



**PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM BERDASARKAN
ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR
DALAM KERANGKA SISTEM
HUKUM NASIONAL**

OLEH

**AHMADI HASAN
01932012**

DISERTASI

Diajukan Kepada Dewan Penguji Ujian Terbuka Disertasi sebagai
Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Ilmu
Hukum pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum
Universitas Islam Indonesia

**UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA
PROGRAM PASCASARJANA
PROGRAM DOKTOR (S-3) ILMU HUKUM
YOGYAKARTA
2007**



**PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM BERDASARKAN
ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR
DALAM KERANGKA SISTEM
HUKUM NASIONAL**

OLEH

**AHMADI HASAN
01932012**

DISERTASI

Telah Diperiksa dengan Cermat dan Dinyatakan Layak untuk
Diajukan Kepada Ujian Terbuka Disertasi sebagai Salah Satu
Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Ilmu Hukum
pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

.....,

Prof. Dr. H. Lili Rasjidi, SH., S.Sos.,LLM.

Promotor

Jawahir Thontowi, SH., Ph.D

Co Promotor



**PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM BERDASARKAN
ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR
DALAM KERANGKA SISTEM
HUKUM NASIONAL**

OLEH

**AHMADI HASAN
01932012**

DISERTASI

Telah Diperiksa dengan Cermat dan Dinyatakan Layak untuk
Diajukan Kepada Ujian Terbuka Disertasi sebagai Salah Satu
Syarat untuk Memperoleh Gelar Doktor dalam Ilmu Hukum
Pada Program Pascasarjana Fakultas Ilmu Hukum
Universitas Islam Indonesia

Dewan Penguji

1. **Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H., S.U.** (.....)
2. **Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A.** (.....)
3. **Prof. Dr. T. Gayus Lumbuun, S.H., M.H.** (.....)
4. **Dr. Abdurrahman, S.H., M.H.** (.....)



**PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM BERDASARKAN
ADAT *BADAMAI* PADA MASYARAKAT BANJAR
DALAM KERANGKA SISTEM
HUKUM NASIONAL**

OLEH

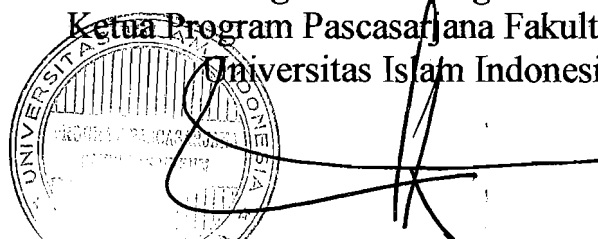
**AHMADI HASAN
01932012**

DISERTASI

Telah Diterima dan Diperiksa untuk Diajukan
Kepada Ujian Terbuka Disertasi sebagai Salah Satu Syarat untuk
Memperoleh Gelar Doktor dalam Ilmu Hukum pada
Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia

Yogyakarta, 21 Juli 2007.

Mengetahui/Mengesahkan
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia



Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H.



DEWAN PENGUJI

Prof. Dr. Edy Suandi Hamid, M. Ec.	(Ketua Sidang/Rektor)
Prof. Dr. H. Lili Rasjidi , SH., S.Sos.,LLM.	(Promotor)
Jawahir Thontowi, SH., Ph.D	(Co Promotor)
Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H., S.	(Anggota)
Prof. Dr. Syamsul Anwar, M.A.	(Anggota)
Prof. Dr. T. Gayus Lumbuun, S.H., M.H.	(Anggota)
Dr. Abdurrahman, S.H., M.H.	(Anggota)

KATA PENGANTAR

Segala puji dan syukur ke hadirat Allah subhanahuwa taala yang telah memberikan bimbingan, rahmat, dan hidayah-Nya, setelah melalui rentang waktu yang cukup panjang, pada akhirnya disertasi "*Penyelesaian Sengketa Hukum berdasarkan Adat Badamai pada Masyarakat Banjar dalam Kerangka Hukum Nasional*" dapat juga diselesaikan guna diajukan dan dipertahankan di hadapan Guru Besar Fakultas Hukum UII pada ujian tertutup. Penulis sungguh berterimakasih kepada semua pihak yang telah membantu proses penyelesaian disertasi ini.

Tiada gading yang tak retak, demikian pula dengan disertasi ini. Melalui berbagai hambatan di tengah-tengah kesibukan, rutinitas, berbagai fenomena politik yang serba tidak menentu yang menuntut kesabaran, ketabahan, dan keteguhan hati penulis dalam menyelesaikan disertasi ini, penulis menyadari bahwa disertasi ini masih jauh dari sempurna. Tanpa dukungan dan bantuan dari berbagai pihak, mustahil disertasi ini dapat terselesaikan.

Oleh karena itu, dengan kerendahan hati, pada kesempatan ini penulis ingin menyampaikan rasa hormat dan terima kasih dan penghargaan yang tulus kepada Prof. DR. H. Lili Rasjidi, S.H., S.Sos., LML, yang telah berkenan menjadi Promotor atau Pembimbing Utama penulis, yang dengan sabar membimbing, memberikan arahan, dorongan, nasehat dan terpujian layaknya seorang bapak kepada anaknya, sehingga disertasi ini dapat terselesaikan. Terima kasih yang tulus penulis haturkan pula kepada Bapak Jawahir Thontowi, S.H. P.hD. selaku Co-Promotor atau Pembimbing Pendamping penulis, yang telah

berkenan pula memberikan bimbingan, arahan, nasihat, dan teguran kepada penulis sehingga disertasi ini dapat terselesaikan.

Khusus kepada guruku Dr. H. Abdurrahman, S.H., M.H. yang dalam hal ini selaku anggota tim penguji yang telah memberikan dorongan dan motivasi, sekaligus tempat bertanya penulis ketika menghadapi masalah akademik, dan dengan tulus pula beliau memberikan nasehat dan informasi serta memberikan sejumlah literatur untuk kepentingan penulisan disertasi ini.

Penulis juga sangat berterima kasih kepada yang amat terpelajar Tim Penguji. Masukan dan kritikan yang diberikan sangat bermanfaat membuka mata dan pikiran penulis bahwa ternyata masih banyak yang harus penulis ketahui dan pelajari lagi.

Di samping itu, ucapan terima kasih juga penulis sampaikan kepada.

1. Rektor Universitas Islam Indonesia (UII) Yogyakarta yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk mengikuti Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta.
2. Ketua Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Yogyakarta Bapak Dr. Ridwan Khairandy, S.H., M.H., beserta Sekretris Program ibu Sri Hastuti Puspitasari yang selalu memberikan motivasi dan arahan serta kebijakan.
3. Dosen-dosen para guru besar yang telah banyak memberikan ilmunya kepada penulis antara lain Prof. Dr. H. Taufik S. Soemantri, M., S.H., Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D., Prof. Dr. B. Arif Sidharta, S.H., Prof. Dr. H. Mahfud MD., S.H., S.U., Prof. Dr. H. Dahlan Thaib, S.H. M.Si, Dr. Mudzakkir, S.H., M.H., Prof. Dr. Korsnadi

Harjasoemantri, S.H., M.L., Prof. H. Amin Abdullah, M.A., Ph.D., Prof. H. Ahmad Minhaji, M.A., Ph.D., Prof. Dr. H. Syamsul Anwar, M.A., Prof. Dr. Juhaya S. Praja, dan guru besar lainnya yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu dalam kesempatan ini.

4. Bapak Rektor IAIN Antasari, Pembantu Rektor, Dekan dan Pembantu Dekan Fakultas Syari'ah yang dengan kebijakannya memberikan kemudahan untuk menyelesaikan penulisan disertasi ini. Juga kepada rekan-rekan senioran dan sdr. Ahmad Rijali dan Anang Syaifuddin yang telah mengoreksi aspek bahasa Indonesia dan bahasa Inggris. Tak lupa rekan sejawat yang tidak dapat disebutkan satu persatu, atas dukungan mereka disertasi ini dapat diselesaikan.
5. Rekan-rekan penulis di Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII yang sangat bersimpati dan mengulurkan bantuan untuk melengkapi bahan bacaan penulis, di antaranya Ibu Hj. Elydar Chaidir, Sudi Fahmi, H. Sumadi, H. Caswadi, H. Arsyad Mawardi, H. Nukthoh Afrawi Kurdi, H. M. Alim, H. Jauhari, H. Tholhah, Abdul Halim Barkatullah, dan terutama pada Bapak Agus Budhi Riswandi, Sobirin Milian yang banyak membantu dalam belajar, penelitian, membuat buku dan penulisan disertasi penulis.
6. Seluruh staf administrasi Yusri Fahmanto, SE., Mbak Nani Sudewi, Mas Sutik, Mas Zuri, Mas Ismanto, Mas Azhari, Mba Elmy Widyastuti, Mba Kamelia Malik, Mba Ika Asriningsih Pulungsari, Mba Atik Nooryani, dan lainnya yang ikut membantu penulis memberikan pelayanan administrasi yang terbaik selama penulis mengikuti pendidikan di UII.

7. Bapak Drs. H. Rudy Arifin Gubernur Provinsi Kalimantan Selatan, Bapak H. Sulaiman H.B., Bapak dr. H. Zairullah Azhar, M.Sc, serta Bapak Drs. H. Yudhi Wahyuni Wali kota Banjarmasin yang telah memberikan dorongan moril, sehingga penulis dapat merampungkan studi.

Khusus kepada anak-anakku tersayang M. Ahdi Rahman, Isna Latifa Dinar, A. Azhar Yasir dengan kesabaran, ketabahan telah memberikan doa restu, semangat, dan dorongan, sehingga disertasi ini dapat terselesaikan. Diucapkan terima kasih secara khusus pula, kepada isteri tercinta Dra. Herawaty Diah yang telah dengan penuh pengorbanan, pengertian, ketabahan, doa, dan semangat, sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini, tidak lupa juga penulis ucapkan terimakasih kepada Bapak Ibu Mertua, H. Leman Husin, BA, dan Hj. Maliah, Kakak-kakaku Nurul Jannah-Ermani, Rukayah, Ida Murtafi'ah, Salima Mawarti. Adik-adikku St. Hadijah, Zuhrina, Salafuddin, Habibah, Suriansyah, Khairun Nisa, HM.Nor, Muhyiddin yang banyak memberikan nasehat dan dorongan semangat pada penulis.

Akhirnya, dengan penuh harapan kiranya karya sederhana dan penuh dengan kekurangan ini, mudah-mudahan dapat memenuhi harapan dan tujuannya.

Yogyakarta, 28 Juni 2007

Ahmadi Hasan

DAFTAR ISI

LEMBARAN JUDUL	i
LEMBARAN PERSETUJUAN PROMOTOR CO PROMOTOR	ii
LEMBARAN PENGESAHAN DEWAN PENGUJI.....	iii
LEMBARAN MENGETAHUI KETUA PROGRAM.....	iv
LEMBARAN NAMA DEWAN PENGUJI.....	v
KATA PENGANTAR.....	vi
DAFTAR ISI	x
ABSTRAK	xi
DAFTAR TABEL	xiii
DAFTAR SINGKATAN	xiv

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	20
C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian	20
D. Kerangka Teori	22
E. Kajian Pustaka	29
F. Metode Penelitian	37
F. Sistematika Penulisan	41

BAB II FUNGSI HUKUM DAN PERATURAN PERUNDANGAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM

A. Sengketa dan Penyelesaian Sengketa.....	47
B. Fungsi dan Peranan Hukum dalam Penyelesaian Sengketa	61
C. Penyelesaian Sengketa dalam Hukum Islam dan Hukum Adat	
1. Pandangan Hukum Islam	68
2. Pandangan Hukum Adat	83
D. Penyelesaian Sengketa Menurut Peraturan Perundangan	90
1. Menurut ADR	90
a. Konsultasi	90
b. Negosiasi dan Perdamaian	91
c. Mediasi	95
d. Konsiliasi	98
e. Pendapat Hukum	100
2. Menurut Perma No. 2 Tahun 2003 dan Ketentuan Lainnya	101

BAB III ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR

A. Pengertian Adat Badamai	115
B. Masyarakat Banjar	128
1. Asal Usul Masyarakat Banjar	128
2. Lingkungan Geografis.....	137
3. Pemukiman dan Penyebaran Etnis Banjar	141
4. Keberagamaan Masyarakat banjar	142
5. Kedudukan Hukum Adat dalam Masyarakat Banjar	145
a. Keberadaan Undang-Undang Sultan Adam	146
b. Latar Belakang Ditetapkan UUSA	147
c. Sistematika Undang-Undang Sultan Adam	150
d. Pengaruh UUSA dalam Masyarakat Banjar	157
6. Kedudukan Hukum Islam dalam Masyarakat Banjar	162
a. Peran Tokoh Ulama dan Ajaran Islam	163
b. Peran Tokoh Penguasa	168
C. <i>Adat Badamai</i> Dulu, Kini dan Masa Mendatang	169
D. Analisis Perkembangan <i>Adat Badamai</i>	173

BAB IV ADAT BADAMAI SEBAGAI SARANA PENYELESAIAN SENGKETA DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL

A. Sistem Hukum Nasional Berlandaskan Pancasila	180
B. Pembangunan Sistem Hukum Nasional	187
1. Hukum Adat dan Pluralisme Hukum	187
2. <i>Unifikasi</i> Hukum	198
3. <i>Kodifikasi</i> Hukum	202
C. <i>Adat Badamai</i> dalam Kerangka Hukum Nasional.....	204
1. Reposisi Pidana Islam dalam Hukum Pidana Nasional	213
2. Restoratif Justice dalam Penegakan Hukum Pidana	238

BAB V STUDI KASUS MENGENAI ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR

A. Kasus yang Berhubungan dengan Hukum Privat	252
1. Pembagian Waris	256
a. Harta Perpantangan	256
b. Membagi Warisan dengan Cara <i>Shuluh</i>	267
1). <i>Faraidh-Ishlah</i>	269
2). <i>Ishlah</i>	271
2. <i>Adat Badamai</i> dalam Sengketa Keluarga (Perkawinan)	275
B. Kasus-Kasus yang Berhubungan dengan Hukum Publik.....	281
1. Perkelahian Mempertahankan Kehormatan Wanita dan Harga Diri	282
2. <i>Adat Badamai</i> dalam Ketertiban & Keamanan Desa serta Sengketa Perbatasan Wilayah Desa	288

3. <i>Adat Badamai</i> dalam Kasus Penganiayaan/Pembunuhan	293
4. Badamai dalam Kasus Ketersinggungan.....	296
5. Badamai dalam Kasus Pelanggaran Lalu Lintas.....	299
6. Badamai dalam Pelanggaran Etika dan Moral serta Susila	303

BAB VI P E N U T U P

A. Kesimpulan	310
B. Rekomendasi	314

BIBLIOGRAFI	316
--------------------------	-----

ABSTRAK

Pentingnya penelitian dengan topik "Penyelesaian Sengketa Hukum Berdasarkan *Adat Badamai* pada masyarakat Banjar dalam Kerangka Sistem Hukum Nasional" didasarkan pada tiga hal. *Pertama*, hukum sebagai norma atau kaidah yang mengatur kehidupan masyarakat yang ditetapkan oleh penguasa yang berwenang (hukum nasional) terkait dengan penyelesaian sengketa kurang mendapat perhatian masyarakat. Selama ini hukum belum mampu menyelesaikan berbagai pertikaian (sengketa) tindak kekerasan, penyelewengan dan sebagainya. Ketidakpercayaan masyarakat terhadap hukum merupakan wujud ketidakpuasan terhadap penegak hukum. Sebaliknya penyelesaian sengketa hukum dengan menggunakan nilai-nilai yang hidup (*adat badamai*) pada masyarakat secara riil lebih efektif. *Kedua*, pada masyarakat Banjar, *adat badamai* sebagai sarana penyelesaian sengketa hukum sampai saat ini masih efektif, dalam aspek perdata maupun aspek pidana. *Ketiga*, secara filosofis dan teoritis fenomena *adat badamai* dalam penyelesaian sengketa hukum pada masyarakat Banjar ini, tampak bahwa aspek pidana selama ini masih dianggap tidak mungkin diaplikasikan secara normatif, justeru dalam tataran sosiologis diakui dan diterapkan dalam praktek kehidupan masyarakat Banjar.

Berdasarkan latar belakang tersebut dirumuskanlah masalahnya kedalam tiga hal : *Pertama*, bagaimana eksistensi *adat badamai* pada masyarakat Banjar. *Kedua*, bagaimana fungsi *adat badamai* dalam penyelesaian sengketa hukum perdata maupun pidana. *Ketiga*, bagaimana hukum *adat badamai* tersebut dapat diakomodasikan ke dalam sistem hukum nasional.

Dengan metode dan pendekatan yuridis normatif dan empiris penelitian ini menemukan bahwa *adat badamai*, dalam aspek keperdataan ternyata sangat berkesesuaian dengan berbagai peraturan perundangan-undangan, dan memperoleh pengakuan dari masyarakat. Dalam praktek peradilan perdata, hakim sering menganjurkan kepada para pihak agar mau berdamai sebelum diserahkan pada putusan pengadilan. Itulah sebabnya forum *adat badamai* dipandang telah memberikan kontribusi pada penyelesaian sengketa dalam masyarakat Banjar, tanpa meninggalkan sistem hukum nasional. Namun, dapat dipastikan kasus-kasus pidana yang hanya menggunakan sistem peradilan pidana, maka pihak-pihak yang terlibat merasa diperlakukan dengan tidak adil, masih ada perasaan balas dendam akibat adanya perasaan tidak puas dan hal ini selalu mengusik dan mengganggu ketertiban.

Kata Kunci : *Adat badamai, sengketa hukum, hukum nasional, perkara perdata, perkara pidana.*

ABSTRACT

This research addresses the issue of Legal Dispute Settlement Based on *Adat Badamai* in Banjar Society in the National Legal System Frameworks. The significance of this research lies on the following facts, i.e. *First*, law as norm or rule which regulates the social live that made by the authoritative power (national law) which relates with dispute settlement had lack attention from the society. Until this time, law is not able to settle any dispute of crime, unlawful act, and so on. Therefore, society had no longer believed with the existence and enforcement of law. This fact above appeared as reflection of dissatisfaction society toward law officer. *Second*, in Banjar society, *adat badamai* as means to settle legal dispute is still effective until today, both in private or criminal aspects. *Third*, philosophically and theoretically, the phenomenon of *adat badamai* to settle legal dispute in Banjar society in criminal aspects seems inappllicable normatively. But, in sociology aspects it still applied in Banjar society living practice.

Based on the background above, that problem statement can be summarized into three things. *First*, how is the existence of *adat badamai* in Banjar society. *Second*, how is the function of *adat badamai* to settle legal dispute both in private or criminal aspects. *Third*, how *adat badamai* law could be accommodated into national legal system.

By using normative and empirical legal method, this research demonstrates that *adat badamai* in private aspect is really in accordance with the regulation and got acknowledgement from the society. In the private court practice, judges always recommend to the parties to have peace each other before the case is submitted into court decision. From this point of view, it can be concluded that *adat badamai* forum gives contribution to settle the legal dispute in Banjar society, without leaving national legal system. But, for criminal cases that only used criminal court system, it can be sure that the parties would get unfair treatment, and they still had feeling to take revenge because they feel unsatisfied. So, this matters would cause disorder and inconvenience in the lives society.

Key words : *Adat badamai, Legal dispute, national law, private aspect, criminal cases.*

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Secara sosiologis masyarakat Banjar di Kalimantan Selatan mayoritas beragama Islam yaitu 89,33 %¹ dan merupakan masyarakat Islam fanatik pada mazhab Syafi'i.² Hal ini tidak terlepas dari islamisasi dan perkembangannya di daerah ini yang dimulai dari berislamnya Pangeran samudera (Sultan Suriansyah) yang memerintah pada tahun 1526-1645, yang kemudian diikuti oleh keluarga dan warga kerajaan.³ Pada saat kerajaan Banjar diperintah oleh Sultan Adam Watsiqu billah pada tahun 1825-1857 telah dirumuskan sebuah peraturan yang dinamakan Undang-Undang Sultan Adam⁴ (selanjutnya disebut UUSA) yang tujuannya untuk meningkatkan ketertiban dan kesejahteraan warga masyarakat.

