

KONSEP MEDIASI
**SENGKETA
WARIS**

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 19 Tahun 2002 Tentang

Hak Cipta

Lingkup Hak Cipta

1. Hak Cipta merupakan hak eksklusif bagi Pencipta atau Pemegang Hak Cipta untuk mengumumkan atau memperbanyak Ciptaannya, yang timbul secara otomatis setelah suatu ciptaan dilahirkan tanpa mengurangi pembatasan menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Ketentuan Pidana

Pasal 72

1. Barangsiapa dengan sengaja atau tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1(satu) bulan dan/atau denda paling banyak Rp. 5.000.000.000,00 (lima milyar rupiah).
2. Barangsiapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 tahun dan/atau denda paling banyak Rp.500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Dr. H. M. Arufin, S.H., M.Hum.
Abdul Mustopa, S.H., M.H.

KONSEP MEDIASI
**SENGKETA
WARIS**

GENTA
PUBLISHING

KONSEP MEDIASI SENGKETA WARIS

© M. Arufin & Abdul Mustopa

Hak Cipta dilindungi Undang-Undang
All Rights Reserved

Cetakan Pertama, Juli 2021

Editor :
Penata Letak : Amiza Ahmad
Perancang Sampul : Mugi 'Pengky'
Pracetak : Alif & Eky
Supervisi : Nasrullah Ompu Bana

GENTA
PUBLISHING

Perum Pring Mayang Regency 2 Kav. 4
Jl. Rajawali Gedongan Baru
Banguntapan, Bantul-Yogyakarta-INDONESIA
Telp. (0274) 451654
E-mail: redaksigenta@yahoo.com
WA: 0812 3781 8611
Anggota IKAPI

KONSEP MEDIASI SENGKETA WARIS

Yogyakarta: GENTA Publishing 2021
viii + 162 hlm.: 15,5 X 23 cm

ISBN:

KATA PENGANTAR

DAFTAR ISI

| | |
|---|------------|
| KATA PENGANTAR | v |
| DAFTAR ISI | vii |
| BAB I PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DALAM PERSPEKTIF TEORI DAN BUDAYA HUKUM | 1 |
| A. Konsep Pembagian Waris dalam Hukum Kewarisan Islam | 1 |
| B. Problematika Mediasi Sebagai Bentuk Penyelesaian Sengketa Waris | 5 |
| C. Kajian-Kajian Penyelesaian Sengketa Waris di Peradilan Agama | 9 |
| D. Kerangka Pemikiran dan Pendekatan Penyelesaian Sengketa Waris | 12 |
| E. Penyelesaian Sengketa Waris dalam Perspektif Teori Hukum | 17 |
| F. Penerapan Teori Keadilan, Kepastian dan Kemanfaatan Hukum | 22 |
| BAB II KONSEP MEDIASI PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DALAM SISTEM PERADILAN AGAMA | 43 |
| A. Efektivitas Penegakan Hukum Penyelesaian Sengketa Waris | 43 |
| B. Konsep Mediasi dalam Penyelesaian Sengketa Waris ... | 53 |
| C. Asas Penyelesaian Sengketa Waris dalam Hukum Islam | 61 |
| D. Penyelesaian Sengketa Waris dan Kewenangan Peradilan Agama | 66 |
| E. Pengertian dan Asas-Asas Hukum Waris Islam | 71 |
| F. Pengertian Waris dan Ahli Waris dalam Kompilasi Hukum Islam | 85 |
| BAB III PENERAPAN MEDIASI DALAM PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DI PENGADILAN TINGGI AGAMA.... | 91 |
| A. Gambaran Umum Proses Mediasi di Pengadilan Tinggi Agama | 91 |
| B. Kompetensi Mediator dalam Mediasi Penyelesaian Sengketa Waris | 100 |
| C. Implementasi Mediasi dalam Mewujudkan Kemaslahatan Hukum | 107 |

| | |
|---|------------|
| D. Efektivitas Mediasi dalam Mewujudkan Kepastian Hukum | 113 |
| E. Analisis Kompetensi Mediator Penyelesaian Sengketa Waris | 120 |
| F. Analisis Mediasi Dan Kemaslahatan Hukum Bagi Pihak Bersengketa..... | 129 |
| G. Implementasi Dan Efektivitas Mediasi Penyelesaian Sengketa Waris | 138 |
| BAB IV PENUTUP..... | 153 |
| DAFTAR PUSTAKA..... | 155 |
| BIODATA PENULIS..... | 161 |

BAB I

PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DALAM PERSPEKTIF TEORI DAN BUDAYA HUKUM

A. KONSEP PEMBAGIAN WARIS DALAM HUKUM KEWARISAN ISLAM

Hukum Kewarisan Islam adalah suatu sistem hukum yang norma dasarnya dibentuk sesuai sumbernya al-Qur'an dan al-Hadist. Kedua sumber hukum tersebut, secara khusus menunjuk ketentuan-ketentuan tentang hukum kewarisan. Oleh cendekiawan muslim terdahulu, kemudian sumber hukum tersebut diolah dan diramu serta dikonstruksikan secara sistematis melalui *Ijtihad* dengan cara/metode (*manhaj*) tertentu sehingga terbentuklah ajaran hukum-hukum kewarisan (*Fiqh al-Mawarits*) yang berlaku bagi orang-orang Islam di dunia Arab pada khususnya dan di dunia Islam pada umumnya.

Islam telah mengatur pemeluknya dalam segala aspek kehidupan melalui syariah yang dituangkan dalam kaedah-kaedah dasar dan aturan-aturan. semua pemeluk Islam diwajibkan untuk mentaatinya ataupun mempraktikkan dalam praksis kehidupan. Sehingga sangat wajar bila interaksi antara sesama umat Islam yang berdasarkan syariah perlu mendapat kajian yang serius karena umat perlu panduan keilmuan supaya tidak salah berperilaku. Karena itu perlu pengkajian aturan Islam dalam seluruh sisi kehidupan kita sehari-hari, diantaranya yang berawal dari interaksi sosial dengan sesama manusia, khususnya dalam hal ekonomi.

Hukum Islam, hukum yang bersumber dari al Quran dan hadist, merupakan salah satu dari sumber bahan baku dalam pembangunan hukum nasional. Al Qur'an sebagai sumber utama rujukan mujtahid (ahli hukum) dalam menetapkan hukum Islam tak lepas dari sorotan para pemerhati hukum. Noel J.Coulson¹ mengemukakan bahwa ajaran-ajaran al Qur'an sebagian besar terdiri atas berbagai proposisi yang umum dan luas bukan terdiri atas berbagai formulasi legalistik khusus. Kandungan khusus hukum-hukum yang diperoleh dari al Qur'an sebagian besar sangat bergantung pada penafsiran yang dipilih oleh para ahli hukum untuk diberlakukan dengan memberi tekanan-tekanan.

Pandangan Savigny¹ tentang hukum nampaknya juga dapat dipakai untuk menganalisis hukum Islam. Menurut Savigny hukum bukanlah hanya sekedar ungkapan yang terdiri dari sekumpulan peraturan (*judicial precedent*).

¹ Cotterrell, Roger, *The Sociologi of Law an Introduction*, Butterwoths, London, 1984 ,hlm. 21

Artinya ada suasana dialogis antara hukum dengan kondisi sosial masyarakat yang ada.

Kondisi sosial yang melingkupi kehidupan para *mujtahid* (ahli hukum) memiliki kontribusi dalam melahirkan pemikiran hukum Islam. Produk hukum Islam yang berlaku di Indonesia merupakan produk hukum yang dilahirkan oleh *mujtahid* pada abad-abad pertama hijriyah (abad 10 M)². Kondisi sosial yang ada pada waktu itu sangat jauh berbeda dengan kondisi sosial Indonesia pada saat ini. Perubahan sosial yang ditimbulkan oleh ruang dan waktu secara langsung berpengaruh pada perubahan hukum.

Syariat Islam menetapkan aturan waris dengan bentuk yang sangat teratur dan adil, di dalamnya ditetapkan hak kepemilikan harta bagi setiap manusia, baik laki-laki maupun perempuan dengan cara yang legal. Syariat Islam juga menetapkan hak pemindahan kepemilikan seseorang sesudah meninggal dunia kepada ahli warisnya, dari seluruh kerabat dan *nasabnya*, tanpa membedakan antara laki-laki dan perempuan, besar atau kecil.

Al-Qur'an menjelaskan dan merinci secara detail hukum-hukum yang berkaitan dengan hak kewarisan tanpa mengabaikan hak seorang pun. Bagian yang harus diterima semuanya dijelaskan sesuai kedudukan *nasab* terhadap pewaris, apakah dia sebagai anak, ayah, istri, suami, kakek, ibu, paman, cucu, atau bahkan hanya sebatas saudara seayah atau seibu.

Pada Perkembangannya di Indonesia telah mengalami perobahan baik dalam penafsiran maupun dalam penerapannya melalui kompilasi dan yurisprudensi, hukum Kewarisan Islam di Indonesia mengalami dinamika yang menarik, permasalahan hukum tentang Wasiat dan Penggantian Ahli Waris merupakan permasalahan hukum baru yang diperoleh berdasarkan penemuan hukum melalui *Ijtihad* dari para ahli hukum Islam di tanah air. Hal ini dimungkinkan terjadi, mengingat terdapatnya pluralitas pemahaman hukum di antara masyarakat muslim di Indonesia.

Hukum Islam itu sendiri di Indonesia, sejarahnya berkembang melalui lima teori, yaitu: 1. Teori Kredo atau *Syahadat*; 2. Teori *Receptio in Complexu*; 3. Teori *Receptie*; 4. Teori *Receptio in Exit*; 5. Teori *Receptio a Contrario*.³

Sebagaimana diketahui bahwa mayoritas umat Islam di Indonesia adalah penganut *mazhab* Syafi'i, sehingga yang berlaku dalam hal penerapan hukum adalah teori nonteritorial⁴. Teori nonteritorial menurut Asy-Syafi'i *Rahimakumullah* menyatakan bahwa seorang Muslim selamanya terikat untuk melaksanakan hukum Islam dimanapun ia berada, baik di wilayah hukum yang berlaku hukum Islam, maupun wilayah hukum yang hukum Islam tidak diberlakukan.⁵

² Imron, 2008, Kontribusi Hukum Islam Terhadap Pembangunan Hukum Nasional (Studi Tentang Konsepsi Taklif dan Mas'uliyat dalam Legislasi Hukum), Disertasi, Program Doktor Ilmu Hukum (PDIH) Universitas Diponegoro, Semarang, hlm.2

³ JuhajaS.Praja, 2013, FilsafatHukum, Unisba, Bandung, Hlm.69

⁴ JuhayaS.Praja, FilsafatHukum Islam, Unisba, Bandung, 1995,ham.134

⁵ Juhaya,S.Praja, TeoriHukumdanAplikasinya, CV.PustakaSetia, Bandung, 2011, Hlm.115

Mahkamah Agung sebagai lembaga tertinggi penyelenggara kekuasaan kehakiman di Negara Indonesia selalu mencari solusi yang terbaik untuk menanggulangi masalah bertumpuknya perkara kasasi, banyaknya keresahan di kalangan pencari keadilan oleh karena lamanya waktu yang dipergunakan serta tingginya biaya yang harus dikeluarkan untuk mencapai keadilan, maka Mahkamah Agung RI memilih mediasi sebagai salah satu solusi yang terbaik untuk menanggulangi masalah tersebut.

Salah satu faktor yang mendukung pelaksanaan proses mediasi di pengadilan adalah keberadaan besarnya biaya perkara apabila ditempuh dengan litigasi⁶, mengakibatkan tingginya biaya ekonomi, dan sia-sianya waktu yang dihabiskan untuk berperkara, hal ini bagi praktisi hukum (advokat, pengacara) dimasukkan sebagai biaya cadangan, yang tentunya dibebankan kepada pihak yang berperkara. Kepiawaian hukum dijadikan alat untuk memanipulasi klien dan sistem hukum yang ada, yang pada ujungnya adalah untuk memperkaya diri sendiri. Demikian sulitnya akhirnya melahirkan arus balik yang mengarah kepada upaya menjauh dari *adversary* (musuh), dan ADR seolah menjadi solusi yang selama ini terjadi.

Metode penyelesaian sengketa paling konvensional adalah litigasi (proses pengadilan). Namun karena kompleksitas dan sering disalah gunakan, proses pengadilan menuai kritik seperti sekarang yang menunjukkan pada kelemahan pada sistem peradilan.

Berkaitan dengan permasalahan tersebut, muncul ide dan usaha untuk menyelesaikan sengketa di luar sistem litigasi (di luar pengadilan), mencari cara-cara yang lebih efisien dan efektif, sederhana, cepat dan biaya ringan serta memuaskan pihak-pihak yang bersengketa.

Landasan filosofis tentang penyelesaian konflik melalui mediasi pernah dilaksanakan oleh Rasulullah Muhammad *Shallallohu Alaihis Wa Salam*, baik sebelum menjadi Rasul maupun setelah menjadi Rasul. Sejarah mencatat pada saat proses penyelesaian konflik (sengketa) dapat ditemukan dalam peristiwa peletakan kembali *Hajar Aswad* (batu hitam pada sisi Kabah) dan perjanjian *Hudaibiyah*. Kedua peristiwa ini dikenal baik oleh kaum muslimin di seluruh dunia, dan karena itu diterima secara umum. Peletakan kembali Hajar Aswad dan perjanjian *Hudaibiyah* memiliki nilai dan strategi resolusi konflik (sengketa) terutama mediasi dan negoisasi, sehingga kedua peristiwa ini memiliki perspektif yang sama yaitu mewujudkan perdamaian.⁷

Peletakan batu Ka'bah yang dilaksanakan oleh para kabilah, dapat terjadi Alhamdulillah dikarenakan *Rosululloh shalallohu alaihi wasalam* mampu mendamaikan dengan memberikan pengertian, dan penjelasan secara kekeluargaan kepada para pihak (*kabilah* yang bersengketa dalam peletakan

⁶ Wirhanuddin, 2012, Disertasi, Mediasi Perspektif Hukum Islam, Studi Kasus di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar, Pascasarjana UIN Alauddin Makassar

⁷ Hamadi Redissidan Jon-Erik Lane, "Does Islam Partivide a Theory of Violence", dalam Amelie Blom, Laetitia Bucaille dan Luis Martinez, *The Enigma of Islamits Violence*, New York: Columbia University Press, 2007, Hlm.48. Baca Syahril Abbas, *Mediasi dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, & Hukum Nasional*, Jakarta: Kencana, 2011, Hlm.166.

batu ka'bah tersebut), yang mana hal ini juga merupakan bentuk kadar keilmuan *Rosululloh shalallohu alaihi wasalam*, serta kemampuan berkomunikasi secara baik, jelas dan tegas, sehingga dalam upaya mewujudkan perdamaian dapat diambil *ibrah* dari kejadian tersebut, dimana proses mediasi sudah dijalankan dengan baik oleh *Rosululloh shalallohu alaihi wasalam*, beliau bertindak sebagai mediator terhadap para pihak yang bersengketa yakni pemimpin-pemimpin kabilah Arab pada masa tersebut.

Hal ini relevan dengan dasar hukum secara religi yaitu al Qur'an, khususnya QS. Al hujurat Ayat 9-10, yang artinya:

"Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya, tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali kepada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil. Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara, sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat." (Qur'an Surat Al Hujurat 9-10)

Sikap kompromi *take and give* (mengambil dan memberikan) telah ditunjukkan dan dicontohkan oleh Nabi Muhammad *Shallallohu Alaihis wa Salam*. dalam perjanjian *Hudaibiyah*. Mediator atau para pihak harus memahami bahwa penyelesaian sengketa melalui mediasi tidak mungkin mampu memenuhi seluruh tuntutan, dan kemudian berusaha untuk saling memahami dan tolak tarik kepentingan dari kedua belah pihak. Dalam hal ini, ada unsur memberi dan ada unsur menerima dari kedua belah pihak, sehingga tidak ada yang merasa dirugikan satu sama lain.

Mediasi yang telah menjadi inspirasi bagi para pembuat kebijakan untuk mengadopsi dalam sistem peradilan, yang dikenal dengan "*court connected mediation*". Masyarakat Indonesia sejak dahulu mengenal berbagai model penyelesaian sengketa di luar pengadilan, misalnya pelaksanaan proses adat yakni pengadilan desa yang dilakukan kepala desa, tokoh agama dan adat. Pada suku bangsa tertentu, juga mempunyai lembaga adat tersendiri untuk menyelesaikan sengketa atau perselisihan masyarakat. Semua pencari keadilan dimanapun juga, sangat mendambakan pemeriksaan dan penyelesaian perkara yang cepat, sederhana, dan biaya ringan.

Mediasi di Pengadilan Agama memiliki tujuan yang sangat mulia. Tujuan tersebut diarahkan kepada para pihak yang sedang berperkara dan kepada Pengadilan Agama itu sendiri. Bagi para pihak yang berperkara mediasi bertujuan untuk (a) tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh para pihak sehingga para pihak tidak menempuh upaya banding dan kasasi, (b) penyelesaian perkara lebih cepat dan biaya murah, (c) hubungan baik para pihak yang bersengketa tetap dapat dijaga, dan (d) lebih tinggi tingkat kemungkinan untuk melaksanakan kesepakatan, di lain sisi bagi Pengadilan Agama, tujuan mediasi adalah (a) mengurangi kemacetan dan penumpukan perkara (*court congestion*) di

pengadilan, dan (b) memperlancar jalur keadilan (*access to justice*) di masyarakat.⁸

B. PROBLEMATIKA MEDIASI SEBAGAI BENTUK PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Mediasi merupakan salah satu upaya penyelesaian sengketa dimana para pihak yang berselisih atau bersengketa bersepakat untuk menghadirkan pihak ketiga yang independen guna bertindak sebagai mediator (penengah). Mediasi sebagai salah satu proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan, dewasa ini digunakan oleh pengadilan sebagai proses penyelesaian sengketa. Bentuk penyelesaian sengketa dengan cara mediasi yang sekarang dipraktikkan terintegrasi dengan proses peradilan.⁹

Ditemukan fakta bahwa mediasi belum efektif menanggulangi tumpukan perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, temuan awal sementara diketahui profesionalisme fungsi mediator yang bersertifikat belum terlihat optimal dan diduga memengaruhi keberhasilan mediasi di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, di lain sisi keberadaan penerapan mediasi di Pengadilan Agama tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Penelitian yang dilakukan Wirhanuddin (2012)¹⁰, ditemukan fakta bahwa mediasi belum efektif menanggulangi tumpukan perkara di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar, profesionalisme hakim yang menjalankan fungsi mediator sangat lemah dan memengaruhi keberhasilan mediasi di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar, serta penerapan mediasi di Pengadilan Agama tidak bertentangan dengan hukum Islam.

Masyarakat pencari keadilan di Pengadilan Agama sangat berharap dapat mempergunakan mediasi dalam menyelesaikan perkaranya sehingga berimplikasi terhadap keutuhan keluarga dan terpeliharanya harta yang dipersengketakan dari kehancuran. Perlunya pelaksanaan pelatihan mediator secara berkesinambungan dengan memperhatikan bakat sebagai mediator,

⁸ Tujuan adanya mediasi yang terintegrasi dalam proses berperkara di pengadilan menurut Perma Nomor 1 Tahun 2016 dalam dictum menimbanginya dikatakan adalah, a) bahwa Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif, dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada Para Pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan serta berkeadilan; b) Bahwa dalam rangka reformasi birokrasi Mahkamah Agung Republik Indonesia yang berorientasi pada visi terwujudnya badan peradilan Indonesia yang agung, salah satu elemen pendukung adalah Mediasi sebagai instrument untuk meningkatkan akses masyarakat terhadap keadilan sekaligus implementasi asas penyelenggaraan peradilan yang sederhana, cepat, dan berbiaya ringan

⁹ Mediasi dalam proses hokum acara perdata dilihat dari segi administrasi akan mengurangi tekanan perkara di pengadilan sehingga pemeriksaan perkara dapat dilakukan lebih bermutu, karena tidak ada ketergesa-gesaan, efektif, efisien dan mudah dikontrol. Lihat dalam Bagir Manan, "PeranSosok Hakim Agama sebagai Mediator dan Pemutus Perkara serta Kegamangan masyarakat terhadap Keberadaan lembaga Peradilan," sambutan Ketua Mahkamah Agung RI. Pada Serah Terima Ketua Pengadilan Tinggi Agama Medan. ,22 Agustus 2003, Hlm.4

¹⁰ Wirhanuddin, 2012, op.cit

para ahli negosiasi yang ada dilingkungan akademisi diharapkan berpartisipasi dengan mendaftarkan diri di Pengadilan Agama Tingkat Pertama.

Implikasi terhadap penerapan mediasi di Pengadilan Agama dikemukakan dari sudut pandang yaitu dari sudut kasus keluarga Islam di Indonesia yang masuk di Pengadilan Agama memerlukan penanganan dan penyelesaian secara komprehensif. Di negara Indonesia yang sebagian besar penduduknya adalah beragama Islam *ahlus sunnah wal jamaah*, dalam penerapan dan pelaksanaan hukum yang berlaku tidak terlepas dari pelaksanaan hukum Islam, khususnya dalam hal waris (*Fiqh al-Mawarits*), sehingga keberadaan ilmu hukum waris yang didasari dengan pemahaman hukum Islam mutlak diperlukan di negara kita tercinta ini, dan hal ini sudah diterapkan dalam pengadilan agama-pengadilan agama di hampir seluruh wilayah Indonesia.

Penyelesaian sengketa dengan cara mediasi yang dewasa ini dipraktikkan di pengadilan memiliki kekhasan, yaitu dilakukan ketika perkara sudah di daftar di pengadilan (*connected to the court*). Landasan yuridisnya diawali pada tahun 2002 dan terus mengalami perbaikan baik dalam proses maupun pelaksanaannya dengan Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 2 Tahun 2003 dan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, serta disempurnakan dengan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, yang diundangkan di Jakarta pada tanggal 4 Februari tahun 2016.

Peradilan agama sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman telah mempraktikkan mediasi di dalam proses penyelesaian perkara. Secara teoritis, penyelesaian sengketa melalui mediasi di pengadilan agama membawa sejumlah keuntungan, antara lain perkara dapat diselesaikan dengan cepat dan biaya ringan dan mengurangi kemacetan dan penumpukan perkara (*court congestion*) di pengadilan.

Menurut Perma Nomor 1 Tahun 2016, Pasal 27 Ayat (1) apabila mediasi berhasil, maka Para Pihak dengan bantuan Mediator wajib merumuskan kesepakatan secara tertulis dalam Kesepakatan Perdamaian yang ditandatangani oleh Para Pihak dan Mediator. Pasal 27 Ayat (1) juga menyebutkan Dalam membantu merumuskan Kesepakatan Perdamaian, Mediator wajib memastikan Kesepakatan Perdamaian tidak memuat ketentuan yang: a. bertentangan dengan hukum, ketertiban umum, dan/atau kesusilaan; b. merugikan pihak ketiga; atau c. tidak dapat dilaksanakan. Sehingga keberadaan Perma Nomor 1 tahun 2016 dijadikan substansi peraturan yang menjadi pijakan dasar dalam pelaksanaan penelitian disertasi ini

Tonggak sejarah dimulainya program mediasi di Indonesia dapat ditandai dengan dikeluarkannya Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia (PERMA RI) No. 2 Tahun 2003 tanggal 11 September 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. PERMA RI ini mewajibkan para hakim di Pengadilan Negeri pada hari sidang pertama memerintahkan para pihak yang berperkara (perdata) untuk lebih dahulu menempuh mediasi. Oleh karena ketentuan mediasi tersebut masih relatif baru, maka belum dapat terlalu

mengharapkan efektivitas penggunaan mediasi di Indonesia, khususnya pada jalur pengadilan (*court conneted mediation*).

Selama diberlakukannya PERMA RI No. 2 Tahun 2003 telah diadakan uji coba dengan menetapkan empat pengadilan sebagai pilot proyek yaitu masing-masing Pengadilan Negeri Tingkat Pertama Jakarta Pusat, Pengadilan Negeri Tingkat Pertama Surabaya, Pengadilan Negeri Tingkat Pertama Batu Sangkar, dan Pengadilan Negeri Tingkat Pertama Bengkalis. Mahkamah Agung Republik Indonesia telah menunjuk *Indonesia for Conflict Transformation* (IICT) sebagai mitra kerja untuk melaksanakan teknik-teknik mediasi bagi calon-calon mediator dan pelatihan pengadministrasian perkara bagi para panitera bagi pengadilan tingkat pertama tersebut diatas.¹¹

Sehubungan dengan hukum yang berlaku di Pengadilan Agama, maka yang terbaik segala aturan yang diberlakukan tidak boleh bertentangan dengan hukum Islam. Sebagai usaha untuk menjaga adanya hukum yang diterapkan di Pengadilan agama bertentangan dengan hukum Islam, maka perlu diadakan pengkajian secara komprehensif, walaupun telah banyak tulisan atau kajian yang telah diadakan oleh para pemerhati, maka peneliti ingin berusaha untuk turut menyumbangkan pemikiran dalam hal pengintegrasian proses mediasi dalam beracara di pengadilan agama.

Hukum kewarisan sebagai pernyataan tekstual yang tercantum dalam al-Qur'an dan Sunnah itu berlaku secara universal bagi seluruh umat Islam dan mengandung nilai-nilai yang bersifat abadi,¹²16 tetapi, dalam beberapa hal masih diperlukan adanya ijtihad, yakni terhadap hal-hal yang tidak ditentukan dalam al-Qur'an dan Sunnah, oleh karena itu masih memerlukan penafsiran, dalam konteks inilah menurut Sajuti Thalib, corak kehidupan masyarakat pada suatu negara/daerah tertentu bisa memberikan pengaruh yang signifikan terhadap hukum kewarisan Islam, walaupun pengaruh itu hanya dipandang relevan selama tidak melampaui garis-garis pokok dari ketentuan hukum kewarisan yang baku.¹³17 dengan demikian keberadaan hukum waris secara legalitas masih dapat diselesaikan sengketanya melalui sebuah perundingan perdamaian ataupun sebuah proses mediasi.

Secara teoritis mediasi mempunyai tujuan yang mulia dan secara konseptual perdamaian dilakukan secara terus menerus selama perkara belum diputus, bahkan untuk mediasi Perma No. 1 Tahun 2008 memberikan waktu selama 40 hari dan bila perlu dapat diperpanjang sampai 14 hari lagi, tetapi dalam praktiknya keberhasilan mediasi/perdamaian sangat kecil terutama dalam perkara waris, sebagaimana tampak pada laporan perkara Tahun 2012 dan Tahun 2013 (sebagian pengumpulan data penelitian ini dilakukan pada saat berlakunya periode Perma Nomor 1 tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi), yang dijadikan sebagai obyek penelitian dalam penelitian disertasi ini.

¹¹ Ibid.

¹² 16 Idris Djakfardan Taufik Yahya, *Kompilasi Hukum Kewarisan Islam* (Jakarta: Pustaka Jaya, 1995), hlm. 1-2.

¹³ 17 Sajuti Thalib, *Hukum Kewarisan Islam di Indonesia* (Jakarta: Bina Aksara 1982), hlm. 74.

Berdasarkan temuan data di Pengadilan Agama-Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, akan dikemukakan dalam tabulasi sebagai berikut:

Tabel 1.1.

Penyelesaian Kasus Perkara Waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama

| Tahun | P.A.Lamongan | | P.A.Tuban | | P.A.Gresik | | P.A.Surabaya | |
|----------------|--------------|----|-----------|----|------------|----|--------------|----|
| | Ks | Md | Ks | Md | Ks | Md | Ks | Md |
| 2012 | 1 | - | 7 | - | 4 | - | 23 | - |
| 2013 | 6 | - | 5 | - | 4 | 1 | 35 | - |
| 2014 | 2 | - | - | - | 6 | - | 21 | - |
| % keberhasilan | 0% | | 0% | | 7,1% | | 0% | |

Sumber: badilag.net 2014 diolah peneliti (2017)

Ks: Kasus

Md: diselesaikan dengan Mediasi

Berdasarkan tabel 1.1 diketahui bahwa kasus perkara waris yang ditangani Pengadilan Agama di wilayah kerja Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, dalam hal keberhasilan proses mediasi yang ditempuh sebagai proses penyelesaian perkara dari 4 (empat) Pengadilan Agama sepanjang tahun 2012 sampai tahun 2014, hanya 1 kasus perkara waris di kabupaten Gresik yang diselesaikan melalui jalur mediasi, yang mana untuk 1 (satu) kasus yang ditangani tahun 2013 di Pengadilan Agama Gresik tersebut pada akhirnya dituangkan dalam akta perdamaian oleh putusan Majelis Hakim Pengadilan Agama Kabupaten Gresik.

Kondisi ketidakberhasilan penyelesaian perkara waris melalui jalur mediasi secara umum diketahui disebabkan oleh beberapa hal, di samping faktor internal mediator antara lain kompetensi mediator secara individu, serta pemahaman para mediator yang masih belum sepenuhnya menguasai ilmu waris, diketahui dari rata-rata mediator yang menangani perkara waris pada saat mediasi masih terdapat belum sepenuhnya menguasai ilmu *Faraid*, padahal salah satu yang mendukung keberhasilan mediasi adalah kompetensi mediator yang benar-benar konsens, simultan dan profesional melakukan mediasi, sehingga keberadaan mediator bersertifikat yang umumnya berasal dari jalur non hakim belum menunjukkan keberhasilan yang signifikan dalam memediasi perkara waris di wilayah PTA Surabaya.

Berdasarkan realita ini, dapat disimpulkan bahwa masalah yang akan dikaji dalam penyusunan disertasi ini adalah terdapat kesenjangan yang lebar antara konsep dan cita ideal mediasi dengan fakta mediasi di lapangan. Realitas yang demikian ini mendorong peneliti untuk melakukan penelitian secara mendalam tentang pelaksanaan mediasi perkara waris di Pengadilan Agama *in cassu* di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, yang di dalamnya meliputi pula faktor-faktor yang menunjang keberhasilan mediasi dan faktor-faktor yang menjadi kendala yang mengakibatkan mediasi dan perdamaian perkara waris sulit tercapai, dan selanjutnya perlu dilakukan langkah-langkah kongkrit dan aplikatif secara konsepsional, terukur dan terstruktur sehingga

bisa mengoptimalkan mediasi perkara waris di Pengadilan Agama, dan pada akhirnya target yang hendak dicapai mediasi/perdamaian dapat berhasil.

Menurut peneliti, hal penting yang perlu digarisbawahi adalah bahwa keberadaan mediasi dalam menyelesaikan perkara waris harus dilakukan oleh mediator yang cukup memiliki profesionalisme dan kompetensi sesuai dengan perkara yang ditangani, terlebih perkara waris. Kondisi masih banyaknya ketidakberhasilan penyelesaian perkara waris melalui jalur mediasi secara umum, menjadikan indikasi bahwa proses mediasi perkara waris belum efektif, dan dikuatirkan menimbulkan ketidak pastian hukum dalam proses penyelesaiannya di masa yang akan datang.

Keberadaan sengketa perkara waris yang merupakan bagian dari acara perdata dapat diselesaikan melalui jalur mediasi secara formal didukung dengan payung hukum sesuai Perma Nomor 1 tahun 2016 Huruf (d) tentang prosedur Mediasi: bahwa Prosedur Mediasi di Pengadilan menjadi bagian hukum acara perdata dapat memperkuat dan mengoptimalkan fungsi lembaga peradilan dalam penyelesaian sengketa¹⁴; Sehingga dengan demikian maka bidang waris merupakan bidang hukum perdata yang dapat diselesaikan sengketanya dengan perdamaian yang kewenangan sepenuhnya ada pada para pihak.

C. KAJIAN-KAJIAN PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DI PERADILAN AGAMA

Peradilan agama telah mempraktikkan mediasi berdasarkan Perma Nomor 1 Tahun 2016, namun demikian, terdapat sejumlah kesenjangan antara teori mediasi dengan implementasinya di pengadilan agama, baik berdasarkan pengamatan peneliti pada saat melaksanakan tugas sebagai Hakim PA ataupun berdasarkan kajian empiris yang telah dilakukan oleh peneliti terdahulu yaitu:

1. Hasil evaluasi oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia yang dikemukakan dalam Dokumen Reviu Kedua Rencana Strategis Mahkamah Agung Tahun 2015-2019 diketahui dari tahun 2013¹⁵, berdasarkan hasil laporan tahunan, tingkat keberhasilan mediasi belum efektif yaitu berkisar 20% hal ini disebabkan oleh karena mediasi di lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama memang belum menjadi pilihan utama bagi pencari keadilan dalam penyelesaian sengketa/perkara. Khusus pada Peradilan Agama, keberhasilan mediasi dinilai relatif kecil. Faktor-faktor penghambat kegagalan mediasi di Pengadilan meliputi
 - a. Belum semua hakim memperoleh pelatihan mediasi sehingga pemahaman mereka tentang mediasi belum seragam
 - b. Jumlah hakim di beberapa daerah masih terbatas sehingga mereka lebih fokus untuk menyelesaikan perkara secara litigasi

¹⁴ Perma Nomor 1 tahun 2016, tentang Prosedur Mediasi

¹⁵ Dokumen Reviu Rencana Strategis (Renstra) Mahkamah Agung Tahun 2015-2019, Penerbit Mahkamah Agung RI, Jakarta, April 2017

- c. Kurangnya pengetahuan para pihak yang berperkara tentang keuntungan penyelesaian perkara melalui mediasi
 - d. Adanya peran pengacara yang menghambat mediasi karena akan berimbas pada *financial fee* yang mereka dapatkan dari para klien
 - e. Sebagian hakim masih memandang mediasi sebagai penambahan beban pekerjaan mereka dalam memutus perkara;
 - f. Adanya keengganan hakim untuk mengoptimalkan mediasi karena ketiadaan sistem *rewards and punishments* dalam pelaksanaan mediasi.
2. Secara teoritis, mediasi di Peradilan Agama memiliki tujuan yang sangat mulia. Tujuan tersebut diarahkan kepada para pihak yang sedang berperkara dan kepada Pengadilan Agama itu sendiri. Bagi para pihak yang berperkara mediasi bertujuan untuk (a) tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak sehingga para pihak tidak menempuh upaya banding dan kasasi, (b) penyelesaian perkara lebih cepat dan biaya murah, (c) hubungan baik para pihak yang bersengketa tetap dapat di jaga, dan (d) lebih tinggi tingkat kemungkinan untuk melaksanakan kesepakatan. Sedangkan bagi Pengadilan Agama, tujuan mediasi adalah (a) mengurangi kemacetan dan penumpukan perkara (*court congestion*) di pengadilan, dan (b) memperlancar jalur keadilan (*aces to justice*) di masyarakat.¹⁶
 3. Penelitian yang dilakukan Wirhanuddin¹⁷, ditemukan fakta bahwa mediasi belum efektif menanggulangi tumpukan perkara di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar, profesionalisme hakim yang menjalankan fungsi mediator sangat lemah dan memengaruhi keberhasilan mediasi di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar, serta penerapan mediasi di Pengadilan Agama tidak bertentangan dengan hukum Islam. Masyarakat pencari keadilan di Pengadilan Agama sangat berharap dapat mempergunakan mediasi dalam menyelesaikan perkaranya sehingga berimplikasi terhadap keutuhan keluarga dan terpeliharanya harta yang dipersengketakan dari kehancuran. Perlunya pelaksanaan pelatihan mediator secara berkesinambungan dengan memperhatikan bakat sebagai mediator, para ahli negosiasi yang ada dilingkungan akademisi diharapkan berpartisipasi dengan mendaftarkan diri di Pengadilan Agama Tingkat Pertama.

¹⁶ Tujuan adanya keterpisahan mediasi dari litigasi menurut Perma Nomor 1 Tahun 2016 Terhitung sejak penetapan perintah melakukan Mediasi dan penunjukan Mediator sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20 ayat (5), jangka waktu proses Mediasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (2) dan ayat (3), serta Pasal 33 ayat (4) tidak termasuk jangka waktu penyelesaian perkara sebagaimana ditentukan dalam kebijakan Mahkamah Agung mengenai penyelesaian perkara di Pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding pada 4 (empat) lingkungan peradilan. .

¹⁷ Wirhanuddin, 2012, *Mediasi Perspektif Hukum Islam*, Studi Kasus di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar, Disertasi, Pascasarjana UIN Alauddin Makassar.

4. Penelitian oleh Salamah¹⁸. kesimpulan disertasinya menyatakan bahwa pengintegrasian mediasi dalam proses beracara di pengadilan tidak sulit untuk dilaksanakan karena disamping hukum acara perdata Indonesia berdasarkan pasal 130 HIR dan pasal 154 RBg telah memberikan celah bagi terintegrasinya mediasi dalam 5 proses beracara di pengadilan. Selain itu dikemukakan bahwa ada 3 (tiga) faktor yang mempengaruhi penyelesaian sengketa melalui mediasi di pengadilan negeri proyek percontohan Mahkamah Agung dapat berhasil, yaitu para pihak yang bersengketa beritikad baik, hakim mediator berusaha dengan sungguh-sungguh mendorong para pihak mencapai kesepakatan dan ketiga adalah jenis sengketanya mudah diselesaikan. Selanjutnya, kegagalan mediasi di pengadilan negeri percontohan disebabkan oleh faktor para pihak yang tidak memiliki itikad baik dan lemahnya profesionalisme hakim mediator.
5. Hidayat¹⁹ dalam penelitiannya, Masykur Hidayat mengemukakan bahwa hadirnya mediasi sebagai salah satu proses yang wajib dilaksanakan sebagaimana diatur dalam Perma Nomor 2 Tahun 2003 akan sangat membantu mengurangi formalitas perdamaian dan dapat meningkatkan penyelesaian sengketa secara damai. Hasil penelitian Masykur baru sebatas mengkaji mediasi di Peradilan Umum.
6. Penelitian I Made Sukadana²⁰ menyimpulkan bahwa mediasi dapat membantu menekan proses peradilan yang lambat menjadi cepat. Keberadaan sebuah konflik yang terjadi dalam masyarakat dapat berlanjut menjadi perkara apabila yang berangkutan merasa hak-haknya terganggu kemudian memasukkan atau mengajukan gugatan di pengadilan dan setelah terdaftar resmi menjadi perkara. Sehubungan dengan hal tersebut penanganan perkara di Indonesia, sekarang telah menimbulkan masalah serius bertumpuknya perkara baik di tingkat pertama, banding, maupun tingkat kasasi. Konflik dapat berlanjut menjadi sengketa dan sengketa perlu ditangani dengan baik agar terhindar dari persoalan yang lebih besar. Penyelesaian sengketa dapat ditempuh berbagai cara, antara lain melalui "*Alternative Dispute Resolution (ADR)*" padanannya dalam bahasa Indonesia dapat disebut Pilihan Penyelesaian Sengketa (PPS), yang berupa negosiasi, mediasi, arbitrase, dan perdamaian desa. Konflik yang berlanjut menjadi sengketa di pengadilan banyak terjadi di negara hukum Republik Indonesia, yang bersifat perdata. Dilihat dari subyeknya konflik yang menjadi sengketa bersifat perorangan, kelompok, dan dapat pula bersifat keluarga. Sehingga sebagai upaya untuk meminimalisir penumpukan perkara

¹⁸ Yayah Yarotul Salamah, 2009, *Mediasi dalam Proses Beracara di Pengadilan: Studi Mengenai Mediasi di Pengadilan Negeri Proyek Percontohan Mahkamah Agung RI*. Disertasi, Unibraw.

¹⁹ Masykur Hidayat, 2006. *Keberadaan Lembaga Perdamaian, Dading, Setelah Berlakunya Perma Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*. Diusertasi, Tidak diterbitkan

²⁰ I Made Sukadana, 2006. *Disertasi, Mediasi dalam Sistem Peradilan Indonesia untuk Mewujudkan Proses Peradilan Yang Cepat dan Biaya Ringan*. Unibraw.

diupayakanlah jalur mediasi, yang mana penyelesaian sengketa melalui mediasi dapat dipersamakan dengan penyelesaian sengketa melalui "hakam" dan bentuk operasionalnya adalah "tahkim", hal tersebut dikemukakan dalam Al-Qur'an.

7. Dalam implementasinya kondisi masih banyaknya ketidakberhasilan penyelesaian perkara waris melalui jalur mediasi secara umum dalam mengupayakan penyelesaian perkara melalui mediasi oleh mediator bersertifikat dapat menambah waktu, menambah beban kerja hakim sebagai mediator, selain itu kemampuan mediator dari individu non hakim yang belum memberikan kontribusi terhadap perkara waris yang ditangani dengan tidak adanya satupun kesepakatan para pihak yang dituangkan dalam akte perdamaian, meskipun mediator tersebut bersertifikat sebagai mediator dan adanya sikap dari para pihak yang memandang mediasi sebagai sarana yang dapat menghambat para pihak menyelesaikan sengketa di pengadilan, kondisi ini menunjukkan bahwa keberadaan kompetensi para petugas yang ditunjuk atau bertugas menjadi mediator yang sudah memiliki sertifikat mediator, masih belum memiliki kompetensi yang cukup relevan dengan tugas dan permasalahan yang dilaksanakan, dimana keberadaan kompetensi yang mendukung mediator dalam melaksanakan proses mediasi seyogyanya dapat mewujudkan efektivitas mediasi dalam menangani perkara waris.

D. KERANGKA PEMIKIRAN DAN PENDEKATAN PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Penelitian akan lebih jelas, dengan adanya gambaran penelitian yang dilakukan, juga untuk memudahkan bagaimana hasil penelitian dapat dipahami alur berpikirnya maka kerangka berpikir penelitian haruslah dirumuskan dengan jelas.

Penelitian ini mencoba mengkombinasikan beberapa teori dalam kajian hukum normatif, yang dikuatkan dengan temuan hasil penelitian terdahulu. Kolaborasi ilmiah, sistematis dari metodologis tersebut diharapkan dapat menghasilkan penelitian yang benar-benar relevan dengan tujuan pelaksanaannya serta merupakan sebuah temuan baru yang tidak *over lap* dan dengan penelitian sebelumnya.

Keadilan dan Kepastian adalah dua nilai aksiologis di dalam hukum. Wacana filsafat hukum sering mempersoalkan kedua nilai ini seolah-olah keduanya merupakan antinomi, sehingga filsafat hukum dimaknai sebagai pencarian atas keadilan yang berkepastian atau kepastian yang berkeadilan.²¹

Menurut Sudikno Mertokusumo²², kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Kepastian

²¹ Ibid.hlm.3

²² Mertokusumo, Sudikno, MengenalHukum (SuatuPengantar), Yogyakarta, Liberty, 2003, hlm. 22

hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan.

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian sendiri disebut sebagai salah satu tujuan dari hukum.²³ Kata "kepastian" berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai *premis mayor*, sedangkan peristiwa konkret menjadi *premis minor*. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.²⁴

Teori *masalah* dapat digunakan sebagai *middle theory* untuk mengetahui manfaat pengintegrasian mediasi dalam beracara menyelesaikan perkara waris di pengadilan Agama. Tentu saja tidak dapat mengabaikan penggunaan teori hukum Islam yang juga telah digunakan oleh kalangan pemikir sebelumnya. Diantara tokoh-tokoh ulama dan pemikir muslim yang telah memperkenalkan teori masalah Imam al-Syatibi, al-Ghazali, Najamuddin Al-Tufi dan A. Wahab Afif.

Sedangkan menurut Muhammad Abu Zahra, definisi masalah *mursalah* adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari' (dalam mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.²⁵

Maslahah mursalah sebagai metode hukum yang mempertimbangkan adanya kemanfaatan yang mempunyai akses secara umum dan kepentingan tidak terbatas, tidak terikat. Dengan kata lain masalah *mursalah* merupakan kepentingan yang diputuskan bebas, namun tetap terikat pada konsep syari'ah yang mendasar. Karena syari'ah sendiri ditunjuk untuk memberikan kemanfaatan kepada masyarakat secara umum dan berfungsi untuk memberikan kemanfaatan dan mencegah *kemuzdaratan* (kerusakan).

Imam al-Syathibi memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan syari'at yang bersifat *dharuriyyah*, *hajjiyyah*, dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum syara` yakni: (a) memelihara agama, (b) memelihara jiwa, (c) memelihara keturunan, (d) memelihara akal, dan (e) memelihara harta.²⁶

Penggunaan masalah sebagai *middle theory* relevan dalam penelitian ini dikarenakan dengan memahami untuk memelihara lima asas hukum syara'

²³ Memahami Kepastian (Dalam) Hukum <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/2013/02/05/memahamikepastian-dalam-hukum/>

²⁴ Shidarta, Pokok-Pokok Filsafat Hukum., Bandung: Penerbit Nusa Media, 2013 Halaman 160., hlm. 8.

²⁵ Muhammad Abu Zahrah, Ushul al-Fiqh, terj. Saefullah Ma'shum, et al., Ushul Fiqih, Jakarta: Pustaka Firdaus, Cet. 9, 2005, hlm. 424.

²⁶ Al-Syathibi, al-Muawafaqat fi Usul al-Syari'ah, Bairut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th, Juz II, Hlm.7.

akan dapat mendukung sebuah upaya mediasi terkhusus sengketa perkara waris untuk mewujudkan kepastian hukum, dalam bingkai penelitian hukum di dalam obyek penelitian yakni di Pengadilan Agama sehingga relevan dengan program studi yang ditempuh.

Selanjutnya sesuai dengan tujuan dari penerbitan PERMA Nomor 1 tahun 2016 tentang Prosedur mediasi bahwa Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif, dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada para Pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan serta berkeadilan; maka untuk pelaksanaan penelitian ini keberadaan efektivitas digunakan sebagai aplikasi teori.

Pada dasarnya efektivitas merupakan tingkat keberhasilan dalam pencapaian tujuan. Soerjono Soekanto mengatakan bahwa efektif adalah taraf sejauh mana suatu kelompok dapat mencapai tujuannya. Hukum dapat dikatakan efektif jika terdapat dampak hukum yang positif, pada saat itu hukum mencapai sasarannya dalam membimbing ataupun merubah perilaku manusia sehingga menjadi perilaku hukum. Sehubungan dengan persoalan efektivitas hukum, pengidentikkan hukum tidak hanya dengan unsur paksaan eksternal namun juga dengan proses pengadilan. Ancaman paksaan pun merupakan unsur yang mutlak ada agar suatu kaidah dapat dikategorikan sebagai hukum, maka tentu saja unsur paksaan inipun erat kaitannya dengan efektif atau tidaknya suatu ketentuan atau aturan hukum.²⁷ Soekanto mengemukakan bahwa efektivitas berasal dari kata *effectivies* yang berarti taraf sampai atau sejauh mana suatu kelompok mencapai tujuan. Sementara itu, *Audit Commision* dalam Mahsun²⁸ menyatakan bahwa efektivitas adalah menyediakan jasa-jasa yang benar sehingga memungkinkan pihak yang berwenang untuk mengimplementasikan kebijakan dan tujuannya.

Membicarakan tentang efektivitas hukum berarti membicarakan daya kerja hukum itu dalam mengatur dan atau memaksa masyarakat untuk taat terhadap hukum. Hukum dapat efektif jikalau faktor-faktor yang mempengaruhi hukum tersebut dapat berfungsi dengan sebaik-baiknya. Ukuran efektif atau tidaknya suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku dapat dilihat dari perilaku masyarakat. Suatu hukum atau peraturan perundang-undangan akan efektif apabila warga masyarakat berperilaku sesuai dengan yang diharapkan atau dikehendaki oleh atau peraturan perundang-undangan tersebut mencapai tujuan yang dikehendaki, maka efektivitas hukum atau peraturan perundang-undangan tersebut telah dicapai.

Pencapaian efektivitas dalam proses mediasi perkara waris yang dilaksanakan dapat dicapai oleh oleh beberapa hal, salah satunya adalah keberhasilan proses mediasi bergantung dari mediator bersertifikat yang melakukan proses mediasi perkara waris. Mediator bersertifikat dapat melaksanakan proses mediasi perkara waris yang sesuai dengan tujuan

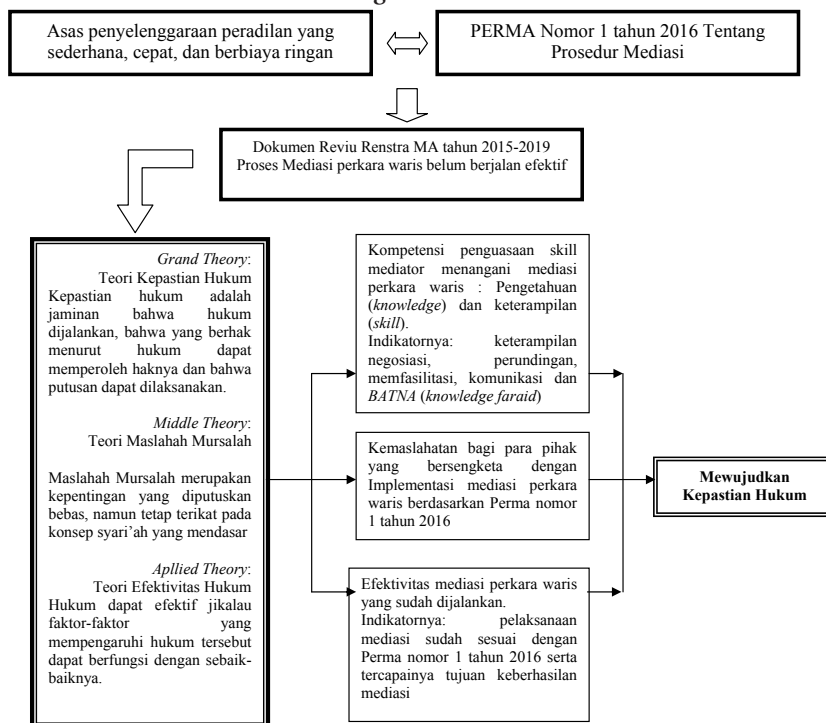
²⁷ SoejonoSoekanto, *EfektivitasHukum danPenerapanSanksi*, Bandung: CV.Jamhur, Organisasi Perusahaan, Pustaka Ilmu, Jakarta, 2011, hal 6.

²⁸ Mahsun, Mohamad, 2006. *PengukuranKinerjaSektorPublik*, PenerbitBPFE,Yogyakarta.

mediasi, bilamana memiliki kompetensi yang benar-benar sesuai dengan perkara yang ditanganinya, terkhusus perkara waris.

Sehingga berdasarkan pemahaman ini maka dapat dikemukakan bagan kerangka pemikiran dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

Bagan 1.1
Kerangka Pemikiran



Soerjono Soekanto melihat dari segi "sifat penelitian", beliau membedakannya menjadi 3 (tiga) tipe, yaitu penelitian eksploratori, penelitian deskriptif, dan penelitian eksplanatori.²⁹ Sedangkan dilihat dari segi tujuan penelitian, J.Vredendregt membedakan penelitian sosial menjadi 3 (tiga) tipe, yaitu penelitian eksploratori, penelitian deskriptif, dan penelitian eksplanatori.³⁰ Begitu pula Robert K. Yin melihat dari segi strategi studi kasus, ada tiga tipe kasus penelitian sosial, yaitu *exploratory case study*, *descriptive case study*, and *explanatory case study*.³¹

Dilihat dari segi fokus kajiannya, penelitian hukum dapat dibedakan menjadi 3 (tiga) tipe, yaitu:³² (a) Penelitian hukum normatif; (b) Penelitian

²⁹ Soerjono Soekanto. Pengantar Penelitian Hukum. Universitas Indonesia, Jakarta. 1986. hlm. 50.

³⁰ Vredendregt J. Metodologi Penelitian Masyarakat. Gramedia, Jakarta, 1981.

³¹ Robert K. Yin. Case Study Research: Design and Methods. SAGE Publications, Inc. California, 1989. Hlm. 15.

³² Abdulkadir Muhammad. Hukum dan Penelitian Hukum. PT. Citra Aditya Bakti. Bandung. 2004. hlm. 52.

hukum normatif- empiris, yang dapat disebut juga penelitian hukum normatif-terapan; (c) Penelitian hukum empiris. Penelitian hukum normatif mengkaji hukum yang dikonsepsikan sebagai norma atau kaidah yang berlaku dalam masyarakat, dan menjadi acuan perilaku setiap orang. Penelitian hukum normatif disebut juga penelitian hukum teoritis/dogmatik karena tidak mengkaji pelaksanaan atau implementasi hukum.

Adapun penelitian hukum normatif-empiris (terapan) mengkaji pelaksanaan atau implementasi ketentuan hukum positif (perundang-undangan) dan kontrak secara faktual pada setiap peristiwa hukum tertentu yang terjadi dalam masyarakat guna mencapai tujuan yang telah ditentukan.³³ Sedangkan Penelitian hukum empiris mengkaji hukum yang dikonsepsikan sebagai perilaku nyata (*actual behavior*), sebagai gejala sosial yang sifatnya tidak tertulis, yang dialami setiap orang dalam hubungan hidup bermasyarakat.⁶

Dengan tipe penelitian hukum normatif empiris, peneliti meneliti bahan kepustakaan khususnya yang berkaitan dengan mediasi, sebagai pendukung untuk meneliti paraturan mediasi sebagaimana diatur dalam Perma No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, selain itu peneliti meneliti pelaksanaan mediasi perkara waris yang terjadi dalam praktik di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dihubungkan dengan Perma No. 1 Tahun 2016 tersebut.

Disamping itu, peneliti juga melakukan penelitian yang berorientasi pada perubahan (*reform oriented research*), yaitu penelitian yang secara intensif mengevaluasi pemenuhan ketentuan yang sedang berlaku dan merekomendasikan perubahan terhadap peraturan manapun yang dibutuhkan.³⁴ Hal ini karena dalam penelitian ini setelah peneliti meneliti pelaksanaan mediasi perkara waris secara mendalam sebagai implementasi Perma No. 1 Tahun 2016, peneliti merekomendasikan beberapa hal demi terlaksanakannya mediasi perkara waris secara optimal dengan hasil yang optimal juga.

Pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian hukum ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*). Pendekatan perundang-undangan dilakukan dengan menelaah semua peraturan perundang-undangan yang bersangkutan paut dengan permasalahan (isu hukum) yang sedang dihadapi, dalam hal ini adalah permasalahan mediasi perkara waris di Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, pendekatan kasus dilakukan dengan melakukan telaah pada kasus-kasus yang berkaitan dengan isu hukum yang diteliti, yaitu kasus-kasus pelaksanaan mediasi perkara waris di Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang telah dimediasi.

Sedang pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Pendekatan ini menjadi penting sebab pemahaman terhadap pandangan/doktrin yang

³³ Ibid. hlm.53.

³⁴ Hutchinson, dalam Granita Ramadhani, Metodologi Penelitian Hukum, FHUI, Jakarta, 2000, Hlm.56-57.

berkembang dalam ilmu hukum dapat menjadi pijakan untuk membangun argumentasi hukum ketika menyelesaikan isu hukum yang dihadapi.³⁵

Penelitian ini juga menggunakan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan ini dilakukan dengan cara menelaah terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan isu yang dihadapi yang telah menjadi putusan pengadilan berkekuatan hukum tetap. Kajian pokok dalam pendekatan kasus adalah *ratio decidendi* atau *reasoning* yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai pada suatu putusan. Baik untuk keperluan praktik maupun untuk kajian akademis, *ratio decidendi* atau *reasoning* tersebut merupakan referensi bagi penyusunan argumentasi dalam pemecahan isu hukum. Menurut Morris L. Cohen, penelitian terhadap putusan-putusan pengadilan merupakan satu dari dua sumber otoritas hukum yang utama. Meskipun perundang-undangan tampak sebagai sumber langsung dan imperatif, namun perundang-undangan tidak lengkap jika tidak ditafsirkan oleh hakim dan diberlakukan pada situasi tertentu.³⁶

E. PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DALAM PERSPEKTIF TEORI HUKUM

Teori utama (*Grand theory*) disini menggunakan Teori Kepastian hukum, yang mana teori kepastian hukum mengandung 2 (dua) pengertian yaitu

Pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan hukum yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibabankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.

Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam undang-undang melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan hakim yang satu dengan putusan hakim lainnya untuk kasus yang serupa yang telah di putuskan³⁷

Hukum memang pada hakikatnya adalah sesuatu yang bersifat abstrak, meskipun dalam manifestasinya bisa berwujud kongkrit. Oleh karenanya pertanyaan tentang apakah hukum itu senantiasa merupakan pertanyaan yang jawabannya tidak mungkin satu. Dengan kata lain, persepsi orang mengenai hukum itu beraneka ragam, tergantung dari sudut mana mereka memandangnya. Kalangan hakim akan memandang hukum itu dari sudut pandang mereka sebagai hakim, kalangan ilmuwan hukum akan memandang hukum dari sudut profesi keilmuan mereka, rakyat kecil akan memandang hukum dari sudut pandang mereka dan sebagainya.

³⁵ Peter Mahmud Marzuki, Penelitian Hukum, Cetakan Ke-1, Prenada Media, Jakarta, 2005, Hlm.93.

