

BAB II

KETENTUAN UMUM TANAH WAKAF DAN AHLI WARIS

DALAM PRESPEKTIF HUKUM WAKAF.

A. Wakaf Pada umumnya

1. Pengertian Wakaf

Perkataan Waqf, yang menjadi wakaf dalam bahasa Indonesia, berasal dari kata kerja bahasa Arab waqafa yang berarti menghentikan, berdiam di tempat atau menahan sesuatu. Jika dihubungkan dengan ilmu tajwid adalah tata cara menyebut huruf-hurufnya, dari mana dimulai dan dari mana harus berhenti. Pengertian menahan dihubungkan dengan harta kekayaan. Wakaf adalah menahan sesuatu benda untuk diambil manfaatnya sesuai dengan ajaran Islam. (Ali, 1988, p. 22)

Dalam peristilahan syara' secara umum, wakaf adalah sejenis pemberian yang pelaksanaannya dilakukan dengan jalan menahan (pemilikan) asal (tahbisul asli), lalu menjadikan manfaatnya berlaku umum. Yang dimaksud tahbisul ashli adalah menahan barang yang diwakafkan itu agar tidak diwarisakn, dijual, dihibahkan, digadaikan, disewakan dan sejenisnya. Sedangkan cara pemanfaatannya adalah menggunakan sesuai dengan kehendak pemberi wakaf (wakif) tanpa imbalan. (Wakaf, 2008, p. 1)

Para ahli fiqih berbeda dalam mendefinisikan wakaf menurut istilah, sehingga mereka berbeda pula dalam memandang hakikat wakaf itu sendiri.

Berbagai pandangan tentang wakaf menurut istilah sebagai berikut:(RI, 2007, p. 2)

a. Abu Hanifa

Wakaf adalah menahan suatu benda yang menurut hukum tetap milik si wakif dalam rangka mempergunakan manfaatnya untuk kebajikan. Berdasarkan definisi itu maka pemilikan harta wakaf tidak lepas dari si wakif, bahkan ia dibenarkan menarik kembali dan ia boleh menjualnya. Jika si wakif wafat, harta tersebut menjadi harta warisan buat ahli warisnya. Jadi yang timbul dari wakaf hanyalah “ menyumbangkan manfaat”, karena itu mazhab Hanafi mendefinisikan wakaf adalah : “ tidak melakukan suatu tindakan atas suatu benda, yang berstatus tetap sebagai hak milik dengan menyedekahkan manfaatnya kepada suatu pihak kebajikan (sosial), baik sekarang maupun akan datang.(RI, 2007, p. 2)

b. Mazhab Maliki

Mazhab Maliki berpendapat bahwa wakaf itu tidak melepaskan b. harta yang diwakafkan dari kepemilikan namun wakaf tersebut mencegah wakif melakukan tindakan yang dapat melepaskan kepemilikan atas harta tersebut kepada yang lain. Dengan kata lain, pemilik harta menahan benda itu dari penggunaan secara pemilikan, tetapi membolehkan pemanfaatan hasilnya untuk tujuan kebaikan, yaitu pemberian manfaat benda secara wajar sedang benda itu tetap

menjadi milik si wakif. Perwakafan itu berlaku untuk suatu masa tertentu dan karenanya tidak boleh diisyaratkan sebagai wakaf kekal (selamanya)(RI, 2007, p. 3)

c. Mazhab Syafi'i dan Ahmad bin Hambal

Syafi'i dan Ahmad berpendapat bahwa wakaf adalah melepaskan harta yang diwakafkan dari kepemilikan wakif, setelah sempurna prosedur perwakafan. Wakif tidak boleh melakukan apa saja terhadap harta yang diwakafkan, seperti : perlakuan pemilik dengan cara memindahkan kepemilikannya kepada yang lain., baik dengan tukaran atau tidak.⁶ Jika wakif wafat, harta yang diwakafkan tersebut tidak dapat diwarisi oleh ahli warisnya. Wakif menyalurkan manfaat harta yang diwakafkan tersebut kepada mauquf a'laih sebagai sedekah yang mengikat, dimana wakif tidak dapat melarang penyaluran sumbangan tersebut.

Dari keseluruhan definisi wakaf yang dikemukakan di atas tampak secara jelas bahwa wakaf berarti menahan harta yang dimiliki untuk diambil manfaatnya bagi kemaslahatan umat dan agama. Akan tetapi, keempat mazhab tersebut berbeda pandangan tentang apakah kepemilikan terhadap harta yang diwakafkan itu terputus dengan sahnya wakaf atau kepemilikan itu dapat ditarik kembali oleh waqif.(Lubis, 2010, p. 6)

Pasal 1 Undang-Undang Nomor 41 Tahun 2004 tentang wakaf dirumuskan, bahwa wakaf adalah perbuatan hukum waqif untuk memisahkan

dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingannya guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut syari'ah. (Rozalinda, 2015, p. 15) Undang-undang ini tampaknya mencoba untuk menggabungkan pendapat-pendapat ulama fikih klasik tentang wakaf. Namun pasal ini mempunyai kelemahan. Penggabungan pendapat ulama dalam Pasal 1 dikhawatirkan berakibat pada status wakaf menjadi tidak jelas karena memiliki dua opsi yaitu untuk selamanya atau sementara.

2. Dasar Hukum Wakaf

Para ahli hukum Islam menyebutkan beberapa dasar hukum wakaf yang memerintahkan orang berbuat kebaikan dan menjadi dasar umum amalan wakaf.

Wakaf adalah salah satu usaha untuk mewujudkan dan memelihara *Hablun min Allah* dan *Hablun min an-nas*. Dalam fungsinya sebagai ibadah, ia diharapkan akan menjadi bekal bagi kehidupan si wakif di hari kemudian. Dalil yang menjadi dasar disyariatkannya ibadah wakaf bersumber dari ayat ayat Al-Quran antara lain :

a. Al-Hajj ayat 77

“Perbuatlah kebajikan, supaya kamu mendapat kemenangan.”

b. Al-Imran ayat 92

“Kamu sekali-kali tidak sampai kepada kebajikan (yang sempurna), sebelum kamu menafkahkan sebahagian harta yang kamu cintai. dan apa saja yang kamu nafkahkan Maka Sesungguhnya Allah mengetahuinya”

c. Al-baqarah ayat 267

“ Hai orang-orang yang beriman, nafkahkanlah (di jalan Allah) sebagian dari hasil usahamu yang baik-baik dan sebagian dari apa yang Kami keluarkan dari bumi untuk kamu. dan janganlah kamu memilih yang buruk-buruk lalu kamu menafkahkan daripadanya, Padahal kamu sendiri tidak mau mengambilnya melainkan dengan memincingkan mata terhadapnya. dan ketahuilah, bahwa Allah Maha Kaya lagi Maha Terpuji”

