Metode Penelitian Hukum Suatu Pengantar*. Jakarta PT Raja Grafindo Persada, 1997.

Syafe’i, Rahmat. “*Kajian Terhadap Putusan Mahkamah Agung Tentang Kewarisan Saudara Kandung Dengan Anak Perempuan*,” Dalam Mimbar Hukum No. 44 Tahun X, 1999.

Tim Penulis Paramadina. *Fiqih Lintas Agama*: Membangun Masyarakat Inklusif Pluralis Ed Mun’im Sirry. Jakarta Paramadina, 2004.

Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*. Jakarta: Departemen Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, 1988.

Usman, Rachmadi. *Perkembangan Hukum Perdata Dalam Dimensi Sejarah dan Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2003.

Usman, Suparman. *Fiqh Mawaris Hukum Kewarisan Islam*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2002.

Yafie, Ali. *Menggagas Fiqih Sosial Dan Soal Lingkungan Hidup, Asuransi Hingga Ukhuwah.* Bandung: Mizan, 1994.

Yahya, Mukhtar dan Fatchurrahman. *Dasar-Dasar Pembinaan Hukum Fikih Islam.* Bandung: AI-Ma’arif, 1986,

Yayasan Penyelenggara Penterjemah *Alquran dan Terjemahannya*. Jakarta: Departemen Agama RI, 1980.

Yusdarni. *Peranan Kepentingan Umum Da!am Reaktualisasi Hukum*: Kajian Konsep Hukum Islam Najamuddin al-Thufi. Yogyakarta: UII Press, 2000.

Zainuddin Ibn ‘Abd al- Aziz, *Fath al-Mu in*, Terj. Ali as ad, Kudus Menara kudus 1979

Zein, Satria Effendi M. ‘*Analisis Fiqih Analisis Yurisprudensi*”, dalam Mimbar Hukum No. 37 Thn. IX, 1998.