Salah satu aturan yang terdapat dalam UUSA sebagaimana Pasal 21 adalah mengenai penyelesaian sengketa dengan jalan *adat badamai*, yang sampai kini masih berkembang di masyarakat Banjar.⁵ *Adat badamai* atau penyelesaian

¹ Lihat hasil Pendataan (Sensus) Penduduk Berkelanjutan Provinsi Kalimantan Selatan Tahun 2005

² Gazali Usman, *Kerajaan Banjar Sejarah Perkembangan Politik Ekonomi Perdagangan dan Agama Islam*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin, 1994, hlm. 11.

³ Keberadaan Ulama kharismatik Syekh Arsyad al-Banjari yang pernah menulis beberapa buah kitab yang menjadi pegangan para qadhi dan umat Islam, juga turut mempengaruhi perkembangan Islam di tanah Banjar. Sabilal Muhtadin karyanya di bidang hukum Islam pernah menjadi kitab rujukan (pegangan) dalam kerajaan., lihat Gazali Usman, *Ibid*

⁴ Sultan Adam berhasil melakukan formalisasi syari'at Islam (qanunisasi hukum Islam) dalam kerajaan Banjar, dalam bentuk UU Sultan Adam yang di dalamnya antara lain diatur urusan peradilan yang berhubungan dengan agama, perkawinan, hukum tanah dan lain-lain. Lihat Syamsiar Seman, *Naskah Lama Undang-Undang Sultan Adam*, Majalah Orientasi Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, No. 2 Tahun 1977. Syamsiar Seman merinci aturan dalam Undang-Undang Sultan Adam yaitu Hukum Islam, Hukum Acara Peradilan Agama Islam, Hukum Agraria, Hukum Fiskal, Hukum Pidana, Hukum Perdagangan dan lain-lain.

⁵ Gazali Usman, *Op.Cit.* hlm. 184-185.

sengketa⁶ dilakukan dalam rangka menghindarkan timbulnya konflik yang dapat membahayakan tatanan sosial, maka selalu diadakan *badamai* yaitu penyelesaian sengketa hukum yang merupakan upaya alternatif dalam mencari jalan keluar dan memecahkan persoalan yang terjadi dalam masyarakat.

Adat badamai pada masyarakat Banjar merupakan implementasi nilai-nilai ajaran Islam yang selalu mengajarkan jalan damai atau *ishlah* dalam menyelesaikan suatu persengketaan. *Badamai* dalam penyelesaian sengketa harta warisan lazim dilakukan pada masyarakat Banjar dengan cara *ishlah*.⁷ Demikian pula dalam hal penyelesaian sengketa perkawinan seperti cerai-rujuk, pisah ranjang (*barambangan*),⁸ termasuk *badamai* menyelesaikan pembagian harta bersama (*harta perpantangan*)⁹ selama perkawinan jika terjadi perceraian atau

⁶ Mohammad Koesno, *Musyawaharah* dalam Miriam Budihardjo (Ed) *Masalah Kenegaraan*, Jakarta, 1971, hlm. 551.

⁷ *Ishlah* merupakan perdamaian dalam membagi harta warisan karena pertimbangan mashlahat, mereka mengesampingkan ketentuan faraid, karena ada pertimbangan yang lebih baik, dalam *ishlah* terdapat keikhlasan membagi warisan berdasarkan kesepakatan dengan saling mengikhlaskan, *ishlah* dapat pula merupakan kesepakatan antara ahli waris yang juga bukan penyimpangan dari hukum faraid. Dalam hukum faraid dikenal istilah "*takharuj*", ialah pelepasan hak dari salah seorang atau beberapa orang ahli waris baik terhadap sebagian barang yang diwarisi atau terhadap seluruhnya. Contoh : barang yang tidak dapat dibagi tiga, sepertiga bersaudara mewarisi dari orang tuanya sebuah rumah, dua orang melepaskan haknya pada rumah itu dengan menerima gentian dengan sejumlah uang. Bisa juga beberapa ahli waris menyerahkan seluruh haknya. Aswadie Syukur Anggota tim Penyusun KHI yang kemudian menjadi rumusan draf Kepres No. 1 Tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI). Beliau salah seorang utusan MUI Kalimantan Selatan ketika merumuskan konsep draf itu menjelaskan bahwa pasal 183 merupakan reduksi *ishlah* atau *adat badmai* yang hidup pada masyarakat Banjar. Dalam KHI pasal 183 dirumuskan : *para ahli waris dapat membagi warisan dengan cara perdamaian setelah mereka mengetahui bagian masing-masing berdasarkan Ilmu Faraid*.

⁸ *Barambangan* adalah pisah ranjang antara suami istri karena adanya perselisihan yang belum mendapatkan titik temu, untuk sementara mereka berpisah, dalam keadaan ini diperlukan juru damai sebagai mediator yang lazim disebut sebagai "*hakamain*". Lihat Al-Qur'an An-Nisa : 35.

⁹ *Harta perpantangan* adalah harta bersama selama perkawinan, gono gini (Jawa), sepikul segendongan (Sunda). Secara filosofis terdapat perbedaan cara hidup antara masyarakat Arab dan masyarakat Banjar. Dalam hal hukum nikah tradisi di Arab istri tidak bekerja, segala keperluan rumah tangga menjadi kewajiban suami. Sedang dalam masyarakat Banjar, istri selalu membantu suami dalam mencari harta, bahkan kadang-kadang justeru istri yang bekerja menjadi tulang punggung ekonomi keluarga. Istri sebagai kawan sekongsi dengan suami yang dikenal dalam hukum muamalah "*Syirkatul 'Abdan*". Dalam ketentuannya jika salah satu meninggal atau terjadi

karena cerai hidup, hal ini sering dilakukan dengan upaya mendamaikan melalui peran (*hakamain*).¹⁰

Demikian pula jika terjadi persengketaan di antara sesama warga atau terjadi tindak penganiayaan, perkelahian ataupun pelanggaran lalu lintas maupun pelanggaran *norma adat (susila)*, ada kecenderungan untuk menyelesaikannya secara badamai artinya tidak perlu penyelesaian sampai ke ruang pengadilan. *Adat badamai* ini diakui cukup efektif dan berperan dalam menciptakan keamanan dan perdamaian. Adat badamai ini lazim pula disebut dengan “*Baparbaik*”, “*Baakuran*”, “*Bapatut*” atau “*Suluh*” (“*Ishlah*”).¹¹

Konsep *adat badamai* yang dijadikan sebagai fokus bahasan di sini lebih mengarah kepada upaya *ishlah* dalam ajaran Islam,¹² ketimbang konsep hukum adat, mengingat secara etnisitas menjadi Banjar berarti menyatakan masuk Islamnya sejumlah kelompok rumpun asli penduduk asli Kalimantan.¹³

perceraian, jumlah harta bersama dibagi dua, suami memperoleh separo dan istri memperoleh separo. Bagian yang separo merupakan hak waris yang dibagi kepada semua ahli waris sesuai ketentuan faraid. Lihat Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam*. Lihat Gusti Muzainah, *Pembagian Harta Warisan Menurut Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar*, Tesis pada Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 1999.

¹⁰ Hakamain adalah asal kata hakam yaitu juru damai, mediator yang berfungsi memberikan mediasi, juru damai ini berasal dari keluarga pihak suami dan dari pihak istri.

¹¹ Istilah *Baparbaik* dan *Bapatut* lebih mengarah kepada penyelesaian perkara pidana seperti terjadinya tindak penganiayaan, perkelahian atau pelanggaran lalu lintas, namun istilah *Badamai* mengandung pengertian umum artinya penyelesaian masalah apa saja, termasuk juga di dalamnya penyelesaian perdata hubungan hukum antar orang perorang. Adapun *Suluh* lebih dekat pengertiannya kepada istilah *Ishlah* menurut konsep agama yang dapat digunakan dalam pengertian penyelesaian keperdataan semisal pembagian waris, maupun keperdataan lainnya. Lihat Alfani Daud, *Islam dan Masyarakat Banjar, Deskripsi dan Analisa Kebudayaan Banjar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm..198.

¹² Ahmadi, “*Adat Badamai Pada Masyarakat Banjar Menurut Undang-Undang Sultan Adam (Suatu Telaah Interaksi Hukum Islam dan Hukum Adat Dalam Upaya Pembinaan Hukum Nasional)*” Thesis. Progrsam Magister (S-2) Ilmu Hukum UII, jogjakarta, 1997.

¹³ Alfani Daud, *Islam dan Masyarakat Banjar, Deskripsi dan Analisa Kebudayaan Banjar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm..198.

Penelitian tentang *adat badamai* sebagai bentuk penyelesaian sengketa pada masyarakat penting dilakukan tidak saja dilihat dari segi berfungsinya hukum dalam realitas masyarakat lokal, akan tetapi sekaligus dilakukan untuk menjelaskan adanya unsur-unsur keadilan, kepastian dan unsur kemanfaatan sebagai kontribusi nilai-nilai¹⁴ hukum lokal. Dalam hal ini *adat badamai* dapat dijadikan sebagai sarana pembangunan atau reformasi hukum nasional. Paling sedikit ada tiga alasan untuk melakukan penelitian tentang penyelesaian sengketa menurut *adat Badamai* pada masyarakat Banjar.

Pertama, pada era reformasi ini masalah peran hukum dalam pembangunan dirasakan mendesak, karena keberadaan hukum dirasakan kurang berfungsi, terutama dalam hal penyelesaian sengketa hukum¹⁵ dan berbagai kasus kerusuhan sosial, konflik antar etnis yang marak terjadi di berbagai daerah belakangan ini.

Kerusuhan yang baru saja terjadi di Kalimantan Tengah dan Kalimantan Barat yaitu kerusuhan berdarah yang dilatarbelakangi konflik antar etnis Dayak dan Madura pada sekitar tahun 2000 dan 2001 yang banyak memakan korban,¹⁶ merupakan petunjuk lemahnya fungsi sistem penegakan hukum dalam menyelesaikan kasus-kasus kerusuhan berdarah tersebut. Kekhawatiran akan muncul dan merembetnya kejadian serupa di wilayah Kalimantan Selatan cukup

¹⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan (Kumpulan Karya Tulis)*, Alumni Bandung, 2002, hlm. 3.

¹⁵ Setiap tahun perkara kasasi yang masuk ke Mahkamah Agung semakin meningkat dan menumpuk itulah sebabnya yang melatar belakangi lahirnya Perma Nomor 2 tahun 2003 yang mengisyaratkan penyelesaian melalui mediasi lebih diutamakan ketimbang penyelesaian melalui litigasi. Dan merupakan kewajiban bagi setiap hakim untuk memberikan dorongan kepada para pihak untuk melakukan perdamaian sebelum perkaranya diteruskan dalam pemeriksaan di pengadilan.

¹⁶ Lihat hasil Penelitian tentang "*Prilaku Etnis dan Potensi Konflik di Kalimantan Selatan*", Tim Penelitian IAIN Antasari Banjarmasin, tahun 2001.

beralasan. Meskipun nampaknya kondisi sosial dan keamanan cukup tenang, akan tetapi diasumsikan bahwa kondisi yang tenang tersebut bukan jaminan tidak akan muncul konflik serupa.¹⁷

Padahal apabila hukum berfungsi dengan baik dalam penyelesaian berbagai kerusuhan dan tindak kejahatan, maka dapat menjamin rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat, selain itu dapat mencegah jatuhnya korban yang lebih banyak dan kerusakan yang lebih parah, bahkan dapat memberikan rasa aman, dan pada sisi yang lain setiap persengketaan, problem sosial dan hukum akan dapat diselesaikan dengan baik, adil dan memuaskan semua pihak.

Penyelesaian sengketa merupakan salah satu fungsi dari hukum, namun ia bukan satu-satunya fungsi dari hukum. Steven Vago dalam bukunya menulis tentang hal ini.

Why do we need law, and what does it do for society ? More specifically what function does law perform ? As with the definition of law, there is no agreement among scholars of law and society on the precise functions,, nor is there consensus on their relative weight and importance. A variety of functions are highlighted in the literature (see, for example, Aubert 1969, 11, Bredeneir, 1962: 74, Mermin, 1973: 5-10, Nader and Todd, 1978: 1, Pollack, 1979: 669 and Samford, 1989: 116-120) depending on the conditions under which law operates at a particular time and place. The recurrent themes include sosial control, dispute settlement, and social engineering.¹⁸

¹⁷ Mengingat secara sosiologis, masyarakat Kalimantan Selatan juga sangat heterogen, sebagai masyarakat majemuk (*plural societies*), menurut Supardi Suparlan dalam masyarakat majemuk yang sedang mengalami perubahan sosial dan perubahan kebudayaan, timbulnya konflik sosial adalah suatu yang wajar (Lihat A.W. Wijaya, *Individu, Keluarga, dan Masyarakat*, Jakarta, Akademika Pressindo, 1986.). Sebagaimana juga dalam Analisis Weber bahwa konflik menempati kedudukan sentral dalam masyarakat, konflik merupakan unsur dalam kehidupan manusia serta tidak dapat dipisahkan dari kehidupan manusia serta tidak dapat dlenyapkan. (Lihat Lseyandecker, *Tata Perubahan, dan Ketimpangan*, Jakarta, PT. Gramedia (Terjemahan Mckee, James B), 1983).

¹⁸ Steven Vago, *Law and Society*, New Jersey: Prentice Hall Englewood Cliffs, hlm. 12.

Memang penentuan tentang fungsi dari hukum dalam masyarakat belum ada kesepakatan dari para pakar hukum dan hal ini sangat tergantung pada kondisi masyarakat di mana hukum itu berlaku sesuai dengan tempat dan waktu. Namun penegasan di atas menyebutkan ada tiga fungsi dari hukum yaitu:

1. *Social control* (sosial kontrol),
2. *Dispute settlement* (penyelesaian sengketa), dan
3. *Social engineering* (rekayasa sosial).

Lebih jauh Steven Vago menjelaskan tentang fungsi yang kedua dari hukum yaitu sebagai *dispute settlement* (penyelesaian sengketa). Steven Vago mengemukakan:

*By settling dispute through an authoritative allocation of legal right and obligations, the law provides an alternative to other methods of dispute resolution. Increasingly, people in all walks of life let the courts settle matters that were once resolved by informal and non legal mechanism, such as negotiation, mediation, or forcible self-help measures. It should be noted, however, that law only deals with disagreement that have been translated into legal disputes. A legal resolution of conflict does not necessarily result in a reduction of tension or antagonism between the aggrieved parties. For example, in a case of employment discrimination on the basis of race, the court may focus on one incident in what is a complex and often not very clear cut series of problems. It results in a resolution of specific legal dispute, but on in the amelioration of the broader issues that have produced that conflict.*¹⁹

Dengan demikian hukum juga dapat mempunyai fungsi sebagai sarana yang cukup efektif melakukan penyelesaian sengketa dan sekaligus memberikan solusi dalam penyelesaian suatu konflik yang terjadi dalam masyarakat.

Akan tetapi Lawrence M. Friedman mengemukakan 4 (empat) fungsi sistem hukum.

Function Punish there are some that is First, as part of social control systems (social control) arranging human being behavior. Second, as medium to finish the

¹⁹ Ibid, hlm. 13-14.

*dispute (dispute settlement). Third, sistem punish to own function as social of engineering function. Fourth, punish as social maintenance, that is function emphasizing role punish as conservancy "status quo" what [do] not wish change.*²⁰

Friedman menyatakan ada tiga elemen sistem hukum yang harus diperhatikan jika ingin memfungsikan hukum, yaitu *structure*, *substance* dan *legal culture*²¹. Struktur adalah menyangkut lembaga-lembaga yang berwenang membuat dan melaksanakan undang-undang (lembaga pengadilan dan lembaga legislatif). Aspek kedua, adalah substansi, yaitu materi atau bentuk dari peraturan perundang-undangan. Aspek ketiga dari sistem hukum adalah apa yang disebut sebagai sikap orang terhadap hukum dan sistem hukum, yaitu menyangkut kepercayaan akan nilai, pikiran atau ide dan harapan mereka.

Struktur hukum yang baik tidak akan berjalan dengan baik kalau tidak ditunjang oleh adanya substansi hukum yang baik pula. Demikian pula substansi hukum yang baik tidak akan dapat dirasakan manfaatnya kalau tidak ditunjang oleh struktur hukum yang baik. Selanjutnya struktur dan substansi hukum yang baik tidak akan dapat dirasakan eksistensinya kalau tidak didukung oleh budaya hukum masyarakat yang baik pula.

Pendek kata hukum akan berperan dengan baik manakala ketiga aspek sub-sistem yaitu struktur, substansi dan budaya hukum itu saling berinteraksi dan memainkan peranan sesuai dengan fungsinya. Sehingga hukum dapat berjalan secara serasi dan seimbang, sesuai dengan fungsinya. Ibarat seekor ikan, ia akan

²⁰ Lawrence M. Friedman, *The Legal Sistem A Sosial Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975, hlm. 3-4 Lihat Juga Lawrence M. Freidman, *American Law*, (New York : W.W. Norton&Company, 1984), hlm. 5-6.

²¹ Lawrence M. Friedman, *I b i d*.

hidup dengan baik manakala ditunjang oleh kualitas air kolam yang baik dan mutu makanan yang baik pula.

Apabila ketiga subsistem hukum tidak berfungsi dengan baik, maka akan muncul problem dalam upaya memfungsikan hukum sebagai sarana pembaharuan dan pembangunan masyarakat itu sendiri.²²

Belum tuntasnya penyelesaian sengketa terhadap berbagai kasus yang terjadi belakangan ini merupakan salah satu indikasi belum bekerjanya hukum secara optimal dalam menyelesaikan berbagai kasus atau sengketa tersebut secara yuridis dan holistik.

Ketika membicarakan fungsi hukum dalam masyarakat lokal, maka adanya kontradiksi dan kegamangan tersendiri di antara keinginan memfungsikan (*mempositipkan*) hukum yang diorder dari penguasa, sementara masyarakat mempunyai pola penyelesaian sendiri terhadap sengketa hukum yang terjadi. Maka kemudian yang terjadi adalah penerapan hukum yang tidak sesuai dengan hukum yang hidup di dalam masyarakat. Padahal dalam Pasal 18 b ayat (2) Amandemen UUD 1945 dengan tegas adanya pengakuan bahwa:

Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.²³

Hal ini dapat dimaknai adanya pengakuan dari Negara terhadap hukum yang hidup di dalam masyarakat termasuk di dalamnya keberadaan *adat badamai* dalam masyarakat Banjar. Untuk menjembatani atau mengisi kekosongan ruang

²² Mochtar Kusumaatmadja, *Op. Cit*, hlm. 108.

²³ Amandemen UUD 45 tahun 2004.

antara keinginan penguasa di satu pihak dengan keinginan untuk menyelaraskan hukum yang hidup di masyarakat di pihak lain, sehingga gagasan penelitian ini menjadi relevan.

Dalam sistem penyelesaian sengketa di Indonesia dikenal adanya sistem *in court* dan *out court*. Sistem *in court* adalah penyelesaian hukum di ruang pengadilan.²⁴ Sedangkan *out court* adalah penyelesaian hukum secara berdamai melalui penyelesaian sengketa di luar ruang pengadilan. Marc Galanter menyatakan bahwa keadilan tidak hanya didapatkan di ruang pengadilan tetapi pada ruang-ruang lain di luar pengadilan dan desa.²⁵ Kedua model ini diatur masing-masing oleh PERMA No. 2 Tahun 2003 untuk model pertama. Sedangkan model yang kedua termasuk dalam ketentuan *Alternative Dispute Resolution* (disingkat ADR). Namun undang-undang Nomor 30 tahun 1999 hanya mengatur dalam pasal 6, mengapa demikian? Karena alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (ADR) bukan urusan negara tetapi merupakan urusan masyarakat. Makanya hanya diatur dalam satu pasal yaitu pasal 6 itupun hanya merupakan arahan. Undang-undang no. 30 tahun 1999 ini tidak mengatur secara rinci dan tegas tentang bentuk-bentuk penyelesaian sengketa kecuali hanya terbatas mengatur mengenai arbitrase. Undang-undang ini hanya mengatur keberadaan arbitrase dan mekanisme proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase,

²⁴ Sebagaimana yang diatur dalam Keputusan Mahkamah Agung Nomor 2 Tahun 2003 yang mewajibkan kepada setiap hakim untuk mendorong terjadinya perdamaian sebelum memutus perkara.