Ayat tersebut secara umum memberi pengertian infak untuk tujuan kebaikan. Wakaf adalah menafkahkan harta untuk tujuan- tujuan kebaikan. Dan kemudian dalil yang menjadi dasar disyariatkannya ibadah wakaf bersumber dari Al-Hadist antara lain :

Artinya : “Dari abu hurairah ra. sesungguhnya Rasulullah SAW. bersabda:”apabila anak Adam (manusia) meninggal dunia, maka putuslah amalnya, kecuali tiga perkara: shadaqah jariyah, ilmu yang bermanfaat dan anak sholeh yang mendoakan orang tuanya”. (HR. Muslim)

Maksud sedekah jariyah adalah wakaf. Makna hadits tersebut adalah pahala tak lagi mengalir kepada si mayat kecuali tiga perkara yang berasal dari usahanya di atas. Anakanya yang shaleh, ilmu yang tinggalkannya, dan sedekah jariyah, semua berasal dari usahanya. Harta wakaf adalah amanah Allah yang terletak ditangan nazir. (P Adam, 2020 hlm 322). Oleh sebab itu, nazir adalah orang yang paling bertanggung jawab terhadap harta wakaf yang dipegangnya, baik terhadap benda wakaf itu sendiri, maupun terhadap hasil dan pengembangannya. Harta wakaf bukanlah hak milik si Nazir.

Nazir hanya berhak mengambil sekadar imbalan dari jerih payahnya dalam mengurus harta wakaf itu. Lebih dari itu sudah dianggap mengkhianati amanah Allah. Oleh karena begitu penting kedudukan nazir dalam perwakafan, maka pada diri si nazir perlu terdapat beberapa persyaratan yang harus dipenuhi yaitu, balig berakal, dan mempunyai kepribadian yang dapat dipercaya. Seorang pengkhianat atau pembohong tidak layak untuk dijadikan nazir dalam perwakafan. Selain itu, yang akan menjadi nazir hendaklah seorang yang mempunyai kesediaan dan kemampuan untuk memelihara dan mengelola harta wakaf. Dua persyaratan itu adalah penting, karena tanpa itu, harta wakaf akan terputus dan tersia-sia (Jubaedah, 2017 hlm 261).

Di Indonesia telah diterapkan hukum positif yang mengatur tentang perwakafan, terdapat beberapa rujukan yang menjadi dasar pemberlakuan perwakafan, antara lain: (Badan Wakaf, 2012, hlm 50).

1. Undang-Undang No. 41 Tahun 2004 tentang Wakaf;
2. Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 42 Tahun 2006 Tentang Pelaksanaan Undang- Undang Nomor 41 Tahun 2004 Tentang Wakaf;
3. Peraturan Menteri Agraria dan Tata Ruang/Kepala Badan Pertanahan Nasional No. 2 Tahun 2017;
4. Kompilasi Hukum Islam

3. Rukun dan Syarat Wakaf

Wakaf sebagai suatu lembaga mempunyai unsur-unsur pembentukannya. Tanpa unsur itu wakaf tidak dapat berdiri. Unsur- unsur pembentuk yang juga merupakan rukun dan syarat wakaf. Penjelasan masing-masing unsur wakaf tersebut sebagai berikut:

a. Wakif (orang yang mewakafkan hartanya)

Seorang wakif haruslah memenuhi syarat untuk mewakafkan hartanya, diantaranya kecakapan bertindak hukum. Seseorang untuk dapat dipandang cakap hukum tentu harus memenuhi persyaratan, yakni:(Rozalinda, 2015, p. 22)

1. Berakal
2. Baligh
3. Cerdas

4. Atas kemauan sendiri
5. Merdeka dan pemilik harta wakaf
6. Mauquf(hartayangdiwakafkan)

b. Mauquf (harta yang diwariskan)

Kriteria benda sebagai syarat harta wakaf mengeluarkan segala sesuatu hanya berbentuk manfaat (bukan barang) dan wakaf yang wajib dalam tanggungan. Wakaf demikian tidak sah kecuali jika berupa benda-benda walaupun hasil rampasan atau tak terlihat sebab barang hasil rampasan sudah menjadi hak miliknya, juga sah wakaf orang wakaf orang buta karena tidak diisyaratkan untuk sahnya wakaf melihat barang yang diwakafkan.(Muhammad.Azzam, 2009, p. 399)

c . Sighat (pernyataan wakaf)

Pernyataan wakif yang merupakan tanda penyerahan barang atau benda yang diwakafkan itu dapat dilakukan dengan lisan atau tulisan. Pernyataan wakif juga harus jelas yakni melepaskan haknya atas kepemilikan benda yang diwakafkan dan menentukan peruntukan benda itu apakah khusus atau umum. Ikrar wakaf merupakan pernyataan kehendak dari waqif untuk mewakafkan tanah benda miliknya.(Rozalinda, 2015, p. 30)

4. Jenis – Jenis Wakaf

Bila ditinjau dari segi peruntukan ditujukan kepada siapa wakaf itu, maka wakaf dibagi menjadi dua (2) macam:(RI, 2007, p. 14)

a. Wakaf Ahli

Yaitu wakaf yang ditujukan kepada orang-orang tertentu, seorang atau lebih, keluarga si wakif atau bukan. Wakaf seperti ini juga disebut wakaf Dzurri. Pada perkembangan selanjutnya wakaf dzurri ini dianggap kurang dapat memberikan manfaat bagi kesejahteraan umum, karena sering menimbulkan kekaburan dalam pengelolaan dan pemanfaatan wakaf itu oleh keluarga yang disertai harta wakaf ini. Lebih-lebih kalau keturunan keluarga tersebut berlangsung kepada anak cucunya.(Usman, 1999, p. 35)

b. Wakaf Kahiri

Yaitu wakaf yang secara tegas untuk kepentingan agama atau kemaslahatan umum. Wakaf ini ditujukan kepada umum, dengan tidak terbatas penggunaanya yang mencakup semua aspek untuk kepentingan dan kesejahteraan umat manusia pada umumnya. Seperti wakaf yang diserahkan untuk keperluan pembangunan masjid, sekolah, jembatan, rumah sakit, dll

Wakaf khairi atau wakaf umum inilah yang paling sesuai dengan ajaran islam dan yang dianjurkan pada orang yang mempunyai harta

untuk melakukannya guna memperoleh pahala yang terus mengalir bagi orang yang bersangkutan kendatipun ia telah meninggal dunia, selama wakaf itu masih bisa diambil manfaatnya.(Ali, 1988, p. 90)

