

BAB III

HASIL TEMUAN DAN ANALISIS

A. Konsep Hukum Waris Cucu pancar perempuan

1. Konsep Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Indonesia

a. Konsep Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Indonesia

Sistem kewarisan di dalam Kompilasi Hukum Islam diterangkan pokoknya saja di dalam buku II, lalu untuk pengembangannya dikembalikan pada para hakim pengadilan agama dengan menilik nilai-nilai yang ada pada masyarakat menggunakan porsi keadilan yang diterangkan di dalam pasal 229 KHI⁶⁷. Hukum waris sebenarnya telah diterangkan Alquran, hingga KHI cuma mengikut saja kepada sistem yang sudah ada di dalam Alquran. Adapun sumber penyusunannya selain yang ada terdapat di dalam Alquran dan hadis jua melalui ijtihad melalui penelaahan serta pengkajian sejumlah kitab fikih yang ada berkaitan dengan KHI juga terkumpulnya data lewat wawancara kepada para ulama serta studi banding dengan sejumlah negara lain diantaranya Maroko, Syiria dan Mesir. Jadi pada dasarnya hukum waris KHI banyak berdasar

⁶⁷ Hakim Menyelesaikan perkara-perkara yang diajukan kepadanya wajib memperhatikan dengan sungguh-sungguh nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat, sehingga putusannya sesuai dengan rasa keadilan.

kepada pendapat mazhab Syafi'i tapi tak menutup kemungkinan atas masuknya pendapat mazhab Jumbuh lain. Tapi pada sejumlah hal ada pengecualian, yang salah satunya ialah ahli waris pengganti.⁶⁸

Ketika anak meninggal dalam keadaan punya ayah yang masih hidup, serta meninggalkan keturunan. Lalu kakek mereka meninggal dunia, hak waris diberikan pada paman serta bibinya, sedang anak-anak yang ditinggal mati orang tuanya tak berhak atas waris kakek. Hal itu di dalam hukum waris Islam benar adanya. Dikarenakan nanti, hidup cucu akan ternafkahi dari paman ataupun dari bibinya. Akan tetapi jika dilihat anak-anak yang ditinggal mati orang tuanya tak berhak atas bagian dari kakek lalu di dalam keadaan yang tak dapat terpenuhi kebutuhan hidupnya, hal itu dirasa tak sesuai asas waris keadilanimbang.

Oleh karena itu cucu garis keturunan perempuan (cucu pancar perempuan) mendapat akan kepastian hukum lewat ahli waris pengganti dalam pasal 185 Kompilasi Hukum Islam. Di dalam Kamus Hukum dijelaskan penggantian tempat ahli waris atau ahli waris pengganti ialah pengganti dalam dibaginya warisan yang ahli waris tersebut lebih dulu meninggal dari si pewaris, maka warisannya berhak diterima bagi anak-anak waris yang meninggal.⁶⁹ Istilah ahli waris pengganti memang tak ada di dalam hukum waris Islam. Hingga muncul aturan mengenai ahli waris pengganti banyak timbul pro dan kontra. Dikarenakan di negara yang

⁶⁸ Amin Husein, *Hukum Waris.....*, hlm. 10-12.

⁶⁹ Yan Pramudya Puspa, *Kamus Hukum*, (Semarang : CV . Aneka Ilmu, 2000), hlm. 320.

mayoritas agama Islam diantaranya Syiria serta Mesir dll, aturan hak waris bagi cucu garis perempuan ialah menggunakan wasiat wajibah. Para ulama itu berpendapat wasiat yang demikian -untuk cucu garis perempuan- adalah satu kewajiban yang tak boleh terabaikan. Lebih-lebih lagi kerabat yang tak punya hak waris. Seorang kakek yang tahu cucu-cucunya tak punya orang tua, wajib bagi ia berwasiat memberi sebagian harta pada cucunya.

Diterangkan di dalam Kompilasi Hukum Islam pasal 185 mengenai ahli waris pengganti bahwa ahli waris yang meninggal lebih dulu, maka anak dari ahli waris dapat menggantinya agar mendapat bagian dari pewaris, kecuali yang tercantum di dalam pasal 173⁷⁰. Singkatnya dapat dipahami jika cucu yang ditinggal mati lebih dulu oleh orang tuanya, berhak mengganti posisi orang tuanya agar mendapat bagian waris kakeknya. Ayat kedua dari pasal 185 KHI pun menjelaskan bahwa bagian yang diterima tak boleh lebih dari ahli waris sederajat. Karena tak ada pergantian kedudukan di dalam hukum waris Islam, hingga dengan diberlakukannya ahli waris pengganti ini bisa merubah serta mempengaruhi sistem waris Islam pada pembagiannya. Pengaruh itu membuat pihak yang sebelumnya tak masuk dalam ahli waris jadi berhak memperoleh sejumlah bagian.

⁷⁰ Seseorang terhalang menjadi ahli waris apabila dengan putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap, dihukum karena:

- a. Dipersalahkan telah membunuh atau mencoba membunuh atau menganiaya berat pewaris
- b. Dipersalahkan secara memfitnah telah mengajukan pengaduan bahwa pewaris telah melakukan suatu kejahatan yang diancam dengan hukum 5 tahun penjara atau hukuman yang berat.

Aturan perihal ahli waris pengganti sebenarnya tak seluruhnya berseberangan dengan hukum waris Islam. Sebagaimana diberlakukan di negara Pakistan melalui pergantian kedudukan ahli waris. Juga disana banyak mendapat pertentangan karna dianggap menyimpang dengan Alquran dan juga hadis. Yang mendukung adanya pergantian ahli waris itu berpendapat bahwa tak ada ayat Alquran serta hadis yang melarang cucu garis perempuan atas harta kakeknya. Terlebih lagi di Alquran diterangkan mengenai perlindungan kesejahteraan anak yatim serta harta benda mereka.⁷¹ Jadi dengan demikian dengan pergantian kedudukan ahli waris tak sepenuhnya menyimpang dengan aturan di dalam Alquran dan juga hadis, karena di dalam Alquran menganjurkan untuk melindungi kesejahteraan anak yatim.⁷²

Di Indonesia juga merumus ahli waris pengganti mungkin mengiyakan akan adanya perlindungan untuk anak yatim, hingga cucu pancar perempuan dapat mewaris harta kakeknya dengan bagian yang diperoleh orangtuanya. Tapi tak ada aturan yang lebih terang mengenai pergantian itu, sekilas banyak mengundang kegelisahan serta adanya multi tafsir akan bagian yang harusnya didapatkan. Meninjau cucu terhalang memperoleh hak waris disebabkan adanya saudara dari ayahnya, khususnya cucu dari anak perempuan. Di beberapa negara Islam contohnya Tunisia, Maroko, Syria dan Mesir memberlakukan wasiat wajibāh untuk

⁷¹ Yusuf al-Qaradhawy, *Kumpulan Ijtihad Komtemporer*, Jakarta : Firdaus, 1990, hlm. 214.