1. Komite Fakultas Syariah Universitas Al-Azhar, *Ahkamul Mawarist fil Fiqhil Islami* (Mesir: Maktabah ar-Risalah ad-Dauliyah, 2000-2001), h. 46. [↑](#footnote-ref-2)
2. Moh. Machfudin Aladip, *Terjemah Bulughul Maram, Karya Besar Al-Hafizh ibn Hajar al-Asqoolani* (Semarang: PT. Karya Toha Putra), h. 479. [↑](#footnote-ref-3)
3. Fatchtur Rahman, *Ilmu Waris* (Bandung: Al-MA’arif, 1975), h. 98. [↑](#footnote-ref-4)
4. Moh. Machfudin Aladip, *Op.Cit.,* h. 481. [↑](#footnote-ref-5)
5. *Ibid,.* [↑](#footnote-ref-6)
6. Ramlan Yusuf Rangkuti, *Pengantar Hukum Islam,* Fak. Hukum USU-UISU Medan, 1987, h. 29, Kaedah-kaedah Hukum dari dalil-dalil kulli, atau dari maksud-maksud syara’ dalam meletakkan mukallaf di bawah beban tanggungjawab atau pemahaman tentang rahasia dan hikmah-hikmah tasyri’ (penetapan hukum). [↑](#footnote-ref-7)
7. *Kompilasi Hukum Islam* [↑](#footnote-ref-8)
8. *Kompilasi Hukum Islam*  [↑](#footnote-ref-9)
9. M. Hasballah Thaib, *Ilmu Hukum Waris Islam* (Magister Kenotariatan Sekolah Pasca Sarjana, Universitas Indonesia, Medan, 2006), h. 14. [↑](#footnote-ref-10)
10. *Ibid.,* h. 175. [↑](#footnote-ref-11)
11. *Ibid,.* [↑](#footnote-ref-12)
12. *Ibid.,* h. 46. [↑](#footnote-ref-13)
13. Suhrawardi K. Lubis, Komis Simanjuntak*, Hukum Waris Islam* (Jakarta: Sinar Grafika, 2997), h. 47. [↑](#footnote-ref-14)
14. Kompilasi Hukum Islam. [↑](#footnote-ref-15)
15. Kompilasi Hukum Islam. [↑](#footnote-ref-16)
16. Suparman Usman, Yusuf Somawinata, *Op.Cit.,* h. 174. [↑](#footnote-ref-17)
17. Pagar, *Kedudukan Anak Angkat Dalam Warisan.* Suatu Telaah Atas Pembaharuan Hukum Islam Indonesia, dalam Mimbar Hukum No. 54 tahun 2001, h. 14. [↑](#footnote-ref-18)
18. Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Press, 1986), h. 63. [↑](#footnote-ref-19)
19. Dewan Redaksi Ensiklopedi Islam, *Ensiklopedi Islam,* Jakarta: Ichtiar Baru Van Hoeve, 1994, Cet.3 hlm. 326 [↑](#footnote-ref-20)
20. Jaih Mubarak, *Modifiasi Hukun Islam:studi tentang qawl qadim dan qawl jadid,* Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002,Cet.I,hlm.27 [↑](#footnote-ref-21)
21. Abdurrahman Asy-Syarqawi, *A’immah al-Fiqh at-Tis’ah*. Terj. Al-Hamid al-Husaini, Bandung: Pustaka Hidayah, 2000, Cet.I,hlm. 378. [↑](#footnote-ref-22)
22. Suatu istilah untuk menyebut pemukiman yang jauh dari keramaian kota [↑](#footnote-ref-23)
23. Abdurrahman *Op.Cit,*.hlm.383. [↑](#footnote-ref-24)
24. Ensiklopedi Islam, *ibid.,* hlm. 328 [↑](#footnote-ref-25)
25. *Ibid* [↑](#footnote-ref-26)
26. *Ibid* [↑](#footnote-ref-27)
27. *Ibid* [↑](#footnote-ref-28)
28. *Ibid* [↑](#footnote-ref-29)
29. Lahmudin Nasution, *Pembaharuan Hukum Islam Dalam Mazhab Syafii,* Bandung : PT. Remaja Rosdakarya, 2001, Cet.I, hlm. 29 [↑](#footnote-ref-30)
30. Fatchur Rahman, Ilmu Waris, (Bandung: PT. Alma’arif, 1975), h. 99 [↑](#footnote-ref-31)
31. Abu ‘Isa Muhammad ibn Sawrah, Sunan at-Tirmizi, h. 35 [↑](#footnote-ref-32)
32. Fatchur Rahman, Ilmu Waris, 99 [↑](#footnote-ref-33)
33. Abu Abdillah Muhammad ibn Idris, Al-Umm, juz 4, (Bairut: Darul Fikr, 1983), 75 [↑](#footnote-ref-34)
34. Ibid., 76 [↑](#footnote-ref-35)
35. Muhammad bin Hasan al-Hurra 'Amili, Wasailussyi’ah ila Tahsili Masailisy Syari’ah, Juz 26, (tp, tt) 14 [↑](#footnote-ref-36)
36. Ibid., h. 14 [↑](#footnote-ref-37)
37. Muhammad bin Ya’qub bin Ishaq al-Kulaini, Alfuru’ Al-Kafi, (tt: tt, tt), h. 144 [↑](#footnote-ref-38)
38. Ibid., 144 [↑](#footnote-ref-39)
39. Abdul Wahab Khlaf, *Usul Fiqh* (Mesir: Maktabah al-Dakwah al-Islamiyah Syabab al-Azhar) h. 105 [↑](#footnote-ref-40)
