

BAB IV
HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Putusan Hakim yang Memberikan Bagian Harta Warisan Kepada Ahli Waris Beda Agama

1. Posisi Kasus

Peneliti akan menguraikan kronologis tentang sengketa warisan antara saudara kandung muslim dengan saudara kandung non muslim, hingga adanya putusan Mahkamah Agung yang memberikan wasiat wajibah kepada saudara kandung yang berbeda agama. Penulis akan menjabarkan kronologis sengketa yang dikutip dari putusan Mahkamah Agung Nomor 51 K/AG/1999, sebagai berikut:

Awal mula sengketa warisan ini berawal dari tanah pusaka yang mempunyai luas 1.319 M² berada di Jln. Prawirotaman Mg 111/593, Kota Yogyakarta. Dari awal pusaka tersebut dimiliki oleh alm. M. Ng. Djojo Soewirjo. Tetapi, setelah beliau meninggal tanah pusaka yang memiliki SHM dengan NO. 924/ thn 1990 tersebut diwariskan oleh Soewiryo kepada Martadi Hendrolesono sebagai anak kandungnya. Dalam hal ini dapat digaris bawahi bahwa Martadi merupakan bukan satu satunya anak kandung dari Alm Soewirjo. Dalam kenyataannya Martadi mempunyai 7 saudara kandung sedarah. Dan ini adalah nama ketujuh saudara Martadi sebagai berikut :

1. Setjono Hindiro bin Mas Ngabehi Djojo Soewirjo (Alm) yang meninggalkan Enam orang anak sebagai berikut:

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

2. Hindrowerdoyo bin Mas Ngabehi Djojo Soewirjo (Alm) yang meninggalkan seorang anak bernama :

Indar Astuti Pranowo - Agama Katolik.

3. Ny. Danu Subroto binti Mas Ngabehi Djojo Soewirjo - Agama Islam.

4. Ny. Hindrowinoto binti Mas Ngabehi Djojo Soewirjo - Agama Islam.

5. Ny. Hindro Triwirjo binti Mas Ngabehi Djejo Soewirjo (Alm) meninggalkan 3 orang yaitu :

Fi Dewi Laksmi Sugianto - Agama Katolik.

Bambang Wahyu Murti S. - Agama Islam.

Bernadeta Harini Tri Prasasti - Agama Katolik.

6. Drg. Pantoro (Alm) meninggalkan 2 orang anak, yaitu:

Ferlina Widyasari — agama Islam.

Yulia Yudiantari — agama Islam.

7. Lucas Indriya — agama Katolik.

Kemudian pada awalnya Martadi Hendrolesono mempersunting Jazilah. Agama Martadi dan Jazilah adalah sama Islam . Tetapi dalam pernikahannya Martadi dengan Jazilah tersebut tidak mempunyai keturunan. Setelah itu, setelah menjalani ibadah Haji Martadi meninggal

dunia. Setelah kejadian meninggalnya Martadi inilah Jazilah (yang sudah janda) istri dari Martadi berniat untuk membagikan harta warisan dari Martadi yaitu sebidang tanah SHM Nomor 924 atas nama Martadi. Jazilah menginginkan untuk perkara pembagian warisan ini dibagi dan dilaksanakan dengan pembagian hukum waris Islam yang tercantum dalam Al - Quran sebagaimana yang terdapat pada Surah Al - Baqarah sebagaimana Almarhum Martadi meninggal dalam keadaan Islam.

Selanjutnya ternyata saudara kandung Martadi ini tidak terima atas niat baik Jazilah yang akan membagikan harta warisannya, menjadikan adanya perbedaan pendapat untuk siapa saja yang akan menjadi ahli waris. Disini ada yang mengemukakan untuk membagikan harta warisan kepada saudara yang beragama Islam saja, tapi dalam kenyataannya ada saudara kandung Martadi yang beragama non Islam. Ada yang berpendapat bahwa, harta warisan ini dibagi berdasarkan keadilan saja. Dan terjadilah perdebatan mana yang akan digunakan diantara dua pendapat tersebut.

Dengan berbagai pendapat dalam pembagian waris ini maka tidak adanya kata setuju dan titik kata sepakat , menjadikan perselisihan waris ini ditindak lanjuti dan maju ke Pengadilan. Terdapat dua tempat untuk menyelesaikan sengketa kekeluargaan di Yogyakarta, akan tetapi Martadi dengan kesepakatan saudara kandungnya memilih yaitu kantor Pengadilan Negeri Yogyakarta dan mendaftarkan gugatan perdatanya yang dilaksanakan pada tanggal 15 April 1997 dengan No. Register Perkara sebagai berikut 35/Pdt.G/1997PN.Jk. Berada di pihak tergugat yaitu Ny. Jazilah (janda) istri dari almarhum Martadi. Jazilah, juga bertindak cepat.