⁷² Taher Mahmood, *Family Law Reform*, hlm. 252.

cucu-cucu guna memberi ruang atas haknya mendapat harta waris dari kakeknya.

Dengan hadirnya pasal 185 Kompilasi Hukum Islam, maka cucu laki-laki dan perempuan dari anak perempuan berhak mendapat hak waris seperti cucu dari anak laki-laki. Hingga pasal 185 KHI bisa ditafsir bahwa cucu laki-laki dan perempuan atau keturunan dari garis laki-laki pewaris mendapat bagian *asābah* seperti orang tua mereka jika mereka sendirian. Apabila berkumpul di antara laki-laki dan perempuan, maka mereka bersama-sama berbagi 2:1. Sedangkan cucu laki-laki dan perempuan dari jalur perempuan mendapat saham seperti anak perempuan yakni $\frac{1}{2}$ bagian jika sendiri. Tapi bila berkumpul laki-laki dan perempuan, berbagi antara keduanya 2:1.

b. Metode Ijtihad Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Indonesia

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya dalam pembahasan konteks historis dan penerapan waris di Indonesia bahwa hukum waris di Indonesia tidak terlepas dari Hazairin, maka dari itu peneliti mencantumkan penjabaran Hazairin selaku orang yang mengkaji ulang mengenai konsep ahli waris pengganti yang ada dalam undang-undang tersebut.

Berdasar sistem waris bilateral yang dikembang oleh Hazairin, pembagian ahli waris ada tiga kelompok yakni:⁷³

⁷³ Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum Waris Islam Konsep Waris Bilateral Hazairin...*, hlm 82-83.

1). *Ẓawīl al-Furūd*

Ẓawīl al-Furūd adalah ahli waris yang mendapat bagian waris tertentu pada keadaan tertentu juga.

2). *Ẓawīl al-Qarābat*

Ẓawīl al-Qarābat ialah orang yang punya hubungan kerabat, yang mendapat bagian waris yang tak tertentu jumlahnya.

3). *Mawālī*

Mawālī merupakan mereka yang mewaris harta dikarenakan mengganti posisi orang tua mereka yang telah meninggal lebih dulu.

Dari ketiga macam ahli waris menurut Hazairin yang sudah disebutkan diatas, disini peneliti mau menjelaskan lanjutan tentang golongan ketiga saja yakni *mawālī*, dikarenakan berkaitan pada penelitian ini.

Dalam bukunya Hukum waris Bilateral Menurut Al-Qur'ān dan Ḥadīṣ Hazairin menulis yang dikehendaki dengan istilah *mawālī* ialah ahli waris dikarenakan penggantian, yakni orang yang jadi ahli waris disebabkan tak ada lagi penghubung antar mereka dengan pewaris.⁷⁴ Contoh, cucu jadi ahli waris dari kakek pada keadaan ayahnya sudah meninggal lebih dulu sebelum kakek. Istilah *mawālī* ini beliau istinbatkan habis berijtihad menggunakan surah An-Nisā'/4 : 33:

⁷⁴ Hazairin, *Hukum Waris Bilateral Menurut Al-Qur'ān dan ḥadīṣ*, (Jakarta: Tinta Mas, 1982), hlm. 32.



“Bagi tiap-tiap harta peninggalan dari harta yang ditinggalkan ibu bapak dan karib kerabat, Kami jadikan pewaris-pewarisnya. Dan (jika ada) orang-orang yang kamu telah bersumpah setia dengan mereka, Maka berilah kepada mereka bahagiannya. Sesungguhnya Allah menyaksikan segala sesuatu.” (Q.S. al-Nisa[4]: 33).⁷⁵

Namum Hazairin menerjemahkan dan memahami ayat ini tidak seperti ulama pada umumnya, beliau menerjemah ayat ini dengan “dan untuk setiap orang itu, aku Allah telah mengadakan *mawālī* bagi harta peninggalan ayah dan mak dan bagi harta peninggalan keluarga dekat, demikian juga harta peninggalan bagi tolan⁷⁶ seperjanjianmu, karena itu berikanlah bagian-bagian warisnya”⁷⁷

Selanjutnya ulasan Hazairin kenapa beliau mengartikan ayat seperti yang telah disebutkan diatas:

⁷⁵ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an Tajwid dan Terjemah* (Jakarta: Yayasan Penyelenggara Penerjemah/Penafsir Al-Qur'an Khairul Bayan, 2005), hlm. 83.

⁷⁶ Tolan perjanjian adalah seseorang yang tidak memiliki keluarga lagi, yang telah mengikat janji untuk meninggalkan sebagian atau segala harta bendanya sesudah matinya kepada seseorang, yang diwajibkannya mengurus kematiannya dan menyelesaikan utang-utangnya serta memeliharanya di hari tuanya.

⁷⁷ Hazairin, *Hukum Waris Bilateral Menurut Al-Qur'an dan ḥadīṣ...*, hlm 27.

Naṣibahum saya terjemahkan sebagai bagian waris, yaitu sesuatu bagian dari harta peninggalan, berdasarkan pemakaian kata *naṣib* itu di dalam ayat waris lainnya, yaitu dalam al-Qur’ān IV: 7, selain hubungannya sendiri dalam ayat 33 itu dengan “*mimma taraka*” dan sebagainya. Didalam ayat 33 itu, jelas bahwa *nashib* itu disuruh berikan kepada *mawālī* itu dan bukan orang yang tersimpul dalam *likullin*, sehingga *mawālī* itu adalah ahli waris. Untuk menangkap maksud ayat 33 itu, coba kita isi *likullin* dengan *li fulanin*, dan *ja’alna* diganti dengan *ja’alallahu*, sedangkan urusan perjanjian itu untuk gampangnya ditinggalkan saja, maka bunyi ayat itu menjadi “*wa li fulanin ja’alallahu mawālīya mimma tarakal al-wālidān wal al-aqrabūn, fa ātuhum Naṣibahum*.”