²⁵ Marc. Galanter, *Keadilan di Berbagai Ruangan : Lembaga Peradilan, Penataan Masyarakat serta Hukum Rakyat dalam Antropologi Hukum sebuah Bunga Rampai*, Penyunting T.O. Ihromi, Yayasan Obor, Jakarta, 1993. hlm. 81,

sedangkan lembaga lain tidak²⁶. Namun secara yuridis ADR dapat dimaknai sebagai model atas pengakuan Negara bahwa model penyelesaian sengketa hukum dapat melalui mekanisme perdamaian di luar pengadilan, baik menyangkut sengketa hukum ekonomi perdagangan, hukum keperdataan maupun sengketa publik.

Adapun yang mengatur resolusi damai dalam aspek pidana masih belum ada satu peraturan pun yang dapat dijadikan pedoman, sehingga wajar kalau sengketa atau konflik sosial yang berbau sara yang terjadi di masyarakat akhir-akhir ini semakin intens, dan sepertinya belum secara tuntas dapat diselesaikan.

Sebagai bagian dari sistem penegakkan hukum undang-undang nomor 4 tahun 2004 tentang kekuasaan kehakiman yang dimuat pada lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2004 nomor 8, Pasal 28 ayat (1) berbunyi: *hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.*

Terhadap pasal ini dapat dimaknai bahwa dalam masyarakat yang masih mengenal hukum tidak tertulis termasuk (*adat badamai*) serta berada dalam masa pergolakan dan peralihan, hakim merupakan perumus dan penggali dari nilai-nilai

²⁶Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi & Arbitrase)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001, hlm. 9. Selain itu Undang-Undang No. 23 Tahun 1997 tentang Undang-Undang Pengelolaan Lingkungan Hidup adalah dicantumkannya ketentuan tentang penyelesaian sengketa lingkungan hidup secara agak luas bilamana dibandingkan dengan Undang-undang No. 4 Tahun 1982. dalam Undang-undang lama memang diatur dalam satu pasal mengenai penyelesaian sengketa melalui pola tri partie yang sulit dilaksanakan dalam praktek. Undang-undang No. 23 Tahun 1997 mengatur tentang sengketa lingkungan yang diberikan rumusan seperti tersebut dalam butir 19. Dirumuskan dalam ketentuan ini bahwa sengketa lingkungan hidup adalah perselisihan dua pihak atau lebih yang timbul oleh adanya atau diduga adanya pencemaran dan/atau kerusakan lingkungan hidup. Penegasan yang sama kemudian diulang dalam Pasal 1 butir 2 Peraturan Pemerintah No. 54 Tahun 2000 tentang Lembaga Penyedia Jasa Pelayanan Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup di Luar Pengadilan.

hukum yang hidup di kalangan rakyat. Untuk itu ia harus mampu mengenali, menyelami perasaan hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.²⁷ Dengan demikian hakim dituntut untuk menafsirkan bagaimana agar terjadi keserasian antara idealita hukum dalam undang-undang ke dalam realita hukum yang hidup sehari-hari.²⁸ Dengan demikian, hakim dapat memberikan keputusan yang sesuai dengan hukum dan rasa keadilan masyarakat ketika ia menyelesaikan suatu perkara di pengadilan. Kalau tidak, maka akan terjadi kesenjangan antara hukum yang hidup dalam masyarakat dan hukum yang datang dari negara (sistem peradilan).

Kedua, suatu perselisihan dalam masyarakat lebih-lebih lagi jika telah terjadi pertumpahan darah, meskipun hanya luka-luka kecil saja, biasanya selalu dianggap akan berkelanjutan dan bila hal ini terjadi akan membahayakan bagi ketenteraman masyarakat.²⁹ Untuk menghindarkan adanya pembalasan dendam, maka selalulah diusahakan adanya perdamaian (*babaikan*) secara adat, dengan perantaraan tokoh-tokoh *bubuhan*³⁰ baik dari keluarga korban maupun pelaku, baik tokoh kampung maupun keluarga luas, yang berpengaruh³¹.

²⁷ Abdurrahman, *Hukum Adat menurut Perundang-undangan Republik Indonesia*, Cendana Press, Jakarta, 1984, hlm. 60.

²⁸ Vernon Rich, *Law and The Administration of Justice*, (New York : John Wiley & Sons), 1975, hlm. 299-315.

²⁹ *Fleuilletau de Bruyn* menjelaskan bahwa peristiwa-peristiwa kejahatan (*misdrifven*) dan pembunuhan (*moorden doodslagzaken*) banyak sekali di Hulu Sungai dan seringkali didiamkan saja, sementara para korban atau kerabat dekatnya (*bubuhan*) berusaha menyelesaikan perkara itu dengan caranya sendiri. Tidak heran suatu pembunuhan akan diikuti oleh pembunuhan-pembunuhan berikutnya, yang dilakukan oleh kerabat dekat (*bubuhan*) si korban terhadap si pelaku atau para pelaku dan kerabat dekatnya. Kekhawatiran akan pembalasan dendam dari pihak si korban atau kerabat dekatnya terhadap si pelaku atau kerabat dekatnya sampai saat ini masih ada, khususnya berkenaan dengan peristiwa-peristiwa yang menimbulkan luka-luka atau kematian bagi si korban, seperti penganiayaan dan kecelakaan lalu lintas, Lihat, Alfani Daud, Op. Cit.

³⁰ *Bubuhan* merupakan pengelompokan warga atau kerabat dekat di dalam masyarakat Banjar, sehingga dikenal dengan istilah *bubuhan Banjar*, *bubuhan Gambut* atau *bubuhan Hulu*

Jika terjadi sengketa dan tidak dilakukan acara *badamai* diyakini akan merusak tatanan harmoni yang merupakan pelanggaran terhadap kearifan tradisional. Apalagi kalau sengketa itu berkaitan dengan peristiwa pidana semisal penganiayaan dan sebagainya, maka para tetuha (*bubuhan*) atau tokoh masyarakat berinisiatif untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa, diupayakan pertemuan keluarga di antara kedua belah pihak yang saling bersengketa, diselenggarakanlah acara selamatan, bermaaf-maafan, dan terkadang disertai perjanjian untuk tidak memperpanjang persengketaan atau permusuhan di antara mereka.

Bahkan di antara mereka (kedua belah pihak) diikat dalam persaudaraan yang lazim disebut dengan saling *maangkat dangsanak* maksudnya mereka dipertalikan sebagai keluarga atau dipersaudarakan. Di belakang hari pihak yang melanggar kesepakatan ini, akan mendapat sanksi, paling tidak akan dikucilkan dari pergaulan masyarakat. Sementara pihak lawan akan mengadakan pelanggaran kesepakatan tersebut ke aparat penegak hukum untuk diusut tuntas sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.

Tampaknya adat seperti ini memang umum berlaku di berbagai daerah di tanah air, namun pada praktiknya terdapat perbedaan mendasar, dan ada kekhususan pada pola penyelesaian sengketa hukum yang terjadi pada masyarakat Banjar. Ada nilai-nilai atau norma-norma yang harus dipatuhi dalam prosedur *badamai* yang harus ditempuh. Adanya prosesi upacara yang mengiringi penyelesaian sengketa (*adat badamai*) yaitu *baangkat dangsanak* atau *maangkat*

Sungai untuk menyebutkan kelompok atau keluarga sebuah komunitas, lihat Alfani Daud, *Ibid*, hlm. 125.

³¹ Alfani Daud, *Ibid*. 198.

*kuitan*³² sebagai simbol tuntasnya sengketa. Dan prosesi itu diikuti dengan memercikkan air minyak *likat baboreh*³³ (bahasa Banjar) di atas kepala para pihak sebagai simbol pengikat kedua belah pihak dalam persaudaraan dan dengan unsur-unsur ritual tersebut masing-masing pihak kembali dengan semangat baru. Kemudian ada sejumlah makanan yang harus disajikan semisal nasi ketan lengkap dengan intinya³⁴ dan persyaratan lainnya³⁵.

Penyelesaian secara *badamai*³⁶ ini telah ada sejak masa dahulu menjadi hukum adat pada masyarakat Banjar yang dipelihara dan dilestarikan dari zaman ke zaman dan dari generasi ke generasi, bahkan telah ditetapkan dalam UUSA

³² *baangkat dangsanak* atau *maangkat kuitan* kedua belah pihak dipersaudarakan menjadi saudara angkat atau orang tua angkat.

³³ Minyak *likat boboreh* terbuat dari minyak kelapa yang dicampur dengan pengharum menurut Alfani Daud kelakuan seperti itu sering dilakukan dalam upacara bapalas badan, dan bapalas kampung dan sebagainya, lihat Alfani Daud, *Op. Cit*, hlm. 125.

³⁴ Inti merupakan kelapa parut yang digoreng dengan gula jawa.

³⁵ Alfani Daud, *I b i d*, hlm. 198.

³⁶ Penyelesaian peristiwa pidana dalam masyarakat hukum adat tidak begitu berbeda dengan cara-cara penyelesaian sengketa keperdataan. Ada dua pendekatan penyelesaian peristiwa pidana yaitu aspek magis dan aspek material. Aspek magis bertalian dengan upaya mengembalikan keseimbangan magis yang terganggu akibat peristiwa pidana yang diselenggarakan dalam bentuk upacara-upacara tertentu seperti menyediakan sesajen atau mengorbankan hewan sebagai tebusan. Yang agak ekstrim adalah sanksi dalam bentuk mengeluarkan atau mengusir pelanggar dari lingkungan masyarakat hukum yang bersangkutan. Aspek material berkaitan dengan upaya merukunkan kembali hubungan antara pelaku (keluarga pelaku) dan korban (keluarga korban). Inipun dilakukan dengan berbagai upacara perdamaian antara kedua pihak. Bentuk lain adalah kewajiban pelaku (keluarga pelaku) melakukan sesuatu, seperti pernyataan bersalah, meminta maaf, memberi konvensasi atau denda tertentu. Praktek adat sangat memperhatikan kepentingan korban baik yang bersifat material maupun immaterial. Praktek-praktek ini tidak lain dari restorative justice yang telah menjadi tradisi masyarakat hukum adat. Ketika masa HIR (Bagian Pidana), perdamaian atau cara-cara penyelesaian hukum adat ini wajib dipertimbangkan oleh hakim apabila perkara itu berlanjut ke pengadilan. Pada saat ini kewajiban tersebut berlaku dalam sistem otonomi khusus Papua. Putusan hakim perdamaian menurut hukum adat, dapat dikukuhkan oleh pengadilan sehingga tidak diperlukan lagi proses peradilan. Praktek-praktek perdamaian, memberi perhatian terhadap kepentingan korban acap kali dijumpai dalam peristiwa pidana, termasuk di kota-kota. Seorang pelaku yang menabrak orang lain yang menimbulkan cedera atau meninggal, tidak jarang serta merta berusaha memberi perhatian terhadap korban (keluarga korban). Cara-cara tersebut dilakukan dengan mengambil tanggungjawab pengobatan, memberikan uang duka, meminta maaf dan lain-lain. Bagir Manan, *Restoratif Justice (Suatu Perkenalan)*, dalam Varia Peradilan No. 247 Juni 2006, hlm. 3.

(1825-1857)³⁷. Meskipun UUSA ini telah tidak diterapkan secara formal menyusul penghapusan kerajaan Banjar tahun 1860, namun substansi aturannya masih diakui masih relevan dengan kehidupan masa kini dan masyarakat mengakuinya sebagai sesuatu yang harus diperpedomani dalam kehidupan sehari-hari. Disamping *adat badamai* saat ini aturan tentang pertanahan malah mengadopsi UUSA³⁸, termasuk juga dalam hal perilaku kehidupan beribadah dalam mendirikan tempat ibadah yang dipersyaratkan harus 40 buah rumah ke Utara, Selatan, Timur dan Barat. Juga dalam hal administrasi peradilan, bahwa sebelum lahirnya UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, di Kalimantan masih menggunakan Kerapatan Qadhi³⁹ untuk daerah Kota Kabupaten dan Kerapatan Qadhi Besar untuk Wilayah Propinsi Kalimantan Selatan.

Ada beberapa persyaratan adapt, yang dapat menjadi hukum adat yaitu:

(1) adat merupakan kebiasaan yang ada dalam masyarakat, (2) *nan* teradat kebiasaan sudah dianggap sebagai lumrah atau lazim berlaku dalam masyarakat, (3) diadatkan, bahwa hal itu sudah diberikan sesuatu yang seolah-olah menjadi kewajiban, dan (4) adat akan menjadi hukum adapt yang menurut B. Ter Haar berdasarkan *beslissingenleer theore* (teori keputusan) bahwa hukum adat itu telah pernah diputuskan oleh penguasa adat. Kemudian V. Vollenhoven menggunakan teori sanksi, yaitu bahwa adat akan menjadi hukum adat apabila terhadap

³⁷ Amir Hasan Kiai Bondan, *Suluh Sedjarah Kalimantan*, M.A.I., Pertjeakan Fadjar, Banjarmasin, Tjetakan Pertama, 1953, hlm., 153-155.

³⁸ Laporan Penelitian, *Kedudukan Tanah-Tanah Adat di Kalimantan Selatan pada Simposium UUPA dan Kedudukan Tanah Adat Dewasa ini*, BPHN Banjarmasin 1977, juga hasil penelitian Fakultas Hukum Unlam, Banjarmasin, 1978.

³⁹ Abdurrahman, *Menyongsong Pelaksanaan Kewenangan Baru Peradilan Agama di Indonesia*, Orasi Ilmiah dalam acara Pembukaan Kuliah Fakultas Syariah IAIN Antasari Banjarmasin, 4 September 2006. Lihat Abdurrahman, *Paradigma Baru Tentang Kewenangan Peradilan Agama di Indonesia*, Makalah disampaikan pada Seminar dalam rangka Rapat Kerja para Dekan Fakultas Syari'ah seluruh Indonesia di Banjarmasin tanggal 19 September 2006.

pelanggarnya dikenai sanksi⁴⁰. Tampaknya *adat badamai* dapat dikategorikan sebagai hukum adat, karena dia memenuhi beberapa kriteria sebagaimana dikemukakan oleh para ahli tersebut, yaitu adanya sanksi dan adat tersebut telah menjadi keputusan pemangku adat atau tokoh masyarakat yang pada saat itu diperankan oleh sultan Banjar.

Naskah Undang-Undang sultan Adam tersebut memuat beberapa ketentuan tentang *badamai* yaitu:

Pasal 3: *Tiap-tiap tatuha kampung kusuruh akan memadai anak buahnya dengan bermufakat, astamiyah lagi antara kerabat supaya jangan banyak bicara dan perbantahan.*

Pasal 21: *Tiap kampung kalau ada perbantahan isi kampungnja ija itu tetuha kampungnja kusuruhkan membitjarakan mupaqt-mupaqt lawan jang tuha-tuha kampungnja itu lamun tiada djuga dapat membitjarakan ikam bawa kepada hakim.*

Pasal 28: *Siapa-siapa jang hendak bahuma di dalam halabiu atau negara atau banua lainnja maka jaitu tiada boleh orang halabiu atau negara atau lainnja manangat dan tiada boleh orang meakui watas jang tiada usahanja dan pahumaannja dan tiada boleh orang maharu-biru.*

Pasal 29: *Mana-mana padang jang ditinggalkan orang kira-kira dua musim atau lebih maka kembali djadi padang-padang dan tiada tanda miliknya seperti tetanamannya atau galangannya atau sungainya jang menghidupi tanahnya itu maka digawi pula oleh orang jang lainnja itu serta ditetapinja maka tiada kubarikan orang jang dahulu itu menghendaki lagi atau menuntut kepada hakim.*

Pasal 30: *Mana-mana orang jang kababaran jang tiada mengaku berzina jaitu padahkan kajah diaku.*⁴¹

⁴⁰ Moh. Koesnoe, *Hukum Adat (Dalam Alam Kemerdekaan Nasional dan Persoalannya menghadapi Era Globalisasi)*, Editor H. Siti Soendari, SH dan Agni Udayati, Ubhara Press, Surabaya, 1996, hlm. 60.

⁴¹ *I b i d.* hlm. 177. Lihat J.J. Ras, *Hikayat Banjar, Study in Malay Historiography* (The Hague : Martinus Nijhoff, 1968), Lihat Gazali Usman, *Kerajaan Banjar Sejarah Perkembangan Politik, Ekonomi Perdagangan dan Agama Islam*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin,, 1994, hlm. 189, lihat M. Idwar Saleh, *Sekilas Mengenai Daerah Banjar dan Kebudayaan Sungainya sampai Akhir Abad 19*, Moseum Lambung Mangkurat, Propinsi Kalimantan Selatan, 1983, hlm. 230. Ada beberapa naskah UUSA ini setidaknya-tidaknya ada 4 naskah yaitu menurut versi Amuntai, versi Martapura, menurut versi Kiai Hasan Bonda, versi JJ Ras seorang Belanda, yang mana masing-masing versi menuat pasal dan bab yang berbeda meskipun substansinya sama. Namun nasakah aslinya diprediksikan masih tersimpan di negeri Belanda. Lihat "Undang-undang Sultan Adam", judul asli "*Oendang-oendang Soeltan Adam* (1835)", dalam *Adatrechtbundel XIII*-(s-Gravenhege : Martinus Nijhoff, 1951). Lihat Joekes, A.M. (1917), "*De*

Pasal 3: *Tiap-tiap Tetuha kampung untuk saling menasehati khususnya keluarganya dan anak buahnya agar selalu bermufakat dan bermusyawarah supaya tidak terjadi perselisihan dan percekocan.*

Pasal 21: *Tiap-tiap kampung bilamana terjadi sengketa, maka diperintahkan untuk mendamaikan (mamatut) dengan tetuha kampung, bilamana tidak berhasil barulah dibawa kepada hakim.*

Pasal 28: *Setiap warga dalam wilayah kerajaan untuk mengerjakan sawah khususnya di daerah Alabio, Negara atau lainnya, tidak diperbolehkan penduduk lainnya untuk melarangnya dan tidak boleh seseorang mengakui batas sebidang tanah yang tidak dikerjakan .*

Pasal 29: *Tanah bekas ladang yang ditinggalkan oleh penggarapnya selama dua tahun atau lebih, kembali menjadi padang atau tanah yang tidak ada memilikinya dengan syarat tidak ada bekas-bekas tanda yang memilikinya seperti galangan atau tanggul, sungai yang digali untuk mengairi sawah itu, tanah itu kembali menjadi tanah yang tidak ada yang memiliki dan tidak boleh menuntut kalau orang lain mengerjakannya.*

Pasal 30: *Seorang perempuan yang melahirkan secara paksa (aborsi) tanpa suami dan tidak mengaku ia berzina, harus dilaporkan kepada sultan untuk menetapkan jenis hukumannya.*

Pasal-pasal tersebut melahirkan beberapa prinsip utama, asas-asas hukum atau norma hukum yang berlaku pada masyarakat Banjar, di antaranya masyarakat Banjar memiliki kepedulian yang besar terhadap pengendalian sosial, tanggung jawab sosial, peran dan fungsi tokoh masyarakat dalam menciptakan ketertiban dan ketenteraman masyarakat,⁴² gotong royong (*gawi sabumi*), kebersamaan (*kayuh baimbai*), kegigihan berusaha, semangat pantang menyerah (*waja sampai kaputing*).⁴³ Di masyarakat Banjar sampai tahun 60 dan 70-an para pemuda dan pemudinya masih menganggap aib berpacaran secara terbuka.

Dalam masalah pembukaan sawah dan tanah ada beberapa prinsip atau norma yang berkembang di antaranya tanah harus memberikan manfaat kepada

Wet van Sultan Adam van Bandjermasin van 1835" dalam De Indische Gids, Tahun ke-3, 1881, Jilid II, hlm. 146-179.