Janda (alm) Martadi ini melayangkan gugatan juga kepada pengadilan agama Kota Yogyakarta, pada tanggal 6 Mei 1997 dengan No. Register Perkara 83/Pdt.G/1997/PA.JK. Materi gugatan Jazilah lebih dipusatkan untuk pembagian harta waris yang ditinggalkan oleh Almarhum sang suami. Dalam surat gugatannya Jazila (Janda) , menuntut bahwa harta warisan yang di tinggalkan oleh suaminya itu akan ditentukan dengan menggunakan hukum waris Islam yang tertera dalam Al-Qur'an Surat An Nisa 4:12. Yang menyatakan bahwa janda digolongkan kedalam ahli waris zawil faraid atau biasa disebut kelompok keutamaan. Jazilah memfokuskan pada pasal 180 Kompilasi Hukum Islam (KHI) yang menyatakan bahwa Janda yang tidak mempunyai anak akan mendapatkan 1/4 (seperempat) dari harta warisan. Masih pada menurut Pasal 181 KHI sebagaimana saudara kandung dan anak- anak kandung mendapatkan 1/3 bagian jika ada dua orang atau lebih.

Dalam surat gugatan terdapat para tergugat yang berbeda agama yaitu (Tergugat III, IV, X, XII, XV). Kemudian Jazilah mengungkapkan Hadist Bukhari dan Muslim dari Muhammad SAW yang pada dasarnya merupakan penjelasan dari Al – Qur'an Surat Al- Baqarah/2: 221 yang berbunyi: “Semua Orang yang beragama Muslim tidak bisa mewarisi harta dari Orang yang Non Muslim, begitupun sebaliknya orang yang Non Muslim tidak bisa mewarisi harta dari Orang Muslim ”.

Berangkat dari gugatan dalil tersebut, Jazilah sebagai istri Almarhum mengharapkan putusan dengan pokok perkara dibawah ini:

I. Primair:

1. Mengabulkan gugatan yang dilayangkan Penggugat seluruhnya.
2. Menyatakan secara hukum, bahwa alm. Martadi Hendrolesonomeninggal dunia dalam keadaan Muslim.
3. Menyatakan bahwa secara hukum disini penggugat adalahmarhum istri Martadi yang berhak atas harta warisan Almarhum.
4. Menyatakan secara hukum bahwa tanah dengan SHM No. 924 atas nama Martadi Hendrolesono adalah merupakan harta peninggalan alm. Martadi Hendrolesono.

II. Subsidair:

Memohon putusan lain dengan diputus seadil – adilnya.

PENGADILAN AGAMA :

Seiring proses sidang berlangsung, tidak lama langsung tergugat 1s/d X mengajukan keberatan atau eksepsi atas kewenangan absolut. Alasan mengajukan keberatan ini karena secara bersamaan para tergugat telah mengajukam gugatannya ke Pengadilan Tinggi Yogyakarta sebelum perkara ini disidangkan di PA Yogyakarta. Kedua gugatan yang dilayangkan juga memiliki kemiripan dari segi judul, petitum, posita, serta objek gugatan yang sama. Selain itu perbedaan agama juga menjadi alasan. Sehingga merujuk pasal 49 (UU Nomor 7 tahun 1989), maka pengadilan agama tidak berwenang mengadili perkara gugatan ini.

Pada akhirnya putusan sela dijatuhkan oleh Majelis hakim pengadilan agama Yogyakarta atas Eksepsi Kompetensi Absolut para tergugat. Yang berisi amar putusan sebagai berikut:

Eksepsi yang diajukan oleh tergugat ditolak. Dengan merujuk pada hasil rakernas MA RI di Yogyakarta pada tahun 1985 tentang titik singgung antara yuridiksi pengadilan agama dengan pengadilan umum. Solusi jika ada sengketa perbedaan agama antara pewaris dengan ahli waris atau ahli waris itu sendiri, maka diselesaikan dengan hukum yang berlaku pada pewaris semasa meninggalnya. Dalam sengketa ini diketahui bahwa almarhum Martadi sampai akhir hayatnya memeluk agama islam. Dan berangkat dari pertimbangan inilah PA Yogyakarta berwenang mengadili sengketa warisan ini.