Berdasarkan substansi ekonominya, wakaf dibagi menjadi dua macam :(Suhairi, 2014, p. 13)

a. Wakaf Langsung

Yaitu wakaf untuk memberi pelayanan langsung kepada orang-orang yang berhak, seperti wakaf masjid yang disediakan sebagai tempat sholat, sekolah, rumah sakit, dll. Pelayanan langsung ini benar-benar dirasakan manfaatnya oleh masyarakat secara langsung dan menjadi modal tetap yang selalu bertambah dari generasi ke generasi. Wakaf seperti ini merupakan aset produktif yang sangat bermanfaat bagi generasi yang akan datang. Wakaf seperti ini bertujuan memberi manfaat langsung kepada semua orang yang berhak atas wakaf tersebut.

b. Wakaf Produktif

Yaitu wakaf harta yang digunakan untuk kepentingan produksi, baik dibidang pertanian, perindustrian, perdagangan dan jasa manfaatnya bukan pada benda wakaf secara langsung, tetapi dari keuntungan bersih hasil pengembangan wakaf yang diberikan

kepada orang-orang yang berhak sesuai dengan tujuan wakaf. Dalam hal ini, wakaf produktif diolah untuk menghasilkan barang atau jasa kemudian dijual dan hasilnya sesuai dengan tujuan wakaf.

5. Pengembangan Dan Pengelolaan Harta Benda Wakaf

Dalam rangka usaha meningkatkan manfaat tanah wakaf agar menjadi tanah yang bermanfaat lebih serta menjadikan modal yang ada menjadi lebih produktif dan berimbas pada kesejahteraan umat dan generasi yang akan datang, maka dalam hal ini yang sangat butuh perhatian adalah nazhir atau pengelola, dan diharapkan peran dalam menjalankan tugasnya secara profesional sehingga dapat mengembangkan tanah wakaf menjadi produktif.

a. Pengembangan Harta Wakaf

Pengembangan harta wakaf dapat diartikan dengan pembangunan kembali wakaf yang telah hancur atau membangun kembali dan memperbaiki yang rusak, pengembangan ini merupakan masalah lama yang dialami oleh wakaf sejak dahulu. Sedangkan, pengembangan yang kedua dapat diartikan dengan memperluas wakaf yang sudah ada atau menambah wakaf baru kepada wakaf lama yang berpengaruh terhadap tujuan awal wakaf.

Peran nazhir dalam mengelola harta wakaf sangat vital karena mempunyai wewenang penuh dalam mengelola harta wakaf dalam usaha memajukan dan mengembangkan harta wakaf. Nazhir adalah pemimpin umum dalam wakaf, oleh karena itu seorang nazhir harus berakhlak mulia, amanah, berkelakuan baik, berpengalaman menguasai ilmu administrasi dan keuangan yang dianggap perlu untuk melaksanakan tugas-tugasnya sesuai dengan jenis wakaf dan tujuannya. Bila dipandang dari sudut hukum Islam semata, maka soal wakaf menjadi sangat sederhana asalkan dilandasi dengan kepercayaan. Hal ini, di satu sisi memudahkan soal administrasi, artinya tidak ada prosedur yang rumit dalam mengelola wakaf, tapi di sisi lain kemudahan itu berakibat sulitnya pengawas yang dilakukan, terutama pihak yang berwenang dalam bidang perwakafan, dan akibat yang lebih buruk lagi apabila dikemudian hari dalam pengelolaan harta wakaf tersebut terdapat permasalahan.

Indikasi ini menunjukkan bahwa ibadah tidaklah cukup hanya dilandasi dengan keikhlasan dan kepercayaan semata, akan tetapi harus diperhatikan unsur kemaslahatan serta manfaatnya dapat dirasakan dalam jangka waktu yang tidak terbatas sebagaimana sifat wakaf itu sendiri. Pengembangan

harta wakaf terkait dengan penambahan wakaf baru pada wakaf lama dapat disebut sebagai penambahan modal wakaf dari sebagian hasilnya, dalam masalah penyisihan sebagian dari hasil wakaf untuk menambah modal adalah prinsip dalam wakaf untuk menghormati syarat yang telah ditetapkan oleh wakif.

Berkaitan dengan masalah ini al-Kamal bin al-Hamman mengatakan dalam pembahasannya tentang pembangunan wakaf, “Pembangunan yang layak adalah sesuai dengan kemampuan yang ada pada orang-orang yang berhak atas hasil wakaf berdasarkan kategori yang ditentukan oleh wakif.” (Muntaqo, 2015) Beliau juga mempertegas dengan perkataannya, “Sedangkan penambahan pada wakaf dari hasil itu bukan haknya. Sebab hasil dari wakaf telah menjadi hak orang yang berhak mendapatkan hasilnya.” Dengan demikian, hal baru yang berkaitan dengan penambahan modal wakaf dapat dikatakan harus mendapatkan izin dari pada wakif atau ahlul baitnya. harta wakaf yang ada ditangan nazhir menghasilkan keuntungan yang sangat besar dan masih berlebihan setelah dibagikan pada yang berhak, kemudian sisa hasilnya tersebut dipakai untuk berinvestasi, misalnya

mendirikan toko, rumah persewaan, lahan pertanian, dan lain-lain.

Terdapat sebagian para ahli fiqih yang mengatakan bahwa kelebihan dari hasil wakaf setelah dibagikan harus diberikan kepada tujuan lain yang lebih dekat berdasarkan jenis tujuan dan letak geografisnya.(muntaqo, 2015 hlm 56). Dengan demikian, tidak ada batasan dan syarat dari amal kebaikan selain dari syarat kepemilikan, kemampuan, tujuan mendekatkan diri kepada Allah Swt.

b. Pengelolaan Harta Wakaf

Telah banyak yang dilakukan oleh nazhir dalam mengelola harta wakaf, akan tetapi perlu di perhatikan kembali syari'at yang mengatur tentang pengelolaan harta wakaf. Baik syari'at tersebut dari petunjuk kitab-kitab ulama' terdahulu, pendapat para ulama' modern, ataupun dari UU yang berlaku. Maka dari itu dari pihak pemerintah mengeluarkan UU No. 41 Tahun 2004 tentang wakaf, sebagai peraturan perundang- undangan yang mengatur dan melindungi harta agama tersebut.

UU No. 41 Tahun 2004 ini banyak hal baru yang belum terdapat dalam peraturan sebelumnya, diantaranya;

1. UU No. 41 Tahun 2004 membagi benda wakaf menjadi dua yaitu benda bergerak dan benda tidak bergerak. Benda bergerak misalnya seperti uang, surat berharga, kendaraan kekayaan intelektual hak sewa dan lain-lain. Sedangkan, benda tidak bergerak adalah sesuatu yang berkaitan dengan tanah, yakni ladang, bangunan atau gedung, dan lain-lain.
2. Dalam pasal 1 UU No. 41 Tahun 2004 disebutkan bahwa wakaf adalah perbuatan hukum wakif untuk memisahkan dan/atau menyerahkan sebagian harta benda miliknya untuk dimanfaatkan selamanya atau untuk jangka waktu tertentu sesuai dengan kepentingan guna keperluan ibadah dan/atau kesejahteraan umum menurut Syariah. Jadi wakaf sementara juga dibolehkan menurut kepentingannya.
3. Mengenai cara penyelesaian sengketa, dalam UU ini penyelesaian sengketa dapat diselesaikan melalui musyawarah mufakat maupun bantuan pihak ketiga melalui mediasi, arbitrase, dan jalan terakhir adalah melalui pengadilan.
4. Hak baru lain dalam UU ini adalah mengenai dibentuknya Badan Wakaf Indonesia (BWI), yang

bertujuan untuk memajukan dan mengembangkan perwakafan Nasional.