⁴² Peran tokoh masyarakat sangat berkaitan dengan pengendalian sosial dan pelaksanaan hukum secara prosedural

⁴³ Istilah ini digunakan oleh Pangeran Antasari untuk mengobarkan semangat para perajurit dalam berperang melawan colonial Belanda.

masyarakat oleh karena itu ada ketentuan tentang tanah terlantar,⁴⁴ harus menyerahkan kepada mereka yang mampu mengelola disebut dengan istilah tanah *gigi* atau *gugu*.

Semangat pasal 21 UUSA sampai kini tetap menjadi landasan norma dan perilaku dalam masyarakat Banjar. Bahkan sampai sekarang masih menjadi suatu tradisi *mamatut*,⁴⁵ sebagai lembaga hukum secara tradisi dalam menyelesaikan persengketaan untuk dirukunkan kembali, sehingga tidak terjadi perasaan dendam antara kedua belah pihak.

Dalam sejarah kerajaan Banjar, Sultan Adam Al Watsiq Billah merupakan raja ke-18 sejak raja pertama (Pangeran Suryanata), dan beliau adalah sultan yang ke-12 dari sultan yang sudah memeluk Islam. Beliau adalah seorang Sultan yang kuat ibadah dan berhasil menerapkan hukum Islam di Kerajaan Banjar Benua Lima yang beliau wujudkan dalam suatu undang-undang yang kelak bernama Undang-Undang Sultan Adam. Tujuannya tidak lain agar rakyatnya benar-benar menjalankan ajaran *Ahlus Sunnah Waljama'ah*,⁴⁶ dan memasukkan lembaga

⁴⁴ Penguasa dapat menggunakan kewenangan mendistribusikan tanah terlantar itu kepada mereka yang mampu mengelola. Ada ketentuan bahwa masyarakat berhak membuka tanah (ihyaul mawat) dan harus mampu mengelolanya agar produktif, namun jika tidak mampu mengelola dan tanah itu terlantar sampai tiga musim, maka penguasa berhak mengambilnya untuk diserahkan kepada pihak lain yang mampu.

⁴⁵ Yaitu mendamaikan antara kedua belah pihak yang bersengketa, seperti kasus pelanggaran hukum seperti perkelahian. Lihat Gazali Usman, *Op.Cit.* hlm. 184-185..

⁴⁶ Pada masa itu berkembang pemahaman Tasauf yang dikembangkan oleh Abu Hamid Abulung yang menegmbangkan paham Wihdatul Wujud Ibnu Arabi dan Abu Yazid Bustami yang dinyatakan sebagai paham sesat oleh Syekh Arsyad al Banjari, sehingga Sultan Adam al wasik Billah (1825-1857) mengeluarkan UUSA (1835), sebagaimana pasal 1 yang menyatakan : *Adapun perkara yang pertama aku suruhkan kalian ra'yatku laki-laki dan bini-bini beri'tikad ahlul sunnah wal-jama'ah dan jangan seorang juapun jang beri'tikad ahlul bidaat*, Lihat Ahmad Gazali Usman, *Urang Banjar dalam Sejarah*, Universitas Lambung Mangkurat, Juli 1989, hlm. 61.

keagamaan dalam struktur pemerintahannya yang langsung pelaksanaannya dipimpin oleh *Hakim Tinggi* yang terdiri dari *Mufti*, *Qadhi*, dan *Khalifah*.⁴⁷

UUSA adalah dokumen sejarah hukum untuk tanah Banjar yang merupakan sumber hukum bagi ketentuan hukum yang berlaku di tanah Banjar pada masa-masa lampau. Malah ada bagian-bagian tertentu dari ketentuan yang terdapat di dalam pasal-pasal UUSA tersebut sampai kini masih berlaku, semisal adat *badamai*, ketentuan tentang pertanahan dan sebagainya.

Ketiga, secara filosofis patut dipertanyakan mengapa masyarakat berkecenderungan menyelesaikan konflik atau sengketa hukum melalui *adat badamai*. Apakah melalui solusi tersebut mereka merasakan adanya keadilan. Lalu bagaimana kedudukan *adat badamai* tersebut dalam sistem penegakan hukum nasional pada masyarakat Banjar. Apakah dengan dilaksanakannya perdamaian adat ini masyarakat menganggap semua persoalan sudah selesai, lalu bagaimana hubungannya dengan sistem hukum pidana yang mengharuskan si pembunuh harus dihukum (dalam kasus pidana). Apakah dengan dilaksanakannya proses *badamai* dengan sendirinya menggugurkan tuntutan hukum atas pelaku. Kajian ini semakin menarik mengingat aspek-aspek *adat badamai* ini melingkupi hukum prosedural yang wilayah yurisdiksinya tidak mengenal pembagian formal sebagaimana hukum modern yang memilah hukum ke dalam hukum perdata dan hukum pidana.

Sementara itu *adat badamai* ini mencerminkan rasa tanggung jawab warga *bubuhan* terhadap sengketa yang sedang terjadi pada salah seorang warga

⁴⁷ *Manaqib Sultan Adam Al-Watsiq Billah, Martapura Kalimantan Selatan*, Yayasan Sultan Adam, 2001.

bubuannya. *Bubuhan* (orang) Banjar merasa malu apabila setiap sengketa hukum atau konflik yang dialami oleh salah seorang warga *bubuhan* tidak dapat diselesaikan secara *badamai*.⁴⁸ Sebab hal ini menunjukkan lemahnya solidaritas *bubuhan* dan dapat dimaknai pula bahwa tanggung jawab sosial tokoh *bubuhan* sudah tidak ada, sehingga dengan sendirinya martabat *bubuhan* akan tercoreng. Terlebih kalau kasus sengketa itu diselesaikan melalui hukum formal. Oleh karena itu *adat badamai* merupakan upaya memelihara martabat *bubuhan*, dan harga diri orang Banjar.

Ada anggapan yang mengatakan bahwa *badamai* merupakan penyelesaian keperdataan saja antara si pelaku dengan si korban, sedangkan mengenai aspek pidananya akan berjalan sesuai dengan tuntutan berdasarkan sistem penegakan hukum yang berlaku secara formal prosedural.⁴⁹

Berangkat dari latar belakang di muka, maka penulis beranggapan bahwa semangat hukum yang hidup pada masyarakat dalam menyelesaikan berbagai sengketa termasuk dalam hal ini *adat badamai* bersumber dari kearifan tradisional mestinya jangan dibiarkan menjadi nilai-nilai yang terisolasi dan terlepas dari sistem penegakan hukum pidana secara nasional. Namun hendaknya dapat dijadikan sebagai bahan atau sarana pembangunan masyarakat dan hukum itu sendiri, sehingga dapat memberikan sumbangsih dalam pembangunan hukum nasional. Hal inilah yang menjadi persoalan krusial yang dihadapi oleh bangsa ini

⁴⁸ Beckmann-Keebet von, Benda, 1984, *The Broken Stair Ways to Consensus : Village Justice and Courts in Minangkabau*, Dordrecht : Foris Publications. Lihat Daniel. S. Lev, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, Koleksi IMPRESS Yogyakarta, 280-281.

⁴⁹ Ahmadi, *Op. Cit.*, hlm. 65.

pada satu sisi kita menginginkan penyelesaian yang komprehensif terhadap persoalan-persoalan sosial yang terjadi karena dianggap memenuhi rasa keadilan, kepastian dan kemanfaatan.

Sementara sistem penegakan hukum terutama hukum pidana tidak mengakui penyelesaian secara ADR (*Alternative Dispute Resolution*) atau penyelesaian di luar pengadilan. Padahal penyelesaian *badamai* sudah melembaga pada sebagian masyarakat lokal termasuk pada masyarakat Banjar.

B. Perumusan Masalah

Adapun permasalahan pokok dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Bagaimana eksistensi *adat badamai* pada masyarakat Banjar? Apa yang memengaruhi keberadaan *adat badamai* pada masyarakat Banjar?
2. Bagaimana peranan *adat badamai* dalam penyelesaian perkara perdata maupun dalam perkara pidana?
3. Bagaimana politik hukum nasional dalam menyelaraskan antara pola penyelesaian sengketa dengan *adat badamai* dengan Sistem Hukum Nasional?

C. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

Penelitian ini dilakukan dengan maksud dan tujuan sebagai berikut:

1. Menjelaskan eksistensi *adat badamai* pada masyarakat Banjar dan menjelaskan tentang faktor-faktor yang memengaruhinya.
2. Menjelaskan peranan *adat badamai* dalam penyelesaian sengketa dalam perkara perdata maupun dalam aspek pidana.

3. Menjelaskan politik hukum nasional dalam upaya menyelaraskan penyelesaian sengketa berdasarkan *adat badamai* dengan sistem hukum nasional.

Adapun kegunaan penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangsih dalam hal:

1. Mendeskripsikan alasan-alasan *juridis sosiologis* tentang efektivitas *adat badamai* dalam penyelesaian sengketa dalam masyarakat, sehingga secara teoretis hasil penelitian ini berguna bagi pengembangan teori-teori, premis-premis, dan konsep-konsep yang telah ada mengenai fungsi hukum dalam masyarakat sebagai sarana penyelesaian konflik dalam sistem penegakan hukum Indonesia.
2. Mendeskripsikan *adat badamai* pada masyarakat Banjar sekaligus menjelaskan tentang tingkat ketaatan hukum dalam penyelesaian sengketa, sehingga dapat dijadikan sebagai bahan untuk mengembangkan kebijakan sistem penegakan dan supremasi hukum di era reformasi dan otonomi daerah.
3. Mendeskripsikan upaya-upaya yang dilakukan masyarakat dalam mereposisi *adat badamai* dalam sistem penegakan hukum nasional, sehingga sistem penegakan hukum benar-benar memperhatikan hukum yang hidup dan rasa keadilan masyarakat. Lebih lanjut hasilnya diharapkan dapat meredam merebaknya berbagai peristiwa ketidakpercayaan masyarakat terhadap aparat penegak hukum, mencegah terjadinya kerusuhan dan pertikaian yang selama ini terjadi di masyarakat

akibat tercerabutnya sistem dan mekanisme kearifan tradisional yang sudah melembaga secara turun temurun. Dalam konteks inilah penelitian dirasakan cukup signifikan untuk dilakukan. Terutama dalam rangka melihat hukum masih berfungsi sebagai pengendalian masyarakat.

D. Kerangka Teori

Dalam konteks *adat badamai* ada dua konsep yang harus dijadikan kajian. Pertama, *adat badamai* sebagai produk budaya hukum yang hidup dalam masyarakat Banjar, merupakan implementasi bekerjanya hukum sebagai sarana penyelesaian sengketa. Kedua, *adat badamai* merupakan cerminan solidaritas warga *bubuhan* untuk mempertahankan martabat dan harga diri akibat terjadinya sengketa yang terjadi. Sementara masyarakat senantiasa hidup secara dinamis, di mana segala tindak kejahatan dan pelanggaran sebagai suatu keniscayaan terjadi di dalamnya. *Adat Badamai* merupakan refleksi dari upaya memelihara tatanan harmoni perlu dikembangkan dalam konteks pengembangan ataupun pembinaan hukum nasional yang berlandaskan Pancasila di era reformasi.

Kajian mengenai hukum sebagai penyelesaian konflik pada masyarakat Banjar merupakan sebuah studi *sociological jurisprudence* tentang berfungsinya hukum dalam masyarakat. Fokus utama dalam kajian ini adalah ingin menjelaskan tentang peran dan fungsi hukum dalam masyarakat sebagai sarana *penyelesaian sengketa*. Pangkal tolaknya adalah ungkapan Eugen Ehrlich (1862-1922) yang menyatakan inti dari perkembangan hukum bukan terletak pada bidang legislasi (perundang-undangan), bukan pula pada ilmu hukum, bukan pula pada keputusan-keputusan hakim akan tetapi hukum terletak dalam masyarakat

sendiri. Ehrlich mengemukakan bahwa: *the centre of gravity of legal development has not been legislation, nor in juristic science, nor in judicial decision but in society itself.*⁵⁰

Roscoe Pound (1968) salah seorang pendukung *Sociological Jurisprudence*, mengatakan, hukum dapat berfungsi sebagai alat merekayasa masyarakat (*law as a tool of social engineering*),⁵¹ tidak sekedar melestarikan *status quo*. Berbeda dengan mazhab sejarah yang mengasumsikan hukum itu tumbuh dan berkembang bersama dengan perkembangan masyarakat, sehingga hukum digerakkan oleh kebiasaan. Fredrick Carl. Van Savigny (1799-1851) sebagai tokoh mazhab sejarah menyatakan bahwa hukum itu tidak dibuat melainkan lahir di dalam bangsa itu sendiri sebagai pencerminan dari jiwa bangsa atau semangat bangsa (*Historische Rechtsscheol*).⁵² Sociological Jurisprudence berpendapat sebaliknya, hukum justru yang menjadi instrumen untuk mengarahkan masyarakat menuju kepada tujuan yang diinginkan, bahkan kalau perlu, menghilangkan kebiasaan masyarakat yang dipandang negatif.⁵³

Di Indonesia, konsep Pound ini dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmadja. Menurut Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran ini, hukum (di Indonesia) tidak cukup berperan sebagai alat, tetapi juga sebagai sarana pembaruan masyarakat.⁵⁴

⁵⁰ W. Friedmann, *Legal Theory*, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd, Fifth Edition, Third Indian Reprint, 2003, hlm. 248. Curzon, L.B., *Jurisprudence*, Estovor : Macdonald and Evans 1979, hlm. 144..

⁵¹ Curzon, L.B., *I b i d.*, hlm. 148.

⁵² Curzon, L.B., *I b i d.*, hlm. 154. Van Scholten, *Loc. Cit.*

⁵³ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum (Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia)*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999, hlm. 194.

⁵⁴ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan (Kumpulan Karya Tulis)*, Alumni Bandung, 1999, hlm. 13.

Mochtar melihat, urgensi penggunaan pendekatan sosiologis dengan mengambil model berpikir Pound ini, lebih-lebih dirasakan oleh negara-negara berkembang daripada negara-negara maju. Hal itu tidak lain karena mekanisme hukum di negara-negara berkembang belum semapan di negara maju.

Hukum dalam konsep Mochtar tidak diartikan sebagai "alat" tetapi sebagai "sarana" pembaharuan masyarakat. Pokok-pokok pikiran yang melandasi konsep tersebut adalah : (1) bahwa ketertiban dan keteraturan dalam usaha pembangunan dan pembaharuan memang diinginkan, bahkan mutlak perlu, dan (2) bahwa hukum dalam arti kaidah diharapkan dapat mengarahkan kegiatan manusia ke arah yang dikehendaki oleh pembangunan dan pembaharuan itu. Untuk itu diperlukan sarana berupa peraturan hukum yang tertulis (baik perundang-undangan maupun yurisprudensi), dan hukum yang berbentuk tertulis ini harus sesuai dengan hukum yang hidup dalam masyarakat. Sebenarnya, konsep Mochtar ini tidak hanya dipengaruhi oleh *Sociological Jurisprudence*, tetapi juga oleh *Pragmatic Legal realism*.⁵⁵

Lebih jauh lagi, Mochtar berpendapat bahwa pengertian "sarana" lebih luas daripada "alat" (*tool*). alasannya (1) di Indonesia peranan perundang-undangan dalam proses pembaharuan hukum lebih menonjol, misalnya, jika dibandingkan dengan Amerika Serikat, yang menempatkan yurisprudensi (khususnya putusan *Supreme Court*) pada tempat lebih penting, (2) konsep hukum sebagai "alat" akan mengakibatkan hasil yang tidak jauh berbeda dari penerapan "legisme" sebagaimana pernah diadakan pada jaman Hindia Belanda, dan di

⁵⁵ Mochtar Kusumaatmadja, *Op.Cit.* hlm. 197.

Indonesia ada sikap yang menunjukkan kepekaan masyarakat untuk menolak penerapan konsep seperti itu, dan (3) apabila "hukum" di sini termasuk juga hukum internasional, konsep hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat sudah diterapkan jauh sebelum konsep ini resmi sebagai landasan kebijakan hukum nasional.⁵⁶

Selanjutnya Mochtar menegaskan:

Dari uraian di atas kiranya jelas bahwa walaupun secara teoritis konsepsi hukum yang melandasi kebijaksanaan hukum dan perundang-undangan (*rechts politik*) sekarang ini diterangkan menurut peristilahan atau konsepsi-konsepsi atau teori masa kini (*modern*) yang berkembang di Eropa dan di Amerika Serikat, namun pada hakekatnya konsepsi tersebut lahir dari masyarakat Indonesia sendiri berdasarkan kebutuhan yang mendesak dan dipengaruhi faktor-faktor yang berakar dalam sejarah masyarakat dan bangsa kita.⁵⁷

Dalam perbincangan tentang peran hukum dalam penanggulangan konflik sosial muncul persoalan apakah sebagian besar peranan yang dapat dimainkan oleh hukum untuk dijadikan senjata dalam mengatasi berbagai konflik sosial yang terjadi.⁵⁸

Persoalan ini muncul mengingat selama ini dalam mengatasi berbagai konflik sosial pemerintah lebih banyak mengambil pendekatan nonhukum ketimbang mendayagunakan hukum sebagai upaya utama.

Hubungan masyarakat dengan hukum dapat dipahami melalui adagium tentang hubungan hukum dengan masyarakat sebagaimana pada satu abad sebelum Masehi dicetuskan oleh Cicero. *Ubi societas, Ibi ius* yang dicetuskannya

⁵⁶ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *I b i d.* hlm. 196.

⁵⁷ Mochtar Kusumaatmadja, *Loc. Cit.*

⁵⁸ Austin Turk, *Law as a Weapon in Sosial Conflict*, sebagaimana dikutip oleh Abdurrahman dalam tulisannya "Peranan Hukum dalam Penanggulangan Konflik sosial" pada Jurnal Hukum dan Pemikiran Syariah Nomor 1, Tahun 2, Januari-Juni 2002.

menjadi adagium yang sangat terkenal dan secara sederhana dapat memberi gambaran yang lengkap tentang hubungan hukum dengan masyarakat. Tiada masyarakat tanpa hukum dan tiada hukum tanpa masyarakat. Hukum diadakan oleh masyarakat untuk mengatur kehidupan mereka. Hal ini dapat diartikan sebagai suatu bentuk hubungan, masyarakat – hukum – masyarakat. Hukum dibentuk oleh, dan diberlakukan untuk masyarakat.⁵⁹

Hukum berfungsi sebagai pengendalian masyarakat. Oleh karena menurut Leopold Pospisil⁶⁰ tidak ada hukum kalau tidak ada masyarakat. Sebaliknya tidak ada masyarakat tanpa adanya hukum. Hukum ada di dalam masyarakat yang paling bersahaja sekalipun. Karena hukum dirasakan dapat menata kehidupan masyarakat, sehingga masyarakat bersepakat membuat seperangkat norma, kebiasaan ataupun nilai, bahkan aturan yang dapat dijadikan sebagai pedoman atau yang mendasari perilaku dan tindakan mereka.

J.F. Holleman mengemukakan bahwa di Indonesia pada tingkat rakyat jelata sarana penyelesaian sengketa terus beroperasi menurut norma-norma dan kebiasaan-kebiasaan yang diterima masyarakat setempat. Tergantung pada jenis pelanggaran yang dilakukan dan ganti rugi yang dicari, sarana-sarana tersebut sering lebih disukai daripada lembaga peradilan yang secara resmi⁶¹. Keadilan

⁵⁹ Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum*, Alumni, Bandung, 1990m hlm. 69. Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Citra Aditya, Bandung, 2005, hlm. 100.

⁶⁰ Leopold Pospisil, *Hukum, Bentuk Atribut dan Penerapannya, dalam Antropologi dan Hukum sebuah Bunga Rampai*, Penyunting T.O. Ihromi, Yayasan Obor Indonesia, 2000, hlm. 65.