40. Suparman Usman, *Op.Cit*, h. 163 [↑](#footnote-ref-41)
41. Fathur Rahman, *Op.Cit*, h. 65-66. [↑](#footnote-ref-42)
42. *Ibid*. [↑](#footnote-ref-43)
43. *Ibid*., h. 64 [↑](#footnote-ref-44)
44. Ahmad Rofiq, *Hukum Islam Di Indonesia* (Jakarta RajaGrafindo Persada, 2000), h. 462 [↑](#footnote-ref-45)
45. Al-Yasa Abubakar, *Wasiat Wajibah dan Anak Angkat,* Dalam Mimbar Hukum No. 29 Tahun 1996, h. 98. [↑](#footnote-ref-46)
46. Erik Sumarna *Op.Cit*, h. 136 [↑](#footnote-ref-47)
47. Maghniyah, *Op. Cit*, h.. 588 [↑](#footnote-ref-48)
48. Mahmud Yunus, *Kamus Arab Indonesia* (Jakarta Yayasan Penyelenggara Penterjemah Pentafsiran Alquran, 1973), h. 73 [↑](#footnote-ref-49)
49. Tim Penyusun Kamus Besar Bahasa Indonesia, *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (Jakarta Departemen Pendidikan Dan Kebudayaan Republik Indonesia, 1988), h. 31 [↑](#footnote-ref-50)
50. Andi Hamzah, *Kamus Hukum* (Jakarta:Ghia Indonesia, 1986), h. 38. [↑](#footnote-ref-51)
51. *Ibid,* h. 28 [↑](#footnote-ref-52)
52. Kompilasi Hukum Islam [↑](#footnote-ref-53)
53. M.Zein Satria effendi, *Op.Cit*.,h.92 [↑](#footnote-ref-54)
54. Khid Muhammad Khid, *Rijahm Haola al-Rasul*, Terj. Mahyuddin Syaf, Karakteristik Perihidup 60 Shahabat Rasulullah (Bandung:Diponegoro,1996) h. 685 [↑](#footnote-ref-55)
55. Ali Afandi, *Hukum Waris, Hukum Keluarga, Hukum Pembukaan menurut Kitab Undang-undang Perdata (BW)* (Jakarta: Bina Aksara, 1986), h. 151 [↑](#footnote-ref-56)
56. Pagar, *Kedudukan Anak Angkat*, h. 9 [↑](#footnote-ref-57)
57. *Ibid,* h 11 [↑](#footnote-ref-58)
58. Nouruzzaman Shiddieqy, *Fikih Indonesia: Penggagas dan gagasannya* (Yogyakarta:Pustaka Pelajar, 1997), h. 215-239 [↑](#footnote-ref-59)
59. Abdul Manan. *Hakim Peradilan Agama, Hakim Di Mata Hukum Ulama Di Mata Ummat*. Pustaka Bangsa. Jakarta 2003. h. 93 [↑](#footnote-ref-60)
60. Fathur Rahman, *Op.cit,* h. 63. [↑](#footnote-ref-61)
61. M. Yahya Harahap, “*Informasi Materi KHI,”* dalam Mimbar Hukum Nomor 6 Thn III, 1992, hal. 81. 91 Fatchur Rahman, *Op.Cit*., hal. 357. [↑](#footnote-ref-62)
62. Fatchtur Rahman, *Op.Cit,* h. 357. [↑](#footnote-ref-63)
63. M. Idris Ramulyo, *Beberapa Masalah pelaksanaan Hukum Kewarisan Perdata Barat*, (Burgerijk Weboek) (Jakarta:Sinar Grafika, 1996), hal. 49-50. [↑](#footnote-ref-64)
64. Pasal 841 berbunyi: *Pergantian adalah suatu hak yang diberikan kepada seorang untuk menggantikan seorang lain, untuk bertindak sebagai penggantinya didalam derajat dan dalam hak orang yang digantikannya*. Pasal 842 berbunyi: *Pergantian dapat dilakukan dalam garis lurus kebawah yang sah dan berlangsung terus dengan tiada akhirnya*. Pasal 843 berbunyi:*Tiadalah pergantian terhadap keluarga sedarah dalam garis menyimpang keatas. Keluarga yang terdekat dalam kedua garis, menyampingkan segala keluarga dalam perderajatan yang lebih jauh*. Pasal 844 berbunyi: *Dalam garis menyimpang pergantian diperbolehkan atas keuntungan sekalian anak dan keturunan saudara laki-laki dan perempuan yang telah meninggal terlebih dahulu, baik mereka mewaris bersama-sama dengan paman atau bibi mereka, maupun warisan itu setelah meninggalnya semua saudara si yang meninggal lebih dahulu, harus dibagi antara sekalian turunan mereka yang mana satu sama lain bertalian keluarga*. Pasal 845 berbunyi:*pergantian dalam garis penyimpang diperbolehkan juga dalam pewarisan bagi para keponakan*. Pasal 846 berbunyi: *Dalam segala hal, bila mana pergantian diperbolehkan , pembagian berlangsung secara pancang demi pancang*. Pasal 847 berbunyi: *Tidak seorang pun diperbolehkan bertindak untuk orang yang masih hidup selaku penggantinya.* [↑](#footnote-ref-65)