Pertimbangan hukum Majelis Pengadilan Agama Yogyakarta adalah sebagai berikut:

Bukti-bukti yang terdapat dipersidangan, Ny. Jazilah janda tanpa anak sebagai istri dai almarhum H. Martadi yang wafat pada 17 november 1995. Dengan objek tanah di Jl. Prawirotaman Mg III/593 yang menjadi objek sengketa adalah merupakan milik almarhum H. Martadi yang diperoleh dari hibah orangtuanya. Dalam surat An- Nisa ayat 4:1 menyatakan bahwa “para istri yang tidak memiliki keturunan maka mendapatkan $\frac{1}{4}$ harta warisan yang ditinggalkan”. Dalam sengketa ini Ny Jazilah sebagai penggugat dalam keadaan janda dan tidak memiliki anak, maka mendapatkan $\frac{1}{4}$ bagian dari harta peninggalan suaminya. Hal ini di dasari pada pasal 172,174 dan 180 KHI. Dalam gugatannya, penggugat

mencantumkan dalil hadist dari kitab Kifayatul Akhyar juz 2 yang berbunyi :“Seorang kafir tidak boleh mewarisi harta warisan seorang muslim. Selain itu penggugat juga merujuk pada KHI pada pasal 1717 huruf c. Dengan adanya isi gugatan ini, maka tidak semua ahli waris mendapatkan warisan. Dengan adanya isi pokok tadi yang disebutkan, Majelis Hakim PA memberi pertimbangan hukum yang berisi:

Mengadili:

Eksepsi: Menolak eksepsi dari para Tergugat.

Pokok Perkara:

Mengabulkan sebagian gugatan penggugat.

Menetapkan secara hukum H. Martadi Hendrolesono dinyatakan meninggal dunia pada 17 Nopember 1995 dalam keadaan beragama islam;

Menyatakan secara hukum bahwa Ny. Jazilah sebagai penggugat ialah ahli waris janda dari H. Martadi Hendrolesono;

Menyatakan secara hukum adanya tanah dengan SHM No. 924/1990, 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 yang merupakan Harta Warisan dari H. Martadi Hendrolesono bin Mas Ngabehi Djojosoewirjo;

Menyatakan bahwa Penggugat berhak memperoleh $\frac{1}{4}$ bagian dari harta warisan H. Martadi;

Menyatakan secara hukum bahwa selain Penggugat, ahli waris H. Martadi adalah saudara kandungnya (ada yang sudah meninggal dan posisinya digantikan oleh ankanya) sebanyak 10 orang.

Yang dalam bagiannya semua mendapatkan 3/4 bagian harta waris yang ditinggalkan oleh H. Martadi Hindrolesono.

Sebagai ahli waris penggugat dan tergugat harus melaksanakan serta menaati pembagian harta warisan tersebut.

Menolak gugatan;

Untuk para tergugat dibebankan biaya perkara sebesar Rp.473.600,-

PENGADILAN TINGGI AGAMA:

Karena menolak putusan yang dijatuhkan oleh pengadilan agama, maka para tergugat mengajukan banding ke pengadilan tinggi agama.

Ada pokok pertimbangan dari majelis hakim pengadilan tinggi agama untuk membuat putusannya, sebagai berikut:

Dalam sengketa warisan ini diketahui tergugat tidak pernah mengajukan perkara ini di PN Yogyakarta No. 35/Pdt.G/1997/PNYK, yang mempunyai kekuatan hukum tetap, menjadikan asas *ne bis in idem* tidak bisa diterapkan di sengketa waris ini. Mengacu pasal 49 (3) huruf b dan UU No. 7 th 1989, pengadilan agama yang berwenang mengadili sengketa waris ini.

Dalam sengketa waris ini, tidak ada hak milik atas objek tanah/harta warisan ini, yang ada hanyalah “Akta Hibah” yang berasal dari Notaris RM Soeryatno Partoningrat, SH No. 24 10 Juli 1971, yang pada akhirnya

hak milik tanah dipindahkan kepada Alm. Martdi, maka, tanah sengketa ini telah sah milik Alm Martadi.

Karena agama pewaris sampai akhir hayatnya adalah beragama islam, maka penyelesaian ahli waris beda agama ini menggunakan hukum islam, begitupun dengan pembagiannya harus didasarkan pada hukum kewarisan islam.

Jadi ahli waris sah dari Alm. Martadi adalah mereka yang beragama islam, sekalipun itu ahli waris pengganti dan zawil farud. Tidak dipungkiri bahwa ahli waris yang beragama selain islam tidak mendapatkan waris dari Alm. Martadi, seperti:

1. Ny. Cicilia Sri Draswasih - agama Katolik
2. Ny. Indar Astuti Pranowo - agama Katolik
3. Fi Dewi Laksrmi Sugianto - agama Katolik
4. Bemadeta Harini Tri Prasasti - agama Katolik
5. Lucas Indriya - agama Katolik

Adapun ahli waris yang mendapatkan bagian warisan karena seagama dengan pewaris:

1. Ny. Jazilah adalah istri Alm.
2. Subandiyah Amar Asof sebagai ahli waris pengganti.
3. Sri Haryanti sebagai ahli waris pengganti
4. Bambang Hendriyanto sebagai ahli waris pengganti
5. Putut Bayendra sebagai ahli waris pengganti
6. Sri Haryanti sebagai ahli waris pengganti
7. Ny. Hj. Danusubroto sebagai ahli waris

8. Ny. Hindrowinoto sebagai ahli waris
9. Bambang Wahyu Murti sebagai ahli waris pengganti
10. Ferlina Widyasani sebagai ahli waris pengganti
11. Yulia Yudiantari sebagai ahli waris pengganti

Dalam perkara sengketa warisa ini, Ny . Jazilah selaku istri pewaris mendapatkan $\frac{1}{4}$ bagian. Dan ahli waris pengganti maupun ahli waris asli mendaptkan $\frac{3}{4}$ bagian. Disini bisa kita lihat bahwa putusan ini memperkuat hakim PA yang sebelumnya.

MAHKAMAH AGUNG RI

Dalam perkara sengketa warisa ini, Ny . Jazilah selaku istri pewaris mendapatkan $\frac{1}{4}$ bagian. Dan ahli waris pengganti maupun ahli waris asli mendaptkan $\frac{3}{4}$ bagian. Bahwa putusan ini memperkuat hakim PA yang sebelumnya.

Ternyata para tergugat tidak puas dan menolak Putusan Pengadilan Tinggi Agama. Dengan demikian para tergugat mengajukan kasasi dengan pertimbangan hukum. Isi pokok kasasi Majelis Hakim Agung yang mengadili kasasi ini adalah sebagai berikut: keberatan dengan adanya kasasi dan tidak dapat dibenarkan karena adanya yudex facti yang salah menerapkan hukum. Beda dengan putusan sebelumnya Majelis Mahkamah Agung beropini lain yang mengatakan bahwa Pengadilan Tinggi Agama Yogyakarta perlu adanya perbaikan. Karena seharusnya amar putusan yang berisi ahli waris non muslim seharusnya mendapatkan pembagian

warisan sebesar ahli waris yang beragama muslim dengan berdasarkan wasiat wajibah.

Dari pertimbangan tersebut, MA memberi putusan yang isinya 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 terletak di jalan Prawirotaman Mg. III/593, Kel. Brotokusuman, 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 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 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 Hendriyanti binti Setjono Hindro (Tergugat VI) sebagai ahli wanis pengganti dari sadara kandung laki-laki;

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 Yudiantari 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 Weroyo (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 $\frac{3}{4}$ (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 Hendrolesono 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).

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

Bisa kita lihat dari uraian diatas, bahwa saudara kandung yang tidak beragama islam atau berbeda agama dengan pewaris, kepadanya diberikan bagian dari harta warisan berdasarkan pada wasiat wajibah dengan pembagian yang sama dengan ahli waris muslim yang lainnya.

1. Wasiat Wajibah

Dalam Putusan MA ini yang memberikan pembagian waris kepada ahli waris non muslim dikatakan mempunyai rasa keadilan dan bijaksana. Tetapi dalam putusan MA ini tidak menyebutkan dasar hukum yang jelas atas dasar apa. Jika dilihat dari amar putusan MA, saudara non muslim yang mendapatkan bagian warisan berdasarkan wasiat wajibah adalah sebagai berikut: 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.

Meskipun demikian, putusan MA setidaknya telah memberikan gambaran yang positif bahwa hukum islam ini tidak diskriminatif dan mengedepankan yang beragama islam saja yang jika dipandang sebelah mata menempatkan warga yang non muslim disebelah warga muslim di mata hukum. Mahkamah Agung dengan putusan No.51.K/Pdt.AG/1999 dalam kelanjutannya menimbulkan pro dan kontra. Bila dilihat dari sisi

keadilan yang lainnya, memberikan kepercayaan kepada Pengadilan Agama yang biasanya hanya berpihak kepada warga muslim saja, sekarang anggapan itu menjadi sedikit hilang karena adanya putusan ini, karena warga non muslim tersebut akan mendapatkan warisan yang sama berdasarkan wasiat wajibah dan bagian porsinya sama dengan pewaris muslim. Tetapi ada juga yang sangat kecewa dan menyayangkan dengan putusan MA ini, karena MA adalah benteng terakhir dalam pencarian keadilan yang sesungguhnya, tetapi dalam kenyataannya mereka memustuskan tanpa berdasarkan hukum dan jelas serta argumentasi argumentasi munculnya putusan tersebut. Dalam dunia peradilan di Indonesia Di pihak 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, hal ini mencerminkan preseden buruk bagi peradilan Indonesia, khususnya para praktisi hukum yang harusnya dalam menemukan sesuatu hukum harus berdasarkan hukum yang jelas beserta diperkuat dengan dalil-dalilnya. Dikhawatirkan dalam membuat suatu putusan para praktisi ini tidak mempertimbangkan tentang hukumnya atau konsekuensi jangka panjang