⁶¹ J.F. Holleman, *Kasus-kasus Sengketa dan Kasus-kasus Di luar Sengketa dalam pengkajian Mengenai Hukum Kebiasaan dan pembentukan Hukum dalam Antropologi Hukum sebuah Bunga Rampai*, Penyunting T.O. Ihromi, Yayasan Obor, Jakarta, 1993. hlm. 84.

merupakan tonggak utama masyarakat demikian Sony Keraf berpendapat dengan mengutip Adam Smith.⁶²

Sony Keraf mengemukakan bahwa:

Keadilan adalah syarat niscaya bagi keberadasan dan kelangsungan hidup masyarakat manapun. Sebagai aturan main bagi relasi sosial manusia, keadilan adalah prasyarat yang harus ada bagi adanya masyarakat. Keadilan adalah tonggak utama yang menunjang seluruh bangunan masyarakat. Jika tonggak ini disingkirkan, bangunan masyarakat yang megah dan raksasa .. pasti akan hancur berantakan. Karena itu masyarakat tidak bisa bertahan diantara mereka yang setiap saat siap untuk saling melukai dan merugikan satu sama lain. singkatnya keadilan adalah keutamaan moral yang utama dan niscaya, dalam pengertian bahwa masyarakat tidak mungkin ada tanpa keadilan.⁶³

Untuk menegakkan keadilan diperlukan pengadilan. Akan tetapi tidak mungkin orang hanya mengharapkan keadilan melalui pengadilan semata. Marc. Galanter menekankan bahwa keadilan itu dapat ditemukan pada banyak ruangan⁶⁴. Hal ini memang berkaitan dengan membanjirnya perkara yang masuk ke lembaga pengadilan. Karena itu Galanter mengemukakan bahwa :

Terdapat kekhawatiran bahwa lembaga peradilan akan dibanjiri oleh beban perkara yang semakin membengkak, dibarengi oleh kekesalan terhadap cepatnya orang membawa sengketa ke pengadilan dan cepatnya pihak pengadilan bersedia menggarap masalah-masalah yang tidak layak diperkarakan. Pada pihak lain, menurut Galanter terdapat perhatian supaya ada jangkauan keadilan terhadap kelompok-kelompok dan berbagai kepentingan yang mengalami hambatan dalam memperoleh kesempatan mengutarakan keluhan hukumnya.⁶⁵

Paham yang cukup dominan menurut Galanter adalah pandangan yang menganggap bahwa keadilan yang dicari adalah produk yang dihasilkan atau setidak-tidaknya didistribusikan secara eksklusif oleh negara. Paham ini disebut

⁶² Abdurrahman, *Op.Cit.*, hlm. 50

⁶³ Abdurrahman, *I b i d*.

⁶⁴ Marc. Galanter, *Op. Cit.* hlm. 94.

⁶⁵ Marc. Galanter, *I b i d*., hlm. 51.

sebagai *legal centralism* (sentralisme hukum). Menurut Abdurrahman paham inilah yang dianut oleh penguasa Orde Baru selama berkuasa di Indonesia selama tiga dasawarsa. Paham ini pulalah kiranya yang mendasari Undang-undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang kemudian diamandemen dengan UU Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang merupakan induk dari berbagai ketentuan yang mengatur peradilan di seluruh Indonesia yang secara tegas menyatakan bahwa semua peradilan di seluruh wilayah Republik Indonesia adalah peradilan negara dan ditetapkan dengan undang-undang (Pasal 3 ayat (1)).⁶⁶

Dengan demikian dapat dipahami bahwa orang bisa saja memperoleh keadilan di luar pengadilan. Hanya saja ada beberapa perbedaan yang signifikan dalam prosedur dan kekuatan putusan pengadilan (*in court*) jikalau dibandingkan dengan di luar pengadilan (*out court*). Pertama bahwa kerahasiaannya akan terjamin karena sidangnya tidak terbuka untuk umum, kedua putusannya merupakan kehendak kedua belah pihak, sehingga ini lebih bersifat kekeluargaan, dan ketiga *alternative dispute resolution* (ADR) melahirkan *win-win solution*, sedangkan di pengadilan *win-lose solution*.⁶⁷

⁶⁶ Abdurrahman, *I b i d.*, hlm. 51.

⁶⁷ Joni Emirzon, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi & Arbitrasi)*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001.

E. Kajian Pustaka

Banyak hasil penelitian yang membahas tentang penegakan hukum dikaitkan dengan aspek budaya hukum (hukum adat) yang dilakukan oleh para peneliti terdahulu diantaranya; Jawahir Thontowi (1997) dalam disertasinya yang berjudul *Law and Custom in Makasar Society : The Interaction of Local Custom and The Indonesian Legal System in Dispute Resolution*, meneliti tentang fungsi hukum, dikaitkan dengan budaya kekerasan pada masyarakat Bugis Makasar dalam mempertahankan martabat. Hal ini juga dikaitkan dengan praktek penegakan hukum dan kearifan lokal mengenai penyelesaian konflik pada masyarakat Makasar di Sulawesi Selatan.

Desertasi tersebut menjelaskan bahwa budaya *Siri'* pada masyarakat Makasar merupakan budaya khas lokal yang mentolerir seseorang membunuh dalam upaya mempertahankan martabat dan kehormatan atau harga diri keluarga. Membunuh karena *Siri'* dalam adat Hukum Adat Makasar dipandang sebagai kewajiban adat, bukan kejahatan, malah merupakan kebanggaan dan mendapat kehormatan. Namun dalam sistem hukum Nasional tetap, perbuatan membunuh untuk alasan kehormatan dan martabat serta harga diri keluarga, kerabat atau kaumnya, tetap sebagai kejahatan dan bertentangan dengan hukum. Hanya saja kelebihan kasus-kasus *Siri'* yang bertalian dengan upaya mempertahankan martabat, keluarga seperti kawin lari dan sebagainya dalam proses peradilan betul-betul dijadikan bahan pertimbangan. Sehingga hakim majelis dalam suatu

persidangan umumnya sepakat jika pembunuhan *Siri'* dijadikan alasan peringan hukuman.⁶⁸

Demikian pula A. Latief Wiyata (2000) dalam disertasinya mengangkat budaya *carok* pada masyarakat Madura dengan judul disertasi *Carok Konflik Kekerasan dan Harga Diri Orang Madura*. Kedua hasil penelitian ini nampaknya memiliki kemiripan, namun Wiyata nampak sekali tidak melakukan kajian secara normatif berdasarkan hukum yang berlaku, tetapi lebih berusaha mengkritisi budaya *carok* dari aspek sosiologis antropologis semata. Sebagaimana kesimpulan penelitiannya pada halaman 229 dijelaskan *carok* adalah institusionalisasi kekerasan dalam masyarakat Madura yang memiliki relasi sangat kuat dengan faktor-faktor struktur budaya, struktur sosial, kondisi sosial ekonomi, agama dan pendidikan.⁶⁹

Carok sebagai suatu institusionalisasi kekerasan yang secara historis telah dilakukan oleh sebagian masyarakat Madura sejak beberapa abad lalu. Selain mempunyai kaitan dengan faktor-faktor tersebut tampaknya juga tidak dapat dilepaskan dari faktor politik, yaitu lemahnya otoritas Negara/Pemerintah – sejak sebelum dan sesudah kemerdekaan – mengontrol sumber-sumber kekerasan serta ketidakmampuan memberikan perlindungan terhadap masyarakat akan rasa keadilan. *Carok* juga merupakan kekurangmampuan para pelaku *carok* mengapresiasi budi bahasa oleh karena mereka lebih mengedepankan perilaku-perilaku agresif secara fisik untuk menghilangkan nyawa orang-orang

⁶⁸ Jawahir Thontowi (1997) dalam disertasinya yang berjudul *Law and Custom in Makasar Society : The Interaction of Local Custom and The Indonesian Legal Sistem in Despute Resolution*, Madyan Press, Yogyakarta, 2003, hlm.

⁶⁹ A. Latief Wiyata, *Carok Konflik Kekerasan dan Harga Diri Orang Madura*, LKis, Jogjakarta, 2002, hlm. 231.

yang dianggap musuh sehingga konflik yang berpangkal pada pelecehan harga diri tidak akan pernah mencapai rekonsiliasi.

Carok selalu dilakukan sebagai tindakan pembalasan terhadap orang yang melakukan pelecehan harga diri – terutama gangguan terhadap istri (perempuan) - yang menyebabkan orang Madura *malo*.⁷⁰

Predikat sebagai orang jago merupakan kebanggaan tersendiri bagi para pemenang *carok*. Oleh karena konsep kebudayaan antara lain mencakup pula sistem ekonomi, dalam arti antara para pendukung kebudayaan saling mempertukarkan simbol-simbol budaya – baik berupa sikap maupun perilaku – bermuatan makna, maka *carok* bagi sebagian pelakunya dianggap sebagai alat untuk mengkomunikasikan simbol-simbol tentang sikap dan perilaku kekerasan pada lingkungan kerabat dan lingkungan sosialnya.⁷¹ Tindakan *carok* sangat memungkinkan terjadinya tindakan kekerasan berikutnya. Dalam konteks ini, *carok* bukan merupakan cara penyelesaian konflik melainkan lebih merupakan proses reproduksi kekerasan yang akan selalu menimbulkan tindakan-tindakan kekerasan baru (*carok* turunan).

Memang keberadaan hukum adat mengalami perkembangan yang statis dan posisinya semakin terjepit, dilematis ketika berhadapan dengan politik hukum nasional. Selama masa orde baru nilai-nilai dan rasa keadilan masyarakat tidak

⁷⁰ Hal ini mencerminkan kekerasan dimonopoli suami (laki-laki) terhadap istri (perempuan). Hal ini ditandai oleh adanya perlindungan secara berlebihan (*over protection*) terhadap istri (perempuan) seperti tampak pada pola pemukiman taneyan lanjang, tata cara penerimaan tamu (khususnya laki-laki), cara pakaian dan model pakaian (*fashion*), kebiasaan melakukan perkawinan antarkeluarga (klin group endogamy) khususnya melakukan perkawinan di bawah umur, dan sebagainya. Hlm. 232.

⁷¹ Hal ini tampak pada perilaku hampir semua pelaku *carok* yang dengan sengaja dan penuh rasa bangga menyimpan benda-benda yang pernah dipergunakan ketika melakukan *carok* atau dengan sengaja menguburkan korban *carok* di pekarangan rumah.

pernah mendapat tempat dan pengakuan yang memadai dari pemerintah, malah seiring dengan kebijakan pemerintah menerapkan paham *legisme* dengan kebijakan *kodifikasi* dan *unifikasi*, yaitu hanya mengakui keberadaan hukum tertulis dan hanya ada satu hukum tertulis yang berlaku secara nasional, sehingga dengan sendirinya politik unifikasi dan kodifikasi tersebut seolah-olah membatasi dan malah tidak mengakui eksistensi nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Abdurrahman (2002) juga pernah melakukan penelitian tentang Hukum Adat Dayak tentang Penyelesaian Sengketa Lingkungan di Kalimantan Tengah dengan judul Penyelesaian Sengketa Lingkungan Menurut Hukum Adat Dayak di Kalimantan Tengah. Dalam kajian tersebut ia mendeskripsikan peranan hukum adat Dayak yang memiliki kearifan tradisional tidak mampu berhadapan dengan kecanggihan teknologi dan modernisasi Negara. Sementara Penegakan Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Lingkungan sangat terbatas dan memiliki kelemahan.⁷²

Penyelesaian sengketa lingkungan dianggap ada jika telah terjadi kerusakan lingkungan. Pada aspek yang lain, klaim adanya tuntutan adalah apabila terjadi perselisihan dua pihak atau lebih yang ditimbulkan oleh adanya atau diduga adanya pencemaran dan /atau perusakan lingkungan Hidup.

Penyelesaian kasus sengketa lingkungan secara tradisional menurut ketentuan hukum adat di kalangan masyarakat Dayak hanya terbatas pada kasus-kasus "kecil" dalam bentuk sengketa antara warga masyarakat seperti dalam kasus

⁷² Abdurrahman, *Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup Menurut Hukum Adat Dayak* Disertasi, Program Pasca sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2002, hlm. 90.

perladangan, di mana seseorang yang membakar hutan mengakibatkan terbakarnya ladang orang lain. Kepada mereka yang bersalah dikenakan denda adat. Penyelesaian secara adat dalam hal sengketa besar atau yang melibatkan perusahaan hanya berlaku bilamana pihak "luar" bersedia memenuhi kewajiban adat, yaitu membayar denda adat dan melakukan upacara adat. Dalam kasus-kasus seperti ini dilakukan penyelesaian dengan melibatkan Bupati Kepala Daerah yang bertindak sebagai pihak ketiga, netral yang tidak mempunyai kewenangan untuk menetapkan keputusan. Namun dengan wibawa dan kewenangannya dapat melakukan penekanan kepada pihak-pihak untuk menyelesaikan sengketa secara damai.⁷³

Pada aspek yang lain Iswanto (1995)⁷⁴ meneliti tentang adanya kecenderungan masyarakat menyelesaikan pelanggaran lalu lintas secara berdamai dengan kewajiban membayar *retribusi* kepada korban, karena dianggap lebih praktis daripada melalui prosedur hukum formal di pengadilan. Menurut Iswanto dalam disertasi tersebut yang berjudul *Retritusi Kepada Korban Mati atau Luka Berat Sebagai Syarat Pidana Bersyarat Pada Tindak Pidana Lalu Lintas Jalan Raya*, demi kepastian hukum kiranya perlu diformalkan dalam bentuk putusan pengadilan melalui yurisprudensi guna menghindari malperaktik yang dilakukan oleh oknum penegak hukum (polisi) untuk mengambil keuntungan pribadi. Temuan Iswanto tersebut jika dikaitkan dengan penelitian ini ada kemiripannya, yaitu dari segi lingkup peristiwa penganiayaan atau perkelahian yang sering

⁷³ Abdurrahman, *Ibid*, hlm. 488-489.

⁷⁴ Iswanto, *Retritusi Kepada Korban Mati atau Luka Berat Sebagai Syarat Pidana Bersyarat Pada Tindak Pidana Lalu Lintas Jalan Raya*, Ringkasan Disertasi, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Jogjakarta, 1995, hlm. 44.

diselesaikan oleh masyarakat Banjar secara *badamai*, perlu diformalkan dalam bentuk putusan pengadilan melalui yurisprudensi atau putusan hakim dalam artian putusan *adat badamai* dapat dijadikan sebagai legitimasi pertimbangan untuk memberatkan atau meringankan putusan. Meskipun peristiwa pelanggaran lalu lintas agak berbeda dengan kasus pidana.

Kemudian Mudzakkir (2001)⁷⁵ dengan disertasi yang berjudul *Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana* dalam penelitiannya menjelaskan bahwa dalam sistem peradilan pidana posisi hukum korban kejahatan nampaknya tidak mendapat tempat karena tidak ada ketentuan yang mengatur bagaimana hukum posisi korban kejahatan, padahal korban kejahatan adalah orang yang amat menderita dan dirugikan akibat terjadinya tindak kejahatan tersebut. Perhatian hukum pidana dan sistem pemidanaan justru memperhatikan pelaku tindak kejahatan.

Ke depan, sistem peradilan pidana nasional harus memperhatikan posisi hukum korban kejahatan. Dalam kalimat lain sistem peradilan pidana harus mengatur dan melindungi posisi korban kejahatan sebagaimana diaturnya semua komponen sistem penegakan hukum pidana itu sendiri mulai dari penegak hukum polisi, jaksa, hakim, pelaku maupun korban kejahatan

I Made Widnyana⁷⁶ mencoba mengemukakan hukum yang hidup pada masyarakat Bali dalam kaitannya dengan pelanggaran pidana adat. Kemudian ke

⁷⁵ Mudzakkir, *Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana*, Disertasi, UI, Jakarta 2003. hlm.

⁷⁶ I Made Widnyana menulis tentang Delik Adat Lokika Sanggraha dan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Nasional. Dalam Soerjono Soekanto, *Identifikasi Hukum Positif Tidak Tertulis Melalui Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, IND-HILL-CO, Jakarta, 1988, hlm. 44-45.

depan dicoba untuk mengintegrasikan hukum adat tersebut guna menyempurnakannya dengan sistem hukum pidana yang terdapat dalam Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Nasional. Mengingat berbagai landasan hukum mengharuskan sistem nasional harus selaras dengan hukum adat, karena hukum adat sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.

Terakhir Alfani Daud (1999) menulis dalam disertasi *Islam dan Masyarakat Banjar* menggambarkan bagaimana karakteristik orang Banjar di Kalimantan Selatan; bagaimana sejarah orang Banjar dan sikap hidup atau perikelakuan dan keberagamaan orang Banjar; dan bagaimana karakter *badamai* itu sendiri sebagai salah satu bagian dari sistem kemasyarakatan kehidupan orang Banjar. Dijelaskan sejak berabad-abad masyarakat Banjar selalu diidentikkan dengan Islam.⁷⁷ Identifikasi masyarakat Banjar dengan Islam ini tidak lain merupakan bentuk identitas sosial yang merefleksikan suatu dasar ikatan sosial bersama. Secara historis masyarakat Banjar selalu diidentikkan dengan Islam. Hal ini mencerminkan Islam sebagai suatu sistem yang diperpegangi oleh masyarakat Banjar. Artinya, dalam banyak hal perilaku-perilaku orang Banjar dapat dicarikan referensinya pada nilai yang bersifat Islami. Dari kecenderungan sumber referensi perilaku sosial inilah, fungsi keberislaman oleh masyarakat Banjar akhirnya menjadi simbol dan identitas yang membedakan mereka dengan kelompok-kelompok masyarakat lainnya disekitarnya yang masih menganut kepercayaan atau religi sukunya.⁷⁸

⁷⁷ Alfani Daud, *Op.Cit*, hlm. 4

⁷⁸ *Ibid.*

Berbeda dengan penelitian Jawahir Thontowi, A. Latief Wiyata, Abdurrahman, Iswanto, Muzakkir, I Made Widnyana dan Alfani fokus penelitian disertasi ini adalah berupaya menjelaskan *adat badamai* sebagai cara penyelesaian sengketa pada masyarakat Banjar yang merupakan kristalisasi interaksi nilai-nilai hukum Islam dan hukum Adat. Nilai-nilai itu memberikan kontribusi terhadap pembangunan sistem hukum. Terutama dalam aspek hukum perdata yang berkaitan eksistensi hukum Islam secara Nasional, misalnya beberapa ketentuan atau nilai-nilai adat yang di dalamnya juga termasuk nilai-nilai hukum Islam (ishlah, wasiat wajibah, harta sepermantangan) telah masuk dalam sistem hukum nasional melalui UU No. 1 tahun 1974 tentang Perkawinan maupun melalui Inpres No. 1 tahun 1991 tentang Kompilasi Hukum Islam (KHI). Sementara dalam aspek hukum pidana, nilai-nilai hukum Adat dan hukum Islam (*adat badamai*) masih belum mendapat tempat, padahal kedudukan keduanya dapat memberikan kontribusi yang signifikan dalam pembangunan sistem hukum Nasional.

Mengingat konsep adat *badamai* jika ditelaah, maka nampaknya tidak ada problem teoritis jika dihadapkan dengan sistem penegakan hukum pidana. Unsur-unsur tersebut sebagian mengandung persamaan, sebagian lagi mengandung perbedaan. Akhirnya unsur-unsur kesamaan itu kiranya perlu disinkronisasikan, diharmonisasikan dan diintegrasikan ke dalam sistem hukum nasional. Sementara aspek-aspek perbedaan perlu dibahas dan dicarikan solusinya, mengingat landasan hukum positif atau hukum nasional itu adalah harus sesuai dengan nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.

Sementara konsep KUHP yang ada masih mengadopsi KUHP kolonial yang sudah barang tentu beberapa aspek tidak sesuai dengan rasa keadilan dan nilai-nilai hukum yang hidup pada masyarakat.

F. Metode Penelitian

1. Jenis dan Sifat Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum (*legal research*).⁷⁹ Penggunaan metode ini disebabkan data yang dianalisis bersifat menyeluruh dan merupakan satu kesatuan (*holistik*). Oleh karena itu, diperlukan pula analisis komparatif antar berbagai sistem hukum terutama adat, Islam dan Barat secara lebih mendalam mengenai bagaimana hukum dapat berfungsi sebagai sarana dalam pembaharuan masyarakat. Dalam hal ini *adat badamai* sebagai sebuah bentuk penyelesaian sengketa hukum dapat efektif berfungsi memberikan rasa keadilan dan ketenteraman pada masyarakat.