³⁶ Morris L. Cohen dan Kent C. Olson, Legal Research in A Nutshell, West Publishing Company, St. Paul Minnesota, 1992, Hlm.2

³⁷ Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prana Media Group, Jakarta, 2008, hal 158

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum.³⁸

Berbicara mengenai cita-cita hukum, tidak dapat dipungkiri bahwa pemikiran dari seorang ahli hukum, filosof hukum dan sekaligus juga seorang birokrat dan politisi Jerman dari *mazhab Relativisme* yaitu Gustav Radbruch (1878-1949) sangat berpengaruh di dunia hukum.

Menurut Radbruch, hukum sebagai gagasan kultural tidak bisa formal, tetapi harus diarahkan kepada cita-cita hukum yaitu keadilan, untuk mengisi cita keadilan itu, kita harus menoleh kepada kegunaannya sebagai unsur kedua dari cita hukum. Pengertian kegunaan hanya dapat dijawab dengan menunjukkan pada konsepsi-konsepsi yang berbeda tentang negara dan hukum. Untuk melengkapi formalitas keadilan dan relativitas kegunaan, keamanan dimasukkan sebagai unsur ketiga dari cita hukum. Kegunaan menuntut kepastian hukum. Hukum harus pasti.

Tuntutan akan keadilan dan kepastian merupakan bagian-bagian yang tetap dari cita hukum, dan ada di luar pertentangan-pertentangan bagi pendapat politik. Kegunaan memberi unsur relativitas. Tetapi tidak hanya kegunaan sendiri yang relatif, hubungan antara tiga unsur dari cita hukum itu juga relatif. Seberapa jauh kegunaan lebih kuat dari keadilan atau keamanan lebih penting dari kegunaan, merupakan masalah yang harus diputuskan oleh sistem politik³⁹

Menurut Gustav Radbruch rasa keadilan, kepastian hukum, dan kemanfaatan (Gustav Radbruch: *Gerechtigkeit, Rechtssicherheit, Zweckmäßigkeit*) adalah tiga terminologi yang sering dilantunkan di ruang-ruang kuliah dan kamar-kamar peradilan, namun belum tentu dipahami hakikatnya atau disepakati maknanya. Keadilan dan kepastian hukum, misalnya. Sekilas kedua terma itu berseberangan, tetapi boleh jadi juga tidak demikian. Kata keadilan dapat menjadi terminologi, sehingga tersaji istilah keadilan prosedural, keadilan legalis, keadilan komutatif, keadilan distributif, keadilan vindikatif, keadilan kreatif, keadilan substantif, dan sebagainya. Keadilan prosedural, sebagaimana diistilahkan oleh Nonet dan Selznick untuk menyebut salah satu indikator dari tipe hukum otonom, misalnya, ternyata setelah dicermati bermuara pada kepastian hukum demi tegaknya *the rule of law*. Jadi, pada

³⁸ Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana, Jakarta, 2008, Hlm.158

³⁹ W. Friedman, *Legal Theory*, diterjemahkan oleh Muhammad Arifin dengan judul *Teori dan Filsafat Hukum-Idealisme Filosofis dan Problema Keadilan (Susunan II)*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan Kedua, 1994, halaman 42-45

konteks ini keadilan dan kepastian hukum tidak berseberangan, melainkan justru bersandingan.⁴⁰

Keadilan dan Kepastian adalah dua nilai aksiologis di dalam hukum. Wacana filsafat hukum sering mempersoalkan kedua nilai ini seolah-olah keduanya merupakan antinomi, sehingga filsafat hukum dimaknai sebagai pencarian atas keadilan yang berkepastian atau kepastian yang berkeadilan.⁴¹

Pandangan Gustav Radbruch secara umum diartikan bahwa kepastian hukum tidak selalu harus diberi prioritas pemenuhannya padatiap sistem hukum positif, seolah-olah kepastian hukum itu harus ada lebih dulu, baru kemudian keadilan dan kemanfaatan. Gustav Radbruch kemudian meralat teorinya bahwa ketiga tujuan hukum sederajat.⁴² Gustav Radbruch, pencetus tiga nilai dasar hukum dari Jerman pernah mengatakan bahwa hukum yang baik adalah ketika hukum tersebut memuat nilai keadilan, kepastian hukum dan kegunaan. Artinya, meski ketiganya merupakan nilai dasar hukum, namun masing-masing nilai mempunyai tuntutan yang berbeda satu dengan yang lainnya, sehingga ketiganya mempunyai potensi untuk saling bertentangan dan menyebabkan adanya ketegangan antara ketiga nilai tersebut (*Spannungsverhältnis*).⁴³

Oleh karena itu, hukum sebagai pengemban nilai keadilan, tegas Radbruch dapat menjadi ukuran bagi adil tidaknya tata hukum. Karenanya, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum.

Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Dalam hal ini, keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Karenanya, kepada keadilanlah, hukum positif berpangkal. Sedangkan konstitutif, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum. Artinya, hukum tanpa keadilan adalah sebuah aturan yang tidak pantas menjadi hukum.⁴⁴

Dalam mewujudkan tujuan hukum Gustav Radbruch menyatakan perlu digunakan asas prioritas dari tiga nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Hal ini disebabkan karena dalam realitasnya, keadilan hukum sering berbenturan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum dan begitupun sebaliknya. Diantara tiga nilai dasar tujuan hukum tersebut, pada saat terjadi benturan, maka mesti ada yang dikorbankan. Untuk itu, asas prioritas yang digunakan oleh Gustav Radbruch harus dilaksanakan dengan urutan sebagai berikut:

⁴⁰ Sidharta, Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara, Bunga Rampai Komisi Yudisial, Putusan Hakim: Antara Keadilan, Kepastian Hukum, dan Kemanfaatan, Komisi Yudisial Republik Indonesia, Jakarta, 2010, hlm. 3

⁴¹ Ibid.hlm.3

⁴² Nur Agus Susanto, Dimensi Aksiologis Dari Putusan Kasus "ST" Kajian Putusan Peninjauan Kembali Nomor 97 PK/Pid.Sus/2012, Jurnal Yudisial Vol. 7 No. 3 September 2014.

⁴³ <http://www.surabayapagi.com/index.php?5ab4b8c384a5a7fc023444849ae9746c4fd50a1c85485ea76ed077341cd654fb>

⁴⁴ Kasus Bethany, PerkaraMenarikPerhatianPublikKok Dihentikan.,<http://www.surabayapagi.com/index.php?5ab4b8c384a5a7fc023444849ae9746c4fd50a1c85485ea76ed077341cd654fb>

- a. Keadilan Hukum;
- b. Kemanfaatan Hukum;
- c. Kepastian Hukum.

Dengan urutan prioritas sebagaimana dikemukakan tersebut diatas, maka sistem hukum dapat terhindar dari konflik internal.⁴⁵ Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas di antara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu, Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut⁴⁶ di atas dengan menempatkan tujuan keadilan di atas tujuan hukum yang lain.

Memanglah demikian bahwa keadilan adalah tujuan hukum yang pertama dan utama, karena hal ini sesuai dengan hakekat atau ontologi hukum itu sendiri. Bahwa hukum dibuat untuk menciptakan ketertiban melalui peraturan yang adil, yakni pengaturan kepentingan-kepentingan yang saling bertentangan dengan seimbang sehingga setiap orang memperoleh sebanyak mungkin apa yang menjadi bagiannya. Bahkan dapat dikatakan dalam seluruh sejarah filsafat hukum selalu memberikan tempat yang istimewa kepada keadilan sebagai suatu tujuan hukum⁴⁷.

Bagi Radbruch ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satu waktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum ke wilayah tepi. Diwaktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan. Hubungan yang sifatnya relatif dan berubah-ubah ini tidak memuaskan. Meuwissen memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan kita dapat menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti Radbruch⁴⁸.

Seandainya kita lebih cenderung berpegang pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia segera menggeser nilai-nilai keadilan dan kegunaan. Karena yang penting pada nilai kepastian itu adalah peraturan itu sendiri. Tentang apakah peraturan itu telah memenuhi rasa keadilan dan berguna bagi masyarakat adalah di luar pengutamaan nilai kepastian hukum. Begitu juga jika kita lebih cenderung berpegang kepada nilai kegunaan saja, maka sebagai nilai ia akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan, karena yang penting bagi nilai kegunaan

⁴⁵ Tujuan Hukum. <http://statushukum.com/tujuan-hukum.html>

⁴⁶ Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Artikel ini pernah dimuat di *Varia Peradilan* No. 304 Maret 2011, hlm 3.

⁴⁷ *Ibid*, hlm 4.

⁴⁸ Sidharta Arief, *Meuwissen Tentang Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 20.

adalah kenyataan apakah hukum tersebut bermanfaat atau berguna bagi masyarakat.

Demikian juga halnya jika kita hanya berpegang pada nilai keadilan saja, maka sebagai nilai ia akan menggeser nilai kepastian dan kegunaan, karena nilai keadilan tersebut tidak terikat kepada kepastian hukum ataupun nilai kegunaan, disebabkan oleh karena sesuatu yang dirasakan adil belum tentu sesuai dengan nilai kegunaan dan kepastian hukum. Dengan demikian kita harus dapat membuat kesebandingan di antara ketiga nilai itu atau dapat mengusahakan adanya kompromi secara proporsional serasi, seimbang dan selaras antara ketiga nilai tersebut⁴⁹.

Tujuan hukum atau dalam bentuk lain adalah putusan yang baik dan bijaksana dapat dipastikan akan mengandung tiga tujuan hukum di atas. Sebaliknya, putusan yang kurang baik hanya akan memuat satu tujuan hukum mengesampingkan tujuan hukum yang lain.

Menurut Gustav Radbruch, hukum harus mengandung 3 (tiga) nilai identitas, yaitu sebagai berikut⁵⁰:

1. Asas kepastian hukum (*rechtmatigheid*). Asas ini meninjau dari sudut yuridis.
2. Asas keadilan hukum (*gerechtigheid*). Asas ini meninjau dari sudut filosofis, dimana keadilan adalah kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan
3. Asas kemanfaatan hukum (*zwechmatigheid atau doelmatigheid atau utility*).

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa "*summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux*" yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu-satunya akan tetapi tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan.⁵¹

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui

⁴⁹ Penegakan Hukum Yang Menjamin Kepastian Hukum, http://ilmuhukumuin-suka.blogspot.com/2013/05/penegakan-hukum-yang-menjaminkepastian_7121.htm

⁵⁰ Dwika, "Keadilan dari Dimensi Sistem Hukum", <http://hukum.kompasiana.com>, 02/04/2011, diakses pada 24 Juli 2014

⁵¹ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, Hlm.59

apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu.⁵²

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian.⁵³

F. PENERAPAN TEORI KEADILAN, KEPASTIAN DAN KEMANFAATAN HUKUM

1. Teori Keadilan Hukum.

Keadilan adalah perekat tatanan kehidupan bermasyarakat yang beradab. Hukum diciptakan agar setiap individu anggota masyarakat dan penyelenggara negara melakukan sesuatu tindakan yang diperlukan untuk menjaga ikatan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Jika tindakan yang diperintahkan tidak dilakukan atau suatu larangan dilanggar, tatanan sosial akan terganggu karena tercidainya keadilan. Untuk mengembalikan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakkan. Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri.⁵⁴

Keadilan memang merupakan konsepsi yang abstrak. Namun demikian di dalam konsep keadilan terkandung makna perlindungan hak, persamaan derajat dan kedudukan di hadapan hukum, serta asas proporsionalitas antara kepentingan individu dan kepentingan sosial. Sifat abstrak dari keadilan adalah karena keadilan tidak selalu dapat dilahirkan dari rasionalitas, tetapi juga ditentukan oleh atmosfer sosial yang dipengaruhi oleh tata nilai dan norma lain dalam masyarakat. Oleh karena itu keadilan juga memiliki sifat dinamis yang kadang-kadang tidak dapat diwadahi dalam hukum positif⁵⁵.

Adil pada hakekatnya bermakna menempatkan sesuatu pada tempatnya dan memberikan kepada siapa saja apa yang menjadi haknya, yang didasarkan pada suatu asas bahwa semua orang sama kedudukannya di muka hukum

⁵² Riduan Syahrani, Rangkuman Intisari Ilmu Hukum, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, Hlm.23.

⁵³ Achmad Ali, Menguak Tabir Hukum, Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002, Hlm.82-83.

⁵⁴ Moh. Mahfud MD, Penegakan Hukum Dan Tata Kelola Pemerintahan Yang Baik, Bahan pada Acara Seminar Nasional "Saatnya Hati Nurani Bicara" yang diselenggarakan oleh DPP Partai HANURA. Mahkamah Konstitusi Jakarta, 8 Januari 2009.

⁵⁵ Moh. Mahfud MD, Ibid.

(*equality before the law*). Penekanan yang lebih cenderung kepada asas keadilan dapat berarti harus mempertimbangkan hukum yang hidup di masyarakat, yang terdiri dari kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis. Hakim dalam alasan dan pertimbangan hukumnya harus mampu mengakomodir segala ketentuan yang hidup dalam masyarakat berupa kebiasaan dan ketentuan hukum yang tidak tertulis, manakala memilih asas keadilan sebagai dasar memutus perkara yang dihadapi⁵⁶.

Keadilan, dalam literatur sering diartikan sebagai suatu sikap dan karakter. Sikap Dan karakter yang membuat orang melakukan perbuatan dan berharap atas keadilan adalah keadilan, sedangkan sikap dan karakter yang membuat orang bertindak dan berharap ketidakadilan adalah ketidakadilan. Secara umum dikatakan bahwa orang yang tidak adil adalah orang yang tidak patuh terhadap hukum (*unlawful, lawless*) dan orang yang tidak fair (*unfair*), maka orang yang adil adalah orang yang patuh terhadap hukum (*law-abiding*) dan *fair*. Karena tindakan memenuhi/mematuhi hukum adalah adil, maka semua tindakan pembuatan hukum oleh legislatif sesuai dengan aturan yang ada adalah adil.

Tujuan pembuatan hukum adalah untuk mencapai kemajuan kebahagiaan masyarakat. Maka, semua tindakan yang cenderung untuk memproduksi dan mempertahankan kebahagiaan masyarakat adalah adil. Keadilan sebagai bagian dari nilai sosial memiliki makna yang amat luas, bahkan pada suatu titik bisa bertentangan dengan hukum sebagai salah satu tata nilai sosial. Suatu kejahatan yang dilakukan adalah suatu kesalahan. Namun apabila hal tersebut bukan merupakan keserakahan tidak bisa disebut menimbulkan ketidakadilan. Sebaliknya suatu tindakan yang bukan merupakan kejahatan dapat menimbulkan ketidakadilan.

Ukuran keadilan sebagaimana di singgung di atas sebenarnya menjangkau wilayah yang ideal atau berada dalam wilayah cita, dikarenakan berbicara masalah keadilan, berarti sudah dalam wilayah makna yang masuk dalam tataran filosofis yang perlu perenungan secara mendalam sampai hakikat yang paling dalam, bahkan Kelsen menekankan pada filsafat hukum Plato, bahwa keadilan didasarkan pada pengetahuan perihal sesuatu yang baik. Pengetahuan akan hal yang baik secara fundamental merupakan persoalan di luar dunia. Hal tersebut dapat diperoleh dengan kebijaksanaan.

Jelas bahwa keadilan masuk ke dalam kajian ilmu-ilmu filsafat. Banyak filsafat yang mengharapakan inspirasi bagi pengetahuan keadilan. Kesemua itu termasuk filsafat-filsafat yang sangat berbeda dalam ruang dan waktu. Keadilan merupakan salah satu contoh materi atau norma yang menjadi objek filsafat. Dalam kajian filsafat, keadilan telah menjadi pokok pembicaraan serius sejak awal munculnya filsafat Yunani. Pembicaraan keadilan memiliki cakupan yang luas, mulai dari yang bersifat etik, filosofis, hukum, sampai pada keadilan sosial. Banyak orang yang berpikir bahwa bertindak adil dan tidak adil tergantung pada kekuatan dan kekuatan yang dimiliki, untuk

⁵⁶ Fence M. Wantu, Loc. Cit. .

menjadi adil cukup terlihat mudah, namun tentu saja tidak begitu halnya penerapannya dalam kehidupan manusia. Keadilan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari tujuan hukum itu sendiri, di samping kepastian hukum dan kemanfaatan.

Mensikapi adanya beberapa permasalahan (baca: kasus) hukum yang terjadi di negara Indonesia yang kemudian dituangkan dalam beberapa putusan hakim sehingga membawa pada satu perenungan bahwa terminologi keadilan yang notabene ada dalam kajian filsafat dapatkah dijadikan sebagai bagian utama dalam pencapaian tujuan hukum, mengingat konsep keadilan yang bersifat abstrak sehingga diperlukan pemahaman dalam filsafat ilmu hukum yang akan menjelaskan nilai dasar hukum secara filosofis sehingga dapat membangun hukum yang sebenarnya⁵⁷.

Hukum sebagai pengemban nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum.

Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat.⁵⁸ Keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Kepada keadilanlah hukum positif berpangkal. Sedangkan konstitutif, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum. Apabila, dalam penegakan hukum cenderung pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia telah menggeser nilai keadilan dan kegunaan.

Hal ini dikarenakan, di dalam kepastian hukum yang terpenting adalah peraturan itu sendiri sesuai dengan apa yang dirumuskan. Begitu juga ketika nilai kegunaan lebih diutamakan, maka nilai kegunaan akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut berguna bagi masyarakat.

Demikian juga, ketika yang diperhatikan hanya nilai keadilan, maka akan menggeser nilai kepastian hukum dan kegunaan. Sehingga, dalam penegakan hukum harus ada keseimbangan antara ketiga nilai tersebut⁵⁹.

Menurut Aristoteles, tanpa ada kecenderungan hati sosial-etis yang baik pada warga negara, maka tidak ada harapan untuk tercapai keadilan tertinggi dalam negara meskipun yang memerintah adalah orang-orang bijak dengan undang-undang yang mutu sekalipun.⁶⁰

⁵⁷ Inge Dwisvimiar, Keadilan Dalam Perspektif Filsafat Ilmu Hukum, *Jurnal Dinamika Hukum* Vol. 11 No. 3 September 2011.

⁵⁸ Yovita A. Mangesti & Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, Yogyakarta: Genta Publishing. 2014, hlm 74.

⁵⁹ LBH Perjuangan, *Penegakan Hukum Yang Menjamin Keadilan, Kepastian Hukum Dan Kemanfaatan (Studi Kasus: Kasus Mbah Minah)*. <http://lbhperjuangan.blogspot.com/2010/10/penegakan-hukum-yang-menjamin-keadilan.html>

⁶⁰ Bernard L. Tanya, *Teori Hukum, Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Yogyakarta: Genta Publishing. 2013, hlm. 42.

Karena hukum mengikat semua orang, maka keadilan hukum mesti dipahami dalam pengertian kesamaan. Namun ia membagi kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik melahirkan prinsip: "semua orang sederajat di depan hukum".

Sedangkan kesamaan proporsional melahirkan prinsip: "memberi tiap orang apa yang menjadi haknya". Selain model keadilan berbasis kesamaan, Aristoteles juga mengajukan model keadilan lain, yakni keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan distributif identik dengan keadilan atas dasar kesamaan proporsional.

Sedangkan keadilan korektif (*remedial*), berfokus pada pembetulan sesuatu yang salah. Jika suatu perjanjian dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif berupaya memberi kompensasi⁶¹ yang memadai bagi pihak yang dirugikan. Jika suatu kejahatan dilakukan, maka hukuman yang sepatutnya perlu diberikan pada si pelaku.⁶² Singkatnya, keadilan korektif bertugas membangun kembali kesetaraan. Keadilan korektif merupakan standar umum untuk memperbaiki setiap akibat perbuatan, tanpa memandang siapa pelakunya. Prinsip-prinsip itu adalah hukum harus memperbaiki kejahatan, ganti rugi harus memperbaiki kerugian dan memulihkan keuntungan yang tidak sah⁶³.

Untuk menelaah lebih jelas tentang pengertian keadilan ini perlu kiranya dirujuk pandangan hukum alam klasik yang diajarkan oleh Thomas Aquinas. Dengan mengikuti pandangan Aristoteles, Thomas Aquinas mengemukakan dua macam keadilan yaitu keadilan distributif (*iustitia distributiva*) dan keadilan komulatif (*iustitia commutativa*).

Dua macam keadilan itu sebenarnya merupakan varian-varian persamaan, tetapi bukan persamaan itu sendiri. Prinsip persamaan mengandung: "hal yang sama harus diperlakukan sama dan yang tidak sama harus diperlakukan tidak sama pula". Tampaknya prinsip itu merupakan terjemahan yang keliru dari ajaran *ius suum cuique tribuere*⁶⁴, karena ajaran ini tidak berkaitan dengan masalah perlakuan. Ajaran mengenai keadilan dalam hal ini hanya bersangkut paut dengan apa yang menjadi hak seseorang yang lain dan dalam hubungan dengan masyarakat.⁶⁵

Menurut Kurt Wilk bahwa bentuk keadilan pertama, yaitu keadilan distributif merujuk kepada adanya persamaan di antara manusia didasarkan atas prinsip proporsionalitas. Gustav Radbruch mengemukakan bahwa pada keadilan distributif terdapat hubungan yang bersifat superordinasi artinya

⁶¹ Ibid, hlm. 42

⁶² Ibid, hlm. 43

⁶³ Ibid, hlm. 43.

⁶⁴ Peter Mahmud Marzuki menjelaskan bahwa mengenai keadilan ini dapat dijumpai pada buku Aristoteles yang berjudul *Rhetorica*, yang oleh orang Romawi diterjemahkan ke dalam bahasa latin *ius suum cuique tribuere* atau dalam bahasa Indonesia "setiap orang mendapat bagiannya". Akan tetapi, keadilan tidak boleh disamakan dengan persamaan. Keadilan, tidak berarti setiap orang mendapatkan bagian yang sama. Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm. 151.

⁶⁵ Ibid, hlm. 152.

antara yang mempunyai wewenang untuk membagi dan yang mendapat bagian.⁶⁶

Untuk melaksanakan keadilan ini diperlukan adanya pihak yang membagi yang bersifat superordinasi terhadap lebih dari satu orang atau kelompok orang sebagai pihak yang menerima bagian yang sama-sama mempunyai kedudukan yang bersifat subordinasi terhadap yang membagi. Yang menjadi tolok ukur dalam prinsip proporsionalitas dalam kerangka keadilan distributif adalah jasa, prestasi, kebutuhan, dan fungsi.

Dengan adanya dua orang atau kelompok orang yang berkedudukan sama sebagai subordinat terhadap pihak yang membagi dapat dilihat apakah yang membagi telah berlaku adil berdasarkan tolok ukur tersebut.

Dalam dunia nyata, pihak yang membagi adalah negara dan yang mendapat bagian adalah rakyatnya. Berdasarkan pandangan ini, dilihat dari keadilan distributif apakah suatu negara telah membuat undang-undang yang bersandarkan pada tolok ukur tersebut, apakah tindakan pemerintah juga demikian dan pengadilan juga menjatuhkan putusan yang memerhatikan ukuran-ukuran itu.⁶⁷

Lebih lanjut Kurt Wilk menyatakan bahwa dengan berpegang pada pandangan tersebut, Radbruch lebih jauh menyatakan bahwa prinsip keadilan distributif bukanlah berkaitan dengan siapa yang diperlakukan sama dan siapa yang diperlakukan tidak sama; persamaan atau ketidaksetaraan itu sebenarnya merupakan sesuatu yang telah terbentuk. Akhirnya, Radbruch bahwa keadilan distributif hanya bersangkutan paut dengan hubungan di antara manusia bukan jenis perlakuan terhadap manusia yang berbeda sehingga keadilan distributif tidak bersangkutan paut dengan pidana, misalnya apakah pencuri harus digantung dan pembunuh harus digilas sampai mati atau pencuri cukup didenda sedangkan pembunuh harus dipenjarakan.⁶⁸

Bentuk kedua keadilan menurut Kurt Wilk, yaitu keadilan komutatif terdapat pada hubungan yang bersifat koordinatif di antara para pihak. Untuk melihat bekerjanya keadilan ini diperlukan adanya dua pihak yang mempunyai kedudukan yang sama. Contoh keadilan komutatif yang diberikan Aristoteles adalah antara kerja dan upah dan antara kerugian dan ganti rugi. Mengenai keadilan komutatif ini, Thomas Aquinas mengungkapkan bahwa dalam hubungan antara dua orang yang bersifat koordinatif tersebut, persamaan diartikan sebagai ekuivalensi, harmoni, dan keseimbangan.

Meskipun Aristoteles menyatakan bahwa keadilan bukan persamaan, bentuk-bentuk keadilan yang dikemukakan olehnya, yaitu keadilan distributif dan keadilan komutatif yang dielaborasi lebih lanjut oleh Thomas Aquinas dan Gustav Radbruch mengindikasikan adanya persamaan. Hal ini sangat berbeda dengan konsep *ius suum cuique tribuere* yang artinya memberikan kepada setiap orang apa yang menjadi bagiannya. Sebenarnya doktrin itu

⁶⁶ 31Ibid. hlm. 152

⁶⁷ Ibid, hlm. 152

⁶⁸ Ibid, hlm. 152

pertama kali dikemukakan oleh Ulpianus dan berbunyi: *Iustitia est perpetua et constans voluntas ius suum cuiquoni tribuendi*⁶⁹, yang kalau diterjemahkan secara bebas keadilan adalah suatu keinginan yang terus-menerus dan tetap untuk memberikan kepada orang apa yang menjadi bagiannya. Jika konsep ini ditelaah, keadilan tidak harus berkonotasi dengan persamaan seperti pada keadilan distributif dan komutatif⁷⁰.

Hukum sebagai pengemban nilai-nilai kemanusiaan, menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil dan tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan (memajukan nilai-nilai kemanusiaan) juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat⁷¹.

Jadi bagi Radbruch, keadilan merupakan titik sentral dalam hukum. Adapun dua aspek lainnya yakni kepastian dan finalitas/kemanfaatan, bukanlah unit yang berdiri sendiri dan terpisah dari kerangka keadilan itu sendiri.

Sebab tujuan keadilan, menurut Radbruch, adalah untuk memajukan kebaikan dalam hidup manusia. Aspek inilah yang harus mewarnai isi hukum. Gustav Radbruch mengemukakan idealnya dalam suatu putusan harus memuat *idee des recht*, yang meliputi 3 unsur yaitu keadilan (*Gerechtigkeit*), kepastian hukum (*Rechtsicherheit*) dan kemanfaatan (*Zweckmassigkeit*). Ketiga unsur tersebut semestinya oleh Hakim harus dipertimbangkan dan diakomodir secara proporsional, sehingga pada gilirannya dapat dihasilkan putusan yang berkualitas dan memenuhi harapan para pencari keadilan⁷².

Teori Radbruch tidak mengijinkan adanya pertentangan antara, keadilan, kepastian, dan kemanfaatan, seperti yang terjadi selama ini. Kepastian dan Kemanfaatan, bukan saja harus diletakkan dalam kerangka keadilan, tetapi juga sebenarnya merupakan suatu kesatuan dengan keadilan itu sendiri. Kepastian hukum, tidak lagi sekedar kepastian legalitis, tetapi kepastian yang berkeadilan. Demikian juga soal kemanfaatan. Ia bukan lagi kemanfaatan tanpa patokan, tetapi kemanfaatan yang berkeadilan (yaitu memajukan nilai-nilai kemanusiaan)⁷³.

Gustav Radbruch menuturkan bahwa hukum adalah pengemban nilai keadilan, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Bersifat normative karena kepada keadilanlah, hukum positif berpangkal. Bersifat konstitutif karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum, tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.⁷⁴ Hal ini memperhatikan pula asas prioritas yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch

⁶⁹ Ibid, hlm. 153.

⁷⁰ Ibid, hlm. 154.

⁷¹ Yovita A. Mangesti & Bernard L, Op. Cit., hlm. 74.

⁷² Ibid, hlm. 74.

⁷³ Ibid, hlm. 74.

⁷⁴ Bernard L Tanya dkk, Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi, Genta Publishing, Yogyakarta, 2013, hlm 117

bahwa untuk menerapkan hukum secara tepat dan adil untuk memenuhi tujuan hukum maka yang diutamakan adalah keadilan, kemudian kemanfaatan setelah itu kepastian hukum.

Hukum memiliki fungsi tidak hanya menegakkan keadilan tetapi juga menegakkan kepastian dan kemanfaatan. Berkaitan dengan hal tersebut asas prioritas yang telah ditelurkan Gustav Radbruch menjadi titik terang dalam masalah ini. Prioritas keadilan dari segala aspek lain adalah hal penting. Kemanfaatan dan kepastian hukum menduduki strata dibawah keadilan. Faktanya sampai saat ini diterapkannya asas prioritas ini membuat proses penegakan dan pemberlakuan hukum positif di Indonesia masih dapat berjalan.⁷⁵

Setiap hukum yang diterapkan memiliki tujuan spesifik. Misalnya, hukum pidana memiliki tujuan spesifik dibandingkan dengan hukum perdata, hukum formal mempunyai tujuan spesifik jika dibandingkan dengan hukum materil. Tujuan hukum adalah sekaligus keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum maka faktanya hal tersebut akan menimbulkan masalah. Tidak jarang antara kepastian hukum berbenturan dengan kemanfaatan, antara keadilan dengan kepastian hukum, dan antara keadilan terjadi benturan dengan kemanfaatan.

Contoh yang mudah untuk dipahami adalah jika hakim dihadapkan dalam sebuah kasus untuk mengambil sebuah keputusannya adil. Pembaruan oleh hakim melalui putusannya juga tidak bisa dilakukan secara maksimal, selain pengaruh civil law system yang menghendaki hakim mendasarkan diri secara ketat pada bunyi undang-undang meski undang-undang tersebut telah ketinggalan zaman. Maka penerapan keadilan dalam pembuatan putusan bukanlah hal mudah untuk dilakukan.

Paradigma berpikir hakim juga lebih condong pada mendasarkan diri pada filsafat positivisme hukum. Melihat dari sudut pandang ini tujuan utama hukum menjadi bukan keadilan melainkan kepastian.

Hanya hal yang bersifat pasti saja yang dapat dijadikan ukuran kebenaran. Ukuran adil cenderung disesuaikan dengan rasa keadilan pribadi masing-masing. Masyarakat pada umumnya masih beranggapan putusan hakim yang ada masih kaku dengan bunyi aturan dalam undang-undang. Keadilan adalah hak asasi yang harus dinikmati oleh setiap manusia yang mampu mengaktualisasikan segala potensi manusia.

Tentu dalam hal ini akan memberikan nilai dan arti yang berbeda keadilan yang berbeda untuk terdakwa dan pihak lain yang jadi korban ketika hakim membuat putusan. Maka dalam hal ini bisa saja keadilan akan berdampak pada kemanfaatan bagi masyarakat luas. Tetapi ketika kemanfaatan masyarakat luas yang harus dipuaskan, maka nilai keadilan bagi orang tertentu mau tidak mau akan dikorbankannya. Maka keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum akan sangat sulit untuk ditegakkan secara bersama.

⁷⁵ Muhammad Ichwan, Teori Hukum Dalam pandangan Prof Dr I Nyoman Nurjaya, SH,MS., <http://www.mahasiswa-indonesia.com/2013/11/teori-hukum-dalam-pandangan-prof-dr-i.html>

2. Teori Kepastian Hukum

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum dapat dikatakan sebagai bagian dari upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukannya. Dengan adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakan apa yang akan dialami jika melakukan tindakan hukum tertentu. Kepastian diperlukan untuk mewujudkan prinsip persamaan dihadapan hukum tanpa diskriminasi.⁷⁶

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian sendiri disebut sebagai salah satu tujuan dari hukum.⁷⁷ Kata "kepastian" berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat *disilogismekan* secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai *premis mayor*, sedangkan peristiwa konkret menjadi *premis minor*. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.⁷⁸

Kepastian hukum akan menjamin seseorang melakukan perilaku sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku, sebaliknya tanpa ada kepastian hukum maka seseorang tidak memiliki ketentuan baku dalam menjalankan perilaku. Dengan demikian, tidak salah apabila Gustav Radbruch mengemukakan kepastian sebagai salah satu tujuan dari hukum. Dalam tata kehidupan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum. Kepastian hukum merupakan sesuai yang bersifat normatif baik ketentuan maupun keputusan hakim.

Kepastian hukum merujuk pada pelaksanaan tata kehidupan yang dalam pelaksanaannya jelas, teratur, konsisten, dan konsekuen serta tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif dalam kehidupan masyarakat.⁷⁹

Kepastian merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat lagi digunakan sebagai pedoman perilaku bagi setiap orang. Kepastian sendiri disebut sebagai salah satu tujuan dari hukum. Apabila dilihat secara historis, perbincangan mengenai kepastian

⁷⁶ Bolmer Hutasoit, Artikel Politik Hukum: Tujuan Hukum Menurut Gustav Radbruch, <https://bolmerhutasoit.wordpress.com/2011/10/07/artikel-politik-hukum-tujuan-hukum-menurut-gustav-radbruch/>

⁷⁷ Memahami Kepastian (Dalam) Hukum <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/2013/02/05/memahamikepastian-dalam-hukum/>

⁷⁸ Shidarta, Op. Cit., hlm. 8.

⁷⁹ Nur Agus Susanto, Op. Cit.

hukum merupakan perbincangan yang telah muncul semenjak adanya gagasan pemisahan kekuasaan dari Montesquieu.⁸⁰

Keteraturan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum, karena keteraturan merupakan inti dari kepastian itu sendiri. Keteraturan menyebabkan orang dapat hidup secara berkepastian sehingga dapat melakukan kegiatan-kegiatan yang diperlukan dalam kehidupan bermasyarakat.⁸¹

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma.

Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma.⁸² Pemikiran mainstream beranggapan bahwa kepastian hukum merupakan keadaan dimana perilaku manusia, baik individu, kelompok, maupun organisasi, terikat dan berada dalam koridor yang sudah digariskan oleh aturan hukum. Secara etis, pandangan seperti ini lahir dari kekhawatiran yang dahulu kala pernah dilontarkan oleh Thomas Hobbes bahwa manusia adalah serigala bagi manusia lainnya (*homo hominilupus*). Manusia adalah makhluk yang beringas yang merupakan suatu ancaman. Untuk itu, hukum lahir sebagai suatu pedoman untuk menghindari jatuhnya korban.

Konsekuensi dari pandangan ini adalah bahwa perilaku manusia secara sosiologis merupakan refleksi dari perilaku yang dibayangkan dalam pikiran pembuat aturan. Barangkali juga pernah dilakukan untuk mengelola keberingasan para koboy Amerika ratusan tahun lalu.

Perkembangan pemikiran manusia modern yang disangga oleh rasionalisme yang dikumandangkan Rene Descarte (*cogito ergo sum*), fundamentalisme mekanika yang dikabarkan oleh Isaac Newton serta empirisme kuantitatif yang digemakan oleh Francis Bacon menjadikan sekompone manusia di Eropa menjadi orbit dari peradaban baru. Pengaruh pemikiran mereka terhadap hukum pada abad XIX nampak dalam pendekatan *law and order* (hukum dan ketertiban).

Salah satu pandangan dalam hukum ini mengibaratkan bahwa antara hukum yang normatif (peraturan) dapat dimuati ketertiban yang bermakna sosiologis. Sejak saat itu, manusia menjadi komponen dari hukum berbentuk mesin yang rasional dan terukur secara kuantitatif dari hukum-hukum yang terjadi karena pelanggarannya. Pandangan mekanika dalam hukum tidak hanya menghilangkan kemanusiaan dihadapan hukum dengan menggantikan

⁸⁰ Memahami Kepastian (Dalam) Hukum. <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/2013/02/05/memahami-kepastian-dalam-hukum/>

⁸¹ Ibid, Memahami Kepastian (Dalam) Hukum.

⁸² Yance Arizona, Apa Itu Kepastian Hukum? <http://yancearizona.net/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/>

manusia sebagai sekrup, mur atau gerigi, tetapi juga menjauhkan antara apa yang ada dalam idealitas aturan hukum dengan realitas yang ada dalam masyarakat. Idealitas aturan hukum tidak selalu menjadi fiksi yang berguna dan benar, demikian pula dengan realitas perilaku sosial masyarakat tidak selalu mengganggu tanpa ada aturan hukum sebelumnya.

Ternyata *law and order* menyisakan kesenjangan antara tertib hukum dengan ketertiban sosial. *Law and order* kemudian hanya cukup untuk *the order of law*, bukan *the order by the law* (ctt: *law* dalam pengertian peraturan/legal). Jadi kepastian hukum adalah kepastian aturan hukum, bukan kepastian tindakan terhadap atau tindakan yang sesuai dengan aturan hukum. Karena frasa kepastian hukum tidak mampu menggambarkan kepastian perilaku terhadap hukum secara benar-benar. Demikian juga dengan mekanika Newton. Bahkan Mekanika Newton pun sudah dua kali dihantukkan dalam perkembangan ilmu alam itu sendiri, yaitu Teori Relativitas dari Einstein dan Fisika Kuantum⁸³.

Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu:

- 1) Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan.
- 2) Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan.
- 3) Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan.
- 4) Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah.

Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perundang-undangan. Berdasarkan pendapatnya tersebut, maka menurut Gustav Radbruch, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan manusia dalam masyarakat harus selalu ditaati meskipun hukum positif itu kurang adil.⁸⁴

Menurut Sudikno Mertokusumo⁸⁵, kepastian hukum adalah jaminan bahwa hukum dijalankan, bahwa yang berhak menurut hukum dapat memperoleh haknya dan bahwa putusan dapat dilaksanakan. Walaupun kepastian hukum erat kaitannya dengan keadilan, namun hukum tidak identik dengan keadilan. Hukum bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan, sedangkan keadilan bersifat subyektif, individualistis, dan tidak menyamaratakan. Kepastian hukum merupakan pelaksanaan hukum sesuai dengan bunyinya sehingga masyarakat dapat memastikan bahwa hukum dilaksanakan.

⁸³ Ibid, Yance Arizona.

⁸⁴ Op. Cit., Memahami Kepastian (Dalam) Hukum. Op. Cit.

⁸⁵ Mertokusumo, Sudikno, Mengenal Hukum (Suatu Pengantar), Yogyakarta, Liberty, 2003, hlm. 22

Dalam memahami nilai kepastian hukum yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai relasi yang erat dengan instrumen hukum yang positif dan peranan negara dalam mengaktualisasikannya pada hukum positif. Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.

Kepastian hukum yang dituangkan dalam putusan hakim merupakan hasil yang didasarkan pada fakta-fakta persidangan yang relevan secara yuridis serta dipertimbangkan dengan hati nurani. Hakim selalu dituntut untuk selalu dapat menafsirkan makna undang-undang dan peraturan-peraturan lain yang dijadikan dasar untuk diterapkan. Penerapan hukum harus sesuai dengan kasus yang terjadi, sehingga hakim dapat mengkonstruksi kasus yang diadili secara utuh, bijaksana dan objektif. Putusan hakim yang mengandung unsur kepastian hukum akan memberikan kontribusi bagi perkembangan ilmu pengetahuan di bidang hukum.

Hal ini disebabkan putusan hakim yang sudah mempunyai kekuatan hukum tetap, bukan lagi pendapat dari hakim itu sendiri yang memutuskan perkara, tetapi sudah merupakan pendapat dari institusi pengadilan dan menjadi acuan masyarakat dalam pergaulan sehari-hari.⁸⁶

Kepastian hukum menghendaki adanya upaya pengaturan hukum dalam perundang-undangan yang dibuat oleh pihak yang berwenang dan berwibawa, sehingga aturan-aturan itu memiliki aspek yuridis yang dapat menjamin adanya kepastian bahwa hukum berfungsi sebagai suatu peraturan yang harus ditaati.⁸⁷

Kepastian hukum sebagaimana keadilan dan kemanfaatan hukum adalah sesungguhnya sebuah doktrin. Doktrin kepastian hukum mengajarkan kepada setiap pelaksana dan penegak hukum untuk (demi terkendalikannya kepatuhan warga agar ikut menjaga ketertiban dalam kehidupan) mendayagunakan hukum yang sama untuk kasus yang sama.

Doktrin ini mengajarkan agar setiap ahli hukum, khususnya yang tengah bertugas sebagai hakim, tidak menggunakan rujukan-rujukan normatif lain selain yang terbilang norma hukum guna menghukumi sesuatu perkara. Demi kepatuhan, hanya norma hukum yang telah diundangkan sajalah yang secara murni dan konsekuen boleh dipakai untuk menghukumi sesuatu perkara. Tidaklah norma hukum ini boleh dicampuri pertimbangan-pertimbangan yang merujuk ke sumber-sumber normatif yang lain; seperti misalnya norma moral, rasa keadilan, ideologi politik, keyakinan pribadi, atau apapun lainnya.

Diyakini orang, bahwa dengan dipatuhinya doktrin seperti itu hukum (sebagai suatu institusi) akan amat berdaya untuk mengefektifkan berlakunya

⁸⁶ Fence M. Wantu, *Loc. Cit.*

⁸⁷ *Loc. Cit.*, Memahami Kepastian (Dalam) Hukum,

kaidah-kaidahnya guna menata kehidupan dan menegakkan tertib di dalamnya.⁸⁸

Dari uraian-uraian mengenai kepastian hukum di atas, maka kepastian dapat mengandung beberapa arti, yakni adanya kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, dan dapat dilaksanakan. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum. Hukum yang satu dengan yang lain tidak boleh kontradiktif sehingga tidak menjadi sumber keraguan.

Kepastian hukum menjadi perangkat hukum suatu negara yang mengandung kejelasan, tidak menimbulkan multitafsir, tidak menimbulkan kontradiktif, serta dapat dilaksanakan, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada.⁸⁹. Hukum harus berlaku tegas di dalam masyarakat, mengandung keterbukaan sehingga siapapun dapat memahami makna atas suatu ketentuan hukum, yang mampu menjamin hak dan kewajiban setiap warga negara sesuai dengan budaya masyarakat yang ada.

Penegakan hukum pada prinsipnya harus dapat memberi manfaat atau berdaya guna (*utility*) bagi masyarakat, namun di samping itu masyarakat juga mengharapkan adanya penegakan hukum untuk mencapai suatu keadilan. Kendatipun demikian tidak dapat kita pungkiri, bahwa apa yang dianggap berguna (secara sosiologis) belum tentu adil, begitu juga sebaliknya apa yang dirasakan adil (secara filosofis), belum tentu berguna bagi masyarakat.

Dalam kondisi yang demikian ini, masyarakat hanya menginginkan adanya suatu kepastian hukum, yaitu adanya suatu peraturan yang dapat mengisi kekosongan hukum tanpa menghiraukan apakah hukum itu adil atau tidak. Kenyataan sosial seperti ini memaksa pemerintah untuk segera membuat peraturan secara praktis dan pragmatis, mendahulukan bidang-bidang yang paling mendesak sesuai dengan tuntutan masyarakat tanpa perkiraan strategis, sehingga melahirkan peraturan-peraturan yang bersifat tambal sulam yang daya lakunya tidak bertahan lama.

Akibatnya kurang menjamin kepastian hukum dan rasa keadilan dalam masyarakat. Sebaiknya mekanisme dan prosedur untuk menentukan prioritas revisi atau pembentukan undang-undang baru, masyarakat harus mengetahui sedini mungkin dan tidak memancing adanya resistensi dari masyarakat, maka setidaknya-tidaknya dilakukan dua macam pendekatan yaitu pendekatan sistem dan pendekatan kultural politis.

⁸⁸ Soetandyo Wignjosebroto, Terwujudnya Peradilan Yang Independen Dengan Hakim Profesional Yang Tidak Memihak, Sebuah risalah ringkas, dimaksudkan untuk rujukan ceramah dan diskusitentang "Kriteria dan Pengertian Hakim Dalam Perspektif Filosofis, Sosiologis dan Yuridis" yang diselenggarakan dalam rangka Seminar Nasional bertema "Problem Pengawasan Penegakan Hukum di Indonesia" diselenggarakan oleh Komisi Yudisial dan PBNU-LPBHNU di Jakarta 8 September 2015.

⁸⁹ Ibid, Memahami Kepastian (Dalam) Hukum.

Dalam pelaksanaan penegakan hukum, keadilan harus diperhatikan, namun hukum itu tidak identik dengan keadilan, hukum itu bersifat umum, mengikat setiap orang, bersifat menyamaratakan. Setiap orang yang mencuri harus dihukum tanpa membeda-bedakan siapa yang mencuri. Sebaliknya keadilan bersifat subjektif, individualistis dan tidak menyamaratakan. Adil bagi seseorang belum tentu dirasakan adil bagi orang lain, konsep mediasi diupayakan untuk dapat memberikan solusi dalam hal penegakan hukum dapat memberikan rasa keadilan bagi para pihak yang bersengketa dengan besar hati dan mampu mewujudkan sebuah makna kepastian hukum bagi para pihak.

3. Teori Kemanfaatan Hukum

Sistem hukum tidak hanya mengacu pada aturan (*codes of rules*) dan peraturan (*regulations*), namun mencakup bidang yang luas, meliputi struktur, lembaga dan proses (*procedure*) yang mengisinya serta terkait dengan hukum yang hidup dalam masyarakat (*living law*) dan budaya hukum (*legal structure*).

Menurut Lawrence Friedman, unsur-unsur sistem hukum itu terdiri dari struktur hukum (*legal structure*), substansi hukum (*legal substance*) dan budaya hukum (*legal culture*).⁹⁰

1) Substansi

Eksistensi hukum bertujuan untuk memberikan keamanan dan ketertiban serta menjamin adanya kesejahteraan yang diperoleh masyarakat dari Negara sebagai payung bermasyarakat. Kaidah hukum di samping kepentingan manusia terhadap bahaya yang mengancamnya, juga mengatur hubungan di antara manusia.⁹¹ Identifikasi setiap permasalahan merupakan tugas dari hukum untuk memberikan jaminan adanya kepastian hukum. Masyarakat berkembang secara pesat di dunia komunitasnya atau dalam bernegara, hal ini dipengaruhi oleh perkembangan zaman sehingga kebutuhan harus dipenuhi sesuai zamanya.

Keberlakuan ini secara langsung tidak memiliki relevansi dengan kepastian hukum, karenanya hukum akan bersifat statis tanpa adanya penyesuaian antara hukum dan perilaku masyarakat kekinian atau terjadi kekacuan hukum. Untuk itu perlu hukum yang kontekstual, dalam arti dapat mengakomodir praktik-praktik sosial di masyarakat dengan diatur oleh norma hukum. Ajaran-ajaran hukum yang dapat diterapkan, menurut Johnson, agar tercipta korelasi antara hukum dan masyarakatnya, yaitu hukum sosial yang lebih kuat dan lebih maju daripada ajaran-ajaran yang diciptakan oleh hukum perseorangan.⁹² Artikulasi hukum ini akan menciptakan hukum yang sesuai cita-cita masyarakat. Karenanya muara hukum tidak hanya keadilan dan kepastian hukum, akan tetapi aspek

⁹⁰ Lawrence Friedman, "American Law", (London: W.W. Norton & Company, 1984), hlm. 6.

⁹¹ Sudikno Mertokusumo, Teori Hukum, Cetakan ke ,Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011. hlm. 16.

⁹² Alvin S. Johnson, Sosiologi Hukum, Cetakan ke 3 (Jakarta: Asdi Mahastya, 2006) hlm.204.

kemanfaatan juga harus terpenuhi. Penganut mazhab utilitarianisme memperkenalkan tujuan hukum yang ketiga, disamping keadilan dan kepastian hukum.

Dilanjutkannya, tujuan hukum itu adalah untuk kemanfaatan bagi seluruh orang.⁹³ Regulasi Indonesia mencoba untuk mengakomodir kekhawatiran terhadap kondisi lingkungan dengan dikeluarkannya UU No. 32 Tahun 2009 tentang PPLH sebagai pengganti UU No. 23 Tahun 1997 tentang PLH. UU tersebut memuat ketentuan pidana bagi pelanggaran terhadap lingkungan yang berbeda dengan UU sebelumnya. Meskipun dengan komposisi berbeda, UU 32 tahun 2009 tetap tidak dapat memberikan jaminan terhadap masyarakat akan kebahagiaan. Seperti dikatakan oleh Bentham, hukum dapat dikategorikan sebagai hukum yang baik apabila mampu memberikan kebahagiaan kepada sebagian terbesar dari masyarakat (*the greatest happiness of the greatest number*). Substansi hukum adalah mengenai norma, peraturan maupun undang-undang.

2) Struktur

Penegak hukum merupakan pelaksana dari peraturan perundangundangan. Masyarakat menyimpan harapan penuh akan terciptanya aspek hukum yang bertujuan pada kemanfaatan. Bentuk dan pola ini cenderung tidak dapat terealisasi secara maksimal. Aparat hukum, dalam hal ini sistem hukum positif yang dianut Indonesia mengedepankan adanya kepastian hukum. Jika dikaitkan pada eksistensi konstitusi menjaga konstruksi lingkungan, sejatinya lingkungan beserta komponen lainnya akan terjaga dengan baik. Berbagai pemicu rusaknya lingkungan terlihat mulai dari lemahnya pengawasan pemerintah, peraturan perundang-undangan hingga inkonsistensi penegakan lingkungan. Pemicu yang terakhir ialah hal fundamental di negara hukum.

Menurut Montesquieu, para legislator dalam membentuk hukum harus seperti tabib yang mendiagnosis penyakit pasiennya kemudian memberikan resep.⁹⁴ Legislator harus mendiagnosis di masyarakat kebutuhan atau elemen-elemen apa saja yang dapat di implementasikan saat diberlakukannya peraturan perundang-undangan. Hal mendasar yang tidak dapat di pisahkan adalah inherenasi antara pembuatan peraturan dengan pelaksana peraturan. Sinergitas keduanya merupakan barometer terciptanya negara yang aman dan tertib sehingga kondusifitas dapat selalu terjaga.

Struktur hukum meliputi badan eksekutif, legislatif dan yudikatif serta lembaga-lembaga terkait, seperti Kejaksaan, Kepolisian, Pengadilan, Komisi Judisial, Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) dan lain-lain.

Instrumen hukum, supra struktur (Legislatif, Eksekutif, Yudikatif) apabila bekerja secara profesional dan proporsional, sejatinya akan

⁹³ Shidarta, Pokok-pokok filsafat hukum., Bandung: Penerbit Nusa Media, 2013Halaman 160.

⁹⁴ Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Cetakan Ke 6, Bandung: Penerbit Nusa Media, 2013. hlm.17.

memberikan manfaat hukum terhadap masyarakat holistik. Selama ini unsur-unsur kepastian hukum mentransformasi hukum Indonesia. sehingga peran dari penegak hukum terlihat pasif dan kaku. Dalam konteks ini diperlukan penegak hukum yang aktif dan dinamis. Mengingat diskresi dari pemerintah berindikasi pemihakan terhadap kaum borjuis.

Harus adanya pemangkasan regulasi dari dasar sebelum mengakar hingga ke puncak tertinggi. Tentunya regulasi yang mengutamakan rakyat dengan memberikan manfaat terhadap lingkungan sebaik-baiknya. Kemanfaatan merupakan tujuan hukum yang memiliki peranan hukum saat proses adjudikasi dengan mengenyampingkan keadilan dan kepastian hukum. Dikatakannya hukum yang baik adalah apabila aplikasi norma hukum memberikan kemanfaatan yang baik bagi masyarakat serta menciptakan kesejahteraan bagi masyarakat lainnya.

Untuk itu penegak hukum dapat implementasikan peraturan perundang-undangan tentang lingkungan dengan mengutamakan rakyat dan memerhatikan lingkungan serta komponen lain sebaik mungkin.

3) Budaya Hukum

Budaya hukum adalah meliputi pandangan, kebiasaan maupun perilaku dari masyarakat mengenai pemikiran nilai-nilai dan pengharapan dari sistim hukum yang berlaku, dengan perkataan lain, budaya hukum itu adalah iklim dari pemikiran sosial tentang bagaimana hukum itu diaplikasikan, dilanggar atau dilaksanakan.

Tanpa budaya hukum sistem hukum itu sendiri tidak akan berdaya, seperti ikan mati yang terkapar di keranjang, bukan seperti ikan hidup yang berenang di lautnya (*without legal culture, the legal system is inert, a dead fish lying in a basket, not a living fish swimming in its sea*).⁹⁵

Setiap masyarakat, negara dan komunitas mempunyai budaya hukum. Selalu ada sikap dan pendapat mengenai hukum. Hal ini tidak berarti bahwa setiap orang dalam satu komunitas memberikan pemikiran yang sama.

Banyak sub budaya dari suku-suku yang ada, agama, kaya, miskin, penjahat dan polisi mempunyai budaya yang berbeda antara satu dengan yang lainnya. Yang paling menonjol adalah budaya hukum dari orang dalam, yaitu hakim dan penasehat hukum yang bekerja di dalam sistem hukum itu sendiri, karena sikap mereka membentuk banyak keragaman dalam sistem hukum. Setidak-tidaknya kesan ini akan mempengaruhi penegakan hukum dalam masyarakat.

Hukum adalah kontrol sosial dari pemerintah (*law is governmental social control*), sebagai aturan dan proses sosial yang mencoba mendorong perilaku, baik yang berguna atau mencegah perilaku yang buruk.⁹⁶ Di sisi lain kontrol sosial adalah jaringan atau aturan dan proses yang

⁹⁵ Ibid, hlm. 7.

⁹⁶ Donald Black, "Behavior of Law", (New York, San Fransisco, London: Academic Press, 1976), hlm. 2.

menyeluruh yang membawa akibat hukum terhadap perilaku tertentu, misalnya aturan umum perbuatan melawan hukum.⁹⁷

Tidak ada cara lain untuk memahami sistem hukum selain melihat perilaku hukum yang dipengaruhi oleh aturan keputusan pemerintah atau undang-undang yang dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang. Jika seseorang berperilaku secara khusus adalah karena diperintahkan hukum atau karena tindakan pemerintah atau pejabat lainnya atau dalam sistem hukum.

Perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat merupakan suatu gejala yang umum, bahwa perubahan-perubahan tersebut dipengaruhi akan gejala sosial.⁹⁸ Di mana ada masyarakat di situ ada hukum (*ubi sociates ibi ius*), merupakan *adagium* dasar menunjukkan, bahwa pada masyarakat yang bagaimana pun pasti memiliki hukum tertentu.⁹⁹ Eksistensi masyarakat, sejatinya dapat mempengaruhi lahirnya produk hukum, karena norma tersebut yang akan dirasakan secara langsung oleh masyarakat holistik. Kealfaan legislator dalam memerhatikan norma di masyarakat saat mengadakan kompromi-kompromi regulasi di gedung parlemen menghambat pembangunan hukum dan/atau pembangunan masyarakat.

Cita-cita hukum pun tidak terwujud dengan baik, karena objek dari hukum tidak merasakan fungsi dari peraturan perundang-undangan yang dibentuk. Kelemahan-kelemahan penerapan hukum tidak terlepas dari berbagai pandangan tentang esensi hukum yang sebenarnya. Sejatinya hukum berperan sebagai instrument yang memberikan manfaat kepada masyarakat holistik.

Namun dinamisasi masyarakat tidak disertai hukum, sehingga terjadi disequilibrium antara aturan dan dilapangan. Diperlukan hukum yang dapat mengikat seluruh masyarakat dalam konsep dan kerangka secara komprehensif. Sudah barang tentu aspek yang dapat merangkul hukum yang hidup di masyarakat ialah pendekatan dengan menggunakan sosiologis hukum.

Desain regulasi sebaik mungkin, namun tidak melihat hukum yang hidup di masyarakat serta bersifat statis dan stagnan, hanya menimbulkan kerugian pada regulasi dan berakibat pada perbuatan kesewenang-wenangan dari penguasa. Perlu konsistensi dari pemerintah dalam menerapkan hukum.

Artikulasi ini mengarahkan pada konsep hukum yang diterapkan, karena akan berimplikasi pada Negara. Konsep hukum bervariasi, sehingga diperlukan adanya pemahaman terhadap kondisi dan situasi sosial masyarakat. Sistem hukum menekankan pada prosedur, namun kurang membahas cara hukum menyelesaikan masalah, sedangkan

⁹⁷ Lawrence Friedman, Op.cit, hlm. 3.

⁹⁸ Soerjono Soekanto, Hukum Adat Indonesia, Cetakan ke 6, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003. hlm.370.

⁹⁹ Anggota IKAPI, Hukum dan Kemajemukan Budaya, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2003. hlm.88.

budaya hukum mengandung nilai prosedural, yaitu tata cara dan prosedur dalam manajemenisasi sebuah konflik dalam masyarakat dan nilai substansif berupa asas-asas fundamental tentang alokasi, distribusi, penggunaan sumber-sumber dalam masyarakat terkait dengan adil dan tidak adil. Pada dasarnya, hukum harus menjadi panglima dari aspek-aspek lain, namun interdependensi aspek lain tetap diperhatikan. Hukum sebagai penorma perilaku sangat penting agar perilaku masyarakat tidak menyimpang. Peran hukum sangat tergantung pada negaranya.