Dalam putusan PA menyatakan mengeluarkan ahli waris non muslim dalam kewarisan, yang dikuatkan oleh putusan pengadilan tingkat pertama. Menjadikan putusan di tingkat yudex facti bersepakat untuk mengeluarkan ahli waris non muslim yang sebenarnya adalah saudara kandung agar tidak mendapatkan bagian harta warisan, tapi dalam kelanjutannya MA

mempunyai pendapat lain dan memperbaiki amar putusan sebelumnya dengan memberikan warisan kepada saudara yang non muslim dengan wasiat wajibah dan porsi bagiannya sama dengan ahli waris muslim lainnya

Meskipun demikian putusan MA yang telah memberikan bagian porsi harta warisan kepada ahli waris yang non muslim didasarkan kepada mazhab minoritas dalam pemikiran hukum islam, tetapi dalam putusan berarti merupakan suatu ijtihad dan patut dihargai dalam membangun pembaharuan hukum islam agar islam sendiri tidak dipandang sebelah mata dan tidak dianggap diskriminatif dalam suatu kaum.

2. Ahli Waris Pengganti

Ahli waris menurut Kompilasi Hukum Islam (KHI) dalam pasal 185 KHI mengatakan bahwa:

1. Jika ahli waris meninggal terlebih dahulu daripada si pewarisnya, maka sang anak dari ahli waris dapat menggantikan posisinya, kecuali yang disebutkan dalam pasal 173.
2. Bagi ahli waris yang menggantikan posisi ahli waris aslinya, tidak bisa mendapatkan bagian warisan yang sama dengan ahli waris yang sejajar dengan ahli waris yang asli.

Alm. Martadi sampai akhir hidupnya hanya meninggalkan istri tanpa mempunyai keturunan, menjadikan warisan itu jatuh kepada istri pewaris dan sisanya diberikan kepada saudara-saudara kandung pewaris. Akan tetapi tidak semua saudara kandung pewaris masih hidup, yang

menjadikan harta warisan yang dibagikan akan digantikan oleh anak dari ahli waris asli yang disebut ahli waris pengganti.

Di Indonesia pergantian tempat dalam sistem kewarisan sangat mungkin terjadi, meskipun ada paham lain yang sebenarnya tidak ada dalam hukum Islam mengenai pergantian pewarisan ini.

“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

Melihat dari konsep *zawil arham*, KHI membuat konsep dengan adanya ahli waris pengganti, yang dimana posisi *zawil arham* dapat menggantikan kedudukan orang tuanya sebagai ahli waris, dengan syarat jika orang tuanya meninggal terlebih dahulu daripada pewaris. Konsep mengenai ahli waris pengganti diadopsi dari KHI dengan teori hukum dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Yang dimana dalam Kitab Undang-Undang hukum Perdata disebutkan ada tiga macam pergantian yaitu: “Penggantian dalam garis lurus kebawah, pergantian dalam garis kesamping dan pergantian dalam garis kesamping menyimpang.”⁶²

Dengan adanya putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 51K/AG/1999, rupanya akan dijadikan sebagai acuan yang berkelanjutan oleh majelis hakim dibawahnya untuk memutuskan sengketa-sengketa tentang kewarisan yang berbeda agama. Karena dengan adanya putusan Mahkamah Agung No.51 K/AG/1999 ini hadir dalam mencari solusi yang

⁶¹M. Yahya Harahap, “*Informasi Materi KHI*,” dalam *Mimbar Hukum* Nomor 6 Thn III, 1992, hal. 81

⁶²M. Idris Ramulyo, *Beberapa Masalah pelaksanaan Hukum Kewarisan Perdata Barat*, (Burgerlijk Weboek) (Jakarta:Sinar Grafika, 1996), hal. 49-50.

ingin menegakan hukum yang sesuai dengan faraid yang sebenarnya tidak memperbolehkan seorang ahli waris yang beda agama mendapatkan warisan dari pewaris muslim. Namun dalam kenyataannya, banyak keluarga di Indonesia yang dalam satu lingkup keluarga terdapat perbedaan agama serta keyakinan satu dengan yang lain.

Dengan kenyataan diatas, maka jika terjadi suatu peristiwa kewarisan, maka harus dicari jalan keluar untuk menyelesaikannya, mengingat jika seorang pewaris meninggal maka harta kekayaannya jatuh kepada kerabat atau ahli waris yang masih hidup karena hubungan nasab maupun perkawinan.