Mengacu kepada pendapat Hoebel tentang perlunya pendekatan yang bersifat *eclectic* dalam studi hukum, maka kegiatan penelitian ini mencoba untuk mengkombinasikan penelitian hukum normatif dengan penelitian hukum sosiologis atau empiris.⁸⁰

Penelitian ini merupakan penelitian hukum normatif yang didesain dengan pendekatan doktrinal berdasar kepada paradigma hukum secara naturalistik dan positivistik. Sesuai dengan pendekatannya, maka metode yang digunakan bersifat *case study*. Dalam mengungkap fakta hukum seputar praktik penyelesaian

⁷⁹ Artinya, penelitian ini terfokus pada kajian yang didasari oleh norma-norma hukum.

⁸⁰ Sorjono Soekanto, *Penelitian Hukum Kualitatif*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 42.

sengketa (*adat badamai*) dalam kontek lokal penulis tetap memelihara sifat (kualitatif) kekhususan dari studi kasus ini dengan studi yang mendalam terhadap putusan pengadilan (hakim) terhadap kasus-kasus yang berkaitan dengan kepentingan publik yang juga dilakukan masyarakat berdasarkan adat badamai baik sebelum maupun sesudah adanya putusan hakim dengan mempertahankan keutuhan dari objek yang diteliti. Dalam penelitian ini juga menggunakan metode deskriptif dan metode eksploratif. Kedua metode ini digunakan secara komplementer.

Metode yuridis normatif digunakan untuk mengkaji landasan filosofis tentang asas-asas hukum dan sistem penegakan hukum yang dipergunakan oleh hakim dan juga mengkaji tentang keberadaan sumber-sumber hukum (doktrin) yang mempengaruhi substansi adat badamai. Dalam hal ini ajaran Islam atau hukum Islam yang berkaitan dengan adanya praktek *ishlah (damai)*, doktrin hukum lokal dalam hal ini undang-undang sultan Adam (UUSA, 1825-1838), UUD 45 Amandemen keempat, UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah maupun doktrin hukum adat lainnya.

Metode penelitian hukum tersebut dilakukan dengan pendekatan (*case study*) studi kasus yang bersifat kualitatif. Metode yang demikian digunakan mengingat penelitian ini tidak terlalu mementingkan kuantitas data, tetapi lebih mementingkan kedalamannya (*indepth research*).

2. Sumber data, Informasi dan Tempat Penelitian.

Penelitian ini dilakukan dengan memanfaatkan berbagai sumber berupa data sebagai berikut : Diasumsikan bahwa adat badamai itu dilakukan sebelum

dan sesudah adanya putusan hakim, maka secara yuridis normatif data yang diperlukan adalah data normatif berupa putusan pengadilan (putusan hakim) yang telah mempunyai kekuatan mengikat tentang peristiwa hukum yang diselesaikan secara berdamai dan juga data yang berkaitan dengan objek penelitian yaitu kasus-kasus penyelesaian sengketa baik yang berkaitan dengan tindak kejahatan (perkelahian dengan motif memperebutkan tanah), perkelahian memelihara martabat wanita dan keluarga, juga menjaga kehormatan dan harga diri, pelanggaran adat maupun berbagai perilaku lainnya yang dianggap dapat merendahkan martabat dan harga diri masyarakat. Juga akibat sengketa waris dan sengketa keluarga.

Sumber-sumber yang berkaitan dengan asas-asas hukum mendasari adanya (ada badamai) penyelesaian sengketa tersebut. Dalam hal ini dilacak melalui berbagai dokumen pengadilan (putusan pengadilan atau putusan hakim), juga putusan non peradilan (hasil putusan adat baamai), naskah-naskah sejarah hukum (Undang-undang Sultan Adam), buku-buku, jurnal hukum.

Meskipun objek penelitian adalah peristiwa atau kasus-kasus badamai (penyelesaian sengketa) pada masyarakat Banjar yang dapat ditemukan di seluruh kawasan Kalimantan Selatan, akan tetapi pengamatan di lapangan lebih difokuskan pada kasus badamai (putusan badamai) yang telah dipraktekkan oleh sebagian masyarakat.

Penelitian ini mengambil lokasi di daerah Kabupaten Tanah Laut, Kota Banjarmasin dan Kabupaten Hulu Sungai Selatan. Termasuk menghimpun data di institusi Pengadilan Negeri Kandangan, Pengadilan Negeri Pelaihari dan

Pengadilan Negeri Banjarmasin, serta di Pengadilan Agama Martapura. Sebagai bahan *rechecking data*, maka masyarakat yang terlibat dalam penyelesaian hukum secara *badamai* juga akan dijadikan sebagai objek penelitian. Pemilihan lokasi ini mempunyai arti signifikan dalam kaitannya dengan asumsi sementara bahwa: Masyarakat pedesaan yang lebih kental dengan nuansa solidaritas mekanik, adat *badamai* lebih fungsional dalam menyelesaikan sengketa.

- a. Sebaliknya adat *badamai* tidak akan fungsional pada masyarakat yang sudah menerapkan *solidaritas organik*.
- b. Adat *badamai* keberadaannya lebih fungsional karena lebih mengakomodasi adanya unsur keadilan, dan ketertiban. Sedangkan hukum dikehendaki mampu menciptakan dua hal itu.
- c. Penyelesaian *badamai* menunjukkan tingginya peran dan solidaritas *bubuhan* (warga atau komunitas) dalam mempererat solidaritas masyarakat.

3. Teknik Pengumpulan Data

Data dikumpulkan tidak saja dengan cara menghimpun data yuridis normatif berupa putusan-putusan hakim (pengadilan) dalam kasus-kasus tindak pidana yang ada kaitannya dengan peristiwa *badamai*. Secara komprehensif data juga direkam secara kasuistik dengan menggunakan data empiris agar terjamin tingkat akurasi data.

Untuk merekam kasus secara objektif dan mendalam, maka diupayakan teknik pengumpulan data dengan menggunakan partisipasi langsung (*participation observation*) terhadap kasus-kasus yang sedang atau akan terjadi.

Sekiranya kasus-kasus tersebut sudah terjadi maka dilakukan dengan cara wawancara langsung, mendalam dan intensif dengan para informan. Para informan terdiri dari mereka yang terlibat dalam praktik (*badamai*) dalam penyelesaian sengketa. dalam hal ini masing-masing diambil dari mereka yang terlibat (para pihak) di dalam penyelesaian sengketa yaitu:

a. Berhubungan dengan Hukum Privat.

- 1) Pembagian Waris;
- 2) Sengketa Perkawinan;

b. Berhubungan dengan Hukum Publik.

- 1) Kasus Ketertiban dan Keamanan serta Sengketa Perbatasan Wilayah Desa;
- 2) Penganiayaan dan Pembunuhan;
- 3) Kasus Ketersinggungan;
- 4) Pelanggaran Lalu Lintas;
- 5) Pelanggaran Lalu Lintas dan Moral & susila;

Kesemua peristiwa yang diselesaikan melalui penyelesaian *badamai*, yang dalam hal ini melibatkan para pihak yaitu pelaku dan pihak korban, para kerabat mereka antara lain orangtua (ayah-ibu), saudara kandung (kaka-adik), saudara ipar, paman/bibi, dan lainnya, juga kenalan atau teman dekatnya, tetangganya, termasuk semua orang yang mengku mengetahui tentang terjadinya peristiwa tindak kejahatan/pelanggaran dan penyelesaiannya. Bahkan informasi juga digali atau diperoleh dari orang-orang yang terlibat dalam hal ini para tokoh keluarga *bubuhan*, para kepala desa, kepala adat, tokoh-tokoh masyarakat, serta beberapa orang aparat dari kepolisian atau aparat peradilan yang lain. Para informan pada

umumnya ditemui langsung di rumahnya atau di tempat tugasnya, bahkan kalau perlu dan memungkinkan di tempat lain seperti di warung kopi, warung nasi, pangkalan beca/ojek, terminal, pasar dan lain sebagainya.

4. Analisis Data

Analisis data yang dipergunakan adalah dengan meminjam teori Talcott Parsons⁸¹ yang menyatakan bahwa realitas terakhir dari suatu komunitas adalah gambaran dari sistem kebudayaan yang berakar dari pandangan hidup atau pandangan dunia (kosmologi) dan etos atau ciri khas suatu komunitas tersebut. Kedua faktor itu pada akhirnya mewujudkan sistem sosial dalam bentuk tata nilai budaya, tata tertib, norma adat, norma hukum, dan aturan-aturan hukum yang diakui keberadaannya dan hidup dalam komunitas dan tetap terpelihara dengan baik, bahkan menjadi landasan sistem perilaku atau tindakan setiap individu. Dan juga ia mempunyai kekuatan dalam bentuk sanksi adat.

Semua data hasil catatan dokumentasi yuridis dalam bentuk putusan hakim dan putusan non peradilan (adat badamai) wawancara dan pengamatan (observasi) dicatat secermat mungkin dan dikumpulkan sehingga menjadi suatu catatan lapangan atau *fieldnotes*. Semua data yang terkumpul kemudian dianalisis secara kualitatif sehingga menghasilkan suatu *thick description* dengan memperhatikan dua perspektif emik dan etik. Dengan demikian makna-makna yang terkandung dalam adat badamai sedapat mungkin diungkapkan agar dapat dipahami sesuai dengan konteks sosial budaya hukum pada masyarakat Banjar.

⁸¹ Lili Rasjidi, *Filsafat Hukum*, Alumni, Bandung, 1990, hlm. 69.

G. Sistematika Penulisan

Penulisan karya ini disusun dengan sistematika sebagai berikut :

Bab pertama merupakan pendahuluan, yang di dalamnya dipaparkan pentingnya penelitian ini dilakukan, kemudian dijelaskan secara konprehenship tentang rumusan. maksud dan tujuan penelitian yang akan dilakukan. Untuk menghindari adanya duplikasi maka disajikan pula telaah kepustakaan, namun sebelumnya dijelaskan kerangka teori yang digunakan, juga dipaparkan metode penelitian dan sistematika penulisan pada bagian pendahuluan.

Bab Kedua menjelaskan tentang pentingnya kerangka teori yang dipakai dalam penelitian ini menyangkut sengketa dan teori penyelesaian sengketa, fungsi hukum dalam penyelesaian sengketa, penyelesaian sengketa menurut peraturan perundang-undangan dan menurut hukum Islam dan hukum adapt.

Bab ketiga menjelaskan tentang Adat Badamai pada Masyarakat Banjar yang memuat beberapa hal yaitu : Pengertian Adat Badamai sebagai Pranata Hukum Adat Banjar yang terdiri dari asal usul adat badamai, konsep dan batas-batas adat badamai, peranan tokoh dalam adat badamai yaitu tokoh agama, tokoh adat, tokoh masyarakat dan tokoh penguasa. Masyarakat Banjar yang terdiri dari asal usul, lingkungan geografis, pemukiman dan penyebaran etnis Banjar dan keberagaman masyarakat Banjar serta aspek hukum dalam masyarakat Banjar. Kemudian Adat Badamai dulu kini dan pada masa mendatang sebuah analisis perkembangan. sebagai Pranata Hukum Adat Banjar yang terdiri dari asal usul adat badamai, konsep dan batas-batas adat badamai, peranan tokoh dalam adat badamai yaitu tokoh agama, tokoh adat, tokoh masyarakat dan tokoh penguasa.

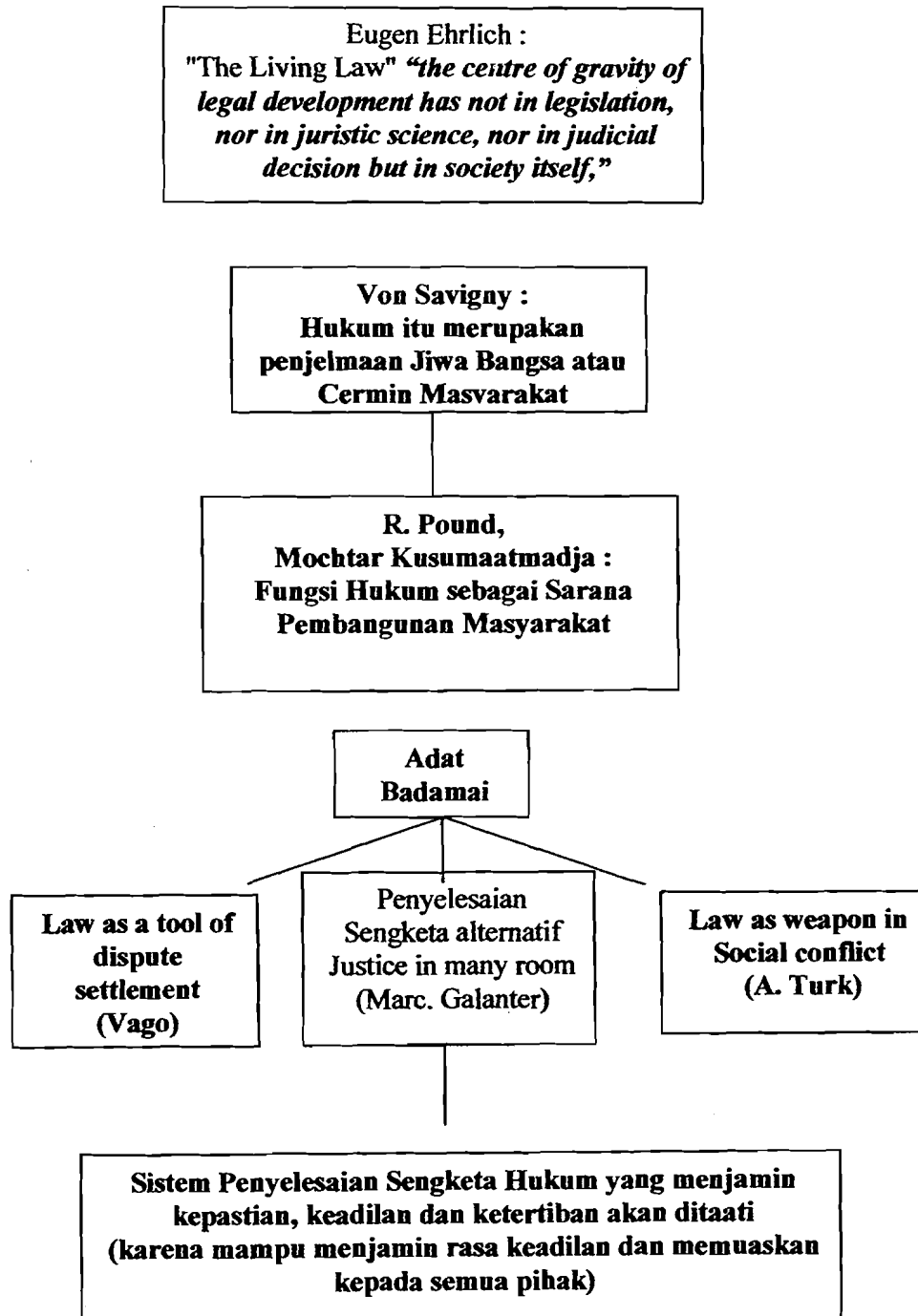
Bab keempat Adat Badamai dalam sistem Hukum Nasional menjelaskan tentang Pluralisme Hukum di Indonesia, Pembangunan Sistem Hukum Nasional, Adat Badamai dalam Politik Hukum Nasional dan Upaya Penerapan Restoratif Justice..

Bab kelima menjelaskan tentang berbagai kasus-kasus penyelesaian sengketa hukum yang berkaitan dengan perkara perdata yaitu seperti sengketa tentang keluarga, perkawinan, pembagian harta warisan dan yang berkaitan dengan kasus-kasus yang bersifat publik yaitu dalam penyelesaian adat badamai seperti kasus : Perkelahian Mempertahankan Kehormatan Wanita, Kasus Penganiayaan, Badamai dalam kasus Pembunuhan, Pelanggaran Etika dan Moral serta Susila, Badamai dalam kasus Pelanggaran Ketertiban Keamanan Desa, Kasus Sengketa Perbatasan Wilayah Desa, Badamai dalam kasus Pelanggaran lalu lintas baik korban meninggal dunia dan kasus kecelakaan biasa.

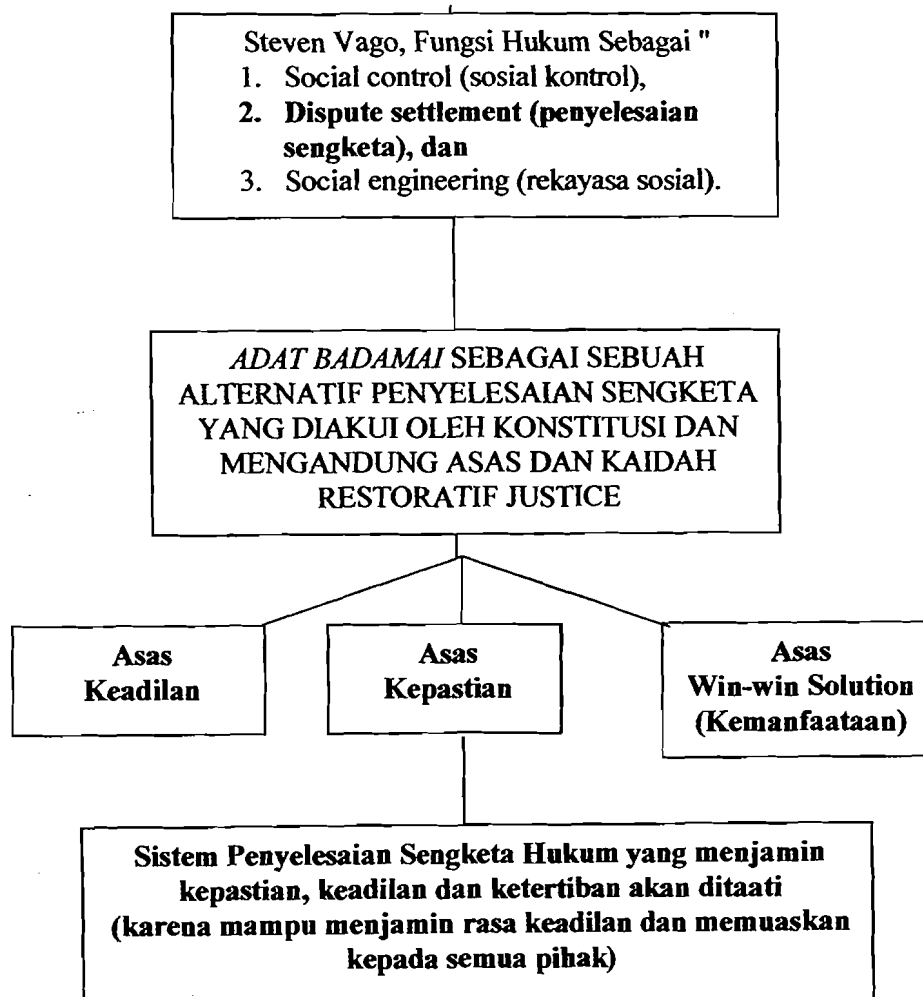
Bab keenam merupakan kesimpulan dan rekomendasi

Landasan Kerangka Teori :

**PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM MENURUT
ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR DALAM KERANGKA
HUKUM NASIONAL**



**PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM MENURUT
ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR DALAM KERANGKA
HUKUM NASIONAL**



BAB II

FUNGSI HUKUM DAN PERATURAN PERUNDANGAN DALAM PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM

A. Sengketa dan Penyelesaian Sengketa.

Ada dua istilah yang digunakan dalam kaitan ini, yaitu “konflik”¹ dan “sengketa”. Menurut Valerine J.I. Kriekhoff, studi kepustakaan menunjukkan bahwa di kalangan ahli sosiologi (termasuk sosiologi hukum) pengkajian lebih terfokus pada istilah.² Di antara para ahli antropologi hukum terdapat kecenderungan untuk memfokus pada istilah “sengketa”³ atau “dispute”,⁴ yang berarti perselisihan, pertengkaran.⁵ Namun ada pula penulis (S. Robert, 1979) yang menggunakan istilah konflik dan sengketa secara bergantian⁶. Karenanya dalam tulisan ini istilah konflik dan sengketa tidak dipertentangkan secara tajam.

