

PERKEMBANGAN HUKUM PERDATA ISLAM DI INDONESIA (Aspek Perkawinan dan Kewarisan)¹

Amran Suadi

Mahkamah Agung Republik Indonesia

E-mail: amran.suadi@gmail.com

Abstrak

Tulisan ini membahas mengenai perkembangan hukum perdata Islam di Indonesia yang dibatasi mengenai aspek perkawinan dan kewarisan. Pembahasan dilakukan terhadap perkembangan hukum perdata Islam pada era reformasi, baik yang sudah berupa implementasi maupun gagasan. Perkembangan-perkembangan tersebut dapat dilihat dari berbagai bahasan wacana dan implementasi yang dilakukan di Indonesia seperti bahasan mengenai anak yang lahir di luar nikah, hukum pencatatan pernikahan, pengaturan poligami, wasiat wajibah, ahli waris pengganti dan persoalan-persoalan lain mengenai perkawinan dan kewarisan Islam di Indonesia.

Kata kunci : Perkembangan Hukum Perdata Islam, Perkawinan, Kewarisan

Abstract

This paper discusses the development of Islamic civil law in Indonesia restricted regarding aspects of marriage and inheritance. Discussion of developments means in Islamic civil law in the reform era, either already in the form of implementation or as ideas. These developments can be seen on various topics of discourse and implementations are carried out in Indonesia as a discussion of children born out of wedlock, the legal registration of marriages, polygamous regulation, wasiah wajibah, replacement in inheritance and other issues regarding Islamic law in marriage and inheritance in Indonesia.

Keywords : Development of Islamic Civil Law, Marriage, Inheritance

A. PENDAHULUAN

Perkembangan hukum perdata Islam² di Indonesia yang beberapa di antara aspek-aspeknya adalah perkawinan dan kewarisan, merupakan salah satu eksekusi dari perubahan sosial dan politik yang terjadi dalam masyarakat Indonesia. Terutama perubahan sosial, merupakan sesuatu yang tidak dapat dihindarkan dari kehidupan yang nyata, termasuk asumsi dan pandangan sebagian muslim bahwa hukum Islam adalah

¹ Tulisan ini adalah bagian dari makalah yang disampaikan pada Orasi Ilmiah dalam rangka Dies Natalis ke 15 Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Nasional "Veteran" Jakarta, tanggal 24 April 2015.

² Hukum Islam mengandung dua pengertian. Pertama, ketentuan-ketentuan (hukum) Islam yang jelas dan rinci seperti masalah ibadah, pernikahan, ketentuan warisan dan seterusnya, bagian ini merupakan wilayah *syari'ah*. Kedua, ketentuan-ketentuan (hukum) Islam yang diformulasikan melalui penguraian akal, bagian ini merupakan wilayah *fiqh*. Lihat, Yusuf al-Qardawi, *Madkhal li Dirasah asy-Syari'ah al-Islamiyyah*, Maktabah Wahbah, Kairo, 2001, hlm. 22

suatu hal yang *sakral* dan *eternal*. Sehingga muncul asumsi bahwa perubahan sosial harus menyesuaikan dengan hukum Islam, bukan sebaliknya, perubahan sosial mempengaruhi penetapan hukum. Sebuah fenomena yang menjadikan munculnya penilaian bahwa hukum Islam adalah hukum yang memiliki validitas abadi.³ Untuk menyikapi sakralitas dan keabadian hukum Islam, maka dilakukan penanggungan terlebih dahulu sifat hubungan yang seolah-olah *transendent*, antara Islam (sebagai agama) dengan formalisasi hukum Islam, yang selama ini dikenal sebagai syariah. Menurut Abdullah Ahmed an-Na'im, syariah bukanlah Islam itu sendiri, melainkan hanya interpretasi terhadap *nash* yang pada dasarnya dipahami dalam konteks historis tertentu.⁴

Perkembangan hukum Perdata Islam di Indonesia tidak dapat dipisahkan dari sejarah Islam itu sendiri. Membicarakan hukum Islam sama artinya dengan membicarakan Islam sebagai sebuah agama. Hukum perdata Islam telah eksis di Indonesia jauh sebelum kedatangan penjajah. Akan tetapi, hukum Indonesia pasca kolonial pada umumnya adalah warisan kolonial Belanda, pada waktu Indonesia memproklamkan kemerdekaan memang terjadi peralihan kekuasaan dari penjajah ke orang Indonesia, tetapi tidak terjadi peralihan dari hukum Belanda ke hukum Indonesia secara sistematis, kecuali Undang-undang Dasar 1945 sebagai produk Indonesia yang disusun secara darurat. Semua hukum yang berlaku setelah pengesahan Undang-undang Dasar 1945 pada tanggal 18 Agustus 1945, baik hukum perdata, hukum pidana maupun hukum acara, ataupun hukum lainnya, adalah kelanjutan dari hukum yang berlaku di wilayah administratif Belanda. Setelah mulai stabil, Indonesia juga memperkenalkan hukum Indonesia sendiri, tetapi sesungguhnya wawasan perancang dan pembuat hukum di Indonesia belum dapat melepaskan diri wawasan hukum asing.⁵

Pada dasarnya hukum suatu negara harus lebih banyak berciri nasional dan lokal dari pada internasional dan universal. Atas dasar ini pula maka perlu ada hukum internasional yang mengatur hubungan antar negara. Karena itu, setiap negara mempunyai hukumnya sendiri, dan apa yang dipandang melanggar hukum dalam suatu Negara belum tentu demikian di Negara lain. Kuatnya pengaruh dan warisan yang ditimbulkan politik Hukum pemerintah Kolonial Belanda di negeri ini, sehingga masih menyisakan stigma terhadap sistem hukum lainnya di Indonesia khususnya hukum Islam.⁶ Selain itu sering pula terjadi tarik menarik kewenangan mengadili antara pengadilan yang notabeneanya dibesarkan oleh pemerintah kolonial Belanda dengan

³ J.N.D. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern*, Ab. Machnun Husein, Surabaya: Amar press, 1991, hlm. 16

⁴ Abdullah Ahmed an-Na'im, *Dekonstruksi Syaria'ah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*, Yogyakarta: LKIS, 1994, hlm. xxi

⁵ Dalam konteks ini, menurut Prof. Mr. Rosalan Saleh (guru besar hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia Salemba) yang diwawancarai pada bulan Januari 1996, pernah menyatakan bahwa penyusunan Kitab-kitab Hukum di Indonesia sering meminta pertimbangan kepada ahli hukum asing atau bahkan ke Mahkamah Agung Belanda. Lihat Rifyal Ka'bah, *Penegakan Hukum Di Indonesia; Jurnal Pusklat Mahkamah Agung RI*. Jakarta: PUSDIKLAT MA RI, 2002 vol I, no. 1, hlm. 38

⁶ Stigma adalah ciri negative (*a mark of disgrace or shame*). Lihat, Mukhtar Zamzami, *Varia Peradilan; Stigma Warisan Kantoor Voor Inlandsche Zaken*, Jakarta: IKAHI, 2008, No. 277, hlm. 27

peradilan yang berdasarkan hukum Islam, mulai dari yang berbentuk hak opsi sampai dengan dualisme undang-undang.⁷

Jika hendak dirinci, maka perkembangan hukum perdata di Indonesia secara garis besar terdiri dari dua bagian penting. *Pertama*, perkembangan hukum perdata Islam pra kemerdekaan. *Kedua*, perkembangan hukum perdata Islam pasca kemerdekaan. Perkembangan hukum perdata Islam pra kemerdekaan terdiri dari dua bagian yaitu hukum perdata Islam sebelum masa penjajahan dan Hukum perdata Islam zaman kolonial. Selanjutnya hukum perdata Islam pasca kemerdekaan, meliputi masa awal kemerdekaan, pada Orde Lama, pada Orde Baru, dan hukum perdata Islam era Reformasi. Namun dalam tulisan ini, akan dibatasi uraiannya yaitu mengenai hukum perdata Islam di Indonesia yang dibatasi juga hanya mengenai aspek perkawinan dan kewarisan dan perkembangannya pada era reformasi, baik yang sudah berupa implementasi maupun gagasan.

B. PEMBAHASAN

Lahirnya Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan semakin membuka peluang lahirnya aturan undang-undang yang berlandaskan hukum Islam. Terutama pada Pasal 2 ayat (7) yang menegaskan ditampungnya peraturan daerah yang didasarkan pada kondisi khusus dari suatu daerah di Indonesia, dan bahwa peraturan itu dapat mengesampingkan berlakunya suatu peraturan yang bersifat umum. Salah satu buktinya adalah lahirnya Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 dan Qanun Propinsi Nangroe Aceh Darussalam tentang Pelaksanaan Syari'at Islam Nomor 11 Tahun 2002. Dengan demikian, di era reformasi ini, terbuka peluang yang luas bagi sistem hukum Islam untuk memperkaya khazanah tradisi hukum di Indonesia, sehingga dapat melakukan langkah-langkah pembaruan, dan bahkan pembentukan hukum baru yang bersumber dan berlandaskan sistem hukum Islam, untuk kemudian dijadikan sebagai norma hukum positif yang berlaku dalam hukum Nasional di Indonesia.

Di antara produk hukum positif di era reformasi sementara ini yang sangat jelas bermuatan hukum Islam (Hukum Perdata Islam) ini antara lain:

1. Undang-Undang Nomor 38 tahun 1999 tentang Pengelolaan Zakat;
2. Undang-Undang Nomor 41 tahun 2004 tentang Wakaf;
3. Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan terhadap Undang-undang Nomor 7 tahun 1999 tentang Peradilan Agama.

Lantas bagaimana mengenai perkawinan dan kewarisan. Perkembangan hukum perdata Islam dengan lahirnya Undang-undang Nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan terhadap Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama terletak pada

⁷ Sebelum lahirnya undang-undang nomor 3 Tahun 2006, hak opsi terjadi pada beberapa kasus, antara lain dalam hukum waris, perkara pengangkatan anak dan lain-lain, sedangkan dualisme Undang-undang terjadi dalam sengketa perbankan syari'ah, antara Undang-undang nomor 3 Tahun 2006 dengan Undang-undang nomor 21 Tahun 2008. lihat Abdul Ghofur Ansori, *Implementasi Hukum Ekonomi Islam Dalam Sistem Perbankan di Indonesia*, (Makalah disampaikan dalam kuliah perdana Mahasiswa Angkatan XII Program Magister (S2) Ilmu Hukum PPS UIR tanggal 7 Februari 2009), hlm. 12

Pasal 49 ayat (1) undang-undang tersebut yang menegaskan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus, dan menyelesaikan perkara-perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang:

1. perkawinan;
2. waris;
3. wasiat;
4. hibah;
5. wakaf;
6. zakat;
7. infaq;
8. shadaqah; dan
9. ekonomi syari'ah.