Disini si-pewaris ialah ayah atau mak atau seseorang dari al-aqrabūn, jika ayah atau mak yang mati maka istilah-istilah itu mempunyai timbalan berupa anak, anak yang mati maupun anak yang menjadi ahli waris karena masih hidup. Jika tidak ada anak-anak, baik anak-anak yang mati terlebih dahulu maupun anak-anak yang masih hidup pada saat matinya si pewaris. Maka si-pewaris itu bukan ayah atau mak tetapi seseorang dari pada *al-aqrabūn*. Kepada anak-anak yang hidup telah pasti mesti diberikan *naṣibnya* sebagai ahli waris menurut IV: 11 a, b, c, tetapi disamping *nashib* kepada *mawālī* yang diadakan Allah bagi si Fulan, dengan lain perkataan *mawālī* si Fulan ikut serta sebagai ahli waris bagi ayah atau mak dan bukan si Fulan sendiri. Apa hubungan antara si Fulan dengan ayah atau mak yang mati itu, sehingga *mawālī* bagi si Fulan ikut pula menjadi ahli waris bagi mak atau ayah itu sedangkan si Fulan sendiri tidak ikut menjadi ahli waris?. Berdasarkan prinsip umum bahwa al-Qur’ān meletakkan hubungan waris atas dasar pertalian darah antara si-mati dengan anggota keluarganya yang masih hidup, maka si fulan itu hanya dapat saya fikirkan sebagai anggota keluarga yang telah mati terlebih dahulu dari si-pewaris, sedangkan *mawālī* si Fulan itu sebagai ahli waris bagi ayah atau mak itu hanya dapat saya fikirkan sebagai keturunan yang bukan anak bagi ayah atau mak itu. Hubungan antara si Fulan dan *mawālīnya*, dalam hal mak atau ayah sebagai pewaris hanya dapat dipikirkan ketiga jurusan, yaitu *mawālīnya* itu mungkin sebagai seorang dari *wālidānya*, dalam hal mana si Fulan itu sendiri adalah pula keturunan bagi ayah atau mak itu; ataupun mungkin *awladnya*, atau lebih jauh *al-aqrabūn* nya, dalam hal mana si Fulan sendiri adalah juga keturunan bagi ayah atau mak itu. Menurut jalan pikiran itu maka si Fulan itu, dalam hubungan ayah atau mak sebagai pewaris, termasuk keturunan bagi ayah atau mak itu, tetapi bukan anak bagi ayah atau mak itu, sehingga si Fulan itu adalah anak bagi ayah atau mak itu, tetapi anak yang telah mati terlebih dahulu. Maka hubungan si Fulan dan *mawālīnya*

itu adalah hubungan sipewaris dengan keturunannya melalui mendiang si Fulan itu.

Jika tidak ada ketentuan Al-Qur'ān mengenai *mawālī* dalam IV: 33 a itu, maka bilamana seseorang pewaris hanya meninggalkan keturunan yang bukan *walad* bagi dia, karena keturunan itu adalah cucu atau piut bagi sipewaris, maka akan berlaku atas harta peninggalan itu IV: 11 e,f ; IV: 12 f, g dan IV: 176, sehingga cucu-cucu dan piut-piut akan tersingkir dari waris dan akan dipandang sebagai ulu'lqurba (kerabat) saja.⁷⁸

Mengulang penjelasan Hazairin diatas, sesudah *muḍāf ilaih* lafal

kullun yang terdapat di dalam ayat diḏāhirkkan, maka bunyinya:

ولفان جعل الله موالى مما ترك الوالدان والاقربون والذين عقدت ايمانكم فاتوهم

نصيبتهم

Terjemahan bebas teks ini menurut beliau adalah: Allah mengadakan *mawālī* untuk si Fulan dari harta peninggalan orang tua dan keluarga dekat (serta allazina ‘aqadat aymanukum) maka berikanlah kepada *mawālī* itu (hak yang menjadi) bagiannya.⁷⁹

Fulan dianggap ahli waris, dikarenakan diiring kata *al-wālidān* dan *al-aqrabūn* yang jadi pewaris. Cuma Fulan itu punya *mawālī* yang berhak jua atas waris. Di keadaan itu yang jadi pewaris ialah orang tua (ayah atau ibu) maka menurut Hazairin, ahli waris ialah anak dan atau *mawālī* itu anak. Jika anak itu dinyatakan masih hidup, maka mereka yang mengambil waris berdasar surat an-Nisā’’ ayat 11. Sedang di dalam ayat 33 tersebut, ada *mawālī* dari anak yang dapat jadi ahli waris. *Mawālī* disini cuma mungkin dipikir sebagai keturunan dari anak yang telah meninggal lebih dulu. Begitu dibilang, karena dengan disebut nama ayah atau ibu maka

⁷⁸ Hazairin, *Hukum Waris Bilateral Menurut Al-Qur’ān dan ḥadīṣ...*, hlm 27-29.

⁷⁹ *Ibid*, hlm 30.

secara otomatis yang menjadi ahli waris adalah anak. Tak ada kemungkinan lainnya dari mengartikan *mawālī* menggunakan keturunan dari anak yang telah meninggal lebih dulu, dikarenakan di dalam keadaan tersebut kedudukan ayah sebagai pewaris tak akan bisa tertukar. Ini lebih diperkuat karena Allah SWT di dalam ayat ini memakai kata *ja'ala* yang satu makna dengan *khalaqa* guna menetapkan *mawālī*, yakni membuat dari yang tak ada jadi ada. Dalam hal waris, kata penciptaan itu cuma dapat dibayangkan melalui kelahiran, hingga ada hubungan antar pihak yang dianggap sebagai *mawālī* dengan orang yang jadi ahli waris itu.⁸⁰

Dilihat susunan kalimat yang dipakai mayoritas ulama Tafsir, kata *likullin* jadi tempat kembalinya *damīr* (*fā'il*) kata *taraka*, sedang kata *al-wālidān* dan *al-aqrabūn* adalah *khobar* dari *mubtada'* *maḥẓuf*⁸¹ yang jadi *bayān* (penjelasan) untuk kata *mawālī*. Pada struktur ini, ayat itu terdiri atas dua kalimat. Kata *mawālī* akan tertafsir dengan ahli waris yang isinya orang tua (*wālidān*) dan keluarga dekat (*al-aqrabūn*) juga *allaẓīna 'aqadat aimānukum*. Sejumlah yang lain meanggap *māl* menjadi *muḍāf ilaih* dari kata *kullin* dan meanggap *wālidān* dan seterusnya sebagai *fā'il* dari kata *taraka*. Dilihat struktur ini, ayat tersebut cuma terdiri atas satu kalimat, dan *mawālī* diterjemahkan menjadi ahli waris biasa. Dengan

⁸⁰ Al Yasa Abubakar, *Ahli Waris Sepertalian Darah: Kajian Perbandingan Terhadap Penalaran Hazairin dan Penalaran Fikih Mazhab*, (Jakarta: INIS, 1998), hlm. 56.

⁸¹ Maksudnya adalah ada kalimat yang ditaqdirkan seolah-olah ada suatu pertanyaan yang mendahului dan mempertanyakan makna daripada *mawālī* sehingga taqdirnya من هم sehingga jawabnya adalah هم الوالدان والاقربون. Jadi, *mubtada'* yang di-*maḥẓuf*-kan taqdirnya adalah هم yang kembali *damirnya* kepada *mawālī*.

begitu pada kedua struktur ini tak ada ahli waris dikarenakan penggantian.⁸²

Tapi Hazairin lebih memilih susunan kalimat yang lain dengan menjadikannya cuma satu kalimat. *Fā'il* kata *taraka* ialah *al-wālidān*, *al-aqrabūn* dan *allażīna 'aqadat aimānukum*. Ketiga kelompok ini jadi pewaris, sedang yang jadi ahli waris ialah *likullin* (jika ada).

