

BAB II

KETENTUAN DALAM KEWARISAN

A. Waris Menurut Islam

1. Pengertian Waris

Kata Al Mīrās dalam bahasa arab merupakan bentuk masdar dari kata: Warāṣa, yariṣu, irṣan, mīrāsan.¹ Secara bahasa kata “waris” berasal dari bahasa arab, yaitu وراثت berarti berpindahnya sesuatu dari seseorang kepada orang lain.

Menurut Wahbah Az-Zuhaili, bahwa yang dimaksud dengan waris dalam istilah syara:

ما حلفه الميـت من الاموال والحقوق يستحقها بموته الوارث شرعي.²

Artinya: “Sesungguhnya yang ditinggalkan oleh orang yang meninggal dunia yang berupa harta kekayaan dan hak-hak yang menjadi hak ahli waris secara legal (hukum) setelah kematian para pewarisnya”

Sedangkan menurut Ali As-shabuni waris menurut istilah adalah:

انتقال الملكية من الميتالى ورثته الاحياء سواء كان المتروك مالا او عقارا او حقامن الحقوق الشرعية.³

¹ Muhammad Ali Ash Shabuniy, *Hukum Waris Islam*, (Surabaya: Al Ikhlas, 1995), h.48.

² Wahbah Az- Zuhaili , *Al Fiqih al Islamy Wa Adilatuh*, (Bairul: Darul Fikri, 1989), Jilid VIII, h. 243.

Artinya : “Pindahnya hak milik orang yang meninggal dunia kepada ahli warisnya yang masih hidup, baik yang ditinggalkannya itu berupa harta bergerak dan tidak bergerak atau hak-hak menurut hukum syara”.

Bentuk jamaknya waris adalah mawaris, yang berarti harta peninggalan meninggal yang akan dibagikan kepada ahli warisnya.

Dari segi istilah, mawaris adalah ilmu tentang pembagian harta peninggalan setelah seseorang meninggal dunia. Ilmu mawaris merupakan padanan dari ilmu *faraid*, dengan kata lain Ilmu mawaris disebut juga Ilmu *faraid*.⁴

Faraid adalah jamak dari *faridah* yang di ambil dari kata *fard* yang artinya takdir (ketentuan). Allah SWT. Berfirman artinya “Separuh dari apa yang kamu tentukan”.

Dari segi istilah, *faraid* adalah ilmu tentang bagaimana membagi harta peninggalan seseorang setelah ia meninggal dunia. Dalam kaitannya dengan bagian adalah sebagaimana membagi dan berapa bagian masing-masing ahli waris, menurut ketentuan syara.⁵

³ Muhammad Ali Ash-shabuni, *Al-muwartist Fi al-Syari'ah al-Islamiyah a'la Dlau al-Kitab warisan al-Sunnah*, (Saudi Arabia: Alamul kutab, 1985), Cet. Ke-3, h.31.

⁴ Departemen Agama RI, *Fiqih*, (Jakarta: Defertemen Agama, 2002), h. 5.

⁵ *Ibid*, h 5.

Menurut Asy-Syarbani al-Khatib, definisi *Faraid* adalah:

الفقه المتعلق بالارث ومعرفة الحسان الموصلى الى معرفة ذلك ومعرفة قدرالواجب
من التركة لكل ذى حق.⁶

Artinya: Ilmu fiqih yang berhubungan dengan masalah pembagian harta pusaka, pengetahuan tentang tata cara perhitungan yang dapat menyampaikan kepada pembagian harta pusaka dan pengetahuan tentang bagian-bagian yang wajib dari harta peninggalan untuk setiap pemilik harta pusaka.

Menurut Sayyid Sabik *Faraid* adalah:

المقدرالوارث النصب .⁷

Artinya: Bagian untuk ahli waris yang telah ditetapkan (ditegakkan aturannya).

Para Fuqaha menta'rifkan ilmu *faraid* ini dengan:

علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار كل وارث وكيفية التوزيع

*Artinya: Sesuatu ilmu yang dengan dialah dapat kita ketahui orang yang menerima pusaka, orang yang tidak dapat menerima pusaka, kadar yang diterima oleh tiap-tiap waris dan cara membaginya.*⁸

Berdasarkan pengertian-pengertian tersebut, dapat disimpulkan bahwa pengertian ilmu *faraid* ialah suatu hukum yang mengatur mengenai perpindahan harta dari orang yang meninggal dunia kepada ahli warisnya.

⁶ Asy-Syarbani al-Khatib, *Mughnil Muhtaj*, (berul: Darul Fikri, t.th), Juz III, h.3.

⁷ Sayyid Sabiq, *Fiqhus Sunnah*, (Beirul: Darul Fikri, t.th), Jilid III, h. 291.

⁸ Hasbi Ash Shiddieqy, *Fiqhul Mawaris*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1973), h.18.

2. Rukun Waris

Rukun waris ada tiga, yaitu:

a. Muwaris̄ (orang yang memberi waris), yakni mayat dimana orang lain berhak mewaris daripadanya akan apa saja yang ditinggalkan sesudah matinya.

b. Waris (penerima Waris), yakni orang yang berhak mewarisi dengan sebab yang telah dijelaskan, seperti: kekerabatan, pernasaban, perkawinan, dan sebagainya.

c. Mauruṣ (Benda yang diwariskan), yakni sesuatu yang ditinggalkan mayat, seperti: harta, kebun dan sebagainya. Maurus disebut: Irṣun, Turaṣun, Miraṣun. Semua itu merupakan sebutan bagi sesuatu yang ditinggalkan mayat untuk ahli waris.⁹

3. Syarat-syarat Waris

a. Matinya orang yang mewariskan, baik menurut hakikat maupun menurut hukum.

b. Ahli waris betul-betul hidup ketika muwaris mati

c. Diketahui jihatnya dalam mewarisi (bagi ahli waris).