Pada Negara berkembang hukum mengambil peran sebagai kontrol sosial sekaligus sebagai penggerak tingkah laku kearah tujuan nasional yaitu peningkatan kesejahteraan dan keadilan sosial. Agar perilaku masyarakat tidak berseberangan dengan hukum tentunya dibutuhkan kesadaran masyarakat secara total untuk patuh dan taat pada hukum. Kesadaran itu merupakan jembatan penghubung antara hukum dengan perilaku masyarakat. Manusia secara individu atau secara kolektif yang tergabung dalam komunitas berperan besar menjalankan hukum. Kesadaran dan budaya hukum sebagai stimulan dari implementasi regulasi yang dibentuk regulator.

Konstitusi sebagai landasan berpijak sudah tentu menyimpan harapan besar dari masyarakat dapat menjaga dari ketidak sewenang-wenangan. Namun, apabila melihat kondisi riil di lapangan, hukum terkesan berada di bawah penguasa yang sejatinya menjadi supreme bagi siapapun dengan kekuatannya tanpa memerhatikan masyarakat. Diketahui bahwa hukum yang harus berpegang pada prinsip kesamaan ternyata harus berhadapan dengan kenyataan yang sangat berbeda.¹⁰⁰

Secara lahiriah, manusia berbeda dengan manusia lainnya dalam kedudukan, keadaan kesehatan, kemakmuran, status sosial dan lain-lain. Untuk itu diperlukan egaliter hukum yang dibentuk agar memberikan manfaat. Penerapan ini dapat dilakukan apabila berpandangan pada budaya hukum dari masyarakat.

4. Teori Masalah Mursalah

Menurut Abdul Wahab Khallaf, *masalah mursalah* adalah masalah di mana syari' tidak mensyari'atkan hukum untuk mewujudkan masalah, juga tidak terdapat dalil yang menunjukkan atas pengakuannya atau pembatalannya¹⁰¹.

Sedangkan menurut Muhammad Abu Zahra, definisi masalah mursalah adalah segala kemaslahatan yang sejalan dengan tujuan-tujuan syari' (dalam

¹⁰⁰ SartjiptoRahardjo, PenegakanHukumSuatuTinjauanSosiologia, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009. hlm.61.

¹⁰¹ Abdullah WahabKhallaf, IlmuUshululFiqh, terj. NoerIskandar al-Bansany, KaidahkaidahHukum Islam, Jakarta: PT. Raja GrafindoPersada, Cet-8, 2002, hlm. 123.

mensyari'atkan hukum Islam) dan kepadanya tidak ada dalil khusus yang menunjukkan tentang diakuinya atau tidaknya.¹⁰²

Pengertian masalah ditinjau dari segi materinya, para ulama *ushul fiqh* membagi masalah menjadi dua: *Ma lahah al-amah* dan *Maslahah khassah*. Masalah al-ammah adalah kemaslahatan umum yang menyangkut kepentingan orang banyak. Kemaslahatan umum ini tidak berarti untuk kepentingan semua orang, tetapi bisa berbentuk kepentingan mayoritas umat. *Ma lahah khassah* adalah kemaslahatan peribadi. *Ma lahah khassah* ini sering terjadi dalam kehidupan kita seperti memutuskan hubungan seorang pegawai karena majikan sudah tidak mampu lagi membayar gaji pegawai tersebut. Contoh lain memutuskan perkawian oleh karena sudah tidak ada lagi harapan untuk hidup bersama dalam membina rumah tangga.

Teori *ma lahat* dapat digunakan sebagai *middle theory* untuk mengetahui manfaat pengintegrasian mediasi dalam beracara menyelesaikan perkara waris di pengadilan Agama. Tentu saja tidak dapat mengabaikan penggunaan teori hukum Islam yang juga telah digunakan oleh kalangan pemikir sebelumnya. Diantara tokoh-tokoh ulama dan pemikir muslim yang telah memperkenalkan teori *ma lahah* Imam al-Syatibi, al-Ghazali, Najamuddin Al-Tufi dan A. Wahab Afif.

Teori *masslahah* diperkenalkan oleh Imam al-Syathibi, yang dikenal sebagai salah seorang pemikir hukum Islam yang banyak menjelaskan teori *mashlahah* dalam karyanya, *al-muwafaqat*, melalui konsep tujuan hukum *syara` (maqashid al-syari`ah)*. Perumusan tujuan *syari`at* Islam bertujuan untuk mewujudkan kemaslahatan umum (*mashlahah al-ammah*) dengan cara menjadikan aturan hukum *syari`ah* yang paling utama dan sekaligus menjadi *salihah li kulli zaman wamakan* (kompatibel dengan kebutuhan ruang dan waktunya).

Imam al-Syathibi memberikan rambu-rambu untuk mencapai tujuan-tujuan *syari`at* yang bersifat *dharuriyyah*, *hajjiyyah*, dan *tahsiniyyah* dan berisikan lima asas hukum *syara`* yakni: (a) memelihara agama, (b) memelihara jiwa, (c) memelihara keturunan, (d) memelihara akal, dan (e) memelihara harta.¹⁰³

Sepanjang eksistensi peradilan Agama tersebut mampu menjamin bagi tercapainya tujuan-tujuan hukum *syara`*, maka kemaslahatan menjadi tujuan akhir. Teori *mashlahah* yang diperkenalkan al-Syatibi dalam konsep *maqashid al-syari`ah* ini tampaknya masih relevan untuk menjawab segala persoalan hukum dimasa depan, termasuk penerapan mediasi di pengadilan agama untuk mencapai penyelesaian perkara dengan cara damai melalui proses mediasi.

Al-mashlah al-murshalah atau *istishlah* dikenal sebagai salah satu *ijtihad* melalui *al-ra'yu* (akal) manusia.¹⁰⁴ Peneliti cenderung memahami sebagai

¹⁰² Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, terj. Saefullah Ma'shum, et al., *Ushul Fiqih*, Jakarta: Pustaka Firdaus, Cet. 9, 2005, hlm. 424.

¹⁰³ Al-Syathibi, *al-Muawafaqat fi Usul al-Syari`ah*, Bairut: Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, t.th, Juz II, Hlm.7.

¹⁰⁴ Istilah lain untuk *istishlah* adalah *mashalih-murshalah*, yaitu: "pembinaan, penetapan, hukum berdasarkan *maslahah*, kebaikan, kepentingan, yang tidak ada ketentuannya dari *syara'*, baik

teori hukum Islam. Yuridis Islam yang telah berhasil menyusun teori tersebut adalah Imam Malik atau Malik bin Anas *Rahimahullah* (meninggal tahun 659) yang terkenal sebagai pendiri Mashab Malik. Teori hukum yang dibangun tersebut dinamakan "*al-mashlahah al-murshalah*" yang dapat diterjemahkan "untuk kepentingan umum". Selanjutnya digunakan istilah *al-mashlahah*.

Menurut Imam Malik kepentingan atau kemaslahatan umum adalah salah satu dari sumber-sumber *syari'ah*, dengan tiga syarat yaitu: (1) kepentingan umum atau kemaslahatan umum itu bukan hal-hal yang berkenaan dengan ibadat dalam arti khusus, (2) kepentingan atau kemaslahatan umum itu harus selaras (*in harmony with*) dengan jiwa *syari'ah* dan tidak boleh bertentangan dengan salah satu sumber *syari'ah* itu sendiri dan (3) kepentingan atau kemaslahatan umum itu haruslah merupakan sesuatu yang esensial (diperlukan) dan bukan hal-hal yang bersifat kemewahan. Hal-hal yang diperlukan atau dibutuhkan itu merupakan upaya yang berkaitan dengan lima tujuan hukum Islam, sebagaimana dirumuskan oleh al-Syatibi¹⁰⁵ yaitu untuk melindungi agama, kehidupan, akal, keturunan, dan harta benda.

Subhi Mahmassani mengemukakan tiga buah contoh dari *al-mashlahah* yaitu (1) Kewajiban membayar pajak bagi golongan hartawan untuk anggaran belanja negara (2) penyitaan barang-barang hasil curian atau hasil tindak pidana dari seorang terhukum dan (3) melenyapkan tawanan pihak Islam apabila mereka digunakan sebagai tameng (perisai) oleh pihak musuh yang non muslim.¹⁰⁶

Imam al-Ghazali (ahli fikih Mazhab Syafi'i) mengemukakan pengertian maslahat bahwa:

"*maslahat*" adalah mengambil manfaat dan menolak kemudaratatan dalam rangka memelihara tujuan-tujuan syarak. Ia memandang bahwa suatu kemaslahatan harus sejalan dengan tujuan syara', sekalipun bertentangan dengan tujuan manusia. Alasan yang dikemukakan adalah kemaslahatan manusia tidak selamanya didasarkan atas kehendak *syara'*, tetapi didasarkan atas kehendak hawanafsu.¹⁰⁷

Al-mashlahah menduduki posisi yang sangat penting dalam menetapkan hukum, berkenaan dengan kasus harta bersama di Pengadilan Agama, oleh karena harta bersama adalah tidak terdapat dalam fikih klasik dan hal ini termasuk pembaharuan hukum Islam di Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam.

Al-Ghazali menyatakan bahwa setiap "*mashlahah*" yang bertentangan al-Qur'an, Sunah, *ijma'* adalah batal dan harus dibuang jauh-jauh. Setiap kemashlahatan yang sejalan dengan *syara'* harus diterima untuk dijadikan pertimbangan dalam menetapkan hukum Islam. Dengan pernyataan ini al-

ketentuan secara umum atau secara khusus". Lihat, Ahmad Hanafi, Pengantar dan Sejarah Hukum Islam, Jakarta: Bulan Bintang, 1984.

¹⁰⁵ Subhi Mahmassani, *The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, translated by Farhat J. Ziadeh, Leiden: E.J. Brill, 1961, 2003, Hlm. 89-90.

¹⁰⁶ *Ibid*, Hlm., 90.

¹⁰⁷ *Ibid*.

Ghazali ingin menegaskan tidak ada hukum Islam yang kontra dengan kemashlahatan, atau dengan kata lain tidak satupun akan ditemukan hukum Islam yang menyensarakan dan membuat mud rat (kerugian) umat manusia.

Berdasarkan teori ini, peneliti berpendapat bahwa penerapan mediasi di pengadilan Agama hendaknya membawa kemaslahatan bagi masyarakat pada umumnya dan khususnya umat Islam pencari keadilan di Pengadilan Agama.

BAB II

KONSEP MEDIASI PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DALAM SISTEM PERADILAN AGAMA

A. EFEKTIVITAS PENEGAKAN HUKUM PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Suryono Sukanto¹⁰⁸ mengemukakan ada 5 (lima) faktor yang sangat berpengaruh dalam penegakan hukum, dan antara kelimanya itu saling berkaitan erat satu dengan yang lainnya, oleh karena merupakan esensi dari penegakan hukum dan merupakan tolak ukur dari efektivitas penegakan hukum. Faktor yang dimaksud diharapkan akan menjadi landasan untuk mengukur efektivitas penegakan hukum melalui peran dan pengaruh hakim dan mediator dalam perdamaian terhadap kasus-kasus di Pengadilan Agama. Kelima faktor tersebut adalah:

- a. Faktor hukumnya, dimaksud adalah peraturan perundang-undangan. Suatu peraturan perundang-undangan yang baik, paling tidak yang dapat berlaku secara yuridis, sosiologis, dan filosofis, (unsur kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadilan). Suatu peraturan hukum dikatakan berlaku secara yuridis adalah peraturan hukum yang berlaku secara piramida. Hukum membentangkan proses yang bertahap, dari norma yang paling tinggi, yang paling abstrak dan makin kebawah semakin konkrit. Suatu peraturan hukum berlaku secara sosiologis bilamana peraturan hukum tersebut diakui oleh masyarakat, kepada siapa peraturan hukum tersebut ditujukan atau diperlakukan. Suatu peraturan berlaku secara filosofis apabila peraturan hukum tersebut sesuai dengan cita-cita hukum sebagai nilai positif yang tertinggi. Apabila peraturan hukum tidak memiliki ketiga unsur keberlakuan itu, maka peraturan hukum tersebut bisa menjadi peraturan hukum yang mati, atau dirasakan sebagai tirani karena tidak berakar.
- b. Faktor penegak hukum, yaitu pihak-pihak yang membentuk maupun yang menerapkan hukum. Penegak hukum mencakup segala elemen yang secara langsung atau tidak langsung berkecimpung dibidang penegakan hukum, adalah mereka yang mempunyai peranan yang sangat menentukan keberhasilan usaha penegakan

¹⁰⁸ Baca SuryonoSoekanto, Faktor-faktor yang MempengaruhiPenegakanHukum, Jakarta: PT RajaGrafindoPersada, 1993, Hlm.1.

- hukum dalam masyarakat, seperti polisi, jaksa, hakim, pengacara dan lain-lain.
- c. Faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum. Sarana atau fasilitas sangat menentukan dalam penegakan hukum, tanpa sarana atau fasilitas yang memadai, penegakan hukum tidak akan lancar, penegakan hukum tidak akan baik dalam menjalankan peranannya. Sarana atau fasilitas tersebut antarlain tenaga manusia yang berpendidikan dan propesional, organisasi yang baik, peralatan yang memadai, keuangan yang cukup dan sebagainya.
 - d. Faktor masyarakat, yaitu lingkungan dimana hukum tersebut berlaku atau diterapkan. Salah satu faktor yang mempengaruhi proses penegakan hukum adalah kesadaran hukum masyarakat, semakin tinggi kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin memungkinkan penegakan hukum yang baik, sebaliknya semakin rendah tingkat kesadaran hukum masyarakat, maka akan semakin sukar untuk melaksanakan penegakan hukum.
 - e. Faktor kebudayaan, yaitu sebagai hasil karya, cipta dan rasa yang didasarkan prakarsa didalam pergaulan hidup masyarakat.

Perubahan hukum dan perubahan sosial adalah sebuah keadaan yang saling mempengaruhi satu sama lainnya. Perubahan hukum dalam suatu negara dapat mempengaruhi perubahan sosial di masyarakat. Sebaliknya, perubahan sosial di masyarakat dapat membawa terjadinya perubahan hukum dalam suatu negara. Atas dasar tersebut, perubahan hukum tentang acara penyelesaian sengketa di Pengadilan Agama dengan mengintegrasikan mediasi dalam beracara di pengadilan Agama dengan tujuan agar perkara diselesaikan dengan cara damai adalah suatu hal yang maslahat bagi masyarakat pencari keadilan.

Dalam hal ini peneliti mengangkat teori perubahan hukum yang dikemukakan oleh *Al Imam Ibn Qayyim al-Jauziyyah Rohimahulloh*. Beliau dikenal sebagai salah seorang ulama besar di abad pertengahan dan juga pemikir hukum Islam yang banyak menjelaskan teori perubahan hukum Islam dalam karyanya, *ʿIlam al-Muwaqqi'ien*.

Menurut *Al Imam Ibn Qayyim al-Jauziyyah*, aplikasi prinsip-prinsip dan asas-asas hukum Islam di masyarakat hendaknya koheren dengan perubahan hukum Islam sesuai dengan situasi dan kondisi dalam masyarakat muslim itu sendiri. Logika semacam ini sesuai dengan kaidah hukum Islam yang menyatakan: merubah suatu hukum hendaknya disesuaikan dengan situasi, kondisi, waktu dan tempatnya serta merujuk kepada tujuan hukum Islam yang meniadakan kemudharatan dan mendahulukan kemaslahatan.¹⁰⁹

¹⁰⁹ IbnuQayyim al-Jauziyyah, ʿIlam al-Muwaqqi'ien, Qairo: Maktabah al-Kulliyah al-Azhariyyah, 1980, Vol.III, Hlm.3.

1 Pengertian Efektivitas

Efektivitas adalah suatu kosa kata dalam Bahasa Indonesia yang berasal dari Bahasa Inggris yaitu: "*Efective*" yang berarti berhasil ditaati, mengesahkan, mujarab dan mujur. Dari sederetan arti di atas, maka yang paling tepat adalah berhasil dengan baik. Jika seseorang dapat bekerja dengan baik maka ia dapat dikatakan bekerja secara efektif. Dalam pelaksanaan kerja selalu memakai 5 sumber usaha yaitu Pikiran, Tenaga, Waktu, Uang dan Benda. Walaupun gabungan yang berbeda untuk masing – masing jenis pekerjaan pada umumnya orang melakukan kegiatan tertentu ingin memperoleh hasil yang maksimal. Tetapi permasalahan efektivitas, bukanlah sesederhana pengertian di atas, karena efektivitas itu menyangkut banyak hal, oleh karena itu para ahli memberikan definisi yang beragam untuk menjelaskan apa arti batasan dari pengertian efektivitas itu.

Efektivitas adalah hasil membuat keputusan yang mengarahkan melakukan sesuatu dengan benar, yang membantu memenuhi misi suatu perusahaan/organisasi atau pencapaian tujuan¹¹⁰.

Efektivitas adalah keadaan atau kemampuan berhasilnya suatu kerja yang dilakukan oleh manusia untuk memberikan guna yang diharapkan untuk melihat efektivitas kerja pada umumnya dipakai empat macam pertimbangan yaitu: Pertimbangan ekonomi, Pertimbangan Fisiologi, Pertimbangan Psikologi dan Pertimbangan Sosial¹¹¹.

Sedangkan Komaruddin¹¹² menyebutkan efektivitas adalah: Suatu keadaan dalam mencapai tujuan manajemen yang efektif perlu disertai dengan manajemen yang efisien. Menunjukkan tingkat keberhasilan yang efisien.

Tercapainya tujuan mungkin hanya dapat dilakukan dengan penghamburan dana. Oleh karena itu manajemen tidak boleh diukur dengan efektivitas juga diperlukan efisiensi.

Berdasarkan beberapa pengertian di atas dapat disimpulkan efektivitas merupakan suatu keadaan yang menunjukkan keberhasilan kerja yang ditetapkan. Efektivitas kerja adalah penyelesaian pekerjaan tepat pada waktu yang telah ditentukan, artinya pelaksanaan suatu tugas ditandai baik atau tidak, sangat tergantung pada penyelesaian tugas tersebut bagaimana cara melaksanakannya, dan berapa biaya yang dikeluarkan untuk itu. Hal ini lebih menekankan pada penyelesaian tugas yang telah ditentukan sebelumnya. Sarwoto¹¹³ mengistilahkan efektivitas dengan "berhasil guna" yaitu pelayanan yang baik corak dan mutunya benar – benar sesuai kebutuhan dalam pencapaian tujuan organisasi.

Berdasarkan pendapat yang dikemukakan para ahli di atas maka dapat disimpulkan bahwa efektivitas kerja berhubungan dengan hasil yang telah

¹¹⁰ Widjaya, Gunawan. 2001. Seri Hukum Bisnis: Alternatif Penyelesaian Sengketa. Edisi I Cet. I, Jakarta, Hlm. 32

¹¹¹ Weshia Permata, 2002, Ensiklopedia Administrasi, Ghalia, Jakarta, Hlm.148

¹¹² Komaruddin, 2002 Ensiklopeida Manajemen, Edisi Kedua, Jakarta: Bumi Aksara. Hlm. 45

¹¹³ Sarwoto, 2001. Efektivitas Organisasi, Penerbit Erlangga, Jakarta, Hlm. 126

ditentukan sebelumnya. Satu hal yang perlu digaris bawahi efektivitas kerja tidak dapat dipisahkan dengan efisiensi kerja. Efisiensi kerja berhubungan dengan biaya, tenaga, mutu dan pemikiran.

Jadi efektivitas kerja adalah merupakan kemampuan untuk memilih tujuan yang tepat dalam mencapai suatu tujuan tertentu atau efektivitas kerja dapat juga diartikan dengan hasil guna penekannya pada efeknya, atau hasil tanpa kurang memperdulikan pengorbanan yang perlu di berikan oleh hasil tersebut. Jadi efektivitas kerja dalam organisasi merupakan usaha untuk mencapai prestasi yang maksimal dengan menggunakan sumber daya yang tersedia dalam waktu yang relatif singkat tanpa menunggu keseimbangan tujuan alat dan tenaga serta waktu.

Apa yang dimaksud dengan efektivitas kerja dipertegas yaitu “Penyelesaian pekerjaan tepat pada waktu yang ditentukan, artinya apabila pelaksanaan tugas dinilai baik atau tidak adalah sangat tergantung pada bilamana tugas tersebut diselesaikan dan bukan terutama menjawab tentang bagaimana melaksanakannya serta berapa biaya yang dikeluarkan untuk pekerjaan tersebut”. Siagian¹¹⁴.

Dari definisi Siagian di atas dapatlah kiranya diinterpretasi bahwa efektivitas kerja mengandung arti tentang penekanan pada segi waktu yang dibutuhkan untuk menyelesaikan suatu pekerjaan, dimana semakin cepat pekerjaan itu terselesaikan dengan baik sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan, maka akan semakin baik pula efektivitas kerja yang dicapai. Demikian pula sebaliknya dengan semakin lamanya pekerjaan tersebut terselesaikan, maka semakin jauh pula pekerjaan tersebut dari keefektifannya.

Pegawai mampu mencapai efektivitas kerja apabila pegawai “Menunjukkan kemampuan mengakumulasi pemilihan tujuan yang dilaksanakan dengan peralatan yang akan dipergunakan untuk melaksanakan tujuan tersebut sehingga pekerjaan tersebut terselenggara sebagaimana yang diharapkan”¹¹⁵.

Dari uraian di atas, dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa pemilihan alternatif yang tepat sangat menentukan tingkat efektivitas kerja yang sangat tinggi dan tentunya akan sangat berpengaruh besar terhadap kualitas dari pada hasil pekerjaan dan kualitas pekerjaan itu sendiri.

2 Masalah Kompetensi Mediator

Kompetensi diartikan sebagai kemampuan karakteristik yang dimiliki seseorang berupa pengetahuan, keterampilan, dan sikap perilaku yang diperlukan dalam pelaksanaan tugas/jabatan. Sebagai karakteristik individu yang melekat, kompetensi nampak pada cara berperilaku di tempat kerja seseorang. Anonim mendefinisikan kompetensi sebagai penguasaan pengetahuan, keterampilan, dan sikap. Pengetahuan adalah kumpulan informasi yang disimpan di otak dan dapat dipanggil jika dibutuhkan.

¹¹⁴ Siagian Sondang, 2002, *Patologi Birokrasi, Analisis, Identifikasi dan terapinya*, Ghalia, Jakarta. Hlm. 151

¹¹⁵ Handoko, T.Hani, 2003. *Manajemen Personalia dan Sumber Daya Manusia*. Yogyakarta: BPFE Universitas Gajah Mada, Hlm. 62

Keterampilan adalah kemampuan menerapkan pengetahuan. Sikap adalah sekumpulan kualitas karakter yang membentuk kepribadian seseorang.

Spencer¹¹⁶ mengemukakan bahwa kompetensi dapat bersumber dari lima jenis sumber kompetensi yang berbeda, yaitu

1. Motif; sesuatu yang secara konsisten menjadi dorongan, dipikirkan atau diinginkan oleh seseorang yang menyebabkan munculnya tindakan,
2. Karakter; bawaan seseorang yang dapat mempengaruhi prestasi di tempat kerja,
3. Konsep diri; mencakup gambaran atas diri sendiri, sikap, dan nilai-nilai yang diyakininya,
4. Pengetahuan; mencerminkan informasi yang dimiliki seseorang pada area disiplin yang tentunya secara spesifik,
5. Keterampilan; kemampuan untuk melakukan aktivitas fisik dan mental.

Berdasarkan pendapat di atas, maka kompetensi dapat dirumuskan sebagai kemampuan seseorang ditempat kerja untuk memperoleh hasil kerja, dan tingkat prestasi kerja yang bersumber dari karakteristik individu yang dihubungkan oleh salah satu atau kombinasi dari lima tipe sumber kompetensi yang berbeda.

Dengan kata lain pendekatan kompetensi ini meyakini bahwa perilaku efektif seseorang di tempat kerja atau pada suatu situasi tertentu merupakan cerminan kompetensi seseorang.

Kompetensi digunakan sebagai salah satu *applied theory*, teori aplikasi untuk menjelaskan konsep teori secara umum tentang kompetensi kerja. Teori ini dikemukakan oleh Spencer & Spencer¹¹⁷: Kompetensi didefinisikan sebagai kemampuan manusia yang ditemukan saat praktek, serta dapat digunakan untuk membedakan antara mereka yang sukses superior dengan yang biasa-biasa saja di tempat kerja. Kompetensi berada pada tingkatan niat *intent* dan tindakan yang dapat memberikan hasil di tempat kerja. Segala niat dan tindakan yang tidak memberikan hasil baik, tidak dapat dikategorikan sebagai kompetensi.

Kompetensi dapat dikategorikan ke dalam dua bentuk yaitu; *hard competency* dan *soft competency*. *Hard competency* merupakan kompetensi yang bisa diamati dan mudah dikembangkan terdiri dari; pengetahuan (*knowledge*) dan keterampilan (*skill*). Sedangkan *soft competency* merupakan kompetensi yang sulit diamati dan sulit dikembangkan namun bisa dipelajari, yang terdiri dari; motif (*motive*), karakter (*trait*) dan konsep diri (*self concept*)¹¹⁸.

Berdasarkan kondisi tersebut keberadaan kompetensi yang dikaji dalam disertasi ini adalah kondisi kompetensi mediator yang terkhusus menangani perkara waris, dimana setiap Mediator wajib memiliki Sertifikat Mediator

¹¹⁶ Spencer, S.M. 1993. *Competence of Work Models of Superior Performance*. New York: John Wiley & Sons.

¹¹⁷ Wijayanto, A., HLM.M. Hubeis, M.J. Affandi, dan A. Hermawan. 2011. *Work Competencies*. *JurnalManajemen IKM* 6(2):Hlm. 81-87

¹¹⁸ *Ibid*

yang diperoleh setelah mengikuti dan dinyatakan lulus dalam pelatihan sertifikasi Mediator yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung atau lembaga yang telah memperoleh akreditasi dari Mahkamah Agung.¹¹⁹, yang mana untuk itu harus mengikuti pelatihan oleh lembaga yang disetujui oleh Mahkamah Agung.

Keberadaan lembaga tersebut juga diatur dalam Pasal 13 PERMA No. 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Syarat-syarat untuk mendapatkan akreditasi Lembaga yang dapat memperoleh akreditasi, harus memenuhi syarat-syarat sebagai berikut: Ketentuan lebih lanjut mengenai syarat dan tata cara sertifikasi Mediator dan pemberian akreditasi lembaga sertifikasi Mediator ditetapkan dengan Keputusan Ketua Mahkamah Agung.¹²⁰

Berdasarkan kondisi inilah kompetensi yang dimiliki oleh mediator bersertifikat seyogyanya sudah cukup kompeten dan mampu mengemban tugas dalam menjalankan proses mediasi.

Dalam menjalankan fungsinya, Mediator bertugas¹²¹:

- a. Memperkenalkan diri dan memberi kesempatan kepada Para Pihak untuk saling memperkenalkan diri;
- b. Menjelaskan maksud, tujuan, dan sifat Mediasi kepada Para Pihak;
- c. Menjelaskan kedudukan dan peran Mediator yang netral dan tidak mengambil keputusan;
- d. Membuat aturan pelaksanaan Mediasi bersama Para Pihak;
- e. Menjelaskan bahwa Mediator dapat mengadakan pertemuan dengan satu pihak tanpa kehadiran pihak lainnya (kaukus);
- f. Menyusun jadwal Mediasi bersama Para Pihak;
- g. Mengisi formulir jadwal mediasi.
- h. Memberikan kesempatan kepada Para Pihak untuk menyampaikan permasalahan dan usulan perdamaian;
- i. Menginventarisasi permasalahan dan mengagendakan pembahasan berdasarkan skala prioritas;
- j. Memfasilitasi dan mendorong Para Pihak untuk:
 1. Menelusuri dan menggali kepentingan Para Pihak;
 2. Mencari berbagai pilihan penyelesaian yang terbaik bagi Para Pihak; dan
 3. Bekerja sama mencapai penyelesaian;
- k. Membantu Para Pihak dalam membuat dan merumuskan Kesepakatan Perdamaian;
- l. Menyampaikan laporan keberhasilan, ketidakberhasilan dan/atau tidak dapat dilaksanakannya Mediasi kepada Hakim Pemeriksa Perkara;
- m. Menyatakan salah satu atau Para Pihak tidak beritikad baik dan menyampaikan kepada Hakim Pemeriksa Perkara;

¹¹⁹ Perma Nomor 1 tahun 2016 bab III Pasal 13 Ayat (1)

¹²⁰ Perma Nomor 1 tahun 2016 bab III Pasal 13 Ayat (3)

¹²¹ Perma No. 1 Tahun 2016, pasal 14.

n. Tugas lain dalam menjalankan fungsinya

Beberapa materi yang diajarkan dalam proses pelatihan mediasi terkhusus berkaitan dengan kompetensi mediator yakni mengenai keterampilan atau *skill* adalah¹²²:

1. Keterampilan pengorganisasian perundingan, yang meliputi
 - a. Mediator merencanakan dan menjadwalkan pertemuan
 - b. Mediator harus tiba tepat waktu
 - c. Mediator menyambut kedatangan para pihak dalam ruang perundingan mediator menghindari berbincang-bincang dengan salah satu pihak sebelum atau pada saat kedatangan pihak lawannya
 - d. Mediator mengawasi para pihak ketika meninggalkan ruang perundingan, terutama jika suasana masih emosional
 - e. Membiarkan para pihak mengambil tempat duduk atas dasar pertimbangan mereka sendiri
 - f. Mediator mengambil tempat duduk dengan jarak yang sama di antara para pihak untuk menjaga netralitas
2. Keterampilan Perundingan
 - a. Memimpin dan mengarahkan perundingan sesuai agenda
 - b. Menentukan siapa berbicara lebih dulu dan siapa kemudian
 - c. Menetapkan aturan perundingan
 - d. Mengadakan kaukus
 - e. Mengalihkan perundingan ke arah perundingan yang bertumpu pada kepentingan
3. Keterampilan Memfasilitasi
 - a. Mampu menghadapi emosi para pihak
 - b. Mampu menahan emosi sendiri
 - c. Berusaha mencegah jalan buntu
4. Keterampilan Komunikasi
 - a. Komunikasi Verbal
 - b. Membingkai ulang
 - c. Kemampuan bertanya
 - d. Reiterasi (mengulang pernyataan).
 - e. Parafrase
 - f. Menyimpulkan
 - g. Komunikasi non verbal
 - h. Mendengarkan secara efektif
 - i. Membuat catatan

Salah satu kemampuan dari keterampilan seorang mediator dalam melakukan proses mediasi adalah Dalam melakukan negosiasi diperlukan suatu standar yang menetapkan kesepakatan apa yang perlu dilakukan. Standar yang dapat melindungi para pihak dari menerima kondisi yang sangat

¹²² Bahan Sertifikasi Mediator Calon Hakim PUSDIKLATMARI, MegaMendung 07 – 11 Agustus 2012

tidak "*Favourable*" dan dalam menolak kondisi yang tidak sesuai dengan kepentingan (*interest*).

Standar itu dinamakan dengan BATNA (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*) atau Alternatif Terbaik Bagi Kesepakatan¹²³. Berkaitan dengan kondisi itulah maka sebagai mediator yang menangani mediasi perkara waris di Pengadilan Agama, maka standarisasi yang ditetapkan adalah merujuk kepada Al Qur'an dan As Sunnah, dalam hal ini adalah yang relevan agar terwujud kesepakatan dalam menangani perkara waris adalah ilmu *faraid*.

Selain itu kompetensi mediator juga berperan sangat efektif dalam keberhasilan mediasi, kompetensi yang seyogyanya dimiliki oleh mediator adalah kemampuan negosiasi yang efektif, di mana dalam setiap materi diklat mediator dikemukakan prasyarat negosiasi efektif yaitu mediator harus memiliki¹²⁴:

1. Kemauan (*willingness*);
2. Kesiapan (*preparedness*);
3. Kewenangan (*authoritative*);
4. Keseimbangan;
5. Kekuatan (*equal bargaining power*);
6. Keterlibatan seluruh pihak (*stakeholdership*);
7. Holistik (*comprehensive*).

Terkadang kita berbicara sesuatu tapi belum tentu lawan bicara kita menangkap apa yang kita maksudkan. Mediator bisa membatasi atau menginterupsi salah satu pihak kalau misalnya yang dibicarakan itu menyangkut hal yang sensitif bagi pihak lain.

Sebelum melakukan proses mediasi, para pihak sudah harus memasukan data tentang persengketaan. Data ini sebenarnya cukup melalui pengumpulan data, dan hasilnya dianalisis untuk kemudian disusun rencana atau strategi mediasi.

Mediator juga dapat melakukan pencarian data-data ke lapangan agar dia lebih sensitif. Namun lagi-lagi, mediator disini bukan sebagai pihak yang memutuskan, melainkan lebih kepada pihak yang mengkondisikan agar pertemuan dapat melahirkan kesepakatan-kesepakatan berdasarkan kepentingan para pihak.

Dalam teori mediasi, analisa konflik dari bahan-bahan yang sudah dikumpulkan tadi dapat dilakukan dengan memahami apa yang disebut *circle of conflict*/lingkaran konflik. Dalam lingkaran konflik itu ada 5 kategori masalah yang dapat dijadikan dasar dalam melakukan analisa konflik. Misalnya masalah hubungan antara para pihak, seperti "ada apa sebenarnya diantara para pihak?, kenapa keduanya tetap ngotot, pernah bersengketa sebelumnya atau bagaimana? dan sebagainya. Kemudian masalah ketidaksepakatan tentang data.

¹²³ Ibid

¹²⁴ Ibid

Misalnya ketika dikonfrontir jawabnya selalu mengelak. Kemudian juga masalah kepentingan yang bertentangan. Misalnya bisa jadi yang 1 maunya kanan, yang 1 lagi maunya kiri. Kemudian masalah hambatan struktural dan masalah perbedaan tata nilai yang kesemuanya sebenarnya udah bisa dijadikan sebagai acuan.

Kemudian dalam hal di tengah-tengah proses mediasi para pihak sakit/berhalangan, Perma memang tidak mengatur mengenai hal itu. Namun menurut kami, kalau memang para pihak berkeinginan kuat secara damai menyelesaikan sengketa melalui proses mediasi, atau dengan kata lain ada kemauan yang kuat untuk menyelesaikan sengketa itu, proses mediasinya fleksibel dan harus berdasarkan kesepakatan, maka mungkin saja dimintakan tambahan waktu. Tapi sekali lagi, hal ini memang tidak diatur dalam Perma nomor 1 tahun 2016.

Para mediator harus memiliki keterampilan secara professional di bidang mediasi, kalau tidak, bisa saja menimbulkan permasalahan baru yaitu melanggengkan ketidakadilan. Sejalan dengan itu Prof. Dr. Takdis Rahmadi hakim agung juga anggota pokja mediasi menyatakan bahwa mediasi yang dilakukan oleh orang yang tidak pernah belajar mediasi memiliki efek samping tersendiri.

Kalau mediatornya tidak pernah belajar (ilmu me-mediiasi), yaitu berbahaya. Bisa jadi malah diam-diam mediator itu melanggengkan ketidakadilan.¹²⁵ Selama ini yang menjalankan fungsi mediator adalah hakim serta mediator non hakim bersertifikat di pengadilan masing-masing dengan dasar penunjukan Ketua Pengadilan Agama.

Prof. Takdir memberi contoh mediasi antara dua pihak yang tidak seimbang. Misalnya, mediasi dalam perkara perceraian, di mana sang suami merupakan orang kaya dan istrinya hanya ibu rumah tangga yang serba kekurangan. Jika yang memediasi adalah mediator yang tidak punya skill atau tidak patuh pada kode etik, potensi terjadinya kesewenang-wenangan cukup besar. "Mediasi sifatnya tertutup. *Confidential*. Bagaimana kalau para pihaknya tidak seimbang? Kan tidak ada kontrol dari masyarakat," ungkapny.

Mengutip Perma 1 tahun 2016, Prof. Takdir menegaskan bahwa pada dasarnya yang boleh jadi mediator adalah orang yang punya sertifikat mediator. "Pada prinsipnya seorang mediator di pengadilan harus punya sertifikat untuk menunjukkan bahwa dia pernah belajar," tandasnya. Namun belajar mediasi tidak bisa dilakukan di sembarang tempat. Sertifikat juga tidak bisa diterbitkan sembarang lembaga pendidikan.

Mahkamah Agung, menurut Prof. Takdir, sudah memiliki daftar lembaga mana saja yang pendidikan mediator dan sertifikatnya diakui. Lembaga-lembaga yang terakreditasi itu berada di Jawa dan luar Jawa. Masalahnya, saat ini jumlah mediator bersertifikat belum seberapa dibanding tuntutan Perma

¹²⁵ WWW.Badilag.Net, BerbahayaBila Mediator TidakPernahBelajarMediasi, diakses tanggal 21 januari 2017.

1/2016 yang mengharuskan hampir seluruh perkara perdata untuk dimediasi sebelum memasuki litigasi.

Berbeda dengan hakim dan arbiter yang mempunyai kewenangan memutus, mediator dalam menjalankan tugasnya tidak mempunyai kewenangan memutus. Namun demikian, mediator harus aktif memberikan beberapa alternatif penyelesaian sengketa yang dapat diterima oleh para pihak dengan penyelesaian yang saling menguntungkan.

Persyaratan berupa kemampuan mediator antara lain;

1. Kemampuan membangun kepercayaan para pihak. Kemampuan ini merupakan sikap yang harus ditunjukkan oleh seorang mediator kepada para pihak bahwa ia tidak memiliki kepentingan apapun terhadap penyelesaian sengketa. Ia semata-mata ingin menunjukkan keprihatinan bahwa sengketa yang tidak diselesaikan akan membawa dampak negative, tidak hanya kepada individu tetapi juga kepada masyarakat.
2. Mediator hanya membantu para pihak untuk mengakhiri persengketaan, mengingat setiap manusia secara fitrah ingin bebas dari konflik dan persengketaan. Intinya mediator tidak memiliki kepentingan apapun kecuali kepentingan selesainya sengketa yang membahagiakan kedua pihak. Oleh karena itu tidak layak bagi seorang mediator jika dalam melaksanakan tugasnya memiliki kepentingan ekonomis terhadap permasalahan yang sedang menjadi sengketa;
3. Kemampuan menunjukkan sifat empati. Rasa empati ditunjukkan oleh mediator dengan berusaha secara sungguh-sungguh untuk mencari jalan keluar agar para pihak dapat menyelesaikan sengketa yang dihadapinya. Mediator sedapat mungkin meyakinkan dan memastikan bahwa setiap sengketa yang dihadapi akan dapat dicarikan jalan pemecahannya jika para pihak menginginkannya.
4. Seorang mediator bukanlah seorang hakim yang dapat menentukan putusan mengenai siapa yang salah dan siapa yang benar. Ia hanya menengahi, mendorong dan membantu para pihak mencari penyelesaian yang dihadapi. Ia bersama para pihak menelusuri akar masalah sengketa yang timbul dan meminta serta menawarkan para pihak memikirkan alternatif pemecahannya.
5. Tidak menghakimi dan memberikan reaksi positif terhadap sejumlah pernyataan yang disampaikan para pihak dalam proses mediasi, walaupun ia sendiri tidak setuju dengan pernyataan tersebut. Mediator tidak boleh membantah secara langsung atau menyatakan bahwa pernyataan tersebut tidak tepat, tetapi ia harus memberikan penghargaan terhadap ide dan pernyataan apapun dari para pihak. Mediator harus menunjukkan sikap ini agar para pihak nyaman dalam proses mediasi;
6. Memiliki kemampuan komunikasi yang baik, jelas dan teratur serta mudah dipahami para pihak karena menggunakan bahasa yang sederhana. Kalimat yang digunakan mediator bukanlah kalimat yang

menimbulkan ambiguitas dan membuka peluang salah tafsir dari kedua belah pihak;

7. Kemampuan menjalin hubungan antar personal. Keahlian ini diperlukan bagi seorang mediator, biasanya dapat ditempuh dari pengalamannya menangani kasus-kasus di pengadilan atau hasil dari pergaulan social.

Beberapa syarat lain yang kaitannya bukan dengan kemampuan personal mediator adalah kepatutan seorang mediator dilihat dari ukuran-ukuran formalnya, yaitu:

Disetujui oleh kedua belah pihak;

1. Tidak mempunyai hubungan keluarga sedarah atau semenda sampai dengan derajat kedua dengan salah satu pihak yang bersengketa;
2. Tidak memiliki hubungan kerja dengan salah satu pihak yang bersengketa;
3. Tidak memiliki kepentingan finansial atau kepentingan lain terhadap kesepakatan para pihak;
4. Tidak memiliki kepentingan terhadap proses perundingan maupun hasilnya.

B. KONSEP MEDIASI DALAM PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Dalam kamus Bahasa Indonesia, "mediasi" diartikan sebagai proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasihat. Mediator adalah perantara (penghubung, penengah) bagi pihak yang bersengketa itu.¹²⁶ Dalam Bahasa Inggris, kata mediasi, berasal dari kata "*mediation*", yang berarti proses penyelesaian suatu sengketa melalui perundingan antara pihak-pihak terkait dengan difasilitasi oleh penengah atau mediator, baik di dalam maupun di luar sistem peradilan.¹²⁷

Mediasi secara etimologi berasal dari bahasa latin, *mediare* yang berarti berada di tengah. Makna ini menunjuk pada peran yang ditampilkan pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak¹²⁸.

Selain pengertian tersebut, beberapa pakar telah memberikan definisi tentang mediasi sebagai berikut:

Menurut Gary Good Poster, mediasi adalah proses negosiasi pemecahan masalah, dimana pihak luar yang tidak memihak atau netral bekerja sama dengan pihak yang berperkar untuk membantu mendapatkan kesepakatan penyelesaian yang memuaskan. Berbeda dengan hakim dan arbiter, mediator tidak mempunyai wewenang untuk memutuskan sengketa antara para pihak, tetapi para pihak yang bersengketa hanya sebatas menguasai kepada mediator untuk membantu menyelesaikan sengketa yang dihadapi mereka.¹²⁹

¹²⁶ Kamus Besar Bahasa Indonesia, op.cit. Hlm. 726.

¹²⁷ Echols, J. M. dan Sadily, Hlm. Kamus Inggris Indonesia, PT. Gramedia, Jakarta, 2005, Hlm. 377.

¹²⁸ Ijtihad, Jurnal Wacana Hukum Islam dan Kemanusiaan, Vol. 12, No. 2, September 2012: 145-164

¹²⁹ Gary Good Poster, dalam Usman, Hukum Perwakafan di Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, Hlm. 79.

Menurut *The National Alternative Dispute Resolution Advisory Council* bahwa mediasi adalah suatu proses penyelesaian sengketa (mediator), dengan melakukan identifikasi persoalan yang dipersengketakan, mengembangkan pilihan, dan mempertimbangkan alternatif yang ditawarkan para pihak untuk mencapai kesepakatan.¹³⁰

Adapun menurut Perma No. 1 Tahun 2016 Pasal 1 angka (1), mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian (*vide* Pasal 1 butir 6 dan 7).

Beberapa pengertian di atas, memberi informasi bahwa mediasi adalah upaya penyelesaian konflik/sengketa dengan cara damai dengan melibatkan pihak ketiga yang netral, yang disebut dengan mediator.

Sebagaimana diuraikan di atas, menurut Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, mediasi merupakan salah satu alternatif penyelesaian sengketa di luar sistem peradilan. Namun dengan disahkannya Perma No. 2 tahun 2003 yang kemudian direvisi dengan Perma No. 1 Tahun 2008, selanjutnya disempurnakan kembali dengan Perma No. 1 Tahun 2016, Berdasarkan Perma nomor 1 tahun 2016, dikemukakan Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa secara damai yang tepat, efektif, dan dapat membuka akses yang lebih luas kepada Para Pihak untuk memperoleh penyelesaian yang memuaskan serta berkeadilan; maka mediasi terintegrasi juga ke dalam proses litigasi suatu perkara perdata di pengadilan. Sehingga sebelum memeriksa pokok perkara, terlebih dahulu hakim memerintahkan para pihak untuk melakukan mediasi dengan difasilitasi oleh mediator. Oleh karenanya, jika suatu putusan dijatuhkan tanpa lebih dahulu dilakukan mediasi, maka menurut Pasal 3 (1) Setiap Hakim, Mediator, Para Pihak dan/atau kuasa hukum wajib mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui mediasi, putusan tersebut batal demi hukum.

Mediasi sebagai salah satu bentuk penyelesaian sengketa memiliki ruang lingkup utama berupa wilayah hukum perdata/privat. Sengketa perdata yang dapat diselesaikan melalui mediasi dapat berupa sengketa keluarga, waris, kekayaan, kontrak, bisnis, perbankan, perjanjian, jual-beli, sewa menyewa, lingkungan hidup dan berbagai sengketa perdata lainnya.

Penyelesaian sengketa melalui Mediasi dapat dilakukan di Pengadilan (litigasi) maupun di luar Pengadilan (nonlitigasi). Mediasi yang dilakukan di dalam Pengadilan merupakan bagian dari rangkaian proses hukum di Pengadilan, sedangkan mediasi yang dilakukan di luar Pengadilan, adalah

¹³⁰ Ibid, Hlm.7

proses mediasi yang merupakan bagian tersendiri yang terlepas dari prosedur hukum acara di Pengadilan.¹³¹

Penerapan Mediasi di Pengadilan juga akan mempercepat proses penyelesaian sengketa, serta dapat memberikan akses kepada para pihak untuk memperoleh keadilan melalui penyelesaian sengketa yang memuaskan. Dengan demikian, Mediasi di lembaga Pengadilan akan memperkuat dan memaksimalkan fungsi Pengadilan dalam penyelesaian sengketa, disamping proses Pengadilan yang bersifat memutus atau adjudikatif.¹³²

Berhasil atau tidaknya proses Mediasi tidak terlepas dari peranan Mediator. Kesuksesan Mediasi banyak ditentukan oleh seberapa cerdas dan pandainya seorang Mediator dalam menciptakan kemungkinan terjadinya proses komunikasi, karena Mediator akan memegang kendali proses Mediasi, dengan strategi-strategi yang ampuh dan mampu meluluhkan pendirian pihak yang berperkara agar berdamai.¹³³ Apabila kesepakatan tercapai, maka Mediator merumuskan kesepakatan tersebut dalam bentuk perjanjian tertulis.

Kecakapan Mediator dalam membantu para pihak untuk perumusan perjanjian perdamaian tersebut sangat menentukan apakah perjanjian perdamaian tersebut dapat dilaksanakan atau tidak.

Prosedur Mediasi di Pengadilan Agama, para penggugat/pemohon awalnya membuat surat gugatan yang kemudian didaftarkan di kepanitera pengadilan. Setelah itu Para penggugat/pemohon akan membayar panjar biaya perkara dan diberikan nomor register perkara. Setelah itu panitera akan memberikan gugatan tersebut kepada ketua pengadilan agama yang kemudian akan menunjuk majelis hakim yang akan memeriksa perkara tersebut. Pada umumnya di pengadilan agama hari sidang pertama (hakim mewajibkan para pihak menempuh mediasi sesuai dengan pasal 17 ayat 1).

Setelah itu hakim pemeriksa perkara menjelaskan prosedur mediasi kepada para pihak sesuai dengan pasal 17 ayat 6 dan 7 dan berbentuk dalam tertulis serta setelah itu akan ditandatangani oleh para pihak. Hakim pemeriksa perkara mewajibkan para pihak untuk memilih mediator pada hari itu juga atau paling lama dua hari pasal 20. Para pihak menyampaikan pilihan kepada hakim pemeriksa perkara. Kemudian akan ditunjuk mediator oleh ketua majelis melalui surat penetapan pemilihan mediator. Hakim pemeriksa perkara akan melakukan hal tersebut melalui panitera pengganti.

Para pihak/penggugat atau pemohon akan didaftarkan di sekretariat mediasi dan dikenai jasa sesuai dengan kesepakatan. Pada hari itu juga diadakan pertemuan dengan mediator dengan para pihak yang bersengketa utamanya pihak prinsipal. Proses mediasi dilakukan selama 30 hari sesuai dengan pasal 24 ayat 2 dan dapat juga diperpanjang dengan waktu 30 hari.

¹³¹ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, Dan Hukum Nasional*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 22-23

¹³² *Ibid*

¹³³ D.Y Witanto, *Hukum Acara Mediasi Dalam Perkara Perdata Di Lingkungan Peradilan Umum Dan Peradilan Agama*, Alfabata, Bandung, 2011, hlm.52

Berkaitan dengan materi mediasi tidak terbatas pada *posita* dan *petitum* gugatan sesuai dengan pasal 25 ayat 1, jika terjadi kesepakatan maka gugatan tersebut dapat dirubah hari itu juga.

Alur Mediasi dalam PERMA Nomor 1 Tahun 2016, Kehadiran Para Pihak Berperkara. Apabila dua pihak yang berperkara hadir, atau apabila parapihak berperkara lebih dari satu dan ada diantaranya yang tidak hadir, setelah para pihak dipanggil secara sah dan patut di persidangan maka Hakim pemeriksa perkara wajib menjelaskan prosedur mediasi kepada para pihak meliputi pengertian dan manfaat mediasi, kewajiban para pihak untuk menghadiri langsung pertemuan mediasi, biaya yang mungkin timbul akibat penggunaan mediator non hakim dan bukan pegawai pengadilan, pilihan untuk menindaklanjuti kesepakatan perdamaian melalui akta perdamaian atau pencabutan gugatan dan selanjutnya menyerahkan formulir penjelasan mediasi kepada para pihak untuk ditandatangani¹³⁴

Proses mediasi, mediator yang ditunjuk menentukan hari dan tanggal pertemuan mediasi, dan apabila mediasi dilakukan di gedung Pengadilan Agama maka mediator melakukan pemanggilan para pihak dengan bantuan jurusita atau jurusita pengganti.

Para pihak wajib menghadiri secara langsung pertemuan mediasi dengan atau tanpa didampingi oleh kuasa hukum, kecuali ada alasan sah seperti kondisi kesehatan yang tidak memungkinkan hadir dalam pertemuan mediasi berdasarkan surat keterangan dokter; di bawah pengampunan; mempunyai tempat tinggal, kediaman atau kedudukan di luar negeri; atau menjalankan tugas negara, tuntutan profesi atau pekerjaan yang tidak dapat ditinggalkan.

Apabila salah satu pihak tidak hadir sebanyak dua kali tanpa alasan yang sah setelah dipanggil untuk menghadiri mediasi maka pihak yang tidak hadir dinyatakan tidak beritikad baik, dengan akibat hukum apabila yang tidak beritikad baik adalah Pihak Penggugat.

Mediasi Berhasil, Mediasi dinyatakan berhasil apabila tercapai kesepakatan antara pihak berperkara dan dituangkan dalam bentuk kesepakatan tertulis yang ditandatangani para pihak dan mediator.

Kesepakatan Perdamaian tidak boleh memuat ketentuan yang: bertentangan dengan hukum, ketertiban umum, dan/atau kesusilaan; merugikan pihak ketiga; atau tidak dapat dilaksanakan.

Mediasi tidak berhasil. Mediasi dinyatakan tidak berhasil apabila Para Pihak tidak menghasilkan kesepakatan sampai batas waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari berikut perpanjangannya atau apabila Para Pihak dinyatakan tidak beritikad baik karena tidak mengajukan dan atau tidak menanggapi *resume* perkara pihak lain atau tidak mau menandatangani konsep kesepakatan perdamaian yang telah disepakati tanpa alasan yang sah.¹³⁵

Mediasi Tidak Dapat Dilaksanakan; Mediasi dinyatakan tidak dapat dilaksanakan, apabila perkaratersebut melibatkan aset, harta kekayaan atau

¹³⁴ Berdasarkan Pasal 17 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

¹³⁵ Berdasarkan Pasal 32 PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain yang tidak diikuti sertakan sebagai pihak, atau diikutsertakan sebagai pihak tetapi tidak hadir di persidangan sehingga tidak menjadi pihak dalam proses Mediasi. atau diikutsertakan sebagai pihak dan hadir di persidangan, tetapi tidak pernah hadir dalam proses Mediasi.

Apabila Para Pihak dinyatakan tidak beritikad baik oleh mediator karena ketidakhadirannya dalam proses mediasi maka mediasi dinyatakan tidak dapat dilaksanakan.¹⁵

Persidangan Setelah Mediasi, setelah mediator menyerahkan laporan mediasi kepada Hakim pemeriksa perkara, selanjutnya Hakim Pemeriksa perkara menetapkan hari sidang.¹³⁶

Apabila mediasi berhasil mencapai kesepakatan antara para pihak maka pada hari sidang yang telah ditetapkan tersebut Majelis Hakim membacakan akta perdamaian atau membacakan penetapan pencabutan gugatan.¹³⁷

Apabila mediasi tidak berhasil atau tidak dapat dilaksanakan maka pemeriksaan perkara dilanjutkan sesuai dengan ketentuan hukum acara yang berlaku.

Berdasarkan PERMA No. 1 Tahun 2016, dapat dikemukakan prosedur dan pelaksanaan sebuah proses mediasi dengan tahapan-tahapan sebagai berikut:

Kewajiban Hakim Pemeriksa dan Kuasa Hukum Pasal 17

1. Pada hari sidang yang telah ditentukan dan dihadiri oleh Para Pihak, Hakim Pemeriksa Perkara mewajibkan Para Pihak untuk menempuh Mediasi.
2. Kehadiran Para Pihak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berdasarkan panggilan yang sah dan patut.
3. Pemanggilan pihak yang tidak hadir pada sidang pertama dapat dilakukan pemanggilan satu kali lagi sesuai dengan praktik hukum acara.
4. Dalam hal para pihak lebih dari satu, Mediasi tetap diselenggarakan setelah pemanggilan dilakukan secara sah dan patut walaupun tidak seluruh pihak hadir.
5. Ketidakhadiran pihak turut tergugat yang kepentingannya tidak signifikan tidak menghalangi pelaksanaan Mediasi.
6. Hakim Pemeriksa Perkara wajib menjelaskan Prosedur Mediasi kepada Para Pihak.
7. Penjelasan sebagaimana dimaksud pada ayat (6) meliputi:
 - a) pengertian dan manfaat Mediasi;
 - b) kewajiban Para Pihak untuk menghadiri langsung pertemuan Mediasi berikut akibat hukum atas perilaku tidak beritikad baik dalam proses Mediasi;

¹³⁶ Berdasarkan Pasal 28 ayat 4 dan Pasal 32 ayat 3 PERMA Nomor1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

¹³⁷ Berdasarkan Pasal 28 ayat 4 PERMA Nomor1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

- c) biaya yang mungkin timbul akibat penggunaan Mediator nonhakim dan bukan Pegawai Pengadilan;
 - d) pilihan menindaklanjuti Kesepakatan Perdamaian melalui Akta Perdamaian atau pencabutan gugatan; dan
 - e) kewajiban Para Pihak untuk menandatangani formulir penjelasan Mediasi.
8. Hakim Pemeriksa Perkara menyerahkan formulir penjelasan Mediasi kepada Para Pihak yang memuat pernyataan bahwa Para Pihak:
 - a) memperoleh penjelasan prosedur Mediasi secara lengkap dari Hakim Pemeriksa Perkara;
 - b) memahami dengan baik prosedur Mediasi; dan
 - c) bersedia menempuh Mediasi dengan iktikad baik.
 9. Formulir penjelasan Mediasi sebagaimana dimaksud pada ayat (8) ditandatangani oleh Para Pihak dan/atau kuasa hukum segera setelah memperoleh penjelasan dari Hakim Pemeriksa Perkara dan merupakan satu kesatuan yang menjadi bagian tidak terpisahkan dengan berkas perkara.
 10. Keterangan mengenai penjelasan oleh Hakim Pemeriksa Perkara dan penandatanganan formulir penjelasan Mediasi sebagaimana dimaksud pada ayat (9) wajib dimuat dalam berita acara sidang.

Hak Para Pihak Memilih Mediator

1. Para Pihak berhak memilih seorang atau lebih Mediator yang tercatat dalam Daftar Mediator di Pengadilan.
2. Jika dalam proses Mediasi terdapat lebih dari satu orang Mediator, pembagian tugas Mediator ditentukan dan disepakati oleh para Mediator.
3. Ketentuan lebih lanjut tentang Daftar Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diatur dalam Keputusan Ketua Mahkamah Agung

Batas Waktu Pemilihan Mediator

1. Setelah memberikan penjelasan mengenai kewajiban melakukan Mediasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 ayat (7), Hakim Pemeriksa Perkara mewajibkan Para Pihak pada hari itu juga, atau paling lama 2 (dua) hari berikutnya untuk berunding guna memilih Mediator termasuk biaya yang mungkin timbul akibat pilihan penggunaan Mediator nonhakim dan bukan Pegawai Pengadilan.
2. Para Pihak segera menyampaikan Mediator pilihan mereka kepada Hakim Pemeriksa Perkara.
3. Apabila Para Pihak tidak dapat bersepakat memilih Mediator dalam jangka waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara segera menunjuk Mediator Hakim atau Pegawai Pengadilan.
4. Jika pada Pengadilan yang sama tidak terdapat Hakim bukan pemeriksa perkara dan Pegawai Pengadilan yang bersertifikat, ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menunjuk salah satu Hakim Pemeriksa Perkara untuk

menjalankan fungsi Mediator dengan mengutamakan Hakim yang bersertifikat.