Sedang *mawālī* ialah satu kelompok yang lain, yang tergantung pada *likullin*, di dalam struktur Hazairin lafal *likullin* yang terdapat di awal ayat di-*idāfat*-kan pada kata *insān* (ahli waris) kata *mawālī* juga diisi dengan ahli waris. Dengan begitu ada dua kata yang menunjuk pada ahli waris, Hazairin menafsir kata yang pertama menjadi ahli waris biasa (utama) serta lafal kedua menjadi ahli waris pengganti serta cuma dikarenakan (mengganti) *likullin* mereka jadi ahli waris. Dengan begitu, ayat ini jadi dalil untuk keadaan ahli waris dikarenakan penggantian.⁸³

Pendapat Hazairin tersebut sama dengan fatwa Zaid yang diriwayatkan oleh Bukhārī di dalam kitabnya dalam bab “bagian waris untuk cucu bila tak ada anak laki-laki, fatwanya tersebut bunyinya:

⁸² Al Yasa Abubakar, *Ahli Waris Sepertalian Darah: Kajian Perbandingan Terhadap Penalaran Hazairin dan Penalaran Fikih Mazhab...*, hlm. 57.

⁸³ Al Yasa Abubakar, *Ahli Waris Sepertalian Darah: Kajian Perbandingan Terhadap Penalaran Hazairin dan Penalaran Fikih Mazhab...*, hlm. 57-58.

وقال زيد: ولد الابناء بمنزلة الولد اذا لم يكن دونهم ولد ذكر، ذكرهم
 كذكرهم وانثاهم كانتاهم، يرثون كما يرثون، ويحجبون كما يحجبون، ولا
 يرث ولد الابن مع الابن (رواه البخاري)

Zaid mengatakan, “anak laki-laki dari anak laki-laki setingkat dengan anak laki-laki bila tidak ada anak laki-laki. Cucu laki-laki sama dengan anak laki-laki, cucu perempuan sama dengan anak perempuan. Mereka mewarisi sama seperti anak dan menghibab sebagaimana anakanak menghibab. Cucu tidak berhak mewarisi bersama-sama dengan anak laki-laki”(HR. Bukhārī).⁸⁴

Pendapat beliau ini pun sefrekuensi dengan pasal 185 ayat (1) dan

(2) Kompilasi Hukum Islam yang bunyinya:

(1) Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada sipewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam Pasal 173.

(2) Bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.

Dari uraian penerangan sebelumnya mendapat kesimpulan bahwa Hazairin di dalam mengartikan makna dari lafal *mawālī* di dalam surah an-Nisā’ ayat 33, beliau memakai metode *istinbāt al-lughawī* atau *bayānī* yakni metode *istinbāt* yang berpijak pada kaidah bahasa.

2. Konsep Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Tunisia

a. Konsep Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Tunisia

Jadi pada dasarnya hukum wasiat bagi *jumhūr fuqahā* ialah sunnah.

Hal ini karena ada sejumlah qarīnah antara lain: *pertama*, ayat-ayat

⁸⁴ Muhammad Nashruddin Al-Albani, *Ringkasan Sahih Bukhari*, Jilid IV, (terj: Amir Hamzah Facrudin & Hanif Yahya), (Jakarta: Pusaka Azaam, 2007), hlm 339.

mengenai waris telah memberi hak (saham) tertentu pada orang tua dan kerabat lain, yakni hak waris. *Kedua*, ada hadis yang menyebutkan tak boleh berwasiat pada ahli waris. *Ketiga*, nyatanya sejarah Rasulullah saw dan mayoritas sahabat tak berwasiat pada anggota keluarganya.⁸⁵

Meskipun demikian, sejumlah *fuqahā* sebagaimana Ibnu Hazm, dan juga al-Thabari punya pendapat bahwa wasiat jadi wajib supaya kerabat yang tak dapat waris karena ada penghalang atau di dalam istilah fiqihnya *mahjub* karena ada orang yang dekat dengan yang mewaris, atau juga dikarenakan berbeda agama hingga ia tak berhak dapat waris. Orang yang seperti ini menurut sejumlah *fuqaha*, wajib diberi wasiat, namanya dengan *wasiat wajibah*. Jika si pewaris tak berwasiat apapun bagi orang-orang yang memiliki kondisi tersebut sebelumnya, maka ahli waris wajib mengambil sejumlah harta si pewaris supaya diberi pada kerabat dekat tapi tak jadi ahli waris.⁸⁶

Di tahun 1946, aturan tentang *wasiat wajibah* sudah diperkenalkan UU waris di Mesir dalam bentuk aturan wajib memberi wasiat pada cucu yang yatim dari si pewaris. UU ini lalu diikuti oleh Tunisia. Aturan ini merujuk pada pendapat sejumlah ulama yang telah dijabarkan di atas mengenai *wasiat wājibah*. Dalam undang-undang tertulis aturan bahwa wasiat wajibah cuma untuk bagi cucu jalur perempuan dari generasi pertama saja, baik itu laki-laki ataupun perempuan, dengan catatan bahwa

⁸⁵ Al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa adillatuhu*, jilid 10, 7564.

⁸⁶ *Ibid.*

bagian cucu laki-laki dapat dua kali dari bagian cucu perempuan. Artinya bagian cucu ini sebagaimana bagian anak laki-laki atau perempuan yakni bapak atau ibu mereka yang sudah meninggal lebih dulu.⁸⁷

Teks asli undang-undang Mesir Mesir nomor 71 tahun 1946 tentang *al-waṣiyyat al-wājibah*, (wasiat wajib) yang ada dalam pasal 76-77 sebagai berikut:⁸⁸

Pasal 76:

Apabila orang yang mati tidak membuat wasiat kepada keturunan anaknya (cucu) yang mana anaknya telah meninggal sewaktu dia masih hidup atau telah meninggal bersama cucu walaupun meninggalnya itu ditetapkan menurut hukum tidak memberi wasiat sebesar warisan yang diterima anaknya dari harta pusaka orang tersebut, maka wajiblah cucu menerima wasiat sebesar warisan orang tuanya yang telah meninggal. Tidak boleh lebih dari sepertiga warisan pusaka dengan syarat cucu bukan ahli waris dan si mati belum memberi cucu tanpa gantian dengan cara pemberian lain sebesar wasiat yang wajib, bila yang diberikan itu sedikit hendaknya ia berwasiat sebesar yang boleh melengkapi jumlah harta wasiat itu.

Wasiat demikian menjadi itu dimiliki orang tingkat pertama dari kelompok anak lelaki dari anak perempuan dan dari anak lelaki dari kelompok lelaki dari anak lelaki dan terus sampai kebawah, dengan ketentuan *asal* (bapa) menutupi *far*'nya (anaknya) bukan ditutupi oleh *far*' lainnya dan hendaknya setiap bapa kepada anaknya walau sampai turun ke bawah seperti pembagian harta pusaka, sebagaimana juga kalau ayah dan ayah lainnya yang ke arah si mati telah meninggal semuanya, dan meninggalnya ayah-ayah tersebut berurutan seperti urutan tingkat yang menerima wasiat.