4. Sebab- Sebab Mendapatkan Warisan

Warisan itu diperoleh dengan tiga sebab:

a. Nasab Haiki, karena firman Allah swt.:

وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ

⁹ Muhammad Ali Ash Shabbuniy, *Opcit*, h.56.

Artinya: Orang-orang yang mempunyai hubungan kerabat itu sebagianya lebih berhak terhadap sesamanya daripada yang ukan kerabat di dalam Kitab Allah. (QS. Al-Anfaal ayat 75)¹⁰

b. Nasab Ḥukmi, karena sabda Rasulullah saw.:

الولاء لحمة كلحممة النسب

Artinya: wala adalah kerib kerabat seperti karib kerabat nasab” (HR Ibnu Hibban, dan Al-Hakim dan dia menshahihkannya pula).¹¹

c. Perkawiana yang Ṣaḥih, karena firman Allah.:

وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ

Artinya: Dan bagimu seperdua dari harta yang di tinggalkan oleh istri-istrimu. (QS. An-Nisa ayat 12).¹²

5. Halangan Untuk Menerima Waris

Halangan untuk menerima warisan atau disebut *mawani 'al-irts* adalah hal-hal yang menyebabkan gugurnya hak ahli waris untuk menerima warisan dari harta peninggalan *al-muwarris*. Adapun hal-hal yang dapat menghalangi tersebut, yang disepakati Ulama ada tiga, yaitu: 1. Pembunuhan, 2. Berlainan Agama, dan perbudakan.

¹⁰ Kementrian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemah*, (Jakarta: PT. Sinar Pustaka Indonesia, 2012), h.

¹¹ Ibnu Rusyd, *Bidayatul Mujtahid*, (Jakarta Timur: Akbar Media, 2013), h.587.

¹² Kementrian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemah*, h. 177

a. Pembunuhan

Dasar hukum yang melarang si pembunuh mewarisi harta peninggalan si mati adalah sabda Rasulullah SAW.

Riwayat Ahmad dari Ibnu Abbas:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فانه لا يرثه وان لم يكن له وارث غيره وان كان له والده اوولده فليس لقا تل ميراث (رواه احمد)

Artinya: Rasulullah SAW bersabda: "barang siapa membunuh seseorang korban, maka ia tidak dapat mewarisinya, walaupun korban tidak mempunyai ahli waris selain dirinya sendiri. (Begitu juga) walaupun korban itu adalah orang tuanya atau anaknya sendiri. Maka bagi pembunuh tidak berhak menerima warisan" (Riwayat Ahmad).

b. Berlainan Agama

Berlainan agama yang menjadi penghalang mewarisi adalah apabila antara ahli waris dan *al-muwarris* salah satunya beragama Islam, yang lain bukan Islam.

Dasar hukumnya adalah hadis Rasulullah SAW riwayat Imam Bukhari dan Muslim:

لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم

Artinya: Orang muslim tidak mewarisi orang kafir, dan orang kafir juga tidak mewarisi orang muslim. (Riwayat Bukhari dan Muslim).¹³

c. Perbudakan

Perbudakan menjadi penghalang mewarisi, bukanlah karena status kemanusiaannya, tetapi semata-mata karena status formalnya sebagai hamba sahaya

¹³Kementrian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemah*, h.577.

(budak). Mayoritas ulama sepakat bahwa seorang budak terhalang untuk menerima warisan karena ia dianggap tidak cakap melakukan perbuatan hukum. Firman Allah menunjukkan:

ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ ...

Artinya: Allah membuat perumpamaan dengan seorang hamba sahaya yang dimiliki yang tidak dapat bertindak terhadap sesuatupun... (QS. Al-Nhal ayat 75).¹⁴

6. Dasar Hukum Kewarisan Islam

a. Al-Qur'an

Furud al-muqaddarah (bagian yang ditentukan).

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّيْنَ ۚ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ۚ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَوَلَدٌ ۚ وَلِأَخِيهِ إِخْوَةٌ فَلِلْمِثْلِ ۚ وَإِذَا هُوَ ابْنٌ فَلِلْأُمِّهِ الثُّلُثُ ۚ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْأُمِّهِ السُّدُسُ ۚ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ ۚ أَبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِّنْ اللَّهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿١١﴾

Artinya: Allah mensyari'atkan bagimu tentang (pembagian pusaka untuk) anak-anakmu. Yaitu : bahagian seorang anak lelaki sama dengan bahagian dua orang anak perempuan; dan jika anak itu semuanya perempuan lebih dari dua, Maka bagi mereka dua pertiga dari harta yang ditinggalkan; jika anak perempuan itu seorang saja, Maka ia memperoleh separo harta. dan untuk dua orang ibu-bapa, bagi masing-masingnya seperenam dari harta yang ditinggalkan, jika yang meninggal itu mempunyai anak; jika orang yang

¹⁴ Kementerian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemah*, h.413.

meninggal tidak mempunyai anak dan ia diwarisi oleh ibu-bapanya (saja), Maka ibunya mendapat sepertiga; jika yang meninggal itu mempunyai beberapa saudara, Maka ibunya mendapat seperenam. (Pembagian-pembagian tersebut di atas) sesudah dipenuhi wasiat yang ia buat atau (dan) sesudah dibayar hutangnya. (Tentang) orang tuamu dan anak-anakmu, kamu tidak mengetahui siapa di antara mereka yang lebih dekat (banyak) manfaatnya bagimu. ini adalah ketetapan dari Allah. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Bijaksana. (QS. An-Nisa ayat 11)¹⁵

وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلِئَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ



Artinya: Dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh isteri-isterimu, jika mereka tidak mempunyai anak. jika isteri-isterimu itu mempunyai anak, Maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) sesudah dibayar hutangnya. Para isteri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan jika kamu tidak mempunyai anak. jika kamu mempunyai anak, Maka Para isteri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat atau (dan) sesudah dibayar hutang-hutangmu. jika seseorang mati, baik laki-laki maupun perempuan yang tidak meninggalkan ayah dan tidak meninggalkan anak, tetapi mempunyai seorang saudara laki-laki (seibu saja) atau seorang

¹⁵ Kementerian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemah*, h.177

saudara perempuan (seibu saja), Maka bagi masing-masing dari kedua jenis saudara itu seperenam harta. tetapi jika saudara-saudara seibu itu lebih dari seorang, Maka mereka bersekutu dalam yang sepertiga itu, sesudah dipenuhi wasiat yang dibuat olehnya atau sesudah dibayar hutangnya dengan tidak memberi mudharat (kepada ahli waris). (Allah menetapkan yang demikian itu sebagai) syari'at yang benar-benar dari Allah, dan Allah Maha mengetahui lagi Maha Penyantun. (QS. An-Nisa ayat 12)¹⁶

Ayat-ayat lain yang berhubungan dengan masalah warisan dapat digunakan

QS. Al-Baqarah: 180, an-Nisa: 1, 8, 9, 176 dan al-Anfal: 75.

b. Al-Hadis

Di antaranya riwayat Imam al-Bukhari dan Imam Muslim atau sering digunakan istilah *muttafaq 'alaih*:

عن ابن عباس قل : قال رسول صل الله عليه وسلم الحقوا الفرائض باهلها فما بقي
فهو لى رجل ذكرا (روه مسلم)

Artinya: Dari Ibnu Abbas, berkatanya: "Rasulullah SAW. bersabda: "berikanlah harta warisan pada ahli warisnya masing-masing, apa yang tersedia, maka lebih diutamakan bagi seorang laki-laki yang terdekat dengan si mayyit." (HR. Muslim).¹⁷

c. Al-Ijma, artinya kaum Muslimin menerima ketentuan hukum warisan yang terdapat di dalam al-Qur'an dan al-Sunnah sebagai ketentuan hukum yang harus dilaksanakan dalam upaya mewujudkan keadilan dalam masyarakat. Karena telah diterima secara sepakat, maka tidak ada alasan untuk menolaknya.

¹⁶ Kementrian Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemah*, h.177

¹⁷ Musthafa Dibul Bigha, *Ikhtisar Hukum-hukum Islam Praktis*, (Semarang: CV. Asy-syifa,t. Th), h.483.

d. Al-Ijtihad, yaitu pemikiran sahabat atau ulama yang memiliki cukup syarat dan kreteria sebagai Mujtahid untuk menjawab persoalan-persoalan yang muncul dalam pembagian wari. Yang dimaksudkan di sini, adalah ijtihad dalam menerapkan hukum (*tatbiqy*), bukan untuk merubah pemahaman atau ketentuan yang ada. Misalnya, bagaimana apabila pembagian warisan terjadi kekurangan harta, diselesaikan dengan cara 'aul, atau dan lain-lain.¹⁸

7. Tarikah

Tirkah ialah apa saja yang ditinggalkan seseorang sesudah matinya, baik berupa harta, hak-hak maliyah atau ghairu maliyah.

Tarikah atau tirkah, dalam pengertian bahasa, searti dengan miras atau harta yang ditinggalkan. Karenanya, harta yang ditinggalkan oleh seorang pemilik harta mawaris, sesudah meninggalnya, untuk warisnya dinamakan tarikah si mati (tarikatul maiyiti).

Jumhur fuqaha berpendapat bahwa, tarikah itu ialah apa yang ditinggalkan oleh seseorang sesudah meninggalnya, baik merupakan harta, maupun merupakan hak yang bersifat harta, atau hak yang padanya lebih kuat unsur kehartaan atas hak perorangan, tanpa melihat kepada siapa yang berhak menerimanya. Maka segala sesuatu yang ditinggalkan oleh seseorang sesudah manfaatnya, dikatkanlah tarikah, baik yang meninggal itu adalah berhubungan sebelum meninggal, ataupun tidak, baik hutang-hutangnya berpautan dengan benda seperti hutang lantaran menggadaikan

¹⁸ Ahmad Rofiq, *Fiqih Mawaris*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 1998), h.22.

sesuatu, ataukah hutang-hutang berpiutang dengan tanggung jawabnya sendiri, seperti hutang maskawin.

Hak-hak yang berpautan dengan tarikh

Hak-hak yang berpautan dengan tarikh selain dari pada hak pusaka, ada dua bagian,

Pertama: hak-hak yang harus didahulukan sebelum para waris menerima bagiannya.

Kedua: hak-hak yang harus dikemudiankan dari pembahagian harta pusaka apabila ada waris.

Hak-hak yang harus didahulukan dalam tarikh

a. Hak yang pertama ialah pentajhizan mayyit yang meninggalkan harta dan pentajhizan mayit oleh orang yang wajib dinafkahi oleh mayyit yang meninggalkan harta itu.