Sebagaimana telah dikemukakan bahwa setidaknya ada empat produk pemikiran hukum Islam yang telah berkembang dan berlaku di Indonesia, seiring pertumbuhan dan perkembangannya. Empat produk pemikiran hukum Islam tersebut adalah, fiqh, fatwa ulama, putusan pengadilan dan peraturan perundang-undangan. Selain perkembangan dinamis tersebut, terdapat pula hal yang sangat menarik di era reformasi yaitu banyak terjadi masalah hukum perdata Islam, konflik hukum, dan pro kontra terhadap suatu peristiwa hukum tersebut. Akan tetapi, ironisnya sangat minim produk hukum positif yang berkenaan dengan hukum perdata Islam. Di antara masalah-masalah penting dan menarik yang ada adalah masalah dalam bidang hukum perkawinan dan bidang hukum kewarisan yang dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Bidang Hukum Perkawinan

a. Hukum Anak Luar Nikah

Pada prinsipnya tidak ada masalah tentang hukum anak luar nikah dalam hukum perdata Islam, persoalan tersebut muncul sejak keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi (MK) Nomor 46/PUU-VIII/2010 tentang status anak di luar nikah,⁸ putusan tersebut di antaranya mengubah bunyi Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang pada awalnya berbunyi:

“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Berdasarkan putusan MK maka Pasal 43 ayat 1 UU ini harus dibaca menjadi, *“Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”*

⁸ Permohonan tentang hal ini diajukan oleh Hj. Aisyah Mochtar alias Machica binti Mochtar dan anaknya Muhammad Iqbal Ramadhan binti Moerdiono. Muhammad Iqbal Ramadhan yang merupakan anak hasil perkawinansirri antara Machica dengan Moerdiono hanya dihubungkan dengan Machica dalam akta kelahirannya. Sebelumnya Machica sudah melakukan itsbat nikah dan hal ini sebenarnya tidak menjadi masalah lagi baginya, karena setelah itsbat nikah dilakukan dia sudah bisa melakukan tindakan hukum sebagaimana pernikahan yang dicatatkan

Tidak akan bermasalah dari sudut pandang hukum Islam, jika Mahkamah Konstitusi membatalkan Pasal 2 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, demikian pula jika Mahkamah Konstitusi tidak menambahkan keterangan Pasal 43 ayat (1) karena tidak ada yang bertentangan dengan hukum Islam. Namun hal ini menjadi lain karena Mahkamah Konstitusi menambahkan ketentuan Pasal 43 ayat (1) yang membuat seorang anak yang lahir di luar perkawinan juga dapat mempunyai hubungan perdata dengan keluarga ayah biologisnya. Bahkan Majelis Ulama Indonesia (MUI) kemudian membuat fatwa yang secara jelas menentang keputusan Mahkamah Konstitusi tersebut. Pada prinsipnya MUI menolak penasaban anak di luar kawin dengan ayah biologisnya.⁹

Status anak luar nikah dalam fatwa MUI ini disamakan dengan status anak zina, kemudian menjelaskan beberapa ketentuan umum tentang anak zina sebagai berikut:

- 1) Anak hasil zina adalah anak yang lahir sebagai akibat dari hubungan badan di luar pernikahan yang sah menurut ketentuan agama, dan merupakan *jarimah* (tindak pidana kejahatan);
- 2) *Hadd* adalah jenis hukuman atas tindak pidana yang bentuk dan kadarnya telah ditetapkan oleh nash ;
- 3) *Ta'zir* adalah jenis hukuman atas tindak pidana yang bentuk dan kadarnya diserahkan kepada *ulil amri* (pihak yang berwenang menetapkan hukuman) ;
- 4) Wasiat wajibah adalah kebijakan *ulil amri* (penguasa) yang mengharuskan laki-laki yang mengakibatkan lahirnya anak zina untuk berwasiat memberikan harta kepada anak hasil zina sepeninggalnya.

Setelah memutuskan ketentuan umum di atas, lalu dalam fatwa ini dijelaskan pula ketentuan hukum anak zina sebagai berikut:

- 1) Anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris, dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya;
- 2) Anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris, dan nafaqah dengan ibunya dan keluarga ibunya;
- 3) Anak hasil zina tidak menanggung dosa perzinaan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya;
- 4) Pezina dikenakan hukuman *hadd* oleh pihak yang berwenang, untuk kepentingan menjaga keturunan yang sah (*hifzh al-nasl*);
- 5) Pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman *ta'zir* lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk: Pertama, mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut; Kedua, memberikan harta setelah ia meninggal melalui *wasiat wajibah*;
- 6) Hukuman sebagaimana dimaksud nomor 5 bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya.

⁹ Lihat Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor: 11 tahun 2012, tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, yang dikeluarkan di Jakarta pada tanggal 10 Maret 2012.

Berdasarkan ketentuan umum dan ketentuan hukum tersebut, MUI dalam fatwanya juga merumuskan rekomendasi sebagai berikut:

- 1) Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia dan Pemerintah diminta untuk segera menyusun peraturan perundang-undangan yang mengatur;
- 2) Pertama, hukuman berat terhadap pelaku perzinaan yang dapat berfungsi sebagai *zawajir* dan *mawani'* (membuat pelaku menjadi jera dan orang yang belum melakukan menjadi takut untuk melakukannya). Kedua, memasukkan zina sebagai delik umum, bukan delik aduan karena zina merupakan kejahatan yang menodai martabat luhur manusia;
- 3) Pemerintah wajib mencegah terjadinya perzinaan disertai dengan penegakan hukum yang keras dan tegas;
- 4) Pemerintah wajib melindungi anak hasil zina dan mencegah terjadinya penelantaran, terutama dengan memberikan hukuman kepada laki-laki yang menyebabkan kelahirannya untuk memenuhi kebutuhan hidupnya;
- 5) Pemerintah diminta untuk memberikan kemudahan layanan akte kelahiran kepada anak hasil zina, tetapi tidak menasabkannya kepada lelaki yang mengakibatkan kelahirannya;
- 6) Pemerintah wajib mengedukasi masyarakat untuk tidak mendiskriminasi anak hasil zina dengan memperlakukannya sebagaimana anak yang lain. Penetapan nasab anak hasil zina kepada ibu dimaksudkan untuk melindungi nasab anak dan ketentuan keagamaan lain yang terkait, bukan sebagai bentuk diskriminasi.

Alasan dari uraian diatas didasarkan atas pemahaman dalil-dalil yang ada. *Pertama*, anak di luar nikah tidak dinasabkan ke bapak biologis. Anak tersebut hanya dinasabkan kepada ibunya sebagaimana anak *mula'annah* dinasabkan kepada ibunya. Sebab keduanya sama-sama terputus nasabnya dari sisi bapaknya.¹⁰ Berdasarkan keterangan tersebut, para ulama menyimpulkan bahwa anak di luar nikah, sama sekali bukan anak bapaknya. Karena itu, tidak boleh di-*bin*-kan ke bapaknya, dan jika di-*bin*-kan ke Bapaknya, maka hukumnya terlarang bahkan merupakan dosa besar.

Karena bapak biologis bukan bapaknya maka haram hukumnya anak itu dinasabkan kepada bapak biologisnya, maka anak tersebut di-*bin*-kan ke ibunya. Sebagaimana Nabi Isa as. yang dengan kuasa Allah diciptakan tanpa ayah. Karena beliau tidak memiliki bapak, maka beliau di-*bin*-kan kepada ibunya, sebagaimana dalam banyak ayat, Allah menyebut beliau dengan Isa bin Maryam.

Kedua, tidak ada hubungan saling mewarisi, tidak ada hubungan saling mewarisi antara bapak biologis dengan anak luar nikah. Karena sebagaimana ditegaskan sebelumnya, bapak biologis bukan bapaknya. Memaksakan diri untuk meminta warisan, statusnya merampas harta yang bukan haknya. Akan tetapi, jika bapak biologis ingin memberikan bagian hartanya kepada anak biologisnya, ini bisa dilakukan melalui wasiat. Si bapak bisa menuliskan wasiat, bahwa si A (anak biologisnya) diberi jatah sekian dari

¹⁰ Ibn Qudamah, *al-Mughni*, Kairo: Dar al-Hadis, 2004, Juz 9, hlm. 123

total hartanya setelah si Bapak meninggal. Karena wasiat boleh diberikan kepada selain ahli waris.

Ketiga, tidak ada wali nikah, kecuali dari jalur laki-laki. Anak perempuan dari hasil hubungan zina tidak memiliki bapak. Bapak biologis bukanlah bapaknya. Dengan demikian, dia memiliki hubungan kekeluargaan dari pihak bapak biologis. Bapak biologis, kakek, maupun paman dari bapak biologis, tidak berhak menjadi wali. Karena mereka bukan paman maupun kakeknya. Orang yang mungkin bisa menjadi wali nikahnya adalah anak laki-laki ke bawah, jika dia janda yang sudah memiliki anak, atau wali hakim dalam hal ini pejabat resmi dari Kantor Urusan Agama.

b. Hukum Pernikahan Warga Negara Asing di Indonesia

Dalam Rapat Kerja Nasional Mahkamah Agung tahun 2005 muncul gagasan perlunya meniru Mesir. Di sana, setiap warga negara asing (WNA) yang hendak menikahi perempuan lokal harus menyetor 25.000 Pound Mesir ke bank. Uang tersebut berfungsi sebagai jaminan jika hubungan perkawinan keduanya putus. Jika dirupiahkan, nilainya kira-kira setara dengan Rp 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah). Gagasan ini muncul untuk melindungi perempuan Indonesia. Apalagi jika selama ini ia hanya mengandalkan penghasilan sang suami. Begitu suami angkat kaki dari Indonesia, baik karena kontrak kerja habis atau cerai, beban isteri akan bertambah. Gagasan ini langsung memantik perdebatan, seolah-olah Mahkamah Agung (MA) sudah membuat suatu keputusan bahwa setiap WNA yang ingin menikahi perempuan Indonesia harus menyetor Rp 500.000.000,- (lima ratusjuta rupiah).

Menurut Andi Syamsu Alam,¹¹ dana tersebut menjadi jaminan demi menghidupi isteri kelak jika perkawinan mereka putus. Jadi, konteksnya adalah kemungkinan perlindungan kepada perempuan-perempuan Indonesia yang dinikahi Warga Negara Asing. Lalu, muncul gagasan perlindungan terhadap kaum Hawa di Indonesia. Antara lain bisa dilakukan dengan putusan hakim yang membebaskan kewajiban pembayaran mut'ah oleh suami Warga Negara Asing. Jadi, menurut Andi, yang disepakati adalah bentuk perlindungan terhadap kaum perempuan. Kesepakatan bersama bahwa baik suami asing atau sesama WNI, jika terjadi perceraian, maka harus diberi mut'ah, pemberian saat dicerai, sehingga istri bisa hidup. Sistem jaminan itu bertujuan melindungi perempuan, terlebih jika istri tidak punya pekerjaan. Biaya mut'ah tersebut bisa digunakan selama satu-dua tahun sebagai modal untuk mencari pekerjaan atau untuk modal usaha. Gagasan uang jaminan itu pun belum pasti apakah hanya kepada pria asing, atau juga termasuk perempuan asing yang menikah dengan pria Indonesia.