Pasal 77:

Apabila si mati memberikan wasiat kepada yang wajib diberikan, lebih banyak dari bagiannya, berarti bagian itu adalah wasiat *ikhtiar* (sunnah) dan kalau memberi wasiat kepadanya lebih sedikit daripada bagiannya, maka wajiblah untuk dilengkapi wasiat tersebut.

⁸⁷ Zudi Rahmanto, "Hukum Keluarga Islam Di Republik Tunisia" Dalam Atho' Mudzhar Dan Khairuddin Nasution (Ed.) Hukum Keluarga Di Dunia Modern; *Studi Perbandingan Dan keberanjakan UU Modern Dari Kitab-Kitab Fikih* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 93.

⁸⁸ Yūsuf al-Qarāḍawī, *Ijtihād dalam Syaria'at Islam Beberapa Pandangan Analisis Tentang Ijtihād Semasa...*, hlm 185

Yang kemudian diadopsi oleh MAS negara Tunisia tahun 1946 tentang *alwasiyyat al-wajibah* (wasiat wajib) yang ada dalam pasal 191-192 sebagai berikut:

Pasal 191

Orang yang wafat dan memiliki cucu-cucu dari anak laki-laki baik cucu laki maupun perempuan yang telah meninggal ayah atau ibunya sebelumnya atau bersamaan, maka wajib diberikan wasiat untuk anak-anak mereka dengan bagian apa yang diwarisi oleh ayah atau ibu tanpa melebihi sepertiga harta peninggalan.

Cucu-cucu ini tidak berhak mendapat wasiat yang telah disebutkan :

- 1) Apabila mereka mewarisi dari kakek atau nenek dari jalur ayahnya.
- 2) Apabila kakek atau nenek berwasiat kepada mereka ketika masih hidup atau memberikan kepada mereka tanpa pengganti untuk wasiat wajibah. Maka jika kakek berwasiat kepada mereka dengan lebih sedikit maka wajib menyempurnakan yang kurang dan jika berwasiat dengan lebih banyak maka dikurangi atas bagian lebihnya.

Wasiat wajibah didahulukan atas wasiat sukarela (opsional) dan wasiat opsional atau wasiat opsional yang lain itu sama dan jika bersaing maka dibagi atas proporsionalitas.

Pasal 192

Wasiat ini (wasiat wajibah) tidak diberikan kecuali untuk generasi pertama dari cucu-cucu baik laki-laki maupun perempuan, dan laki-laki seperti bagian dua orang perempuan.

Akan tetapi di dalam UU Tunisia pasal 191 diterangkan bahwa cucu ini tak mendapat wasiat wajibah apabila: *Pertama*, mereka mendapat waris dari kakek atau nenek melalui jalur ayahnya. *Kedua*, kakek/nenek sudah berwasiat ketika mereka masih hidup kepada cucu-cucu itu, atau kakek/nenek sudah memberi harta yaitu dengan ukuran sebesar wasiat wajibah. Aturan ini sesuai dengan maqashid hukum Islam di mana di dalam kondisi cucu ini sedang membutuhkan, namun ia tak mendapat

waris dari kakeknya yang sudah wafat karena adanya paman/bibinya yang adalah saudara-saudari dari ayahnya yang sudah meninggal. Sementara paman/bibi mendapat warisan, akan tetapi si cucu tak mendapat waris hanya karena dalam kondisi seperti ini tentunya dalam rangka mewujudkan keadilan yang mana ialah salah satu prinsip Islam.⁸⁹

b. Metode Ijtihad Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Tunisia

Adapun metode ijtihad yang digunakan dalam penetapan hukum waris cucu pancar perempuan untuk negara Tunisia bahwa telah disebutkan sebelumnya bahwa undang-undang Tunisia dalam masalah cucu pancar perempuan merupakan hasil adopsi dari undang-undang negara Mesir Qanun nomor 71 tahun 1946 tentang al-Wasiyyat al-Wajibah, lalu peneliti mencantumkan penjabaran dari Yusuf al-Qaradawi selaku orang yang mengkaji ulang konsep wasiat wājibah yang ada dalam undang-undang tersebut.

Menurut Yūsuf al-Qarāḍawī ada tiga cara metode *ijtihād* yang pas jika dihubungkan dengan masa sekarang ini antara lain:⁹⁰

1). *Ijtihād Intiqā'i*

Maksudnya ialah *ijtihād* guna memilih salah satu pendapat yang paling kuat antara pendapat-pendapat yang terdapat di dalam pusaka ilmu

⁸⁹ Zudi Rahmanto, "Hukum Keluarga Islam Di Republik Tunisia" Dalam Atho' Mudzhar Dan Khairuddin Nasution (Ed.) Hukum Keluarga Di Dunia Modern; *Studi Perbandingan Dan keberanjakan UU Modern Dari Kitab-Kitab Fikih* (Jakarta: Ciputat Press, 2003), 93. Al-Zuhaili, *al-Fiqh al-Islami wa adillatuhu*, jilid 10, 7564. Lihat *Majallat al-Ahwal al-Syakhsyiyah fi Jumhuriyyat al-Tunisiyyah*, al-Fasl 191.

⁹⁰ Yūsuf al-Qarāḍawī, *Ijtihād dalam Syari'at Islam Beberapa Pandangan Analisis Tentang Ijtihād Semasa*, Cet-1 (Malaysia: Crescent News (KL) Sdn Bhd, 2002), hlm 161-183.

Fiqh, yang dipenuhi dengan fatwa atau putusan hukum. *Ijtihād* ini melakukan kajian atau penelitian komparatif (perbandingan) antara pendapat itu serta kita meneliti kembali dalil yang jadi rujukan pendapat itu, yang akhirnya bisa disimpulkan bahwa pendapat yang kuat itu didukung dengan dalil yang kuat jua.

2). *Ijtihād Insyā'i* (*Ijtihād Kreatif*)

Yakni merupakan mengambil simpulan hukum terbaru di dalam suatu persoalan, yang mana persoalan itu belum pernah dirumuskan oleh ulama yang dahulu, baik persoalan baru ataupun lama. Kata lainnya, *ijtihād insya'i* ini boleh melingkup sebagian masalah terdahulu yakni dengan cara mujtahid sekarang mempunyai pendapat yang baru yang mana belum pernah dijumpai dari ulama salaf.

3). *Ijtihād* gabungan antara *Ijtihād Intiqā'i* dan *Insyā'i*

Ijtihād gabungan antara *Ijtihād Intiqā'i* dan *Insyā'i* ialah *ijtihād* menggunakan cara milih pendapat ulama dulu yang dilihat paling sesuai serta paling kuat, lalu menambah dalam pendapat itu unsur *ijtihād* yang baru.