5. Jika Para Pihak telah memilih Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (1) atau ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menunjuk Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (3) atau ayat (4), ketua majelis Hakim Pemeriksa Perkara menerbitkan penetapan yang memuat perintah untuk melakukan Mediasi dan menunjuk Mediator.
6. Hakim Pemeriksa Perkara memberitahukan penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (5) kepada Mediator melalui panitera pengganti.
7. Hakim Pemeriksa Perkara wajib menunda proses persidangan untuk memberikan kesempatan kepada Para Pihak menempuh Mediasi

Menempuh Mediasi Dengan Iktikad Baik

1. Para pihak wajib menempuh proses mediasi dengan iktikad baik.
2. Salah satu pihak dapat menyatakan mundur dari proses mediasi jika pihak lawan menempuh mediasi dengan iktikad tidak baik.

Tahap-tahap Proses Mediasi

1. Setiap Hakim, Mediator, Para Pihak dan/atau kuasa hukum wajib mengikuti prosedur penyelesaian sengketa melalui Mediasi.
2. Hakim Pemeriksa Perkara dalam pertimbangan putusan wajib menyebutkan bahwa perkara telah diupayakan perdamaian melalui Mediasi dengan menyebutkan nama Mediator.
3. Hakim Pemeriksa Perkara yang tidak memerintahkan Para Pihak untuk menempuh Mediasi sehingga Para Pihak tidak melakukan Mediasi telah melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai Mediasi di Pengadilan.
4. Dalam hal terjadi pelanggaran terhadap ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (3), apabila diajukan upaya hukum maka Pengadilan Tingkat Banding atau Mahkamah Agung dengan putusan sela memerintahkan Pengadilan Tingkat Pertama untuk melakukan proses Mediasi.
5. Ketua Pengadilan menunjuk Mediator Hakim yang bukan Hakim Pemeriksa Perkara yang memutus.
6. Proses Mediasi sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dilakukan paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak diterimanya pemberitahuan putusan sela Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung.
7. Ketua Pengadilan menyampaikan laporan hasil Mediasi berikut berkas perkara sebagaimana dimaksud pada ayat (6) ke Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung.
8. Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (7), Hakim Pemeriksa Perkara pada Pengadilan Tinggi atau Mahkamah Agung menjatuhkan putusan.

Penyelesaian perkara melalui mediasi sesuai dengan hukum Islam artinya mediasi dilihat dari teori persamaan dengan *tahkim*. Penyelesaian sengketa

melalui lembaga *tahkim* telah diperaktekkan pada zaman kekhalifan Ali bin Abi Talib *Radhiallohu Anhu* dengan Muawiyah *Radhiallohu Anhu*. Artinya sengketa kedua pihak diselesaikan secara damai melalui perundingan (musyawarah) kedua pihak, atau negosiasi kedua pihak.

Kegiatan musyawarah merupakan unsur yang sangat penting dilakukan kedua pihak yang berperkara di pengadilan ketika diadakan mediasi yang difasilitasi oleh mediator yang telah ditetapkan oleh Ketua Majelis hakim yang menyidangkan perkara tersebut. Kalangan dunia Islam penyelesaian sengketa melalui mediasi cukup banyak ditemukan dalam praktek, mediasi adalah sala satu metode yang dipergunakan untuk menemukan solusi yang terbaik dalam penyelesaian persoalan, termasuk persoalan perkara yang sementara dimediasi di Pengadilan Agama.

Hasil yang dicapai melalui proses musyawarah yang melibatkan ahli dibidang itu, maka hasilnya jauh lebih baik dibanding dengan hanya dipikirkan satu orang. Hal ini didukung dengan pandangan informan hasil penelitian.

Hal ini, memberikan gambaran bahwa pengintegrasian mediasi dalam proses beracara di pengadilan termasuk Pengadilan Agama adalah tidak bertentangan dengan hukum Islam. Oleh karena itu mediasi harus diberdayakan penggunaannya di Pengadilan Agama untuk mencapai semaksimal mungkin penyelesaian perkara secara damai, karena penyelesaian sengketa dengan cara damai adalah penyelesaian yang paling tinggi nilai kemaslahatannya dibanding dengan cara penyelesaian sengketa yang lain di pengadilan (*litigasi*).

Dari dua sistem penyelesaian perkara di Pengadilan Agama yaitu penyelesaian perkara secara damai melalui proses mediasi dan penyelesaian perkara secara litigasi di Pengadilan Agama. Mencermati keadaan demikian jauh lebih baik dan bermanfaat jika perkara diselesaikan secara damai melalui proses mediasi sebagaimana diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016.

Penerapan mediasi dalam proses beracara di pengadilan, terbuka peluang yang sangat luas untuk menyelesaikan sengketa/perkara dengan damai melalui proses mediasi. Keberhasilan menyelesaikan perkara dengan damai, maka berarti mempercepat penyelesaian perkara, karena tidak ada lagi upaya hukum seperti banding, kasasi, maupun peninjauan kembali. Perkara selesai dengan cepat, berarti biaya perkara tidak perlu dikeluarkan lagi untuk upaya hukum banding, kasasi, maupun peninjauan kembali. Perkara yang berhasil diselesaikan secara damai melalui proses mediasi berarti asas cepat dan biaya ringan dapat diwujudkan.

Penyelesaian perkara harta, baik harta warisan maupun harta bersama dengan cara damai melalui proses mediasi dapat menyelamatkan sebagian besar harta tersebut, Karena proses perkara telah selesai dan dilaksanakan secara sukarela. Mediasi adalah sebuah proses perundingan, negosiasi untuk mencari jalan penyelesaian sengketa dengan damai termasuk sengketa harta.

Mediasi adalah dapat dikatakan suatu metode penyelesaian perkara di pengadilan dengan memanfaatkan pihak ketiga yang dianggap mampu untuk memberikan pandangan yang terbaik kepada para pihak dan berusaha untuk memengaruhi cara berfikir sehingga pandangan yang terpola dalam pemikiran para pihak, yaitu melihat lawan masing-masing secara negatif mengubah menjadi saling memahami dan dapat melihat yang terbaik dalam penyelesaian sengketa para pihak.

Manfaat penyelesaian perkara secara damai melalui proses mediasi dapat memelihara harta dari kehancuran akibat dari proses yang harus dilalui dalam litigasi.¹³⁸ Dengan demikian teori *maqashid al-syar'iyah* dilihat dari sifatnya *daruriyah*, *ajiyah*, dan *tahsiniyah*, maka persoalan ini termasuk *daruriyah* yaitu memelihara harta dari kehancuran akibat pembiayaan yang timbul dari panjangnya proses berperkara dari awal sampai selesai dieksekusi putusan.

Pengintergrasian mediasi dalam proses beracara di Pengadilan Agama dengan harapan untuk mencapai penyelesaian perkara secara damai seperti terlihat dalam praktek, melibatkan pihak ketiga sebagai penengah atau mediator baik dari luar Pengadilan Agama yakni mediator bersertifikat maupun dari hakim yang bertugas di Pengadilan Agama ditempat perkara diajukan.

Berdasarkan teori persamaan antara mediasi dengan *tahkim* yang terdapat dalam al-Qur'an dan hadis, pelaksanaan mediasi di pengadilan Agama dapat dikatakan tidak bertentangan dan bahkan sejalan dengan hukum Islam. Kedua sistem penyelesaian sengketa ini masing-masing melibatkan pihak ketiga sebagai penengah atau sebagai mediator dengan tugas membantu kedua pihak mencari jalan keluar yang terbaik demi untuk mencapai kesepakatan damai.

C. ASAS PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DALAM HUKUM ISLAM

Al-Qur'an sebagai kitab suci memuat tata aturan yang mencakup seluruh dimensi kehidupan manusia. Dimensi yang diatur al-Qur'an tidak hanya dalam konteks kehidupan duniawi tetapi juga dalam konteks kehidupan *ukhrawi*.

Ajaran al-Qur'an disampaikan Nabi Muhammad *Shalallahu alaihi Wa Salam* kepada manusia dalam bahasa yang mudah dimengerti masyarakat ketika itu. Bahasa Arab yang dipilih al-Qur'an sebagai bahasanya bertujuan memudahkan masyarakat memahami pesan dan kehendak Allah. Bahasa Arab

¹³⁸ Pengalaman peneliti sebagai praktisi di pengadilan Agama telah menyaksikan kehancuran yang terjadi bilamana sebuah harta bersama yang bergerak dibidang usaha yang produktif dan dipersiapkan sebagian hasilnya untuk membayar kredit di Bank, karena modal yang dipergunakan adalah pinjaman. Dalam proses penyelesaian sengketa dibidang harta, jelas harus melalui proses penyitaan dan setelah disita otomatis produksi usaha tersebut akan terganggu dan bahkan dapat mengakibatkan kerugian yang besar, dan kredit akan menjadi tersendak, bahkan dapat berujung akan disita pula dari perbankkan.

adalah bahasa kultur yang digunakan dalam kehidupan sehari-hari masyarakat Arab.¹³⁹

Meskipun bahasa Arab bahasa al-Qur`an, bukan berarti al-Qur`an hanya ditujukan kepada masyarakat yang menggunakan bahasa Arab, tetapi ditujukan kepada seluruh umat manusia, baik yang menggunakan bahasa Arab atau bukan bahasa Arab dalam interaksinya.¹⁴⁰ Bahasa al-Qur`an sangat sederhana, lugas, dan mudah dipahami terutama oleh kalangan awam.

1. Landasan Hukum Islam

Al-Qur`an hadir dengan ajarannya yang kental dengan nuansa sosial. Kehadiran al-Qur`an juga merupakan refleksi urat nadi kehidupan masyarakat Arab ketika itu.¹⁴¹ Kehadiran Nabi Muhammad *Shalallahu alaihi Wa Salam* dengan ajaran al-Qur`an bukan merombak total seluruh tatanan kehidupan masyarakat Arab, tetapi al-Qur`an hadir memperbaiki tatanan kehidupan masyarakat yang tidak sesuai dengan nilai peri kemanusiaan, keadilan, sejahtera sesuai dengan penciptaannya yang suci dan asli. Kehadiran al-Qur`an sebagai pedoman hidup manusia berfungsi memandu, merespon realitas kehidupan, dan menyelesaikan problema kehidupan manusia. Dalam sejarah turunnya ayat spesifik menjawab pertanyaan sahabat Nabi, menandakan al-Qur`an responsif terhadap problema kehidupan manusia ketika itu.¹⁴²

Kehadiran al-Qur`an di tengah kehidupan manusia juga merupakan eksplorasi situasi sosial (*social setting*) yang mengitari masyarakat Arab ketika itu. Sejumlah ayat al-Qur`an turun menjawab pertanyaan masyarakat Arab dan sahabat Nabi yang menginginkan solusi terbaik dalam memecahkan persoalan mereka.

Ayat responsif ini dikenal memiliki *asbab al-nuzul* yang menandakan bahwa ayat tersebut memiliki latar belakang, baik berupa pertanyaan untuk memperoleh jawaban, problema untuk memperoleh pemecahan, maupun penetapan hukum dalam urusan tertentu. Adanya *asbab al-nuzul* jelas menandakan bahwa al-Qur`an hadir dalam rangka memberikan respon terhadap persoalan kehidupan, sekaligus untuk mengisi kekosongan dan kebutuhan hukum masyarakat, baik yang bersifat lahiriah maupun batiniah.

Manusia dalam menjalankan tugas sebagai khalifah Allah, menghadapi sejumlah tantangan berupa konflik dan kepentingan manusia yang berbeda satu sama lain. Manusia tidak dapat mengelak atau menghindari dari perbedaan dan pertentangan yang terjadi dalam kehidupan mereka sehari-hari. Manusia harus menghadapi perbedaan dan menyelesaikan konflik tersebut. Perbedaan dan pertentangan yang dialami manusia merupakan hal alamiah (*natural law*), karena Allah menciptakan manusia dalam keragaman, bersuku-suku dan berbangsa-bangsa. Keragaman dan perbedaan manusia

¹³⁹ Mahmud Al-Islam; Aq dah wa syar`ah Mesir: Maktabah al-Misriyah, 1967, Hlm.14.

¹⁴⁰ Carmela Baffioni, "The History of the Prophet in the Iqwan al-Shafa", dalam Binyamin Abrahamov ,ed., Studies in Arabic and Islamic Culture, Jerussalaem: Bar-IllamUniversity Press, 2006, Hlm.17-18.

¹⁴¹ Ibid, Hlm.10.

¹⁴² Abdul Rahim, The Principle Muhammadan Jurisprudence, London: Luzac& Co., 1991, Hlm.6971.

terlihat dari perbedaan warna kulit, ras, bahasa, agama, budaya, pola pikir dan perbedaan kepentingan.

Keragaman, perbedaan pandangan dan kepentingan merupakan potensi konflik yang dapat menjurus kepada kekerasan. Oleh karena itu, manusia harus menangani konflik dan menyelesaikan sengketa yang terjadi antara manusia, sehingga tidak membawa kepada kekerasan dan pertumpahan darah. Al-Qur`an memuat sejumlah prinsip resolusi konflik dan penyelesaian sengketa yang dapat digunakan manusia dalam mewujudkan kehidupan harmoni, damai, adil, dan sejahtera. Nabi Muhammad Shalallahu alaihi Wa Salam Pernah mewujudkan komunitas yang harmoni, damai, adil, dan sejahtera melalui konsep 'ummah.

Al-Qur`an menunjukkan bahwa manusia adalah pelaku utama konflik dan manusia pula yang mampu menyelesaikan konflik. Manusia melalui akal dan panduan al-Qur`an dapat menggali, menyusun strategi resolusi konflik dan penyelesaian sengketa, karena al-Qur`an memuat sejumlah prinsip resolusi konflik. Nabi Muhammad Shalallahu alaihi Wa Salam dalam perjalanan sejarahnya cukup banyak menyelesaikan konflik yang terjadi di kalangan sahabat dan masyarakat ketika itu.

Prinsip resolusi konflik yang dimiliki al-Qur`an diwujudkan oleh Nabi Muhammad Shalallahu alaihi Wa Salam dalam berbagai bentuk berupa fasilitasi, negosiasi, adjudikasi, rekonsiliasi, mediasi, arbitrase dan penyelesaian sengketa melalui lembaga peradilan (litigasi). Prinsip resolusi konflik dan penyelesaian sengketa ditemukan dalam sejumlah ayat al-Qur`an dan hadis Nabi Muhammad Shalallahu alaihi Wa Salam

2. Landasan Yuridis Normatif

Dasar hukum yang melandasi penerapan mediasi di pengadilan adalah:

- a. Pasal 130 HIR (*Het Herzieni Indonesich Reglement, Staatsblad* 1941:44), atau Pasal 154 R.Bg (*Rechtsreglement Buitengewesten, Staatblad*, 1927:227) atau Pasal 31 Rv (*Reglement op de Rechtsvordering, Staatblad* 1874:52),¹⁴³
- b. SEMA RI No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Lembaga Perdamaian dalam Pasal 130 HIR/Pasal 154 R.Bg.
- c. PERMA RI No. 2 Tahun 2003 tentang prosedur mediasi di pengadilan.
- d. PERMA RI No. 1 Tahun 2008 tentang prosedur mediasi di pengadilan.
- e. PERMA RI No. 1 Tahun 2016 tentang prosedur mediasi di pengadilan.
- f. Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS).

Salah satu perundang-undangan yang mendasari legalitas mediasi adalah Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, di dalam undang-undang ini mengatur dua hal utama, yaitu arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa. Ketentuan dalam Pasal 1 menegaskan bahwa sengketa yang dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase

¹⁴³ R. Tresna, Komentari HIR, Jakarta: PrdnyaParamita, 1979, Hlm.298.

dan alternatif penyelesaian sengketa adalah sengketa perdata dan bukan sengketa yang termasuk dalam kategori hukum publik.

Dalam Pasal 2 UU Nomor 30 Tahun 1999 disebutkan mengenai objek sengketa yang dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa yaitu sengketa perdata.¹⁴⁴

Dari ketentuan Pasal 1 dan Pasal 2 UU No. 30 Tahun 1999 dapat dipahami beberapa hal antara lain:

- (1) Objek sengketa yang dapat diselesaikan dengan arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa adalah sengketa perdata dan sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut undang-undang tidak dapat diadakan perdamaian.
- (2) Sengketa tersebut baru dapat diselesaikan melalui arbitrase bila dalam perjanjian pokok tertulis secara tegas menyatakan bahwa bila terjadi sengketa atau beda pendapat timbul atau mungkin timbul dari suatu hubungan hukum akan diselesaikan melalui arbitrase.

Pelaksanaan penerapan mediasi di pengadilan di Indonesia dimulai sejak dikeluarkannya PERMA RI No. 2 Tahun 2003. Hal-hal yang melatar belakangi dikeluarkannya PERMA RI tersebut, tidak lepas dari pengaruh politik ekonomi secara global, serta diterbitkan Perma No. 1 tahun 2008, hingga disempurnakan dengan PERMA nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan

PerMBERLAKUKAN mediasi diharapkan dapat memperluas akses bagi para pihak untuk memperoleh rasa keadilan. Rasa keadilan tidak hanya dapat diperoleh melalui proses litigasi, tetapi juga melalui proses musyawarah dan mufakat oleh para pihak. Dengan diberlakukannya mediasi ke dalam sistem peradilan formal, masyarakat pencari keadilan pada umumnya dan para pihak yang bersengketa pada khususnya dapat terlebih dahulu mengupayakan penyelesaian atas sengketa mereka melalui pendekatan musyawarah mufakat yang dibantu oleh seorang penengah yang disebut mediator.

Ketentuan hukum acara perdata yang berlaku, Pasal 154 *Reglemen* Hukum Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Madura (*Reglement Tot Regeling Van Het Rechtswezen In De Gewesten Buiten Java En Madura, Staatsblad 1927:227*) dan Pasal 130 *Reglemen* Indonesia yang diperbaharui (*Het Herziene Inlandsch Reglement, Staatsblad 1941:44*) mendorong Para Pihak untuk menempuh proses perdamaian yang dapat didayagunakan melalui Mediasi dengan mengintegrasikannya ke dalam prosedur berperkara di Pengadilan.

Keberadaan prosedur mediasi di Pengadilan menjadi bagian hukum acara perdata dapat memperkuat dan mengoptimalkan fungsi lembaga peradilan dalam penyelesaian sengketa, sehingga sebagai salah satu usaha untuk menyelesaikan sengketa dengan cepat adalah

¹⁴⁴ Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

melalui mediasi, namun hal ini terkendala pula dengan keterampilan mediator yang belum memadai sampai saat ini.

Faktor mediator disini sangat penting artinya dalam menangani mediasi untuk menyelesaikan sengketa, utamanya sengketa yang telah menjadi perkara di pengadilan. Mediator pada dasarnya harus mempunyai sertifikat sebagai bukti bahwa yang bersangkutan adalah ahli dibidang mediator, menurut Perma nomor 1 tahun 2016, mediator adalah hakim atau pihak lain yang memiliki sertifikat mediator sebagai pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian.

Faktor dukungan masyarakat pencari keadilan kurang, karena kurang pemahaman tentang pentingnya menyelesaikan sengketa dengan cara damai. Masyarakat Indonesia sudah terbiasa menyelesaikan sengketa dengan cara litigasi akibat sistem hukum yang berlaku di Indonesia selama ini sebagai warisan sistem hukum dari Belanda yang telah menjajah Bangsa Indonesia.

Fungsi Mahkamah Agung menurut Pasal 79 UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung adalah fungsi mengatur. Pasal 79 menyatakan, "Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-undang ini."

Dengan fungsi mengatur, Mahkamah Agung kemudian menerbitkan Surat Edaran (SEMA) No. 1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai (Eks Pasal 130 HIR). Penerbitan Sema tersebut bertitik tolak dari salah satu hasil Rakernas MA di Jogjakarta tanggal 24 s.d. 27 September 2001. Motivasi yang mendorongnya, untuk membatasi perkara kasasi secara substantif dan prosedural. Sebab apabila peradilan tingkat pertama mampu menyelesaikan perkara melalui perdamaian, akan berakibat turunnya jumlah perkara pada tingkat kasasi.¹⁴⁵

Berdasarkan evaluasi, SEMA ini tidak berdaya dan tidak efektif sebagai landasan hukum mendamaikan para pihak, terbukti usaha perdamaian masih dilakukan tidak secara serius dan mendalam sehingga perkara yang dapat diselesaikan melalui usaha perdamaian masih juga amat minim. Atas dasar ini, maka SEMA tersebut dinyatakan tidak berlaku, dan sebagai gantinya MA menerbitkan PERMA No. 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Setelah berjalan kurang lebih 5 tahun, PERMA No. 2 Tahun 2003 dinyatakan tidak berlaku, dan sebagai gantinya MA menerbitkan PERMA Nomor 1 Tahun 2008 tanggal 31 Juli 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Di antara hal pokok yang membedakan PERMA No. 2 Tahun 2003 dengan PERMA No. 1 Tahun 2008 adalah bahwa PERMA No. 1 tahun 2008 diberlakukan di lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama, sedang menurut PERMA No. 2 tahun 2003 mediasi di Peradilan Agama hanya

¹⁴⁵ M. Yahya Harahap, Hukum Acara Perdata, Sinar Grafika, Jakarta, cet VII,, 2008, Hlm.242.

bersifat pilihan, tidak wajib. Penyempurnaan selanjutnya ada pada Perma Nomor 1 tahun 2016 yang diterbitkan pada tanggal 3 Pebruari tahun 2016, dengan terbitnya Perma nomor 1 tahun 2016 yang mengatur tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan ini, maka secara otomatis Perma nomor 2 tahun 2003 dan Perma Nomor 1 tahun 2008 tidak berlaku di peradilan Indonesia.

D. PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DAN KEWENANGAN PERADILAN AGAMA

Dalam konteks keindonesiaan, terdapat dua istilah yang bermuara pada kata dasar yang sama tetapi mempunyai pengertian yang berbeda, yakni kata "*Peradilan dan Pengadilan*". Peradilan, dalam bahasa Belanda *rechtspraak* dan dalam bahasa Inggris *judiciary* adalah segala sesuatu yang berhubungan dengan tugas negara dalam menegakkan hukum dan keadilan, sedangkan *Pengadilan* yang dalam bahasa Belanda disebut *rechtbank* dan dalam bahasa Inggris disebut *court* adalah badan yang melakukan tugas Pengadilan yaitu menerima, memeriksa, mengadili, memutus dan menyelesaikan perkara.¹⁴⁶

Kaitannya dengan keberlakuan hukum Islam di Indonesia, Van den Berg (1845-1927) dalam Van Vollenhoven mengemukakan teori "*reception in complexu*" (penerimaan keseluruhan), yaitu selama tidak dibuktikan kebalikannya, hukum orang-orang pribumi dan orang-orang Timur Asing mengikuti agama yang dipeluknya, sebab dengan menerima suatu agama, maka mereka sebenarnya secara batiniyah menerima juga hukum agama itu.¹⁴⁷ Secara demikian menurut teori ini hukum yang berlaku bagi umat Islam Indonesia adalah Hukum Islam. Sehingga di Minangkabau misalnya, ada *adagium*, "*Adat bersendi syara', syara' bersendi kitabullah*".

Kemudian karena pengaruh politik kolonialisme Belanda yang menganggap teori tersebut tidak menguntungkan politik penjajahannya, maka melalui Snouck Hurgronye, Van Vollenhaven dan lainnya, dipopulerkan teori baru yang diberi dasar-dasar ilmiah untuk melemahkan (meniadakan) teori Van den Berg. Teori baru ini oleh Snouck Hurgronye (1857-1936) diberi nama teori *receptie*.

Menurut teori ini bahwa hukum agama baru dipandang sebagai hukum apabila telah diterima dan berkembang bersama adat.¹⁴⁸ Teori ini kemudian dipakai oleh Belanda untuk mengeliminasi berlakunya hukum Islam di masyarakat dengan dalih bahwa hukum Islam tidak diterima oleh adat, dan sebagai kebalikannya dibuatlah peraturan perundang-undangan yang menguatkan berlakunya hukum adat tersebut (Pasal 134 ayat 2 IS, 929).

¹⁴⁶ Subekti, Kamus Hukum, Pradnya Paramita, Jakarta, 2000, Hlm.91-92.

¹⁴⁷ Van Vollenhaven, C., *Oriëntatie in het adatrecht van Nederlandsch Indie*, Leiden, E.J.Brill 1918-1933. Koninklijk Instituut voor Taat, Land en Volkenkunde, KITLV, bersama Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia, LIPI, penterjemah, *Oriëntasi dalam Hukum Adat Indonesia*, Djambatan, Jakarta, 1981, Hlm.36-39.

¹⁴⁸ Sajuti Thalib, *Receptio A Contrario, Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, Hlm.62.

Melihat kenyataan yang demikian ini, maka Sajuti Thalib berpendapat bahwa sebenarnya hukum adat itu baru berlaku kalau dibenarkan atau sekurang-kurangnya tidak bertentangan dengan hukum agama. Oleh Sajuti fakta tersebut dipandang sebagai fakta kebalikan dari teori *receptie*, sehingga kemudian beliau menamakan dengan Teori "*receptio a contrario*" yang menyatakan bahwa hukum adat baru berlaku apabila tidak bertentangan dengan hukum Islam.¹⁴⁹

Seiring dengan penetrasi pemerintah kolonial Belanda yang demikian lama dan kuat, menjadikan peradilan agama dari waktu ke waktu mengalami kemunduran, bahkan hal ini berlangsung sampai periode awal era orde baru.

Kewenangan Pengadilan Agama kompetensinya semakin mempunyai payung hukum yang kuat dengan disahkannya UU No. 1 Tahun 1974, yang kewenangannya meliputi semua sengketa yang berhubungan dengan perkawinan. Kewenangan dalam hal memutus perkara dan mengeksekusi putusan Pengadilan Agama menurut UU No. 1 Tahun 1974 harus ada pengukuhan (*fiat eksekusi*) dari Peradilan Umum, sehingga tetap ada kesan bahwa kedudukan pengadilan agama "*inferieur*" di hadapan pengadilan umum (PN).

Pada masa orde baru kekuasaan dari lembaga peradilan (yudikatif) mengalami perkembangan yang signifikan yaitu dengan diundangkannya undang-undang nomor 14 tahun 1970 tentang pokok-pokok kekuasaan kehakiman yang mana dalam undang-undang ini kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh empat lingkungan peradilan yang ada yaitu peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer dan peradilan tata usaha negara yang semuanya berada dibawah Mahkamah Agung.

Dalam pasal 1 Undang-Undang menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Indonesia. Penyelenggaraannya sebagaimana dalam pasal 1 itu dilakukan oleh Mahkamah Agung dan badan peradilan yang dibawahnya dalam lingkungan Peradilan Umum, lingkungan Peradilan Agama, lingkungan Peradilan Militer dan lingkungan Tata Usaha Negara oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Dengan demikian secara tegas dapat disimpulkan bahwa terjadi peningkatan independensi kekuasaan kehakiman dengan tuntutan reformasi dibidang kekuasaan yang menghendaki kekuasaan kehakiman benar-benar merdeka bebas dari campur tangan kekuasaan lain.

Dengan demikian pada Era Reformasi, khususnya setelah berlangsungnya proses amandemen terhadap UUD 1945 terdapat dua lembaga yang memegang kekuasaan kehakiman (*yudicial power*) yaitu Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi.

¹⁴⁹ Sajuti Thalib, loc.cit.

1. Kedudukan Peradilan Agama

Undang-Undang nomor 7 ini disahkan dan diundangkan tanggal 29 Desember Tahun 1989 ditempatkan dalam lembaran Negara RI nomor 49 tahun 1989 dan tambahan dalam lembaran negara nomor 3400. Isi dari undang-undang nomor 7 tahun 1989 terdiri atas tujuh Bab, meliputi 108 pasal. Ketujuh Bab tersebut adalah ketentuan umum, susunan pengadilan, kekuasaan pengadilan, hukum acara, ketentuan-ketentuan lain, ketentuan peralihan dan ketentuan penutup.

Perubahan pertama, tentang dasar hukum penyelenggaraan peradilan, sebelum UU nomor 7 tahun 1989 berlaku dasar penyelenggaraan peradilan beraneka ragam. Sebagian merupakan produk pemerintahan Belanda, dan sebagian merupakan produk pemerintah Republik Indonesia. Sejak berlakunya UU nomor 7 tahun 1989 semua peraturan perundang-undangan dinyatakan tidak berlaku lagi.

Perubahan kedua, tentang kedudukan pengadilan. Berdasarkan UU Nomor 7 tahun 1989 kedudukan pengadilan dalam lingkungan peradilan agama sejajar dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan lainnya, khususnya dengan pengadilan dalam lingkungan peradilan umum.

Perubahan ketiga, tentang kedudukan hakim. Menurut ketentuan pasal 15 ayat (1), hakim diangkat dan diberhentikan oleh presiden selaku kepala negara atas usul menteri agama berdasarkan persetujuan Mahkamah Agung. Dalam menjalankan tugasnya, hakim memiliki kebebasan untuk membuat putusan terlepas dari pengaruh pemerintah dan pengaruh pihak lainnya.

Perubahan keempat, tentang wewenang pengadilan. Menurut ketentuan pasal 49 ayat (1), "pengadilan agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara-perkara untuk orang Islam".

Perubahan kelima, tentang hukum acara. Hukum acara yang berlaku pada pengadilan agama adalah hukum acara perdata yang berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan umum, kecuali yang telah diatur secara khusus dalam undang-undang-undang ini.

Perubahan keenam, tentang penyelenggaraan administrasi peradilan. Di pengadilan dalam lingkungan peradilan agama ada dua jenis administrasi yaitu, administrasi peradilan dan administrasi umum.

Perubahan ketujuh, tentang perlindungan terhadap wanita. Ketentuan tidak berlaku pada pengadilan dalam lingkungan peradilan agama, dan tidak pula dihapuskan.

2. Peradilan Agama dan Mahkamah Agung

Kekuasaan eksekutif salah satu contoh bahwa pembinaan secara organisatoris, administratif dan finansial berada ditangan eksekutif. Mahkamah Agung hanya melakukan pembinaan terhadap empat lingkungan peradilan secara teknis judicial. Masuknya pihak eksekutif dalam kekuasaan kehakiman disinyalir sebagai salah satu sebab mengapa kekuasaan kehakiman dinegeri ini tidak independen sebagaimana seharusnya.

Oleh karena itu banyak muncul tuntutan dari berbagai pihak agar kekuasaan kehakiman harus bersifat independen, salah satunya adalah dalam hal mekanisme pembinaannya. Undang-Undang Nomor 14 tahun 1970 tentang Pokok-Pokok kekuasaan kehakiman merupakan undang-undang yang menganut sistem dua atap (*double roof system*).

Sistem peradilan satu atap adalah suatu kebijakan yang potensial menimbulkan implikasi, baik yang diharapkan maupun yang tidak diharapkan. Implikasi yang perlu diantisipasi dengan adanya sistem antara lain:

1. Ditinjau dari ajaran Trias politica dengan satu atap, pemisahan kekuasaan kehakiman dari kekuasaan legislatif dan eksekutif menjadi lebih murni.
2. Satu atap juga dapat menimbulkan konsekuensi pertanggungjawaban kekuasaan kehakiman, selain harus bertanggungjawab secara teknis yustisial juga secara administratif.
3. Ada kekhawatiran sistem satu atap justru akan melahirkan kesewenangan pengadilan atau hakim, karena dengan satu atap tidak ada lagi lembaga lain yang mengawasi perilaku hakim.
4. Dalam praktiknya pengawasan terhadap hakim yang nakal menjadi sulit karena urusan gaji dan administrasi berada di departemen kehakiman. Sistem satu atap akan lebih baik ketika diiringi oleh keberadaan komisi yudisial.
5. Satu atap akan mempersingkat berbagai urusan dan memudahkan komunikasi. Sementara terhadap Mahkamah Konstitusi segala hal yang terkait dengan pelaksanaan tugas dan fungsinya menjadi wewenang secara internal. Adapun mengenai Mahkamah Konstitusi ini diatur dalam undang-undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Selain Mahkamah Agung dan Mahkamah Konstitusi terdapat lembaga Negara lain yang berhubungan dengan kekuasaan kehakiman yaitu komisi yudisial, yang mempunyai tugas dan kewenangan antara lain melakukan seleksi calon Hakim Agung dan menjadi pengawas terhadap kinerja hakim secara keseluruhan.

Dengan demikian sistem peradilan yang ada di negara kita telah memadai, sehingga yang terpenting untuk saat ini adalah membangun moral dari aparat penegak hukum itu sendiri. Termasuk di dalamnya dapat ditempuh melalui jalur pendidikan hukum yang menekankan pada aspek pengetahuan (*know ledge*), keahlian (*skill*), dan nilai (*values*). Sehingga para calon penegak hukum yang dihasilkan nantinya di samping memiliki keahlian di bidang hukum juga menjunjung tinggi moral dan etika.

Termasuk dalam hal ini peradilan agama yang telah memiliki kompetensi selain di bidang hukum keluarga juga hukum perdata lain dalam hal ini yang berkaitan dengan ekonomi syariah.

Sehingga dengan sistem satu atap ini, maka diperlukan SDM hakim pengadilan agama yang benar-benar menguasai bidang Ekonomi Syariah.

Dari segi kompetensi, kewenangan Pengadilan agama juga semakin mempunyai payung hukum yang kuat dengan disahkannya UU No. 1 Tahun

1974, yang kewenangannya meliputi semua sengketa yang berhubungan dengan perkawinan. Kewenangan dalam hal memutus perkara dan mengeksekusi putusan Pengadilan Agama menurut UU No. 1 Tahun 1974 harus ada pengukuhan (*fiat eksekusi*) dari Peradilan Umum, sehingga tetap ada kesan bahwa kedudukan pengadilan agama "*inferieur*" di hadapan pengadilan umum (PN).

Kedudukan Peradilan Agama baru benar-benar mandiri dan sejajar dengan lingkungan peradilan lain, demikian pula kewenangannya juga semakin luas dan rinci dengan disahkannya UU No. 7 Tahun 1989 Tentang Peradilan Agama. Salah satu tokoh yang berjasa besar atas pengesahan UU Peradilan Agama adalah Presiden Soeharto.

Beliau di akhir masa jabatannya semakin dekat dengan para cendekiawan Muslim, sehingga pada era tahun 1990 an, setelah disahkannya UU Peradilan Agama, berurutan-urutan menyusul berdirinya Ikatan Cendekiawan Muslim se Indonesia (ICMI) pada tanggal 7 Desember 1990, diterbitkannya Inpres Nomor 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam, dan Bank Muamalat Indonesia (BMI) yang beroperasi mulai tahun 1992.

Seiring dengan reformasi, kedudukan Peradilan Agama semakin kokoh sebagaimana dinyatakan pada Pasal 24 ayat (2) UUD 1945 (hasil amandemen ketiga), jo. Pasal 18 Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, yang menyatakan, "Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi"

Pada Pasal 2 ayat (3) UU No. 48 Tahun 2009 juga dinyatakan, "Semua peradilan di seluruh wilayah Republik Indonesia adalah peradilan negara yang diatur dengan undang-undang". Dengan demikian, yang membedakan Peradilan Agama dengan Peradilan lainnya, bukan pada kedudukannya tetapi pada tugas pokok dan fungsi (tupoksi) dan kewenangannya.

Demikian pula dari sisi kompetensi absolut, Pengadilan Agama juga mempunyai kewenangan yang semakin luas, bukan hanya di bidang perkawinan dan kewarisan tetapi juga di bidang wakaf, hibah, wasiat, ZIS (zakat, infak dan shaqaqah), dan ekonomi syari'ah. Dalam Pasal 49 Undang-Undang Nomor 3 tahun 2006 tentang perubahan atas Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, disebutkan bahwa "Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara di tingkat pertama antara orang-orang yang beragama Islam di bidang: Perkawinan, kewarisan, wasiat, hibah, wakaf, zakat, infak, shadaqah dan ekonomi syariah.

Dari sisi administrasi dan managerial, Peradilan Agama yang pada mulanya, dari segi administrasi umum, keuangan dan menegemen SDM dibawah Departemen Agama, sedang administrasi dan teknis yustisial berada di bawah Mahkamah Agung. Sejak bulan Juni 2004, baik dibidang yudisial

maupun non yudisial, semuanya berada di bawah Mahkamah Agung dan lepas dari Departemen Agama, yang dikenal dengan istilah "satu atap". Sehingga dengan segala kelebihan dan kekuarungannya, Peradilan Agama sejak Tahun 2004 disamping menjadi peradilan yang mandiri dengan kewenangan yang semakin luas dan jelas juga menjadi peradilan modern.

Hal ini menjadi tantangan, peluang dan tanggung jawab dari semua aparat Peradilan Agama, dan aparat peradilan agama tampaknya juga menyadari tantangan, peluang dan tanggung jawab yang demikian ini, terbukti dengan banyaknya aparat peradilan agama terutama hakim, yang menempuh jenjang pendidikan S2 dan S3.

E. PENGERTIAN DAN ASAS-ASAS HUKUM WARIS ISLAM

Hukum kewarisan sering dikenal dengan istilah *faraidh*. Hal ini karena dalam Islam, bagian-bagian warisan yang menjadi hak ahli waris telah ditentukan dalam Al Qur'an. Hukum kewarisan dalam Islam mendapat perhatian besar, karena pembagian warisan sering menimbulkan akibat-akibat yang tidak menguntungkan.¹⁵⁰

Di dalam Al-Quran ada banyak ayat yang secara detail menyebutkan tentang pembagian waris menurut hukum Islam. Khusus di surat An-Nisa' saja ada tiga ayat, yaitu ayat 11, 12 dan 176. Selain itu juga ada di dalam surat Al-Anfal ayat terakhir, yaitu ayat 75.

Ayat waris untuk anak

يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ

Allah mensyariatkan 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 separuh harta. (QS. An-Nisa': 11)

Ayat waris untuk orang tua

وَلَا يُوْثِقُ لِلْكَافِرِ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبُوَاهُ فَلَهُمِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَهُمِ السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ وَوَصِيَّةٌ يُّوْصَى بِهَا أَوْلَادِيْنَ آبَائِكُمْ وَأَبْنَاؤِكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا

¹⁵⁰ Ahmad Rofiq, Hukum Islam di Indonesia, PT Raja GrafindoPersada, Jakarta, 1995, hlm.355

Dan untuk dua orang ibu-bapak, bagi masing-masingnya seperenam dari harta yang ditinggalkan, jika yang meninggal itu mempunyai anak; jika orang yang meninggal tidak mempunyai anak dan ia diwarisi oleh ibu-bapaknya (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 utangnya. (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': 11)

Ayat waris buat suami dan istri

وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِيُوصِيْنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي تُوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ

Dan bagimu (suami-suami) seperdua dari harta yang ditinggalkan oleh istri-istrimu, jika mereka tidak mempunyai anak. Jika istri-istrimu itu mempunyai anak, maka kamu mendapat seperempat dari harta yang ditinggalkannya sesudah dipenuhi wasiat yang mereka buat atau (dan) sesudah dibayar utangnya. Para istri memperoleh seperempat harta yang kamu tinggalkan jika kamu tidak mempunyai anak. Jika kamu mempunyai anak, maka para istri memperoleh seperdelapan dari harta yang kamu tinggalkan sesudah dipenuhi wasiat yang kamu buat atau (dan) sesudah dibayar utang-utangmu. (QS. An-Nisa': 12)

Secara etimologis, *faraidh* diambil dari kata *fardh* yang berarti taqdir "ketentuan". Dalam istilah syara' bahwa kata *fardh* adalah bagian yang telah ditentukan bagi ahli waris.¹⁵¹

Sedangkan hukum kewarisan menurut *fiqh mawaris* adalah fiqh yang berkaitan dengan pembagian harta warisan, mengetahui perhitungan agar sampai kepada mengetahui bagian harta warisan dan bagian-bagian yang wajib diterima dari harta peninggalan untuk setiap yang berhak menerimanya.¹⁵²

Dalam bahasa Arab berpindahnya sesuatu dari seseorang kepada orang lain atau dari suatu kaum kepada kaum lain disebut *Al-Miirats*.¹⁵³ Sedangkan

¹⁵¹ SayyidSabiq, *FiqhSunnah*, Pena PundiAksara, Jakarta Selatan, 2006, hlm.479

¹⁵² <http://edon79.wordpress.com/2009/07/10/fiqh-mawaris/>, di unduhpadatanggal 22 Agustus 2014 pukul 10.30 WIB

¹⁵³ Muhammad Ali Ash-Shabuni, *PembagianWarisMenurut Islam*, Gemalnsani Press, Jakarta, 1995, hlm.33

makna *Al-Miirats* menurut istilah yang dikenal para ulama ialah berpindahnya hak kepemilikan dari orang yang meninggal kepada ahli warisnya yang masih hidup, baik yang ditinggalkan itu berupa harta (uang), tanah atau apa saja yang berupa hak milik legal menurut syari'i.

Pengertian hukum kewarisan menurut Pasal 171 huruf a Kompilasi Hukum Islam adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan (*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing. Dalam konteks yang lebih umum, warisan dapat diartikan sebagai perpindahan hak kebendaan dari orang yang meninggal dunia kepada ahli warisnya yang masih hidup.¹⁵⁴

Mewaris berarti menggantikan tempat dari seseorang yang meninggal dalam hubungan hukum harta kekayaannya. Hubungan-hubungan hukum yang lain, misalnya hubungan hukum dalam hukum keluarga.¹⁵⁵

Dalam redaksi yang lain, Hasby Ash-Shiddieqy mengemukakan, hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur siapa-siapa orang yang mewarisi dan tidak mewarisi, bagian penerimaan setiap ahli waris dan cara-cara pembagiannya. Berbeda dengan dua definisi di atas, Wirjono Prodjodikoro menjelaskan, warisan adalah soal apa dan bagaimana berbagai hak-hak dan kewajiban-kewajiban tentang kekayaan seseorang pada waktu ia meninggal akan beralih kepada orang lain yang masih hidup.¹⁵⁶

Waris dalam bahasa Indonesia disebut pusaka, yaitu harta benda dan hak yang ditinggalkan oleh orang yang mati untuk dibagikan kepada yang berhak menerimanya. Pembagian itu lazim disebut Faraidh, artinya menurut syara' ialah pembagian pusaka bagi yang berhak menerimanya.¹⁵⁷

Menurut Syamsul Rijal Hamid bahwa pengertian warisan adalah berpindahnya hak dan kewajiban atas segala sesuatu baik harta maupun tanggungan dari orang yang telah meninggal dunia kepada keluarganya yang masih hidup.¹⁵⁸

Warisan itu menyalurkan pikiran dan perhatian orang ke arah suatu kejadian penting dalam suatu masyarakat tertentu, yaitu ada seorang anggota dari masyarakat itu meninggal dunia.¹⁵⁹

Untuk itu, melihat hukum kewarisan Islam diperlukan wawasan kesejarahan, paling tidak sistem sosial dan sistem hukum yang melingkupi ketika Islam itu diturunkan.¹⁶⁰

1. Hukum Waris Dalam Al-Quran

Adapun yang menjadi dasar pelaksanaan pembagian harta warisan dalam hukum Islam adalah berpedoman pada ayat-ayat Al Qur'an berikut ini, yaitu:

¹⁵⁴ Ahmad Rofiq, *FiqhMawaris*, PT Raja GrafindoPersada, Jakarta, 2002, hlm.4

¹⁵⁵ R SoetojoPrawirohamidjojo, *HukumWarisKodifikasi*, Surabaya Airlangga University Press, hlm.3

¹⁵⁶ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Op.Cit., hlm.355.

¹⁵⁷ MohRifai, *IlmuFiqih Islam*, CV Toha Putra, Semarang.1978, hlm.513.

¹⁵⁸ SyamsulRijal Hamid, *BukuPintar Agama Islam*, Cahaya Salam, Bogor, 2011, hlm.366.

¹⁵⁹ WirjonoProdjodikoro, *HukumWarisan di Indonesia*,Sumur Bandung, Bandung, 1991, hlm.11.

¹⁶⁰ Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Op.Cit., hlm.358.

- a. Surat An-Nisa' ayat 7, yang artinya¹⁶¹:
 "Bagi laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu bapak dan kerabatnya, dan bagi wanita ada hak bagian (pula) dari harta peninggalan ibu bapak dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan."²⁸
- b. Surat An-nisa' ayat 8, yang artinya:
 "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."¹⁶²
- c. Surat An-Nisa' ayat 11, yang artinya:
 "Allah mensyariatkan (mewajibkan) kepadamu tentang (pembagian warisan untuk) anak-anakmu, (yaitu) bagian seorang anak laki-laki sama dengan bagian dua orang anak perempuan. Dan jika anak itu semuanya perempuan yang jumlahnya lebih dari dua, maka bagian mereka dua pertiga dari harta yang ditinggalkan. Jika dia (anak perempuan) itu seorang saja, maka dia memperoleh setengah (harta yang ditinggalkan). Dan untuk kedua ibu bapak, bagian masing-masing seperenam dari harta yang ditinggalkan, jika dia (yang meninggal) mempunyai anak. Jika dia (yang meninggal) tidak mempunyai anak dan dia diwarisi oleh kedua ibu-bapaknya (saja), maka ibunya mendapat sepertiga. Jika dia (yang meninggal) mempunyai beberapa saudara, maka ibunya mendapat seperenam. (Pembagian-pembagian tersebut di atas) setelah (dipenuhi) wasiat yang dibuatnya atau (dan setelah dibayar) hutangnya. (Tentang) orang tuamu dan anak-anakmu, kamu tidak mengetahui siapa di antara mereka yang lebih banyak manfaatnya bagimu. Ini adalah ketetapan Allah. Sungguh, Allah Maha Mengetahui, Mahabijaksana."¹⁶³
- d. Surat An-Nisa' ayat 12, yang 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 saudara perempuan (seibu

¹⁶¹ JokoUtama, Muhammad Faridh, Mashadi, Al-Qur'an Al Karim dan Terjemahnya, CV. Putra Toha Semarang, Semarang, hlm.62.

¹⁶² Ibid

¹⁶³ Ibid

saja), maka bagian 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) syariat yang benar-benar dari Allah dan Allah Maha Mengetahui lagi Maha Penyantun.”¹⁶⁴

- e. Surat An-Nisa’ ayat 33
 “Dan untuk masing-masing (laki-laki dan perempuan) Kami telah menetapkan para ahli waris atas apa yang telah ditinggalkan oleh kedua orang tuanya. Dan orang-orang yang kamu telah bersumpah setia dengan mereka, maka berikanlah kepada mereka bagiannya. Sungguh, Allah Maha Menyaksikan segala sesuatu.”¹⁶⁵
- f. Surat An-Nisa’ ayat 176, yang artinya:
 “Mereka meminta fatwa kepadamu (tentang kalalah). Katakanlah: “Allah memberi fatwa kepadamu tentang *kalalah* (yaitu): Jika seseorang meninggal dunia dan ia tidak mempunyai anak dan mempunyai saudara perempuan, maka bagi saudaranya yang perempuan itu seperdua dari harta yang ditinggalkannya dan saudara-saudaranya yang laki-laki mempusakai (seluruh harta saudara perempuan), jika ia tidak mempunyai anak; tetapi jika saudara perempuan itu dua orang, maka bagi keduanya dua pertiga dari harta yang ditinggalkan oleh yang meninggal. Dan jika mereka (ahli waris itu terdiri dari) saudara-saudara laki-laki dan perempuan, maka bahagian seorang saudara laki-laki sebanyak bahagian dua orang saudara perempuan. Allah menerangkan (hukum ini) kepadamu, supaya kamu tidak sesat. Dan Allah Maha Mengetahui segala sesuatu.”¹⁶⁶
- g. Surat Al-Baqarah ayat 180, yang artinya:
 “Diwajibkan atas kamu apabila seseorang di antara kamu kedatangan (tanda-tanda) maut, jika ia meninggalkan harta yang banyak, berwasiat untuk ibu bapak dan karib kerabatnya secara makruf (ini adalah) kewajiban atas orang-orang bertakwa.”¹⁶⁷
- h. Surat Al-Baqarah ayat 240, yang artinya:
 “Dan orang-orang yang akan meninggal dunia di antaramu dan meninggalkan isteri, hendaklah berwasiat untuk isteri-isterinya (yaitu) diberi nafkah hingga setahun lamanya dengan tidak disuruh pindah (dari rumahnya). Akan tetapi jika mereka pindah (sendiri), maka tidak ada dosa bagimu (wali atau waris dari yang meninggal) membiarkan

¹⁶⁴ Ibid

¹⁶⁵ Ibid

¹⁶⁶ Ibid

¹⁶⁷ Ibid

mereka membuat yang makruf terhadap diri mereka. Dan Allah Maha Perkasa lagi Maha Bijaksana.”¹⁶⁸

- i. Surat Al-Azhab ayat 4, yang artinya:
 “Allah sekali-sekali tidak menjadikan bagi seseorang dua buah hati dalam rongganya; dan Dia tidak menjadikan isteri-isteri yang kamu *zhihar* itu sebagai ibu, dan Dia tidak menjadikan anak-anak angkatmu sebagai anak kandungmu (sendiri). Yang demikian itu hanyalah perkataanmu di mulutmu saja. Dan Allah mengatakan yang sebenarnya dan Dia menunjukkan jalan (yang benar).”¹⁶⁹

2. Hukum Waris dalam Hadits

- a. Hadits Rasulullah dari Huzail bin Syurahbil
 Hadits Rasulullah dari Huzail bin Syurahbil yang diriwayatkan oleh Bukhari, Abu Dawud, At-Tirmizi, dan Ibn Majah. Abu Musa ditanya tentang pembagian harta warisan seorang anak perempuan, cucu perempuan dari anak laki-laki dan saudara perempuan.
 Abu Musa berkata: “Untuk anak perempuan seperdua dan untuk saudara perempuan seperdua. Datanglah kepada Ibnu Mas’ud, tentu ia akan mengatakan seperti itu pula”. Kemudian ditanyakan kepada Ibnu Mas’ud dan ia menjawab: “Saya menetapkan atas dasar apa yang telah ditetapkan oleh Rasulullah, yaitu untuk anak perempuan seperdua, untuk melengkapi dua pertiga cucu seperenam, dan selebihnya adalah untuk saudara perempuan”.¹⁷⁰
- b. Hadits Rasulullah dari Qabisah bin Syu’aib
 Hadits Rasulullah dari Qabisah bin Syu’aib yang diriwayatkan oleh perawi yang lima selain An-Nasai. “Seorang nenek datang kepada Abu Bakar meminta hak kewarisan dari cucunya (yang meninggal itu). Abu Bakar berkata: “Dalam kitab Allah tidak disebutkan sesuatu untukmu dan juga tidak ada dalam hadits Rasulullah. Pulang sajalah dulu, nanti saya tanyakan kepada orang lain kalau ada yang mengetahui”. Kemudian Abu Bakar menyatakan kepada para sahabat mengenai hal tersebut. Mugirah menjawab pertanyaan Abu Bakar dan berkata: “Saya pernah melihat pada saat Rasulullah memberikan hak kewarisan untuk nenek dari seorang cucu yang meninggal sebanyak seperenam”. Abu Bakar bertanya: “Apakah ada yang lain yang mengetahui selain kamu?” Muhammad bin Maslamah tampil dan mengatakan seperti yang dikatakan oleh Mugirah. Kemudian Abu Bakar memberikan seperenam kepada nenek harta peninggalan cucunya”.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ibid

¹⁶⁹ Ibid

¹⁷⁰ ZainuddinAli, Pelaksanaan Hukum Waris Di Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, 2008, hlm.40.
 38Ibid

39Ibid., hlm.41.

¹⁷¹ Ibid.

- c. Hadits Rasulullah dari Sa'ad bin Waqqas
Hadits Rasulullah dari Sa'ad bin Waqqas yang diriwayatkan oleh Bukhari. Sa'ad bin Waqqas bercerita sewaktu ia sakit keras, Rasulullah mengunjunginya. Ia bertanya kepada Rasulullah: "Saya mempunyai harta yang banyak sedangkan saya hanya mempunyai seorang anak perempuan yang akan mewarisi harta saya. Apakah perlu saya sedekahkan dua pertiga harta saya?"
Rasulullah menjawab: "Jangan!" Kemudian bertanya lagi Sa'ad: "Bagaimana jika sepertiga?" Bersabda Rasulullah: "Sepertiga, cukup banyak. Sesungguhnya jika engkau meninggalkan anakmu dalam keadaan berkecukupan adalah lebih baik dari pada meninggalkannya dalam keadaan miskin (berkekurangan), sehingga meminta-minta kepada orang lain."¹⁷²
- d. Hadits Rasulullah dari Abu Hurairah
Hadits Rasulullah dari Abu Hurairah yang diriwayatkan oleh Bukhari dan Muslim. Abu Hurairah menceritakan bahwa Rasulullah bersabda: "Aku lebih dekat kepada orang-orang mukmin dari mereka itu sendiri antara sesamanya. Oleh karena itu, bila ada orang yang meninggal dan meninggalkan utang yang tidak dapat dibayarnya (tidak dapat dilunasi dari harta peninggalannya) maka kewajibankulah untuk membayarnya dan jika dia meninggalkan harta (saldo yang aktif) maka harta itu untuk ahli waris-ahli warisnya."¹⁷³
- e. Hadits Rasulullah dari Wasilah bin Al-Aska'
Hadits Rasulullah dari Wasilah bin Al-Aska' yang diriwayatkan oleh At-Tirmizi, Abu Dawud dan Ibn Majah. Wasilah bin Aska' menceritakan bahwa Rasulullah bersabda: "Perempuan menghimpun tiga macam hak mewaris, yaitu (1) mewarisi budak lepasannya, (2) anak zinanya, dan (3) mewarisi anak li'annya."¹⁷⁴

3. Hukum Waris dan Ijtihad

Masalah-masalah yang menyangkut warisan ada yang sudah dijelaskan permasalahannya dalam Al-Qur'an atau sunnah dengan keterangan yang kongkret, sehingga tidak timbul macam-macam interpretasi, bahkan mencapai *ijma'* (konsensus) di kalangan ulama dan umat Islam. Selain dari itu masih banyak masalah warisan yang dipersoalkan atau diperselisihkan.¹⁷⁵

Penyebab timbulnya bermacam-macam pendapat dan fatwa hukum dalam berbagai masalah waris ada cukup banyak. Tetapi ada dua hal yang menjadi penyebab utamanya, yakni:¹⁷⁶

¹⁷² Ibid

¹⁷³ Ibid

¹⁷⁴ Ibid

¹⁷⁵ Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqh Lima Mazhab*, Lentera, Jakarta, 2000, hlm.535

¹⁷⁶ Ibid

- a. Metode dan pendekatan yang digunakan oleh ulama dalam melakukan ijtihad berbeda
- b. Kondisi masyarakat dan waktu kapan ulama melakukan ijtihad juga berbeda.

Hal-hal tersebut itulah yang menyebabkan timbulnya berbagai mazhab atau aliran dalam hukum fiqh Islam, termasuk hukum waris. Maka dengan maksud mempersatukan dan memudahkan umat Islam dalam mencari kitab pegangan hukum Islam, Ibnu Muqqafa (wafat tahun 762 M) menyarankan Khalifah Abu Ja'far al-Mansur agar disusun sebuah Kitab Hukum Fiqh Islam yang lengkap berdasarkan Al-Qur'an, Sunnah, dan ra'yu yang sesuai dengan keadilan dan kemaslahatan umat.¹⁷⁷

Khalifah Al-Mansur mendukung gagasan tersebut. Namun gagasan tersebut tak mendapat respon yang positif dari ulama pada waktu itu, karena ulama tak mau memaksakan pemahamannya untuk diikuti umat, karena mereka menyadari bahwa hasil ijtihadnya belum tentu benar.

Imam Malik juga pernah didesak oleh Khalifah Al-Mansur dan Harun al-Rasyid untuk menyusun sebuah kitab untuk menjadi pegangan umat Islam, karena setiap bangsa atau umat mempunyai pemimpin-pemimpin yang lebih tahu tentang hukum-hukum yang cocok dengan bangsa atau umatnya.¹⁷⁸

4. Waris dalam Kompilasi Hukum Islam

1. Syarat Pembagian Waris Ada beberapa syarat yang harus dipenuhi dalam pembagian warisan, yaitu:
 - a. Meninggal dunianya pewaris Yang dimaksud dengan meninggal dunia adalah baik meninggal dunia *hakiki* (sejati), meninggal dunia *hukmi* (menurut putusan hakim) dan meninggal dunia *taqdiri* (menurut dugaan). Lebih lanjut mengenai pengertian mati *hakiki*, *hukmi* dan *taqdiri* adalah sebagai berikut:
 1. Mati *hakiki*, yaitu kematian seseorang yang dapat diketahui tanpa harus melalui pembuktian, bahwa seseorang telah meninggal dunia.¹⁷⁹
 2. Mati *hukmi*, yaitu kematian seseorang yang secara yuridis ditetapkan melalui keputusan hakim dinyatakan telah meninggal dunia. Ini bisa terjadi seperti dalam kasus seseorang yang dinyatakan hilang, tanpa diketahui di mana dan bagaimana keadannya. Setelah dilakukan upaya-upaya tertentu, melalui keputusan hakim orang tersebut dinyatakan meninggal dunia.¹⁸⁰
 3. Mati *taqdiri*, yaitu anggapan atau perkiraan bahwa seseorang telah meninggal dunia. Misalnya, seseorang yang diketahui ikut berperang ke medan perang. Setelah beberapa tahun, ternyata

¹⁷⁷ Ibid

¹⁷⁸ Ibid

¹⁷⁹ Ahmad Rofiq, Fiqh Mawaris, Op.Cit., hlm.28.