Maka inilah yang diambil dari jumlah tarikh sebelum diambil hak-hak yang lain.

Tajhiz ialah segala yang diperlukan oleh seorang yang meninggal sejak dari wafatnya sampai kepada menguburnya, yaitu: belanja memandikannya, mengafankannya, menguburkannya dan segala yang diperlukan sampai diletakkanya ketempat yang terakhir.

b. Hak yang kedua ialah hutang yang harus dibayar oleh orang yang meninggal. Untuk keperluan membayar hutang di ambil dari tarikh setelah diambil dari keperluan-keperluan tajhiz.

c. Hak yang ketiga ialah hak untuk menunaikan wasiat yang diwasiatkan oleh yang meninggal diwaktu dia masih hidup dalam batasan yang dibenarkan syara tanpa perlu persetujuan para waris, yaitu tidak lebih dari sepertiga harta peninggalan, sesudah diambil keperluan tajhiz dan keperluan membayar hutang, baik washiat itu, untuk waris, ataupun untuk orang lain.

d. Hak yang keempat ialah puska yang dimiliki oleh para waris. Apabila masih ada sisa harta, setelah diambil dari keperluan tajhiz, keperluan membayar hutang dan washiyat, maka sisa itu menjadi hak waris yang mereka membaginya menurut ketentuan syara sendiri.

8. Mauruṣ

Mauruts ialah harta peninggalan orang yang telah meninggal yang diwarisi oleh para pewarisnya. Harta peninggalan, atau sisa harta sesudah dilunasi hak-hak yang berpautan dengan harta peninggalan yang wajib didahulukan atas pembagian pusaka, menjadi hak waris dengan jalan pusaka dari mawaris.

B. Waris Menurut Adat

1. Pengertian Adat

Adat sering disebut dengan istilah budi, sesuatu istilah yang mengandung nilai-nilai etika atau susila yang luhur juga ada sinonim yang lain yaitu bahasa.¹⁹ Dikalangan orang banyak hanya terdengar kata “adat” saja. Kata “adat” ini sebenarnya berasal dari bahasa Arab, yang berarti: kebiasaan. Dalam bahasa Indonesia dan berbagai suku atau golongan dipakai istilah yang bermacam-macam:

¹⁹ *Hukum Adat dan Modernisasi Hukum*, (Yogyakarta, Pustaka Pelajar Offset, 1998), h.44.

misalnya, di daerah Gayo: *odot*; di daerah Jawa Tengah dan Jawa Timur: *adat*, *ngadat*; di daerah Minangkabau: lembaga (*lembago*) atau adat-lembaga – kadang-kadang dipertentangkan antara adat dan lembaga, yaitu “adat” adalah mengikat dan mempunyai akibat hukum, sedangkan “lembaga” tidak mengikat dan mempunyai akibat hukum; di daerah Minahasa dan daerah Maluku terdengar istilah adat kebiasaan; di daerah Batak Karo istilah “adat” jarang sekali terdengar, disitu dipakai istilah-istilah basa atau bicara merupakan kebiasaan dan kesusilaan.²⁰

Adat didefinisikan dengan:

الامر المتكرر من غير علاقة عقلية

Artinya: “Sesuatu yang dikerjakan secara berulang-ulang tanpa adanya hubungan rasional”.

Defenisi ini menunjukkan bahwa adat itu mencakup persoalan yang amat luas, yang menyangkut permasalahan pribadi, seperti kebiasaan seseorang dalam tidur, makan, dan mengkonsumsi jenis makanan tertentu, atau menyangkut permasalahan orang banyak, yaitu sesuatu yang berkaitan dengan hasil pemikiran yang baik dan yang buruk.

2. Pengerian Waris Menurut Adat

Hukum waris adat pada dasarnya adalah hukum penerus kekayaan dari suatu generasi kegenerasi berikutnya atau kepada keturunannya. Menurut Ter Haar, ”... *het adaterfrecht de rechtsregelen welke bertrekking hebben op het boeiende, eeuwinge process van doorgeven en overgaan van het materiele en immateriele vermogen van*

²⁰ *Ibid*, h.3.

generatie op generatie”. Artinya. “...hukum waris adat adalah peraturan-peraturan hukum yang mengenai cara bagaimana dari abad keabad penerusan dan peralihan harta kekayaan yang berwujud dan tidak berwujud dari generasi ke generasi.

Soepomo juga menegaskan kembali bahwa, Hukum waris adat membuat peraturan-peraturan yang mengatur proses meneruskan serta mengoperkan barang-barang harta benda dan barang-barang yang tidak berwujud benda (*immateriale goedaren*) dari suatu angkatan manusia (*generatie*) kepada turunannya²¹.

3. Hukum Waris Adat

Hukum waris adat itu mempunyai sifat dan corak tersendiri yang khas Indonesia yaitu bercorak “ke Indonesiaan” sebagai tumbuh dan berkembangnya hukum adat tersebut. Hukum waris adat itu berbeda dengan hukum waris Islam dan Hukum Barat, sebab perbedaannya terletak pada latar belakang alam fikiran Bangsa Indonesia yang berfalsafah Pancasila dengan masyarakat yang bhineka tunggal ika. Latar belakang pada dasarnya adalah kehidupan bersama yang bersifat tolong menolong guna mewujudkan kerukunan, keselarasan dan kedamaian didalam hidup.