Kemudian mengenai kelanjutan gagasan Mahkamah Agung ini, sampai saat ini belum terlihat perkembangannya, dan belum ada regulasi yang mengaturnya. Adapun pernikahan 2 (dua) Warga Negara Asing yang tidak berdomisili di Indonesia dapat dilakukan di Indonesia berdasarkan Pasal 35 huruf b Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan beserta penjelasannya jo. Undang-Undang

¹¹ Hakim Agung yang menjabat Ketua Kamar Agama Mahkamah Agung RI.

Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu harus dilakukan menurut hukum perkawinan yang berlaku di Indonesia. Berdasarkan peraturan perundang-undangan maka terdapat dua hal yang diatur, yaitu: *Pertama*, harus berdasarkan hukum agama. *Kedua*, harus dilakukan pendaftaran perkawinan di lembaga pencatatan perkawinan setempat. Mengenai pencatatan ini kemudian diatur dalam Peraturan Menteri Dalam Negeri Nomor 12 Tahun 2010 tentang Pedoman Pencatatan Perkawinan dan Pelaporan Akta yang Diterbitkan oleh Negara Lain.

c. Hukum Pencatatan Pernikahan

Pencatatan pernikahan merupakan pendataan administrasi perkawinan yang ditangani oleh petugas pencatat perkawinan (PPN) dengan tujuan untuk menciptakan ketertiban hukum. Dalam literatur hukum Islam pencatatan perkawinan ditetapkan berdasarkan ijtihad, hal ini karena pencatatan perkawinan tidak diatur secara tegas dalam al-Qur'an dan hadits. Perkawinan merupakan salah satu perikatan yang telah disyariatkan dalam Islam. Hal ini dilaksanakan untuk memenuhi perintah Allah agar manusia tidak terjerumus ke dalam perzinahan. Perkawinan dalam hukum Islam adalah pernikahan, yaitu akad yang sangat kuat atau *mitsaaqon gholiidhan* untuk mentaati perintah Allah dan melaksanakannya merupakan ibadah.¹²

Karena perkawinan merupakan ikatan yang sangat kuat, maka akad nikah dalam sebuah perkawinan memiliki kedudukan yang sentral. Begitu pentingnya akad nikah ia ditempatkan sebagai salah satu rukun nikah yang disepakati. Kendati demikian tidak ada syarat bahwa akad nikah itu harus dituliskan atau di aktekan. Atas dasar inilah fikih Islam tidak mengenal adanya pencatatan perkawinan.¹³ Meskipun Al-Qur'an telah menganjurkan pencatatan transaksi muamalah dalam keadaan tertentu. Untuk hukum yang berlaku di Indonesia pencatatan perkawinan telah di atur dalam Undang-Undang Nomor 2 tahun 1946, Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975, dan Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.¹⁴

Dengan adanya pencatatan, maka pernikahan secara hukum agama maupun negara menjadi sah. Selain itu, hal ini penting bagi pemenuhan hak-hak istri dan anak (terutama pembagian harta waris, pengakuan status anak, dasar hukum kuat bagi istri jika ingin menggugat suami atau sebaliknya). Pencatatan berfungsi sebagai perlindungan bagi istri/suami. Dengan demikian pencatatan perkawinan sangatlah urgent. Selain demi terjaminnya ketertiban akta nikah bisa digunakan untuk mendapatkan hak-hak, dan terlepas dari perasangka, keragu-raguan, kelalaian serta saksi-saksi yang cacat secara hukum. Kendatipun pencatatan perkawinan hanya bersifat administratif tetap harus dianggap penting karena melalui pencatatan perkawinan

¹² Lihat Kompilasi Hukum Islam Bab II Pasal 2

¹³ Khoiruddin Nasution, *Status Wanita di Asia Tenggara: Studi Terhadap Perundang-undangan Perkawinan Muslim Kontemporer di Indonesia dan Malaysia*, Jakarta-Leiden: INIS, 2002, hlm. 139

¹⁴ Jaih Mubarak, *Modernisasi Hukum Islam*, Bandung: Pustaka Bani Quraysi, 2005, hlm, 76

tersebut akan diterbitkan buku kutipan akta nikah yang akan menjadi bukti otentik tentang dilangsungkannya sebuah perkawinan yang sah.

Di antara dalil hukum Islam yang dikemukakan oleh para ulama untuk mendiskripsikan pentingnya pencatatan perkawinan adalah qiyas.¹⁵ Dalam hal ini adalah menganalogikan pernikahan dengan transaksi hutang piutang. Pernikahan pada prinsipnya jauh lebih penting untuk dicatatkan, dibanding perintah untuk mencatatkan transaksi mu'amalah lainnya, sebagaimana firman Allah swt. dalam surat Al-Baqarah ayat 282 sebagai berikut:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ

Artinya: *Hai orang-orang yang beriman, apabila kamu bermu'amalah tidak secara tunai untuk waktu yang ditentukan, hendaklah kamu menuliskannya ...*

Akad nikah lebih utama dari muamalah biasa, karena merupakan perjanjian yang sangat kuat, seperti disebutkan dalam al-Qur'an surat an-Nisa' ayat 21 sebagai berikut:

وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِّيثَاقًا عَلِيًّا

Artinya: *Bagaimana kamu akan mengambilnya kembali, padahal sebagian kamu Telah bergaul (bercampur) dengan yang lain sebagai suami-isteri. dan mereka (isteri-isterimu) Telah mengambil dari kamu perjanjian yang kuat.*

Apabila akad hutang piutang atau hubungan kerja yang lain harus dicatatkan, mestinya akad nikah yang begitu luhur, agung, dan sakral lebih utama lagi untuk dicatatkan. Oleh karena itu, mestinya bahasan ini termasuk hal yang mendapat perhatian serius dari ulama fiqh karena terdapat ayat Al-Qur'an yang menghendaki untuk mencatat segala transaksi muamalah. Hukum yang terdapat pada *al-Ashl* adalah sunnah karena Al-Qur'an yang menganjurkan untuk mencatat segala bentuk transaksi muamalah, sebagaimana ditegaskan dalam surat al-Baqarah ayat 282 di atas, ayat ini menunjukkan perintah mencatat perihal hutang-piutang. Kalimat *فاكتبوا* adalah kalimat anjuran yang menekan, dan setiap anjuran dalam kaidah fiqh adalah sunnah. Berdasarkan hal tersebut, maka hukum yang terdapat pada *al-ashl* adalah *sunnah muakkad*, demikian juga *illat* dari kedua sifat yang terdapat dalam hukum asal, dipakai sebagai dasar hukum yang dengan *illat* itu dapat diketahui hukum cabang (*furu'*). Adapun *illat* dari pencatatan hutang piutang merupakan bukti keabsahan perjanjian/transaksi muamalah (*bayyinah syar'iyah*). Dalam hal ini dapat disimpulkan

¹⁵ Qiyas menurut bahasa berarti “mengukur sesuatu dengan sesuatu yang lain untuk diketahui adanya persamaan antara keduanya. Sedangkan menurut ushul fiqh, qiyas adalah Menghubungkan (menyamakan hokum) sesuatu yang tidak ada ketentuan hukumnya dengan sesuatu yang ada ketentuan hukumnya karena ada persamaan illat antara keduanya. Lihat, Satria Effendi, 2005, *ushul fiqh*. Jakarta: Kencana, hlm.130

bahwa hukum pencatatan perkawinan adalah sangat dianjurkan sebagaimana halnya hukum pencatatan dalam akad hutang piutang.

d. Hukum Poligami Terbatas

Poligami berarti ikatan perkawinan yang salah satu pihak (suami) mengawini lebih dari satu istri dalam waktu bersamaan, bukan saat ijab qabul melainkan dalam menjalani hidup berkeluarga, sedangkan monogamy berarti perkawinan yang hanya membolehkan suami mempunyai satu istri pada jangka waktu tertentu.¹⁶ Poligami dipakai untuk makna laki-laki beristri banyak, sedangkan kata poligyni sendiri tidak lazim dipakai.¹⁷ Poligami merupakan bentuk perkawinan dimana seorang pria dalam waktu yang sama mempunyai istri lebih dari seorang wanita.

Pada prinsipnya asas perkawinan adalah monogamy, sedangkan poligami datang belakangan sesuai dengan perkembangan akal pikiran manusia dari zaman ke zaman. Akan tetapi, dalam hukum Islam, poligami mempunyai arti perkawinan yang lebih dari satu dengan batasan, hanya sampai empat wanita saja.¹⁸ Prinsip poligami terbatas inilah yang dipakai oleh Kompilasi Hukum Islam. Adapun dasar pertimbangan Kompilasi Hukum Islam adalah hadits Nabi Muhammad SAW yang diriwayatkan oleh Ahmad, At-Tirmidzi, dan Ibn Hibban yang mengungkapkan bahwa sesungguhnya Gailan Ibn Salamah masuk Islam, dan dia mempunyai 10 (sepuluh) orang istri. Mereka bersama-sama, dan dia masuk Islam. Maka Nabi Muhammad SAW memerintahkan kepadanya agar memilih empat orang saja di antaranya dan menceraikan yang lainnya.

Menurut para ahli sejarah, poligami mula-mula dilakukan oleh raja-raja pembesar Negara dan orang-orang kaya. Mereka mengambil beberapa wanita, ada yang dikawini dan ada pula yang hanya dipergunakan untuk melampiaskan hawa nafsunya akibat perang, dan banyak anak gadis yang diperjualbelikan, diambil sebagai pelayan kemudian dijadikan gundik dan sebagainya. Makin kaya seseorang makin tinggi kedudukannya, makin banyak mengumpulkan wanita. Dengan demikian poligami itu adalah sisa-sisa pada waktu peninggalan zaman perbudakan yang mana hal ini sudah ada dan jauh sebelum masehi.¹⁹

Dasar hukum poligami dalam hukum perdata Islam ditegaskan dalam surat an-Nisa' ayat 3, terjemahannya sebagai berikut:

“Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) perempuan yang yatim (bilamana kamu mengawininya), Maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi: dua, tiga atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil, Maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya”.