¹⁸⁰ Ibid

tidak diketahui kabar beritanya, dan patut diduga secara kuat bahwa orang tersebut telah meninggal dunia, maka ia dapat dinyatakan telah meninggal.¹⁸¹

Tanpa ada kepastian bahwa pewaris meninggal dunia, warisan tidak boleh dibagi-bagikan kepada ahli waris.¹⁸²

b. Hidupnya ahli waris

Hidupnya ahli waris harus jelas pada saat pewaris meninggal dunia. Ahli waris merupakan pengganti untuk menguasai warisan yang ditinggalkan oleh pewaris. Perpindahan hak tersebut diperoleh melalui jalan kewarisan. Oleh karena itu, sesudah pewaris meninggal dunia, ahli warisnya harus benar-benar hidup.¹⁸³

c. Mengetahui status kewarisan

Agar seseorang dapat mewarisi harta orang meninggal dunia, haruslah jelas hubungan antara keduanya. Misalnya, hubungan suami-isteri, hubungan orangtua-anak dan hubungan saudara, baik sekandung, seapak maupun seibu.¹⁸⁴

2. Rukun Pembagian Waris

Adapun beberapa rukun pembagian waris yaitu (1) pewaris, (2) harta warisan, dan (3) ahli waris. Ketiga unsur tersebut saling berkaitan, dan masing-masing mempunyai ketentuan tersendiri.

Hal ini diuraikan sebagai berikut:

a. Pewaris (*Al-Muwaris*)

Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya beragama Islam, meninggalkan harta warisan dan ahli waris yang masih hidup. Istilah pewaris secara khusus dikaitkan dengan suatu proses pengalihan hak atas harta dari seseorang yang telah meninggal dunia kepada keluarganya yang masih hidup. Oleh karena itu, seseorang yang masih hidup dan mengalihkan haknya kepada keluarganya tidak dapat disebut pewaris, meskipun pengalihan itu dilakukan pada saat menjelang kematiannya.¹⁸⁵

Menurut sistem hukum waris Islam, pewaris adalah orang yang memiliki harta semasa hidupnya, telah meninggal dunia, dan beragama Islam. Baik yang mewariskan maupun yang diwarisi harta warisan harus beragama Islam.¹⁸⁶

Sedangkan pengertian pewaris menurut Pasal 171 KHI huruf b yaitu: "Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan Pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan."

¹⁸¹ Ibid

¹⁸² A.Rachmad Budiono, *Pembaharuan Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm.10

¹⁸³ Ibid

¹⁸⁴ Ibid

¹⁸⁵ Zainuddin Ali, *Op.Cit.*, hlm.46

¹⁸⁶ Ibid

b. Harta Warisan (*Al Mauuruts*)

Harta warisan adalah harta bawaan ditambah dengan bagian dari harta bersama sesudah digunakan keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah, dan pembayaran utang serta wasiat pewaris.¹⁸⁷

Harta warisan menurut hukum waris Islam adalah harta bawaan dan harta bersama dikurang biaya-biaya yang dikeluarkan untuk pewaris selama sakit dan setelah meninggal dunia. Misalnya pembayaran hutang, pengurusan jenazah dan pemakaman. Harta warisan dalam hukum waris Islam tidak hanya harta benda tetapi juga hak-hak dari pewaris.¹⁸⁸

Harta warisan berbeda dengan harta peninggalan. Tidak semua harta peninggalan menjadi harta warisan yang dapat diwariskan kepada ahli waris, melainkan semua harta warisan baik berupa benda maupun berupa hak-hak harus bersih dari segala sangkut paut dengan orang lain.¹⁸⁹

Pengertian harta peninggalan adalah harta yang ditinggalkan oleh orang yang mati secara mutlak.¹⁹⁰ Sedangkan pengertian harta warisan menurut Pasal 171 huruf e KHI yaitu:

“Harta warisan adalah harta bawaan ditambah bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (*tajhiz*), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat.”

c. Ahli Waris (*Al Waarits*)

Ahli waris adalah orang yang berhak mewaris karena hubungan kekerabatan (*nasab*) atau hubungan perkawinan (*nikah*) dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris.¹⁹¹

Termasuk dalam pengertian ini adalah bayi yang masih berada dalam kandungan. Meskipun masih berupa janin, apabila dapat dipastikan hidup, melalui gerakan (*kontraksi*) atau cara lainnya, maka bagi si janin tersebut mendapatkan harta warisan.¹⁹²

Untuk itu perlu diketahui batasan yang tegas mengenai batasan paling sedikit (*batas minimal*) atau paling lama (*batas maksimal*) usia kandungan. Ini dimaksudkan untuk mengetahui kepada siapa janin tersebut akan dinasabkan.¹⁹³

Yang dapat menjadi ahli waris dari pewaris yang beragama Islam adalah ahli waris yang beragama Islam. Ahli waris dapat dipandang

¹⁸⁷ F. Satrio Wicaksono, Op.Cit., hlm.6.

¹⁸⁸ Zainuddin Ali, Op.Cit., hlm.46.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ SayyidSabiq, Op.Cit., hal483

¹⁹¹ ZainuddinAli, Op.Cit., hlm.46.

¹⁹² Ahmad Rofiq, Fiqh Mawaris, Op.Cit., hlm.29.

¹⁹³ Ibid

Islam apabila diketahui dari kartu identitas atau pengakuan atau amalan atau kesaksian, sedangkan bagi bayi yang baru lahir atau anak yang belum dewasa, beragama menurut agama dari ayahnya atau lingkungan sekitar si bayi tersebut.¹⁹⁴

Sedangkan pengertian ahli waris menurut Pasal 171 huruf c yaitu: "Ahli waris adalah orang pada saat pewaris meninggal dunia mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris."

Unsur Waris, Dan Penghalang Menjadi Ahli Waris, Ada tiga unsur dalam melakukan waris yaitu:

1. Pewaris

Pewaris adalah seseorang yang telah meninggal dan meninggalkan sesuatu untuk keluarga yang masih hidup. Berdasarkan asas *ijbari* pewaris tidak berhak menentukan siapa yang berhak mendapat warisan, berapa banyak, dan bagaimana cara mengalihkannya. Sebab, semuanya telah diatur oleh Allah dan secara pasti yang wajib dilaksanakan.

2. Harta warisan atau harta peninggalan

Harta warisan atau harta peninggalan adalah Segala sesuatu yang ditinggalkan oleh pewaris yang sepenuhnya milik pewaris. Sedangkan benda yang sepenuhnya bukan milik pewaris tidak dapat tidak dapat dialihkan menjadi milik ahli waris. Mengenai hutang ahli waris tidak berhak membayar hutang-hutang pewaris dengan harta pribadinya jika hutang-hutang melebihi harta yang diwariskan, namun orang muslim sering membayar hutang-hutang pewaris hingga semuanya sah.

3. Ahli waris

Ahli waris merupakan orang yang berhak mendapat harta peninggalan dari pewaris atau orang yang sudah meninggal. Disamping karena hubungan darah dan perkawinan ada beberapa syarat agar seseorang dapat menjadi ahli waris yaitu:

- a. Masih hidup saat pewaris meninggal
- b. Tidak ada sebab-sebab yang menghalanginya menjadi ahli waris
- c. Tidak tertutup ahli waris yang utamapoin b) menunjukkan bahwa ada sesuatu hal yang dapat menghalangi atau menggugurkan hak seseorang untuk menjadi ahli waris.

Ada 4 yang dapat menggugurkan seseorang untuk memperoleh hak waris yaitu:

1. Budak.

Semua budak tidak dapat memperoleh waris meskipun dari saudara sendiri. Hal itu disebabkan segala sesuatu yang dimiliki oleh budak

¹⁹⁴ F. Satrio Wicaksono, Op.Cit., hlm.23.

adalah menjadi milik tuannya, oleh karena itu budak tidak mendapat warisan karena tidak mempunyai hak milik

2. Pembunuhan

Seseorang ahli waris tidak dapat menjadi ahli waris apabila ia membunuh si pewaris. Ini sesuai dengan hadits Rasulullah Shallallahu 'Alaihi Wasallam yang berbunyi "Tidaklah seorang pembunuh berhak mewarisi harta orang yang dibunuhnya. "

3. Berbeda Agama

Hal ini sesuai dengan hadits Rasulullah Shallallahu 'Alaihi Wasallam yang berbunyi "Tidaklah berhak seorang muslim mewarisi orang kafir, dan tidak pula orang kafir mewarisi muslim." (Bukhari dan Muslim)

4. Perbedaan antara *al-mahrum* dan *al-mahjub*

Mahjub adalah hilangnya hak waris seorang ahli waris disebabkan adanya ahli waris yang lebih dekat kekerabatannya atau lebih kuat kedudukannya. Sebagai contoh, adanya kakek bersamaan dengan adanya ayah, atau saudara seayah dengan adanya saudara kandung. Jika terjadi hal demikian, maka kakek tidak mendapatkan bagian warisannya dikarenakan adanya ahli waris yang lebih dekat kekerabatannya dengan pewaris, yaitu ayah.

Begitu juga halnya dengan saudara seayah, ia tidak memperoleh bagian disebabkan adanya saudara kandung pewaris. Maka kakek dan saudara seayah dalam hal ini disebut dengan istilah *mahjub*. Untuk lebih memperjelas gambaran tersebut, saya sertakan contoh kasus dari keduanya. Contoh pertama seorang suami meninggal dunia dan meninggalkan seorang istri, saudara kandung, dan anak dalam hal ini, anak kita misalkan sebagai pembunuh. Maka pembagiannya sebagai berikut: istri mendapat bagian seperempat harta yang ada, karena pewaris dianggap tidak memiliki anak.

Kemudian sisanya, yaitu tiga per empat harta yang ada, menjadi hak saudara kandung sebagai 'ashabah Dalam hal ini anak tidak mendapatkan bagian disebabkan ia sebagai ahli waris yang mahrum. Kalau saja anak itu tidak membunuh pewaris, maka bagian istri seperdelapan, sedangkan saudara kandung tidak mendapatkan bagian disebabkan sebagai ahli waris yang mahjub dengan adanya anak pewaris. Jadi, sisa harta yang ada, yaitu 7/8, menjadi hak sang anak sebagai 'ashabah.

Contoh Kedua Seseorang meninggal dunia dan meninggalkan ayah, ibu, serta saudara kandung. Maka saudara kandung tidak mendapatkan warisan dikarenakan ter- *mahjub* oleh adanya ahli waris yang lebih dekat dan kuat dibandingkan mereka, yaitu ayah pewaris.

'*Ash-Habul Furu'dh*, adalah golongan utama penerima waris. Golongan ini adalah ahli waris yang diterangkan secara jelas dan tegas beserta bagian-bagiannya dalam Al-Quran. Golongan ini dapat dibagi berdasarkan jatah pembagiannya yang terdiri dari 1/2, 1/4, 1/8, 1/3, 2/3, dan 1/6 bagian.

1. *'Ash-habul Furudh* yang mendapat setengah bagian
 - a. Suami apabila pewaris tidak mempunyai anak
 - b. Anak perempuan apabila pewaris tidak mempunyai anak laki-laki dan anak perempuan tersebut merupakan anak tunggal.
 - c. Cucu perempuan keturunan anak laki-laki, apabila ia anak tunggal, dan tidak ada anak dari pewaris (sudah meninggal)
 - d. Saudara kandung perempuan, apabila ia merupakan saudara tunggal dan pewaris tidak ada keturunan dan ayah ke atas (sudah meninggal).
 - e. Saudara perempuan seayah apabila ia merupakan anak tunggal dan pewaris tidak mempunyai (sudah meninggal) keturunan, ayah keatas dan saudara kandung.
2. *'Ash-habul Furudh* yang mendapatkan seperempat bagian
 - a. Suami, apabila pewaris mempunyai anak atau cucu dari anak laki-lakinya
 - b. Istri, apabila pewaris tidak mempunyai anak baik dari istri tersebut maupun dari istri lainnya.
3. *'Ash-habul Furudh* yang mendapatkan seperdelapan bagian Yaitu Istri, apabila suami mempunyai anak cucu.
4. *Ash-habul Furudh* yang mendapatkan dua pertiga bagian.
 - a. Dua anak perempuan (kandung) atau lebih, jika tidak punya saudara laki-laki.
 - b. Dua orang cucu perempuan keturunan anak laki-laki atau lebih. Apabila tidak punya saudara laki-laki, dan si pewaris tidak mempunyai anak kandung (telah meninggal)
 - c. Dua orang saudara kandung perempuan atau lebih, apabila tidak mempunyai saudara laki-laki sebagai *'asabah*, dan pewaris tidak punya keturunan dan tidak punya ayah ke atas (telah meninggal)
 - d. Dua orang saudara perempuan seayah atau lebih. Apabila tidak mempunyai saudara laki-laki, dan pewaris tidak mempunyai keturunan, ayah ke atas, dan saudara kandung.
5. *Ash-habul Furudh* yang mendapatkan sepertiga bagian
 - a. Ibu
 - b. Dua orang saudara seibu apabila pewaris tidak punya keturunan dan tidak mempunyai saudara sekandung, seayah, maupun seibu.
6. *Ash-habul Furudh* yang mendapatkan seperenam bagian
 - a. Ayah, jika pewaris mempunyai keturunan.
 - b. Kakek dari ayah, bila pewaris mempunyai anak ataupun cucu laki-laki dari keturunan anak tetapi tidak mempunyai ayah (meninggal)
 - c. Bapak, bila jenazah mempunyai anak atau anak dari laki-laki
 - d. Nenek yang shahih atau ibunya ibu/ibunya ayah.

- e. Cucu perempuan dari anak laki-laki (seorang atau lebih) bila bersama seorang anak perempuan. Bila anak perempuan lebih dari satu maka cucu perempuan tidak mendapat harta warisan.
- f. Saudara perempuan seapak (seorang atau lebih), bila beserta saudara perempuan seibu seapak. Bila saudara seibu seapak lebih dari satu, maka saudara perempuan seapak tidak mendapat warisan. Saudara laki-laki atau perempuan seibu, bila ia mewarisi sendirian

Menurut Lili Rasjidi dan I.B. Wysa Putra berpendapat bahwa hukum dapat difungsikan untuk mewujudkan perlindungan yang sifatnya tidak sekedar adaptif dan fleksibel, melainkan juga prediktif dan antisipatif.¹⁹⁵ Perlindungan hukum adalah memberikan pengayoman terhadap hak asasi manusia (HAM) yang dirugikan orang lain dan perlindungan itu diberikan kepada masyarakat agar dapat menikmati semua hak-hak yang diberikan oleh hukum.¹⁹⁶ Menurut Sunaryati Hartono, mengatakan bahwa hukum dibutuhkan untuk mereka yang lemah dan belum kuat secara sosial, ekonomi dan politik untuk memperoleh keadilan sosial.¹⁹⁷

Dalam perkembangan hukum Islam di Indonesia selanjutnya lahirlah Kompilasi Hukum Islam (KHI), setelah eksistensi Peradilan Agama diakui dengan hadirnya UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama. KHI adalah kitab yang merupakan himpunan atau rangkaian kitab Fiqh, serta bahan-bahan lainnya yang merupakan hukum materil PA dalam menyelesaikan masalah perkawinan, kewarisan dan wakaf. Kehadiran KHI ini dilatarbelakangi antara lain karena ketidakpastian dan kesimpangsiuran putusan PA terhadap masalah-masalah yang menjadi kewenangannya, disebabkan dasar acuan putusannya adalah pendapat para ulama yang ada dalam kitab-kitab fiqh yang sering berbeda tentang hal yang sama antara yang satu dengan lainnya. Sehingga sering terjadi putusan yang berbeda antara satu PA dengan PA lainnya dalam masalah yang sama.[1]

Tema utama penyusunan KHI ialah mempositifkan hukum Islam di Indonesia, yang dijadikan pedoman oleh para hakim dalam melaksanakan tugasnya sehingga terjamin adanya kesatuan dan kepastian hukum. Sebab untuk dapat berlakunya hukum Islam di Indonesia, harus ada antara lain hukum yang jelas dan dapat dilaksanakan oleh aparat penegak hukum dan masyarakat. Dengan lahirnya KHI, semua hakim di lingkungan PA diarahkan kepada persepsi penegakan hukum yang sama.[2]

KHI terdiri atas tiga buku, yaitu: Buku I tentang Perkawinan, Buku II tentang Kewarisan dan Buku III tentang Perwakafan. Pasal pasal hukum perkawinan dalam Buku I yang terdiri dari 170 pasal, telah memuat materi

¹⁹⁵ LiliRasjidi dan I.B Wysa Putra, *HukumSebagaiSuatuSistem*, Bandung, RemajaRosdaKarya, 1993, Hlm.118

¹⁹⁶ SatjiptoRaharjo, *IlmuHukum*, Bandung, Citra AdityaBakti, 2000, Hlm.53

¹⁹⁷ Sunaryati Hartono, *PolitikHukumMenujuSatuSistemHukumNasional*, Bandung, Alumni, 1995, Hlm.55

hukum yang rinci. Di samping itu selain Buku I KHI juga telah ada UU lain yang mengatur tentang perkawinan, seperti UU no. 1 th. 1974 dan PP no.9 tahun 1975. Berbeda dengan hukum kewarisan dalam Buku II yang begitu singkat jika dibandingkan dengan hukum perkawinan.

Hukum kewarisan hanya terdiri dari 23 pasal (pasal 171-193). Hukum perwakafan dalam Buku III juga singkat, yaitu 15 pasal, namun hukum perwakafan namun telah ada perundang-undangan lain yang mengaturnya, yaitu PP no. 28 tahun 1977 tentang perwakafan tanah milik.

F. PENGERTIAN WARIS DAN AHLI WARIS DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM

Pengertian hukum kewarisan dalam KHI disebutkan pada pasal 171 ayat (a) yang berbunyi: "Hukum kewarisan adalah hukum yang mengatur tentang pemindahan hak pemilikan harta peninggalan (*tirkah*) pewaris, menentukan siapa-siapa yang berhak menjadi ahli waris dan berapa bagiannya masing-masing."

Dari definisi di atas, maka hukum kewarisan menurut KHI mencakup ketentuan-ketentuan sebagai berikut:

- a. Ketentuan yang mengatur siapa pewaris
- b. Ketentuan yang mengatur siapa ahli waris
- c. Ketentuan yang mengatur tentang harta peninggalan
- d. Ketentuan yang mengatur tentang akibat peralihan harta peninggalan dari pewaris kepada ahli waris
- e. Ketentuan yang mengatur tentang bagian masing-masing.

Dari definisi ini juga tampak unsur-unsur pewarisan, yaitu; pewaris, ahli waris dan harta warisan atau *tirkah*.

1. Pewaris

Tentang pewaris tercantum dalam pasal 171 ayat (b): "Pewaris adalah orang yang pada saat meninggalnya atau yang dinyatakan meninggal berdasarkan putusan pengadilan beragama Islam, meninggalkan ahli waris dan harta peninggalan."

Dari redaksi di atas tampak bahwa untuk terjadinya pewarisan disyaratkan untuk pewaris adalah telah meninggal dunia, baik secara hakiki ataupun hukum. Hal ini sebagaimana telah ditentukan oleh ulama tentang syarat-syarat terjadinya pewarisan antara lain meninggalnya pewaris baik secara hakiki, hukum atau takdir.³ Selain disyaratkan telah meninggal dunia, pewaris juga disyaratkan beragama Islam dan mempunyai ahli waris dan harta peninggalan. Syarat-syarat ini sesuai dengan yang telah ditetapkan dalam *fiqh mawaris*.

2. Ahli Waris

Pengertian ahli waris dalam KHI disebutkan dalam pasal 171 ayat (c): "Ahli waris adalah orang yang pada saat meninggal dunia mempunyai

hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris, beragama Islam dan tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris” Selanjutnya ahli waris yang terdapat pada KHI seperti tersebut di atas pada dasarnya sama dengan ahli waris dalam kitab-kitab fiqh Islam, dengan pengecualian laki-laki dan perempuan yang memerdekakan budak, karena di Indonesia tidak ada perbudakan, namun dimungkinkan ada penambahan ahli waris pengganti seperti cucu laki-laki maupun perempuan dari anak perempuan bersamaan anak laki-laki, di mana anak perempuan tersebut telah meninggal dunia lebih dahulu dari pewaris.

Dari pasal-pasal 174, 181, 182 dan 185, dapat dilihat bahwa ahli waris tersebut terdiri atas:

- a. Ahli waris laki-laki, ialah ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman, kakek dan suami.
- b. Ahli waris perempuan, yaitu ibu, anak perempuan, saudara perempuan, nenek dan isteri
- c. Ahli waris yang dimungkinkan sebagai ahli waris pengganti adalah seperti cucu laki-laki atau perempuan dari anak laki-laki atau perempuan.

Dari penjelasan tentang ahli waris menurut KHI ini, dapat disimpulkan bahwa syarat-syarat sebagai ahli waris adalah; mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan; beragama Islam. Tentang beragama Islam bagi ahli waris ini lebih lanjut diatur dalam pasal 172 KHI: “Ahli waris dipandang beragama Islam apabila diketahui dari kartu identitas atau pengakuan atau amalan atau kesaksian, sedangkan bagi bayi yang baru lahir atau yang belum dewasa, beragama menurut ayahnya atau lingkungannya.”

3. Harta Peninggalan (Tirkah)

Hal ini berarti jika pewaris tidak meninggalkan tirkah, maka tidak akan terjadi pewarisan. Adapun pengertian tirkah di kalangan para ulama ada beberapa pendapat. Ada yang menyamakan dengan pengertian *maurus* (harta waris) ada juga yang memisahkannya, yaitu bahwa tirkah mempunyai arti yang lebih luas dari *maurus*.⁶ KHI yang merupakan intisari dari berbagai pendapat para ulama, memberi kesimpulan terhadap definisi tirkah, yaitu seperti dalam pasal 171 ayat (d): “Harta peninggalan adalah harta yang ditinggalkan oleh pewaris baik yang berupa harta benda yang menjadi miliknya maupun hak-haknya.” Sedangkan tentang harta waris dijelaskan pada pasal 171 ayat (e); “Harta waris adalah harta bawaan ditambah bagian dari harta bersama setelah digunakan untuk keperluan pewaris selama sakit sampai meninggalnya, biaya pengurusan jenazah (*tajhiz*), pembayaran hutang dan pemberian untuk kerabat.”

Dari pengertian di atas, dikatakan, bahwa secara umum harta peninggalan seseorang yang telah meninggal dunia adalah berupa:

- a. Harta kekayaan yang berwujud dan dapat dinilai dengan uang, termasuk piutang yang akan ditagih.

- b. Harta kekayaan yang berupa hutang-hutang dan harus dibayar pada saat seseorang meninggal dunia
- c. Harta kekayaan yang masih bercampur dengan harta bawaan masing-masing.
- d. Harta bawaan yang tidak dapat dimiliki langsung oleh suami atau isteri, misal harta pusaka dari suku mereka yang dibawa sebagai modal pertama dalam perkawinan yang harus kembali pada asalnya, yaitu suku tersebut, yang menjadi harta warisan ialah harta yang merupakan peninggalan pewaris yang dapat dibagi secara individual kepada ahli waris, yaitu harta peninggalan keseluruhan setelah dikurangi dengan harta bawaan suami atau isteri, harta bawaan dari klan dikurangi lagi dengan biaya untuk keperluan pewaris selama sakit, biaya pengurusan jenazah, pembayaran hutang si mati dan wasiat.

Halangan Menjadi Ahli Waris

Salah satu syarat terjadinya pewarisan adalah tidak adanya halangan pewarisan. Terhalangnya seseorang menjadi ahli waris dalam KHI disebutkan pada pasal 173, yang berbunyi sebagai berikut:

“Seorang terhalang menjadi ahli waris apabila dengan putusan hakim yang telah mempunyai ketetapan hukum yang tetap, dihukum karena:

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

Kelompok Ahli Waris

Dalam KHI pengelompokan ahli waris diatur pada pasal 174, selengkapnya pasal tersebut berbunyi:

1. Kelompok-kelompok ahli waris terdiri dari:
 - a. Menurut hubungan darah: Golongan laki-laki terdiri dari: ayah, anak laki-laki, saudara laki-laki, paman dan kakek. Golongan perempuan terdiri dari: ibu, anak perempuan, saudara perempuan dan nenek.
 - b. Menurut hubungan perkawinan terdiri dari: duda atau janda.
2. Apabila semua ahli waris ada, maka yang berhak mendapat warisan hanya: anak, ayah, ibu, janda atau duda.

Sehubungan dengan uraian di atas, dalam KHI perlu dipertegas tentang pengelompokan ahli waris dan prioritas penerimaannya. Hal ini sangat penting untuk tidak menimbulkan perbedaan penafsiran dalam rangka kesatuan persepsi menuju kejelasan dan kesatuan serta kepastian hukum. Sebagai acuan pengelompokan tersebut, bias dipakai pengelompokan ahli waris menurut pendapat para ulama dalam fiqh mawaris, terutama dari fiqh

sunni yang telah lama dianut oleh umat Islam di Indonesia termasuk prioritas penerimaannya.

Ahli Waris Pengganti

Tentang ahli waris pengganti ini dalam KHI diatur dalam pasal 185 KHI. Adapun bunyi lengkapnya adalah sebagai berikut:

- a. Ahli waris yang meninggal lebih dahulu daripada si pewaris maka kedudukannya dapat digantikan oleh anaknya, kecuali mereka yang tersebut dalam pasal 173.
- b. Bagian bagi ahli waris pengganti tidak boleh melebihi dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang digantikan.

Hal lain yang perlu diingat adalah bahwa bagian ahli waris pengganti tidak boleh lebih dari bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti, bahwa pengganti ahli waris sebenarnya bukan ahli waris, tetapi mendapat waris karena keadaan atau pertimbangan tertentu. Kalau mereka itu sejak dari semula dianggap sebagai ahli waris yang kini menjadi pengganti ahli waris, tentu tidak diperlukan pembahasan khusus seperti yang disebutkan dalam ayat (2). Adanya ayat (2) ini sudah tepat sekali sehingga ahli waris yang sesungguhnya tidak akan terlalu dirugikan.

4. Pembagian Harta Waris

- a. anak perempuan Satu orang mendapat $\frac{1}{2}$
- b. anak perempuan jumlahnya dua Orang atau lebih mendapat $\frac{2}{3}$ (bersekutu)
- c. Anak laki laki dan anak perempuan perbandingan 2:1
Ayah (pasal 177 KHI)
 - Ayah jika tdk ada anak = $\frac{1}{6}$
 - Ayah jika ada anak = $\frac{1}{3}$
 Ibu (pasal 178 KHI)
 - Bagian Ibu jika Pewaris ada anak = $\frac{1}{6}$
 - Bagian Ibu jika Pewaris ada 2 saudara atau lebih = $\frac{1}{6}$
 - Bagian Ibu jika Pewaris tdk ada ank dan tidak ada 2 saudara atau lebih = $\frac{1}{3}$
 - Bagian Ibu = $\frac{1}{3}$ dari sisa janda atau duda jika bersama ayah.
 Duda (pasal 179 KHI)
 - a. Duda mendapat $\frac{1}{2}$ kalau pewaris tidak meninggalkan anak
 - b. Duda mendapat $\frac{1}{4}$ kalau pewaris meninggalkan anak

Janda (pasal 180 KHI)

- a. Janda mendapat $\frac{1}{4}$ (bersekutu) jika pewaris tidak meninggalkan anak
- b. Janda mendapat $\frac{1}{8}$ (bersekutu) jika pewaris meninggalkan anak

Saudara (pasal 181 dan 182 KHI)

- a. Jika orang meninggal tanpa meninggalkan anak dan ayah:

- b. Saudara laki-laki dan perempuan Seibu masing-masing $\frac{1}{6}$, jika lebih dari dua, bersekutu dalam $\frac{1}{3}$
- c. Saudara Kandung atau seayah:
 - 1). perempuan Satu orang mendapat $\frac{1}{2}$
 - 2). perempuan jumlahnya dua Orang atau lebih mendapat $\frac{2}{3}$ (bersekutu)
 - 3). laki laki dan anak perempuan perbandingan 2:1

Ahli waris pengganti (pasal 185 KHI)

- a. ahli waris yang meninggal terlebih dahulu dari pewaris digantikan oleh ahli waris pengganti, yaitu anaknya
- b. bagian ahli waris pengganti tidak boleh melebihi bagian ahli waris yang sederajat dengan yang diganti

BAB III

PENERAPAN MEDIASI DALAM PENYELESAIAN SENGKETA WARIS DI PENGADILAN TINGGI AGAMA

A. GAMBARAN UMUM PROSES MEDIASI DI PENGADILAN TINGGI AGAMA

Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dibentuk berdasarkan Keputusan Gubernur Jenderal Hindia Belanda Nomor 18 Tahun 1937 tanggal 12 Nopember 1937 dengan nama "*Hoof Voor Islamken*". Berdasarkan *Staatsblad* 1937 Nomor 610, menyebutkan bahwa penyelenggaraan Peradilan Agama Tingkat Banding untuk Jawa dan Madura dilaksanakan oleh Mahkamah Islam Tinggi yang berkedudukan di Surakarta, kemudian dengan berlakunya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, maka beban kerja Mahkamah Islam Tinggi Surakarta menjadi meningkat.

Berkenaan dengan hal tersebut di atas dan sesuai dengan pertimbangan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam surat Nomor: MA/PA/121/IX/1976 tanggal 23 September 1976, maka untuk kelancaran pelaksanaan tugas dan pembinaan peradilan agama di Jawa dan Madura dipandang perlu mengadakan pembagian tugas baru secara administratif dengan membentuk Cabang Mahkamah Islam Tinggi di Surabaya dan Bandung.

Pada tanggal 16 Desember 1976 keluar Keputusan Menteri Agama Nomor 71 Tahun 1976 tentang Pembentukan Cabang Mahkamah Islam Tinggi di Surabaya dan di Bandung. Dengan keluarnya Keputusan Menteri Agama RI Nomor 71 Tahun 1976 merupakan awal mulanya terbentuknya Pengadilan Tinggi Agama Surabaya. Cabang Mahkamah Islam Tinggi Surabaya mempunyai tugas untuk menyelesaikan perkara-perkara yang berasal dari Pengadilan Agama di seluruh daerah Tingkat I Propinsi Jawa Timur.

Cabang Mahkamah Islam Tinggi Surabaya bertanggung jawab kepada Ketua Mahkamah Islam Tinggi Surakarta dengan dipimpin oleh seorang Wakil Ketua Mahkamah Islam Tinggi, sekurang-kurangnya dua orang hakim anggota dengan dibantu oleh seorang pejabat sementara panitera dan beberapa orang kepaniteraan.

Visi:

"Terwujudnya Kesatuan Hukum Dan Badan Peradilan Yang Profesional"

Misi:

1. Menjaga Kemandirian Aparatur Badan Peradilan

2. Meningkatkan Badan Pengawasan Dan Pembinaan Sebagai Upaya Menciptakan Kualitas Sumber Daya Manusia Pengadilan Tinggi Agama Dan Pengadilan Agama Se Jawa Timur
3. Memberikan Pelayanan Publik Yang Prima Dan Keterbukaan Informasi Di Bidang Hukum, Kepada Masyarakat
4. Mewujudkan Kesatuan Pola Tindak Dan Pola Kerja Sehingga Diperoleh Kepastian Hukum Bagi Masyarakat

1. Tugas Pokok dan Fungsi

Sebagai Pengadilan Tingkat Banding, Pengadilan Tinggi Agama bertugas dan berwenang mengadili perkara yang menjadi kewenangan Pengadilan Agama dalam tingkat banding. Disamping itu juga bertugas dan berwenang mengadili di tingkat pertama dan terakhir sengketa kewenangan mengadili antar Pengadilan Agama di daerah hukumnya.

Untuk melaksanakan tugas pokok tersebut, Pengadilan Tinggi Agama mempunyai fungsi sebagai berikut:

- a. Memberikan pelayanan teknis yustisial bagi perkara banding;
- b. Memberikan pelayanan di bidang administrasi perkara banding dan administrasi peradilan lainnya;
- c. Memberikan Keterangan, pertimbangan dan nasehat tentang Hukum Islam pada Instansi Pemerintah di daerah hukumnya, apabila diminta sebagaimana diatur dalam Pasal 52 Undang-undang Nomor 50 Tahun 2010 tentang Perubahan Keuda Atas Undang-Undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama;
- d. Mengadakan pengawasan atas pelaksanaan tugas dan perilaku Hakim, Panitera, Sekretaris dan Jurusita di daerah hukumnya;
- e. Mengadakan pengawasan terhadap jalannya peradilan di tingkat Pengadilan Agama dan menjaga agar peradilan diselenggarakan dengan seksama dan sewajarnya;
- f. Memberikan pelayanan administrasi umum kepada semua unsur di lingkungan Pengadilan Tinggi Agama dan Pengadilan Agama (kepegawaian, keuangan kecuali biaya perkara dan umum);

Melaksanakan tugas-tugas pelayanan lainnya seperti Hisab Rukyat dan sebagainya.

2. Struktur Organisasi



Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dapat ditabulasikan pada tabel di bawah ini

Tabel 3.1

Pengadilan Agama di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya

| NO. | PENGADILAN AGAMA | KELAS | KETERANGAN |
|-----|------------------|-------|---|
| 1 | PA Surabaya | I.A | Kordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Surabaya |
| 2 | PA Sidoarjo | I.B | |
| 3 | PA Mojokerto | I.B | |
| 4 | PA Jombang | I.B | |
| 5 | PA Gresik | I.B | |
| 6 | PA Bawean | II | |
| 7 | PA Kab. Malang | I.B. | Kordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Malang |
| 8 | PA Kodya Malang | I.A. | |
| 9 | PA Pasuruan | I.B. | |
| 10 | PA Bangil | I.B. | |
| 11 | PA Probolinggo | I.B. | |
| 12 | PA Kraksaan | I.B. | |
| 13 | PA Lumajang | I.A. | |
| 14 | PA Ponorogo | I.B. | Kordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Madiun |
| 15 | PA Kab. Madiun | I.B. | |
| 16 | PA Kodya Madiun | II | |
| 17 | PA Ngawi | I.B. | |
| 18 | PA Magetan | I.B. | |
| 19 | PA Pacitan | I.B. | |

| | | | |
|----|-----------------|------|--|
| 20 | PA Jember | I.A. | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Besuki |
| 21 | PA Banyuwangi | I.A. | |
| 22 | PA Situbondo | I.B. | |
| 23 | PA Bondowoso | I.B. | |
| 24 | PA Kediri | I.A. | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Kediri |
| 25 | PA Tulungagung | I.A. | |
| 26 | PA Kodya Kediri | I.B. | |
| 27 | PA Blitar | I.A. | |
| 28 | PA Nganjuk | I.B. | |
| 29 | PA Trenggalek | I.B. | |
| 30 | PA Lamongan | I.A. | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Bojonegoro |
| 31 | PA Bojonegoro | I.A. | |
| 32 | PA Tuban | I.A. | |
| 33 | PA Pamekasan | I.B. | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Madura |
| 34 | PA Sumenep | I.B. | |
| 35 | PA Bangkalan | I.B. | |
| 36 | PA Sampang | I.B. | |
| 37 | PA Kangean | II | |

Sumber: Badilag.online, 2016

3. Kondisi Mediasi

Pelaksanaan mediasi di pengadilan tidak sama cara pelaksanaan mediasi di luar pengadilan. Di pengadilan hakim yang melaksanakan fungsi mediator dimana hakim telah mempunyai tugas yang sangat berat, karena tugas pokok hakim memeriksa, mengadili dan menyelesaikan perkara yang diterima itu sudah cukup beban berat. Diintegrasikannya mediasi dalam beracara di pengadilan, kemudian hakim yang diberi tugas tanggung jawab menjadi mediator pada setiap perkara perdata yang masuk di pengadilan, berarti beban hakim bertambah berat lagi.

Sejak terbitnya Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 Pasal 4 mengemukakan bahwa semua sengketa perdata yang diajukan ke Pengadilan termasuk perkara perlawanan (*verzet*) atas putusan verstek dan perlawanan pihak berperkara (*partij verzet*) maupun pihak ketiga (*derden verzet*) terhadap pelaksanaan putusan yang telah berkekuatan hukum tetap, wajib terlebih dahulu diupayakan penyelesaian melalui mediasi, kecuali ditentukan lain berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung ini.

Temuan dalam penelitian ini diketahui bahwa keberadaan mediator bersertifikat yang menjalankan fungsi mediator sangat kurang terlatih, atau bisa dikatakan belum efektif dalam menjalankan pencapaian tujuan dari proses mediasi, sehingga pelaksanaan mediasi hanya bersifat formalitas untuk menghindari putusan tersebut batal demi hukum. Mediator bersertifikat hingga sampai saat peneliti ini belum ada yang berhasil mewujudkan akta

perdamaian khususnya dalam perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya Keadaan inilah menjadi hambatan yang mempengaruhi berhasilnya mediasi terhadap perkara waris di pengadilan Agama yang masuk di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.

Perkara pada Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang diselesaikan melalui proses mediasi pada Pengadilan Agama-Pengadilan Agama yang menjadi sampel dalam penelitian tahun 2014-2015 adalah 6.792 damai 25 berarti hanya 0,30%.

Proses mediasi di Pengadilan Agama telah berjalan sesuai ketentuan dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016. Namun hasil yang diharapkan yaitu untuk mengurangi tumpukan perkara di pengadilan belum optimal. Pemberlakuan mediasi dalam sitem peradilan agama ditetapkan melalui Perma RI Nomor 2016 tentang prosedur mediasi. Perma tersebut lahir, dan diputuskan setelah melalui kajian dan telaah terhadap permasalahan yang didasarkan atas beberapa latar belakang¹⁹⁸ yang mendasarinya:

4. Proses Mediasi

Jika para pihak dapat menyelesaikan sendiri sengketa tanpa harus diadili oleh hakim, jumlah perkara yang harus diperiksa oleh hakim akan berkurang. Jika sengketa dapat diselesaikan melalui perdamaian, para pihak tidak akan menempuh upaya hukum kasasi karena perdamaian merupakan hasil dari kehendak bersama para pihak sehingga mereka tidak akan mengajukan upaya hukum.

Sebaliknya, jika perkara diputus oleh hakim, maka putusan merupakan hasil dari pandangan dan penilaian hakim terhadap fakta dan kedudukan hukum para pihak. Pandangan dan penilaian hakim belum tentu sejalan dengan pandangan para pihak, terutama pihak yang kalah sehingga pihak yang kalah selalu menempuh upaya hukum banding dan kasasi. Pada akhirnya semua perkara bermuara ke Mahkamah Agung yang mengakibatkan penumpukan perkara.

5. Proses Mediasi Penyelesaian Sengketa Waris

Di Indonesia belum ada hasil penelitian yang membuktikan asumsi bahwa mediasi merupakan proses yang cepat dan murah dibandingkan proses litigasi. Penyelesaian perkara perdata melalui litigasi pada umumnya adalah lambat dan memakan waktu bertahun-tahun sehingga terjadi pemborosan waktu (*waste of time*) dan proses pemeriksanaannya bersifat sangat formal (*formalistic*) dan teknis (*technically*).

Prosedur mediasi di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya berdasarkan perkara-perkara yang menjadi wewenangnya, sebagaimana yang terdapat pada Pasal 49 Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 beserta penjelasannya dapat diklasifikasikan dua jenis perkara, yaitu:

- 1) Perkara *Contentius*

¹⁹⁸ Anonymous, 2008:7-12

Perkara *contentius* adalah suatu perkara yang di dalamnya berhadapan kedua belah pihak yang bersengketa.

2) Perkara *Voluntair*

Perkara *voluntair* adalah perkara yang sifatnya permohonan dan di dalamnya tidak mengandung sengketa, di mana hanya ada satu pihak saja sehingga tidak ada lawan. Secara umum perkara ini tidak memerlukan mediator.¹⁹⁹

Selain jumlah mediator yang masih minim, hakim bersertifikat pun jumlahnya tak banyak. Maka jalan jalan tengahpun ditempuh: seorang hakim yang belum bersertifikat boleh menjadi mediator, asalkan ia bukan hakim yang memeriksa dan memutus perkara itu.

Di samping itu juga semakin banyaknya perkara yang masuk ke pengadilan akan menambah beban pengadilan untuk menyelesaikan perkara tersebut (*overload*)²⁰⁰. Selanjutnya para pihak menganggap bahwa biaya perkara sangat mahal apalagi dikaitkan dengan lamanya penyelesaian suatu perkara akan semakin besar biaya yang akan dikeluarkan. Sebaliknya jika perkara dapat diselesaikan dengan perdamaian, maka para pihak dengan sendirinya dapat menerima hasil akhir karena merupakan hasil kerja mereka yang mencerminkan kehendak bersama para pihak.

6. Proses Mediasi Untuk Mewujudkan Rasa Keadilan

Rasa keadilan tidak hanya dapat diperoleh melalui proses litigasi, tetapi juga melalui proses musyawarah mufakat oleh para pihak. Dengan diberlakukannya mediasi ke dalam system peradilan formal, masyarakat pencari keadilan pada umumnya dan para pihak yang bersengketa pada khususnya dapat terlebih dahulu mengupayakan penyelesaian atas sengketa mereka melalui pendekatan musyawarah mufakat yang dibantu oleh seseorang penengah yang disebut mediator.

Meskipun jika pada kenyataannya mereka telah menempuh proses musyawarah mufakat sebelum salah satu pihak membawa sengketa ke pengadilan, Mahkamah Agung tetap menganggap perlu untuk mewajibkan para pihak menempuh upaya perdamaian yang dibantu oleh mediator, tidak saja karena ketentuan hukum acara yang berlaku, yaitu HIR dan Rbg, mewajibkan hakim untuk terlebih dahulu mendamaikan para pihak sebelum proses memutus dimulai, tetapi juga karena pandangan bahwa penyelesaian yang lebih baik dan memuaskan adalah proses penyelesaian yang memberikan peluang bagi para pihak untuk bersama-sama mencari dan menemukan hasil akhir²⁰¹.

¹⁹⁹ A. Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*, hlm. 41

²⁰⁰ M. YahyaHarahap, *HukumAcaraPerdata*, SinarGrafika, Jakarta, cet VII, 2008, Hlm.101.

²⁰¹ "Peran Sosok Hakim Agama sebagai Mediator dan Pemutus Perkara serta Kegamangan masyarakat terhadap Keberadaan lembaga Peradilan," sambutan Ketua Mahkamah Agung RI. Pada Serah Terima Ketua Pengadilan Tinggi Agama Medan. (22 Agustus 2003). Tidak diterbitkan. 2010.

7. Institusionalisasi Mediasi

Jika pada masa-masa lalu fungsi lembaga pengadilan yang lebih menonjol adalah fungsi memutus dengan diberlakukannya Perma tentang mediasi diharapkan fungsi mendamaikan atau memediasi dapat berjalan seiring dan seimbang dengan fungsi memutus. Perma tentang mediasi diharapkan dapat mendorong perubahan cara pandang para pelaku dalam proses peradilan perdata, yaitu hakim dan advokat bahwa lembaga pengadilan tidak hanya memutus, tetapi juga mendamaikan. Perma tentang mediasi memberikan panduan untuk dicapainya perdamaian.

Salah satu faktor pendukung keberhasilan mediasi adalah kemampuan profesionalisme mediator. Keadaan mediator di Pengadilan Agama sampai saat ini masih didominasi oleh hakim yang diberi tugas untuk menjalankan fungsi mediator di tempat tugas masing-masing dengan dasar penunjukan Ketua Pengadilan Agama. Fakta di lapangan bahwa tidak semua orang mempunyai bakat dan keterampilan dalam melaksanakan tugas sebagai mediator terutama yang belum pernah mendapat pelatihan secara profesional.

Mediasi ditangani oleh mediator yang tidak profesional dapat dipastikan tidak akan berhasil dengan baik.²⁰² Hasil yang dicapai tidak maksimal, karena mediator mempunyai peran penting atas keberhasilan perdamaian melalui proses mediasi. Hal ini terlihat pada tabel penerimaan dan penyelesaian perkara.

Secara nasional hakim Pengadilan Agama yang telah mengikuti pelatihan mediator yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI, hanya berjumlah 237 hakim, dan 62 diantaranya itu sudah menjadi Hakim Tinggi yang berarti tidak berperan langsung pada perkara di tingkat pertama. Jumlah hakim pada Pengadilan Agama di seluruh Indonesia adalah 3.687 hakim. Jadi hakim yang telah memiliki sertifikat mediator baru 7,40%.²⁰³

Pengaruh profesionalisme hakim yang ditunjuk menjadi mediator oleh Ketua Pengadilan Agama sangat besar tergambar dari hasil poling dari informan yaitu 81,81% menjawab ada pengaruhnya dan 18,18% menjawab tidak berpengaruh.

Manfaat/kemasalahatan terhadap mereka yang berperkara apabila perkaranya diselesaikan secara damai melalui proses mediasi dapat mengurangi ketegangan di kalangan keluarga, dapat memelihara harta yang dipersengketakan jika yang disengketakan berupa harta. Mediasi berhasil berarti penyelesaian perkara adalah damai dengan demikian jelas kemasalahatannya.²⁰⁴ Hal ini

²⁰² Mediasi tidak berhasil, karena hakim di Pengadilan Agama yang ditunjuk oleh Ketua Pengadilan Agama adalah hakim yang tidak pernah mengikuti pelatihan sehingga cara-cara penanganan tidak dikuasai, bahkan boleh jadi para pihak merasa tidak puas. Sesuai pengalaman peneliti di lapangan yang ditunjuk sebagai mediator adalah mediator bersertifikat yang belum berpengalaman menghadapi orang yang emosional dan tidak ahli di bidang psikolog.

²⁰³ Purwo Susilo, Direktur Peradilan Agama

²⁰⁴ Perkara yang diselesaikan dengan cara damai, ketegangan kedua pihak hilang dan tidak saling benci serta dapat menekan biaya yang harus dikeluarkan baik melalui upaya hukum banding,

didukung oleh pernyataan informan hasil penelitian bahwa 100% menjawab ada kemaslahatan.

Fakta hasil wawancara yang di temukan di lapangan, bahwa kurangnya perkara diselesaikan secara damai melalui proses mediasi menemui hambatan diantaranya mediator bersertifikat dari unsur non hakim di dalam menjalankan fungsi mediatornya kurang terampil. Hal ini dibuktikan dari temuan wawancara dengan para hakim yang bertugas di beberapa Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya individu non hakim yang telah mengikuti pelatihan sertifikasi mediator, belum tentu terampil menangani sengketa dalam mediasi perkara waris, hal ini menurut informan sangat dipengaruhi pula dari, kompetensi, skill, pemahaman hukum-hukum (khususnya fiqih waris) serta bakat yang bersangkutan.

Untuk mencapai tujuan dikeluarkannya Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2008 dan disempurnakan dengan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016 sangat terbuka dengan alasan:

1. Karena pada dasarnya masyarakat Indonesia utamanya orang Islam sama-sama mendambakan kedamaian di antara saudara-saudaranya serta cinta damai.
2. Masyarakat Indonesia telah banyak memiliki potensi tenaga terdidik, baik dari tokoh masyarakat, akademisi dari segala disiplin ilmu yang dimiliki, karena yang menjadi sumber penyebab terjadinya perselisihan dan persengketaan dalam keluarga adalah sangat luas pula, maksudnya perselisihan dalam keluarga dapat bersumber dari persoalan ekonomi, kekerasan, akidah atau agama, akhlak dan sebagainya.

Sejak lahirnya Perma RI No. 2 Tahun 2003, yang berlaku sejak 30 Desember 2003 dan berlaku efektif sejak tanggal 18 September sampai November 2004 dan ditunjuk beberapa Pengadilan Negeri yang perlu dibina dan diamati secara khusus yaitu: Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Pengadilan Negeri Surabaya, Pengadilan Negeri Bengkalis, dan Pengadilan Negeri Batusangkar, hingga diterbitkannya Perma Nomor 1 tahun 2016 pelaksanaan mediasi sudah menjadi sebuah aplikasi nyata bagi para pihak yang bersengketa yang menginginkan perkaranya diselesaikan melalui Pengadilan Agama-Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.

Penelitian ini adalah studi kasus di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, dengan menggunakan sistem sampel yaitu dengan memilih beberapa kategori Pengadilan Agama yaitu terdiri dari Pengadilan Agama kelas IA, Pengadilan Agama kelas IB, dan Pengadilan Agama kelas II.

Beberapa kasus diangkat untuk mewakili perkara-perkara yang serupa dan dianalisis untuk mengungkap hubungan penyelesaian perkara harta baik perkara harta warisan maupun perkara harta bersama yang diselesaikan secara

kasasi, atau peninjauan kembali serta tidak ada istilah pelaksanaan putusan dengan cara paksa yang sangat menguras biaya yang sangat besar.

damai melalui proses mediasi. Kasus/sengketa harta yang diselesaikan secara damai, berarti mempercepat proses perkara dan mengurangi biaya. Penyelesaian sengketa/perkara secara damai melalui proses mediasi berarti menutup kemungkinan dilakukan upaya hukum baik banding, kasasi maupun peninjauan kembali yang demikian itu berarti masih berproses dan memerlukan biaya yang tidak sedikit. Perkara diselesaikan secara damai berarti banyak proses yang terpangkas, diantaranya proses banding, proses kasasi, proses eksekusi.

Dalam proses eksekusi (pelaksanaan putusan) banyak kegiatan yang memerlukan biaya, mulai dari teguran/*amaning*, proses sita eksekusi barang untuk dilelang, proses pengumuman di surat kabar untuk lelang, permintaan bantuan kepada Kantor lelang Negara untuk mengadakan penjualan barang, proses eksekusi tidak sedikit biaya yang dibutuhkan dalam pengamanan dan lain-lain. Penyelesaian damai berarti terjadi memelihara harta serta memelihara keturunan. Setelah terungkap hubungan tersebut, maka terungkap pula manfaat penyelesaian perkara secara damai melalui proses mediasi.

Dalam masyarakat Indonesia, sengketa pembagian harta bersama telah banyak yang terjadi, sama halnya dengan yang dibahas ini. Persoalan tersebut akan dikeritisi untuk melihat manfaatnya. Melalui analisis dengan mempergunakan teori kepastian hukum sebagai *grand theory*, teori masalah dalam hal ini penerapan *maqashid al-syar'iyah* untuk mencapai kemaslahatan dunia akhirat, serta aplikasi teori yakni efektivitas mediasi dalam menyelesaikan perkara waris .

Sebagai antisipasi timbulnya berbagai kemungkinan sengketa disebabkan harta baik berupa sengketa harta bersama maupun sengketa harta warisan, seperti dapat dilihat dari pembagian harta bersama, pembagian harta warisan, serta sengketa jual beli, utang piutang, aturan hibah, wakaf, wasiat, dan sebagainya. Silang sengketa tidak dapat dihindarkan bilamana pihak-pihak terkait tidak konsisten dengan ketentuan-ketentuan yang telah ditetapkan oleh Allah *azza wa jalla*, namun, bilamana suatu ketika silang sengketa tidak terhindarkan, agar tidak berakibat retak atau putusny hubungan persaudaraan, Islam mengajarkan agar supaya pihak-pihak yang bersengketa mampu mengendalikan emosi sehingga bersedia untuk berdamai. Adanya anjuran untuk berdamai agar sengketa harta tidak berujung pada jauhnya jarak hubungan persaudaraan.

Di antara hal-hal yang sangat sering menimbulkan sengketa persaudaraan adalah harta warisan. Kematian seseorang sering berakibat timbulnya silang sengketa di kalangan ahli waris mengenai harta peninggalannya. Pembagian harta warisan telah diatur dalam hukum *faraid*. Dalam hukum itu telah diatur secara rapi siapa saja yang berhak menerima harta warisan dan berapa bagiannya.

Aturan mengenai siapa saja yang akan mendapat harta warisan diantara keluarga kerabat dekat. Pada prinsipnya antara lain didasarkan atas adanya

sikap diantara kerabat itu untuk hidup bersama dalam keadaan susah dan senang, senasib dan sepenanggungan.

Seseorang jika senang menerima harta warisan, maka ia hendaklah mau juga merugi. Maksudnya ia diberi harta warisan, karena ia rela membantu si pewaris dimasa hidupnya atau membantu keluarga yang ditinggalkannya. Dengan demikian berarti, selain antara ahli waris dapat saling mewarisi, juga saling memperhatikan nasibnya.

Analisis ini mempergunakan pendekatan teori kemaslahatan dengan teori dasar *maqashid al-syar'iyah* dengan makna memelihara keturunan dan harta sebagaimana dalam prinsip *hadarûriyyah*.

B. KOMPETENSI MEDIATOR DALAM MEDIASI PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Menggapai suatu keadilan kadang harus menempuh perjalanan yang panjang, lama, dan berliku-liku. Hal ini terjadi karena sistem peradilan di Indonesia terbuka lebar peluang menempuh perjalanan panjang seperti halnya perkara yang dianalisis ini, apabila tidak mampu diselesaikan dengan cara damai, baik damai dalam persidangan maupun damai dengan mempergunakan sistem mediasi.

Ada hal yang sangat penting diperhatikan oleh mediator baik dari luar pengadilan, terlebih hakim yang ditunjuk untuk melaksanakan fungsi mediator atau mediator bersertifikat yaitu hasil kesepakatan yang telah diambil oleh para pihak karena tidak semua pencari keadilan mengetahui dengan sempurna hukum Islam itu sendiri dan sering kesepakatan yang telah diambil bertentangan dengan hukum Islam. Hal ini adalah kewajiban para mediator terutama dari hakim itu sendiri untuk meluruskannya.

Berakhirnya masa pembinaan ternyata beberapa hambatan dijumpai dalam pelaksanaan mediasi berdasarkan Perma RI No. 2 Tahun 2003. Kemudian diadakan penyempurnaan dengan Perma RI No. 1 Tahun 2008, hingga penyempurnaan dengan Perma RI No. 1 Tahun 2016, tetapi meski peraturan telah diganti, hambatan pelaksanaan mediasi tetap ada saja hambatannya di lapangan.

Hasil temuan di lapangan diketahui bahwa jumlah dan kompetensi mediator bersertifikat yang menjalankan fungsi mediator tidak seimbang dengan jumlah perkara yang dihadapi. Sebagai contoh: perkara yang masuk ke pengadilan Agama Surabaya kelas IA rata-rata di atas sebuah perkara dengan jumlah mediator bersertifikat yang menangani perkara tersebut sudah sangat berat, dengan adanya mediasi diintegrasikan dalam proses beracara di pengadilan yang mana bila mediator berasal dari hakim, berarti beban kerja hakim bertambah berat, bila kapasitas dan kemampuan mediator bersertifikat dalam memediasi perkara waris tidak berhasil dalam mewujudkan Akta Perdamaian antara para pihak yang ditanganinya.

Sama halnya perkara sebagai contoh yang masuk ke Pengadilan Agama Malang di atas lima ratus perkara (523 kasus) per-bulan pada periode tahun

2014, sementara ditangani oleh hakim bersama dengan ketua, menyidangkan saja perkara hakim bersidang dari jam 9 pagi sampai sore. Kemudian setelah perkara diputuskan hakim harus membuat konsep putusan, inipun bukan pekerjaan yang sederhana. Lain lagi halnya harus setiap hari menangani mediasi yang secara sederhana harus berfokus pikiran bagaimana cara yang harus ditempuh untuk mempengaruhi cara berpikir orang yang sudah tegang dan gusar menghadapi perkara, itu bukan pekerjaan yang gampang. Keadaan inilah yang menjadikan hakim menangani mediasi seadanya saja dan hasil yang telah dicapai selama ini memperlihatkan hal yang tidak maksimal.

Para mediator harus memiliki keterampilan secara professional di bidang mediasi, kalau tidak, bisa saja menimbulkan permasalahan baru yaitu melanggengkan ketidakadilan. Sejalan dengan itu Prof. Dr. Takdis Rahmadi hakim agung juga anggota pokja mediasi menyatakan bahwa mediasi yang dilakukan oleh orang yang tidak pernah belajar mediasi memiliki efek samping tersendiri. Kalau mediatornya tidak pernah belajar, yaitu berbahaya. Bisa jadi malah diam-diam mediator itu melanggengkan ketidakadilan²⁰⁵.

Perlu usaha berkelanjutan untuk peningkatan profesionalisme mediator terutama dari hakim. Namun hal ini menemui pula tantangan, menurut Direktur Pembinaan Tenaga Tehnis Peradilan Agama, Dr. Purwosusilo, S.H., M.H. menyatakan bahwa sampai dengan akhir tahun 2011, Pengadilan Agama baru memiliki 237 hakim mediator yang telah bersertifikat.