Dalam permasalahan cucu yang terhijab dalam perwarisan, Yūsuf al-Qarāḍawī mengemukakan bahwa ditinjau melalui ilmu waris, yakni seorang cucu tak mendapat waris dari harta kakeknya jika pamannya masih hidup. Aturan ini disebabkan pembagian waris ditentukan oleh suatu kaidah, yakni ahli waris yang dekat derajatnya dengan si pewaris meng-*hijāb* ahli waris yang jauh derajatnya. Pada kasus ini anak-anak si

pewaris mewaris harta si pewaris tersebut, sedang cucu si pewaris tak mendapat waris, dikarenakan anak-anak si pewaris tersebut derajatnya (hubungannya) dengan si mayit itu lebih dekat (satu derajat kepada si pewaris), sedang cucu memiliki jarak dua derajat, ataupun hubungan mereka kepada si pewaris memakai perantara (yaitu ayah mereka yang sudah meninggal lebih dulu). Dengan begitu cucu tak mendapat waris dari harta kakeknya karena ter-*hijāb* oleh pamannya.⁹¹

Lantas apakah berarti hal tersebut si cucu yang orang tuanya sudah meninggal dunia lebih dulu tak mendapat bagian apapun dari harta kakeknya? Disini *syara'* memberi solusi dengan tiga jalan.

1). Kakek mesti berwasiat akan sebagian hartanya itu untuk diberikan kepada cucunya. Wasiat ini adalah kewajiban (*farḍū*) yang harus dilakukan menurut sebahagian ulama *salaf*. Mereka punya pendapat, wajib untuk seseorang berwasiat kepada sebagian kerabatnya juga untuk kebaikan, terlebih lagi jika kerabat itu dekat dan tak punya hak waris. Jadi pada hal ini yang diberi wasiat tersebut syaratnya bukan ahli waris. Nabi saw. Bersabda:

ان الله اعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث (رواه احمد وابو داود
والترمذي وابن ماجه)

“Sesungguhnya Allah telah memberikan hak kepada tiap-tiap orang yang punya hak, maka tidak ada wasiat bagi ahli waris”. (HR. Ahmad, Abū Daūd, Turmizī, Dan Ibn Mājah Dari Abī Umāmah).

⁹¹ Yūsuf al-Qarāḍawī, *Fatwa-Fatwa Kontemporer*, Jilid 1, (terj, As'ad Yasin), (Jakarta: Gema Insani Press, 1995), hlm. 638.

Pada ketika Allah saw menurunkan ayat wasiat (al-Baqarah: 180), ahli waris tak termasuk sebagai orang yang boleh mendapatkan wasiat. Sungguh wasiat itu cuma untuk selain ahli waris, sebagaimana cucu yang terhijab. Untuk hal ini wasiat wajib hukumnya, seperti yang telah disebutkan di dalam Al-Qur’ān sesuai *ẓāhir* firman Allah swt:



“Diwajibkan atas kamu, apabila seorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, Berwasiat untuk ibu-bapak dan karib kerabatnya secara ma'ruf, (ini adalah) kewajiban atas orang-orang yang bertakwa”. (Q.S. al-Baqarah[2] : 180)⁹²

Lafal “*kutiba*” (diwajibkan) ini merujuk hukum *farḍhu* (wajib) bahkan memperkuat kewajiban. Oleh karena hal itu, sebahagian ulama salaf punya pendapat bahwa wasiat seperti hal ini wajib hukumnya, serta sebagian lagi berpendapat sunnah serta amat disukai, bukan wajib. Adapun Yūsuf al-Qarāḍawī menggunakan pendapat yang merujuk kepada *ẓāhir* ayat, karena ayat ini mungkin untuk dipahami dari *ẓāhirnya*.⁹³

⁹² Departemen Agama RI, *Al-Qur'an Tajwid dan Terjemah* (Jakarta: Yayasan Penyelenggara Penerjemah/Penafsir Al-Qur'an Khairul Bayan, 2005), hlm. 27.

⁹³ Yūsuf al-Qarāḍawī, *Fatwa-Fatwa Kontemporer Jiid 2...*, hlm 640.

Dalam pemahaman ini wajib bagi kakek berwasiat kepada cucu-cucunya tersebut, dikarenakan mereka merupakan putra-putra anaknya juga sebagai kerabat yang dekat. Wasiat tak boleh lebih dari sepertiga harta, dikarenakan wasiat di dalam Islam tak boleh lebih sepertiga, Nabi saw pernah bersabda pada Sa'ad bin Abī Waqāṣ sewaktu ia bertanya pada beliau tentang harta diwasiatkan, lalu beliau menjawab:

الثالث، والثالث كثير (متفق عليه)

“Sepertiga, dan sepertiga itu pun sudah banyak”. (HR. Mutafaq‘alaih dari hadīṣ Sa’ad bin Abī Waqāṣ).⁹⁴

Pendapat Yūsuf al-Qarāḍawī sebelumnya mengikuti serta menguatkan pendapat yang tercantum dalam MAS negara Tunisia tahun 1946 tentang *alwaṣiyyat al-wājibah* (wasiat wajib) yang ada dalam pasal 191-192 seperti yang telah ditunjukkan sebelumnya di atas.⁹⁵

Jika memperhatikan materi undang-undang itu dapat kita pahami bahwa undang-undang itu berlandas pada mazhab ulama salaf mengenai wajibnya wasiat pada kerabat yang tak berhak mendapat waris. Pendapat di atas dipilih serta dikuatkan oleh Ibnu Hazm di dalam kitabnya, Ibnu Hazm berpendapat, “Wasiat itu wajib bagi orang yang meninggalkan harta yang banyak”. Lalu beliau juga berkata: siapa yang telah meninggal dan belum berwasiat, maka kami wajibkan mengeluarkan sedekah dari kekayaannya dan ini merupakan kewajiban. Dikarenakan wasiat tersebut

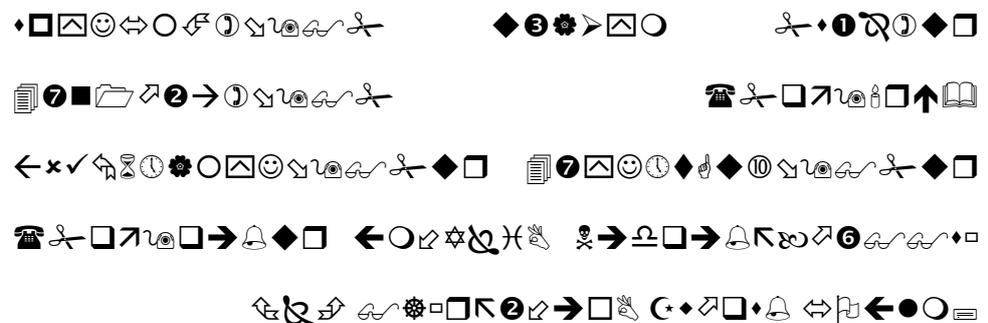
⁹⁴ *Ibid.*, hlm 641.