¹⁶ Al-Qamar Hamid, *Hukum Islam Alternative Terhadap Masalah Fiqh Kontemporer*, Jakarta: Restu Ilahi, 2005, hlm. 19

¹⁷ Achmad Kuzari, *nikah sebagai perikatan*, Jakarta: Raja Grafindo, 1995, hlm. 159

¹⁸ Khoiruddin Nasution, *Riba Dan Poligami*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar Dengan Academia, 1996, hlm. 84

¹⁹ Aisjah Dahlan, *Membina Rumah Tangga Bahagia*, Jakarta: Jamunu, 1969, hlm. 69

Maksud berlaku adil, sebagaimana ditegaskan dalam ayat di atas ialah perlakuan yang adil dalam meladeni isteri seperti pakaian, tempat, giliran dan lain-lain yang bersifat lahiriyah. Islam memperbolehkan poligami dengan syarat-syarat tertentu, sebelum turun ayat ini poligami sudah ada, dan pernah pula dijalankan oleh para nabi sebelum nabi Muhammad saw. Ayat ini juga membatasi poligami sampai empat orang saja, hal tersebut diperkuat oleh firman Allah swt. dalam surat An-Nisa` ayat 129, sebagai berikut:

“Dan kamu sekali-kali tidak akan dapat berlaku adil di antara isteri-isteri(mu), walaupun kamu sangat ingin berbuat demikian, Karena itu janganlah kamu terlalu cenderung (kepada yang kamu cintai), sehingga kamu biarkan yang lain terkatung-katung. dan jika kamu mengadakan perbaikan dan memelihara diri (dari kecurangan), Maka Sesungguhnya Allah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang”.

Para mujtahid dari kalangan sahabat Rasul, dan para tabi`in memahami dua ayat *ahkam* di atas sebagai berikut:²⁰

- 1) Perintah Allah swt, *“maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi”*, difahami sebagai perintah ibahah (boleh), bukan perintah wajib. Seorang muslim dapat memilih untuk bermonogami (istri satu) atau berpoligami (lebih dari satu). Demikianlah kesepakatan pendapat mayoritas pendapat mujtahid dalam berbagai kurun waktu yang berbeda;
- 2) Larangan mempersunting istri lebih dari empat dalam waktu yang bersamaan, sebagaimana dalam firman Allah *“maka kawinilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi; dua, tiga atau empat”*. Menurut alqurtuki, pendapat yang memperkenankan poligami lebih dari empat dengan pijakan nash di atas, adalah pendapat yang muncul karena yang bersangkutan tidak memahami gaya bahasa dalam al-qur`an dan retorika bahasa Arab;
- 3) Poligami harus berlandaskan asas keadilan, sebagaimana firman Allah, *“kemudian jika kamu takut tidak akan berlaku adil, maka (kawinilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki.”* (QS. An-Nisa` ayat 3) seseorang tidak dibolehkan menikahi lebih dari seorang istri jika mereka merasa tidak yakin akan mampu untuk berpoligami. Walaupun dia menikah maka akad tetap sah, tetapi dia berdosa terhadap tindakannya itu;
- 4) Juga sebagaimana termaktub dalam ayat yang berbunyi, *“dan kamu sekali-kali tidak akan dapat berlaku adil diantara istri-istri (mu), walaupun kamu sangat ingin berbuat demikian”*. adil dalam cinta diantara istri-istri adalah suatu hal yang mustahil dilakukan karena dia berada di luar batas kemampuan manusia. Namun, suami seyogyanya tidak berlaku dzolim terhadap istri-istri yang lain karena kecintaannya terhadap istrinya;
- 5) Sebagian ulama` penganut madzhab syafi`i mensyaratkan mampu memberi nafkah bagi orang yang akan berpoligami. Persyaratan ini berdasarkan pemahaman Imam Syafi`i terhadap teks al-Qur`an, *“yang demikian itu adalah*

²⁰ Fada Abdul Razak Al-Qoshir, *Wanita Muslimah Antara Syari`at Islam dan Budaya Barat*, Yogyakarta: Darussalam Offset, 2004, hlm. 45

lebih cddekata kepada tidak berbuat aniaya". Yang artinya agar tidak memperbanyak anggota keluarga. Di dalam kitab "*akhhkam al-qur`an*", imam baihaqi juga mendasarkan keputusannya terhadap pendapat ini serta pendapat yang lain. Dalam pemahaman madzhab Syafi`i jaminan yang mensyaratkan kemampuan memmberi nafkah sebagai syarat poligami ini adalah syarat diyanah (agama) maksudnya bahwa jika yang bersangkutan tahu bahwa dia tidak mampu memberi nafkah bukan syarat putusan hukum.

Sebagian ulama menyebutkan bahwa poligami itu mubah (dibolehkan) selama seorang mu'min tidak akan khawatir akan aniaya. Dilarang poligami untuk menyelamatkan dirinya dari dosa. Dan terang pula bahwa boleh berpoligami itu tidak bergantung kepada sesuatu selain anaiaya (tidak jujur), jadi tidak bersangkutan dengan mandul istri atau sakit yang menghalanginya ketika tidur dengan suaminya dan tidak pula karena banyak jumlah wanita.²¹

Hukum perdata Islam di Indonesia mengatur bahwa Pada dasarnya seorang pria hanya boleh mempunyai seorang istri. Seorang suami yang beristri lebih dari seorang dapat diperbolehkan bila dikendaki oleh pihak-pihak yang bersangkutan dan Pengadilan Agama telah memberi izin (Pasal 3 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974). Dasar pemberian izin poligami oleh Pengadilan Agama diatur dalam Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Perkawinan (UUP) dan juga dalam Bab IX KHI Pasal 57 seperti dijelaskan sebagai berikut :

- 1) Istri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
- 2) Istri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
- 3) Istri tidak dapat melahirkan keturunan.

Apabila diperhatikan alasan pemberian izin melakukan poligami di atas, dapat dipahami bahwa alasannya mengacu kepada tujuan pokok pelaksanaan perkawinan, yaitu membentuk rumah tangga yang bahagia dan kekal (istilah Kompilasi Hukum Islam disebut *sakinah, mawaddah* dan *rahmah*) berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Apabila tiga alasan yang disebutkan di atas menimpa suami-istri maka dapat dianggap rumah tangga tersebut tidak akan mampu menciptakan keluarga bahagia (*mawaddah* dan *rahmah*).

Selanjutnya tentang syarat-syarat poligami diatur dalam Pasal 5 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 memberikan persyaratan terhadap seorang suami yang akan beristri lebih dari seorang yaitu: *Pertama*, untuk dapat mengajukan permohonan kepada Pengadilan Agama sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-Undang ini harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut:

- 1) Adanya persetujuan dari istri/ isteri-isteri;
- 2) Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka;
- 3) Adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka.

²¹ *Ibid.*, hlm. 200

Kedua, persetujuan yang dimaksud pada ayat (1) huruf a pasal ini tidak diperlukan bagi seorang suami apabila istri/istri-istrinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian, atau apabila tidak ada kabar dari istrinya selama sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun, karena sebab-sebab lainnya yang perlu mendapat penilaian dari hakim Pengadilan Agama.²² Ketentuan hukum yang mengatur tentang pelaksanaan poligami seperti telah diuraikan tersebut, mengikat semua pihak, pihak yang akan melangsungkan poligami dan pegawai pencatat perkawinan. Apabila mereka melakukan pelanggaran terhadap ketentuan pasal-pasal di atas, dikenakan sanksi pidana sebagaimana diatur dalam Bab IX Pasal 45 Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975.

e. Hukum Alasan perceraian karena Broken Mariage

Pada dasarnya tidak ada masalah tentang alasan cerai berdasarkan *broken marriage*, malahan alasan ini sudah lumrah dalam setiap pertimbangan majelis hakim dalam memutus perkara perceraian di Pengadilan Agama. Persoalan ini baru mencuat ketika putusan Majelis Mahkamah Konstitusi (MK) yang menyatakan menolak permohonan pengujian penjelasan Pasal 39 ayat (2) huruf (f) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yang diajukan mantan isteri Bambang Trihatmodjo, Halimah Agustina. Pasal ini mengatur alasan perceraian antara suami dan istri terus-menerus bertengkar atau *broken marriage*. Akan tetapi, putusan majelis ini diambil tidak dengan suara bulat, karena Hakim Konstitusi M. Akil Mochtar mengajukan *dissenting opinion* (pendapat berbeda). Ia berkesimpulan dasar permohonan pemohon beralasan hukum dan seharusnya MK mengabulkan permohonan ini karena dampaknya akan mempermudah perceraian seperti yang dialami pemohon.

Dalam pertimbangan, Mahkamah menyatakan ketika terjadi perselisihan dan pertengkaran yang terus menerus antara pasangan suami istri, maka ikatan batin dalam perkawinan dianggap telah pecah (*syiqaq, broken marriage*). Meski ikatan lahir, secara hukum masih ada, secara rasional tidak bermanfaat lagi bagi kedua belah pihak maupun bagi keluarganya. Bahkan dalam kasus tertentu dapat membahayakan keselamatan masing-masing pihak atau keluarga. Karena itu, hukum harus memberikan jalan keluar untuk menghindari keadaan buruk yang tidak diinginkan (*saddu al dzari`ah*). "Jalan keluarnya yaitu putusannya perkawinan dengan perceraian atau dengan putusan pengadilan sesuai Pasal 38 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan." Atas dasar itu, Mahkamah berpendapat Penjelasan Pasal 39 ayat (2) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan sepanjang frasa, "*Antara suami dan isteri terus menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran...*" justru memberikan salah satu jalan keluar ketika suatu perkawinan tidak lagi memberi manfaat karena tidak lagi sejalan dengan tujuan perkawinan sesuai Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan tidak memberikan kepastian dan keadilan

²² Zainuddin Ali, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2006, hlm. 47

hukum sesuai Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945. "Mahkamah Konstitusi berpendapat permohonan Pemohon tidak terbukti beralasan menurut hukum."

Sebaliknya, Akil berpendapat belajar dari pengalaman negara-negara Barat, adopsi alasan perceraian seperti diatur dalam penjelasan Pasal 39 ayat (2) huruf (f) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak menjamin upaya melanggengkan ikatan perkawinan yang sah bagi warga negara Indonesia. Apalagi, penjelasan Pasal 39 ayat (2) huruf (f) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan tidak didukung dengan peraturan pelaksana atau perangkat hukum pendukung dalam upaya penegakan hukum perdata dalam lingkup Peradilan Umum. "Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, tidak mengatur secara rinci ukuran yang menjadi pedoman dalam menentukan adanya perselisihan dan pertengkaran secara terus-menerus itu. Menurutnya, keterbatasan rincian aturan ini merugikan hak konstitusional warga negara Indonesia yang mengajukan gugatan cerai atas alasan perselisihan dan pertengkaran terus menerus melalui Peradilan Umum atau Peradilan Agama. "Ini bisa menjadi celah hukum bagi para pihak karena tidak adanya ukuran dan batasan mengenai apa yang dimaksud dengan 'perselisihan' dan 'pertengkaran' serta parameter apa yang digunakan untuk mengukur 'terus menerus'."