Dari jumlah tersebut 21 diantaranya hakim mediator ada pada tingkat banding. Jumlah tersebut masih sangat kurang apabila dibandingkan dengan jumlah satker (satuan kerja) pengadilan Agama dan perkara yang ditangani.²⁰⁶ Salah satu ukuran penilaian mediator profesional adalah memiliki sertifikat mediator, karena sertifikat itu adalah bukti bahwa yang bersangkutan telah mengikuti pelatihan yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung baik yang diselenggarakan oleh Ditjen Badan Peradilan Agama Mahkamah Agung, maupun oleh Balitbang Diklat Kumdil Mahkamah Agung.

Berdasarkan data kepegawaian yang dimiliki Ditjen Badilag (Direktorat Jenderal Badan Peradilan Agama) seluruh Indonesia sekarang ini hakim mencapai 3.687 orang, berarti jumlah hakim mediator yang bersertifikat baru 7,40%.²⁰⁷ dan ini tersebar di seluruh Indonesia.

Pentingnya penyelesaian perkara secara damai dibandingkan penyelesaian perkara melalui litigasi atau putusan hakim, maka para pihak yang berperkara perlu diberikan pemahaman dengan baik pada khususnya dan masyarakat pada umumnya. Oleh karena penyelesaian perkara secara damai tidak meninggalkan perasaan benci diantara para pihak. sehingga perlu penanganan secara profesional atau terintegrasi dalam proses mediasi.

²⁰⁵ WWW. Badilag. Net, BerbahayaBila Mediator TidakPernahBelajarMediasi, diakses tanggal 21 Maret 2017.

²⁰⁶ Purwosusilo, "Pengadilan Agama BaruMemiliki 237 Hakim Mediator Bersertifikat", www. Badilag. Net. (Diakses 8 Januari 2016).

²⁰⁷ Ibid.

Mewujudkan tujuan diintegrasikannya mediasi dalam proses beracara di pengadilan, sebenarnya terdapat tantangan yang cukup berat, oleh karena keberadaan mediator yang terlatih (bersertifikat) masih belum optimal memadai di Pengadilan Agama, baik dari segi kuantitas maupun kualitas mediator bersertifikat tersebut, sedangkan mediator hakim di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, juga sudah banyak menangani perkara yang harus dikerjakan.

Proses mediasi berlangsung paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja, dihitung mulai dari terpilihnya mediator oleh para pihak atau ditunjuk oleh Ketua Majelis Hakim. Masa 30 (tiga puluh) hari kerja Atas dasar kesepakatan Para Pihak, jangka waktu Mediasi dapat diperpanjang paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak berakhir jangka waktu sebagaimana dimaksud pada ayat (2). Mediasi pada dasarnya tertutup, kecuali para pihak menghendaki lain. Semua Negara yang mempraktekkan mediasi menganut prinsip tertutup.

Prinsip tertutup ini tidak berlaku jika para pihak mengizinkan, misalnya saja kalau ada peneliti yang mau mengamati jalannya proses mediasi.

"Rasionya adalah perkara tersebut dapat memberi pelajaran kepada orang lain yang tidak terlibat dalam perkara itu, tetapi pada suatu saat mungkin saja mereka akan mengalami peristiwa yang sama atau mirip dengan perkara yang sedang di mediasi. Oleh sebab itu masyarakat berhak memperoleh akses terhadap perkembangan proses mediasi, wartawan dalam hal ini dapat menghadiri dan mengamati jalannya proses mediasi guna melaporkan masalah yang dibahas, kemajuan dan hambatan dalam proses mediasi. Akan tetapi, para pihak dan mediator berhak meminta wartawan untuk tidak memberitakan dalam mass media hal-hal yang oleh para pihak diminta untuk dirahasiakan."²⁰⁸

Mediasi gagal dan tidak layak, keberadaan mediator mempunyai kewajiban untuk menyatakan mediasi tidak berhasil, apabila salah satu pihak atau para pihak atau kuasa hukumnya tidak menghadiri pertemuan mediasi 2 (dua) kali berturut-turut tanpa alasan setelah dipanggil secara patut, padahal jadwal mediasi telah disepakati. Demikian pula mediator dapat menyampaikan kepada para pihak dan hakim pemeriksa bahwa perkara yang bersangkutan tidak layak untuk di mediasi karena para pihak tidak lengkap, sebab dalam sengketa yang sedang di mediasi melibatkan asset atau harta kekayaan atau kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain yang tidak disebutkan dalam surat gugatan, sehingga tidak bisa menjadi pihak dalam proses mediasi.

Sepanjang perkara belum putus upaya perdamaian tetap terbuka, walaupun perkara sedang proses banding, kasasi atau PK. Kesepakatan untuk menempuh perdamaian disampaikan secara tertulis kepada Ketua Pengadilan tingkat pertama yang mengadili. Ketua Pengadilan tingkat pertama segera memberitahu Ketua Pengadilan Tinggi atau Ketua Mahkamah Agung tentang kehendak berdamai para pihak.

²⁰⁸ Tim Penulis, Buku Komentari Perma No.1 Tahun 2008 Tentang Pelaksanaan Mediasi di Pengadilan, Mahkamah Agung JICA dan IICT, Jakarta, 2008, hlm. 26

Jika perkara sedang diperiksa di tingkat banding, kasasi atau PK, maka perkara itu wajib ditunda selama 14 (empat belas) hari kerja sejak diterimanya pemberitahuan keinginan berdamai dari para pihak. Kalau berkas banding, kasasi atau PK belum dikirim, Ketua Pengadilan Tingkat Pertama wajib menunda pengiriman berkas untuk memberi kesempatan para pihak mengupayakan perdamaian.

“Tujuan mediasi adalah untuk menyelesaikan sengketa dengan *“win-win solution”* oleh karena itu upaya perdamaian yang diinginkan oleh para pihak harus dihargai. Dengan demikian, jika para pihak menghendaki, walaupun suatu perkara sedang dalam proses banding, kasasi atau PK sepanjang perkara belum diputus para pihak dapat menempuh mediasi.”²⁰⁹

Keberadaan mediator juga harus mengacu terhadap pedoman-pedoman yang ditetapkan oleh Mahkamah Agung, sesuai dengan pasal 15 Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016, yakni:

1. Mahkamah Agung menetapkan Pedoman Perilaku Mediator.
2. Setiap Mediator dalam menjalankan fungsinya wajib mentaati Pedoman Perilaku Mediator sebagaimana dimaksud pada ayat (1).

Guna mendapatkan akurasi dalam menganalisis data yang ditemukan, maka peneliti secara intensif melaksanakan *deep interview* kepada pihak-pihak yang relevan dalam penelitian ini, adapun hasil temuan wawancara adalah sebagai berikut:

Mediator di wilayah Koordinator Pengadilan Agama eks karesidenan Surabaya

- 1) Wawancara dengan informan yakni mediator bapak H. Kasman,SH. (Sby-01) yang bertugas di Pengadilan Agama Surabaya, berkaitan dengan pertanyaan yang diajukan yakni kompetensi yang dimiliki mediator dalam menangani perkara waris:

“Keberadaan mediator dalam menangani mediasi perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya wajib memiliki kompetensi yang memadai, diketahui bahwa kompetensi yang memadai mutlak diperlukan oleh para mediator baik mediator Hakim maupun mediator Non Hakim (bersertifikat), dikarenakan peliknya kasus perkara waris yang harus diselesaikan, sehingga dengan bekal kompetensi yang memadai baik dari segi komunikasi, wawasan, pemahaman *Faraid* akan sangat banyak membantu mediator dalam menyelesaikan tugasnya dengan baik.”²¹⁰

Selanjutnya untuk item ke tiga dari Identifikasi Masalah pertama dijawab oleh informan sebagai berikut:

“Kompetensi yang ideal atau afdhol paling utama dimiliki oleh para mediator (Hakim maupun Non Hakim) adalah kompetensi komunikasi dan ilmu Waris, karena ke dua hal ini sangat krusial dan penting dalam memberikan pemahaman dan kesadaran terhadap

²⁰⁹ Ibid hlm.53

²¹⁰ Wawancara Mediator PA. Surabaya di PA. Surabaya Identifikasi Masalah Ke Satu tanggal 14 September 2016

para pihak, syangnya kompetensi ini (faraid) masih sedikit yang dikuasai oleh para mediator bersertifikat yang bertugas di PA ini..” (Sby-01/Ia/1409/2016).²¹¹

- 2) Wawancara dengan informan yakni mediator bapak Drs. Djakwan Daiman, SH.,MH. (Sda-01) yang bertugas di Pengadilan Agama Sidoarjo dilaksanakan pada tanggal 17 september 2016, berkaitan dengan pertanyaan yang diajukan yakni kompetensi yang dimiliki mediator dalam menangani perkara waris:

“Pertanyaan bapak mengenai keberadaan mediator dalam menangani mediasi perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yakni di sini Pengadilan Agama Sidoarjo wajib memiliki kompetensi yang memadai, sudah seharusnya mediator Hakim maupun mediator Non Hakim (bersertifikat), harus memiliki bekal kompetensi yang memadai baik dari segi ilmu waris (Fikih Faraid), kompetensi komunikasi yang dimilikinya bisa luwes dan tegas²¹²”

Selanjutnya untuk item ke tiga dari Identifikasi Masalah pertama dijawab oleh informan sebagai berikut:

“Kompetensi utama yang seyogyanya dimiliki oleh kita-kita para mediator (Hakim maupun Non Hakim) adalah kemampuan menjelaskan ilmu waris dan kemampuan mendengarkan dari para pihak, karena dengan kompetensi ini mediator dapat memberikan pemahaman dan kesadaran terhadap para pihak, sehingga harapannya para pihak dapat mengerti bagaimana seharusnya waris itu dibagikan kepada yang berhak dari segi hukum fikih yang benar, serta dari segi pendalilan yang memang benar-benar dirasakan dapat dipahamkan kepada para pihak, otomatis kemampuan mendengarkan permasalahan mereka di awal dan tengah, serta kemampuan menggiring dan menjelaskan kedudukan waris sesuai fikih yang benar dan kemampuan memberikan win-win solution yang menentramkan²¹³” (Sda-01/Ic/1709/2016)

Dalam menjalankan proses mediasi, mediator diberikan kebebasan untuk menciptakan sejumlah peluang yang memungkinkan para pihak menemukan kesepakatan yang dapat mengakhiri sengketa mereka. Mediator harus sungguh-sungguh mendorong para pihak untuk memikirkan sejumlah kemungkinan yang dapat dibicarakan guna mengakhiri persengketaan. Jika dalam proses mediasi terjadi perundingan yang menegangkan, mediator dapat menghentikan mediasi untuk beberapa saat guna meredakan suasana agak lebih kondusif. Bahkan Pasal 14 Ayat (e) Perma nomor 1 tahun 2016 memberikan kesempatan bagi mediator untuk melakukan kaukus, atau menjelaskan bahwa Mediator dapat mengadakan pertemuan dengan satu pihak tanpa kehadiran pihak lainnya (kaukus)

²¹¹ Wawancara Mediator PA. Surabaya di PA. Surabaya Identifikasi Masalah Ke Dua, tanggal 14 September 2016

²¹² Wawancara Mediator PA. Sidoarjo di kantor PA. Sidoarjo Identifikasi Masalah Ke satu, tanggal 17 September 2016

²¹³ Ibid

Keputusan melakukan kaukus berada di tangan mediator, dan sebaiknya juga harus mendapat tujuan dengan para pihak. Mediator harus mempertimbangkan sisi positif dan sisi negatif bila kaukus diselenggarakan, karena penyelenggaraan kaukus kadang-kadang juga menimbulkan kecurigaan salah satu pihak kepada mediator atau kepada pihak lain. Namun, pada sisi lain kaukus diperlukan, karena dapat mengantisipasi situasi di mana para pihak tidak dapat saling dipertemukan secara berhadapan.

Selain kaukus, dalam rangka memperlancar proses mediasi dan membantu para pihak, mediator dapat mengundang seorang atau lebih ahli dalam bidang tertentu untuk memberikan penjelasan atau pertimbangan yang dapat membantu para pihak dalam menyelesaikan beda pendapat mereka. Menghadirkan seorang atau lebih ahli dalam proses mediasi harus mendapat persetujuan dari para pihak, dan jika tidak diizinkan maka ahli tidak dapat dihadirkan dalam proses mediasi. Biaya jasa seorang atau lebih ahli ditanggung oleh para pihak berdasarkan kesepakatan.

Jika mediasi menghasilkan kesepakatan, maka para pihak dengan bantuan mediator wajib merumuskan secara tertulis kesepakatan yang ditandatangani oleh para pihak. Sesuai dengan Pasal 27 bila mediasi mencapai kesepakatan

1. Jika Mediasi berhasil mencapai kesepakatan, Para Pihak dengan bantuan Mediator wajib merumuskan kesepakatan secara tertulis dalam Kesepakatan Perdamaian yang ditandatangani oleh Para Pihak dan Mediator.
2. Dalam membantu merumuskan Kesepakatan Perdamaian, mediator wajib memastikan Kesepakatan Perdamaian tidak memuat ketentuan yang:
 - a. Bertentangan dengan hukum, ketertiban umum, dan/atau kesusilaan;
 - b. Merugikan pihak ketiga; atau
 - c. Tidak dapat dilaksanakan.
3. Dalam proses Mediasi yang diwakili oleh kuasa hukum, penandatanganan Kesepakatan Perdamaian hanya dapat dilakukan apabila terdapat pernyataan Para Pihak secara tertulis yang memuat persetujuan atas kesepakatan yang dicapai.
4. Para Pihak melalui Mediator dapat mengajukan Kesepakatan Perdamaian kepada Hakim Pemeriksa Perkara agar dikuatkan dalam Akta Perdamaian.
5. Jika Para Pihak tidak menghendaki Kesepakatan Perdamaian dikuatkan dalam Akta Perdamaian, Kesepakatan Perdamaian wajib memuat pencabutan gugatan.
6. Mediator wajib melaporkan secara tertulis keberhasilan Mediasi kepada Hakim Pemeriksa Perkara dengan melampirkan Kesepakatan Perdamaian.

Urutan di atas digunakan untuk menyusun sejumlah kesepakatan tertulis sebagai hasil dari proses mediasi, baik mediasi yang terdapat di pengadilan

maupun di luar pengadilan. Bagi mediasi yang dilakukan di pengadilan harus memuat klausul yang terakhir yaitu “pencabutan perkara atau pernyataan perkara telah selesai.” Adapun kekuatan putusan perdamaian ini sama dengan putusan biasa. dan dapat dilaksanakan seperti putusan-putusan lainnya.

Hal ini penting bagi mediasi yang dilakukan di pengadilan, karena mediasi pada pengadilan adalah bagian dari proses pemeriksaan perkara. Proses pemeriksaan perkara sudah dimulai di pengadilan, dan bila kesepakatan dicapai dalam proses mediasi, maka para pihak harus menyatakan bahwa proses pemeriksaan perkara selesai dan tidak dilanjutkan lagi. Ini merupakan kehendak dari para pihak yang harus dituangkan secara tertulis, dan hakim akan menjadikan pegangan untuk menghentikan perkara yang sedang digelar.

Pelaksanaan mediasi pada sidang-sidang selanjutnya tidak diperlukan lagi walaupun ada rekonsvensi atau intervensi. Apabila pihak menghendaki mediasi di luar pengadilan (non litigasi) dapat diperkenankan sepanjang tidak mengganggu tahap persidangan yang berjalan.

Mediasi yang menempuh jalur di luar pengadilan, dalam kesepakatan tertulisnya tidak perlu memuat klausul “pencabutan perkara atau pernyataan perkara telah selesai”, karena sengketa mereka memang belum/tidak didaftarkan di pengadilan. Dalam pencapaian kesepakatan mediasi yang paling penting adalah iktikad baik dari pihak untuk melaksanakan isi mediasi, karena mereka sendiri yang melaksanakan kesepakatan tersebut. Sejatinnya, pelaksanaan isi kesepakatan mediasi tidak terlalu lama berselang waktunya, sejak penandatanganan mediasi dilakukan oleh para pihak.

Tenggang waktu pelaksanaan kesepakatan yang terlalu lama, akan menimbulkan kekhawatiran adanya pengaruh pihak lain kepada satu pihak, sehingga akan menyulitkan mereka dalam pelaksanaan kesepakatan. Meskipun demikian, pelaksanaan kesepakatan mediasi dapat dimintakan upaya paksa dari ketua pengadilan, jika salah satu pihak tidak bersedia menjalankan isi kesepakatan, sebagaimana yang telah ia tanda tangani.

Agar hasil kesepakatan mediasi tidak menghadapi masalah dalam implementasi, maka diharapkan para pihak yang telah merumuskan kesepakatan perlu mempelajari secara hati-hati hasil rumusannya tersebut sebelum ditandatangani. Karena ketika mereka telah menandatangani kesepakatan tersebut, maka mereka tidak dapat menarik kembali kesepakatan itu. Pemeriksaan kembali terhadap materi kesepakatan sebelum ditandatangani, tidak hanya dilakukan oleh para pihak tetapi juga oleh mediator.

Pemeriksaan materi kesepakatan oleh mediator diperlukan guna menghindari adanya materi kesepakatan yang bertentangan dengan hukum. Dalam Pasal 27 Ayat (2) Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 tahun 2016 menegaskan bahwa (2) Dalam membantu merumuskan Kesepakatan Perdamaian, Mediator wajib memastikan Kesepakatan Perdamaian tidak memuat ketentuan yang:

- a. Bertentangan dengan hukum, ketertiban umum, dan/atau kesusilaan;

- b. Merugikan pihak ketiga; atau
- c. Tidak dapat dilaksanakan.

.Kesepakatan yang telah diambil dan ditandatangani para pihak dalam proses mediasi harus dilaporkan kepada hakim untuk dapat ditetapkan dalam akta perdamaian. Mediasi di pengadilan sebagai bagian integral dan proses beracara di pengadilan, mengharuskan mediator dan para pihak terikat dengan proses hukum di pengadilan.

Mediator dan/atau para pihak perlu melaporkan kepada hakim secepatnya, sehingga hakim dapat menggelar sidang guna mengukuhkan kesepakatan tersebut sebagai suatu akta perdamaian. Bila kesepakatan tersebut sudah dikukuhkan dalam akta perdamaian, maka secara formal mediasi sudah selesai dan proses sidang di pengadilan pun sudah berakhir. Pengukuhan kesepakatan mediasi dalam bentuk akta perdamaian, dengan sendirinya akan mengakhiri persengketaan yang terjadi antara para pihak.

C. IMPLEMENTASI MEDIASI DALAM MEWUJUDKAN KEMASLAHATAN HUKUM

Hasil temuan data penelitian di Pengadilan Agama-Pengadilan Agama di wilayah PTA Surabaya dari perkara waris yang masuk pada tahun 2014 serta mediasi perkara waris tahun 2015 akan ditabulasikan di bawah ini guna memperjelasnya adalah sebagai berikut:

Tabel 3.2
Jumlah Perkara Waris yang di Mediasi
di Pengadilan Agama Wilayah PTA Surabaya Per Tahun 2014

| No | Pengadilan Agama | Perkara Waris dimediasi | Berhasil | % Berhasil | Gagal | % Gagal |
|----|---|-------------------------|----------|------------|-------|---------|
| 1 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Surabaya | 48 | 5 | 10,41 | 43 | 89,58 |
| 2 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Malang | 61 | 4 | 6,55 | 57 | 93,44 |
| 3 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Besuki | 24 | 1 | 4,166 | 23 | 95,83 |
| 4 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Madiun | 26 | 1 | 3,84 | 25 | 96,15 |
| 5 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Kediri | 11 | 0 | - | 11 | 100% |
| 6 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Bojonegoro | 13 | 0 | - | 13 | 100% |
| 7 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Madura | 16 | 0 | - | 16 | 100% |
| | | 28,42 | 1,57 | 3,56 | 26,85 | 96,42% |

Sumber: data Primer diolah, 2016

Berdasarkan tabulasi di atas, dapat diketahui bahwa proses mediasi perkara waris yang dilakukan di Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya pada tahun 2014 dari segi keberhasilan masih sedikit

yang berhasil dimediasi, hal ini menunjukkan bahwa keberadaan mediasi yang dilaksanakan di tujuh koordinatordat Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya pada periode tahun 2014 belum berjalan dengan efektif.

Selanjutnya juga akan dikemukakan data mediasi perkara waris tahun 2015, di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang akan dikemukakan dalam tabulasi sebagai berikut:

Tabel 3.3
Jumlah Perkara Waris yang di Mediasi
di Pengadilan Agama Wilayah PTA Surabaya Per Tahun 2015

| No | Pengadilan Agama | Perkara Waris dimediasi | Berhasil | % Berhasil | Gagal | % Gagal |
|-----------|---|-------------------------|----------|------------|-------|---------|
| 1 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Surabaya | 53 | 3 | 5,66 | 50 | 94,33 |
| 2 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Malang | 57 | 6 | 10,52 | 51 | 89,47 |
| 3 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Besuki | 21 | 2 | 9,52 | 19 | 90,47 |
| 4 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Madiun | 17 | 2 | 11,76 | 15 | 88,23 |
| 5 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Kediri | 9 | 0 | 0 | 9 | 100 |
| 6 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Bojonegoro | 6 | 1 | 16,66 | 5 | 83,33 |
| 7 | Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Madura | 4 | 0 | 0 | 4 | 100 |
| Rata-rata | | 23,8 | 2 | 7,7% | 21,85 | 92,26% |

Sumber: data Primer diolah, 2016

Berdasarkan tabulasi di atas, dapat diketahui bahwa proses mediasi perkara waris yang berhasil mendamaikan para pihak di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya pada tahun 2015 terjadi peningkatan, hal ini menunjukkan bahwa keberadaan mediasi yang dilaksanakan di tujuh koordinatordat Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya secara proses sudah berjalan sesuai dengan Perma nomor 1 tahun 2008 yang berlaku pada periode tersebut, tetapi dari sisi pencapaian persentase keberhasilan dari perkara yang masuk dapat dinyatakan belum berjalan dengan efektif, berikut akan dikemukakan perbandingan keberhasilan penyelesaian perkara waris dalam bentuk tabulasi adalah sebagai berikut:

Tabel 3.4
Perbandingan Perkembangan Perkara Waris yang berhasil di Mediasi
di Pengadilan Agama Wilayah PTA Surabaya Per Tahun 2014-2015

| No | Pengadilan Agama | 2014 | 2015 | Perkembangan |
|-----------|--|--------|--------|--------------|
| 1 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Surabaya | 10,41% | 5,66% | (-4,75%) |
| 2 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Malang | 6,55% | 10,52% | 3,97% |
| 3 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Besuki | 4,16% | 9,52% | 5,36% |
| 4 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Madiun | 3,84% | 11,76% | 7,92% |
| 5 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Kediri | 0 | 0 | 0,00% |
| 6 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Bojonegoro | 0 | 16,66% | 16,66% |
| 7 | Koordinatorat PA Wilayah Eks. Karesidenan Madura | 0 | 0 | 0,00% |
| Rata-rata | | 3,56% | 7,73% | 4,16% |

Sumber: data Primer diolah, 2016

Berdasarkan Tabel 3.3 diketahui bahwa pelaksanaan mediasi perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dari periode tahun 2014 hingga 2015 secara persentase mengalami peningkatan, meskipun belum dikatakan optimal dengan jumlah perkara yang dilanjutkan di tahap litigasi, sehingga secara substansi masih menunjukkan belum efektifnya pelaksanaan mediasi di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.

Proses mediasi di pengadilan baik yang mencapai kesepakatan maupun yang tidak mencapai kesepakatan (gagal), mediator tetap harus memberitahukan kepada hakim dalam masa waktu 30 hari kerja sejak pemilihan atau penunjukan mediator. Pemberitahuan dimaksudkan agar hakim dapat mengetahui apakah sidang terhadap perkara yang sedang dimediasi dilanjutkan atau sudah dapat ditutup. Bila kesepakatan diperoleh, maka hakim akan mengakhiri proses sidang di pengadilan, sebaliknya bila mediasi tidak mencapai kesepakatan, maka sidang akan terus dilanjutkan di mana hakim akan melanjutkan pemeriksaan perkara berdasarkan hukum acara yang berlaku.

Selain hal tersebut di atas, juga dapat dikemukakan temuan penelitian di PA-PA yang berada di wilayah PTA Surabaya sebagai berikut:

1. Hasil wawancara dengan informan berkaitan dengan temuan penelitian sesuai dengan identifikasi masalah ke dua dapat dikemukakan, wawancara dengan Bapak Drs. H. Tamat Zaefudin, M.H., adapun untuk proses

mediasi di lingkungan Pengadilan Agama Tulungagung seperti hasil wawancara dengan adalah (Tlg-01/IIac/1009/2015).²¹⁴

Dalam melaksanakan sebuah proses mediasi, secara prosedural sudah ditentukan, tahapan, proses dan langkah-langkah dalam Perma nomor 1 tahun 2008, diantaranya:

Sidang Pra Mediasi

Pada hari dan tanggal persidangan yang telah ditentukan dan dihadiri kedua belah pihak, majelis hakim menjelaskan tentang keharusan para pihak untuk menempuh proses mediasi serta menjelaskan prosedur mediasi menurut PERMA No. 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Pelaksanaan Mediasi

Mediasi dilaksanakan di tempat ruang mediasi Pengadilan Agama, kecuali para pihak menghendaki lain, apabila mediator bukan dari Pengadilan Agama. Dalam hal kedua belah pihak tidak hadir maka mediasi ditunda untuk memanggil para pihak. Apabila telah dipanggil dua kali berturut-turut tidak hadir, maka mediator menyatakan mediasi gagal (Pasal 14 ayat 1 PERMA No. 01 Tahun 2008, sesuai dengan waktu pelaksanaan wawancara yaitu periode 2015, maka masih bersandar pada PERMA nomor 1 tahun 2008).

Laporan Mediasi

Mediator wajib menyusun laporan pelaksanaan mediasi, baik dalam hal mediasi berhasil yang diakhiri dengan perdamaian atau tidak berhasil. Laporan mediator sudah harus disampaikan melalui panitera sidang sebelum persidangan dimulai. Apabila mediator dalam laporannya menyatakan bahwa mediasi telah gagal, dalam hal majelis hakim telah menentukan hari sidang berikutnya, maka persidangan dibuka kembali dengan acara biasa. Sedangkan dalam hal sidang berikutnya belum ditentukan, maka sidang dilanjutkan terlebih dahulu memanggil para pihak dengan Penetapan Hari Sidang baru.

Sidang Lanjutan Laporan Mediasi

Dalam sidang terdapat dua komponen yaitu mediasi gagal atau berhasil. Jika mediasi berhasil maka kedua belah pihak harus melaksanakan amar dari hasil mediasinya. Akan tetapi jika gagal maka akan dilanjutkan ke persidangan sampai ada putusan dari hakim.²¹⁵

Memang ada beberapa kendala teknis dalam mengaplikasikan PERMA No. 01 Tahun 2008 sesuai dengan apa yang disampaikan Bapak Drs. To'if, M.H, (Tlg-02/IIa/1509/2015) diantaranya:²¹⁶

Durasi waktu mediasi, yakni 40 hari yang bisa ditambah 14 hari.

Kurang adanya inisiatif dari Pengadilan Agama Tulungagung untuk

²¹⁴ Wawancara Pribadi dengan Bpk Drs. H. Tamat. Zaefudin, M.H. Hakim Mediator di Pengadilan Agama Tulungagung, wawancara dilakukan pada hari Kamis tanggal 10 September 2015)

²¹⁵ Ibid

²¹⁶ Wawancara Pribadi dengan Bpk Drs. To'if, M.H Hakim Mediator di Pengadilan Agama Tulungagung, (pelaksanaan wawancara dilakukan pada hari Selasa tanggal 15 September 2015)

memaksimalkan waktu dari proses mediasi. Karena dengan pemaksimalan waktu maka akan semakin menumpuk jumlah perkara yang tersisa dan akan memakan biaya yang lebih banyak. Biaya Dalam pasal 10 ayat 1 PERMA No. 01 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan mengenai honorarium mediator disebutkan bahwa penggunaan jasa mediator hakim tidak dipungut biaya, justru bisa menjadi kendala dan penyebab kurang pedulinya hakim mediator, sehingga kurang memaksimalkan dalam hal upaya perdamaian.

Hakim yang bersertifikat Mediator Tidak adanya hakim yang bersertifikat mediator hal itu mungkin menjadi kendala dari keberhasilan mediasi. Apabila seorang hakim memiliki sertifikat mediator mungkin dia mempunyai strategi dan cara dalam proses perdamaian. Tidak adanya mediator dari luar Pengadilan hal itu juga akan menjadi salah satu penghambat dalam proses mediasi.

Meskipun di PA. Tulungagung yang merupakan bagian dari Koordinatorat PA. Wilayah Eks. Karesidenan Kediri, keberlangsungan proses mediasi sengketa perkara waris bukan merupakan perkara terbesar/terbanyak yang di terima atau ditindaklanjuti, tetapi hampir seluruh sengketa perkara waris yang ditangani dalam sebuah proses mediasi semuanya berlanjut ke proses litigasi atau dengan kata lain proses mediasi sengketa perkara waris dinyatakan gagal.

2. Mediator di wilayah Koordinatorat Pengadilan Agama eks karesidenan Surabaya, Wawancara dengan informan yakni mediator bapak H. Kasman,SH. (Sby-01/IIac/1409/2016) yang bertugas di Pengadilan Agama Surabaya

Berkaitan dengan Identifikasi Masalah ke dua diketahui hasil wawancara adalah sebagai berikut:

“Proses mediasi layak dan perlu dalam sebuah proses untuk menyelesaikan perkara waris di Pengadilan Agama, benar sekali dengan mediasi yang benar dan efektif (berhasil) diharapkan akan mengurangi penumpukan perkara, sehingga visi dan misi penyelesaian perkara cepat dan biaya ringan akan tercapai.²¹⁷

“.....Berkaitan dengan mediasi sebagai ujung tombak dalam menyelesaikan sengketa perkara waris di antara para pihak yang efektif di luar pengadilan, tujuannya baik dan benar, hanya dalam realitanya keberadaan mediator dalam menangani perkara waris masih belum optimal, dikarenakan kemampuan, waktu dan kompetensi yang dimiliki belum relevan dengan permasalahan yang dihadapi yakni perkara waris”.²¹⁸

²¹⁷ Wawancara Mediator PA. Surabaya di PA. Surabaya Identifikasi Masalah Ke Dua, tanggal 14 September 2016

²¹⁸ Ibid

“...untuk menjawab yang ini yakni pelaksanaan mediasi perkara waris sudah berjalan dengan efektif, dilihat dari segi prosedur dan hasil perdamaian? Kalo...prosedur iya dah efektif, cuman kalo dilihat dari hasil berupa akta perdamaian masih jauh atau banyak yang belum berhasil..karena masih banyak yang berlanjut ke proses litigasi.....ini untuk Pengadilan Agama Surabaya....ini sepengetahuan saya selama menjalani dan menjadi mediator di PA. Surabaya, sehingga secara kemaslahatan untuk kasus perkara waris di PA. Surabaya cenderungnya belum dapat diwujudkan dalam implementasinya dikarenakan masih banyak yang berlanjut ke litigasi ²¹⁹.”

3. Wawancara dengan informan yakni mediator bapak Drs. Djakwan Daiman, SH.,MH. (Sda-01/Ilac/1709/2016) yang bertugas di Pengadilan Agama Sidoarjo dilaksanakan pada tanggal 17 september 2016, berkaitan dengan pertanyaan yang diajukan yakni mplementasi proses mediasi perkara waris:

Berkaitan dengan Identifikasi Masalah ke dua diketahui hasil wawancara adalah sebagai berikut:

“Proses mediasi layak dan perlu dalam sebuah proses untuk menyelesaikan perkara waris di Pengadilan Agama, YA, karena visi dan misi Pengadilan Agama adalah penyelesaian perkara cepat dan biaya ringan itu adalah tujuan kita semua baik di sini yakni proses mediasi maupun nantinya di proses litigasi.²²⁰”

“.....kalo dikatakan bahwa mediasi sebagai ujung tombak dalam menyelesaikan sengketa perkara waris di antara para pihak yang efektif di luar pengadilan, saya belum sepenuhnya setuju, karena realitanya keberadaan mediator dalam menangani perkara waris masih belum menguasai materi dan teknik-teknik kunci dalam memediasi khususnya perkara waris, umumnya sepengetahuan saya belum benar-benar memahami ilmu waris yang hak, sehingga sebagai ujung tombak bukanlah, tetapi kalau sebagai langkah awal untuk mendamaikan iya...bila gak bisa damai/sepakat maka baru naik ke litigasi.....²²¹”.

Berdasarkan temuan data yang sesuai dengan identifikasi masalah ke dua dan tujuan penelitian ke dua, diketahui bahwa proses mediasi perkara waris di sebagian wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya secara prosedur sudah sesuai dengan tuntunan dalam PERMA nomor 1 tahun 2016.

Pernyataan dan pengakuan para pihak dalam proses mediasi, tidak dapat dijadikan alat bukti dalam proses persidangan perkara yang bersangkutan atau perkara lainnya, karena dalam proses mediasi bukan untuk membuktikan fakta hukum, mencari siapa yang benar dan siapa yang salah, tetapi yang

²¹⁹ Ibid

²²⁰ Wawancara Mediator PA. Sidoarjo di kantor PA. Sidoarjo Identifikasi Masalah ke Dua, tanggal 17 September 2016

²²¹ Ibid

ingin ditemukan para pihak adalah jalan yang memungkinkan mereka merumuskan kesepakatan. Mereka perlu memberikan pernyataan dan pengakuan yang tulus dalam rangka memudahkan mereka mewujudkan kesepakatan.

Pernyataan yang diberikan para pihak atau salah satu pihak dalam mediasi, semata-mata mempertimbangkan agar opsi-opsi penyelesaian yang ditawarkan oleh salah satu pihak dapat disepakati secara bersama. Oleh karena itu, pernyataan yang diberikan para pihak dalam proses mediasi bukanlah pernyataan yang mengikat secara hukum, tetapi pernyataan yang ditujukan untuk menyelamatkan proses mediasi. Bila kesepakatan damai terwujud, maka dengan sendirinya persengketaan akan berakhir.

Fotokopi dokumen dan notulen atau catatan yang ada selama dalam mediasi tidak dapat dijadikan sebagai alat bukti, karena sifatnya tidak mengikat. Dalam praktik mediasi, biasanya catatan mediator dan/atau para pihak yang ada dalam proses mediasi dimusnahkan setelah selesai tahap demi tahap. Pemusnahan seluruh catatan dokumen dilakukan setelah kesepakatan akhir dicapai, sehingga yang tinggal hanyalah kesepakatan damai tertulis atau akta perdamaian yang dibuatkan oleh hakim berdasarkan kesepakatan para pihak. Bila mediasi gagal dan proses pemeriksaan perkara dilanjutkan oleh hakim, maka mediator tidak dapat dimintakan sebagai saksi terhadap perkara yang ia mediasikan, karena ia sudah mengetahui seluruh sengketa para pihak dan akan menyulitkannya dalam memberikan keterangan.

Prinsip lain dari mediasi adalah tertutup dalam proses perundingan, kecuali disepakati oleh kedua belah pihak. Mediator harus memegang teguh prinsip ini, karena para pihak merasa tidak nyaman bila proses mediasi disaksikan atau diketahui oleh publik.

Dalam Pasal 5 Ayat (1) Perma Nomor 1 tahun 2016 disebutkan bahwa Proses Mediasi pada dasarnya bersifat tertutup kecuali Para Pihak menghendaki lain.

D. EFEKTIVITAS MEDIASI DALAM MEWUJUDKAN KEPASTIAN HUKUM

Kegiatan mediasi oleh hakim mediator atau mediator bersertifikat di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya berdasarkan informasi yang peneliti peroleh dalam perkara waris yang terjadi, dalam prakteknya adalah sebagai berikut²²²:

1. Secara persentase 30% para pihak merespon baik atas pelaksanaan mediasi;
2. Proses mediasi dilaksanakan di ruang mediasi di Pengadilan Agama -pengadilan Agama yang berada wilayah PTA Surabaya

²²² Temuan Wawancara di Pengadilan Agama Surabaya, Sidoarjo, Mojokerto, Gresik dan Pengadilan Agama Jombang, tanggal 17 September 2016

3. Mediator bersertifikat (non hakim) bertugas tunggal (khusus Pengadilan Agama Surabaya, Sidoarjo, Mojokerto, Gresik dan Pengadilan Agama Jombang)
4. Mekanisme kerja mediator khususnya mediator bersertifikat (non hakim) bersifat informal. Di tempuh mulai yang pertama dilakukan adalah:
 - a) Mempelajari berkas perkara dari panitera;
 - b) Mengumpulkan data dan bukti-bukti yang berkenaan dengan masalah terkait;
 - c) Menginventarisir masalah, yaitu mengidentifikasi masalah yang dikemukakan dalam presentasi para pihak;
 - d) Pemecahan masalah, yaitu memberi dan mengemukakan analisis yang cermat atas masalah yang kompleks dan meluruskan persamaan persepsi para pihak;
 - e) Berusaha membangun jalinan yang komunikatif, harmonis, dan kekeluargaan di antara para pihak;
5. Mengenai besar biaya selama proses mediasi tidak ada karena dilakukan di salah satu ruangan di Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, bila dikarenakan pelaksanaan mediasi tersebut tidak mencapai kesepakatan, maka perkara tersebut diserahkan kembali kepada Majelis Hakim yang menangani.

Hasil temuan wawancara diketahui sebagai berikut:

1. Wawancara dengan informan yakni mediator bapak Drs. Djakwan Daiman, SH.,MH. (Sda-01/IIIac/1709/2016) yang bertugas di Pengadilan Agama Sidoarjo dilaksanakan pada tanggal 17 september 2016, berkaitan dengan pertanyaan yang diajukan yakni yang relevan dengan identifikasi masalah ketiga²²³:

“Pelaksanaan mediasi perkara waris sudah berjalan dengan efektif, di sini Pengadilan Agama Sidoarjo? dilihat dari segi prosedur dan hasil perdamaian? Kalo berbicara fakta Hasil...yah kita bicara HASIL berupa akta perdamaian antara para pihak maka BELUM BISA dikatakan efektif, karena buktinya masih banyak yang berlanjut ke proses litigasi.....ini untuk Pengadilan Agama Sidoarjo, sehingga dari efektivitas yang diukur dari terjadi kesepakatan perdamaian jujur belum optimal.....kalau dari segi apa iku mau pak, oh ya efektivitas prosedur saya rasa mediator di sini (Pengadilan Agama Sidoarjo/red.) sudah bisa dikatakan prosedural lah....”²²⁴

Berkaitan dengan Identifikasi Masalah ke tiga diketahui hasil wawancara adalah sebagai berikut:

“Keberadaan Mediasi perkara waris di Pengadilan Agama sudah dapat memberikan kepastian hukum bagi para pihak, saya bisa

²²³ Ibid, Identifikasi masalah ke tiga

²²⁴ Ibid

menjawab iya..bagi yang sudah terjadi kesepakatan yang dituangkan dalam akta perdamaian, kepastian hukumnya jelas..²²⁵ (*Sby-01/IIIa/1409/2016*).

"Kenyataannya proses mediasi yang efektif memang terbukti dapat memberikan kepastian hukum bagi para pihak, benar dengan para pihak sudah sepakat dan menyadari sengketa yang dialami mereka, mereka (para pihak) sudah meyakini memiliki kepastian hukum..."²²⁶

" Selama saya bertugas sejak menjadi mediator bersertifikat, saya pribadi merasakan dan saya dapati bahwa mediasi dapat secara efektif memberikan kepastian hukum.terlebih para pihak yang sudah ridhlo dan paham terhadap perkara waris yang mereka ajukan, hanya memang diperlukan kemampuan atau kompetensi yang mumpuni khususnya dalam hal komunikasi dan ilmu Faraid..²²⁷."

Berkaitan dengan Identifikasi Masalah ke tiga diketahui hasil wawancara adalah sebagai berikut:

"Mediasi perkara waris di Pengadilan Agama sudah dapat memberikan kepastian hukum bagi para pihak, bagi yang sudah mencapai kesepakatan berupa adanya akta perdamaian, maka oleh para pihak selama ini biasanya sudah menjadikan kepastian hukum bagi mereka...sehingga rasa aman berupa kepastian hukum bisa dirasakan oleh para pihak"²²⁸.

"Proses mediasi yang efektif memang terbukti dapat memberikan kepastian hukum bagi para pihak, sepengetahuan saya iya, dikarenakan dengan bermediasi di ruang Pengadilan Agama secara formal, maka para pihak sudah merasakan atmosfer yang resmi dan formil, sehingga bilamana keluhan, sengketa dan tuntutan-tuntutan dari masing-masing para pihak bila dimediasi dengan benar (kompetensi mediator memadai tentunya) maka kepastian hukum sudah mereka peroleh..hal ini juga tetap dirasakan oleh para pihak yang melanjutkan permasalahan mereka ke ranah litigasi, dikarenakan keterbatasan waktu proses mediasi maka kondisi ke arah litigasi tidak serta merta membuat para pihak merasa kepastian hukum dari proses mediasi tidak ada, hanya kurang kuat..."²²⁹."

" Proses mediasi dapat secara efektif memberikan kepastian hukum, sudah saya kemukakan di atas, bahwa mediator yang mampu mendengarkan keluhan, mengarahkan, dan memiliki kapabilitas dan kompetensi yang efektif dapat secara langsung atau tidak

²²⁵ Wawancara Mediator PA. Surabaya di PA. Surabaya Identifikasi Masalah Ke Tiga, tanggal 14 Desember 2016

²²⁶ Ibid

²²⁷ Ibid

²²⁸ Wawancara Mediator PA. Sidoarjo di kantor PA. Sidoarjo Identifikasi Masalah Ke Tiga, tanggal 17 Desember 2016

²²⁹ Ibid

langsung memberikan kepastian hukum terhadap para pihak²³⁰ (Sda-01/IIIc/1709/2016).”

Hambatan dalam proses mediasi merupakan faktor penyebab gagalnya proses mediasi di pengadilan agama. Misalnya, di Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang dijadikan objek dalam penelitian ini, mediasi belum mencapai hasil yang optimal.

Berdasarkan atas hasil temuan penelitian di lapangan, problem atau masalah yang mengakibatkan mediasi menjadi tidak mencapai kesepakatan yaitu:

1. Aspek Perkara

Jumlah terbesar perkara yang diajukan ke Pengadilan Agama adalah perkara perceraian, diikuti perkara waris. Perkara waris yang dimediasi dan mengalami kegagalan sangat bervariasi sebab dan latar belakangnya. Kegagalan mediasi dari aspek perkara dalam perkara yang lain misalnya perkara waris yang dihadapi para pihak yang bersengketa, ditentukan oleh tingkat kerumitan perkara yang dihadapi dan latar belakang masalah silsilah keluarga, hubungan kekerabatan dan pembagian serta tuntutan ahli waris yang bersengketa.

2. Aspek Kemampuan Kompetensi Mediator

Salah satu contoh adalah mediator di Pengadilan Agama Surabaya dalam melaksanakan upaya damai terhadap pihak-pihak yang berperkara memberikan nasehat setiap kali sidang pemeriksaan berlangsung selama belum diputus. Dalam hal ini mediator hendaknya menggunakan tiga sistem pendekatan, yaitu:

1. Pendekatan fisiologis, yaitu pendekatan yang dilakukan dengan para pihak.
2. Pendekatan Sosiologis, yaitu suatu pendekatan dengan menjelaskan bahwa manusia adalah makhluk sosial yang selalu berhubungan dan membutuhkan antara satu dengan yang lainnya.
3. Pendekatan Agamis, yaitu pendekatan yang memberikan penjelasan dan pelajaran tentang arti dan pentingnya agama dalam penentuan perkara waris
4. Pendekatan skill kompetensi mediator

Sedangkan faktor-faktor yang sangat mempengaruhi terhadap efektivitas fungsi mediator dalam proses mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa adalah tergantung pada struktur hukum, substansi hukum, dan kultur hukum.

Dan ketiga faktor tersebut merupakan suatu kesatuan yang utuh:

1. Struktur Hukum, yaitu bentuk badan kepranataan dari sistem; terdiri dari perangkat-perangkat keras dan permanen yang melaksanakan tugas secara terus menerus terdiri dari hakim, jaksa, kepolisian, pengacara, dan masyarakat pencari keadilan itu sendiri.

²³⁰ Ibid

2. Substansi Hukum, yaitu bentuk dari substantif (hukum materiil) dan aturan-aturan tentang bagaimana pranata-pranata hukum harus diberlakukan.
3. Kultur Hukum, sebagai unsur dari sikap-sikap dan nilai sosial; sebagai bagian dari kultur umum, yang mencakupi kebiasaan, opini-opni, cara bertindak dan berfikir, yang membelokkan kekuatan-kekuatan susila mendekat dan menjauhi undang-undang dengan cara tertentu yang mencakup: a. sikap-sikap, apakah itu salah atau benar, dan b. sikap-sikap tentang apakah bermanfaat untuk berperkara di pengadilan.²³¹

Keberhasilan mediasi sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor pendukung dan penghambat selama proses mediasi. Berikut adalah faktor-faktor pendukung keberhasilan mediasi:

1. Kemampuan Mediator

Mediator yang pandai mengelola konflik dan berkomunikasi sehingga dapat mengupayakan adanya titik temu antara para pihak akan mudah mendorong terjadinya perdamaian. Oleh karena itu, kemampuan seorang mediator berpengaruh akan keberhasilan mediasi. Dibutuhkan pula kejelian mediator untuk mengungkap apakah permasalahan diantara para pihak dan kebijaksanaan mediator dalam memberikan solusi, sehingga para pihak berhasil menyelesaikan masalahnya dengan damai dan baik.

2. Faktor Sosiologis dan Psikologis.

Kondisi sosial para pihak menentukan keberhasilan mediasi. Misalnya, seorang yang menggugat harta waris dari saudaranya akan berpikir dan untuk mendapatkan harta yang memang menjadik haknya atau hanya akan menjadi harta yang bukan haknya, selain itu keinginan dan nafsu yang berlebihan merupakan salah satu faktor psikologis yang perlu diperhatikan oleh mediator dalam menangani perkara waris.

3. Moral dan Kerohanian.

Perilaku para pihak yang dapat memudahkan mediator untuk perdamaian. Namun, perilaku atau moral yang buruk dapat menjadikan salah satu pihak tidak sepekat dalam pembagian waris yang akan dimediasi.

4. Iktikad Baik Para Pihak.

Saat proses mediasi berlangsung, mediator berperan sebagai penengah yang berusaha mendamaikan para pihak. Namun sebaik apapun usaha yang dilakukan mediator dalam mendamaikan tidak akan berhasil bila tidak didukung oleh iktikad baik para pihak akan kekurangannya sehingga dapat saling memaafkan dan kurang menyadari dan memahaminya pihak bersengketa terhadap hak akan tirkah yang akan

²³¹ Hasil wawancara dengan Hakim Mediator Bapak Akhmad Bisri Mustaqim tanggal 26 Juni 2016

diperolehnya. Terutama iktikad baik para pihak Pemohon/Penggugat untuk berdamai dan menerima Termohon/Tergugat untuk saling menerima pembagian tirkah yang akan ditetapkan.

Dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016 terdapat 4 penyebutan (nomenklatur) untuk hasil-hasil mediasi, yakni²³²:

1. Mediasi berhasil seluruhnya;
Para pihak telah hadir dalam pertemuan mediasi dan bernegosiasi dengan bantuan mediator serta mencapai kesepakatan untuk menyelesaikan sengketa mereka. Para pihak telah menuangkan kesepakatannya dalam kesepakatan perdamaian, maka para pihak dapat menyepakati apakah akan menindak lanjuti kesepakatan perdamaian tersebut dalam bentuk akta perdamaian atau mencabut perkaranya.
Apabila proses kesepakatan perdamaian tersebut terwujud, maka langkah yang dilakukan mediator adalah mediator wajib melaporkannya secara tertulis kepada Hakim Pemeriksa Perkara dengan melampirkan kesepakatan perdamaian tersebut.
2. Mediasi berhasil sebagian;
Para pihak telah hadir dalam pertemuan mediasi dan bernegosiasi dengan bantuan mediator, namun kesepakatan yang mereka capai tidak meliputi seluruh permasalahan yang mereka sengkatakan atau dalam hal para pihaknya lebih dari satu orang, kesepakatan yang dicapai tidak meliputi semua pihak yang bersengketa.
Jika para pihak mencapai kesepakatan atas sebagian permasalahan yang disengkatakan, maka mediator seyogyanya melakukan hal-hal sebagai berikut:
 - 1) Membantu para pihak merumuskan hal-hal yang telah disepakati dan menuangkannya dalam kesepakatan perdamaian;
 - 2) Melaporkannya kepada Hakim Pemeriksa Perkara dengan melampirkan kesepakatan perdamaian tersebut;
 - 3) Menyerahkan kepada Hakim Pemeriksa Perkara untuk menyelesaikan hal-hal yang belum disepakati secara litigasi.
3. Mediasi tidak berhasil
Para pihak telah hadir dalam pertemuan mediasi dan bernegosiasi dengan bantuan mediator, namun tidak mencapai kesepakatan untuk menyelesaikan sengketa mereka.
Mediator menyatakan mediasi tidak berhasil dalam hal:
 - 1) Para pihak tidak menghasilkan kesepakatan sampai batas waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari berikut perpanjangan waktu mediasi selama 30 (tiga puluh) hari perpanjangan;

²³² KKAP-MA, Buku Tanya Jawab Mediasi di Pengadilan Berdasarkan PERMA Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, Cetakan 1, Diterbitkan oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia bekerjasama dengan Australia Indonesia Partnership for Justice, 2017, hlm.43.

- 2) Para pihak dinyatakan tidak beritikad baik karena tidak mengajukan resume perkara dan atau tidak menanggapi resume perkara pihak lain atau tidak menandatangani kesepakatan perdamaian yang telah dicapai dalam proses mediasi.

4. Mediasi tidak dapat dilaksanakan

Salah satu pihak atau kuasa hukumnya telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi sesuai jadwal pertemuan mediasi yang telah disepakati atau telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi tanpa alasan setelah dipanggil secara patut atau proses mediasi telah berjalan, tetapi ternyata diketahui sengketa yang dimediasi melibatkan aset atau harta kekayaan atau kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain yang tidak disebutkan dalam gugatan, atau disebutkan dalam gugatan, tetapi tidak hadir dalam proses mediasi sehingga pihak lain yang berkepentingan tidak menjadi salah satu pihak dalam proses mediasi atau karena materi perkaranya melibatkan kewenangan kementerian/lembaga/instansi di tingkat pusat/daerah dan atau Badan Usaha Milik Negara/Daerah yang tidak menjadi pihak berperkara.

Penyelesaian sengketa yang terkadang memang sulit dilakukan, namun bukan berarti tidak mungkin diwujudkan dalam kenyataan. Modal utama penyelesaian sengketa adalah keinginan dan itikad baik para pihak dalam mengakhiri persengketaan mereka. Keinginan dan itikad baik ini, kadang-kadang memerlukan bantuan pihak ketiga dalam perwujudannya.

Mediasi merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa yang melibatkan pihak ketiga. Kelebihan mediasi sangat jauh berbeda dengan penyelesaian sengketa yang dilakukan dalam proses litigasi. Penyelesaian sengketa secara non litigasi banyak memberikan keuntungan bagi ahli waris dalam menyelesaikan sengketa pembagian harta waris. Para ahli waris dalam menyelesaikan sengketa waris lebih tepat apabila memilih jalur non litigasi, yakni dengan mediasi sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa pembagian harta waris.²³³

Penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi tidak memberikan suatu manfaat dalam sengketa pembagian sengketa waris ini karena sengketa ini menyangkut hubungan kekeluargaan. Pada sengketa ini ahli waris tidak hanya menyelesaikan sengketa pembagian harta waris tersebut tetapi juga mempertahankan tali silaturahmi dan menjaga harmonisasi dengan ahli waris lainnya. Pada hukum waris Islam menekankan bahwa suatu sengketa waris harus diselesaikan secara musyawarah dan tidak merusak hubungan keluarga.

²³³ Takdir Rahmadi, *Mediasi: Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*. (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hlm.13

Berdasarkan kondisi tersebut maka kemampuan, profesionalisme dan kapasitas seorang mediator, baik itu hakim mediator maupun mediator profesional (bersertifikat) harus benar-benar menguasai, memahami ilmu waris secara mutlak serta memahami karakter psikologis dengan baik dari pihak yang bersengketa.

Mediasi merupakan alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang bersifat sukarela atau pilihan. Pada konteks mediasi di pengadilan ternyata pengadilan bersifat wajib. Hal ini mengandung arti proses mediasi dalam penyelesaian sengketa di pengadilan harus terlebih dahulu dilakukan penyelesaiannya melalui harapan timbulnya perdamaian di antara pihak yang bersengketa, dengan demikian diharapkan dengan memiliki mediator yang profesional, kompetitif dan memahami dan menguasai hukum perkara waris diharapkan, mediasi yang dilakukan oleh para ahli waris akan menghasilkan suatu kesepakatan atas sengketa yang dialami oleh ahli waris. Ahli waris yang bersengketa akan mengukuhkan hasil dari kesepakatan yang telah disepakati dalam proses mediasi untuk mendapatkan kekuatan hukum dan dapat mengikat bagi para ahli waris melalui akta perdamaian yang memiliki kekuatan hukum tetap.

E. ANALISIS KOMPETENSI MEDIATOR PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Di negara-negara maju konsep penyelesaian sengketa melalui mediasi dirasakan efektif karena mediasi memiliki keunggulan-keunggulan. Mediasi sebagai bentuk penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dibantu oleh mediator. Mediasi merupakan proses penyelesaian sengketa dengan bantuan pihak ketiga. Peranan pihak ketiga adalah melibatkan diri untuk membantu para pihak mengidentifikasi masalah-masalah yang disengketakan dan mengembangkan sebuah proposal. Proposal tersebut diharapkan dapat dipergunakan sebagai acuan untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Pengadilan Agama-Pengadilan Agama di wilayah PTA. Surabaya pun telah menerapkan mediasi dalam penyelesaian sengketa terkhusus menangani perkara waris.

Berdasarkan hasil temuan penelitian yang dilakukan diketahui bahwa kompetensi skill mediator merupakan salah satu faktor yang secara langsung berpengaruh dalam penyelesaian mediasi perkara waris. Mediator bersertifikat adalah seorang yang secara profesional telah mendapatkan sertifikat mediator yang merupakan dokumen yang diterbitkan oleh Mahkamah Agung atau lembaga yang telah memperoleh akreditasi dari Mahkamah Agung²³⁴ yang menyatakan bahwa seseorang telah mengikuti dan lulus pelatihan sertifikasi Mediasi. Kualifikasi mengikuti dan lulus pelatihan sertifikasi mediator menunjukkan bahwa mediator bersertifikat dituntut untuk profesional dalam menjalankan tugas dan fungsinya.

²³⁴ Perma Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi, Pasal 1 Ayat (3)

Temuan penelitian dari dokumentasi Badilag, hasil wawancara, kajian pustaka dan kajian empiris menunjukkan bahwa khusus perkara waris pada periode tahun 2014 dan tahun 2015 yang ditangani oleh mediator bersertifikat di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, masih menunjukkan bahwa masih banyak yang belum berhasil mencapai kesepakatan (Tabel 3.2 dan Tabel 3.3), serta dari wawancara diketahui bahwa sebagian besar proses mediasi perkara waris banyak yang Tidak Berhasil diketahui berasal dari skill kompetensi mediator yang secara umum belum sepenuhnya memahami ilmu faraid, (Sda-01/Ic/1709/2016) dan (Sby-01/Ia/1409/2016).

Kegagalan mediasi dilihat dari sudut mediator dapat juga diidentifikasi dari keterbatasan waktu yang dimiliki para mediator, lemahnya keterampilan/skill mediator, kurang motivasi dan gigih menuntaskan perkara, dan mediator bersertifikat yang memahami ilmu Faraid masih sedikit²³⁵

Temuan ini menunjukkan bahwa terdapat beberapa parameter dari keberadaan kompetensi skill mediator yang sebaiknya dimiliki oleh mediator dalam menyelesaikan sengketa perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.

Ada hal yang sangat penting yang ditemui diperhatikan oleh para mediator baik bersertifikat yang biasanya dari luar pengadilan, terlebih hakim yang ditunjuk untuk melaksanakan fungsi mediator yaitu hasil kesepakatan yang telah diambil oleh para pihak karena tidak semua pencari keadilan mengetahui dengan sempurna hukum Islam itu sendiri dan sering kesepakatan yang telah diambil bertentangan dengan hukum Islam. Hal ini adalah kewajiban para mediator itu sendiri untuk meluruskannya.

Sedangkan keberadaan mediasi diintegrasikan dalam proses beracara di pengadilan berarti beban kerja hakim bertambah berat. Sebagai contoh sama halnya perkara yang masuk ke Pengadilan Agama Gresik di atas dua ribu perkara sementara ditangani oleh 7 hakim bersama dengan ketua, menyidangkan saja perkara hakim bersidang dari jam 9 pagi sampai sore. Kemudian setelah perkara diputuskan hakim harus membuat konsep putusan, inipun bukan pekerjaan yang sederhana.