65. Mughniyah,*Op.Cit*.,hal.541 [↑](#footnote-ref-66)
66. Ahmad Kamil dan HM. Fauzan, *Op.Cit*. hal. 31. [↑](#footnote-ref-67)
67. Rifyal Ka’bah, *Yurisprudensi Peradilan Agama dan Fiqh Para Fuqaha, dalam 10 Tahun Undang-Undang Peradilan Agama*. Jakarta: Ditbinbaperais, 1999., hal. 47. [↑](#footnote-ref-68)
68. Marjanne Termorshuizen, *Kamus Hukum Belanda Indonesia,* hal. 189 [↑](#footnote-ref-69)
69. Abdul Manan, *Op.Cit*. hal. 220 [↑](#footnote-ref-70)
70. Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Perubahan Sosial*, (Bandung, Alumni, 1983),hal. 193 [↑](#footnote-ref-71)
71. Rahmat Syafe’I, “*Kajian Terhadap Putusan Mahkamah Agung Tentang Kewarisan Saudara Kandung Dengan Anak Perempuan*,” dalam Mimbar Hukum Nomor 44 Thn X, 1999, hal. 33 [↑](#footnote-ref-72)
72. Muhammad Imara, *Perbedaan dan Kemajemukan Dalam Bingkai Persatua* (Jakarta: Gema Insani Press, 1999), h. 103. [↑](#footnote-ref-73)
73. Abdul Manan, *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007. hal. 129 [↑](#footnote-ref-74)
74. *Ibid* hal. 130 [↑](#footnote-ref-75)
75. A. Sukris Sarmadi, *Transendensi Keadilan Hukum Waris Islam Transformatif*, PT. RajaGrafindo Pusaka, Jakarta, 1997. hal. 29 [↑](#footnote-ref-76)
76. Abdul Rachmad Budiono, *Peradilan Agama dan Hukum Islam di Indonesia*, Bayu Media Publishing, Jakarta 2003. hal. 52. [↑](#footnote-ref-77)
77. *Ibid*, hal. 52 [↑](#footnote-ref-78)
78. Abdul Manan*, Reformasi Hukum Islam Di Indonesia*. PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006., hal. 296. [↑](#footnote-ref-79)
79. *Ibid*., hal. 296 [↑](#footnote-ref-80)
80. Tema pluralisme dalam khazanah peta pemikiran baru Islam di Indonesia banyak diusung oleh kelompok pemikir muslim di Indonesia yang menamakan dirinya ‘Jaringan Islam Liberal mereka sering diidentikkan dengan apa yang dinamai mazhab Ciputat yang mereka mencoba menyebarkan Islam mazhab baru yakni Mazhab Pluralis-Inklusif-Toleran, tema-tema yang sering mereka diskusikan selain tema pluralisme antara lain Islam dan demokrasi yang di dalamnya menyangkut hubungan Islam dan negara, Islam dan pluralisme, Islam dan pemimpin perempuan, Islam dan multikulturalisme dan lain-lain. Tokoh-tokoh pemikinya antara lain Nurchalis Madjid, Munawir Sadzali, yang kemudian bermunculan itelektual-intelektual muda yang baru menyelesaikan studi doktornya, terutama dari lulusan luar negeri (Amenika, Eropa dan Timur Tengah) mereka itu antara lain Azyumardi Azra, Komaruddin Hidayat, Kautsar Azhari Noer, Bachtiar Effendi, bahkan yang paling mutakhir belakangan mi muncul wajah-wajah baru yang lebih berani lagi melontarkan ide-ide pemikirannya dimana mereka berlatar belakang HMI, NU, Muhammadiyah, Paramadina (yang disebut terakhir ini adalah gerbong baru pusat pemikiran Islam di Indonesia yang dimotori oleh Nurchalis Madjid), mereka itu antara lain: Ulil Abshdr Abdalla dan Lakpesdam NU dan ISAI Jakarta, Budhi Munawar Rahman (Paramadrna), Nasaruddin Umar, Sinful Muzani, Zuhairi Misra, Ahmad (iaus AF, yang mereka itu merupakan tokoh sentral kajian JIL (Jaringan Islam Liberal ) atau sering juga disebut ISLIB (Islam Liberal). Tradisi Islam Liberal adalah tradisi Islam yang menghadirkan masa lalu dalam konteks modernitas, dan menyatakan bahwa Islam jika dipahami secara benar maka ia akan sejalan dengan liberalisme Barat. Lihat lebih jauh Zuly Qodir, Wajah Islam Liberal d Indonesia:

Sebuah penjajagan awal dalam Al-Jamaah Vol 40, 2002. Yang paling mutakhir dalam merumuskan dan mensosialisasikan pemikirannya mereka secara bersarma-sama telah menerbitkan sebuah buku yang berjudul ‘Pikih Lintas Agama: Membangun Masyarakat Ink1usif- Pluralis yang diterbitkan oleh Yayasan Wakaf Paramadina bekerjasama dengan The Asia Foundation . Memang peikiran mazhab baru ini bukan tanpa resiko karena bagaimanapun mazhab ini memperkenalkan cara baru dalam beragama di mana kecendrungan pragmatis dan polarisasi gerakan Islam yang lain yang bersebrangan dengan pemikiran mereka siap menghadang didepannya. Salah satu contohnya begitu gencarnya mereka menuai kriktikan bahkan cercaan terhadap buku mereka. “Fikih Lintas Agama” baik di media massa yang berbasis Islam seperti majalah Sabili, media dakwah, maupun dalam bentuk buku yang ditulis oleh Hartono Ahmad jaiz berjudul” Menangkal bahaya JIL & FLA (Fikih Lintas Agama) terbitan Pustaka al-Kautsar Jakarta, 2004, bahkan lebih jauh terhadap lontaran-lontaran ide mereka tidak saja dikecam karena ide-idenya tapi sudah diiblis-ibliskan seperti yang terjadi di Yogyakarta atau disuruh kembali ke islam sebelum mati ngeluntung. Penulis sendiri pada dasarnya tidak seluruhnya setuju dengan pemikiran ini bahkan ada yang berseberangan pendapat dengan kelompok ini terutama ketika berpikir bahwa pluralitas agama , sebagaimana ditulis mereka dalam bukunya “*Fikih Lintas Agama*” halaman 65 yang menyatakan “Theologi Pluralis tentang agama-agama yang sering disebut Pluralisme, memandang bahwa semua agama , meskipun dengan jalan masing-masing yang berbeda, menuju satu tujuan yang sama. Yang absolute, terakhir dan riil. Pernyataan ini sangat bertentangan dengan ayat-ayat al-quran yang menamakan mereka selain Islam adaslah kafir dan mereka termasuk ahli mereka. Antara lain QS Al Bayyinah/98, 1 dan 6. [↑](#footnote-ref-81)
81. Ibrahim Husein “*Fungsi dan Karakter Hukum Islam Dalam Kehidupan Ummat Islam*” dalam Amrullah Ahmad, Dimensi Hukum Islam Dalam Sistim Hukum Nasional, mengenang 65 Tahun Prof. Dr. H. Busthanul Arifin. (Jakarta: Gema Insani Press, 1996) hal. 90 [↑](#footnote-ref-82)
82. Stratetegi adalah Konsep dan atau upaya untuk mengerahkan dan mengarahkan semua sumber daya kedalam serangkaian aktifitas kegiatan dalam rangka mencapai tujuan . M. Solly Lubis bahan perkuliahan politik hukum Program Pascasarjana MKN Universitas Sumatera Utara tahun 2003. [↑](#footnote-ref-83)
83. Sadikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 1988. h. 91 [↑](#footnote-ref-84)
84. Eugen Ehrlich dalam Abdul Manan, *Op.Cit*., hal.303 [↑](#footnote-ref-85)