Dalam Bab V Pasal 42 Undang-Undang Wakaf, menyebutkan bahwa Nazhir wajib mengelola dan mengembangkan harta benda wakaf sesuai dengan tujuan, fungsi dan peruntukannya. Dalam Pasal 43 menyebutkan bahwa :

- a) Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf oleh nazhir sebagaimana dimaksud dalam Pasal 42 dilaksanakan sesuai dengan prinsip Syari'ah.
- b) Pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan secara produktif.
- c) Dalam hal pengelolaan dan pengembangan harta benda wakaf sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diperlukan penjamin, maka diperlukan lembaga penjamin syari'ah.

6. Tata Cara Wakaf Dan Ikrar Wakaf

Wakif harus mengikrarkan kehendaknya secara jelas dan tegas kepada nadzir di hadapan Pejabat Pembuat Akta Ikrar Wakaf (PPAIW). PPAIW kemudian menuangkan ikrar wakaf kedalam Akta Ikrar Wakaf dengan di saksi oleh sekurang-kurangnya dua orang saksi. Dalam melaksanakan ikrar wakaf , wakif harus membawa dan menyerahkan kepada PPAIW suratsurat sebagai berikut ;

- a. Sertifikat Hak Milik atau tanda bukti pemilikan tanah lainnya
- b. Surat keterangan dari kepala desa yang diperkuat oleh kepala kecamatan setempat yang menerangkan kebenaran pemilikan tanah dan tidak tersangkut suatu sengketa
- c. Surat keterangan pendaftaran tanah
- d. Izin dari Bupati atau Walikota cq Kepala Sub Direktorat Agraria

Selanjutnya PPAIW atas nama nadzir akan mengajukan permohonan kepada Bupati atau Walikota cq Kepala Sub Direktorat Agraria untuk mendaftarkan perwakafan tanah milik tersebut. Kemudian bupati atau walikota Kepala Sub Direktorat Agraria akan mencatatkan perwakafan tanah milik pada buku tanah dan sertifikatnya. Apabila tanah yang di Pendaftaran harta

benda wakaf tidak bergerak berupa tanah dilaksanakan berdasarkan AIW atau Akta Pengganti Akta Ikrar Wakaf (APAIW). Selain itu dilampirkan persyaratan sebagai berikut: wakafkan belum mempunyai sertifikat , maka terlebih dahulu akan di buat sertifikat. Nadzir kemudian melaporkan selesainya perwakafan ke Kantor Departemen Agama.

Pendaftaran harta benda wakaf tidak bergerak berupa tanah dilaksanakan berdasarkan AIW atau Akta Pengganti Akta Ikrar Wakaf (APAIW). Selain itu dilampirkan persyaratan sebagai berikut:

- a. Sertifikat hak atas tanah atau sertifikat hak milik atas satuan rumah susun yang bersangkutan atau tanda bukti pemilikan tanah lainnya;
- b. Surat pernyataan dari yang bersangkutan bahwa tanahnya tidak dalam sengketa, perkara, sitaan dan tidak dijaminkan yang diketahui oleh kepala desa atau lurah atau sebutan lain yang setingkat, yang diperkuat oleh camat setempat;
- c. Izin dari pejabat yang berwenang sesuai ketentuan Peraturan Perundangundangan dalam hal tanahnya diperoleh dari instansi pemerintah, pemerintah daerah, BUMN/BUMD dan pemerintahan desa atau sebutan lain yang setingkat dengan itu;
- d. izin dari pejabat bidang pertanahan apabila dalam sertifikat dan keputusan pemberian haknya diperlukan izin pelepasan/peralihan;

- e. Izin dari pemegang hak pengelolaan atau hak milik dalam hal hak guna bangunan atau hak pakai yang diwakafkan di atas hak pengelolaan atau hak milik.(Wakaf Indonesia, 2021 hlm 101).

B. Waris Pada Umumnya

1. Pengertian Waris

Hukum Waris dalam ajaran Islam disebut dengan istilah “Faraid”. Kata faraid adalah bentuk jamak dari faridah yang berasal dari kata fardu yang berarti ketetapan, pemberian (sedekah).(Makluf, 1986, p. 577)

Para ulama fikih memberika definsi ilmu Faraid sebagai berikut :

- a. Penentuan bagian-bagian ahli waris(Sabiq, 1984, p. 202)
- b. Penentuan bagian warisan yang ditetapkan oleh Syariat Islam(17 Bakar, 1984)
- c. Ilmu fikih yang berkaitan dengan poembagian pusaka, serta mengetahui perhitungan dan kadar harta pusaka yang wajib dimiliki oleh orang yang berhak(Assyarbaini, 1984, p. 3)

Berdasarkan Pasal 171 huruf a Kompilasi Hukum Islam, Hukum Waris Islam adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak kepemilikan harta peninggalan (tirkah) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing.

Hukum waris merupakan peraturan yang berhubungan dengan seseorang yang telah meninggal serta akibat-akibatnya di dalam bidang kebendaan. Dengan demikian dalam hukum waris ada tiga ketentuan yaitu :

- a. Ketentuan tentang peralihan hak dan kewajiban dari pewaris kepada ahli warisnya.
- b. Ketentuan tentang hubungan di antara sesama ahli waris
- c. Ketentuan tentang hubungan ahli waris dengan pihak ketiga yang mempunyai hubungan dengan pewaris

2. Dasar Hukum Waris

Ketentuan-ketentuan hukum Islam yang dapat dijadikan dasar dalam menetapkan atau memecahkan suatu masalah hukum diantaranya : Al-Qur'an, Al-Hadits dan Al-Ijma' dan Ijtihad.

Al-Qura'an menjelaskan ketentuan-ketentuan pembagian warisan di dalam surat An-Nisa ayat 7, 11, 12, 176, dan surat-surat lainnya ketentuan lainnya diatur di dalam Al-Hadits serta ketentuan lainnya diatur di dalam Ijma dan Ijthad para sahabat, imam-imam madzhab dan para mujtahid lainnya.