Ayat- ayat tentang kewarisan ini tergolong ayat yang muhkmat atau jelas secara penetapan hukumnya atau pasti menurut para ulama, dan yang seharusnya tidak ada lagi ijtihad untuk menemukan suatu hukum yang baru dan harus dilakukan sebagaimana seharusnya. Tetapi jika dilihat dari pandangan aplikasinya, pelaksanaannya hanyalah merupakan salah satu pilihan atau disebut zani, jika ada keluarga yang berperan sebagai ahli waris dengan berlandaskan kesepakatan, memilih jalan untuk mempertimbangan sebuah keutuhan dan keadilan dalam keluarga, maka mereka dianggap tidak menyalahi aturan dalam Al – Qur'an karena dirasa ini adalah jalan alternatif untuk memecahkan suatu permasalahan dalam sebuah keluarga

Dikatakan sempurna jika hukum Allah yang tercantum dalam Al- Qur'an dipilih terlebih dahulu untuk menegakan suatu masalah yang seperti ini. Jika tidak juga ditemukan titik kesepakatan dalam sebuah

keluarga maka demi rasa keadilan, ketentraman, serta keutuhan sebuah keluarga akan dicarikan jalan keluarnya. Dengan memberikan wasiat wajibah ke saudara kandung yang non muslim demi menjaga menjaga keutuhan sebuah keluarga dan mengkoordinir realita sosial di masyarakat Indonesia jika dilihat dari segi kemaslahatan pantas untuk dipertimbangkan dan boleh dikatakan dengan maksud untuk memenuhi rasa keadilan bagi ahli waris non muslim atau orang yang merasa tidak adil dalam sistem kewarisan islam.

Jika dikaitkan dengan pasal 50 Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang hukum kewarisan, tentang adanya hak opsi atau memilih hukum apa yang akan diberlakukan terhadap harta warisan yang diatuhkan kepada ahli warisnya, yang dimana menjadikan seorang muslim bisa menjadi ahli waris dari orang tua atau saudara-saudaranya yang non muslim jika ahli waris tersebut mengajukan perkaranya ke peradilan umum dan hal itu dibenarkan oleh undang-undang, dan jika kejadian ini terjadi pada ahli waris non islam.

Sementara hukum kewarisan yang dimuat dalam Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 maupun KHI telah tercantum jika hukum kewarisan yang berlaku adalah sesuai dengan hukum si pewaris, dengan demikian terhalanglah siapa saja mereka yang akan mendapatkan harta warisan dari orang tua atau saudaranya yang muslim karena perbedaan agama. Akan tetapi jika apabila perkaranya dimasukan ke PA maka, putusan Mahkamah Agung RI No. 51 K/AG/1999 akan memberikan solusi yang cukup untuk memenuhi rasa keadilan.

Perbedaan pendapat yang ditemukan dalam penelitian ini dalam pemberian wasiat kepada kaum kerabat yang berbeda agama dengan si pewaris yaitu Ulama Maliki, Hambali dan mayoritas ulama Syafi'i menyatakan jika wasiat seorang muslim untuk seorang kafir harbi ialah sah hukumnya. Berbeda dengan mazhab Hanafi dan mayoritas Imamiyyah menyatakan bahwa tidak sah hukumnya.⁶³ Pendapat Ibnu Hazm yang mengatakan bahwa wajib hukumnya memberikan harta warisan kepada orang tua atau kerabat yang berbeda agama dengan pewaris.⁶⁴

Ada juga At-Thabari beropini yang mengutip dari pendapat Ibnu Munzir sah hukumnya untuk memberikan harta warisan kepada kedua orang tua yang terhalang untuk mendapatkan warisan. Hal ini merupakan *ijtihad* yang diakui oleh para ulama. Tetapi dalam kenyataannya yang ada dimasyarakat kita bahwa adanya putusan itu ternyata tidak sejalan dengan pendapat ulama Jumhur yang kebanyakan dianut oleh masyarakat, akan tetapi lebih condong kepada pendapat Ibnu Hazm dari kalangan Mazhab Zahiri yang sudah diuraikan di atas.

Yang menjadi masalah ialah bagaimana eksistensi kehadiran yurisprudensi dalam sistem hukum yang ada di Indonesia, bisa dilihat putusan ini lahir dari peradilan yang tertinggi yaitu Mahkamah Agung, yang pastinya dalam perjalannya akan dijadikan acuan dan rujukan pengadilan diawahnya.

⁶³Mughniyah, *Op. Cit.*, hal. 541

⁶⁴Ahmad Kamil dan HM. Fauzan, *Op. Cit.* hal. 31.