Pandangan-pandangan yang “khas” dan diyakini kebenaran normatifnya oleh masyarakat Indonesia, dapat dilihat dari berbagai ketentuan yang terdapat dalam sub-sub bagian masalah dalam hukum waris adat tersebut, seperti dalam harta warisannya. Harta warisan dalam hukum waris adat tidak merupakan satu kesatuan yang tidak dapat terbagi atau dapat terbagi menurut jenis macamnya dan kepentingan para ahli

²¹ *Ibid*, h.40.

waris.²² Dengan demikian hukum waris adat tidak semata-mata dilihat dari aspek nilai ekonomisnya seperti pada hukum waris barat pada umumnya, akan tetapi terdapat harta warisan yang mempunyai nilai immaterial yang tidak dapat ditentukan nilai ekonomisnya, seperti barang-barang pusaka yang dianggap “bertuah” atau mesti dipelihara oleh ahli waris tertentu.

Ciri khas lainnya, selain tidak dapat dinilai secara ekonomis, pada jenis-jenisnya tertentu harta warisan adat ada juga yang tidak dapat dijual yang nantinya dapat disatukan nilai ekonomisnya dengan harta warisan lainnya, sehingga harta jenis ini tidak dapat dibagi-bagi sebagaimana harta yang mempunyai nilai ekonomis. Harta jenis ini justru di pelihara salah seorang ahli waris yang dianggap dapat menjaga harta warisan tersebut.²³

Ahli waris mempunyai kesepakatan untuk (tidak) membagi sebahagian atau seluruh harta warisan, dengan tujuan harta tersebut dapat digunakan untuk melaksanakan upacara keagamaan yang terjadi sehubungan dengan meninggalnya pewaris, seperti upacara *haulan* setiap tahun ataupun kondisi-kondisi lain yang ditunjukkan untuk kepentingan pewaris yang telah meninggal dunia tersebut, termasuk memberikan “hadiah” berupa sholat hadiah yang ada dalam tradisi masyarakat Banjar dan memerlukan biaya untuk kegiatan tersebut.²⁴

²² Gusti Muzainah, *Prinsip-prinsip hukum tentang kedudukan perempuan dalam hukum waris adat masyarakat banjar*, (Surabaya: Ringkasan Disertasi, 2014), h.40.

²³ *Ibid*, h.41.

²⁴ *Ibid*, h.23.

C. Hubungan Hukum Adat dan Hukum Agama.

Hubungan hukum adat dengan hukum Agama dalam makna “kontak” antara kedua sistem hukum itu telah lama berlangsung di Indonesia. Hubungannya akrab dalam masyarakat.²⁵

1. Teori *Reception In Complexu*

Teori *reception in complexu* oleh para penggagasnya secara tegas menyebutkan “Reception In Complexu oleh bangsa Hindu oleh hukum Hindu, oleh Hukum Islam dan Hukum Islam, oleh kaum Kristen dari hukum kristen. Selama bukan sebaliknya dapat dibuktikan, menurut ajaran ini hukum pribumi ikut agamanya, karena jika memeluk suatu agama, harus juga mengikuti hukum-hukum agama itu dengan setia. Jika dapat dibuktikan bahwa 1 (satu) atau beberapa bagian, adat-adat seutuhnya atau bagian-bagian kecil sebagai kebalikannya, maka terdapat penyimpangan-penyimpangan dalam hukum agama itu; dan bahwa penyusun ajaran itu mau mengakui bukti penyangkal itu adalah suatu tanda, bahwa ia telah mempunyai penglihatan dan menghargai setinggi-tingginya kesadaran hukum nasional dari “rakyat berkulit sawo” dari raja Belanda”.

Teori *receptio in complexu* sempat dijadikan landasan oleh pemerintah Belanda dalam menyusun peraturan perundangan, seperti *Reglementof beieidderregeeringvan Nederland Indie* (*Staatshlad* 1854 Nomor 129 dan *Staatshlad* 1855 Nomor 2) yang kemudia lebih dikenal menjadi pasal 75, pasal 78, dan pasal 109 RR lama).

²⁵ *Ibid*, h.30.

Kebenaran Teori *receptio in complexu* ini kalau dianalisis dari hukum waris masyarakat Banjar dapat dikategorikan menganut teori ini. Masyarakat Banjar adalah masyarakat yang agamis, yang selalu melakat ciri sebagai penganut agama Islam. Nilai-nilai ajaran Islam sudah dilaksanakan pada proses pembagian warisan dengan meminta petuah dari Tuan Guru, yang mana petuah Tuan Guru ini memberlakukan Hukum agama, yaitu ketentuan yang terdapat dalam Al-Qur'an. Selanjutnya pada proses pembagiannya mempergunakan lembaga "damai" dengan cara "islah" yang realitasnya ketentuan dalam petuah Tuan Guru dilaksanakan berbeda sesuai dengan hasil islah.²⁶

2. Teori *Reseptie*

Teori *Reseptie* ini menyatakan dengan tegas bahwa hukum yang hidup dan berlaku bagi rakyat Indonesia terlepas dari apa pun agama yang dianutnya, hukum mereka adalah hukum adat. Sedangkan hukum Islam meresepsi kedalam dan berlaku sepanjang dikehendaki oleh hukum adat.

Mencermati pandangan teori *receptie* ini dapat disimpulkan bahwa fenomena hukum adat dan hukum agama adalah 2 (dua) hal yang berbeda. Hukum adat yang menentukan kapan dan dalam hal apa hukum Islam dapat diberlakukan. Keberadaannya pun dengan demikian tidak selalu bertolak belakang, namun dapat berhadapan-hadapan, dengan demikian, konflik adalah suatu hal yang sangat mungkin diantara keduanya.²⁷

²⁶ *Ibid*, h.52.