Lain lagi halnya harus setiap hari menangani mediasi yang secara sederhana harus berfokus pikiran bagaimana cara yang harus ditempuh untuk mempengaruhi cara berpikir orang yang sudah tegang dan gusar menghadapi perkara, itu bukan pekerjaan yang gampang. Keadaan inilah yang menjadikan mediator yang juga bertugas hakim di PA. Dalam menangani mediasi seadanya saja dan hasil yang telah dicapai selama ini memperlihatkan hal yang tidak maksimal.

Beberapa kasus diangkat untuk mewakili perkara-perkara yang serupa dan dianalisis untuk mengungkap hubungan penyelesaian perkara harta baik perkara harta warisan yang diselesaikan secara damai melalui proses mediasi. Kasus/sengketa harta yang diselesaikan secara damai, berarti mempercepat proses perkara dan mengurangi biaya.

²³⁵ Hasil wawancara Surabaya, 17 September 2016

Hambatan yang ditemui di lapangan cukup beragam misalnya jumlah hakim yang menjalankan fungsi mediator serta mediator bersertifikat tidak seimbang dengan jumlah perkara yang dihadapi, pada teknis pelaksanaannya, tidak semua hakim di Pengadilan Agama bertindak sebagai mediator karenanya Ketua Pengadilan harus menunjuk dan mencantumkan nama-nama mediator sekurang-kurangnya 5 (lima) mediator. Hal ini dimaksudkan agar semua hakim secara bergantian dapat berfungsi sebagai mediator untuk proses mediasi, disamping melaksanakan tugas utama sebagai hakim untuk proses litigasi. Tujuan lain pencantuman semua hakim ini adalah untuk memudahkan para pihak yang berperkara memilihnya sebagai mediator untuk penyelesaian perkaranya.

Kondisi para pihak yang cenderung bersikeras/keras kepala yang menuntut haknya juga merupakan salah satu hambatan yang dihadapi oleh mediator dalam mewujudkan kesepakatan di antara para pihak dalam sebuah akta perdamaian.

Keterbatasan waktu yang dimiliki oleh mediator terkait erat dengan menumpuknya jumlah perkara yang ditangani oleh hakim mediator. Rata-rata jumlah perkara yang diselesaikan oleh majelis hakim per hari sebanyak 30-40 perkara.

Jika satu bulan jumlah perkara yang diterima mencapai 300-an perkara, maka sulit bagi hakim mediator untuk memaksimalkan perkara yang dimediasi secara tuntas. Keterbatasan waktu ini menjadikan mediator melakukan proses mediasi secara cepat sehingga mediasi tidak berlangsung secara optimal. Rata-rata proses mediasi berjalan 15-20 menit.

Secara teoritis, waktu yang ideal untuk mediasi berdasarkan hasil pelatihan mediator mencapai 60 menit. Selain masalah keterbatasan waktu, keterampilan/Skill mediator di peradilan agama juga masih rendah. Oleh karena itu skill mediator bersertifikat yang memediasi perkara yang ditangani peradilan agama belum memiliki kemampuan penguasaan teknik-teknik mediasi yang baik sehingga para mediator hakim tidak bisa optimal di dalam menjalankan fungsi mediator.

Seseorang yang mengajukan tuntutan ke pengadilan, berarti orang tersebut berkeinginan agar tuntutan diperiksa dan diputus oleh pengadilan. Mereka menghendaki adanya suatu proses hukum untuk membuktikan dalil-dalil sebagaimana yang dimuat dalam tuntutan sehingga ketika kepada mereka agar menempuh proses mediasi, mereka tidak menunjukkan keseriusan dalam proses mediasi yang ditunjukkan dengan ketidakhadiran salah satu pihak secara inperson dalam proses mediasi.

Lemahnya *skill*/keterampilan yang dirasakan oleh mediator terletak pada bidang ilmu bantu seperti penguasaan ilmu faraid, manajemen konflik, dan kurangnya kalimat-kalimat yang menggugah dan berpengaruh serta mampu memberi daya dorong bagi para pihak untuk jernih melihat persoalan.

Bagi mediator hakim yang belum bersertifikat, maka seyogyanya mediasi dilakukan berdasarkan keterampilan yang dimilikinya dan seni mengajak

orang untuk berdamai, seperti menanyakan identitas yang bersangkutan dan aktivitas pekerjaannya sehingga dapat memahami lingkungan dan psikologinya.

Salah satu hakim di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya berpendapat bahwa cara ini efektif untuk membangun kadar komunikasi kepada para pihak yang bersengketa, termasuk pilihan kata yang digunakan. Tentu cara ini tidak salah, namun dari sisi efektivitas dipandang kurang fokus pada upaya menggali faktor-faktor penyebab konflik utama (*root causes*), bukan pada pemicu konflik (*triggers*). Sedangkan di Pengadilan Tinggi Agama Surabaya yang tidak ada satupun hakim yang memiliki sertifikat mediator, maka mediator hakim menekankan pada aspek psikologis dari proses yang ditangkap pada sesi proses mediasi, seperti keinginan kuat para pihak dengan cara penyampaian yang halus sesuai dengan karakter masyarakat di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.

Mediator banyak memerankan sebagai juru dakwah yang memberikan nasehat agama kepada pihak yang berperkara sehingga acapkali terdengar sedang melakukan khutbah nikah seperti kepada pengantin baru. Selain itu, dirasakan oleh mediator tidak memberikan alternatif solusi yang bersifat psikoteraphy kepada para pihak²³⁶.

Kegagalan mediasi dari aspek mediator dapat pula dilihat dari kurangnya motivasi hakim di dalam memediasi perkara disebabkan oleh bertambahnya tugas sebagai hakim. Selain bertambahnya beban tugas bagi hakim, dirasakan pula tidak adanya insentif sebagai mediator di dalam perkara yang dimediasi.

Hal ini juga sebagai salah satu dampak pada kurangnya motivasi mediator dari hakim dalam melaksanakan tugas sebagai mediator. Tugas pokok hakim adalah memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara sedangkan tugas sebagai mediator dipandang sebagai tugas tambahan.

Di peradilan agama yang perkaranya banyak, penambahan tugas hakim sebagai mediator merupakan beban baru bagi mereka. Bagi peradilan agama yang perkaranya sedikit, tambahan tugas sebagai mediator tidak menjadi masalah. Di satu sisi hakim diminta untuk melahirkan putusan yang berkualitas, disisi lain hakim juga ditambah tugasnya sebagai mediator.

Keadaan ini jelas sekali menambah beban kerja hakim. Dampak dari beban kerja ini, berimplikasi kepada: Pelaksanaan mediasi dilaksanakan hanya formalitas “menggugurkan kewajiban”; dan Proses mediasi berjalan 15-20 menit untuk satu perkara.

Hal ini jelas tidak maksimal di dalam mencari solusi. Persoalan honor mediator dirasakan juga sebagai salah satu ganjalan di dalam pelaksanaan mediasi. Ketiadaan honor bagi mediator merupakan amanat dari Perma Nomor 1 Tahun 2016 pada pasal 10 ayat (1) bahwa penggunaan jasa mediator hakim tidak dipungut biaya. Dengan adanya pasal ini, hakim peradilan agama yang berperan menjalankan fungsi mediator tidak diberi honorarium.

Keberadaan mediator bersertifikat yang terdapat di peradilan agama yang masih sedikit jumlahnya telah ikut pula mendorong mediasi gagal. Masing-

²³⁶ Ibid

masing peradilan agama baru memiliki 2 orang mediator dari jumlah hakim pada masing-masing peradilan sebanyak 12 - 14 hakim. Dengan minimnya mediator bersertifikat ini, akan ikut membawa dampak bagi keberlangsungan mediasi.

Sementara itu hambatan dalam pelaksanaan proses mediasi perkara waris di Wilayah PTA Surabaya dari sisi Kegagalan mediasi dapat dilihat pula dari aspek para pihak yang berperkara. Kedudukan para pihak dalam proses mediasi sangat penting. Keberhasilan dan kegagalan proses mediasi terletak pula pada kemauan, dan itikad baik para pihak di dalam mewujudkan keberhasilan mediasi.

Seperti diketahui bahwa kronologis peraturan dan kebijakan dalam pelaksanaan mediasi sudah berkali-kali mengalami penyempurnaan, semenjak Perma RI No. 2 Tahun 2003. Kemudian diadakan penyempurnaan dengan Perma RI No. 1 Tahun 2008, serta diperbaharui kembali dengan Perma nomor 1 tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi, tetapi meski peraturan telah diganti, realitas di lapangan terkhusus wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya hambatan pelaksanaan mediasi tetap terjadi dan ada hambatannya di lapangan.

Para pihak yang datang ke peradilan pada dasarnya telah melakukan perundingan terlebih dahulu. Proses sengketa terjadi karena tidak adanya titik temu antara pihak-pihak yang bersengketa. Para pihak yang bersengketa menginginkan agar kepentingannya tercapai, hak-haknya dipenuhi, kekuasaannya diperlihatkan dan dipertahankan, sehingga untuk mewujudkan titik temu yang bisa diterima oleh para pihak yang bersengketa tersebut, relevan dengan teori yang diajarkan pada saat pelatihan sertifikasi mediator adalah dengan menentukan standart titik temu dalam sebuah proses mediasi perkara waris atau lebih dikenal dengan BATNA (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*) atau Alternatif Terbaik Bagi Kesepakatan. Memberikan pemahaman yang baik soal standarisasi titik temu kepada para pihak untuk mencapai kesepakatan terkhusus masalah perkara waris, maka solusi yang efektif adalah menyadarkan para pihak sebagai umat muslim untuk bersandar kepada Al Qur'an dan Al Hadist, yang mengatur masalah waris secara hakiki dan bisa diterima oleh umat Islam. Di dalam agama Islam ilmu yang mengatur pembagian, siapa yang memperoleh hak waris dan persentase kuantitas yang diterima oleh yang berhak sudah di atur secara komprehensif dalam sebuah ilmu yaitu ilmu Faraid.

Berdasarkan temuan penelitian ini juga diketahui bahwa sebagian besar sengketa perkara waris yang masuk di Pengadilan Agama, terkhusus yang berhasil damai, di mediasi oleh mediator hakim, yang secara kompetensi mempunyai pemahaman ilmu Faraid yang baik. Hal ini juga menunjukkan bahwa pentingnya penguasaan kompetensi dalam hal ilmu faraid oleh para mediator yang bersertifikat.

Skill atau keterampilan adalah merupakan kemampuan seseorang untuk melakukan suatu aktivitas atau pekerjaan. Lebih lanjut tentang keterampilan,

Dunnett's²³⁷, mengemukakan skill adalah sebagai kapasitas yang dibutuhkan untuk melaksanakan suatu rangkaian tugas yang berkembang dari hasil pelatihan dan pengalaman. Keahlian seseorang tercermin dengan seberapa baik seseorang dalam melaksanakan suatu kegiatan yang spesifik, seperti mediator yang melaksanakan tugas mediasi dalam perkara waris, maka skill merupakan keterampilan mediator tersebut dalam memediasi perkara waris yang diperoleh melalui pendidikan dan pelatihan yang diharapkan dapat melakukan upaya mediasi perkara waris untuk mencapai perdamaian, sehingga salah satu komponen skill yang relevan dalam hal memediasi perkara waris adalah ilmu waris, selain skill yang berkaitan dengan negosiasi, komunikasi dan cepat memahami kondisi yang dihadapi dari para pihak yang bersengketa. Dalam konteks ini keberadaan skill berbeda dengan knowledge, dimana knowledge²³⁸ didefinisikan sebagai kemampuan seseorang untuk mengenali suatu keadaan berdasarkan persepsi pikirannya. Knowledge seseorang ditentukan oleh apa yang dipelajari dari bahan bacaan, lingkungan pergaulan, pekerjaan dan lain sebagainya. Tapi sayangnya knowledge bukanlah skill jadi seberapa banyak pun yang diketahui, tidak dapat dikatakan individu mempunyai skill terhadap hal tersebut kecuali individu tersebut *take action* dan akhirnya menemukan pola tertentu sehingga cara berpikir individu tersebut menjadi sebuah skill.

Berdasarkan uraian kondisi dan temuan penelitian di atas, maka diketahui bahwa lemahnya kompetensi skill yang dimiliki oleh mediator bersertifikat, secara langsung berdampak terhadap minimnya proses mediasi di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya mencapai kesepakatan, serta menunjukkan implikasi negatif yang begitu jelas, yaitu sebagai berikut:

1. Proses mediasi perkara waris yang ditangani banyak yang tidak mencapai kesepakatan
2. Memberi kesan nyata bahwa mediasi hanya sebatas formalitas dan menunggu untuk dilanjutkan ke ranah litigasi.
3. Semakin menambah beban penumpukan perkara di Pengadilan Agama-Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.
4. Secara tidak langsung dapat berdampak terhadap tidak terwujudnya kepastian hukum bagi pencari keadilan, terkhusus para pihak yang bersengketa.
5. Tidak dapat mewujudkan upaya reformasi birokrasi Mahkamah Agung Republik Indonesia yang berorientasi pada visi terwujudnya badan peradilan Indonesia yang agung.

²³⁷ Gupta, A., McDaniel, J. (2002). "Creating competitive advantage by effectively managing knowledge: A framework for knowledge management", *Journal of Knowledge management Practice*. Tersedia di: <http://www.tlinc.com/articl39.htm> Diakses: 22 Agustus 2018.

²³⁸ Barclay, R.O., Murray, C. M. (2002). "What is knowledge management", *Knowledge Praxis*, available from <http://www.media-access.com/whatis.html> Diakses: 22 Agustus 2018.

Dari ketentuan PERMA Nomor 1 Tahun 2016 perlu dipahami bahwa esensi dari mediasi adalah perundingan antara para pihak bersengketa dipandu oleh pihak ketiga (mediator). Perundingan akan menghasilkan sejumlah kesepakatan yang dapat mengakhiri persengketaan. Dalam perundingan dilakukan negosiasi antara para pihak mengenai kepentingan masing-masing pihak yang dibantu oleh mediator. Mediator dalam melakukan mediasi di antara para pihak harus bertindak netral dan tidak memihak kepada salah satu pihak. Pemihakan mediator kepada salah satu pihak akan mengancam gagalnya mediasi. Mediator berupaya menemukan kemungkinan alternatif penyelesaian sengketa para pihak.

Mediator harus memiliki sejumlah keterampilan (*skill*) yang dapat membantunya mencari sejumlah kemungkinan penyelesaian sengketa, selain itu penguasaan negosiasi yang matang dan tepat amat sangat membantu untuk mendamaikan para pihak. Solusi untuk melakukan negosiasi yang tepat, menurut penulis bisa dilaksanakan dengan tahapan-tahapan sebagai berikut:

- a. Tahap Persiapan:
 1. Persiapan = kunci keberhasilan suatu negosiasi.
 2. Mengenal lawan.
 3. Memahami kepentingan kita dan kepentingan pihak lain.
 4. Apa yang menjadi masalah bersama?
 5. Menyiapkan agenda dan logistik: ruangan, konsumsi, dll.
 6. Menyiapkan tim dan strategi.
 7. Menentukan BATNA (Best Alternatif To a Negotiated Agreement)/harga dasar (bottom line).
- b. Orientasi dan mengatur posisi
 1. Bertukar informasi.
 2. Saling menjelaskan permasalahan dan kebutuhan.
 3. Mengajukan tawaran awal
- c. Pemberian konsesi atau tawar menawar
 1. Para pihak saling menyampaikan tawarannya, menjelaskan alasannya, dan membujuk pihak lain untuk menerimanya.
 2. Tidak ada yang salah dengan memberikan konsesi, tetapi jika kita harus memberikan konsesi, pastikan kita mendapatkan sesuatu sebagai imbalannya.
 3. Mencoba memahami pemikiran pihak lain.
 4. Mengidentifikasi kebutuhan bersama.
 5. Mengembangkan dan mendiskusikan opsi-opsi penyelesaian
- d. Penutupan

Merancang kesepakatan atau menjalankan upaya alternatif apabila tidak tercapai kesepakatan:

 1. Mengevaluasi opsi-opsi berdasarkan kriteria objektif.
 2. Membuat kesepakatan formal.

3. Bila tidak berhasil mencapai kesepakatan, membatalkan komitmen atau menyatakan tidak ada komitmen

Proses penyelesaian melalui mediasi diawali dengan mediator mengadakan pertemuan dengan para pihak secara terpisah-pisah/kaukus sebelum pertemuan lengkap diselenggarakan untuk mengetahui informasi apa saja yang boleh dan tidak boleh diungkap dalam pertemuan lengkap.

Artinya pada tahap ini sudah ada peringatan dari mediator. Misalnya seperti larangan menyerang pihak lawan dengan bahasa yang memang tidak enak didengar. Kemudian mediator dapat mempengaruhi apa yang disampaikan oleh satu pihak kepada pihak lawannya dengan cara memodifikasi pesan dalam bahasa yang dapat diterima dan dipahami oleh kedua belah pihak.

Mediasi memiliki banyak sisi positif. Menurut Bindshedler, mediasi mempunyai sisi positif sebagai berikut:

1. Mediator sebagai penengah dapat memberikan usulan-usulan kompromi diantara para pihak;
2. Mediator dapat memberikan usaha-usaha atau jasa-jasa lainnya, seperti memberi bantuan dalam melaksanakan kesepakatan, bantuan keuangan, mengawasi pelaksanaan kesepakatan, dan lain-lain
3. Apabila mediatornya adalah negara, biasanya negara tersebut dapat menggunakan pengaruh dari kekuasaannya terhadap para pihak yang bersengketa untuk mencapai penyelesaian sengketanya.
4. Negara sebagai mediator biasanya memiliki fasilitas teknis yang lebih memadai daripada orang perorangan.

Keunggulan mediasi dibandingkan dengan metode penyelesaian sengketa yang lain adalah proses mediasi relatif lebih mudah dibandingkan dengan alternatif penyelesaian sengketa yang lain. Para pihak yang bersengketa juga mempunyai kecenderungan untuk menerima kesepakatan yang tercapai karena kesepakatan tersebut dibuat sendiri oleh para pihak bersama-sama dengan mediator.

Dengan demikian, para pihak yang bersengketa merasa memiliki putusan mediasi yang telah tercapai dan cenderung akan melaksanakan hasil kesepakatan dengan baik. Putusan mediasi juga dapat digunakan sebagai dasar bagi para pihak yang bersengketa untuk melakukan perundingan-perundingan ataupun negosiasi diantara mereka sendiri jika suatu saat dibutuhkan bila timbul sengketa yang lain diantara para pihak yang bersengketa tanpa perlu melibatkan mediator.

Keuntungan yang lain adalah terbukanya kesempatan untuk menelaah lebih dalam masalah-masalah yang merupakan dasar dari suatu sengketa. Terkadang dalam menyikapi suatu masalah, para pihak yang berkonflik belum mengkaji secara mendalam mengenai pokok masalah yang ada. Para pihak tentu lebih mengutamakan kepentingan negaranya sendiri. Dengan adanya proses mediasi dapat dilakukan telaah yang lebih mendalam dengan

informasi dan data-data yang diberikan oleh kedua belah pihak yang bersengketa.

Pada akhirnya telaah ini dapat lebih bersifat objektif karena didasarkan pada informasi dan kepentingan dari kedua belah pihak. Dalam proses mediasi penting bagi pihak yang bersengketa untuk saling mempercayai bahwa semua pihak akan melaksanakan hasil putusan mediasi dengan baik sehingga dapat dihindari rasa bermusuhan dan dendam.

Proses mediasi yang dilakukan oleh para pihak selaku ahli waris yang bersengketa dengan adanya penengah dari mediator diharapkan akan menghasilkan suatu kesepakatan atas sengketa yang dialami oleh ahli waris. Ahli waris yang bersengketa akan mengukuhkan hasil dari kesepakatan yang telah disepakati dalam proses mediasi untuk mendapatkan kekuatan hukum dan dapat mengikat bagi para ahli waris, kekuatan hukum inilah yang merupakan sebuah indikator yang reliable dalam memberikan kepastian hukum bagi para pihak.

Alternatif dari serangkaian solusi yang paling tepat menurut analisis penulis adalah secara berkesinambungan dan terintegrasi berbagai pihak terkait yaitu dengan berorientasi kepada peningkatan kompetensi skill mediator, dengan jalan mengoptimalkan penerapan dari Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi, Pasal 12, Ayat (1), huruf a dengan jalan selalu fokus serta menindaklanjuti hasil pengkajian dan penelitian terhadap kondisi mediasi terkhusus perkara waris yang mana sebagian besar proses mediasi perkara waris diketahui berstatus Mediasi Tidak Berhasil. Proses tindaklanjut yang dimaksud adalah dengan meningkatkan kualitas dari kapasitas dan kompetensi skill mediator bersertifikat yang bertugas di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya pada khususnya dan Pengadilan Agama-Agama di seluruh Indonesia pada khususnya.

Langkah selanjutnya adalah relevan dengan Perma Nomor 1 tahun 2016 Pasal 12, Ayat (1), huruf c Tentang Prosedur Mediasi, di mana solusi menurut penulis yang diasakan efektif adalah pelaksanaan evaluasi terhadap lembaga yang terakreditasi adalah meminta pihak terkait (lembaga yang terakreditasi pelatihan mediator) untuk menambah satu kurikulum materi penguasaan ilmu faraid pada saat proses pelatihan sertifikasi mediator, sehingga kompetensi skill mediator pada saat lulus pelatihan benar-benar sudah relevan dan dapat memenuhi kebutuhan dalam proses memediasi perkara waris di Pengadilan Agama di wilayahnya bertugas.

Bilamana perlu serta guna menegakkan wibawa dan visi terwujudnya Badan Peradilan Indonesia Yang Agung maka dapat dilakukan rekonstruksi terhadap Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi terkhusus syarat dan evaluasi lembaga terakreditas agar memiliki dan sanggup untuk melakukan pelatihan secara intensif terhadap ilmu faraid dan ilmu-ilmu yang dirasakan perlu dalam memediasi misal ilmu ekonomi syariah, ilmu psikologis dan ilmu komunikasi lebih mendalam.

F. ANALISIS MEDIASI DAN KEMASLAHATAN HUKUM BAGI PIHAK BERSENGKETA

Sebagaimana diketahui untuk menjalankan hukum formil atau hukum acara perdata sebagaimana yang telah diatur dalam HIR/RBg, maka ditentukan bahwa hakim wajib untuk mengupayakan perdamaian antara kedua belah pihak yang bersengketa. Hal ini sesuai dengan Pasal 130 HIR/154 RBG. Dalam proses pemeriksaan perkara di pengadilan pada sidang pertama jika pihak penggugat dan pihak tergugat hadir maka hakim akan menawarkan perdamaian kepada pihak-pihak yang bersengketa.

1. Praktik Mediasi di Pengadilan Agama

Proses perdamaianya dapat dilakukan di dalam persidangan atau juga dapat dilakukan di luar pengadilan. Pada proses perdamaian inipun boleh dibantu oleh pihak ketiga atau tanpa bantuan pihak ketiga. Hakim juga akan memberikan waktu untuk berpikir kepada kedua belah pihak yang berperkara dan juga memberikan waktu untuk melakukan proses perdamaian. Cara ini membutuhkan kesabaran dan kesadaran masing-masing pihak untuk mencapai kata sepakat (perdamaian) antara pihak-pihak yang bersengketa.

Kondisi ini menunjukkan bahwa proses mediasi merupakan tahapan tersendiri yang terpisahkan dengan litigasi sesuai dengan Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi Pasal 35 Ayat (1) Terhitung sejak penetapan perintah melakukan Mediasi dan penunjukan Mediator sebagaimana dimaksud dalam Pasal 20 ayat (5), jangka waktu proses Mediasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24 ayat (2) dan ayat (3), serta Pasal 33 ayat (4) tidak termasuk jangka waktu penyelesaian perkara sebagaimana ditentukan dalam kebijakan Mahkamah Agung mengenai penyelesaian perkara di Pengadilan tingkat pertama dan tingkat banding pada 4 (empat) lingkungan peradilan.

Kehadiran Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan ini merupakan penyempurnaan dari Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) sebelumnya, yakni Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) Nomor 1 Tahun 2008 karena belum optimal dalam memenuhi kebutuhan pelaksanaan mediasi yang lebih berdayaguna dan mampu meningkatkan keberhasilan mediasi di Pengadilan.

Berdasarkan temuan penelitian penulis berkaitan dengan proses mediasi perkara waris dalam memberikan kemaslahatan di lingkungan wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya dapat dikemukakan kondisinya secara umum, dari beberapa Pengadilan Agama - Pengadilan Agama adalah sebagai berikut: Pengadilan Agama Tulungagung (Tlg-01/IIac/1009/2015), Pengadilan Agama eks karesidenan Surabaya, (Sby-01/IIac/1409/2016), Pengadilan Agama Sidoarjo (Sda-01/IIac/1709/2016) diketahui pelaksanaan mediasi perkara waris yang dilakukan sudah sesuai dengan prosedur dan aturan baik Perma nomor 1 tahun 2008 maupun setelah disempurnakan dengan Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi, temuan fakta di lapangan

menunjukkan bahwa meskipun prosedurnya sudah benar, realitanya masih banyak yang melanjutkan ke arah litigasi, sehingga tidak tercapai kesepakatan di antara para pihak, atau dikatakan proses mediasi gagal, dan kondisi inilah yang banyak dialami oleh Pengadilan Agama-Pengadilan Agama di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya.

Menurut Gary Good Poster, mediasi adalah proses negosiasi pemecahan masalah, dimana pihak luar yang tidak memihak atau netral bekerja sama dengan pihak yang berperkara untuk membantu mendapatkan kesepakatan penyelesaian yang memuaskan. Berbeda dengan hakim dan arbiter, mediator tidak mempunyai wewenang untuk memutuskan sengketa antara para pihak, tetapi para pihak yang bersengketa hanya sebatas menguasai kepada mediator untuk membantu menyelesaikan sengketa yang dihadapi mereka.²³⁹

Hal tersebut konsisten dengan Perma No. 1 Tahun 2016, mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator. Mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian (*vide* Pasal 1 butir 6 dan 7).

Proses mediasi yang berjalan di PTA Wilayah Surabaya sepanjang periode tahun 2014 dan tahun 2015, bila merunut dari pengertian dan prosedur hukum saat itu yakni Perma nomor 1 tahun 2016, maka sebagaimana Pengadilan Agama di seluruh Indonesia, pelaksanaan mediasi di PTA Wilayah Surabaya mengacu pada aturan-aturan tersebut.²⁴⁰

Dari pengalaman praktik mediasi pasca diundangkannya Peraturan Nomor 1 tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi ini, temuan peneliti selama proses penyusunan disertasi ini diketahui bahwa dalam proses mediasi masing-masing pihak diwajibkan tanpa terkecuali untuk menyampaikan usulan atau proposal mediasi secara tertulis langsung kepada Mediator yang ditunjuk tanpa memberikan salinan usulan tersebut kepada pihak lawan seperti dalam praktik Perma Mediasi Sebelumnya.

Selain itu, Mediator juga diberikan kewenangan secara aktif untuk mempelajari keseriusan dan iktikad baik dari para pihak untuk berdamai dan selanjutnya menilai apakah masih ada celah atau titik temu bagi para pihak yang bersengketa untuk berdamai, sambil menyampaikan perkembangan proses mediasi tersebut kepada Majelis Hakim pemeriksa perkara.

Implementasi mediasi memberi Kemaslahatan bagi Para Pihak yang bersengketa perkara waris, tidak terlepas dari upaya perwujudan kemaslahatan yang dalam disertasi ini teori ma lahat digunakan sebagai *middle theory* untuk mengetahui manfaat pengintegrasian mediasi dalam beracara menyelesaikan perkara waris di pengadilan Agama. Tentu saja tidak dapat mengabaikan

²³⁹ Gary Good Poster, Op.cit.

²⁴⁰ ProsedurMediasi di Pengadilan Agama Kabupaten Malang (Online) (diakses di <http://www.pal-malangkab.go.id/>, tanggal 15 Oktober 2015)

penggunaan teori hukum Islam yang juga telah digunakan oleh kalangan pemikir sebelumnya. *Al-ma hlahah* seperti dikemukakan pada bab terdahulu, menduduki posisi yang sangat penting dalam menetapkan hukum, berkenaan dengan kasus harta bersama di Pengadilan Agama, oleh karena harta bersama adalah tidak terdapat dalam fikih klasik dan hal ini termasuk pembaharuan hukum Islam di Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan dan Kompilasi Hukum Islam.

2. Kemaslahatan Hukum Bagi Para Pihak Bersengketa

Berkaitan dengan kemaslahatan yang diperoleh para pihak yang bersengketa perkara waris dengan melalui tahapan mediasi, maka diketahui berdasarkan teori persamaan antara mediasi dengan *tahkim* yang terdapat dalam al-Qur'an dan hadits, pelaksanaan mediasi di pengadilan Agama dapat dikatakan tidak bertentangan dan bahkan sejalan dengan hukum Islam. Kedua sistem penyelesaian sengketa ini masing-masing melibatkan pihak ketiga sebagai penengah atau sebagai mediator dengan tugas membantu kedua pihak mencari jalan keluar yang terbaik demi untuk mencapai kesepakatan damai, temuan dan kajian hambatan tersebut akan dikemukakan dalam telaah di bawah ini.

Al-Qur'an dan hadist dalam Islam menawarkan cara penyelesaian sengketa baik melalui pengadilan (litigasi) melalui pembuktian fakta hukum (ajudikasi) maupun di luar pengadilan (nonlitigasi) melalui perdamaian (*sulh*)²⁴¹.

Sulh merupakan suatu jalan untuk mengakhiri sengketa yang terjadi melalui perdamaian yang dapat dilakukan di depan maupun di luar pengadilan dengan pertimbangan bahwa *sulh* dapat memuaskan para pihak dan tidak ada pihak yang merasa menang atau kalah, sehingga *sulh* dapat mengantarkan pada ketentraman hati, kepuasan dan memperkuat tali silaturahmi. Pola *sulh* ini dapat dikembangkan menjadi berbagai alternatif penyelesaian sengketa berupa mediasi, arbitrase, negosiasi, ajudikasi dan lain-lain.

Proses penyelesaian sengketa dengan dibantu oleh pihak ketiga dalam Islam dikenal dengan hakam berdasarkan firman Allah berikut.

"Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-istri itu."

Ayat di atas menganjurkan adanya pihak ketiga sebagai penengah atau mediator dalam penyelesaian sengketa. Keberadaan pihak ketiga sangat penting dalam menjembatani para pihak yang bersengketa. Walaupun *asbab an-nuzul* ayat tersebut mengenai sengketa keluarga, namun konsep hakam dapat diaplikasikan pada sengketa perdata lainnya yang berhubungan dengan hak-hak kemanusiaan seperti sengketa kewarisan. Keberadaan *sulh* sebagai

²⁴¹ Syahrizal Abbas, Mediasi dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional,, hlm. 157.

upaya damai dalam penyelesaian sengketa antar sesama muslim yang bertikai sebagaimana dijelaskan dalam firman Allah sebagai berikut.

"Sesungguhnya orang-orang mukmin adalah bersaudara karena itu damaikanlah antara kedua saudaramu dan bertakwalah kepada Allah supaya kamu mendapat rahmat."

Keberadaan mediasi yang tidak terlepas dari upaya mendamaikan para pihak dengan mengutamakan musyawarah, juga memiliki landasan religi yang cukup tinggi dan kokoh, di mana dalam ketatanegaraan Islam, dikenal istilah "*ahli syura*". Posisinya yang sangat penting membuat keberadaannya tidak mungkin dipisahkan dengan struktur ketatanegaraan. Karena bagaimanapun bagusnya seorang pemimpin, ia tetap tidak akan pernah lepas dari kelemahan, kelalaian, atau ketidaktahuan dalam beberapa hal. Sampai-sampai Nabi Muhammad *shallallahu 'alaihi wa sallam pun diperintahkan untuk melakukan syura*, apalagi selain beliau tentunya.

Hakekat pelaksanaan musyawarah itu sendiri menurut ulama dapat dikemukakan sebagai berikut:

Asy-Syaikh Abdurrahman as-Sa'di rahimahullah mengatakan, "Jika Allah *subhanahu wa ta'la* mengatakan kepada Rasul-Nya—padahal beliau adalah orang yang paling sempurna akalinya, paling banyak ilmunya, dan paling bagus idenya—, 'Maka bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan itu', maka bagaimana dengan yang selain beliau?" (*Taisir al-Karimirrahman*, hlm. 154)

Kata *asy-syura* adalah ungkapan lain dari kata musyawarah atau *masyurah* yang dalam bahasa kita juga dikenal dengan *musyawarah*, sehingga *ahli syura* adalah orang-orang yang dipercaya untuk diajak bermusyawarah.

Disyariatkannya *Syura*, Allah *subhanahu wa ta'la* berfirman:

وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ

"Maka bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan itu." (Ali 'Imran: 159)

Juga Allah *subhanahu wa ta'la* memuji kaum mukminin dengan firman-Nya:

وَأْمُرْهُمْ شُورًا نَبِيِّنَهُمْ وَمِمَّا رَزَقْنَاهُمْ يُنْفِقُونَ ﴿٣٨﴾

"Dan urusan mereka (diputuskan) dengan musyawarah dan mereka menafkahkan sebagian yang kami rezekikan kepada mereka." (*asy-Syura*: 38)

Kedua ayat yang mulia di atas menunjukkan tentang disyariatkannya bermusyawarah. Ditambah lagi dengan praktik Nabi *shallallahu 'alaihi wa sallam* yang sering melakukannya dengan para sahabatnya, seperti dalam masalah tawanan Perang *Badr*, kepergian menuju *Uhud* untuk menghadapi

kaum musyrikin, menanggapi tuduhan orang-orang munafik yang menuduh 'Aisyahradhiallahu 'anhabertzina, dan lain-lain. Demikian pula para sahabat beliau berjalan di atas jalan ini. (lihat *Shahih al-Bukhari*, 13/339 dengan *Fathul Bari*)

Ibnu Hajarrahimahullah berkata, "Para ulama berselisih dalam hukum wajibnya." (*Fathul Bari*, 13/341)

Syura teramat penting keberadaannya sehingga para ulama, di antaranya al-Qurthubi *rahimahullah*, mengatakan, "Syura adalah keberkahan." (*Tafsir al-Qurthubi*, 4/251)

Al-Hasan Al-Bashri *rahimahullah* mengatakan, "Tidaklah sebuah kaum bermusyawah di antara mereka kecuali Allah *Subhanahu Wa Ta'la* akan tunjuki mereka kepada yang paling utama dari yang mereka ketahui saat itu." (Ibnu Hajar *rahimahullah* mengatakan, "Diriwayatkan oleh al-Bukhari *rahimahullah* dalam *al-Adabul Mufrad* dan Ibnu Abi Hatim *rahimahullah* dengan sanad yang kuat." Lihat *Fathul Bari*, 13/340)

Asy-Syaikh Abdurrahman as-Sa'di rahimahullah dalam Tafsir-nya menyebutkan faedah-faedah musyawah, di antaranya:

1. Musyawah termasuk ibadah yang mendekatkan kepada Allah *Subhanahu Wa Ta'la*.
2. Dengan musyawah akan melegakan mereka (yang diajak bermusyawah) dan menghilangkan ganjalan hati yang muncul karena sebuah peristiwa. Berbeda halnya dengan yang tidak melakukan musyawah. Dikhawatirkan, orang tidak akan sungguh-sungguh mencintai dan tidak menaatinya. Seandainya menaati pun, tidak dengan penuh ketaatan.
3. Dengan bermusyawah, akan menyinari pemikiran karena menggunakan pada tempatnya.
4. Musyawah akan menghasilkan pendapat yang benar, karena hampir-hampir seorang yang bermusyawah tidak akan salah dalam perbuatannya. Kalaupun salah atau belum sempurna sesuatu yang ia cari, maka ia tidak tercela. (*Taisir al-Karimirrahman*, hlm. 154)

Para ulama berbeda pendapat dalam mempermasalahkan hal-hal yang sesungguhnya Nabishallallahu 'alaihi wa sallamdiperintah Allahsubhanahu wa ta'launtuk bermusyawah dengan para sahabatnya, sebagaimana tersebut dalam surat *Ali Imran* ayat 159.

Dalam hal ini, Ibnu Jarirrahimahullah menyebutkan beberapa pendapat:

1. Pada masalah strategi peperangan dan dalam menghadapi musuh untuk melegakan para sahabat serta untuk mengikat hati mereka kepada agama ini dan agar mereka melihat bahwa Nabishallallahu 'alaihi wa sallamjuga mendengar ucapan mereka.
2. Nabi *shallallahu 'alaihi wa sallam* justru diperintahkan untuk bermusyawah dalam perkara itu walaupun beliau punya pendapat

- yang paling benar karena adanya keutamaan (*fadhilah*) dalam musyawarah.
3. Allah *subhanahu wa ta'la*perintahkan beliau untuk bermusyawarah padahal beliau sesungguhnya sudah cukup dengan bimbingan dari Allah*subhanahu wa ta'la*. Hal ini dalam rangka memberi contoh kepada umatnya sehingga mereka mengikuti beliau ketika dilanda suatu masalah, dan ketika mereka bersepakat dalam sebuah perkara, maka Allah *subhanahu wa ta'la*akan berikan taufik-Nya kepada mereka kepada yang paling benar. (Tafsir *ath-Thabari*, 4/152—153 dengan diringkas)
 4. Sebagian ulama berpendapat bahwa maksudnya adalah musyawarahpada perkara yang Nabishallallahu *'alaihi wa sallam*belum diberi ketentuannya tentang perkara itu secara khusus.
 5. Maksudnya yaitu pada urusan keduniaan secara khusus.
 6. Pada perkara agama dan kejadian-kejadian yang belum ada ketentuannya dari Allah *subhanahu wa ta'la*yang harus diikuti. Juga pada urusan keduniaan yang dapat dicapai melalui ide dan perkiraan yang kuat. (*Ahkamul Qur'an*karya al-Jashshash, 2/40—42)

Pendapat terakhir inilah yang dianggap paling kuat oleh al-Jashshash rahimahullah dengan alasan-alasan yang disebut dalam kitab beliau. Lalu beliau juga berkata, “Dan pasti Nabishallallahu *'alaihi wa sallam*bermusyawarah pada hal-hal yang belum ada nash atau ketentuannya dari Allah *subhanahu wa ta'la*, yang tidak boleh bagi beliau melakukan musyawarah pada hal-hal yang telah ada ketentuannya dari Allah *Subhanahu Wa Ta'la*. Ketika Allah*Subhanahu Wa Ta'la*tidak mengkhususkan urusan agama dari urusan dunia ketika memerintahkan Nabi-Nya untuk musyawarah, maka pastilah perintah untuk musyawarah itu pada semua urusan.

Tampaknya pendapat ini pula yang dikuatkan oleh Ibnu Hajar rahimahullah dalam kitabnya *Fathul Bari*(13/340) setelah menyebutkan pendapat-pendapat di atas. Juga oleh *asy-Syaikh Abdurrahman as-Sa'di rahimahullah*dalam Tafsir-nya (hlm. 154) seperti yang terpahami dari ucapan beliau. Jadi tidak semua perkara dimusyawarahkan sampai-sampai sesuatu yang telah ditentukan syariat pun dimusyawarahkan, tapi hal tertentu saja seperti yang dijelaskan di atas.

Yang mendukung hal ini adalah bacaan Abdullah bin 'Abbas*radhiallahu 'anhuma*:

وَشَاوِرْهُمْ فِي بَعْضِ الْأَمْرِ

“Maka bermusyawarahlah dengan mereka dalam *sebagian* urusan itu.”
(Tafsir al-Qurthubi, 4/250)

Semua hal di atas kaitannya dengan musyawarah yang dilakukan oleh Nabishallallahu *'alaihi wa sallam*. Maka yang boleh dimusyawarahkan oleh umatnya perkaranya semakin jelas, yaitu pada hal-hal yang belum ada nash

atau ketentuannya baik dari Allah *subhanahu wa ta'la* maupun Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam*. Artinya, jika telah ada ketentuannya dari syariat, maka **tidak boleh** melampauinya. Mereka harus mengikuti ketentuan syariat tersebut. Allah *subhanahu wa ta'la* berfirman:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْدِمُوا بَيْنَ يَدَيْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿١﴾

“Wahai orang-orang yang beriman, janganlah kalian mendahului Allah dan Rasul-Nya dan bertakwalah kalian kepada Allah, sesungguhnya Allah Maha Mendengar dan Maha Mengetahui.” (al-Hujurat: 1)

Al-Imam al-Bukharirahimahullah mengatakan, “Maka Abu Bakar *radhiallahu 'anhu* tidak memilih musyawarah jika beliau memiliki hukum dari Rasulullah *shallallahu 'alaihi wa sallam*...” (Shahih al-Bukhari, 13/339—340 dengan *Fathul Bari*)

Sebaliknya, jika sudah ada ketentuannya dalam syariat namun mereka tidak mengetahuinya, lupa, atau lalai, maka boleh bermusyawarah untuk mengetahui ketentuan syariat dalam perkara tersebut, bukan untuk menentukan sesuatu yang berbeda dengan ketentuan syariat. Al-Imam asy-Syafi'irahimahullah mengatakan, “Seorang hakim/pemimpin diperintahkan untuk bermusyawarah, karena seorang penasihat akan mengingatkan dalil-dalil yang dia lalaikan dan menunjukkan dalil-dalil yang tidak dia ingat, bukan untuk bertaklid kepada penasihat tersebut pada apa yang dia katakan. Karena sesungguhnya Allah *subhanahu wa ta'la* tidak menjadikan kedudukan yang demikian (diikuti dalam segala hal) itu bagi siapa pun setelah Nabi *shallallahu 'alaihi wa sallam*.” (*Fathul Bari*, 13/342)

Berdasarkan pemahaman dan hakekat musyawarah yang dikemukakan di atas, maka dapat peneliti sampaikan musyawarah yang dilakukan oleh para mediator dalam menangani proses mediasi adalah sebuah konsep mencari titik temu diantara para pihak berkaitan dengan sengketa perkara waris diantara mereka, yang seyogyanya bukan musyawarah untuk mencari titik temu pembagian waris yang sudah jelas dan terang diatur dalam hukum *faraid*.

Untuk menyelesaikan sengketa terkhusus perkara waris memang sulit, namun dengan prosedur dan kompetensi mediator dalam melaksanakan sebuah acara mediasi, diharapkan mediasi dapat memberikan beberapa keuntungan sebagai berikut:

1. Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa dengan cepat dan relatif murah dibandingkan membawa perselisihan tersebut ke pengadilan atau arbitrase.
2. Mediasi akan memfokuskan para pihak pada kepentingan mereka secara nyata dan pada kebutuhan emosi atau psikologis mereka, jadi bukan hanya pada hak-hak hukumnya.

3. Mediasi memberikan kesempatan para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka.
4. Mediasi memberi para pihak kemampuan untuk melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya.
5. Mediasi dapat mengubah hasil, yang dalam litigasi dan arbitrase sulit diprediksi, dengan suatu kepastian melalui konsensus.
6. Mediasi memberi hasil yang tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih baik diantara para pihak yang bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskan.
7. Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan yang bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di pengadilan.

Hal-hal yang dapat diatasi melalui penyelesaian sengketa melalui mediasi adalah:

1. Menyediakan sebuah suasana yang tidak mengancam.
2. Memberikan setiap pihak kesempatan untuk berbicara dan didengarkan oleh pihak lainnya dengan lebih leluasa.
3. Meminimalkan perbedaan diantara mereka dengan menciptakan situasi informal.
4. Perilaku mediator yang netral dan tidak memihak memberikan kenyamanan tersendiri.
5. Tidak menekankan setiap pihak untuk menyetujui suatu penyelesaian.

Menurut Gustav Radbruch, sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo mengatakan bahwa, "hukum itu harus memenuhi berbagai karya sebagai nilai dasar dari hukum. Nilai dasar hukum tersebut adalah keadilan, kegunaan dan kepastian hukum."²⁴² Sekalipun ketiga-tiganya itu merupakan nilai dasar dari hukum, namun antara mereka terdapat suatu ketegangan. Oleh karena ketiga-tiganya berisi tuntutan yang berlainan, sehingga mempunyai potensi untuk saling bertentangan.

Proses mediasi selanjutnya pihak-pihak yang bersengketa di muka pengadilan terlebih dahulu harus menyelesaikan persengketaannya melalui perdamaian atau perundingan dengan menyelesaikan persengketaannya melalui perdamaian atau perundingan dengan dibantu mediator, yang menguasai dan melembutkan hati para pihak terhadap konsekuensi kalo proses perdamaian gagal, baik konsekuensi dari segi muamalah, segi hukum, maupun biaya.

Agama sebagai pedoman aturan hidup akan memberikan petunjuk kepada manusia sehingga dapat menjalani kehidupan ini dengan baik, teratur, dan aman. Agama merupakan peraturan yang dijadikan sebagai pedoman hidup sehingga dalam menjalani kehidupan ini manusia tidak mendasarkannya pada selera masing-masing. Islam adalah agama yang mengajarkan kepada pemeluknya untuk menyebarkan benih perdamaian, keamanan, dan

²⁴² Satjipto Rahardjo, Ilmu Hukum, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996), hlm. 19.

keselamatan untuk diri sendiri, sesama manusia (muslim dan nonmuslim), dan kepada lingkungan sekitarnya (*rahmatan lil'alam*).

Perdamaian, keamanan, dan keselamatan ini hanya dapat diperoleh jika setiap muslim taat dan patuh, mengetahui dan mengamalkan aturan-aturan, menjalankan perintah dan menjauhi larangan Allah *Subhana wataala* yang dijelaskan dalam sumber ajaran agama Al-Qur'an dan Al Hadist.

Agama juga telah memberi petunjuk bagi setiap manusia yang ditentukan melalui syariah dan berfungsi sebagai pedoman hidup masyarakat yang seharusnya terjelma dalam semua tahapan proses kehidupan. Nilai-nilai Islam tersebut antara lain adalah nilai *Ilahiyah* (Ketuhanan), nilai *Khuluqiyah* (akhlak), serta nilai *Insaniyah* (Kemanusiaan).

Bersumber dari nilai *Ilahiyah* diimplementasikan ke dalam sejumlah prinsip dasar atau asas yang lebih konkret dalam sejumlah bidang-bidang hukum Islam, antara lain, yaitu

1. Prinsip Aqidah; yang tertuang ke dalam lima rukun Islam dan enam rukun iman.
2. Prinsip ibadah yang dimaknakan secara luas bukan semata ibadah *muhdlah* (shalat, puasa, zakat, sedekah, haji, dan lain-lain), melainkan juga meliputi aktivitas *muamalah al-makhluqiyah* (hubungan interaksional ke seluruh makhluk)
3. Prinsip Syariah (hukum) menunjukkan segala aktivitas manusia senantiasa dikembalikan pada ketentuan syariah sebagai dasar utamanya.

Peradilan agama sebagai salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman telah mempraktikkan mediasi di dalam proses penyelesaian perkara.

Analisis ini mempergunakan pendekatan teori *kemaslahatan* dengan teori dasar *maqashid al-syar'iyah* yang bermakna memelihara keturunan dan harta sebagaimana dalam prinsip *dharûriyyah*. Menyelesaikan sengketa hukum keluarga berupa kasus harta bersama, kasus harta warisan, kasus pemeliharaan anak bagi pihak suami istri yang cerai dengan cara kesepakatan perdamaian melalui proses mediasi, dengan demikian berarti menutup sebagian kemungkinan terjadinya kerenggangan hubungan kekeluargaan.

Menggapai suatu keadilan kadang harus menempuh perjalanan yang panjang, lama, dan berliku-liku. Hal ini terjadi karena sistem peradilan di Indonesia terbuka lebar peluang menempuh perjalanan panjang seperti halnya perkara yang dianalisis ini, apabila tidak mampu diselesaikan dengan cara damai, baik damai dalam persidangan maupun damai dengan mempergunakan sistem mediasi.

Berdasarkan hasil penelitian tersebut maka dapat dikemukakan bahwa implementasi mediasi bagi para Pihak Yang bersengketa perkara waris di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya sudah berjalan sesuai dengan prosedur mediasi yang di atur dalam Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi, namun dari segi kemaslahatan yang diharapkan belum sepenuhnya optimal dirasakan oleh para pihak yang bersengketa perkara

waris, hal ini merupakan implikasi dari serangkaian upaya oleh mediator khususnya hal musyawarah dalam menangani proses mediasi, yang mana seyogyanya dapat mengkaitkan konsep dan mencari titik temu pembagian waris diantara para pihak berkaitan dengan sengketa perkara waris diantara mereka.

Bilamana upaya kemaslahatan untuk mencari titik temu pembagian waris sudah jelas dan dapat disampaikan dengan ilmiah, netral tidak memihak serta sesuai dengan kaidah untuk mengupayakan perdamaian dengan memberikan pemahaman yang baik soal standarisasi titik temu kepada para pihak yang akan dimediasi, dengan menggunakan skill yang dimiliki terkhusus ilmu faraid, keberhasilan dalam mengupayakan perdamaian dan kemaslahatan dalam proses mediasi diharapkan dapat menegakkan kewibawaan hukum dan badan peradilan.

G. IMPLEMENTASI DAN EFEKTIVITAS MEDIASI PENYELESAIAN SENGKETA WARIS

Mengupayakan damai merupakan tugas yang melekat pada seorang hakim maupun hakim mediator. Hakim melakukan upaya damai secara terus menerus dalam setiap proses pemeriksaan perkara yang ia tangani. Seorang hakim mediator menjalankan mediasi terhadap perkara yang ia tidak terlibat dalam majelis hakim yang memeriksa dan mengadili perkara yang ia mediasikan. Hakim mediator ditunjuk oleh majelis hakim atau oleh para pihak yang meminta seorang hakim untuk memediasikan perkara mereka. Hakim harus bersedia menjadi mediator, bila ia diminta para pihak untuk menyelesaikan perkara mereka melalui jalur mediasi.²⁴³

Pada sidang pertama, bahkan pada sidang-sidang berikutnya, Majelis Hakim berkewajiban untuk mendamaikan para pihak yang berperkara. Pada sidang upaya perdamaian, inisiatif perdamaian dapat timbul dari hakim, penggugat ataupun tergugat. Hakim harus sungguh-sungguh untuk mendamaikan para pihak. Apabila usaha perdamaian berhasil, maka pengadilan akan mengeluarkan akta perdamaian (*acta van vergelijck*) yang isinya menghukum kedua belah pihak untuk memenuhi isi perdamaian yang telah dibuat antara mereka.

Akta perdamaian tidak dapat dimintakan banding, kasasi atau Peninjauan Kembali (PK), dan tidak dapat dijadikan gugatan baru lagi.²⁴⁴ Ketentuan formal dari suatu putusan perdamaian sebagai berikut. Adanya persetujuan dari kedua belah pihak, dengan unsur-unsur persetujuan, yaitu:

- a. Adanya akta sepakat secara rela atau *toestemming*.
- b. Kedua belah pihak cakap membuat persetujuan.
- c. Objek persetujuan mengenai pokok tertentu (*bepaalde onderwerp*).

²⁴³ Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, (Jakarta: Kencana, 2011), hlm. 318-319

²⁴⁴ Mardani, *Hukum Acara Perdata Peradilan Agama dan Mahkamah Syariah*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2009), hlm. 84.

d. Berdasarkan alasan yang diperbolehkan dalam *geoorloosfde oorzak*

Putusan perdamaian yang dimuat di muka sidang mempunyai kekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijsde*) dan dapat dilaksanakan eksekusi sebagaimana layaknya putusan biasa yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.²⁴⁵

Perdamaian bisa pula dilakukan oleh para pihak yang berperkara di luar sidang pengadilan. Perjanjian semacam ini hanya berkekuatan sebagai persetujuan kedua belah pihak belaka, yang apabila tidak ditaati oleh salah satu pihak, maka masih harus diajukan melalui suatu proses di pengadilan. Dalam perjanjian perdamaian tidak boleh terdapat cacat yang mengandung unsur kekeliruan (*devalding*), paksaan (*dwang*), dan penipuan (*bed rog*), bila mengandung cacat, maka putusan perdamaian dapat dibatalkan.²⁴⁶

Berdasarkan teori efektifitas hukum yang dikemukakan oleh Soejono Soekanto, efektif tidaknya suatu hukum ditentukan oleh 5 (lima) faktor:²⁴⁷

Faktor-faktor tersebut mempunyai arti yang netral, sehingga dampak positif atau negatifnya terletak pada isi faktor-faktor tersebut. Faktor Pertama, adalah faktor hukumnya sendiri, yaitu Undang-undang, dalam penelitian ini adalah Perma Nomor 1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Yang Kedua, adalah faktor penegak hukum yaitu para pejabat hukum di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya. Ketiga, faktor sarana atau fasilitas yang mendukung penegakan hukum, karena tanpa adanya sarana dan fasilitas tersebut, maka tidak mungkin penegakan hukum akan berjalan dengan lancar. Keempat, adalah masyarakat, yaitu lingkungan di mana hukum tersebut berlaku atau diterapkan. Kelima, faktor kebudayaan yang pada dasarnya mencakup nilai-nilai yang mendasari hukum yang berlaku.

Apabila membicarakan efektifitas hukum dalam masyarakat Indonesia berarti membicarakan daya kerja hukum dalam mengatur dan/atau memaksa warga masyarakat untuk taat terhadap hukum. Efektifitas hukum berarti mengkaji kaidah hukum yang harus memnuhi syarat, yaitu berlaku secara yuridis, sosiologis, dan filosofis.²⁴⁸

Dalam menentukan efektif tidaknya, mediasi sebenarnya bisa dilihat dari dua segi, yaitu dari segi waktu, dan dari segi penggunaan. Terlebih mayoritas yang mengajukan perkara waris dalam hal ini adalah pihak yang berperkara terkadang datang dengan kondisi yang emosi, apalagi biasanya salah satu pihak sudah menguasai hak waris dari pihak penggugat dalam waktu yang lama, ini akan menambah beban batin yang semakin lama bagi pihak yang berpekar.

²⁴⁵ Ibid

²⁴⁶ Ibid

²⁴⁷ www.detikhukum.wordpress.com. Diaksespada 30 Agustus 2017.

²⁴⁸ Zainuddin Ali, FilsafatHukum, (Jakarta: SinarGrafika, 2011), hlm. 94.

1. Proses Pelaksanaan Mediasi

Berdasarkan temuan hasil penelitian penulis proses pelaksanaan mediasi perkara waris di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya tidak berpengaruh pada jumlah perkara yang masuk di pengadilan. Serta tidak dapat menekan terjadinya peningkatan penyelesaian sengketa perkara waris, secara otomatis harapan Mahkamah Agung untuk mengurangi penumpukan perkara pada pengadilan tingkat Banding belum bisa terealisasi.

Salah satu faktor yang menjadikan dukungan dalam proses mediasi perkara waris, ditinjau dari segi sumberdaya manusia adalah keberadaan mediator, seperti diketahui seseorang dapat menjadi mediator bilamana secara formal telah mendapat sertifikasi sebagai mediator.

Sertifikat mediator bagi setiap orang yang menjalankan fungsi mediator sangat penting karena berkaitan dengan profesionalisme dalam proses mediasi. Sesuai dengan Perma Nomor 1 tahun 2016 tentang prosedur Mediasi di Pengadilan bab III Pasal 13 (1) Setiap Mediator wajib memiliki Sertifikat Mediator yang diperoleh setelah mengikuti dan dinyatakan lulus dalam pelatihan sertifikasi Mediator yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung atau lembaga yang telah memperoleh akreditasi dari Mahkamah Agung.

Pelatihan tentang teori dan praktek ini akan membekali hakim maupun para mediator agar memiliki ketrampilan tambahan dalam fasilitasi proses mediasi. Sebagaimana seseorang yang akan menjadi hakim, maka ia harus dibekali materi dalam bidang litigasi. Pendidikan dan pelatihan mediasi dengan kompetensi yang relevan terhadap fokus perkara yang akan ditangani kepada calon mediator sangat penting untuk menunjang skill calon mediator dalam melaksanakan fungsi mediator.