Dalam praktiknya, celah hukum itu justru mempermudah proses perceraian. Ukuran-ukuran dalam mempertimbangkan adanya "perselisihan", "pertengkaran", dan sifat "terus menerus" diserahkan hanya pada subjektivitas hakim tanpa ada norma aturan yang menjadi pedomannya. "Oleh karenanya, proses perceraian seolah menjadi sangat mudah." Hal ini bertentangan dengan prinsip yang dianut oleh Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan yaitu "prinsip untuk mempersukar terjadinya perceraian" demi mengukuhkan tujuan perkawinan yaitu untuk membentuk keluarga yang bahagia dan kekal. Oleh karenanya, Mahkamah seharusnya mengabulkan permohonan pemohon. "Alasan perceraian karena adanya perselisihan dan pertengkaran terus-menerus seperti diatur pasal 19 huruf f dan Pasal 22 ayat (2) PP Nomor 9 Tahun 1975 juga harus dinyatakan inkonstitusional."

Dalam permohonannya, Halimah menilai penjelasan Pasal 39 ayat (2) huruf (f) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan merugikan hak konstitusionalnya karena tidak mencantumkan hal-hal yang menjadi penyebab perselisihan/pertengkaran itu terjadi. Hal ini menyebabkan pihak istri kerap merasa dirugikan dalam hal penyebab terjadi pertengkaran itu adalah suami. Misalnya, suaminya menjalin hubungan gelap dengan perempuan lain seraya meninggalkan tempat kediaman bersama, sehingga pastinya pertengkaran dengan istri yang sah tidak terhindarkan. Karena itu, pemohon meminta agar penjelasan pasal 39 ayat (2) huruf (f) sepanjang frasa "*antara suami dan istri terus-menerus terjadi perselisihan dan pertengkaran*" dibatalkan/dihapus karena bertentangan dengan UUD 1945.

Permohonan ini adalah tuntutan dari perceraian Bambang Trihatmodjo dan Halimah pada tahun 2007 lalu. Pengadilan Agama Jakarta Pusat telah mengabulkan gugatan cerai talak Bambang kepada Halimah dengan alasan sering terjadi pertengkaran

terus-menerus, sehingga tidak ada harapan untuk hidup rukun kembali. Meski gugatan cerai talak sempat dinyatakan ditolak di tingkat banding dan kasasi. Namun, di tingkat peninjauan kembali (PK) gugatan cerai talak ini kembali dikabulkan dengan alasan yang sama. Saat menggugat cerai talak, Bambang telah tinggal bersama dengan isteri barunya artis Mayangsari yang dituding sebagai penyebab pertengkaran. Sementara, Halimah mengaku telah berusaha untuk mempertahankan rumah tangganya.

Berdasarkan hal tersebut, *broken marriage* tetap menjadi alasan perceraian di Pengadilan Agama. Para Hakim berpendapat *disharmoni* sebuah perkawinan dalam hukum Islam disebut juga *azzawwaj al-maksuroh* atau dalam hukum lainnya disebut *broken marriage*, yang dalam permasalahan keluarga landasannya bukan semata-mata adanya pertengkaran fisik (*phsysical cruelty*), akan tetapi termasuk juga kekejaman mental (*mental cruelty*) yang menyebabkan tidak terpenuhinya hak dan kewajiban suami isteri sehingga meskipun tidak terjadi pertengkaran mulut atau kekerasan fisik maupun penganiayaan secara terus menerus, akan tetapi telah secara nyata terjadi dan berlangsung kekejaman mental atau penelantaran terhadap salah satu pihak, maka sudah dianggap terjadi *broken marriage*.

2. Bidang Hukum Kewarisan

a. Ahli Waris Pengganti

Hukum perdata Islam tentang sistem hukum kewarisan Islam mengalami perkembangan yang cukup signifikan. Dimana awalnya Islam menggunakan sistem kewarisan patrilineal, yang dapat mewaris hanya dari garis laki-laki saja, kemudian berkembang menjadi sistem kewarisan bilateral yang dicetuskan oleh Hazairin, dirasa cocok dengan apa yang terdapat di dalam Al-Qur'an. Dalam sistem kewarisan bilateral ini pun akhirnya dikenal istilah ahli waris pengganti, yaitu ahli waris yang memperoleh hak waris dikarenakan menggantikan kedudukan orang tuanya yang telah meninggal dunia terlebih dahulu. Al-Qur'an sebagai sumber utama hukum Islam telah memberikan legalitas sekaligus memberikan penjelasan tentang ahli waris pengganti, meskipun penjelasan dimaksud tidak secara lengkap. Istilah ahli waris pengganti dalam Al-Qur'an dikenal dengan *mawali* yang didasarkan penyebutannya dalam surat an-Nisa Ayat 33 sebagai berikut:

ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون

Artinya: “Bagi tiap-tiap harta peninggalan dari harta yang ditinggalkan ibu bapak dan karib kerabat, Kami jadikan pewaris-pewarisnya...(QS. An-Nisa’ ayat 33).

Dalam hukum perdata Islam di Indonesia, istilah ahli waris pengganti dapat ditemukan pada Pasal 185 ayat (1) Kompilasi Hukum Islam, pengertian ahli waris pengganti dimaksud sama dengan istilah *mawali* sebagaimana terdapat dalam Al-Qur'an. Sehingga permohonan penetapan yang diajukan untuk menetapkan ahli waris pengganti pun dikabulkan oleh Pengadilan Agama, karena telah sesuai dengan aturan

yang berlaku dan memiliki dasar hukum yang kuat. Istilah ahli waris pengganti dalam bahasa Belanda disebut dengan *plaatsvervulling*. Penggantian tempat dalam hukum waris disebut dengan penggantian ahli waris, yaitu meninggal dunianya seseorang dengan meninggalkan cucu yang orang tuanya telah meninggal terlebih dahulu. Cucu ini menggantikan posisi orang tuanya yang telah meninggal untuk mendapatkan warisan dari kakek atau neneknya.

Terdapat perbedaan di kalangan ahli hukum dalam menempatkan istilah ahli waris pengganti. Istilah ahli waris pengganti dibedakan antara orang yang disebut “ahli waris pengganti” dan “pengganti ahli waris”. Menurut Raihan A. Rasyid, *ahli waris pengganti* adalah orang yang sejak semula bukan ahli waris tetapi karena keadaan tertentu ia menjadi ahli waris dan menerima warisan dalam status sebagai ahli waris. Misalnya, pewaris tidak meninggalkan anak tetapi meninggalkan cucu laki-laki atau perempuan dari anak laki-laki. Sedangkan *pengganti ahli waris* adalah orang yang sejak semula bukan ahli waris tetapi karena keadaan tertentu dan pertimbangan tertentu mungkin menerima warisan namun tetap dalam status bukan sebagai ahli waris. Misalnya, pewaris meninggalkan anak bersama cucu baik laki-laki maupun perempuan yang orang tuanya meninggal lebih dahulu daripada pewaris. Keberadaan cucu disini sebagai pengganti ahli waris. Apa yang disebut dengan *plaatsvervulling* dalam KUHPerdara, wasiat wajibah dalam undang-undang Mesir dan pasal 185 KHI oleh Raihan A. Rasyid dinamakan pengganti ahli waris, bukan ahli waris pengganti. Namun dalam KHI sebagai *ijma'* ulama Indonesia tetap digunakan sebutan ahli waris pengganti.²³

Konsep ahli waris pengganti menurut Hazairin, merupakan hasil pemikiran dalam menafsirkan kata *mawali*. Dimana *mawali* adalah orang-orang yang yang menjadi ahli waris karena tidak ada lagi penghubung antara mereka dengan pewaris, disebabkan karena orang yang menjadi penghubung tersebut telah mati lebih dahulu dari pewaris, yang mana ia seharusnya menerima warisan kalau ia masih hidup. Konsep ini tidak bertentangan dengan apa yang ada dalam al-Qur'an surah an-Nisa' ayat 33. Secara bebas Hazairin menerangkan bahwa teks Ayat 33 Surah an-Nisa mengandung makna bahwa Allah mengadakan *mawali* untuk si fulan dari harta peninggalan orang tua dan keluarga dekat pewaris.²⁴

Secara tegas dalam Buku Pedoman Pelaksanaan Tugas dan Administrasi Peradilan Agama tentang azas ahli waris langsung dan azas ahli waris Pengganti, menyebutkan dua bentuk ahli waris yaitu:

²³ Fenomena tersebut terjadi pada perkembangan hukum kewarisan Islam di Indonesia yang mengalami perdebatan diantara “Madzhab Nasional”, sebutan istilah dari Hasbi ash-Shiddieqy yang kemudian dilakukan perubahan oleh Hazairin menjadi “Madzhab Indonesia”, suatu konsep yang jelas mengantisipasi ide Fiqh Indonesia sebagaimana yang pernah ditawarkan oleh Hasbi ash-Shidieqy. Lihat Hazairin, *Hukum Kekeluargaan Nasional*, Tintamas, Jakarta, 1982, hlm. 6, Lihat juga Ratno Lukito, *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, Jakarta: INIS,a, 1998, hlm. 76, sebagaimana dikutip dalam Muhsun Fuad, *Hukum Islam Indonesia; dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: LKIS, 2005, hlm. 78

²⁴ Hazairin, *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut Al-Qur'an dan Hadits*, Jakarta:Tintamas, 1982, hlm.16

- 1) Ahli waris langsung (*eigen hoofed*) adalah ahli waris yang disebut dalam Pasal 174 KHI.
- 2) Ahli waris Pengganti (*plaatvervulling*) adalah ahli waris yang diatur berdasarkan pasal 185 KHI

Dalam Pasal 185 Kompilasi Hukum Islam (KHI) ditegaskan bahwa hak seorang ahli waris yang telah meninggal dunia diberikan kepada keturunannya yang masih hidup. sebagai berikut :

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

b. Hukum Kewarisan Non Muslim

Kompleksitas masyarakat Indonesia membuat hakim harus keluar dari yuridis formil yang ada yaitu dengan menggunakan fungsi *rechtsvinding* yang dibenarkan oleh hukum positif apabila tidak ada hukum yang mengatur. Kewenangan tersebut diberikan dalam pasal 5 Undang-undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman. Selain itu Kompilasi Hukum Islam dalam pasal 229 juga memberikan kewenangan hakim untuk menyelesaikan perkara dengan memperhatikan dengan sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat sehingga memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan. Pada prinsipnya hakim memiliki kewenangan menggunakan fungsinya sebagai *rechtsvinding* atau dalam hukum Islam disebut *ijtihad* sebagai alternatif. Dalam hal wasiat wajibah yang sempit pada anak angkat dan orang tua angkat maka hakim wajib menggunakan kewenangan fungsi *rechtsvinding* atau *ijtihad*-nya. Akan menjadi sulit untuk menjalankan yuridis formil dalam Kompilasi Hukum Islam terhadap orang-orang dekat pewaris di luar anak angkat dan orang tua angkat. Justru apabila hakim tidak melakukan *rechtsvinding* karena tidak ada hukum yang mengatur (*ius coria novit*) maka hakim dapat diberikan sanksi (pasal 22 Algemeen Bepalingen van Wetgeving Voor [AB])

Terdapat beberapa *rechtsvinding* atau *ijtihad* mengenai wasiat wajibah dalam yurisprudensi yang telah berkekuatan hukum tetap. Misalnya dalam putusan No. 368 K/AG/1995 dan putusan 51K/AG/1999. Dalam perkara yang diputus dengan putusan 368 K/AG/1995, Mahkamah Agung memutuskan sengketa waris dari pasangan suami isteri yang memiliki 6 (enam) orang anak. Salah satu anak perempuan mereka telah berpindah agama ketika orang tuanya meninggal dunia. Sengketa ahli waris dimintakan salah satu anak laki-laki dari pewaris atas harta yang dimiliki oleh pewaris. Dalam tingkat pertama, salah satu anak perempuan tersebut terhibab untuk mendapatkan harta peninggalan pewaris. Tingkat Banding mementahkan putusan tingkat pertama dengan memberikan wasiat wajibah sebesar 1/3 (sepertiga) bagian anak perempuan kepada anak perempuan yang berpindah agama. Tingkat Kasasi menambahkan hak anak yang

berpindah agama dengan wasiat wajibah sebesar anak perempuan lainnya atau kedudukan anak yang berpindah agama tersebut sama dengan anak perempuan lainnya.