⁹⁵ Yūsuf al-Qarāḍawī, *Ijtihād dalam Syaria’at Islam Beberapa Pandangan Analisis Tentang Ijtihād Semasa...*, hlm 185

wajib maka benar jika diwajibkan memberikan sebagian hartanya sesudah meninggal. Jika demikian artinya gugurlah hak milik dari kekayaan yang wajib diberikannya itu.

Kita memperhatikan bahwa ulama salaf dan juga dzāhiriah mewajibkan wasiat secara umum tak memberi batasan kadar yang diwajibkan serta kepada siapa dari kerabat yang wajib diberikan wasiat. Akan tetapi undang-undang itu mengandung unsur *ijtihad* baru pada mengukur kadar wajib wasiat serta menetapkan orang-orang yang boleh menerima wasiat yakni anak lelaki dari lelaki kebawah urutan pertama dari anak lelaki dari anak perempuan dengan terperinci.

2). Paman-paman ketika sedang membagikan harta ayah mereka hendaknya memberi sebagian harta peninggalan tersebut pada anak-anak saudara. Hal ini telah di ada di dalam Alquran surat An-Nisā/4 : 8:



“Dan apabila sewaktu pembagian itu hadir kerabat, anak yatim dan orang miskin, Maka berilah mereka dari harta itu (sekedarnya) dan ucapkanlah kepada mereka Perkataan yang baik”. (Q.S. al-Nisa[4]: 8)⁹⁶

Di dalam ayat itu lafal *ulul qurba* (kerabat) didahulukan urutannya dikarena mereka lebih patut. Oleh karena itu, bagaimana iktikad para

⁹⁶ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an Tajwid dan Terjemah* (Jakarta: Yayasan Penyelenggara Penerjemah/Penafsir Al-Qur'an Khairul Bayan, 2005), hlm. 78.

paman, tentang anak-anak saudaranya yang yatim yang mana orang tuanya adalah saudara kandung mereka. Wajib para paman memberikan pada mereka sebagian harta sesuai kesepakatan yang kiranya bisa mencukupi kebutuhan anak-anak itu.

3). Dalam memecahkan persoalan ini *syara'* juga menetapkan solusi lain, yakni: peraturan nafkah di dalam Islam. Islam menghukumi wajib orang yang mempunyai kelapangan (mampu) memberi nafkah pada orang dalam kesulitan, terkhusus jika antara mereka punya hak saling mewaris.⁹⁷

Dari pembicaraan di atas bisa mendapat kesimpulan bahwa dalam mengistinbat hukum tentang cucu yang terhijab dalam perwarisan Yūsuf al-Qarāḍawī memakai metode *istinbāt* gabungan *ijtihād intiqā'i* (selektif) dan *ijtihād insyā'i* (kreatif) yang adalah metode yang beliau sarankan untuk *ijtihād* di masa sekarang, pendapat beliau ini adalah pendapat yang sebelumnya sudah ada dalam MAS negara Tunisia tahun 1946 tentang *waṣiyyat al-wājibah* serta merupakan pendapat yang sudah ada dalam kita Mazhab *Fiqh* dahulu. Akan tetapi jika dianalisa secara mendalam semua pendapat Yūsuf al-Qarāḍawī di atas ialah upaya demi menjaga maslahat cucu dari anak lelaki juga perempuan yang ayah atau ibunya telah meninggal lebih dulu. Supaya mereka terjaga jiwa serta keberlangsungan hidupnya. Jadi selain metode *istinbāt* gabungan *ijtihād intiqā'i* (selektif) dan *ijtihād insyā'i* (kreatif), Yūsuf al-Qarāḍawī juga menggunakan metode *istiṣlāḥīyyah* di dalam fatwanya itu.

⁹⁷ Yūsuf al-Qarāḍawī, *Fatwa-Fatwa Kontemporer Jiiid 2...*, hlm 642.

Jika lebih dicermati dari pendapat Hazairin dan juga Yūsuf al-Qarāḍawī sebelumnya tentang hak cucu atas waris kakek ketika orang tuanya meninggal lebih dulu, hal esensial (pokok) terjadinya berbeda pendapat itu karena pandangan keduanya pada kedudukan cucu itu. Hazairin menganggap cucu tersebut merupakan ahli waris dalam hal ini ialah ahli waris dikarenakan penggantian seperti yang sudah dijelaskan sebelumnya jadi dia bisa mengganti kedudukan orang tuanya menjadi ahli waris dari kakeknya dan mendapat bagian sebesar bagian diperoleh oleh orang tuanya jika masih hidup. Sedang Yūsuf al-Qarāḍawī berpendapat cucu bukan ahli waris dari kakek jika orang tuanya telah meninggal lebih dulu, cucu disini kedudukannya ialah cuma sebagai kerabat yang punya hubungan darah tapi tak memiliki hak mewaris atau disebut *Ẓawī al-arḥām*. Oleh karenanya cucu bisa mendapat bagian dari waris kakeknya melalui *al-waṣīyyat al-wājibah* serta besarannya tak boleh lebih sepertiga.

B. Analisis Komparatif Konsep Hukum Waris Cucu pancar perempuan di Indonesia dan Tunisia

MAS Secara jelas menyatakan bahwa seorang cucu tidak mendapatkan warisan dari harta peninggalan kakeknya selama pamannya masih hidup. Ketentuan ini disebabkan pembagian warisan ditetapkan pada kaidah tertentu, yaitu yang lebih dekat derajatnya dengan si mayit meng-*hijāb* orang yang lebih jauh derajatnya. Dalam kasus ini anak-anak si mayit mewarisi harta peninggalan si mayit itu, sedangkan cucu si mayit tidak mendapatkan warisan, karena anak-

anak si mayit itu derajatnya (hubungannya) dengan si mayit lebih dekat (satu derajat dengan si mayit), sedangkan cucu jaraknya dua derajat, atau hubungan mereka dengan si mayit menggunakan perantara (yakni ayah mereka yang telah meninggal terlebih dahulu). Dengan demikian cucu tidak mendapatkan warisan dari harta peninggalan kakeknya dikarenakan ter-*hijāb* oleh pamannya.

Tetapi MAS memberikan alternatif solusi lain yakni dengan wajibnya kakeknya mewasiatkan sebagian hartanya untuk ahli waris yang tidak mendapatkan warisan dalam hal ini adalah cucunya tersebut dengan syarat bagiannya tidak lebih dari sepertiga harta warisan.

Berbanding terbalik dengan KHI yang menyatakan cucu berhak mendapatkan warisan dengan menggunakan pergantian kedudukan ahli waris yang mana dia dapat menggantikan kedudukan orang tuanya sebagai ahli waris dari kakeknya dan mendapatkan bagian sebesar bagian yang seharusnya didapatkan oleh orang tuanya seandainya masih hidup.

Walaupun begitu tetap terikat dengan syarat tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti.