²⁷ *Ibid*, h.54.

3. Teori *Receptio a contrario*

Teori *recepti a contrario* yang secara harfiah yang berarti lawanan dari teori *reseptie* menyatakan bahwa hukum adat berlaku bagi orang Islam kalau hukum adat itu tidak bertentangan dengan agama Islam dan Hukum Islam. Dengan demikian, dalam teori *recepti a contrario*, hukum adat itu berlaku kalau tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Teori *recepti a contrario* dalam beberapa hal dapat dilakukan analisisnya terhadap hukum adat pada masyarakat Banjar,. Hal ini dapat terlihat pada dominanya hukum agama (Islam) dalam menentukan ahli waris dan penetapan bagian warisan. Disamping itu sesuai dengan ajaran Islam adanya kewajiban untuk memenuhi kewajiban-kewajiban yang ditinggalkan oleh pewaris sebelum harta tersebut dibagi kepada ahli waris. Adapun islah sendiri sebagai suatu cara dalam adat “badamai” yang diberlakukan untuk prosesi pembagian waris setelah mendapat petunjuk Tuan Guru, adalah lembaga yang dinilai tidak bertentangan dengan hukum Islam, karena didasarkan kepada kemaslahahan (Maslahah mursalah).²⁸

D. Teori ‘Urf Dalam Istinbath Hukum

1. Pengertian ‘Urf

²⁸ *Ibid*, h. 56.

‘Urf menurut etimologi yaitu adat kebiasaan, seperti kebiasaan menyebut al-walad bagi seorang anak laki-laki.²⁹ Arti ‘urf secara harfiah adalah suatu keadaan, ucapan, perbuatan, atau ketentuan yang telah dikenal manusia dan telah menjadi tradisi untuk melaksanakannya atau meninggalkannya. Dikalangan masyarakat ‘urf sering disebut yaitu adat.³⁰

‘Urf menurut ulama ushul fiqih adalah:

عادة جمهور قوم في قول او فعل

Artinya: “Kebiasaan mayoritas kaum baik dalam perkataan maupun perbuatan”.

Namun menurut istilah para fukaha adat itu terdiri dari dua macam: (1) adat dalam bentuk perbuatan seperti yang berlaku dalam jual-beli dengan cara saling memberi (tha’ati) tanpa disertai dengan ijab dan qabul. (2) adat dalam bentuk perkataan seperti kebiasaan orang menanamkan walad hanya untuk anak lelaki, daging tidak termasuk daging ikan.³¹

2. Macam-macam ‘Urf

‘Urf baik berupa perbuatan maupun berupa perkataan, seperti dikemukakan Abdul-Karim Zaidan, terbagi kepada dua macam:

²⁹ Fathurrahman Azhari, *Ushul Fiqih Perbandingan* (Lembaga Pemberdayaan Kualitas Ummat (LPKU), 2013), h. 200.

³⁰ Rachmad Syafe’i, *Ilmu Ushul Fiqih Untuk UIN, STAIN, PTAIS*, (Bandung, CV PUSTAKA SETIA, 2010), h.128.

³¹ Aswadi Syukur, *Pengantar dan Ushul Fikih* (Surabaya : PT Bina Ilmu, 1990), h. 120.

a. Al-‘Urf al-Am (adat kebiasaan umum), yaitu adat kebiasaan mayoritas dari berbagai negeri di satu masa. Contohnya, adat kebiasaan yang berlaku di beberapa negeri dalam memakai ungkapan: “engkau telah haram aku gauli” kepada istrinya sebagai ungkapan untuk menjatuhkan talak istrinya itu, dan kebiasaan menyewa kamar mandi umum dengan sewa tertentu tanpa menentukan secara pasti berapa lamanya mandi dan berapa kadar air yang digunakan.

b. Al-‘Urf al-Khas (adat kebiasaan khusus), yaitu adat kebiasaan yang berlaku pada masyarakat atau negeri tertentu. Misalnya kebiasaan masyarakat Irak dalam menggunakan kata *al-dabbah* hanya kepada kuda, dan menganggap catatan jual beli yang berada pada pihak penjual sebagai bukti yang sah dalam masalah utang piutang.

3. ‘Urf dibagi pula kepada:

a. Al-‘Urf al-Shahih adalah kebiasaan yang berlaku di tengah-tengah masyarakat yang tidak bertentangan dengan nash (ayat atau hadis), tidak menghilangkan kemaslahatan mereka, dan tidak pula membawa mudharat kepada mereka. yakni suatu hal yang baik yang menjadi kebiasaan suatu masyarakat, namun tidak sampai menghalalkan yang haram dan tidak pula sebaliknya.

b. Al-‘Urf al-Fasid adalah kebiasaan yang bertentangan dengan dalil-dalil syara dan kaidah-kaidah dasar yang ada dala syara. yakni suatu yang menjadi adat kebiasaan yang sampai menghalalkan apa yang diharamkan Allah.³²

³² Satria Effendi, *Ushul Fiqih* (Jakarta : Prenada Media, 2005), h. 155.