Tidak ada perbedaan Yurisprudensi dalam sistim *Civil and Common Law* dengan *legal science* (ilmu hukum).⁶⁵ Saat ini di Indonesia yurisprudensi merupakan putusan dengan berkekuatan hukum tetap, istilah ini berasal dari bahasa Belanda dengan kata “*Jurisprudentie*” yang artinya putusan-putusan hakim.⁶⁶ 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.⁶⁷

Sekarang di Indonesia tidak menganut sistem *Common law Sistem* tetapi menganut *Civil law Sistem/Sistem Eropah Kontinental*, yang dalam perkembangannya dan bentuknya di Indonesia dibuat dalam bentuk tertulis, disusun secara bulat dan sistematis, hal ini diakibatkan karena negara Indonesia dahulu pernah di jajahan negeri Belanda yang bersistem hukum Roman Law system. Ada juga ahli hukum indonesia yang mengemukakan bahwa indonesia ini menganut sistem Roman Law System.

Yurisprudensi di Indonesia berkedudukan sebagai sumber hukum dalam prakteknya bisa diterima oleh seluruh ahli hukum maupun praktisi hukum disamping ada tiga sumber hukum yang lainnya, yaitu : Undang-undang, kebiasaan, Doktrin atau pendapat ahli hukum. Banyak masyarakat yang menganggap putusan hakim dalam suatu perkara berdasarkan atas ijtihadnya atau berdasarkan yurisprudensi ketika bertentangan dengan fiqh

⁶⁵Rifyal Ka'bah, *Yurisprudensi Peradilan Agama dan Fiqh Para Fuqaha, dalam 10 Tahun Undang-Undang Peradilan Agama*. Jakarta: Ditbinbaperais, 1999., hal. 47.

⁶⁶Marjanne Termorshuizen, *Kamus Hukum Belanda Indonesia* hal.. 189

⁶⁷Abdul Manan, *Op.Cit.* hal.. 220

yang dianggap tidak benar, hal ini didasarkan karena anggapan yang ada di masyarakat bahwa kedudukan fikih lebih kuat, lebih baik dan lebih memberi rasa keadilan dibandingkan dengan yurisprudensi.

Dilihat dari perkembangan sejarah hukum Islam bahwa fiqh adalah produk *ijtihad* yang dapat berubah – ubah dalam karena didalamnya mengandung unsur dimensi ruang dan waktu. Hukum dapat berubah dengan dilihat dari segi tempat, perubahan waktu, kondisi sosial, tujuan dan tradisi.

Apabila suatu hukum dihadapkan pada perubahan sosial, hukum akan menempati salah satu dari dua fungsi, yaitu pertama: berfungsi sebagai alat 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.⁶⁸

Pemberian *wasiat wajibah* ke saudara kandung non muslim dapat digolongkan sebagai pembaharuan hukum untuk yang mengikuti arus perubahan sosial. Dengan cara ini pandangan sementara masyarakat yang mempercayai bahwa kedudukan fiqh lebih kuat dan adil dibanding yurisprudensi tersebut diatas tidak bisa diterima. Hakim melakukan ijtihad dan memutuskan perkara menggunakan pendekatan baru yang disebut

⁶⁸Satjipto Rahardjo, *Hukum Dan Perubahan Sosial*, (Bandung, Alumni, 1983), hal. 193

kajian hukum menggunakan *maqasidu al-syari'ah* atau disebut tujuan-tujuan syari'ah. Dan kan menghasilkan sebuah trobosan yang baru untuk mengembangkan hukum Islam yang berkarakter dan tetap pada ciri khas bangsa 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”.⁶⁹

Seharusnya putusan yurisprudensi antara ilmu Fikih seharusnya tidak harus diperselisihkan, yang bisa kita lakukan adalah menganut salah satunya lalu mengabaikan yang satunya. Jiks terdapat putusan yang dianggap bertentangan dengan hasil ijthid tidak dapat dikatakan bertentangan dengan fikih, karena yang mendahulukan kepentingan keadilan banyak orang. Putusan Mahkamah Agung ini menjadikan sebuah acuan bagi putusan pengadilan dibawahnya untuk menetapkan suatu masalah kewarisan yang akan memberikan *wasiat wajibah* kepada saudara kandung non muslim harus diterima.