Setelah menelusuri pendapat atau pandangan dari masing-masing negara, penulis mencoba untuk menganalisis kedua pendapat tersebut dan menentukan persamaan dan perbedaan kedua pendapat tersebut. Untuk itu penulis jelaskan perbandingannya dalam bentuk tabel sebagai berikut:

KHI Negara Indonesia	MAS Negara Tunisia
Sumber hukum di negara Indonesia dan Tunisia memiliki kesamaan yaitu adanya pembaruan dan kodifikasi hukum yang ada di dua negara tersebut.	
Sumber hukum di negara Indonesia dan Tunisia sama-sama memberikan solusi untuk permasalahan cucu pancar perempuan yang tidak mendapatkan warisan dari kakeknya ketika orang tuanya meninggal terlebih dahulu.	
Berbedanya dalil yang digunakan dalam memberikan solusi untuk permasalahan waris cucu pancar perempuan, KHI menggunakan: -an-Nisa ayat 33. -Hadis riwayat zaid mengenai hak waris cucu.	MAS menggunakan dalil: -al-Baqarah ayat 180. -Hadis riwayat Ahmad, Abu Daud, Turmudzi, dan Ibnu Majah dari Abi Umamah mengenai “tidak ada wasiat bagi ahli waris. -Hadis Sa’ad Bin Abi Waqas mengenai “wasiat itu sepertiga”.
Metode istinbat yang digunakan juga berbeda, KHI menggunakan Metode Bayani.	Sedang MAS menggunakan metode gabungan antara ijihad intiqa’i dengan ijihad insya’i dan metode istislahiyyah.
Pendapat mengenai hak waris cucu pancar perempuan, menurut KHI cucu mendapatkan hak warisan dari kakeknya karena dia menggantikan kedudukan orang tuanya, dengan bagian sebagaimana yang mestinya	Sedangkan menurut MAS cucu tidak mendapatkan warisan dari kakeknya dikarenakan terhalang oleh anak kakek (pamannya). Dia hanya dapat bagian melalui wasiat al-wajibah dengan bagian tidak melebihi sepertiga.

didapatkan oleh orang tuanya seandainya masih hidup.	
---------------------------------------------------------	--

Adapun menurut peneliti mengenai relevansi hukum waris cucu pancar perempuan di Indonesia yang paling cocok dan relevan untuk diterapkan di Indonesia adalah konsep ahli waris pengganti yang ada KHI, namun ada beberapa aturan di KHI yang perlu di perbarui yakni rumusan pasal 185 ayat (1) yang menggunakan kalimat “dapat digantikan” memunculkan ketidakpastian tampilnya ahli waris pengganti. Kata “dapat” mengandung pengertian yang bersifat fakultatif (tidak wajib) atau tentatif (bisa berubah) sehingga bisa ditafsirkan ada ahli waris pengganti yang mungkin dapat digantikan dan ada yang mungkin tidak dapat digantikan.

Akibat sifat tentatifnya aturan ahli waris pengganti adalah dapat menimbulkan ketidakkonstannya kedudukan ahli waris pengganti ketika mempunyai dua kedudukan. Misal cucu laki-laki dari anak laki-laki yang ditinggal mati ayahnya bisa mempunyai dua kedudukan sekaligus yaitu sebagai ahli waris *ashābah* dan sebagai ahli waris pengganti. Apabila cucu tersebut diberikan kebebasan untuk memilih, sudah tentu akan memilih kedudukan yang lebih menguntungkan.

Sebagai contoh, seorang cucu laki-laki dari anak laki-laki mewarisi bersama delapan orang anak perempuan. Jika cucu menempati kedudukan ahli waris pengganti dan diberikan kedudukan sama seperti anak laki-laki, maka bagian yang diterima $\frac{2}{10}$ (asal masalah $2+8=10$), sedangkan jika diberi bagian

tidak boleh melebihi bagian bibinya, maka bagian yang diterima akan lebih kecil yakni paling banyak $\frac{1}{9}$ (asal masalah $1+8=9$).

Bagian cucu akan menjadi lebih besar apabila cucu menempati kedudukannya selaku *ashabah* yaitu mendapat bagian $\frac{1}{3}$, sedang yang $\frac{2}{3}$ untuk delapan anak perempuan selaku *dzawil furūdh*. Apabila cucu diberikan kebebasan untuk memilih sudah barang tentu cucu akan memilih menempati kedudukannya sebagai *ashabah*.

Kebolehan untuk memilih seperti ini tentu dirasa tidak adil oleh anak perempuan, sebab kalau saja saudaranya (anak laki-laki pewaris) tidak meninggal lebih dahulu, maka mereka bersama-sama menduduki kedudukan *ashābah bil ghair* sehingga bagian anak laki-laki hanya $\frac{2}{10}$ dan anak perempuan $\frac{1}{10}$.

Menempatkan cucu sebagai *ashābah* dengan menerima bagian $\frac{1}{3}$ tentu dirasa tidak adil, sebab bagian yang diterima jauh lebih besar dari bagian ayahnya jika masih hidup yakni $\frac{2}{10}$. Oleh karena itu hak opsi bahwa ahli waris pengganti boleh memilih antara menempatkan atau tidak menempatkan dirinya sebagai ahli waris pengganti dapat menimbulkan ketidakadilan di samping mengakibatkan adanya ketidakpastian hukum.

Adanya opsi dalam satu tatanan hukum akan menghilangkan sifat keuniversalan sebuah aturan dan menimbulkan ketidakpastian hukum. Dalam membuat suatu aturan harus selalu diupayakan dapat diberlakukan secara konstan dalam kondisi dan situasi apapun untuk mewujudkan kepastian hukum.

Satu-satunya cara untuk mengatasi problem tentang kedudukan ahli waris pengganti ini adalah dengan memberlakukan penggantian ahli waris

secara imperatif (perintah keharusan) yakni setiap ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada pewaris harus digantikan oleh anak-anaknya. Mereka tidak diberi peluang untuk memilih kedudukan mana yang menguntungkan, sebab jika diberikan peluang untuk itu, maka pasti akan ada ahli waris lain yang dirugikan. Adapun cara yang ditempuh untuk merubah sifat tentatifnya pasal 185 ayat (1) adalah dengan menghilangkan kata “dapat“ sehingga berbunyi: “Ahli waris yang meninggal lebih dahulu dari pada si pewaris kedudukannya digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 173”. Dengan merubah bunyi pasal tersebut, maka tidak ada lagi opsi untuk memilih bagian yang menguntungkan dan tidak ada lagi penentuan ahli waris pengganti digantungkan kepada pertimbangan hakim. Dengan demikian, maka sifat diskriminatif, ketidakadilan dan ketidakpastian hukum dapat teratasi. Sebelum dilakukannya perubahan atas bunyi pasal 185 KHI, kiranya Mahkamah Agung dapat mengeluarkan peraturan mengenai petunjuk penerapan pasal 185 ayat (1) dengan memberlakukannya secara imperatif.