4. Kehujjahan 'Urf

'Urf menurut penyelidikan bukan merupakan dalil syara tersendiri. Pada umumnya, 'urf ditunjukkan untuk memelihara kemaslahatan umat serta menunjang pembentukan hukum dan penafsiran beberapa nash. Dengan 'urf dikhususkan lafal yang 'amm (umum) dan dibatasi yang mutlak. Karena 'urf pula terkadang qiyas itu ditinggalkan. Karena itu, sah mengadakan kontrak borongan apabila 'urf sudah terbiasa dalam hal ini, sekalipun tidak sah menurut qiyas, karena kontrak tersebut adalah kontrak atas perkara yang ma'dum (tiada).³³

E. Teori Aplikasi

1. Maqashid Al-Syari'ah

Prinsip maqashid al-syari'ah adalah kemaslahatan umat manusia. Kemaslahatan itu dengan menggunakan analisi maqashid al-syari'ah tidak hanya dilihat dalam arti teknis belaka, akan tetapi dalam upaya dinamika dan pengembangan hukum dilihat sebagai suatu yang mengandung nilai filosofis dari hukum-hukum yang disyari'atkan Tuhan kepada manusia. Oleh karenanya, pengetahuan dan pemahaman maqashid al-syari'ah dari Al-Qur'an dan Sunnah nabi, sebagai sumber pencarian maqashid al-syari'ah, merupakan aspek penting dalam melakukan istinbath hukum. Orang yang berkehendak pada zhahir ayat atau pendekatan lafzhiyah serta serikat dengan nash yang juz'iyah (partikular) dan mengabaikan maksud-maksud

³³ Rachmad Syafe'i, *Ilmu Ushul Fiqih Untuk UIN, STAIN, PTAIS*, (Bandung, CV Pustaka Setia, 2010), h.131

pensyari'atan hukum (maqashid al-syari'ah) akan dihadapkan pada kesulitan dan kekeliruan dalam melakukan istibath hukum tersebut.

Konsep maqashid al-syari'ah menjadi kunci keberhasilan seorang mujtahid dalam melakukan istibath hukum, karena kepada tujuan hukum itulah setiap persoalan dalam kehidupan manusia akan dikembalikan, baik terhadap masalah-masalah yang baru dan belum ada secara harfiah dalam wahyu maupun dalam kepentingan untuk mengetahui apakah suatu kasus dapat diterapkan suatu ketentuan hukum atau tidak, karena terjadinya pergeseran nilai akibat perubahan-perubahan sosial.³⁴

a. Metode Memahami Maqashid al-Syari'ah dan penerapannya

Dalam rangka upaya pemahaman maqasyid al-syari'ah, al-Syatibi dalam karya monumentalnya menyebutkan ada tiga metode yang digunakan ulama, antara lain:

1) Mempertimbangkan Makna Zhahir Lafazh

Maksud makna zhahir di sini adalah makna yang dipahami dari apa yang tersurat dalam lafazh-lafazh nash keagamaan yang menjadi landasan utama dalam mengetahui maqashid al-syari'ah. Kecenderungan untuk menggunakan metode ini bermula dari suatu asumsi bahwa maqashid al-syari'ah adalah suatu yang absrtak dan tidak dapat diketahui kecuali melalui petunjuk Tuhan dalam bentuk zhahir lafazh yang jelas. Petunjuk Tuhan itu tidak memerlukan penelitian yang pada gilirannya bertentangan dengan kehendak bahasa. Dengan kata lain, pengertian hakiki suatu

³⁴ Samsul Bahri, *Metodologi Hukum Islam*, (Yogyakarta : Teras, 2008), h.106.

nash tidak boleh dipalingkan (ditakwilkan) kepada makna majazi, kecuali bila ada petunjuk jelas dari pembuatan syari'at, bahwa yang dimaksudkan adalah makna tersirat.

Metode ini dikembangkan oleh Dawud al-Zhahiri, seorang pendiri dan pelopor aliran al-Zhahiriyah. Dia mengajukan suatu prinsip bahwa setiap kesimpulan hukum harus didasarkan atas makna yang hakiki, makna zhahir teks-terks keagamaan. Menurutnya, pemalingan makna zhahir teks-teks syari'at kepada makna majazi (alegoris) merupakan penyimpangan yang harus diluruskan.³⁵

2). Mempertimbangkan Makna Batin dan Penalaran

Maksud makna batin (inword meaning) di sini adalah makna tersirat dari suatu teks ajaran Islam. Makna batin menjadi dasar pertimbangan dalam mengetahui maqashid al-ayari'ah adalah berpijak dari suatu asumsi, bahwa maqashid syari'ah bukan dalam bentuk zhahir dan bukan pula yang dipahami dari pengertian yang ditunjukkan oleh zhahir lafazh nash-nash syari'at Islam. Konsep maqashid al-syari'ah merupakan hal lain yang ada di balik pengertian yang ditunjukkan oleh zhahir lafazh, yang terdapat dalam semua aspek syari'at. Pandangan yang demikian bisa berimplikasi bahwa tak seorang pun dapat berpegang pada zhahir lafazh dari nash-nash keagamaan yang memungkinkan ia memperoleh pengertian maqashid al-syari'ah.³⁶

³⁵ *Ibid*, h.107.

³⁶ *Ibid*, h.111.