Dalam putusan Mahkamah Agung No. 51K/AG/1999 tertanggal 29 September 1999 menyatakan bahwa ahli waris yang bukan beragama Islam tetap dapat mewaris dari harta peninggalan pewaris yang beragama Islam. Pewarisan dilakukan menggunakan lembaga wasiat wajibah, dimana bagian anak perempuan yang bukan beragama Islam mendapat bagian yang sama dengan bagian anak perempuan sebagai ahli waris.²⁵ Selain itu, terdapat juga putusan Mahkamah Agung No. 16 K/AG/2010 memberikan kedudukan isteri yang bukan beragama Islam dalam harta peninggalan pewaris yang beragama Islam. Isteri yang bukan beragama Islam mendapatkan warisan dari pewaris melalui lembaga wasiat wajibah yang besarnya sama dengan kedudukan yang sama dengan isteri yang beragama Islam ditambah dengan harta bersama.²⁶

Putusan-putusan tersebut diterbitkan oleh karena terjadi pergesekan kepentingan antar ahli waris. Ahli waris akan menikmati bagian secara kualitatif yang lebih sedikit dengan adanya lembaga wasiat wajibah. Bagian para ahli waris yang sudah ditentukan, dialihkan kepada penerima wasiat wajibah oleh karena ijtihad hakim yang berwenang. Tuntutan-tuntutan para ahli waris adalah menyampingkan lembaga wasiat wajibah. Sekilas putusan-putusan tersebut di atas tidak didasarkan pada hukum Islam murni yang berasal dari Al-Qur'an dan Hadits-hadits. Putusan-putusan tersebut terlihat seperti melakukan penyimpangan dari Al-Qur'an dan Hadits-hadits. Putusan-putusan tersebut diterbitkan untuk memenuhi asas keadilan bagi para ahli waris yang memiliki hubungan emosional nyata dengan pewaris. Hakim menjamin keadilan bagi orang-orang yang memiliki hubungan emosional dengan pewaris tersebut melalui lembaga wasiat wajibah. Seorang anak ataupun anak yang berbeda agama dan telah hidup berdampingan dengan tentram dan damai serta tingkat toleransi yang tinggi dengan pewaris yang beragama Islam tidak boleh dirusak oleh karena pewarisan. Penyimpangan yang dilakukan akan memberikan lebih banyak kemaslahatan daripada mudarat.

Meskipun pertimbangan setiap hakim dapat berbeda-beda mengenai besaran wasiat wajibah dalam setiap kasus, namun terdapat suatu asas yang menjadi dasar dalam menjatuhkan besaran wasiat wajibah, yaitu asas keseimbangan. Wasiat wajibah diberikan tidak mengganggu kedudukan ahli waris lainnya. Bagian harta peninggalan yang diperuntukan untuk wasiatwajibah diberikan dari derajat yang sama. Anak perempuan tidak beragama Islam mendapat bagian yang sama sebesar bagiannya dengan kedudukannya sebagai anak perempuan. Begitu juga dengan kedudukan isteri yang tidak beragama Islam, akan mendapatkan bagian yang sama besar bagiannya dengan kedudukannya sebagai isteri.

²⁵ Lihat dalam <http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt50d46b1276aca/orang-orang-yang-terhalang-mendapat-warisan-menurut-hukum-islam>, diakses tanggal 18 April 2015

²⁶ Lihat dalam <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt50d01c1b99cd2/isteri-beda-agama-berhak-dapat-warisan-suami>, diakses tanggal 15 April 2015

Atas dasar asas keadilan dan keseimbangan juga kedudukan anak angkat dan orang tua angkat tidak selamanya maksimal mendapatkan 1/3 (satu pertiga) bagian dari harta peninggalan pewaris. Atas kewenangan hakim juga anak angkat dan orang tua angkat dapat mendapatkan lebih dari yang dinyatakan dalam pasal 209 Kompilasi Hukum Islam. Sifat dari ijtihad yang dilakukan hakim tidak bersifat imperatif akan tetapi fakultatif. Penggunaan putusan-putusan tersebut apabila terjadi sengketa dan sebaliknya apabila tidak terjadi sengketa maka tetap menerapkan hukum Islam.

c. Pemahaman *Walad* Perspektif Hukum Perdata Islam di Indonesia

Pengertian *walad* dalam bahasa Arab adalah anak, khusus untuk anak laki-laki menggunakan lafadz "*ibn*" dan untuk anak perempuan menggunakan lafadz "*bint*". Kemudian lafadz "*walad*" digunakan dengan pengertian anak, maka yang dimaksud adalah anak laki-laki dan anak perempuan. Hal ini dibuktikan dengan tidak terdapatnya kata *walad* dalam bentuk *muannast*. Demikianlah konsep *walad* yang dipahami secara hakikat syar'i dalam isyarah al-Qur'an. Para ulama berbeda pendapat dalam memahami kata *walad* yang disebut dua kali dalam al-Qur'an surat an-Nisa' ayat 176, sehingga berpengaruh terhadap konsep *kalalah* yang berkaitan erat dengan makna *walad*. Dalam ayat tersebut *kalalah* adalah pewaris yang tidak meninggalkan *walad* yang berarti memberi kesempatan pada "saudaranya" berhak menerima waris. Dengan demikian, keberadaan *walad* perspektif di atas menyebabkan "saudara" *mahjub* dalam hal warisan. Perbedaan inilah yang mendasari timbulnya pertanyaan, mengapa di tempat lain dalam al-Qur'an para ulama sepakat dalam memahami kata *walad*, sedangkan dalam ayat 176 surah an-Nisa mereka berbeda pendapat. Perbedaan pendapat juga didorong oleh beberapa faktor lainnya, diantaranya adalah sosial budaya, situasi dan kondisi dimana ulama itu tinggal.²⁷

Ditinjau dari segi kandungan pengertiannya, lafaz *walad* termasuk jenis lafaz musytarak. Dikatakan sebagai lafaz musytarak sebab dilihat dari makna musytarak itu sendiri yaitu lafaz yang mempunyai dua arti atau lebih, seperti lafaz al-yadu (tangan) yang bisa berarti tangan kanan juga tangan kiri, begitu juga lafaz *walad* bisa berarti anak laki-laki juga perempuan.²⁸ Menurut jumhur ulama bahwa *walad* berarti anak laki-laki saja. Dengan demikian, anak perempuan tidaklah menghibab kesempatan saudara-saudaranya untuk mendapatkan warisan. Karena keberadaannya tidak mempengaruhi arti *kalalah*. Hal ini diakibatkan karena dua hal. *Pertama*, memahami secara *urf* (adat/kebiasaan) yang berarti laki-laki bukanlah anak perempuan, meski dalam hakikat syar'i bermakna anak laki-laki dan anak perempuan. Artinya mereka memahami kata *walad* sesuai dengan arti *kalalah* yang telah dikenal selama ini. *Kedua*, membatasi makna *walad* dalam ayat ini dengan anak laki-laki saja.

Dalam perkembangan hukum perdata Islam di Indonesia, maka konsep Kompilasi Hukum Islam merupakan implementasi dari pemahaman Ibnu Abbas yang

²⁷ Amir Syarifuddin, *Hukum Kewarisan Islam*, Jakarta: Kencana, 2008, hlm. 46

²⁸ Abdul Wahab Khallaf, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam, Ilmu Ushul Fiqh*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002, hlm. 284

menyatakan bahwa *walad* dalam an-Nisa' 176 tidak membedakan antara anak laki-laki dan anak perempuan. Kompilasi Hukum Islam secara umum mengambil doktrin fiqh tradisional dan merujuk pada nash-nash al-Qur'an yang cocok. Namun demikian, ada sebagian aturan dalam Kompilasi Hukum Islam yang nampak diperbaharui terkait dengan bagian saudara yang menurut fiqh hanya dapat bagian jika pewaris tidak meninggalkan anak. Dalam pandangan ulama anak yang dimaksud dalam al-Qur'an anak laki-laki. Efek dari pandangan ini adalah bahwa saudara dapat memperoleh harta waris jika pewaris hanya meninggalkan peraris anak perempuan.²⁹ Dengan demikian, pemahaman ini sesuai dengan petunjuk ayat al-Qur'an itu sendiri. Tidak memahami konsep *kalalah* dari pengertian luas dalam al-Qur'an. Berlaku sebagaimana makna lafad *walad* yang terkandung dalam ayat lain. Dengan arti bahwa *kalalah* adalah pewaris yang tidak meninggalkan *walad* baik laki-laki maupun perempuan.