Laura Nader dan Harry F. Todd⁷ dalam tulisannya membedakan secara eksplisit antara lain:

1. *Conflict pre : [is] circumstance constituting dissatisfy somebody*

¹ Dalam kamus konflik berarti percekocokan, konflik, perselisihan, pertentangan dan bertentangan. Periksa dalam John M. Echols dan Hassan Shadaly, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta, Cet. XV, 1987, hlm. 138.

² Georg Simmel, *Conflict as Socation* (diambil dari Sociology of Georg Simmel 1968), dalam Sociological Theory (A.L. Coser dan B. Rosenberg ed., 1976). New York : Macmillan Co, Lihat Makalah W. Yudho, 1991 : 301-307

³ Istilah sengketa seringkali dipertukarkan dengan istilah konflik. Menurut Black, “Dispute. A conflict or controversy ; a conflict of claims or right; an assertion of a right, claim, or demand one side, met by contrary claims or allegations on the other. The subject of litigation”. Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary: Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence Ancient and Modern*, Six Edition, St. Paul. Minn, West Publising, 1990, hlm. 471.

⁴ John Comaroff and Simon Roberts, *The Invocation of Norm in Dispute Settlement : The Tswana Case (I)*, 1981, lihat Nader dan H.F. Todd, 1978; P.H. Gulliver, dalam LSR, 1973: 667-691.

⁵ John M. Echols dan Hassan Shadaly, *Op. Cit.*, hlm. 188.

⁶ Valerine J.L, Kriekhoff, *Mediasi*, 1993, hlm. 224-225.

⁷ John Comaroff and Simon Roberts, *Op. Cit.* 693.

2. *Conflict* : [is] circumstance whereabout the parties realize or know about the existence of the disgruntled feeling
3. *Dispute* : [is] circumstance whereabout the conflict expressed in public or by entangling third party.⁸

1. Pra konflik: adalah keadaan yang mendasari rasa tidak puas seseorang;
2. Konflik: adalah keadaan di mana para pihak menyadari atau mengetahui tentang adanya perasaan tidak puas tersebut;
3. Sengketa: adalah keadaan di mana konflik tersebut dinyatakan di muka umum atau dengan melibatkan pihak ketiga.

Sedangkan definisi yang digunakan Lewis Coser dalam bukunya "*The Function of Sosial Conflict*" (1956) merumuskan konflik adalah:

"Opposition or struggle having the character of direct and realized [by] [among/between] individual or group of people to obtain or get the status confession, power, resource and influence".⁹

Menurut Vilhelm Aubert, sengketa atau konflik didefinisikan sebagai suatu kondisi yang ditimbulkan oleh dua orang atau lebih yang dicirikan oleh beberapa tanda pertentangan secara terang-terangan. Secara teoritis dibedakan adanya dua macam konflik, yaitu *conflict of interest and claims of right*.¹⁰

Pertentangan atau perjuangan yang bersifat langsung dan disadari antara individu atau kelompok untuk memperoleh pengakuan status, kekuasaan, pengaruh dan sumber daya.

Selanjutnya Achmad Fedyani Saifuddin menjelaskan:

Konflik adalah pertentangan yang bersifat langsung dan disadari antara individu-individu atau kelompok untuk mencapai tujuan yang sama.

⁸ *Ibid*

⁹ Lewis Coser, *The Functions of Sosial Conflict*, The Free Press, Corporation, Collier-Macmillan Canada, Ltd., Toronto, Ontario, Copyright 1956, hlm. 34.

¹⁰ L.M. Friedman, *The Legal System, A Social Science Perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975, hlm. 226.

Kekalahan pihak lawan dianggap sangat penting dalam mencapai tujuan. Dalam konflik, orientasi ke arah pihak lawan lebih penting dari pada obyek yang hendak dicapai. Dalam kenyataan, karena berkembangnya rasa kebencian yang makin mendalam, pencapaian tujuan sering kali menjadi sekunder sedangkan pihak lawan yang dihadapi jauh lebih penting.¹¹

Konsep tentang konflik dan integrasi tidak dapat dipisahkan satu sama lain. Keduanya saling komplementer dalam realitas sosial. Masyarakat sebagai suatu sistem yang terdiri atas peranan-peranan dan kelompok-kelompok yang saling berkaitan dan saling mempengaruhi di dalamnya, diwujudkan dalam tindakan-tindakan sosial dan tingkah laku sosial, merupakan sesuatu yang dinamis. Hubungan-hubungan sosial yang ada di dalamnya juga bersifat dinamis.

Dalam masyarakat yang dinamis, timbulnya konflik-konflik sosial adalah merupakan sesuatu yang wajar, lebih-lebih dalam masyarakat yang sedang mengalami perubahan sosial dan perubahan kebudayaan.¹² Tidak ada satu masyarakatpun yang terlepas dari konflik, karena manusia sebagai makhluk sosial tidak dapat hidup terus menerus dalam suatu ketentuan dan ketertiban yang abadi, juga sebaliknya tidak dapat hidup terus menerus dalam kekacauan yang abadi. Sebagaimana analisis Weber terhadap masyarakat, konflik menempati kedudukan yang sentral, konflik merupakan unsur dasar kehidupan manusia. Pertentangan tidak dapat dipisahkan dari kehidupan manusia serta tidak dapat dlenyapkan. Orang dapat mengubah sarana-sarananya, objeknya, arah dasar atau pendukung-pendukungnya, tetapi orang tidak dapat membuang konflik itu sendiri.¹³

¹¹ Achmad Fedyani Saifuddin, *Konflik dan Integrasi Perbedaan Paham Dalam Agama Islam*, CV. Rajawali, Jakarta, 1986, hlm. 7

¹² A.W, Wijaya, *Individu, Keluarga dan Masyarakat*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1986, hlm. 76.

¹³ Laeyandecker, *Tata Perubahan dan Ketimpangan*, PT. Gramedia, Jakarta, 1983.

Secara normatif salah satu fungsi hukum adalah sebagai sarana penyelesaian sengketa (*resolution conflict*).¹⁴ Namun secara sosiologis sengketa atau konflik juga merupakan salah satu model penyelesaian. Sengketa merupakan salah satu model dari interaksi antar manusia, namun dibandingkan dengan upaya damai, sengketa atau konflik merupakan penyelesaian secara kekerasan.¹⁵

Di antara para perintis, Karl Marx¹⁶ merupakan tokoh utama yang menjelaskan sumber-sumber konflik serta pengaruhnya terhadap peningkatan perubahan sosial serta revolusioner. Teorinya antara lain adalah tentang adanya struktur kelas dalam masyarakat.¹⁷ Marx melihat bahwa kelas-kelas dalam masyarakat tersusun berdasarkan pemilikan sarana-sarana pokok.

Produksi untuk memenuhi kebutuhan hidup merupakan landasan pokok kegiatan manusia dalam menciptakan sejarah hidup yang menentukan bentuk-bentuk kegiatan sosial, politik, hukum dan ideologi. Menurut Marx, struktur ekonomi bersifat deterministik terhadap keseluruhan karakter sosial, politik dan proses-proses spiritual dalam hidup.

Teori konflik modern yang dipelopori oleh C.W. Mills (1965), Ralf Dahrendorf (1958), dan Lewis Coser (1956) tidak lagi membatasi pada ditermisme ekonomi dan konflik kelas, tetapi lebih diperluas dengan berbagai unsur yang terjadi dalam masyarakat, di antaranya konflik antar partai politik,

¹⁴ Steven Vago, *Law and Society*, New Jersey: Prentice Hall Englewood Cliffs, hlm. 12.

¹⁵ Johan Galtung, *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilization*, diterjemahkan menjadi Studi Perdamaian, Perdamaian dan Konflik Pembangunan dan Peradaban, oleh Asnawi dan Safruddin, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003, hlm. 24-40.

¹⁶ Pada abad ke-19, Karl Marx dan Friedrich Engels merumuskan sebuah doktrin ekonomi-politik baru yang diterapkan dalam skala nasional untuk pertama kalinya di Rusia setelah revolusi tahun 1917.

¹⁷ Tom Campbell, *Seven Theories of Human Society*, diterjemahkan oleh F. Budi Hardiman menjadi *Tujuh Teori Sosial*, Kanisius, Yogyakarta, 1994, hlm. 134-142.

antar perserikatan, antar kelompok gerakan lingkungan hidup, dan kelompok industri.

Menghimpun pemikiran Simmel¹⁸ dan Coser¹⁹, dapat dikemukakan beberapa proposisi tentang konflik sebagai berikut:

1. *Konflik berfungsi menegakkan dan mempertahankan identitas dan batas-batas kelompok sosial di masyarakat,*
2. *Konflik tidak selalu bersifat disfungsional dalam konteks hubungan di mana konflik tersebut terjadi, sebaliknya seringkali konflik diperlukan untuk mempertahankan hubungan tersebut,*
3. *Dilihat dari konflik sebagai sarana dan konflik sebagai tujuan, maka terdapat dua macam konflik, yaitu realistik dan konflik non realistik,*
4. *Konflik yang lebih radikal dapat terjadi dalam keadaan hubungan dekat,*
5. *Konflik dapat melenyapkan unsur-unsur yang memecah belah dan menegakan kembali persatuan,*
6. *Konflik suatu kelompok dengan kelompok lain menghasilkan mobilisasi energi para anggota kelompok yang bersangkutan, sehingga kohesi setiap kelompok ditingkatkan,*
7. *Ada tiga aspek struktur kelompok yang harus diperhatikan : ukuran relatif kelompok, tingkat keterlibatan anggota-anggotanya, dan situasi sosial,*
8. *Suatu konflik di mana para pelakunya merasa bahwa mereka semata-mata wakil kolektif atau kelompok cenderung lebih radikal, karena kesadaran bahwa perjuangan mereka dilandaskan pada ideologi tertentu yang tidak semata-mata pribadi sifatnya. Keyakinan agama dapat dimasukkan dalam kategori ini,*
9. *Konflik yang tidak menciptakan jenis-jenis interaksi yang baru di antara pihak-pihak yang bertentangan yang sebelumnya tidak ada,*
10. *Konflik dapat mempersatukan orang-orang atau kelompok yang tadinya tidak saling berhubungan.*

Proposisi-proposisi Simmel dan Coser tersebut walaupun penting untuk memahami mekanisme konflik dan integrasi dalam masyarakat, namun belum memasukkan kebudayaan dan sejarah. Pendekatan sejarah perkembangan masyarakat dan kebudayaan nampaknya mampu menjelaskan mengapa gejala

¹⁸ Georg Simmel, *Conflict as Sociation* (diambil dari *Sociology of Georg Simmel*) dalam *Sociological Theory* (A.L. Coser dan B. Rosenberg ed., 1976). New York : Macmillan Co, Lihat Achamd Fedyani Saifuddin, Op. Cit. 63-66.

¹⁹ Lewis A. Coser, *The Functions of Sosial Conflict*, New York : The Free Press, Lihat c Ibid.

konflik dan integrasi terjadi secara bersamaan dan mewujudkan keteraturan sosial. Proses perubahan dan perkembangan unsur-unsur kebudayaan tidak sama kecepatannya, dan keadaan inilah yang menyebabkan tetap hadirnya unsur-unsur tradisional dalam kebudayaan modern sekaligus.²⁰

Gluckman²¹ meneliti kaitan antara konflik, motivasi, kepercayaan agama dan ritual, dan mengatakan bahwa aspek-aspek kebudayaan inilah yang saling terjalin sehingga konflik yang terjadi dalam masyarakat tidak sampai menghancurkan sistem sosial. Konflik yang terjadi dalam suatu perangkat hubungan sosial justru menuju kepada penegakkan kembali kohesi sosial dalam tatanan masyarakat yang lebih luas.

Agama dalam kaitannya dengan konflik dan integrasi cukup memainkan peranan penting sebagai salah satu faktor pendorong dan sekaligus alat legitimasi. Konflik yang terjadi dalam hubungan antar pemeluk agama bersifat kompleks. Hal ini disebabkan oleh selain terkait dengan paham dan keyakinan para pemeluknya tentang kebenaran mutlak, “doktrin agama” masing-masing yang merupakan bagian terdalam dari kehidupan manusia, juga berkaitan dengan faktor-faktor sosial yang berkembang dalam kehidupan masyarakat.²²

Berkenaan dengan konflik atau sengketa, terdapat berbagai cara dan proses dalam penyelesaian perselisihan dan persengketaan tersebut.

²⁰ Clifford Geertz, *Religion as a Cultural Sistem*, dalam *Antropological Approaches to the Study of Religion* (Michael Banton ed.). A.S.A. Monograph No. 3, 85-132.

²¹ Max Gluckman, *Conflict and Ritual in Africa*, Oxford: Maxwell-Bassel Co. Lihat Achamd Fedyani Saifuddin, *Loc-Cit*.

²² Parsudi Suparlan, (Penyunting) *Pengetahuan Budaya, Ilmu-Ilmu Sosial dan Pengkajian Masalah-Masalah agama*, Depag RI, Jakarta, 1981, hlm. 87.

Cara pertama dilakukan oleh kedua belah pihak secara kekeluargaan (*rekonsiliasi*). Cara kedua dilakukan oleh kedua belah pihak dengan menggunakan jasa pihak ketiga sebagai perantara atau juru damai (*mediasi*). Cara ketiga dilakukan secara paksa kepada kedua belah pihak oleh kekuasaan masyarakat atau kekuasaan negara (*litigasi*).

Penerapan ketiga cara penyelesaian pertikaian ini masing-masing berbeda dari satu masyarakat dengan masyarakat lainnya. Ketiga cara itu dipandang sebagai pilihan yang terbaik menurut nilai budaya yang dianut oleh masyarakat. Setelah itu, secara berkesinambungan disosialisasikan dari suatu generasi ke generasi berikutnya, sehingga mempola, memiliki prosedur, patokan dan sanksi, serta simbol-simbol tertentu. Sejumlah variabel mempengaruhi pilihan masyarakat dalam memanfaatkan ketiga cara penyelesaian konflik tersebut, sesuai dengan nilai budaya yang mereka anut. Berkaitan dengan tata nilai budaya masyarakat, Durkheim²³ mencoba membuat perbedaan antara dua tipe masyarakat. *Pertama*, masyarakat sederhana yang bercirikan '*solidaritas mekanis*', yang berorientasi pada kesamaan, keserupaan dan konsensus. Hal ini disebabkan karena individu-individu memiliki pengetahuan dan pengalaman yang sama, sehingga cara bertindak, berpikir dan merasa di antara mereka sama pula. Dalam komunitas ini, perilaku menyimpang akan mereka rasakan sebagai ancaman terhadap identitas kelompok mereka, baik secara individu maupun kelompok sebagai keseluruhan. Hal ini disebabkan karena mereka hanya memahami dan mengenal diri mereka

²³ Emile Durkheim, *The Elementary Forms of Religious Life*, Diterjemahkan dari bahasa Perancis oleh Joseph Ward Swain, (New York : Collier Books, 1975), hlm. 87, Lihat Lawrence Friedman, *American Law*, (New York, W.W. Norton & Company, 1984), hlm.7, JD. Nyhart, *The Role of Law in Economic Development*, hlm. 401-402.

berkat cara-cara bertindak, berpikir dan merasa yang sama di antara mereka. *Kedua*, adalah masyarakat *madani* yang bercirikan '*solidaritas organis*', yang didasarkan pada spesialisasi, perbedaan-perbedaan dan saling ketergantungan. Masyarakat ini terbentuk sebagai konsekuensi logis dari proses perubahan sosial, melalui spesialisasi fungsional dan diferensiasi struktural yang diakibatkan oleh pembagian kerja sosial.

Pada umumnya kelompok masyarakat yang bercirikan *solidaritas mekanis*, yang di dalamnya hubungan tatap muka lebih menonjol, mereka cenderung menekankan pada penyelesaian secara kekeluargaan (*rekonsiliasi*) dan perdamaian (*mediasi*). Sebaliknya, dalam masyarakat yang bercirikan *solidaritas organis*, di mana hubungan antar individu dengan individu lainnya tidak terlalu akrab, maka keputusan pihak ketiga dengan status resmi yang dilaksanakan oleh kekuasaan negara seringkali lebih disukai.

Bangsa-bangsa Timur²⁴ umumnya, seringkali menjadi *steriotipe* dari masyarakat yang bercirikan *solidaritas mekanis*. Masyarakat Jepang misalnya, secara tradisional, mereka lebih menyukai cara-cara informal di luar pengadilan untuk menyelesaikan perselisihan. Penyelesaian melalui pengadilan bagi mereka menggambarkan dan mengakui adanya suatu pertikaian dan menghasilkan suatu putusan yang memperjelas siapa yang benar dan siapa yang salah sesuai dengan standar yang berada di luar kemauan pihak-pihak yang bertikai. Lagi pula putusan memberi penekanan kepada konflik di antara masing-masing pihak, meniadakan

²⁴ Erman Rajagukguk., *Agenda Pembaharuan Hukum Ekonomi Indonesia Menyongsong Abad XXI*, disajikan dalam Pembukaan Kuliah tahun 1996/1997 Progam Magister (S2) Ilmu Hukum UII, 12 Maret 1997. Lihat Wallace Mendelsen, *Law and The Development* (The University of Texas at Austin) *Journal of Politics*. Vol. 32.

kesempatan mereka untuk berpartisipasi di dalam penyelesaiannya, dan memberi cap suatu kesalahan moral yang dapat dihindari di dalam suatu penyelesaian kompromi. Kecenderungan ini dapat dilihat dalam data statistik tahun 1940-an, bahwa jumlah perkara perdata yang dibawa ke pengadilan perkapita di negara ini kurang lebih antara sepersepuluh – seperduapuluh dari angka-angka di negara-negara yang bersistem *common law*²⁵. Pyong Choon Hahm sebagaimana dikutip oleh Helmy Hakim, menggambarkan fenomena yang sama terjadi di Korea Selatan.

*The ultimate ideal has been a complete absence of dispute and conflict. But if discord could not be avoided, society demanded the quickest restoration of broken concord. For this purpose mediation has been preferred, because it does not require the fixing blame. Parties themselves formulate the solution by mutual agreement, thus obviating the need for an external sanction. Since mediation is possible only when both sides are willing to compromise, each side has to give a little and to be satisfied with less than complete victory.*²⁶

Daniel S. Lev (1936-2006)²⁷ mengkonstatir bahwa di semua masyarakat yang kompleks terdapat jarak pemisah antara struktur formal dan prosedur kelembagaan. Di Indonesia, seperti halnya di Negara bekas jajahan, ketiadaan keterpaduan seperti itu sangat mencolok. Akibatnya, muncullah hukum kelembagaan Gresham, yakni proses formal cenderung dihindarkan dalam rangka menyelesaikan perselisihan melalui proses yang lebih bersifat kekeluargaan dan lebih akomodatif. Sebagaimana pernyataan Daniel S Lev berikut ini.

²⁵ Helmy Hakim, *Pengadilan Agama di Indonesia Dari Pengadilan Kharismatis Ke Pengadilan Otomatis*, Makalah disajikan dalam Seminar Wawasan Hukum Islam dan Kinerja Pengadilan yang dilaksanakan oleh Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin pada tanggal 21 Januari 1997.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia Kesenambungan dan Perubahan*, terjemahan Nirwono dan AE Priyono, LP3ES, Jakarta, 1990, hlm. 156.

*In all complex societies there is some spread between formal structure and conventional procedures. In Indonesia, as in many former colonies, lack of such integration is striking. The result is a kind of institutional Gresham's law, in which formal processes tend to be eschewed in favor of more familiar and accommodative ones.*²⁸

Adapun di negara-negara industri, umumnya bercirikan *solidaritas organis*. Di Amerika Serikat misalnya, di mana urbanisasi, sekularisasi, perekonomian yang berbadan hukum dan tingkat integrasi sosial dan politik yang cukup tinggi, menyebabkan putusan oleh suatu badan resmi yang berwenang menjadi lazim. Baik pengadilan maupun badan-badan administrasi yang mempunyai fungsi peradilan, mendapatkan dukungan yang cukup.