Buku II : Hukum Kewarisan dalam Kompilasi Hukum Islam, yang memuat perihal :

- a. Bab I ketentuan Umum

- b. Bab II Ahli Waris
- c. Bab II Besarnya Bahagian
- d. Bab IV AUL dan RAD
- e. Bab V Wasiat
- f. bab VI Hibah

3. Asas – Asas Waris Islam

Hukum kewarisan Islam atau lazim disebut fara'id dalam literatur hukum Islam adalah salah satu bagian dari keseluruhan hukum Islam yang mengatur peralihan harta dari orang yang meninggal kepada orang yang masih hidup.

Sebagai hukum agama yang terutama bersumber kepada wahyu Allah yang disampaikan kepada Nabi Muhammad saw, hukum kewarisan Islam mengandung berbagai asas yang dalam beberapa hal berlaku pula dalam hukum kewarisan yang bersumber dari akal manusia. Di samping itu hukum kewarisan Islam dalam hal tertentu mempunyai corak tersendiri, berbeda dengan hukum kewarisan yang lain. Berbagai asas hukum ini memperlihatkan bentuk karakteristik dari hukum kewarisan Islam itu.

Hukum kewarisan digali dari keseluruhan ayat hukum dalam AlQur'an dan penjelasan tambahan yang diberikan oleh Nabi Muhammad saw dalam sunnahnya. Dalam pembahasan ini akan dikemukakan lima asas yang

berkaitan dengan sifat peralihan harta kepada ahli waris, cara pemilikan harta oleh yang menerima, kadar jumlah harta yang diterima dan waktu terjadinya peralihan harta itu. Asas-asas tersebut adalah: asas ijbari, asas bilateral, asas individual, asas keadilan berimbang dan asas semata akibat kematian. (Syarifuddin, 2004, p. 17)

a. Asas Ijbari

Secara etimologis kata ijbari mengandung arti paksaan, yaitu melakukan sesuatu di luar kehendak sendiri dalam hal hukum waris berarti terjadinya peralihan harta seseorang yang telah meninggal dunia kepada yang masih hidup dengan sendirinya, maksudnya tanpa ada perbuatan hukum atau pernyataan kehendak dari si pewaris, bahkan si pewaris (semasa hidupnya) tidak dapat menolak atau menghalang-halangi terjadi peralihan harta tersebut. Dengan perkataan lain, dengan adanya kematian si pewaris secara otomatis hartanya beralih kepada ahli warisnya, tanpa terkecuali apakah ahli warisnya suka menerima atau tidak, demikian juga halnya bagi si pewaris.

Unsur ijbari dari segi cara peralihan mengandung arti bahwa harta orang yang mati itu beralih dengan sendirinya, bukan dialihkan siapasiapa kecuali oleh Allah SWT. Asas ijbari dalam peralihan ini terdapat dalam firman Allah surah An-Nisa' ayat 7 yang

menjelaskan bahwa bagi seorang laki-laki maupun perempuan ada nasib dari harta peninggalan orang tua dan karib kerabat. Kata nasib berarti bagian atau jatah dalam bentuk sesuatu yang diterima dari pihak lain. Dari kata nasib itu dapat dipahami bahwa dalam jumlah harta yang ditinggalkan si pewaris, disadari atau tidak telah terdapat hak ahli waris.

Bentuk ijbari dari segi jumlah berarti bahwa bagian atau hak ahli waris dalam harta warisan sudah jelas ditentukan oleh Allah, sehingga pewaris maupun ahli waris tidak mempunyai hak untuk menambah atau mengurangi apa yang telah ditentukan itu. Bentuk ijbari dari penerima peralihan harta itu berarti bahwa mereka yang berhak atas harta peninggalan itu sudah ditentukan secara pasti, sehingga tidak ada suatu kekuasaan manusia pun dapat mengubahnya dengan cara memasukkan orang lain atau mengeluarkan orang yang berhak. Adanya unsur ijbari dapat dipahami dari kelompok ahli waris sebagaimana disebutkan Allah dalam ayat-ayat 11,12 dan 176 surah An-Nisa Bentuk ijbari dari segi jumlah berarti bahwa bagian atau hak ahli waris dalam harta warisan sudah jelas ditentukan oleh Allah, sehingga pewaris maupun ahli waris tidak mempunyai hak untuk menambah atau mengurangi apa yang telah ditentukan itu. Bentuk ijbari dari penerima peralihan harta

itu berarti bahwa mereka yang berhak atas harta peninggalan itu sudah ditentukan secara pasti, sehingga tidak ada suatu kekuasaan manusia pun dapat mengubahnya dengan cara memasukkan orang lain atau mengeluarkan orang yang berhak. Adanya unsur ijbari dapat dipahami dari kelompok ahli waris sebagaimana disebutkan Allah dalam ayat-ayat 11,12 dan 176 surah An-Nisa.(Syarifuddin, 2004, p. 20)

b. Asas Bilateral

Yang dimaksud dengan asas bilateral dalam hukum kewarisan Islam adalah bahwa seseorang menerima hak warisan dari kedua belah pihak garis kerabat, yaitu dari garis keturunan perempuan maupun garis keturunan laki-laki. Asas bilateral ini dapat secara nyata dilihat dalam firman Allah dalam surah Al-Nisa' (4) 7, 11, 12 dan 176. Asas bilateral ini juga berlaku pula untuk kerabat garis ke samping yaitu melalui ayah dan ibu.

Dari ayat-ayat di atas terlihat secara jelas bahwa kewarisan itu beralih ke bawah (anak-anak), ke atas (ayah dan ibu) dan ke samping (saudara-saudara) dari kedua belah pihak garis keluarga, yaitu laki-laki dan perempuan dan menerima warisan dari dua garis keluarga yaitu dari garis laki-laki dan garis perempuan. Inilah yang dinamakan asas bilateral.(Syarifuddin, 2004, p. 21)

c. Asas Individual

Pengertian asas individual ini adalah setiap ahli waris (secara individual) berhak atas bagian yang didapatnya tanpa terikat kepada ahli waris lainnya, dengan demikian bagian yang diperoleh oleh ahli waris dari harta pewaris, dimiliki secara perorangan, dan ahli waris yang lainnya tidak ada sangkut paut sama sekali dengan bagian yang diperoleh tersebut, sehingga individu masing-masing ahli waris bebas menentukan (berhak penuh) atas bagian yang diperolehnya.

Ketentuan asas individual ini dapat dijumpai dalam ketentuan AlQur'an surat An-Nisa' ayat 7 yang mengemukakan bahwa bagian masingmasing (ahli waris secara individual) telah ditentukan.

d. Asas Keadilan Berimbang

Asas keadilan berimbang maksudnya adalah keseimbangan antara hak dan kewajiban dan keseimbangan antara yang diperoleh dengan keperluan dan kegunaan. Dalam hubungannya dengan hak yang menyangkut materi, khususnya yang menyangkut dengan kewarisan, kata tersebut dapat diartikan keseimbangan antara hak dan kewajiban dan keseimbangan antara yang diperoleh dengan keperluan dan kegunaan.