Dalam Perma nomor 1 tahun 2016, Pasal 14 dikemukakan Tugas-tugas Mediator pada Butir (e) menjelaskan bahwa Mediator dapat mengadakan pertemuan dengan satu pihak tanpa kehadiran pihak lainnya (kaukus); Proses Kaukus merupakan salah satu moment yang krusial, kelihaihan dan kecermatan mediator dalam menangani sengketa perkara waris sangat-sangat dibutuhkan pada proses ini, dikarenakan dengan kaukus diharapkan mediator dapat:

1. Memungkinkan salah satu pihak untuk mengungkapkan kepentingan yang tidak ingin mereka ungkapkan di hadapan mitra rundingnya;
2. Memungkinkan mediator untuk mencari informasi tambahan, mengetahui garis dasar dan BATNA, menyelidiki agenda tersembunyi;
3. Membantu mediator dalam memahami motivasi para pihak dan prioritas mereka dan membangun empati dan kepercayaan secara individual;

Penyesuaian selanjutnya sesuai dengan Perma Nomor 1 tahun 2016, Pasal 14 berkaitan dengan Tahapan tugas mediator, penjelasan Perma nomor 1 tahun 2016 di atas secara global sudah memberikan sebuah pedoman tahapan-tahapan yang seyogyanya dilalui oleh mediator dalam menangani

mediasi sengketa perkara waris, terkhusus Ayat (e), (i), (j) dan (k) dikemukakan bahwa Ayat e) menjelaskan bahwa Mediator dapat mengadakan pertemuan dengan satu pihak tanpa kehadiran pihak lainnya (kaukus); Ayat i) menginventarisasi permasalahan dan mengagendakan pembahasan berdasarkan skala prioritas, Ayat j) memfasilitasi dan mendorong Para Pihak untuk: (1) menelusuri dan menggali kepentingan Para Pihak; (2) mencari berbagai pilihan penyelesaian yang terbaik bagi Para Pihak; dan (3) bekerja sama mencapai penyelesaian; serta k.) membantu Para Pihak dalam membuat dan merumuskan Kesepakatan Perdamaian.

Berdasarkan penjelasan Perma nomor 1 tahun 2016 salah satu poinnya adalah melaksanakan kaukus kepada para pihak, serta dapat menginventarisasi permasalahan dan mengagendakan pembahasan berdasarkan skala prioritas, keberadaan dan kejelian mediator dalam memahami permasalahan dan melakukan pembahasan berdasarkan skala prioritas dapat dimaknai sebagai upaya mediator untuk memberikan penjelasan kepada para pihak mengenai prioritas yang baik dan benar sesuai sengketa perkara waris adalah kembali kepada ilmu waris yakni faraid, keterampilan dan pemahaman (soal ilmu faraid) mediator pada saat kaukus menjadi salah satu poin lebih bagi para pihak untuk secara kekeluargaan dan sukarela menerima apa yang menjadi haknya.

Mediator memiliki sejumlah kewenangan dan tugas dalam menjalankan proses mediasi, mediator memperoleh tugas dan kewenangan tersebut dari para pihak yang menunjuknya agar terlibat menyelesaikan sengketa. Kewenangan dan tugas mediator terfokus kepada mempertahankan proses mediasi.

Kewenangan mediator ini adalah:

1. Mengontrol proses dan menegaskan aturan dasar
Mediator berwenang mengontrol proses mediasi sejak awal sampai akhir. Ia memfasilitasi pertemuan para pihak. Membantu para pihak melakukan negosiasi, membantu membicarakan semua kemungkinan untuk mewujudkan kesepakatan dan membantu menawarkan sejumlah solusi dalam penyelesaian sengketa. Pada dasarnya mediator hanyalah mendorong para pihak untuk lebih produktif memikirkan penyelesaian sengketa mereka.
2. Mempertahankan struktur dan momentum dalam negosiasi.
Mediator berwenang menjaga dan mempertahankan struktur dan momentum dalam negosiasi, dimana para pihak diberikan kesempatan melakukan pembicaraan dan tawar-menawar dalam menyelesaikan sengketa;
3. Mengakhiri proses bilamana mediasi tidak produktif lagi.
Dalam proses mediasi para pihak sering merasa sulit berdiskusi secara terbuka. Mereka mempertahankan prinsip secara ketat dan kaku terutama saat negosiasi. Ketika mediator melihat para pihak tidak mungkin lagi

diajak kompromi dalam negosiasi, maka mediator berwenang menghentikan proses mediasi. Mediator dapat menghentikan proses mediasi sementara waktu atau penghentian untuk selamanya (mediasi gagal).

Untuk meningkatkan efektivitas mediasi di Pengadilan Agama, pengadilan dapat melakukan kerjasama dengan Perguruan Tinggi atau lembaga-lembaga mediasi yang memiliki mediator. Hal ini sangat strategis bagi pelaksanaan mediasi di pengadilan dan bagi Perguruan Tinggi Agama Islam (PTAI), khususnya Fakultas Syari'ah. Sebagai contoh Pendidikan Khusus Profesi Mediator (PKPM) sudah mulai dikembangkan di beberapa Perguruan Tinggi sehingga Perguruan Tinggi dan Pengadilan perlu melakukan kerjasama. Maka jika kerjasama ini dapat terjalin dan terlaksana akan menjadi peluang pekerjaan bagi alumni-alumni Fakultas Syari'ah yang bersertifikat sebagai mediator.

Dengan cara ini maka pelaksanaan mediasi di pengadilan dapat berjalan dengan baik, dilakukan oleh kalangan profesional dan tidak menjadi beban bagi hakim yang memiliki tugas pokok memutus perkara. Serta dapat lebih meningkatkan skill kompetensi mediator secara individu dalam hal penguasaan materi-materi ilmu yang dibutuhkan untuk memediasi perkara waris secara efektif.

Perwujudan kepastian hukum yang diharapkan oleh para pihak dapat terwujud di tingkat proses non litigasi yakni mediasi sangat diperlukan kemampuan mediator yang memiliki kompetensi yang baik, adapun ciri-ciri penting dari seorang mediator yang berkompeten adalah:

- 1) Netral
- 2) Membantu para pihak untuk mencari jalan keluar (solusi)

Tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian.

Jadi peran mediator adalah hanya bersifat membantu para pihak dengan cara tidak memutus dan memaksakan pandangan atau penilaian atas masalah-masalah selama proses mediasi berlangsung kepada para pihak.

Dalam praktik, mediator sangat membutuhkan kemampuan personal yang memungkinkannya berhubungan secara menyenangkan dengan para pihak. Kemampuan pribadi yang terpenting adalah sifat tidak menghakimi, yaitu dalam kaitannya dengan cara berfikir masing-masing pihak.

Dengan bekal berbagai kemampuan yang dimilikinya, serta dukungan Perma nomor 1 tahun 2016, tentang ciri-ciri penting dari seorang mediator yang berkompeten, maka mediator diharapkan dapat menjalankan peranannya untuk menganalisis dan mendiagnosa sengketa yang ada. Kemudian mendisain dan mengendalikan proses mediasi untuk menuntun para pihak mencapai suatu kesepakatan, hal ini tidak terlepas dari kemampuan dan latar belakang disiplin ilmu yang dimiliki oleh para mediator tersebut, khusus penanganan mediasi perkara waris, sebagai wujud kompeten individu

mediator seyognya pada saat pelatihan mediator untuk mendapat sertifikat mediator, maka keberadaan pemberian dan penguasaan materi ilmu waris atau faraid, seyogyanya juga diberikan dan diuji tingkat pemahaman mediator dalam menguasai ilmu tersebut.

Hal ini merupakan salah satu hal yang krusial di dalam upaya menyelesaikan sengketa perkara waris dengan mediator memberikan gambaran global dan detail mengenai ilmu faraid yang dipahaminya secara komunikatif kepada para pihak, sehingga sejak dini para pihak sudah paham dan mulai mengerti gambaran apa terhadap sengketa yang terjadi di antara para pihak, dan kira-kira bilamana tidak tercapai akta perdamaian maka para pihak sudah memahami substansi waris yang mereka perkarakan, dan secara tidak langsung para pihak akan tahu pula bagaimana keberhasilan akhir bila nanti perkara dilanjutkan ke litigasi dengan segala konsekuensi dari penerapan putusan hakim dalam perkara para pihak tersebut.

Adapun hal-hal yang perlu dilakukan oleh seorang mediator dalam praktik, menurut penulis antara lain sebagai berikut:

1. Melakukan diagnosis konflik
2. Mengidentifikasi masalah serta kepentingan-kepentingan kritis para pihak
3. Menyusun agenda
4. Memperlancar dan mengendalikan komunikasi
5. Mengajar para pihak dalam proses dan keterampilan tawar-menawar
6. Membantu para pihak mengumpulkan informasi penting, dan menciptakan pilihan-pilihan untuk memudahkan penyelesaian problem.

Dalam kaitannya dengan itu, tugas mediator adalah mengarahkan dan memfasilitasi lancarnya komunikasi dan membantu para pihak agar memperoleh pengertian tentang perselisihan secara keseluruhan sehingga memungkinkan setiap pihak membuat penilaian yang objektif.

Dengan bantuan dan bimbingan mediator, para pihak bergerak ke arah negosiasi penyelesaian sengketa mereka. Menurut Fuller²⁴⁹ salah seorang pakar hukum menyebutkan bahwa fungsi dari seorang mediator ada 7, yakni:

1. Sebagai "katalisator", mengandung pengertian bahwa kehadiran mediator dalam proses perundingan mampu mendorong lahirnya suasana yang konstruktif bagi diskusi.
2. Sebagai "pendidik", berarti seorang harus berusaha memahami aspirasi, prosedur kerja, keterbatasan politis, dan kendala usaha dari para pihak.
3. Sebagai "penerjemah", berarti mediator harus berusaha menyampaikan dan merumuskan usulan pihak yang satu kepada pihak yang lainnya melalui bahasa atau ungkapan yang baik dengan tanpa mengurangi sasaran yang dicapai oleh pengusul.

²⁴⁹ Suyud Margono, "Alternative Dispute Resolution (ADR) dan Arbitrase". Cetakan ke-2 Jakarta: Ghalia Indonesia 2004, hlm. 60-61

4. Sebagai “nara sumber” berarti seorang mediator harus mendayagunakan sumber-sumber informasi yang tersedia.
5. Sebagai “penyandang berita jelek”, berarti seorang mediator harus menyadari bahwa para pihak dalam proses perundingan dapat bersikap emosional. Untuk itu, mediator harus mengadakan pertemuan terpisah dengan pihak-pihak terkait untuk menampung berbagai usulan.
6. Sebagai “agen realitas”, berarti mediator harus berusaha memberikan pengertian secara jelas kepada salah satu pihak bahwa sasarannya tidak mungkin/ tidak masuk akal tercapai melalui perundingan.
7. Sebagai “kambing hitam”, berarti seorang mediator harus siap disalahkan, misalnya dalam membuat kesepakatan hasil perundingan.

Penyelesaian secara damai merupakan jalan yang terbaik bagi semua pihak, penggunaan jalur litigasi yang panjang dan berbelit-belit pada akhirnya hanya sebagai sarana untuk menunjukkan sikap egois semata.

Para pihak yang tetap berkeras menginginkan agar penyelesaiannya diputuskan oleh pengadilan biasanya mengandung konflik non hukum di luar pokok sengketa, misalnya diantara para pihak terlibat konflik emosional, dendam dan sentimen pribadi.

Hal inilah yang sering mengemuka menjadi dinding penghalang terjadinya perdamaian diantara para pihak.²⁵⁰ Mediasi merupakan alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang bersifat sukarela atau pilihan. Pada konteks mediasi di pengadilan ternyata pengadilan bersifat wajib. Hal ini mengandung arti proses mediasi dalam penyelesaian sengketa di pengadilan harus terlebih dahulu dilakukan penyelesaiannya melalui perdamaian.

Dalam alternatif penyelesaian sengketa, banyak pihak dalam dunia bisnis lebih menyukai arbitrase ketimbang litigasi di pengadilan. Padahal ada satu lagi alternatif yang tersedia dengan sejumlah keuntungan yang lebih mengedepankan win-win solution bagi para pihak yaitu mediasi.

Karen Mills²⁵¹, advokat asing senior di Indonesia yang telah berpengalaman menyelesaikan beragam kasus arbitrase, malah merekomendasikan para pihak menggunakan forum mediasi terlebih dulu sebelum upaya penyelesaian sengketa lainnya. “Sangat menguntungkan untuk selalu mencoba mediasi terlebih dahulu sebelum bersengketa ke pengadilan atau arbitrase, akan menghemat waktu, biaya, kebahagiaan jika bisa menyelesaikannya dengan mediasi,” tegasnya.

²⁵⁰ D.Y Witanto, *Hukum Acara Mediasi Dalam Perkara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama Menurut PERMA No. 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*. Bandung: Alfabeta, 2012. Hlm. 69

²⁵¹ Mills Karen, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt59093529c0236/begini-alasan-mengapa-mediasi-lebih-menguntungkan>

Karen memaparkan sejumlah perbandingan antara mediasi dengan arbitrase sebagai rangkaian materinya di PERADI English Discussion series Kamis (27/4)²⁵² lalu kepada para advokat anggota Perhimpunan Advokat Indonesia (Peradi) di kantor organisasi advokat itu di Slipi, Jakarta Barat. Bagi Karen, mediasi adalah alternatif penyelesaian sengketa yang dikendalikan sepenuhnya oleh para pihak untuk mengakomodasi kepentingan masing-masing. Berbeda dengan arbitrase atau litigasi yang menyerahkan kuasa kepada pihak ketiga untuk memutuskan.

2. Tahap Pelaksanaan dan Pengintegrasian Mediasi

Tahapan selanjutnya yang dilakukan peneliti adalah mencoba proses mediasi perkara waris terhadap pemenuhan kepastian hukum di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya, Pengintegrasian mediasi dalam proses beracara di Pengadilan Agama dengan harapan untuk mencapai penyelesaian perkara secara damai seperti terlihat dalam praktek, melibatkan pihak ketiga sebagai penengah atau mediator baik dari luar Pengadilan Agama maupun dari hakim yang bertugas di Pengadilan Agama ditempat perkara diajukan.

Temuan-temuan penulisan penelitian ini, saat dikaji dengan menggunakan ilmu hukum, maka dapat dikemukakan bahwa sesungguhnya hukum tidak identik dengan undang-undang, jika hukum diidentikkan dengan perundang-undangan, maka salah satu akibatnya dapat dirasakan, adalah kalau ada bidang kehidupan yang belum diatur dalam perundang-undangan, maka dikatakan hukum tertinggal oleh perkembangan masyarakat. Demikian juga kepastian hukum tidak identik dengan dengan kepastian undang-undang. Apabila kepastian hukum diidentikkan dengan kepastian undang-undang, maka dalam proses penegakan hukum dilakukan tanpa memperhatikan kenyataan hukum (*Werkelijkheid*) yang berlaku.

3. Pencapaian Rasa Keadilan, Kepastian dan Kemaslahatan Hukum

Konsep keadilan merupakan salah satu jalan dalam mewujudkan sebuah kepastian hukum, keadilan itu sendiri di dalam Islam, dapat kita temui kata keadilan dalam Alquran banyak disebutkan dengan pelbagai macam term (istilah). Ada yang menggunakan kata ' *adlun*, *qistun*, dan *wasathan*. Kata ' *adlun* diartikan *mâ qâma fi al-nufûs annahu mustaqîmi* (apa yang tegak lurus dalam jiwa manusia).²⁵³ Dalam pengertian ini dapat dipahami bahwa adil adalah sikap lurus yang tidak condong kepada salah satu yang ditunggangi hawa nafsu. *Al-qistu* artinya sesuatu yang dijadikan bagian-bagian, atau hutang yang telah dijadikan bagian-bagian untuk dikembalikan pada waktu tertentu.³

Sedangkan *al-wasath* menurut al-Asfahani adalah tengah, seimbang, tidak terlalu ke kanan (*ifrâth*) dan tidak terlalu ke kiri` (*tafrîth*). Di dalamnya terkandung makna keadilan, keistiqamahan, kebaikan dan kekuatan.

Tiga istilah keadilan itu dapat didefinisikan secara fungsional. *Al-adlu* adalah sebuah sikap adil yang lebih ditekankan pada fungsi hati (psikologis),

²⁵² Ibid

²⁵³ Lihat: Ibn al-Mandzûr, *Lisân al-'Arab*, (Bayrût: Dâr al-Shâdir, t.t.)

sedangkan *al-qist* lebih ditekankan pada fungsi pembagiannya (pragmatis), dan *al-wasath* lebih pada sifat keadilan itu sendiri yang seimbang. Sehingga keadilan adalah sebuah sikap seimbang yang meliputi aspek psikis ataupun fisik materialis yang harus ditegakkan dalam kehidupan manusia.

Dalam mewujudkan keadilan merata, Wahbah al-Zuhayli dalam bukunya "*Nadhiriyyah al-Dlarûriyyah al-Syarîyyah*" menyatakan bahwa Islam dibangun atas asas menghilangkan kesukaran dan kesulitan, memelihara kemaslahatan manusia secara keseluruhan, dan yang terpenting adalah mewujudkan keadilan dan mencegah penganiayaan antar manusia. Operasionalitas keadilan harus diterapkan dalam semua aspek kehidupan tanpa menafikan tradisi yang berlaku, bahwa syariah itu berupa hukum taklif yang diterapkan atas dasar keadilan (*al-wasath, al-i'dâl*).²⁵⁴ menyebutkan 3 kriteria keadilan, yaitu:

- a) Keadilan hukum. Sistem hukum yang berlaku harus univikasi (seragam) untuk seluruh warga negara tanpa adanya diskriminasi.
- b) Keadilan sosial. Memberi kesempatan yang sama untuk bekerja menurut kemampuan dan keahlian yang dimiliki. Jika ia masih lemah maka perlu dibantu.
- c) Keadilan pemerintahan. Semua warga mempunyai kedudukan sama dalam pemerintahan tanpa memperdulikan suku, bangsa, bahasa dan budaya.

Dalam leksiologi Alquran term keadilan dapat diucapkan dengan *al-'adâlah* dan *al-wasath*. Term tersebut merupakan rangkaian makna bahwa untuk menciptakan *al-'adâlah* harus ditopang oleh *al-wasath* yakni tengah-tengah/perpaduan antara semua bentuk keadilan.

Keadilan dalam bahasa salaf adalah sinonim *al-mîzân* (keseimbangan/moderasi). Kata keadilan dalam Alquran kadang diekuifalensikan dengan *al-qist*. *Al-mizan* yang berarti keadilan di dalam Alquran terdapat dalam Surat *al-Hadîd* [57]: 25 yang berbunyi:

Sesungguhnya Kami telah mengutus Rasul-rasul Kami dengan membawa bukti-bukti yang nyata dan telah Kami turunkan bersama mereka al-Kitab dan neraca (keadilan) supaya manusia dapat melaksanakan keadilan. dan Kami ciptakan besi yang padanya terdapat kekuatan yang hebat dan pelbagai manfaat bagi manusia, (supaya mereka mempergunakan besi itu) dan supaya Allah mengetahui siapa yang menolong (agama)Nya dan rasul-rasul-Nya, padahal Allah tidak dilihatnya. Sesungguhnya Allah Maha kuat lagi Maha Perkasa. (Q.s. al-Hadîd [57]: 25).

Term keadilan pada umumnya berkonotasi dalam penetapan hukum atau kebijaksanaan raja. Akan tetapi, keadilan dalam hukum Islam meliputi pelbagai aspek. Prinsip keadilan ketika dimaknai sebagai prinsip moderasi. Menurut Wahbah al-Zuhayli bahwa perintah Allah ditujukan bukan karena

²⁵⁴ Syalhûth, Mahmut, *al-Islâm Aqidatan wa Syarî'atan*, (Mesir: 1395 H

esensinya, sebab Allah tidak mendapat keuntungan dari ketaatan dan tidak pula mendapatkan kemudharatan dari perbuatan maksiat manusia. Namun ketaatan tersebut hanyalah sebagai jalan untuk memperluas perilaku dan cara pendidikan yang dapat membawa kebaikan bagi individu dan masyarakat.

Salah satu konsep penting dan fundamental yang menjadi pokok bahasan dalam filasafat hukum Islam adalah konsep *maqasid at-tasyri'* atau *maqasid al-syariah* yang menegaskan bahwa hukum Islam disyari'atkan untuk mewujudkan dan memelihara maslahat umat manusia. Konsep ini telah diakui oleh para ulama dan oleh karena itu mereka memformulasikan suatu kaidah yang cukup populer, "Di mana ada maslahat, di sana terdapat hukum Allah."²⁵⁵

Imam al-Haramain al-Juwaini dapat dikatakan sebagai ahli teori (ulama *usul al-fiqh*) pertama yang menekankan pentingnya memahami *maqasid al-syari'ah* dalam menetapkan hukum Islam. Ia secara tegas mengatakan bahwa seseorang tidak dapat dikatakan mampu menetapkan hukum dalam Islam, sebelum ia memahami benar tujuan Allah mengeluarkan perin-tah-perintah dan larangan-larangan-Nya.

Kemudian al-Juwaini mengelaborasi lebih jauh *maqasid al-syari'ah* itu dalam hubungannya dengan illat dan dibedakan menjadi lima bagian, yaitu: yang masuk kategori *daruriyat* (primer), *al-hajat al-ammah* (sekunder), *makramat* (tersier), sesuatu yang tidak masuk kelompok *daruriyat* dan *hajiyat*, dan sesuatu yang tidak termasuk ketiga kelompok sebelumnya.²⁵⁶ Dengan demikian pada prinsipnya al-Juwaini membagi tujuan *tasyri'* itu menjadi tiga macam, yaitu *daruriyat*, *hajiyat* dan *makramat (tahsiniah)*.

Pemikiran al-Juwaini tersebut dikembangkan oleh muridnya, al-Gazali. Al-Gazali menjelaskan maksud *syari'at* dalam kaitannya dengan pembahasan tema istislah. Maslahat menurut al-Gazali adalah memelihara agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.²⁵⁷ Kelima macam maslahat di atas bagi al-Gazali berada pada skala prioritas dan urutan yang berbeda jika dilihat dari sisi tujuannya, yaitu peringkat primer, sekunder dan tersier. Dari keterangan ini jelaslah bahwa teori *maqasid al-syari'ah* sudah mulai tampak bentuknya.

Pembahasan tentang *maqasid al-syari'ah* secara khusus, sistematis dan jelas dilakukan oleh al-Syatibi dari kalangan *Malikiyah*. Dalam kitabnya *al-Muwafaqat* yang sangat terkenal itu, ia menghabiskan lebih kurang sepertiga pembahasannya mengenai *maqasid al-syari'ah*. Sudah tentu, pembahasan tentang maslahat pun menjadi bagian yang sangat penting dalam tulisannya. Ia secara tegas mengatakan bahwa tujuan utama Allah menetapkan hukum-hukum-Nya adalah untuk terwujudnya maslahat hidup manusia, baik di dunia maupun di akhirat.

²⁵⁵ Muhammad Sa'id Ramdan al-Buti, *Dawabit al-Maslahah fi as-Syariah al-Islamiyah*, (Beirut: Mu'assasah ar-Risalah, 1977), hlm.12

²⁵⁶ Abd al-Malik ibn Yusuf Abu al-Ma'ali al-Juwaini, *Al-Burhan fi Usul al-Fiqh* (Kairo: Dar al-Ansar, 1400 H), 1:295.

²⁵⁷ Al-Gazali, *al-Mustasfa min Ilm al-Usul* (Kairo: al-Amiriyah, 1412), hlm.250 dan seterusnya.

Karena itu, *taklif* dalam bidang hukum harus mengarah pada dan merealisasikan terwujudnya tujuan hukum tersebut.²⁵⁸ Seperti halnya ulama sebelumnya, ia juga membagi urutan dan skala prioritas masalah menjadi tiga urutan peringkat, yaitu *daruriyat*, *hajiyat*, dan *tahsiniyat*. Yang dimaksud masalah menurutnya seperti halnya konsep al-Gazali, yaitu memelihara lima hal pokok, yaitu: agama, jiwa, akal, keturunan dan harta.²⁵⁹

Konsep *maqasid al-syari'ah* atau masalah yang dikembangkan oleh al-Syatibi di atas sebenarnya telah melampaui pembahasan ulama abad-abad sebelumnya. Konsep masalah al-Syatibi tersebut melingkupi seluruh bagian syari'ah dan bukan hanya aspek yang tidak diatur oleh nas. Sesuai dengan pernyataan al-Gazali, al-Syatibi merangkum bahwa tujuan Allah menurunkan syari'ah adalah untuk mewujudkan masalah atau merepresentasikan konsep perwujudan prinsip keadilan ummat manusia.

Selain diperlukannya prinsip keadilan dalam penanganan konflik pengadilan terkhusus sengketa perkara waris, tentunya diperlukan juga prinsip kepastian hukum, karena kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari *Positivisme* Hukum.

Kepastian adalah tujuan hukum yang paling minimal yang harus dicapai melalui asumsi-asumsi *Positivisme* Hukum. Sebab hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna, karena tidak lagi dapat dijadikan pedoman perilaku bagi semua orang, artinya di mana tiada kepastian hukum, di situ tidak ada hukum (*ubi jus incertum, ibi jus nullum*).

Kepastian Hukum adalah tujuan utama dari hukum.²⁶⁰ Berangkat dari pernyataan tersebut, maka tugas kaedah-kaedah hukum adalah untuk menjamin adanya kepastian hukum.²⁶¹ Dengan adanya pemahaman kaedah-kaedah hukum tersebut, masyarakat sungguh-sungguh menyadari bahwa kehidupan bersama akan tertib apabila terwujud kepastian dalam hubungan antara sesama manusia.

Dalam pengertian teori kepastian hukum yang dikemukakan oleh Roscoe Pound dikatakan bahwa adanya kepastian hukum memungkinkan adanya "*Predictability*". Dengan demikian teori Kepastian hukum mengandung 2 (dua) pengertian yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah. Karena dengan adanya aturan hukum yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh negara terhadap individu/masyarakat.

Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam undang-undang saja melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara

²⁵⁸ Al-Syatibi, al-Muwafaqat fi Usul al-Syari'ah (Kairo: Mustafa Muhammad, t.t.) II:4.

²⁵⁹ Ibid

²⁶⁰ J.B. Daliyo, Pengantar Ilmu Hukum, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 120.

²⁶¹ Sudarsono, Pengantar Ilmu Hukum, Rineka Cipta, Jakarta, 1995, hlm. 49.

putusan hakim yang satu dengan putusan hakim lainnya untuk kasus yang serupa yang telah diputuskan.²⁶²

Kepastian hukum dapat kita lihat dari dua sudut, yaitu kepastian dalam hukum itu sendiri dan kepastian karena hukum. "Kepastian dalam hukum" dimaksudkan bahwa setiap norma hukum itu harus dapat dirumuskan dengan kalimat-kalimat di dalamnya tidak mengandung penafsiran yang berbeda-beda. Akibatnya akan membawa perilaku patuh atau tidak patuh terhadap hukum. Dalam praktek banyak timbul peristiwa-peristiwa hukum, di mana ketika dihadapkan dengan substansi norma hukum yang mengaturnya, kadangkala tidak jelas atau kurang sempurna sehingga timbul penafsiran yang berbeda-beda yang akibatnya akan membawa kepada ketidakpastian hukum.

Sedangkan kepastian karena hukum dimaksudkan, bahwa karena hukum itu sendirilah adanya kepastian, misalnya hukum menentukan adanya lembaga daluarsa, dengan lewat waktu seseorang akan mendapatkan hak atau kehilangan hak. Berarti hukum dapat menjamin adanya kepastian bagi seseorang dengan lembaga daluarsa akan mendapatkan sesuatu hak tertentu atau akan kehilangan sesuatu hak tertentu.²⁶³

Apabila kepastian hukum diidentikkan dengan perundang-undangan, maka salah satu akibatnya adalah kalau ada bidang kehidupan yang belum diatur dalam perundang-undangan, maka hukum akan tertinggal oleh perkembangan masyarakat. Oleh sebab itu dalam proses penegakan hukum perlu memperhatikan kenyataan hukum yang berlaku.²⁶⁴ Sehingga kepastian hukum dalam hal ini berguna untuk menciptakan ketertiban masyarakat.

Selain dalam hukum positif, kepastian hukum juga diatur dalam Islam, hal tersebut bertujuan agar segala hajat hidup manusia dapat berjalan dengan semestinya, tentunya dengan berpedoman dengan Al-Qur'an dan Hadist.

Dalam Al-Qur'an Surat Al-Israa' ayat 15, Allah Subhana wata'ala berfirman:

"Barangsiapa yang berbuat sesuai dengan hidayah (Allah), Maka Sesungguhnya Dia berbuat itu untuk (keselamatan) dirinya sendiri; dan Barangsiapa yang sesat Maka Sesungguhnya Dia tersesat bagi (kerugian) dirinya sendiri. dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan meng'azab sebelum Kami mengutus seorang rasul".

Selanjutnya di surat Al-Maidah ayat 95 terdapat ketegasan Illahi yang menyatakan Allah mengampuni kesalahan yang sudah berlalu, yang berbunyi:

"Hai orang-orang yang beriman, janganlah kamu membunuh binatang buruan, ketika kamu sedang ihram. Barangsiapa di antara kamu membunuhnya dengan sengaja, Maka dendanya ialah mengganti dengan binatang ternak seimbang dengan buruan yang dibunuhnya, menurut putusan dua orang yang adil di antara

²⁶² Peter Mahmud Marzuki, Pengantar Ilmu Hukum, Kencana Prana Media Group, Jakarta, 2008, hlm. 158

²⁶³ Syafruddin Kalo, "Penegakan Hukum yang Menjamin Kepastian Hukum dan Rasa Keadilan Masyarakat" dikutip dari <http://www.academia.edu.com> diakses 8 Oktober 2017, hlm. 4.

²⁶⁴ Ibid

kamu sebagai had-yad yang dibawa sampai ke Ka'bah atau (dendanya) membayar kaffarat dengan memberi Makan orang-orang miskin atau berpuasa seimbang dengan makanan yang dikeluarkan itu, supaya Dia merasakan akibat buruk dari perbuatannya. Allah telah memaafkan apa yang telah lalu. dan Barangsiapa yang kembali mengerjakannya, niscaya Allah akan menyiksanya. Allah Maha Kuasa lagi mempunyai (kekuasaan untuk) menyiksa”.

Dari keduanya dapat disimpulkan bahwa asas kepastian yaitu tidak ada satu perbuatan pun dapat dihukum, kecuali atas kekuatan ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada dan berlaku untuk perbuatan itu.²⁶⁵ Asas kepastian hukum adalah yang menyatakan bahwa tidak ada satu perbuatan yang dapat dihukum kecuali atas kekuatan perundang-undangan yang ada sebelum perbuatan itu dilakukan, di samping menyuratkan asas kepastian hukum juga asas hukum tidak boleh berlaku surut (nonretroaktif).

Temuan pelaksanaan penelitian penulis salah satunya dapat dikemukakan bahwa bagi para pihak yang sudah terjadi kesepakatan yang dituangkan dalam akta perdamaian, kepastian hukumnya jelas.²⁶⁶ (Sby-01/IIIa/1409/2016).

Mediasi perkara waris di Pengadilan Agama sudah dapat memberikan kepastian hukum bagi para pihak, bagi yang sudah mencapai kesepakatan berupa adanya akta perdamaian, maka oleh para pihak selama ini biasanya sudah menjadikan kepastian hukum bagi mereka...sehingga rasa aman berupa kepastian hukum bisa dirasakan oleh para pihak²⁶⁷. (Sda -01/IIIa/1409/2016). Kondisi ini dipertegas sebagai berikut: Proses mediasi dapat secara efektif memberikan kepastian hukum, sudah saya kemukakan di atas, bahwa mediator yang mampu mendengarkan keluhan, mengarahkan, dan memiliki kapabilitas dan kompetensi yang efektif dapat secara langsung atau tidak langsung memberikan kepastian hukum terhadap para pihak²⁶⁸ (Sda-01/IIIc/1709/2016).”

Temuan penelitian ini selanjutnya dapat dikaji secara ilmiah bahwasanya dengan mediator yang memiliki kualitas, kapabilitas dan integritas yang baik sesuai dengan profesionalisme dan kompetensi mediator maka perwujudan kepastian hukum bagi para pihak yang bersengketa, pada akhirnya dapat terwujud akta perdamaian yang sesuai harapan tanpa melalui proses litigasi.

Keberhasilan penyelesaian sengketa/perkara secara damai melalui proses mediasi berarti menutup kemungkinan dilakukan upaya hukum baik banding, kasasi maupun peninjauan kembali yang demikian itu berarti masih berproses dan memerlukan biaya yang tidak sedikit. Perkara diselesaikan secara damai berarti banyak proses yang terpengkas, diantaranya proses banding, proses kasasi, proses eksekusi.

²⁶⁵ Anwar Harjono, *Hukum Islam: Keluasan dan Keadilannya*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1968), 155.

²⁶⁶ Wawancara Mediator PA. Surabaya di PA. Surabaya Identifikasi Masalah Ke Tiga, tanggal 14 Desember 2016

²⁶⁷ Wawancara Mediator PA. Sidoarjo di kantor PA. Sidoarjo Identifikasi Masalah Ke Tiga, tanggal 17 Desember 2016

²⁶⁸ Ibid

Penyelesaian damai berarti terjadi pemeliharaan harta serta memelihara keturunan. Setelah terungkap hubungan tersebut, maka terungkap pula manfaat penyelesaian perkara secara damai melalui proses mediasi.

Dalam hal ini Badai Husain hasibuan dan Rahmi Purnama Melati menghubungkan kepastian hukum dengan asas peradilan sederhana, cepat, dan biaya ringan²⁶⁹. Makna sederhana artinya caranya yang jelas, mudah dipahami dan tidak berbelit. Yang penting disini ialah agar para pihak dapat mengemukakan kehendaknya dengan jelas dan pasti (tidak berubah-ubah) dan penyelesaiannya dilakukan dengan jelas, terbuka runtut dan pasti, dengan penerapan hukum acara yang fleksibel demi kepentingan para pihak yang menghendaki acara yang sederhana.

Apa yang sudah sederhana, jangan sengaja dipersulit oleh hakim ke arah proses pemeriksaan yang berbelit-belit dan tersendat-sendat. Terkait dengan cepat ialah suatu proses pemeriksaan yang relatif tidak memakan jangka waktu yang lama sampai bertahun-tahun sesuai dengan kesederhanaan hukum acara itu sendiri. Sedangkan biaya ringan disini mengacu pada banyak atau sedikitnya biaya yang harus dikeluarkan oleh pencari keadilan dalam menyelesaikan sengketanya di depan pengadilan.

Sehingga secara ilmiah dapat dikemukakan bahwa pelaksanaan mediasi perkara waris yang efektif dapat mendukung tercapainya kepastian hukum di masyarakat secara umum, terkhusus para pihak yang bersengketa perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya. Temuan *in-deep interview* dan analisis diketahui bahwa efektivitas mediasi perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya belum berjalan dengan efektif, setidaknya hal ini dikarenakan masih banyak sengketa perkara waris yang ditangani Pengadilan Agama-Pengadilan Agama yang tidak mencapai perdamaian dan berlanjut ke ranah litigasi selanjutnya. Di lain sisi dapat dikemukakan pula bahwa implikasi mediasi perkara waris yang dapat mencapai akta perdamaian bagi para pihak, sehingga diharapkan secara aksiologis dapat memberikan kepastian hukum bagi para pihak yang bersengketa.

Berdasarkan pemaparan dan pembahasan analisis-analisis di atas, maka urgen dilaksanakan sebuah upaya yang terintegrasi dari berbagai *stake holder* untuk mengupayakan efektivitas mediasi terkhusus perkara waris dapat berjalan dengan efektif dan mewujudkan kepastian hukum. Upaya tersebut adalah sebagai berikut:

- a. Dalam upaya peningkatan kualitas diharapkan pihak MA melakukan rekonstruksi kurikulum terhadap lembaga pelatihan mediator yang ditunjuk, dengan jalan lembaga terkait untuk memberikan materi yang berkaitan dengan skill kompetensi tambahan yakni materi ilmu faraid, pada saat proses pelatihan dan sertifikasi mediator

²⁶⁹ Badai Husain Hasibuan dan Rahmi Purnama Melati, "Asas Kepastian Hukum Dalam Peradilan Indonesia" dikutip dari <http://www.amiyorazakaria.blogspot.com> diakses 9 Oktober 2017, hlm. 1.

yang dilakukan oleh badan yang telah diakreditasi MA dalam melaksanakan pelatihan mediator.

- b. Meningkatkan fungsi evaluasi dengan dibentuk tim pengawas implementasi proses mediasi di masing-masing Pengadilan Agama di bawah Hawasbid (Hakim Pengawas Bidang) yang secara berkesinambungan untuk dilaporkan kepada Ketua Asosiasi Mediator melalui Ketua Pengadilan.
- c. Konsisten dalam melaksanakan proses mediasi yang selalu terukur dan sesuai dengan Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi.

BAB IV

PENUTUP

Peradilan agama telah mempraktikkan mediasi berdasarkan Perma Nomor 1 Tahun 2008 yang disempurnakan dalam Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 1 Tahun 2016, realitanya terdapat sejumlah kesenjangan antara teori mediasi dengan implementasinya di Pengadilan Agama. Berdasarkan masalah tersebut maka diperlukan solusi alternatif untuk: 1) Menggali dan mengungkapkan kompetensi skill mediator yang dibutuhkan dalam menyelesaikan mediasi perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama, 2) Mengungkapkan kemaslahatan bagi para pihak yang bersengketa dalam penyelesaian perkara waris melalui implementasi mediasi di wilayah Pengadilan Tinggi Agama, 3) Menyingkap efektivitas mediasi yang dikaitkan dengan teori kepastian hukum dalam penyelesaian sengketa perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama.

Bahwa kompetensi skill yang dimiliki oleh mediator bersertifikat yang menangani perkara waris belum optimal, hal ini secara langsung berdampak terhadap minimnya keberhasilan proses mediasi di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya mencapai kesepakatan, juga diketahui bahwa sebagian besar sengketa perkara waris yang berhasil damai, di mediasi oleh mediator hakim, yang secara kompetensi mempunyai pemahaman ilmu Faraid yang baik. Hal ini juga menunjukkan bahwa pentingnya penguasaan kompetensi dalam hal ilmu faraid oleh para mediator yang bersertifikat.

Implementasi mediasi bagi para Pihak Yang bersengketa perkara waris di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya sudah berjalan sesuai dengan prosedur mediasi yang di atur dalam Perma Nomor 1 tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi, namun dari segi kemaslahatan yang diharapkan belum sepenuhnya optimal dirasakan oleh para pihak yang bersengketa perkara waris, hal ini merupakan implikasi dari serangkaian upaya oleh mediator khususnya hal musyawarah dalam menangani proses mediasi, yang mana seyogyanya dapat mengkaitkan konsep dan mencari titik temu pembagian waris yang dapat disampaikan dengan ilmiah, netral tidak memihak serta sesuai dengan kaidah untuk mengupayakan perdamaian kepada para pihak yang akan dimediasi.

Secara ilmiah dapat dikemukakan bahwa pelaksanaan mediasi perkara waris yang efektif dapat mendukung tercapainya kepastian hukum di masyarakat secara umum. Temuan *in-deep interview* dan analisis diketahui bahwa efektivitas mediasi perkara waris di wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya belum berjalan dengan optimal, sepanjang periode tahun 2014

hingga 2015, bahkan hingga saat ini, sehingga kepastian hukum dalam penyelesaian sengketa perkara waris melalui mediasi di Pengadilan Agama wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya belum efektif.

Adapun saran yang dapat diberikan setelah memahami temuan dan analisis dalam penelitian ini adalah:

1. Perlu ditambahkan materi ilmu faraid dalam proses sertifikasi mediator, hal ini merupakan solusi yang efektif terhadap seringnya kegagalan proses mediasi perkara waris di Pengadilan Agama khususnya wilayah Pengadilan Tinggi Agama Surabaya. Sehingga disarankan pihak yang berkompeten dalam hal ini Mahkamah Agung untuk menerbitkan Perma khusus untuk sertifikasi bagi mediator perkara waris.
2. Implementasi mediasi perkara waris sudah sesuai dengan prosedur dalam Perma nomor 1 tahun 2016, namun masih ditemukan implementasi tersebut cenderung formalitas semata, sehingga disarankan dibentuk tim pengawas implementasi proses mediasi di masing-masing Pengadilan Agama di bawah Hawasbid (Hakim Pengawas Bidang) yang secara berkesinambungan untuk dilaporkan kepada Ketua Asosiasi Mediator melalui Ketua Pengadilan.
3. Mengharapkan diterbitkannya perundang-undangan dalam hal kemampuan kompetensi para mediator untuk memiliki *skill* yang profesional dan kompeten dalam hal komunikasi, ilmu waris dan juga *mediator skills*, *Following skills* dan *Reflecting skills*, hal ini bisa diwujudkan dengan melakukan rekonstruksi kurikulum pelatihan dan Diklat sertifikasi mediator dengan cara menambahkan spesialisasi khusus materi Faraid, sehingga mediator yang lulus program sertifikasi juga wajib paham dan memiliki *knowledge* dalam hal Faraid dan dapat memberikan standar titik temu yang relevan dengan kasus perkara yang ditangani sesuai kompetensinya (*skill* yang memadai). Harapannya para mediator dapat secara langsung dan tidak langsung mendukung pencapaian kesepakatan melalui akta perdamaian seperti tujuan utama mediasi sehingga terwujud kepastian hukum dalam proses mediasi sengketa perkara waris.

DAFTAR PUSTAKA

- Abbas, Syahrizal, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syari`ah, Hukum Adat dan Hukum Nasional*, Jakarta: Kencana Persada Media Grup, 2009.
- Abdul Kadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.
- Abdul Gafar Mallo, *Pengaruh Politik Hukum Terhadap Kompetensi Peradilan Agama Di Indonesia*, Jurnal Diskursus Islam 187 Volume 1 Nomor 2, Agustus 2013.
- Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Kencana Prenada Media, Jakarta. 2006.
- Abdul Rahim, *The Principle Muhammadan Jurisprudence*, (London: Luzac & Co., 1991.
- Al- Jauziyah, Ibnu Qayyim. 1996, *ILamu Al- Muwaqqi`in Rabb Al-Alamin*, ed. Muhammad Abdus Salam Ibrahim, Vol. I-IV, Baerut: Daar al-Kutub al-Ilmiyah, 1417/1996.
- Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum , Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis*, Penerbit Toko Gunung Agung, Jakarta, 2002.
- Adnan, Zaini Ahmad Noeh dan A. Basith, *Sejarah Singkat Peradilan Agama Islam di Indonesia*. Surabaya: Bina Ilmu, 1983.
- Ali, Mohammad Daud, *Hukum Islam: Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*. Cet. III; Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1993.
- Alvin S. Johnson, *Sosiologi Hukum, Cetakan ke 3* (Jakarta: Asdi Mahastya, 2006) hlm.204.
- Ahmad Rofiq, *Hukum Islam di Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1995.
- Ahmad Rofiq, *Fiqh Mawaris*, PT Raja GrafindoPersada, Jakarta, 2002.
- Amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 93/PUU-X/2012 tanggal 29 Agustus 2013.
- Anggota IKAPI, *Hukum dan Kemajemukan Budaya*, Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2003. hlm.88.
- A.Rachmad Budiono, *Pembaharuan Hukum Kewarisan Islam di Indonesia*, PT.CitraAditya Bakti, Bandung, 1999.
- A. Mukti Arto, *Praktek Perkara Perdata pada Pengadilan Agama*Jakarta: Bumi Aksara, 2014.
- Azizy, A. Qodri, *Hukum Nasional, Elektisisme Hukum Islam dan Hukum Nasional*, Teraju, Jakarta, 2004

- Badai Husain Hasibuan dan Rahmi Purnama Melati, "Asas Kepastian Hukum Dalam Peradilan Indonesia" dikutip dari <http://www.amiyorazakaria.blogspot.com> diakses 9 Oktober 2017
- Bagir Manan, "Peran Sosok Hakim Agama sebagai Mediator dan Pemutus Perkara serta Kegamangan masyarakat terhadap Keberadaan lembaga Peradilan," sambutan Ketua Mahkamah Agung RI. Pada Serah Terima Ketua Pengadilan Tinggi Agama Medan. (22 Agustus 2003). Tidak diterbitkan. 2003.
- Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum Upaya Mewujudkan Hukum yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2006.
- _____, *Sambutan Ketua MA pada Pelantikan Ketua-ketua PTA*, di Jakarta, tanggal 4 April, 2006.
- Carmela Baffioni, "The History of the Prophet in the Iqwan al-Shafa", dalam Binyamin Abrahamov (ed.), *Studies in Arabic and Islamic Culture* Jerusalem: Bar-Ilan University Press, 2006
- Donald Black, "Behavior of Law", New York, San Fransisco, London: Academic Press, 1976
- Departemen Agama RI. *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Edisi Baru, Jakarta: CV Pustaka Agung Harapan, 2006.
- Deden Makbuloh, *Pendidikan Agama Islam - Arah Baru Pengembangan Ilmu dan Kepribadian di Perguruan Tinggi*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011.
- Departemen Pendidikan dan Kebudayaan RI, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1995.
- Dwika, "Keadilan dari Dimensi Sistem Hukum", <http://hukum.kompasiana.com>, 02/04/2011,, diakses pada 24 Juli 2014
- D.Y Witanto, *Hukum Acara Mediasi Dalam Perkara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama Menurut PERMA No. 1 Tahun 2008 Tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*. Bandung: Alfabeta, 2012.
- Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010.
- _____, *Hukum Dalam Perspektif Konstruksi Sosial*, Cetakan ke 2, Yogyakarta: Laksbang Mediatama, 2009. Hlm.72
- Echols, J. M. dan Sadily, H. *Kamus Inggris Indonesia*, PT. Gramedia, Jakarta. 2005.
- Erman Rajagukguk & Ridwan Khairandy, *Hukum dan Lingkungan Hidup di Indonesia*, Jakarta: Universitas Indonesia, 2001. hlm.493.
- Halim, Abdul, *Peradilan Agama dalam Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta: Raja Grafindo, 2002.
- H. A. Khisni, SH. MH, *Jurnal Hukum*, Vol XXV, No. 1, April 2011 *Peradilan Agama Sebagai Peradilan Keluarga Serta Perkembangan Studi Hukum Islam Di Indonesia*, hal.491-492.
- Hasymi, Ali, *Sejarah Masuk dan Berkembangnya Islam di Indonesia* (Medan: PT. Ma arif, 1980.

- Hamadi Redissi dan Jon-Erik Lane, 2007. "Does Islam Partivide a Theory of Violence", dalam Amelie Blom, Laetitia Bucaille dab Luis Martinez, *The Enigma of Iaslamits Violence*, (New York: Columbia University Press,).
- Handoko, T.Hani, *Manajemen Personalia dan Sumber Daya Manusia*. Yogyakarta: BPFE Universitas Gajah Mada. 2003.
- Hutchinson, dalam Granita Ramadhani, *Metodologi Penelitian Hukum*, FHUI, Jakarta. 2000.
- Husaini Usman dan Purnomo Setiady Akbar, *Metode Penelitian Sosial*, Jakarta: Bumi Aksara. 1996.
- Inpres No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam.
<http://edon79.wordpress.com/2009/07/10/fiqh-mawaris/>, di unduh pada tanggal 22 Agustus 2015 pukul 10.30 WIB
- I Made Sukadana Disertasi, *Mediasi dalam Sistem Peradilan Indonesia untuk Mewujudkan Proses Peradilan Yang Cepat dan Biaya Ringan*. Unibraw. 2006.
- J.B. Daliyo, *Pengantar ilmu Hukum*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hln.120.
- Juhaja S.Praja, *Filsafat Hukum*, Universitas Islam Bandung, Bandung. 2013.
- Joko Utama, Muhammad Faridh, Mashadi, *Al-Qur'an Al Karim dan Terjemahnya*, CV. Putra Toha Semarang, Semarang, 2014.
- Komaruddin, *Ensiklopeida Manajemen*, Edisi Kedua, Jakarta: Bumi Aksara, 2002.
- Komariah, Jurnal Legalitas, 2013, *Analisis Yuridis PERMA No.1 Tahun 2008 Tentang Pelaksanaan Mediasi Di Pengadilan Sebagai Faktor Yang Mempengaruhi Efektifitas Proses Mediasi Di Pengadilan Negeri*, Malang.
- Koto, Alaidin et.al, *Sejarah Peradilan Islam*. Jakarta: Rajawali Pers, 2011.
- Lawrence Friedman, "American Law", London: W.W. Norton & Company, 1984
- Latif, M. Djamil, *Kedudukan dan Kekuasaan Peradilan Agama di Indonesia*. Jakarta: Bulan Bintang, 1983.
- Lili Rasjidi dan I.B Wysa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung, Remaja Rosda Karya, 1993.
- M. Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata*, Sinar Grafika, Jakarta, cet VII,, 2008
- Mahmud Kusuma, *Menyelami Hukum Progresif*. Yogyakarta: Antonylib, 2009. hlm.162.
- Masykur Hidayat, *Keberadaan Lembaga Perdamaian (Dading) Setelah Berlakunya Perma Nomor 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*. Diusertasi, Tidak diterbitkan. 2006.
- Mahmud Syaltut, *Al-Islam; Aq dah wa syar ah* (Mesir: Maktabah al-Misriyah, 1967
- Muhammad Ali Ash-Shabuni, *Pembagian Waris Menurut Islam*, Gema Insani Press, Jakarta, 1995.
- Mujahidin, Ahmad, *Pola Pengetahuan dan Keahlian Mediator dalam Penyelesaian Sengketa Ekonomi Syariah*, Majalah hukum Varia Pengadilan, Edisi Tahun XXXI, Nomor 363, Jakarta, Pebruari 2016

- M. Husseyn Umar, "Beberapa Masalah Dalam Penerapan ADR", Makalah disampaikan pada Lokarnya Nasional Menyongsong Pembangunan Hukum Tahun 2000, diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran dengan BAPENAS tanggal 2-3 desember 1996, (Bandung, 1996),
- Mills Karen, <http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt59093529c0236/begini-alasan-mengapa-mediasi-lebih-menguntungkan>
- Muhammad Jawad Mughniyah, *Fiqih Lima Mazhab*, Lentera, Jakarta, 2000
- Munawwir, Ahmad, al Munawwir. Jakarta: Pustaka Progressif, 1996.
- Moh Rifai, *Ilmu Fiqih Islam*, CV Toha Putra, Semarang, 1978, hal.513.
- Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Cetakan Ke 6, Bandung: Penerbit Nusa Media, 2013. hlm.17.
- Nico Ngani, *Metodologi Penelitian dan Penulisan Hukum*, Pustaka Yustisia, Jakarta. 2012.
- Noer, Deliar, *Islam, Pancasila dan Asas Tunggal*. Jakarta: Yayasan Perkhidmatan, *Pengaruh Politik Hukum terhadap Kompetensi Peradilan Agama di Indonesia*, Jurnal Diskursus Islam 209 Volume 1 Nomor 2, Agustus 2013
- Phillipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Surabaya, Bina Ilmu, 1987.
- Purwosusilo, "Pengadilan Agama Baru Memiliki 237 Hakim Mediator Bersertifikat", [www. Badilag. Net.](http://www.badilag.net) (Diakses 8 Januari 2016)
- Penjelasan Pasal 55 ayat (2) Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 Tentang Perbankan Syariah (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 94, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4867)
- Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.
- Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.
- Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Pranada Media Group, Jakarta, 2008,
- Ramdani, *Ijtihad*, Jurnal Wacana Hukum Islam dan Kemanusiaan, Vol. 12, No. 2, Desember 2012: 145-164.
- R.T, Steers, R.M. and Porter, L.W. 2007. *Employees: Organization Linkages*, Academic Press, New York, NY.
- Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999.
- R. Soetojo Prawirohamidjojo, *Hukum Waris Kodifikasi*, Surabaya Airlangga University Press. 2012
- Ronny Hanitijo Soemitro, *Metodologi Penelitian Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1988.
- R. Tresna, Komentari HIR, Jakarta: Pradnya Paramita, 1979.
- Oloan Sitorus dan Darwinsyah Minin, *Cara Penyelesaian Karya Ilmiah Di Bidang Hukum*, Mitra Kebijakan Tanah Indonesia, Yogyakarta. 2006.

- Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1996
- Syafruddin Kalo, *Penegakan Hukum yang Menjamin Kepastian Hukum dan Rasa keadilan Masyarakat*" dikutip dari <http://www.academia.edu.com> diakses 8 Oktober 2017
- Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah Juz III*, Darul Fikri, Bairut, Libanon, 2007
- Subhi Mahmassani, 1961. *The Philosophy of Jurisprudence in Islam*, translated by Farhat J. Ziadeh (Leiden: E.J. Brill.
- Sugiri Permana, *Mediasi Dalam Perkara Waris, Implementasi Takharuj sebagai bentuk perdamaian*, Majalah hukum Varia Pengadilan, Edisi Tahun XXXII, Nomor 372, Jakarta, Nopember 2016.
- Syatibi, Abu Ishak. 1415/1994. *Al-Muwafaqat*, Beirut: Dar al-Ma`rifah.
- Syamsul Rijal Hamid, *Buku Pintar Agama Islam*, Cahaya Salam, Bogor, 2011.
- Wahyu Widiani, *Profil Peradilan Agama*, Ditjen Badilag, Jakarta, 2012
- Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Warisan di Indonesia*, Sumur Bandung, Bandung, 1991.
- Sajuti Thalib, *Receptio A Contrario, Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Satjipto Raharjo, *Ilmu Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti. 2000.
- Sartjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Suatu Tinjauan Sosiologia*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2009. hlm. 61.
- Sarwoto, *Efektivitas Organisasi*, Penerbit Erlangga, Jakarta. 2001.
- Siagian Sondang, *Patologi Birokrasi, Analisis, Identifikasi dan terapinya*, Ghalia, Jakarta. 2002
- Shidarta, *Pokok-pokok filsafat hukum.*, Halaman 160.
- Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, Cetakan ke 6, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2003. hlm.370.
- Sudikno Mertokusumo, *Teori Hukum, Cetakan ke* ,Yogyakarta: Universitas Atma Jaya, 2011. hlm. 16.
- Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Bandung, Alumni. 1995,
- Sanjaya, *Manajemen Prestasi Kerja*, Jakarta: Haji Masagung. 2005,
- Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Pena Pundi Aksara, Jakarta Selatan, 2006.
- Syaikh Muhammad Nashiruddin Al-Albani, *Silsilah al-Ahaadits ash-Shahihah wa Syai'un min Fiqiha wa Fawaa'idih*, Penerbit: Pustaka Imam asy-Syafi'i, Jakarta.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Rajawali Perselisihan dan pertengkar, Jakarta, 2010.
- Subekti, *Kamus Hukum*, Pradnya Paramita, Jakarta, 2000.
- Sudarsono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 1995
- Suyud Margono, *"Alternative Dispute Resolution (ADR) dan Arbitrase"*. Cetakan ke-2, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2004.
- Syahrizal Abbas, *Mediasi Dalam Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011.

- Takdir Rahmadi, *Mediasi: Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*. Jakarta: Rajawali Pers, 2010.
- Taqiyuddin ibn Taymiyah, 1979. *al-Syiyasah al-Syar`iyah fi Ishlah al-Ra`I wa al-Ra`iyah*, cet IV, Mesir: Dar al-Kitab al-Araby.
- Tim Penulis, *Buku Komentor Perma No.1 Tahun 2008 Tentang Pelaksanaan Mediasi di Pengadilan*, Mahkamah Agung JICA dan IICT, Jakarta, 2008.
- Toto Thohir Suriatmadja, *Metodologi Penelitian*, pascasarjana UNISBA, Bandung. 2013.
- Ujang Jamaludin, *Hasil wawancara*: Pacitan, 24 Mei 2016
- Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman;
- Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama sebagaimana telah diubah dan ditambah dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006 dan Perubahan kedua dengan Undang-Undang Nomor 50 Tahun 2009.
- Undang-Undang Nomor 30 tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.
- Usman, *Hukum Perwakafan di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2003.
- Usman Suparman, *Hukum Islam; Asas-asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2001.
- Thaha, Abdul Aziz, *Islam dan Negara dalam Politik Orde Baru*. Jakarta: Gema Insani Press, 1996.
- Tim Penyusun Ensiklopedi Islam, *"Ikatan Cendekiawan Muslim se-Indonesia (ICMI)*.1993
- Van Vollenhaven, C., *Orientatie in het adatrecht van Nederlandsch Indie, Leiden, E.J.Brill 1918-1933. Koninklijk Institut voor Taat, Land en Volkenkunde (KITLV) bersama Lembaga Ilmu Pengetahuan Indonesia (LIPI) (penterjemah), Orientasi dalam Hukum Adat Indonesia, Djambatan, Jakarta, 1981.*
- WWW. Badilag. Net, *Berbahaya Bila Mediator Tidak Pernah Belajar Mediasi*, diakses tanggal 21 Maret 2015
- Widjaya, Gunawan. *Seri Hukum Bisnis: Alternatif Penyelesaian Sengketa*. Edisi I Cet. I, Jakarta. 2001.
- Wirhanuddin, Disertasi, *Mediasi Perspektif Hukum Islam (Studi Kasus di Wilayah Pengadilan Tinggi Agama Makassar)*, Pascasarjana UIN Alauddin Makassar. 2012.
- Wesha Permata, *Ensiklopedia Administrasi*, Ghalia, Jakarta. 2002,
- Yayah Yarotul Salamah, *Mediasi dalam Proses Beracara di Pengadilan: Studi Mengenai Mediasi di Pengadilan Negeri Proyek Percontohan Mahkamah Agung RI*. Disertasi, Unibraw. 2009.
- Yudha Bhakti Ardhiwisastra, *Penafsiran dan Konstruksi Hukum*, Alumni, Bandung,, 2000.
- Zainuddin Ali,*Pelaksanaan Hukum Waris Di Indonesia*,Sinar Grafika, Jakarta, 2008.

BIODATA PENULIS