Pembagian warisan yang ditawarkan dalam al-Qur'an surat an-Nisa [4]: 11, 12 dan 176 tersebut merupakan hukum yang bersifat memaksa (*dwingent recht*), artinya, bahwa setiap ahli waris harus menyetujui porsi yang telah ditetapkan oleh Allah SWT tersebut, tanpa harus mencari argumentasi pembenar untuk menafikan berlakunya ketentuan ayat tersebut. Inilah hakikatnya kenapa Allah SWT menegaskan pada ayat 11 dengan kalimat "*faridhatan minallah*" yang artinya "ini adalah ketetapan dari Allah".³⁰ Dalil dan *hujjah* yang ditawarkan oleh Ibnu Mas'ud dan Ibnu Abbas sama-sama mempunyai kekuatan dan tidak saling melemahkan. Namun meski demikian, sebagaimana dalam kaidah fiqh; *al Ijtihadu la Yungqodu bil Ijtihad*. Sehingga seseorang tidak diperkenankan untuk menyalahkan dan beranggapan bahwa pilihannya adalah yang paling benar.

d. Wasiat Wajibah

Wasiat wajibah pada prinsipnya merupakan wasiat yang diberikan kepada orang tertentu dalam keadaan tertentu oleh negara melalui jalur yudikatif. Pengaturan wasiat wajibah secara sempit diatur dalam pasal 209 Kompilasi Hukum Islam yaitu hanya untuk anak angkat dan orang tua angkat dan hakim memiliki kewenangan ijtihad untuk memperluas wasiat wajibah. Ijtihad hakim pada umumnya diperluas dengan bersandar pada asas keadilan dan keseimbangan. Perihal wasiat dalam Al-Qur'an antara lain diatur dalam surat Al-Baqarah ayat 180 yang menyatakan bahwa:

Kalau kamu meninggalkan harta yang banyak, diwajibkan bagi kamu apabila tanda-tanda kematian datang kepadamu, untuk berwasiat kepada ibu bapak dan karib kerabatnya secara baik. Dilanjutkan masih dalam ayat tersebut bahwa: *wasiat adalah kewajiban orang-orang yang bertakwa kepada-Nya.* Dalam surat Al-Baqarah ayat 240 juga dinyatakan bahwa: *Orang yang meninggalkan isteri/isteri-*

²⁹ Euis Nurlaelawati, dkk, *Problematika Hukum Kewarisan Islam Kontemporer di Indonesia*, Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementrian Agama RI, 2012, hlm. 215

³⁰ Anshary MK, *Hukum Kewarisan dalam Teori dan Praktik*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2013, hlm. 65

*isteri hendaklah berwasiat bagi isteri/isteri-isterinya berupa nafkah selama setahun dan tidak boleh dikeluarkan dari rumah tempat tinggalnya selama ini.*³¹

Wasiat begitu penting dalam kewarisan hukum Islam karena tidak hanya dinyatakan dalam surat Al-Baqarah, akan tetapi juga dinyatakan dalam surat An-Nisaa ayat 11 dan ayat 12. Dalam ayat-ayat ini dinyatakan kedudukan wasiat yang harus diselesaikan terlebih dahulu sebelum dilakukan pembagian harta peninggalan perwaris kepada anak/anak-anak, duda, janda/janda-janda dan saudara/saudara-saudara pewaris. Wasiat diartikan sebagai pernyataan keinginan pewaris sebelum kematian atas harta kekayaannya sesudah meninggalnya.

Wasiat dalam sistem hukum Islam di Indonesia belum diatur secara material dalam suatu undang-undang seperti kewarisan barat dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Wasiat hanya diatur Kompilasi Hukum Islam sebagaimana termuat dalam Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991. Wasiat diatur dalam Bab V yaitu pasal 194 sampai dengan pasal 209 Kompilasi Hukum Islam. Pasal 194 sampai dengan pasal 208 mengatur tentang wasiat biasa sedangkan dalam pasal 209 mengatur tentang wasiat yang khusus diberikan untuk anak angkat atau orang tua angkat, dalam khasanah hukum Islam, wasiat tidak biasa ini disebut wasiat wajibah.

Dalam kewarisan hukum Islam terdapat beberapa asas-asas yang dianut dalam pelaksanaan kewarisan yaitu:³²

- 1) Asas Ijbari, yang menyatakan bahwa peralihan harta dari pewaris kepada ahli waris terjadi dengan sendirinya menurut ketentuan yang dibuat Allah tanpa digantungkan pada kehendak pewaris atau ahli waris. Oleh karena asas ini maka secara langsung tiap ahli waris diwajibkan menerima peralihan harta peninggalan pewaris sesuai dengan bagiannya masing-masing yang telah ditetapkan;
- 2) Asas bilateral, yang menyatakan bahwa ahli waris yang menerima harta peninggalan pewaris adalah keturunan laki-laki maupun perempuan. Baik laki-laki maupun perempuan memiliki bagian masing-masing dari harta peninggalan pewaris;
- 3) Asas individual, yaitu harta peninggalan pewaris dibagikan kepada ahli waris untuk dimiliki secara perorangan. Masing-masing bagian ahli waris adalah kepunyaannya secara perorangan;
- 4) Asas keadilan yaitu keseimbangan antara hak dan kewajiban antar ahli waris serta keseimbangan antara keperluan dan kegunaan yang diperoleh dari harta peninggalan pewaris;

Tidak terdapat definisi secara formal mengenai wasiat wajibah dalam sistem hukum Islam di Indonesia. Wasiat wajibah secara tersirat mengandung unsur-unsur yang dinyatakan dalam pasal 209 Kompilasi Hukum Islam, yaitu sebagai berikut:

³¹ Sajuti Thalib, *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, Jakarta: Bina Aksara, 1981, hlm. 99

³² Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, 1998, Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm. 289

- 1) Subjek hukumnya adalah anak angkat terhadap orang tua angkat atau sebaliknya, orang tua angkat terhadap anak angkat;
- 2) Tidak diberikan atau dinyatakan oleh pewaris kepada penerima wasiat akan tetapi dilakukan oleh Negara;
- 3) Bagian penerima wasiat adalah sebanyak-banyaknya atau tidak boleh melebihi 1/3 (satu pertiga) dari harta peninggalan pewaris

Wasiat wajibah dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam timbul untuk menyelesaikan permasalahan antara pewaris dengan anak angkatnya dan sebaliknya anak angkat selaku pewaris dengan orang tua angkatnya. Negara-negara Islam di daerah Afrika seperti Mesir, Tunisia, Maroko dan Suriah, mempergunakan lembaga wasiat wajibah untuk menyelesaikan permasalahan kewarisan antara pewaris dengan cucu/cucu-cucunya dari anak/anak-anak pewaris yang meninggal terlebih dahulu dibanding pewaris. Lembaga wasiat wajibah di daerah tersebut digunakan oleh negara untuk mengakomodir lembaga mawali atau pergantian tempat.

Awalnya wasiat wajibah dilakukan karena terdapat cucu/cucu-cucu dari anak/anak-anak pewaris yang meninggal lebih dahulu daripada pewaris. Atas fenomena ini, Abu Muslim Al-Ashfahany berpendapat bahwa wasiat diwajibkan untuk golongan-golongan yang tidak mendapatkan harta pusaka. Ditambahkan oleh Ibnu Hazmin,³³ bahwa apabila tidak dilakukan wasiat oleh pewaris kepada kerabat yang tidak mendapatkan harta pusaka, maka hakim harus bertindak sebagai pewaris yang memberikan bagian dari harta peninggalan pewaris kepada kerabat yang tidak mendapatkan harta pusaka, dalam bentuk wasiat yang wajib. Konsep 1/3 (satu pertiga) harta peninggalan didasarkan pada hadits Sa'ad bin Abi Waqash, seorang sahabat Nabi. Sa'ad bin Abi Waqash,³⁴ sewaktu sakit dikunjungi oleh Rasulullah, bertanya, "Saya mempunyai harta banyak akan tetapi hanya memiliki seorang perempuan yang mewaris. Saya sedekahkan saja dua pertiga dari harta saya ini." Rasulullah menjawab "Jangan." "Seperdua?" tanya Sa'ad lagi. Dijawab Rasulullah lagi dengan "Jangan." "Bagaimana jika sepertiga?" tanya Sa'ad kembali. Dijawab Rasulullah "Besarnya jumlah sepertiga itu sesungguhnya jika engkau tinggalkan anakmu dalam keadaan berkecukupan adalah lebih baik."

Hadits ini menjadi acuan bagi Mesir yang pertama mengundang tentang wasiat wajibah dalam Undang-undang Nomor 71 Tahun 1946. Sejak 01 Agustus 1946, orang Mesir yang tidak membuat wasiat sebelum meninggalnya, maka kepada keturunannya dari anak pewaris yang telah meninggal terlebih dahulu daripada pewaris diberikan wasiat wajib yang ketentuannya tidak boleh melebihi 1/3 (satu pertiga) dari harta peninggalan pewaris. Hal ini diadopsi oleh Indonesia dalam pasal 209 Kompilasi Hukum Islam. Dalam sistem hukum di Indonesia, lembaga wasiat termasuk wasiat wajibah menjadi kompetensi absolut dari pengadilan agama berdasarkan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama berhubungan dengan

³³ Direktorat Pembinaan Badan Peradilan Agama Islam Departemen Agama Republik Indonesia, *Laporan Hasil Seminar Hukum Waris Islam*, 1982, hlm. 78

³⁴ Sajuti Thalib, *Op.cit.*, hlm. 102

Undang-undang Nomor 3 Tahun 2006 tentang Perubahan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Pengadilan Agama. Hakim yang dimaksud Ibnu Hazmin dalam kewarisan Islam di Indonesia dilaksanakan oleh hakim-hakim dalam lingkup pengadilan agama dalam tingkat pertama sesuai dengan kompetensi absolut sebagaimana diperintahkan undang-undang. Dalam menentukan wasiat wajibah, secara yuridis formil, para hakim pengadilan agama menggunakan ketentuan Kompilasi Hukum Islam sebagaimana dinyatakan dalam Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991. Secara yuridis formil ketentuan dalam Kompilasi Hukum Islam khususnya Pasal 209 memahami bahwa wasiat wajibah hanya diperuntukan bagi anak angkat dan orang tua angkat.³⁵

e. Hukum Kewarisan Anak Angkat

Hukum kewarisan anak angkat dalam hukum perdata Islam sangat berbeda dengan hukum kewarisan anak angkat dalam hukum adat, dan hukum perdata Barat termasuk apa yang diatur dalam BW. Perbedaan ini bermula dari pengertian anak angkat dalam hukum perdata Islam dengan pengertian anak angkat dalam hukum perdata Barat. Menurut hukum perdata Barat pengangkatan anak menimbulkan hubungan nasab, karena diberi status anak kandung, sehingga dapat saling mewarisi. Sedangkan dalam hukum perdata Islam pengangkatan anak orang lain ke dalam keluarga sendiri dan hubungan antara anak yang diangkat dan orang tua yang mengangkat hanya terbatas pada hubungan sosial saja, memelihara dan mendidik penuh kasih sayang, tidak boleh diputus nasabnya dengan orang tua kandungnya, akan tetapi tidak boleh diberi status sebagai anak kandung, sehingga tidak dapat saling mewarisi.³⁶ Meskipun demikian, dalam hukum perdata Islam angkat tetap dapat mewarisi harta orang tua angkatnya dengan jalan wasiat wajibah.