3). Menggabungkan Makna Zhahir, Makna Batin dan Penalaran

Metode ini dapat disebut juga sebagai metode kombinasi atau metode konvergensi, yaitu metode yang mengetahui maqashid al-syari'ah dengan melakukan penggabungan dua metode tersebut dalam suatu bentuk yang tidak merusak pada zhahir lafadh, kandungan makna dan illah-nya, sehingga syari'at Islam dapat berjalan secara harmoni pada suatu sistem ajaran Islam yang terlepas dari adanya perbedaan dan pertentangan.³⁷

2. Masalah Mursalah

a. Pengertian masalah Mursalah

Masalah Mursalah menurut Istilah terdiri dari dua kata, yaitu masalah dan mursalah. Kata masalah menurut bahasa berarti “manfaat”, dan kata mursalah berarti “lepas”. Gabungan dari dua kata tersebut yaitu masalah mursalah menurut istilah, seperti yang dikemukakan Abdul-Wahhab Khallaf, berarti “sesuatu yang dianggap Masalah namun tidak ada ketegasan hukum untuk merealisasikannya dan tidak ada pula dalil tertentu baik yang mendukung maupun yang menolaknya”, sehingga ia disebut masalah mursalah (masalah yang lepas dari dalil secara khusus).³⁸

Pengertian masalah secara etimologi berasal dari kata al-islam yang berarti damai dan tentram. Damai berorientasi pada fisik sedangkan tentram berorientasi

³⁷ *Ibid*, h.113.

³⁸ Satria Effendi, *Ushul Fiqih* (Jakarta : Prenada Media, 2005), h.149.

pada psikis. Lawan dari masalah adalah mafsadat dari fasada yafsudu artinya sesuatu yang merusak dan tidak baik.

Pengertian Masalahah secara terminologi Menurut Imam al-Ghazali pada prinsipnya masalahah adalah mengambil manfaat dan menolak kemadhratan dalam rangka memelihara tujuan syara'.³⁹

Para ahli Ushul memberikan takrif Masalahah Mursalah dengan: "Memberikan hukum syara kepada suatu kasus yang tidak terdapat dalam nash atau Ijma atas dasar memelihara kemaslahahan".⁴⁰

Maslahah Mursalah menurut ahli ushul adalah suatu kemaslahahan yang tidak ditetapkan hukumnya oleh syara' dan tidak pula ada dalil yang melarang atau mewajibkan mencapainya.⁴¹

Mazhab Maliki yang menjadikan Masalahah Mursalah sebagai sumber fikih dengan dua alasan. Pertama bahwa kemaslahahan manusia selalu berubah menurut perubahan ruang dan waktu, dan setiap saat kemaslahahan itu bermunculan, karena itu kalau sumber fikih itu terbatas kepada nash saja akan terdapat banyak kemaslahahan yang tidak dapat ditetapkan hukumnya sedang seperti ini sangat bertentangan dengan tujuan syariat itu sendiri karena syariat adalah untuk mencapai kemaslahahan umat manusia. Kedua secara induksi banyak ketentuan-ketentuan fikih

³⁹Fathurrahman Azhari, *Op cit*, h.179.

⁴⁰A. Djazuli, *Ilmu Fiqih* (Jakarta : Prenada Media), 2005, h.86.

⁴¹Aswadi Syukur, *Pengantar dan Ushul Fikih* (Surabaya : PT Bina Ilmu, 1990), h.177.

yang ditetapkan oleh para sahabat, tabi'an, tabi'in dan para ulama Imam mazhab yang bersumber dari Maslahah mursalah.⁴²

b. Syarat-Syarat Maslahah Mursalah

Maslahah Mursalah yang dapat dijadikan sumber fikih apabila telah memenuhi tiga syarat ; ketiga syarat itu untuk menjamin agar ketentuan hukum yang bersumber dari Maslahah Mursalah tidak bertentangan dengan jiwa syariat. Tiga syarat yang dimaksud ialah:

1) Maslahah yang dimaksud adalah masalah yang sebenarnya bukan semata hanya dugaan.

2) Maslahah itu untuk masyarakat banyak bukan untuk kelompok atau pribadi.

3) Maslahah itu tidak boleh bertentangan dengan ketentuan nash atau ketentuan ijma dan kias.⁴³

c. Macam-Macam Maslahah

1) Maslahah Dharuriyah (primer)

Maslahah dharuriyah adalah perkara-perkara yang menjadi tempat berdirinya kehidupan manusia, yang bila ditinggalkan, maka rusaklah kehidupan manusia, merajalelalah kerusakan, timbullah fitnah, dan kehancuran yang hebat.

⁴² *Ibid*, h.118.

⁴³ *Ibid*, h.119.

Perkara-perkara ini dapat dikembalikan kepada lima perkara, yang merupakan perkara pokok yang harus dipelihara, yaitu: agama, jiwa, akal, keturunan, dan harta.

2) Masalah Hajjiyah (sekunder)

Masalah hajjiyah ialah, semua bentuk perbuatan dan perilaku yang tidak terkait dengan dasar lain (yang ada pada masalah dharuriyah) yang dibutuhkan oleh masyarakat tetap juga terwujud, tetapi dapat menghindarkan kesulitan dan kesempitan. Hajjiyah ini tidak rusak dan terancam, tetapi dapat menimbulkan kepicikan, dan kesempitan, dan hajjiyah ini berlaku dalam lapangan ibadah, adat, muamalah, dan bidang jinayat.

3) Masalah Tahsiniyyah (tersier)

Masalah tahshiniyah adalah mempergunakan semua yang layak dan pantas yang dibenarkan oleh adat kebiasaan yang baik dan dicakup oleh bagian mahasinul akhlak.⁴⁴

Tasniyah juga termasuk dalam lapangan ibadah, adat, muamalah, dan bidang uqubat. Lapangan ibadah misalnya, kewajiban bersuci dari najis, menutup aurat, memakai pakaian yang baik-baik ketika akan mendirikan shalat, mendekatkan diri kepada Allah melalui amalan-amalan sunah, seperti shalat sunah, puasa sunah, bersedekah dan lain-lain.⁴⁵

⁴⁴ Muhammad Humaini , *Opcit*, h. 38.

⁴⁵ *Ibid*, h. 39.