Keseimbangan antara yang diperoleh dengan keperluan dan

kegunaan. Atas dasar pengertian tersebut di atas terlihat asas keadilan dalam pembagian harta warisan dalam hukum Islam. Secara mendasar dapat dikatakan bahwa perbedaan gender tidak menentukan hak kewarisan dalam Islam. Artinya sebagaimana pria, wanita pun mendapatkan hak yang sama kuat untuk mendapatkan warisan. Hal ini secara jelas disebutkan dalam AlQur'an surat An-Nisa' ayat 7 yang menanyakan kedudukan laki-laki dan perempuan dalam hak mendapatkan warisan. Pada ayat 11-12, 176 surat An-Nisa secara rinci diterangkan kesamaan kekuatan hak menerima warisan antara anak laki-laki dan perempuan, ayah dan ibu, suami dan istri, saudara laki-laki dan perempuan. (Syarifuddin, 2004, p. 24)

C. Metode Penyelesaian Sengketa.

1. Litigasi

Penyelesaian sengketa secara litigasi adalah suatu penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan. Penyelesaian sengketa melalui litigasi dapat dikatakan sebagai penyelesaian sengketa yang memaksa salah satu pihak untuk menyelesaikan sengketa dengan perantara pengadilan. Penyelesaian sengketa melalui litigasi tentu harus mengikuti persyaratan-persyaratan dan prosedur-prosedur formal di pengadilan dan sebagai akibatnya jangka waktu untuk menyelesaikan suatu sengketa menjadi lebih lama.

Litigasi adalah proses penyelesaian sengketa di pengadilan, semua pihak yang bersengketa saling berhadapan satu sama lain untuk mempertahankan hak-haknya. Hasil akhir dari suatu penyelesaian sengketa melalui litigasi adalah putusan yang menyatakan pihak yang satu menang dan pihak yang lain kalah.

Proses ini memiliki banyak kekurangan karena litigasi memaksa para pihak pada posisi yang ekstrem memerlukan pembelaan (*advocacy*) atas setiap maksud yang dapat mempengaruhi keputusan. Litigasi mengangkat seluruh persoalan materi maupun prosedur untuk persamaan Kepentingan dan mendorong para pihak melakukan penyelidikan fakta.

2. Non-Litigasi (*Alternative Dispute Resolution*)

Pasal 1 Angka (10) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 mendefinisikan :

“Alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli” .

Alternatif penyelesaian sengketa yang dikenal di Indonesia pada saat ini

sebagai berikut :

a. Negosiasi

Negosiasi adalah salah satu strategi penyelesaian sengketa, dimana para pihak setuju untuk menyelesaikan persoalan mereka melalui proses musyawarah atau perundingan. Proses ini tidak melibatkan pihak ketiga, karena para pihak atau wakilnya berinisiatif sendiri menyelesaikan sengketa mereka. Para pihak terlibat secara langsung dalam dialog dan prosesnya.

Dalam konteks bisnis, negosiasi adalah hal yang selalu dilakukan. Negosiasi biasanya dilakukan sebelum pihak-pihak yang ingin berbisnis mengikatkan diri dalam suatu kontrak, maupun jika terjadi sengketa mengenai pelaksanaan kontrak tersebut di kemudian hari. Hal ini biasanya dicantumkan dalam klausula kontrak, yang menyatakan bahwa jika terjadi sengketa mengenai pelaksanaan kontrak tersebut di kemudian hari langkah penyelesaian pertama yang dilakukan adalah melalui negosiasi atau musyawarah. Jika tidak tercapai kesepakatan dalam negosiasi, baru dilakukan cara-cara lain seperti mediasi, arbitrase, maupun litigasi.

Kelebihan penyelesaian sengketa melalui negosiasi adalah pihak-pihak yang bersengketa sendiri yang akan menyelesaikan sengketa tersebut. Pihak-pihak yang bersengketa adalah pihak yang paling tahu

mengenai masalah yang menjadi sengketa dan bagaimana cara penyelesaian sengketa yang diinginkan. Dengan demikian, pihak yang bersengketa dapat mengontrol jalannya proses penyelesaian sengketa ke arah penyelesaian sengketa yang diharapkan.

Dalam Negosiasi juga terdapat negosiator yang mempunyai ciri dan skill, yaitu :

- 1) Mampu berfikir cepat, tidak mempunyai kesabaran yang terbatas;
- 2) Dapat mempengaruhi orang tanpa menipu;
- 3) Dapat menimbulkan kepercayaan tanpa harus mempercayai orang lain.;
- 4) Dapat menjadi pendengar yang baik;
- 5) Mampu mengenali persoalan dan bijaksana dalam mengambil keputusan.

Negosiasi merupakan cara penyelesaian sengketa yang paling sederhana dan murah. Walaupun demikian, sering juga pihak-pihak yang bersengketa mengalami kegagalan dalam bernegosiasi karena tidak menguasai teknik bernegosiasi dengan baik. Secara umum teknik negosiasi dapat dibagi menjadi.

- 1) Teknik Negosiasi Kompetitif (teknik negosiasi alot(*tough*))

Adalah teknik negosiasi yang bercirikan : menjaga agar

tuntutan tetap tinggi sepanjang proses negosiasi, menganggap perunding lain sebagai musuh, jarang memberikan konsesi dan sering kali menggunakan cara yang berlebihan.

2) Teknik Negosiasi Kooperatif

Menganggap pihak negosiator lawan bukan musuh namun sebagai mitra kerja mencari kepentingan bersama. Juga merupakan teknik penyelesaian yang adil berdasarkan fakta hukum.

3) Teknik Negosiasi Lunak dan Keras

Adalah saling melengkapi, dan menempatkan pentingnya hubungan baik antar pihak yang bertujuan untuk mencapai kesepakatan. Sedangkan teknik negosiasi keras menempatkan perunding sangat dominan terhadap perunding lunak, menganggap pihak lawan adalah musuh dan bertujuan untuk memperoleh kemenangan.

4) Teknik Negosiasi *Interest Based*

Yaitu jalan tengah atas pertentangan keras-lunak yang memiliki empat komponen dasar yaitu: orang, kepentingan, solusi, dan kriteria objektif.

Dan tugas Negosiator tersebut pun adalah :

- a) Tugas pokok negosiator adalah mencapai kesepakatan
- b) Memastikan bahwa proses negosiasi akan berjalan sesuai dengan apa yang diinginkan.
- c) Dan dapat mengontrol proses pemecahan permasalahan secara bersama-sama yang mana hasilnya harus mempresentasikan kepentingan kedua belah pihak.

b. Mediasi

Mediasi merupakan salah satu bentuk dari alternatif penyelesaian sengketa di luar Pengadilan. Mediasi mengantarkan para pihak pada perwujudan mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win-win solution*).