Kewarisan anak angkat dalam Kompilasi Hukum Islam melalui wasiat wajibah dapat ditemukan dalam Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam, yang menyatakan bahwa “Anak angkat yang tidak menerima wasiat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.” Pengaturan tentang hal ini merupakan terobosan baru dalam hukum perdata Islam yang pada prinsipnya tidak di temukan dalam kitab- kitab klasik. Bahkan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku di Mesir dan Siria yang dianggap telah majupun hukum perdata Islamnya, tidak ditemukan aturan tentang wasiat wajibah kepada anak angkat. Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam merupakan hasil ijtihad ulam di Indonesia melalui metode *istinbat* hukum atau *istidlal*, hal ini karena keduanya merupakan metode ijtihad yang tidak boleh di tinggalkan dalam penemuan hukum Islam, terutama hal- hal yang tidak diatur secara konkrit

³⁵ Destri Budi Nugraheni et., al., *Pengaturan dan Implementasi Wasiat wajibah di Indonesia*, Mimbar Hukum Volume 22 Nomor 2, Juni 2010, hlm. 312

³⁶ Mengambil dan merawat anak yang terlantar tanpa harus memutus nasab orang tua kandungnya adalah wajib hukumnya yang menjadi tanggungjawab masyarakat secara kolektif, atau dilaksanakan oleh beberapa orang sebagai kewajiban kifayah. Tetapi hukum tersebut dapat berubah menjadi fardlu ‘ain apabila seseorang menemukan anak terlantar atau anak terbuang di tempat yang sangat membahayakan atas nyawa anak itu. Lihat Zakaria Ahmad Al-Bari, *Ahkam al-Auladh fi al-Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1977, hlm. 35

dalam *nash* al-Qur'an dan Hadits. Hal ini bertujuan agar hukum Islam tetap selalu *up to date*, relevan dan mampu merespon dinamika perkembangan zaman.³⁷

Makna wasiat wajibah, adalah bahwa seseorang dianggap menurut hukum telah menerima wasiat meskipun tidak ada wasiat secara nyata, anggapan hukuman itu lahir dari asas apabila dalam suatu hal hukum telah menetapkan wajib berwasiat maka ada atau tidak ada wasiat dibuat, wasiat dianggap ada dengan sendirinya. Secara eksplisit para ulama memberikan landasan hukum kewarisan anak angkat melalui wasiat wajibah merupakan interpretasi dari al-Qur'an Surat Al-Baqarah ayat 180 sebagai berikut:

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

Artinya: “Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara *ma'ruf*, kewajiban atas orang-orang yang bertakwa”. (QS. Al-Baqarah ayat 180)

Kata wasiat secara bahasa, bermakna suatu bentuk perjanjian yang di buat oleh seseorang agar melakukan sebuah perbuatan, baik orang tersebut masih hidup maupun setelah meninggal dunia. Sedangkan secara terminology, para ulama mengartikan bahwa wasiat adalah perbuatan yang berupa pemberian milik dari seseorang kepada yang lain yang pelaksanaannya setelah meninggalnya pemberi wasiat baik berupa benda atau berupa manfaat dari benda, dengan jalan *tabarru'* (sedekah). Oleh karena itu, analisis terhadap penyusunan Kompilasi Hukum Islam tentang kewarisan anak angkat, yang menyebabkan anak angkat smendapat harta waris, adalah karena di dalam ajaran Islam sangat menjunjung tinggi nilai tolong-menolong dan ada perasaan moral yang ditimbulkan, yang disebabkan oleh hubungan timbal-balik dari jasa-jasa yang telah dilakukan oleh anak angkat terhadap orang tua angkat, baik mengurangi beban moral atau beban pekerjaan.

Waktu diadakan wawancara dengan kalangan ulama di seluruh Indonesia pada saat pengumpulan bahan-bahan Kompilasi Hukum Islam, tidak seorang ulama pun yang dapat menerima penerapan status anak angkat menjadi ahli waris, barangkali peristiwa Zaid bin Haritsah sangat mendalam terkesan dalam ingatan dan penghayatan para ulama.

Bertitik tolak dari sikap reaktif para ulama tersebut, perumus Kompilasi Hukum Islam tidak perlu melangkah membelakangi *ijma'* ulama. Karena itu, meskipun Hukum Adat dan hukum perdata Barat menyamakan hak dan kedudukan anak angkat dengan status anak kandung, Kompilasi Hukum Islam tidak mengadaptasi dan mengkompromikannya menjadi nilai-nilai dalam Hukum Islam. Hal tersebut dapat dibaca dalam ketentuan Pasal 171 huruf (h) dan Pasal 209 Kompilasi Hukum Islam yang menegaskan bahwa: “Anak angkat adalah anak yang dalam pemeliharaan untuk hidupnya sehari-

³⁷ Abu Ishaq as-Syatibi, *al-Muwafaqat fi Usul asy-Syari'ah*, Dar al-Ma'rifah, Beirut, 1975, hlm. 220

hari, biaya pendidikan dan sebagainya beralih tanggung jawabnya dari orang tua asal kepada orang tua angkatnya berdasarkan putusan pengadilan". Meskipun demikian, keabsahan status anak angkat harus berdasarkan keputusan pengadilan, sehingga terhadap anak angkat yang tidak menerima wasiat, dapat diberi wasiat wajibah sebanyak-banyaknya 1/3 dari harta warisan orang tua angkatnya.

C. SIMPULAN

Hukum perdata Islam semakin berkembang secara dinamis terutama semenjak lahirnya Undang-undang nomor 7 Tahun 1989, disusul Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan beberapa Undang-undang lagi yang searah dengan perkembangan hukum perdata Islam di Indonesia, terutama dalam bidang hukum perkawinan dan bidang hukum kewarisan. Perkembangan-perkembangan tersebut dapat dilihat dari berbagai bahasan wacana dan implementasi yang dilakukan di Indonesia seperti bahasan mengenai anak yang lahir di luar nikah, hukum pencatatan pernikahan, pengaturan poligami, wasiat wajibah, ahli waris pengganti dan sebagainya.

Berdasarkan simpulan tersebut, sudah selayaknya negara selalu mendukung perkembangan hukum Islam atau hukum perdata Islam pada khususnya yang beberapa aspek terpentingnya adalah bidang perkawinan dan kewarisan. Karena penegakkan hukum Islam tidak hanya sebagai kebutuhan bagi umat Islam, tapi lebih dari itu, hukum Islam adalah salah satu kerangka ibadah dan menjalankannya merupakan sebagai wujud kepatuhan dan ketaatan seorang muslim terhadap Tuhannya. Oleh karenanya Undang-undang Dasar 1945 telah menjamin setiap rakyat Indonesia untuk menjalankan agamanya, tidak perlu lagi ada phobia terhadap Islam, dan bagi setiap muslim agar selalu mengamalkan Islam secara *Kaaffah*.

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Jurnal

Al-Bari, Zakaria Ahmad. 1977. *Ahkam al-Auladh fi al-Islam*, Jakarta: Bulan Bintang.

Ali, Mohammad Daud. 1998. *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.

Ali, Zainuddin. 2006. *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika.

Al-Qardawi, Yusuf. 2001. *Madkhal li Dirasah asy-Syari'ah al-Islamiyyah*, Kairo: Maktabah Wahbah.

Al-Qoshir, Fada Abdul Razak. 2004. *Wanita Muslimah Antara Syari'at Islam dan Budaya Barat*, Yogyakarta: Darussalam Offset.

- Ansori, Abdul Ghofur. *Implementasi Hukum Ekonomi Islam Dalam Sistem Perbankan di Indonesia*, (Makalah disampaikan dalam kuliah perdana Mahasiswa Angkatan XII Program Magister (S2) Ilmu Hukum PPS UIR tanggal 7 Februari 2009)
- An-Na'im, Abdullah Ahmed. 1994. *Dekonstruksi Syari'ah: Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia dan Hubungan Internasional dalam Islam*, Yogyakarta: LKIS.
- As-Syatibi, Abu Ishaq. 1975. *al-Muwafaqat fi Usul asy-Syari'ah*, Beirut: Dar al-Ma'rifah.
- Anshary MK. 2013. *Hukum Kewarisan dalam Teori dan Praktik*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar.
- Dahlan, Aisjah. 1969. *Membina Rumah Tangga Bahagia*, Jakarta: Jamunu.
- Effendi, Satria. 2005. *Ushul fiqh*, Jakarta: Kencana, 2005.
- Fuad, Muhsun. 2005. *Hukum Islam Indonesia; dari Nalar Partisipatoris Hingga Emansipatoris*, Yogyakarta: LKIS.
- Hamid, Al-Qamar. 2005. *Hukum Islam Alternative Terhadap Masalah Fiqh Kontemporer*, Jakarta: Restu Ilahi.
- Hazairin. 1982. *Hukum Kekeluargaan Nasional*, Jakarta: Tinta Mas.
- _____. 1982. *Hukum Kewarisan Bilateral Menurut Al-Qur'an dan Hadits*, Jakarta: Tintamas.
- J.N.D. 1991. Anderson, *Hukum Islam di Dunia Modern*, Ab. Machnun Husein, Surabaya: Amar press.
- Ka'bah, Rifyal. 2002. *Penegakan Hukum Di Indonesia; Jurnal Pusdiklat Mahkamah Agung RI*, Jakarta: PUSDIKLAT MA RI.
- Khallaf, Abdul Wahab. 2002. *Kaidah-Kaidah Hukum Islam, Ilmu Ushul Fiqh*, Jakarta: Raja Grafindo Persada.
- Kuzari, Achmad. 1995. *nikah sebagai perikatan*, Jakarta: Raja Grafindo.
- Mubarok, Jaih. 2006. *Hukum Islam Konsep, Pembaruan dan Teori Penegakan*, Bandung: Benang Merah Press.
- Nugraheni, Destri Budi dkk. *Pengaturan dan Implementasi Wasiat wajibah di Indonesia*, Mimbar Hukum Volume 22 Nomor 2, Juni 2010
- Nurlaelawati, Euis dkk. 2012. *Problematika Hukum Kewarisan Islam Kontemporer di Indonesia*, Jakarta: Badan Litbang dan Diklat Kementrian Agama RI.

Nasution, Khoiruddin. 2002. *Status Wanita di Asia Tenggara: Studi Terhadap Perundang-undangan Perkawinan Muslim Kontemporer di Indonesia dan Malaysia*, Jakarta-Leiden: INIS.

_____. 1996. *Riba dan Poligami*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar Dengan Academia.

Qudamah, Ibn. 2004. *al-Mughni*, Kairo: Dar al-Hadis.

Syarifuddin, Amir. 2008. *Hukum Kewarisan Islam*, Jakarta: Kencana.

Thalib, Sajuti. *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, Jakarta: Bina Aksara.

Zamzami, Mukhtar. 2008. *Varia Peradilan; Stigma Warisan Kantoor Voor Inlandsche Zaken*, Jakarta: IKAHI.

Fatwa Majelis Ulama Indonesia Nomor: 11 tahun 2012, tentang Kedudukan Anak Hasil Zina dan Perlakuan Terhadapnya, yang dikeluarkan di Jakarta pada tanggal 10 Maret 2012

<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt50d01c1b99cd2/isteri-beda-agama-berhak-dapat-warisan-suami>, diakses tanggal 15 April 2015

<http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt50d46b1276aca/orang-orang-yang-terhalang-mendapat-warisan-menurut-hukum-islam>, diakses tanggal 18 April 2015