Menurut Muhammad Imarah beranggapan bhawa hakim ialah para *mujtahid* yang memiliki peran untuk menciptakan suatu hukum-hukum baru yang berkekuatan dan dinilai sebagai hukum-hukum Allah bagi diri mereka dan orang-orang yang diwajibkan untuk mematuhi, karena

⁶⁹Rahmat Syafe'I, "*Kajian Terhadap Putusan Mahkamah Agung Tentang Kewarisan Saudara Kandung Dengan Anak Perempuan*," dalam Mimbar Hukum Nomor 44 Thn X, 1999, hal.. 33

hukum itu lahir dari orang yang telah diberikan kewenangan oleh Allah swt untuk berijtihad dan memutuskan hukum dalam rangka syariat Allah.⁷⁰

Kemaslahatan ialah tujuan pokok dari hukum Islam, masalah ini sangat berperan untuk menetapkan hukum dan sangat dominan untuk menentukan, oleh karena itu semua produk hukum Islam, yang bersumber dari dalil yang disepakati bersama ataupun dari dalil yang diperselisihkan tidak satupun dalil itu yang mengabaikan prinsip untuk mewujudkan kemaslahatan banyak orang.

Pendapat mana saja yang dipilih hakim maka pihak yang bersengketa akan menerimanya, yang lebih bijaksana lagi jika hakim memilih pendapat yang lebih kuat argumentasi hukum bila ditinjau dari segi filosofis, yuridis maupun sosiologisnya, menjadikan wasiat itu adalah sukarela dan bersifat pribadi tetapi jika kekuasaan MA melalui putusan hakim dalam kondisi yang harus untuk menyatakan bahwa seorang itu wajib memberikan wasiat kepada saudara kandungnya yang non muslim. Ditinjau dari segi kemaslahatan umat yang dipadangkan 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. Jadi dapat disimpulkan dari pertimbangan hakim yang disebutkan diatas dapat digunakan dasar untuk menyimpangi aturan kewarisan dalam Hukum Islam.

⁷⁰Muhammad Imara, *Perbedaan dan Kemajemukan Dalam Bingkai Persatuan* (Jakarta:Gema Insani Press, 1999) hal. 103

C. 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”⁷¹

Berlawanan dengan hal ini, para ulama penganut mazhab Syafi’I dan Hambali 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.⁷²

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

⁷¹ Abdul Manan, *Etika Hakim Dalam Penyelenggaraan Peradilan*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007. hal. 129

⁷² *Ibid* hal. 130

diterapkan di peradilan agama adalah hukum Islam. Menurut M. Yahya Harahap bahwa satu azas peradilan agama adalah azas personalitas ke Islaman.⁷³

Azas Personalitas ke Islaman adalah yang tunduk dan dapat ditundukkan kepada kekuasaan lingkungan peradilan agama hanya mereka yang mengaku dirinya pemeluk agama Islam.⁷⁴

Masalahnya ialah, adanya beberapa hakim di peradilan agama yang dalam memutuskan perkaranya masih memakai ilmu fiqh dengan syariah untuk menemukan solusi dari perkara diperadilan agama. Akibatnya, lahir berbagai keputusan peradilan agama yang berbeda-beda (*disparatis*) untuk persoalan yang sama, menjadikan tidak adanya dan kejelasan sebuah kepastian hukum. Jika hal ini terus berlangsung, maka kepercayaan masyarakat untuk mencari keadilan berdasarkan hukum Islam ke Pengadilan agama akan menyusut. Untuk mengatasi persoalan 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. 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.

⁷³Abdul Rachmad Budiono, *Peradilan Agama dan Hukum Islam di Indonesia*, Bayu Media Publishing, Jakarta 2003. hal. 52.

⁷⁴*Ibid*, hal. 52

Nilai-nilai fikih yang telah diperbaharui dan yang telah dijadikan peraturan perundang-undangan hukum positif, baik yang dibuat melalui legislatif maupun keputusan eksekutif. Menjadikan nilai-nilai fikih dalam bentuk perundang-undangan sebagai hukum positif merupakan konsekuensi negara Indonesia mengikuti sistem 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.⁷⁵

Hakim menganggap dalam peraturan 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.

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

⁷⁵Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam Di Indonesia*. PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006., hal. 296.

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 mendudukan 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 eksklusif 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 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*.⁷⁶

Era reformasi ini, perubahan-perubahan harus sesuai dengan tuntutan demokrasi dan budaya bangsa. Hakim peradilan agama harus berani menciptakan hukum baru jika diketahuiaada 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.

⁷⁶Ibrahim 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

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 konseptual terhadap hukum Islam menjadi bagian strategi⁷⁷ yang tidak bisa dibiarkan adalah jika kita berbicara untuk membuat hukum Islam agar dapat menjadi sumber hukum nasional, harus mempergunakan sistem hukum kerja positifisasi dari hukum Islam dengan pemikiran ilmu para akademisi agar dapat diterima seluruh lapisan masyarakat agar dapat diterima di Indonesia sebagai negara demokrasi.

⁷⁷Stratetegi 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.