Mediasi adalah proses penyelesaian sengketa dengan perantaraan pihak ketiga, yakni pihak yang memberi masukan-masukan kepada para pihak untuk menyelesaikan sengketa. Berbeda dengan arbitrase, keputusan arbiter atau majelis arbitrase harus ditaati oleh para pihak, layaknya keputusan pengadilan. Sedangkan mediasi, tidak terdapat kewajiban dari masing-masing pihak untuk menaati apa yang disarankan oleh mediator.

Pengertian Mediasi menurut beberapa pendapat para ahli, antara lain:

1) Menurut Laurence Bolle menyatakan bahwa :

“Mediation is a decision making process in which the parties are assisted by a mediator; the mediator attempt to improve the process of decision making and to assist the parties the reach an out-come to which of them can assent.”

(Mediasi adalah proses pengambilan keputusan yang dilakukan para pihak dengan dibantu pihak ketiga sebagai mediator. Kewenangan pengambilan keputusan sepenuhnya berada di tangan para pihak, dan mediator hanyalah membantu para pihak dalam proses pengambilan keputusan tersebut).

2) Menurut J.Folberg and A. Taylor menyatakan bahwa :

“The process by which the participants, together with the assistance of a neutral persons, systematically isolate dispute in order to develop opyion, consider alternative, and reach consen- sual settlement that will accommodate their needs.”

(Mediasi adalah proses penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi dilakukan secara bersama-sama oleh pihak yang

bersengketa dan dibantu oleh pihak yang netral. Mediator dapat mengembangkan dan menawarkan pilihan penyelesaian sengketa, dan para pihak dapat pula mempertimbangkan tawaran mediator sebagai suatu alternatif menuju kesepakatan dalam penyelesaian sengketa).

3) Menurut Garry Goopaster berpendapat bahwa :

“Mediasi adalah proses negosiasi pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak (*impartial*) bekerja sama dengan pihak-pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian yang memuaskan.”

Dalam perundang-undangan Indonesia ditegaskan ruang lingkup sengketa dapat dijalankan kegiatan mediasi. Dalam Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa atau beda pendapat perdata dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada iktikad baik dengan menyampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri (Pasal 6). Ketentuan dalam pasal ini memberi ruang gerak mediasi yang cukup luas, yaitu seluruh perbuatan hukum yang termasuk dalam ruang lingkup perdata.

Demikian pula pengaturan mengenai mediasi dapat dilihat dalam ketentuan mengenai mediasi yang diatur dalam Pasal 6 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang berbunyi :

Pasal 6 Ayat (3) :

“Dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator.”

Ketentuan ini merupakan suatu proses kegiatan sebagai kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan oleh para pihak menurut ketentuan Pasal 6 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 yang berbunyi :

“Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis.”

Menurut rumusan Pasal 6 Ayat (3) UU No.30 Tahun 1999

tersebut juga dikatakan bahwa atas kesepakatan tertulis para pihak sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasehat ahli maupun melalui seorang mediator.

Menurut Undang-Undang No.30 Tahun 1999, kesepakatan penyelesaian sengketa atau beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat bagi para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik.

Dalam ketentuan ini pula dalam Pasal 6 Ayat (4) Undang-Undang No.30 Tahun 1999, dapat dikatakan bahwa Undang - Undang membedakan mediator ke dalam :

- 1) Mediator yang ditunjuk secara bersama oleh para pihak (Pasal 6 Ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999); dan
- 2) Mediator yang dibentuk oleh lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang ditunjuk oleh para pihak (Pasal 6 Ayat (4) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999).

Jenis-jenis Mediasi :

- 1) Mediasi di Pengadilan

Mediasi di Pengadilan sudah sejak lama dikenal. Para pihak yang mengajukan perkaranya ke pengadilan, diwajibkan untuk menempuh prosedur mediasi terlebih dahulu sebelum dilakukan pemeriksaan pokok perkara.

2) Mediasi di Luar Pengadilan

a) Mediasi Perbankan : Suatu Bank tentunya memiliki sistem yang sudah standar terhadap pelayanan yang dilakukan terhadap nasabahnya. Namun, tidak tertutup kemungkinan pelayanan yang diberikan Bank kepada nasabahnya tidak memberikan hasil yang memuaskan bagi nasabahnya sehingga sering kali nasabah merasa dirugikan. Nasabah sering kali menjadi tidak berdaya pada saat harus berhadapan dengan Bank di Pengadilan dan hanya bisa pasrah apabila bersengketa dengan Bank. Agar nasabah dapat terlindung hak-haknya, dibentuklah mediasi perbankan yang berfungsi sebagai lembaga penyelesaian sengketa.

b) Mediasi Hubungan Industrial : Sering kali pihak pekerja ketika berhadapan dengan pengusaha berada dalam posisi yang lemah yang disebabkan oleh berbagai macam faktor. Oleh karena itu, diperlukan suatu cara yang dapat mengakomodasi kepentingan para pihak, dengan harapan dapat diambil suatu keputusan yang dapat diterima oleh masing-masing pihak sehingga dibentuklah mediasi untuk perselisihan hubungan industrial.

c) Mediasi Asuransi : Asuransi berperan untuk mengalihkan risiko yang seharusnya ditanggung oleh nasabah asuransi. Masyarakat seringkali mengetahui asuransi hanya dari sisi manfaatnya, tetapi tidak mengetahui secara detail akan asuransi itu sendiri dan sering kali mengakibatkan terjadinya sengketa yang berbelit-belit antara perusahaan asuransi dan nasabahnya. Agar sengketa dalam bidang asuransi dapat diselesaikan dengan baik dan dapat mengakomodasi kepentingan dari masing-masing pihak, dibentuklah lembaga mediasi asuransi.

Landasan formil mengenai integrasi mediasi dalam sistem peradilan pada dasarnya, tetap bertitik tolak dari ketentuan Pasal 130 HIR. Namun untuk lebih memberdayakan dan mengefektifkannya, MA (Mahkamah Agung) memodifikasinya ke arah yang lebih bersifat memaksa.

Pada Pasal 130 Ayat (1) HIR menentukan bahwa:

“jika pada hari yang ditentukan itu kedua belah pihak datang, maka pengadilan negeri dengan pertolongan ketua mencoba akan memperdamaikan mereka.”

Hal mengenai mediasi sebelumnya telah diatur dalam Surat Edaran Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan

Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai. Pada surat Edaran tersebut, hakim tidak diberikan kewenangan yang bersifat memaksa kepada para pihak untuk melakukan penyelesaian melalui perdamaian. Sehingga Surat Edaran ini dianggap hampir sama dengan Pasal 130 HIR, yang hanya menyarankan para pihak untuk dapat berdamai.

Berdasarkan hal diatas, Surat Edaran sebelumnya kemudian diganti oleh Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (Peraturan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003). Berlakunya peraturan tersebut membuat upaya perdamaian di pengadilan, sehingga tidak lagi hanya bertumpu pada Pasal 130 HIR. Peraturan tersebut mengalami Perubahan Dengan Diterbitkan nya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan Mahkamah Agung Republik Indonesia.

Mediasi yang dijalankan oleh para pihak, dapat dilaksanakan di pengadilan atau di luar pengadilan. Hal ini bergantung pada kehendak dari para pihak yang berperkara.

c. Konsiliasi

Konsiliasi adalah upaya penyelesaian sengketa dengan cara melibatkan pihak ketiga yang memiliki kewenangan untuk memaksa

para pihak untuk mematuhi dan menjalankan hal yang diputuskan oleh pihak ketiga tersebut. Konsiliasi merupakan lanjutan dari mediasi. Mediator berubah fungsi menjadi konsiliator. Dalam hal ini konsiliasi berwenang menyusun dan merumuskan penyelesaian untuk ditawarkan kepada para pihak. Jika para pihak dapat menyetujui, solusi yang dibuat konsiliator menjadi resolution. Kesepakatan ini juga bersifat final dan mengikat para pihak.

Dalam menyelesaikan perselisihan, konsiliator memiliki hak dan kewenangan untuk menyampaikan pendapat secara terbuka dan tidak memihak kepada yang bersengketa. Selain itu, konsiliator tidak berhak untuk membuat putusan dalam sengketa untuk dan atas nama para pihak sehingga keputusan akhir merupakan proses konsiliasi yang diambil sepenuhnya oleh para pihak dalam sengketa yang dituangkan dalam bentuk kesepakatan di antara mereka.

Salah satu perbedaan antara mediasi dan konsiliasi adalah berdasarkan rekomendasi yang diberikan oleh pihak ketiga pada pihak yang bersengketa. Hanya dalam konsiliasi ada rekomendasi pada pihak-pihak yang bersengketa, sedangkan mediator dalam suatu mediasi hanya berusaha membimbing para pihak yang bersengketa menuju suatu kesepakatan.

Pada dasarnya konsiliasi memiliki karakteristik yang hampir

sama dengan mediasi, hanya saja peran konsiliator lebih aktif daripada mediator. Berikut peran dan tugas konsiliator sebagai berikut :

- 1) Konsiliasi adalah proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan secara kooperatif
- 2) Konsiliator adalah pihak ketiga yang netral yang terlibat dan diterima oleh para pihak yang bersengketa di dalam perundingan
- 3) Konsiliator bertugas membantu para pihak yang bersengketa untuk mencari penyelesaian. Konsiliator bersifat aktif dan mempunyai kewenangan mengusulkan pendapat dan merancang syarat-syarat kesepakatan di antara para pihak.
- 4) Konsiliator tidak mempunyai kewenangan membuat keputusan selama perundingan berlangsung
- 5) Tujuan konsiliasi adalah untuk mencapai atau menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima pihak-pihak yang bersengketa guna mengakhiri sengketa (Bambang Sutiyoso, Bahan Kuliah- Alternatif penyelesaian Sengketa Dagang, 2006).

d. Arbitrase

Arbitrase adalah salah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan, di mana para pihak yang bersengketa mengangkat pihak ketiga (arbiter) untuk menyelesaikan sengketa mereka. Keberadaan

pihak ketiga sebagai arbiter harus melalui persetujuan bersama dari para pihak yang bersengketa. Persetujuan bersama menjadi penting bagi arbiter, karena keberadaannya berkait erat dengan peran arbiter dalam memberikan keputusan akhir.

Arbitrase Indonesia di atur dalam Undang-Undang No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Menurut Pasal 1 Angka (1) Arbitrase (wasit) adalah :

“Cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa”.

Arbitrase digunakan untuk mengantisipasi perselisihan yang mungkin terjadi maupun yang sedang mengalami perselisihan yang tidak dapat diselesaikan secara negosiasi/konsultasi maupun melalui pihak ketiga serta untuk menghindari penyelesaian sengketa melalui Badan Peradilan yang selama ini dirasakan memerlukan waktu yang lama.

Pengertian lain Arbitrase yaitu upaya penyelesaian sengketa yang disepakati oleh para pihak untuk diselesaikan oleh orang yang dipilih oleh para pihak bersedia tunduk dan menyepakati hal yang diputuskan. Menurut Subekti, Arbitrase adalah penyelesaian atau pemutusan sengketa oleh seorang hakim atau para hakim berdasarkan persetujuan

bahwa para pihak akan tunduk pada atau menaati keputusan yang diberikann oleh hakim atau para hakim yang mereka pilih atau mereka tunjuk.

Menurut Pasal 12 Angka (1) Undang-Undang No.30 Tahun 1999 memberikan syarat yang harus dipenuhi oleh seseorang arbiter yaitu :

- 1) Ia cakap melakukan tindakan hukum;
- 2) Berumur paling rendah 35 tahun;
- 3) Tidak mempunyai hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak bersengketa;
- 4) Tidak mempunyai kepentingan financial atau kepentingan lain atas putusan arbitrase;
- 5) Serta memiliki pengalaman dan menguasai secara aktif di bidangnya paling sedikit 15 tahun.

Demikian pula pada Pasal 1 angka (7) UU No.30 Tahun 1999 mendefinisikan :

“Arbiter sebagai seorang atau lebih, yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa atau yang ditunjuk oleh pengadilan negeri atau oleh lembaga arbitrase, untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui

arbitrase”.

Arbitrase sangat berbeda dengan mediasi (konsiliasi). Perbedaan pokoknya terletak pada fungsi dan kewenangannya. Fungsi dan kewenangan Arbiter tersebut yakni :

- 1) Arbiter diberi kewenangan penuh oleh para pihak untuk menyelesaikan sengketa
- 2) Untuk itu arbiter (*arbitral tribunal*) berwenang mengambil putusan yang lazim disebut award
- 3) Sifat putusan langsung final and binding (final dan mengikat) kepada para pihak.

Begitu pula dengan tugas Arbiter tersebut, yakni :

- 1) Arbiter menjembatani para pihak dalam proses negosiasi dalam menyelesaikan sengketa ;
- 2) Arbiter Mengatur pertemuan para pihak yang bersengketa;
- 3) Arbiter memiliki kewenangan untuk memberikan keputusan akhir kepada para pihak yang bersengketa;
- 4) Arbiter didorong untuk mengungkapkan seluruh pokok masalah yang menjadi asal sengketa ;
- 5) Arbiter dituntut untuk memiliki keterampilan menemukan solusi akhir yang dapat menyelesaikan sengketa para pihak.