Bagaimana dengan masyarakat Indonesia? Sebagian besar Indonesia berada di sisi lain dari kontinum penyelesaian melalui keputusan formal, dan lebih dekat pada penyelesaian secara kekeluargaan (*rekonsiliasi*) tersebut. Mayoritas penduduk Indonesia bermukim di perdesaan, cenderung agamis, perekonomian mereka pun tidak terlalu kompleks atau berbadan hukum. Dalam masyarakat tradisional seperti ini, nilai-nilai sosial cenderung menitikberatkan pada hubungan pribadi walaupun lazimnya penuh dengan tenggang rasa, solidaritas komunal, dan menghindari perselisihan. Di Indonesia hampir tidak ada dukungan untuk gagasan bahwa pertikaian bisa jadi fungsional.

Menurut Moh. Koesnoe, masyarakat hukum Indonesia umumnya dipengaruhi oleh hukum adat.

Bagi adat, ketertiban itu telah ada di dalam semesta, di dalam kosmos. Ketertiban itu adalah berupa hubungan yang harmonis antara segalanya

²⁸ Daniel S. Lev, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, dihimpun oleh IMPRESS yogyakarta dari Kumpulan tulisan Lev. Dengan Judul *Law and Politic in Indonesia*, 2003, hlm. 281.

ini. Gerak dan usaha memenuhi kepentingan individu, adalah gerak dan usaha yang ditempatkan di dalam garis ketertiban kosmis itu dijalani dengan serta merta. Bilamana tidak dijalankan garis itu, garis yang dijalankan di dalam adat, maka baik jalannya masyarakatnya, maupun jalan kehidupan pribadi orang yang bersangkutan akan menderita karena berada di luar garis tertib kosmis tersebut, yaitu, adat.²⁹

Pendekatan-pendekatan informal dalam penyelesaian suatu sengketa, baik melalui *rekonsiliasi* maupun *mediasi*, tampaknya merupakan fenomena umum di pedesaan, namun kurang tampak di kota-kota besar, dan boleh jadi paling kurang tampak di lapisan yang berpikiran dagang. Menurut Weber³⁰, tampaknya, peradilan formal (*ligitasi*) lebih disukai oleh elit ekonomi yang berorientasi pasar bebas (bukan kekuasaan-kekuasaan ekonomi yang memegang monopoli dari negara sebagaimana perusahaan-perusahaan konglomerasi di Indonesia), karena mereka sangat berkepentingan terhadap kepastian hukum untuk menjamin eksistensi usaha mereka. Namun demikian, dalam praktiknya, rupanya pendekatan lunak secara informal dengan rekonsiliasi maupun mediasi ternyata mempunyai sumber dukungan lain, selain unsur budaya.

Di Indonesia, rekonsiliasi atau pun mediasi sangat lazim di kalangan pedagang, terutama di kalangan minoritas seperti orang-orang Cina. Akan tetapi, sebagaimana dikemukakan tadi, sumbernya adalah pertimbangan-pertimbangan yang menjamin adanya *predictability* (kepastian), *fairness* (keadilan), *efficiency*

²⁹ Moh. Koesno, *Hukum Adat*, Alumni. Bandung, 1978, hlm. 87. Mohammad Koesno, *Musyawarah* dalam Miriam Budiardjo (Ed) *Masalah Kenegaraan*, Jakarta, 1971, hlm. 551

³⁰ Erman Rajagukguk., *Agenda Pembaharuan Hukum Ekonomi Indonesia Menyongsong Abad XXI*, disajikan dalam Pembukaan Kuliah tahun 1996/1997 Program Magister (S2) Ilmu Hukum UII, 12 Maret 1997. Lihat Wallace Mendelsen, *Law and The Development* (The University of Texas at Austin) *Journal of Politics*. Vol. 32.

(efisiensi)³¹, kemanfaatan atau pun kepercayaan. Dalam konteks pertimbangan ini, dengan mudah bisa dilihat efek-efek disfungsional dari pendekatan hukum formal, dan ini sangat kontra produktif terhadap pihak-pihak yang harus selalu bekerja sama dan saling membina kepercayaan. Itulah sebabnya, kenapa perusahaan-perusahaan di Amerika Serikat dan mungkin juga di negara-negara lain, cenderung menyelesaikan perselisihan mereka melalui lembaga arbitrase, daripada melalui pengadilan.

CJM Schuyt menguraikan macam-macam cara penyelesaian konflik atau sengketa hukum menjadi 6 (enam katagori), yaitu:

1. penyelesaian sepihak;
2. dalam penguasaan sendiri;
3. pra-yuridis;
4. yuridis-Pengadilan;
5. yuridis-Politik; dan
6. penggunaan kekerasan.³²

Katagori pertama menunjuka cara penyelesaian sengketa atau konflik dengan cara pihak yang berada di posisi lemah atau posisi sebagai bawahan menyerah kepada situasi tidak mengenakan dan menguntungkan. Jika pihak yang lemah mempunyai kesempatan untuk meloloskan diri dari kekuatan pihak yang kuat, maka sengketa atau konflik pun terselesaikan. Penyelesaian sengketa atau konflik dengan katagori ini akan terwujud jika keadaan-keadaan seperti : antara pihak yang berkonflik tidak saling bertemu lagi satu sama lain, menetap di tempat yang berjauhan, atau salah satu pihak mengasingkan diri.

³¹ Lihat Lawrence Friedman, *American Law*, (New York, W.W. Norton & Company, 1984), hlm.7, JD. Nyhart, *The Role of Law in Economic Development*, hlm. 401-402.

³² Schuyt, *Recht en Samenleving Centrale Problemen, alternativen en Overzichten. Assen; Vab Gorcum*, 1983, hlm. 56.

Suatu bentuk penundukkan yang sifatnya sementara akan muncul jika pihak yang berposisi paling lemah tidak dapat membebaskan diri dari kekuasaan pihak yang kuat, tetapi sambil menunggu kesempatan untuk meneruskan atau melawan kembali. Inilah yang membedakannya dengan cara penyelesaian konflik di mana pendudukan atau penerimaan pihak yang kalah terhadap putusan penyelesaian konflik itu bersifat permanent, seperti putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang pasti.

Dalam kategori kedua, yaitu dalam penguasaan sendiri, konflik ditandai dengan partisipasi sederajat dari kedua pihak dalam penyelesaian konflik. Tidak ada pihak ketiga atau instansi tertentu yang diikutsertakan. Hal ini memberikan kebebasan yang lebih besar untuk penyelesaian konflik, tetapi membutuhkan upaya keras dari pihak-pihak yang berkonflik itu. Ciri-ciri model ini adalah berpikir, bersedia berunding, atau menggunakan cara-cara pengundian.

Dalam hal kategori ketiga, yaitu cara pra-yuridis, mengandung ciri-ciri adanya pengaduan, menggunakan penengah, dan menghasilkan perdamaian. Oleh karena itu ada keterlibatan pihak ketiga. Hanya saja pihak ketiga ini tidak pernah menojolkan diri mereka dalam penyelesaian konflik dan mereka muncul secara insidental sesuai dengan permintaan pihak yang berkonflik. Tuntutan adanya wibawa dan kepercayaan dari pihak yang berkonflik terhadap pihak ketiga sangat mutlak. Sasaran utama cara ini adalah mengutamakan terwujudnya perdamaian.

Ciri penyelesaian konflik kategori keempat adalah sifat arbitrase, melalui suatu proses singkat, perdamaian bersifat yudisial, proses penyelesaiannya melalui proses hukum administrative dan proses sipil serta menghasilkan putusan yang

bersifat menghukum. Kategori ini mencakup semua bentuk yang khas dari penggunaan penengah, yaitu para hakim atau arbitrator dalam penyelesaian konflik, di mana meskipun inisiatif keterlibatan penengah itu berasal dari pihak yang berkonflik, namun keputusannya terletak pada hakim itu.

Kategori kelima adalah penyelesaian konflik dengan menggunakan cara yuridis politik. Ciri penyelesaian konflik tipe ini adalah berlangsung tanpa kekerasan, berwujud tindakan politis dan social, yang mengenal pembentukan putusan badan legislative di mana penyelesaian konfliknya dipimpin. Tipe ini membawa penyelesaian konflik dari ruang pengadilan yang tenang ke medan laga keputusan pemerintah yang bersifat politis dengan penggunaan tekanan politik terhadap bentuk putusannya. Contoh dalam hal ini adalah pembuatan undang-undang dan gerakan social-politik.

Akhirnya, kategori keenam penyelesaian konflik yaitu dengan kekerasan. Dalam hal ini, kekerasan merupakan suatu bentuk penyelesaian konflik di mana satu pihak atau kelompok melalui penggunaan alat-alat yang bersifat fisik, merugikan pihak atau kelompok lain dalam usaha penyelesaian konflik. Penggunaan kekerasan sering dibenarkan dengan anggapan bahwa hal ini justru merupakan cara yang paling tepat dan satu-satunya yang masih tersisa. Dalam kaitan ini, perlu dibedakan antara penggunaan kekerasan oleh negara³³ dan penggunaan kekerasan oleh warga masyarakat.

³³ Adi Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Non-Ligitasi di Indonesia*, UNS Press, Surakarta, 2006, hlm. 25. Lihat Gadis Arivia, *Feminisme : Sebuah kata Hati*, Jakarta: Penerbit Buku Kompa, 2006, hlm. 219. Menurut Gadis Arivia, Negara pada dasarnya adalah kekerasan. Keberadaan Negara ditopang oleh kekerasan. Artinya Negara menghidupi dirinya dengan cara mengatur dan mengolah kekerasan. Adapun sumber kemampuan Negara mengolah kekerasan bermuara kepada kekuasaan politik.

B. Fungsi dan Peranan Hukum dalam Penyelesaian Sengketa

Perbincangan tentang fungsi dan peran hukum dalam penanggulangan konflik sosial dimulai dengan munculnya tulisan Austin Turk "*Law as a Weapon in sosial Conflict*".³⁴ Pernyataan ini menarik jika dikaitkan dengan bagaimana peranan hukum dalam menanggulangi berbagai konflik sosial yang sedang melanda.

Dalam konteks ini mungkin timbul pertanyaan, apakah sedemikian besarnya peranan yang dapat dimainkan oleh hukum untuk dijadikan sebagai senjata dalam mengatasi berbagai konflik sosial yang terjadi. Pertanyaan ini muncul mengingat selama ini dalam mengatasi berbagai konflik sosial pemerintah lebih banyak mengambil pendekatan non hukum ketimbang mendayagunakan hukum sebagai upaya yang utama.

Hal yang demikian dapat dimaklumi mengingat dalam kajian hukum yang dikembangkan selama ini pendekatannya lebih normatif yang melihat hukum sebagai seperangkat norma yang bersifat abstrak dan termuat dalam berbagai peraturan perundang-undangan. Sehingga ada sedikit kesulitan ketika mencoba memahami konsep hukum (*law*) sebagai senjata (*weapon*) dalam konflik sosial. Konsep akan lebih mudah dipahami bilamana kita menggunakan kajian yang bersifat sosiologis tentang hukum.

³⁴ Tulisan ini dimuat dalam Sosial Problem 23 (Februari 1976). Tulisan ini kemudian dimuat dalam buku *The Sossiology of Law Structural Perspective* yang diedit oleh William M. Evan dari University Pennsylvania (1980). Terjemahan tulisan ini kemudian dimuat dalam buku yang diedit oleh Mulyana W. Kusuma dan Paul S. Baut "*Hukum Politik dan Perubahan Sosial*". (1988) dengan judul "*Hukum Sebagai Senjata Dalam Konflik Sosial*".

Dalam konteks ini Austin T. Turk mengembangkan konsep "*Law as Conflict Management*" atau *hukum sebagai Manajemen Konflik*". Namun untuk itu kita harus memulai yang baru karena seperti yang dikatakan oleh Turk :

"To define law as means of conflict management is to leave theory and research on law and society without an analytical framework independent of particular ethical and theoretical preference and aversions".³⁵

Untuk mendefinisikan hukum sebagai alat management konflik kita harus meninggalkan teori dan penelitian tentang hukum dan masyarakat, tanpa kerangka kerja analitik serta tidak tergantung pada etika dan teori tertentu yang disukai dan tidak disukai.

Selain itu menurut Austin Turk hal ini juga berkaitan dengan konsep hukum yang fungsional moral. Tentang hal ini ia menyatakan :

A related difficulty with the moral functionalist conception of law is that legal means of conflict management tend to be equated with peaceful ones. And there is a strong inclination to assume that consensual, non coercive methods are the only really effective ways of preventing or managing conflict.³⁶

Kesulitan yang ada hubungannya dengan konsep hukum yang fungsionalis moral adalah hukum sebagai alat manajemen konflik cenderung untuk dipersamakan dengan alat perdamaian, dan terdapat kecenderungan yang kuat untuk menganggap bahwa metoda-metoda consensus dan tidak bersifat memaksa adalah cara yang benar-benar efektif mencegah atau mengelola konflik.

³⁵ Turk, *Ibid*, hlm. 196.

³⁶ *Ibdi*, hlm. 106.

Dalam upaya menegakkan supermasi hukum sebagaimana dicanangkan dalam berbagai kebijakan politik di negara ini, peranan hukum sebagai alat management konflik perlu untuk mendapatkan perhatian yang lebih serius bilamana diharapkan pada satu pihak supermasi hukum dapat ditegakkan dengan sebaik-baiknya dan berbagai konflik sosial yang terjadi dalam masyarakat dapat dikelola dengan baik.

Konsep tentang hukum sebagai senjata dalam menanggulangi konflik sosial bersumber dari studi hukum dan masyarakat tentang hukum. Konsep hukum yang paling berpengaruh eksplisit atau implicit dalam penelitian hukum dan masyarakat belum lama ini adalah ditegaskan secara jelas, khususnya dalam karya-karya Fuller (1964-1971) dan Solznick (1961, 1968, 1969) serta yang menonjol dalam buku-buku sumber berpengaruh sebagai Aubert (1959) Nader (1969) dan Swarts dan Skolnik (1970). Kesimpulannya dirangkum oleh Turk:

Law is characterized as essentially a means for settling or precluding disputes by (a) articulating the requirements of an idea of justice (expressed as prerequisites for sustained interaction and the viable organization of social life), and (b) restraining those whose actions are incompatible with such requirements. Accordingly, the presumptive aims of sociolegal research are to determine how legal concepts, institutions, and processes function in preventing, minimizing or are created, how they relate to complementary nonlegal mechanism; and how they can be more effective.³⁷

Hukum pada dasarnya bercirikan sebagai alat memecahkan atau menghindarkan sengketa dengan (a) menegaskan persyaratan ide keadilan (diungkapkan sebagai prasyarat bagi terpeliharanya interaksi dan organisasi kehidupan sosial yang terus berlangsung), dan (b) mengendalikan mereka yang

³⁷ Ibid, hlm. 105.

tindakannya tidak cocok dengan persyaratan demikian. Karena itu tujuan-tujuan penelitian sosio legal adalah menentukan bagaimana konsep hukum, institusi dan proses berfungsi dari hukum dalam mencegah, memperkecil atau memecahkan konflik, bagaimana mekanisme hukum timbul dan diciptakan, bagaimana tujuan tersebut berkaitan dengan mekanisme non legal komplementer, dan bagaimana tujuan tersebut dapat dicapai lebih efektif.

Kajian tentang hal ini sebelumnya diungkapkan antara lain oleh Vilhelm Aubert, Guru Besar pada University of Oslo yang mengawali tulisannya dengan mengemukakan:

Law has manifold functions in modern society. Although the problems of law and these of conflict resolution often merge in premodern legal institutions, this overlap is only partial in modern legal institutions. The growth of legislation in industrialized societies, suggests that law is used as an instrument to further many interests other than peacekeeping and conflict resolution. Not infrequently legislation creates or intensifies social conflicts, a consequence that may even have been anticipated by the legislator and accepted as a necessary social cost in the efforts to further an action program. Nevertheless, conflict resolution has remained an important concern of legal institutions. Whatever the purpose of new legislation, the instruments and the language employed have been shaped through a development in which peace-keeping and conflict resolution have always learned large.³⁸

Dari uraian ini tergambar bahwa hukum dapat memberikan kontribusi jalan pemecahan terhadap berbagai konflik sosial yang terjadi dalam masyarakat sehingga dapat mewujudkan kedamaian.

Upaya mengaitkan hukum dengan perkembangan masyarakat adalah menyangkut konsep tentang fungsi hukum. E. Adamson Hoebel dalam bukunya

³⁸ Vilhelm, Aubert, *Law as a Way of Resolving Conflict : The Case of Small Industrial Society*, dalam Laura Nader (Ed) *Law in Culture and Society* (1969) hlm. 56.

membuat uraian khusus tentang *The Function of Law*. Dalam bagian tersebut ia mengucapkan:

Law performs certain functions essential to the maintenance of all but the very most simple societies.

The first is to define relationships among the members of a society, to assort what activities are permitted and what are ruled out, as to maintain at least minimal integration between the activities of individuals and groups within the society.

The second is derived from the necessity of taming makes force and directing force to the maintenance of order. It is the allocation of authority and the determination of who may exercise physical coercion as a socially recognised privilege, along with the selection of the most effective forms of physical sanction to achieve the social ends that the law serves.

The third is the disposition of trouble cases they arise.

The fourth is to redefine relations between individuals and groups as the conditions of life change. It is to maintain adaptability.³⁹

Berbagai fungsi hukum yang disebutkan di atas berkaitan erat sekali dengan upaya penanggulangan konflik yang terjadi dalam masyarakat.

Pandangan Hoebel ini ditegaskan kembali oleh Satjipto Rahardjo dalam bukunya. Menurut Satjipto Rahardjo, Hoebel menyatakan, bahwa hukum melakukan fungsi-fungsi yang esensial untuk mempertahankan masyarakat, kecuali bagi masyarakat-masyarakat yang memang paling sederhana. Fungsi esensial tersebut adalah:

1. *Mendefinisikan hubungan-hubungan antara anggota-anggota masyarakat, untuk menetapkan hal-hal apa yang boleh dilakukan dan yang tidak, sebagai usaha untuk paling sedikit mempertahankan integrasi minimal dari kegiatan-kegiatan antar individu dan kelompok dalam masyarakat.*
2. *Fungsi yang kedua ini mengalir dari keharusan untuk menjinakkan kekuasaan yang bersifat telanjang dan mengarahkannya dalam rangka mempertahankan ketertiban. Di sini kita berhadapan dengan masalah pengalokasian kekuasaan dan penentuan tentang siapa yang boleh*

³⁹ Adamson, Hoebel, *The Law of Primitive Man A Study in Comparative Legal Dynamics*, by Harvard, University Press, New York, Atheneum, Fourth Printing Desember 1973, hlm. 275.

melakukan paksaan fisik sebagai suatu privilese yang diakui dalam masyarakat dan bersama dengan itu pula melakukan seleksi untuk memilih bentuk yang paling efektif dari sanksi untuk mencapai tujuan-tujuan sosial yang dilayani oleh hukum;

3. *Penyelesaian sengketa-sengketa yang muncul;*
4. *Mendefinisikan kembali hubungan-hubungan antar individu-individu dan kelompok-kelompok pada saat kondisi kehidupan mengalami perubahan. Hal ini dilakukan untuk mempertahankan kemampuan beradaptasi.⁴⁰*

Bilamana fungsi ini dapat dijalankan dengan baik maka berbagai konflik sosial yang terjadi dalam masyarakat akan dapat dipecahkan dengan sebaik-baiknya. Penyelesaian sengketa adalah satu fungsi dari hukum, namun ia bukan satu-satunya fungsi dari hukum. Steven Vago dalam bukunya menulis tentang hal ini:

Why do we need law, and what does it do for society ? More specifically what function does law perform ? As with the definition of law, there is no agreement among scholars of law and society on the precise functions, nor is there consensus on their relative weight and importance. A variety of functions are highlighted in the literature (see, for example, Aubert 1969, 11, Bredeneir, 1962: 74, Mermin, 1973: 5-10, Nader and Todd, 1978: 1, Pollack, 1979: 669 and Samford, 1989: 116-120) depending on the conditions under which law operates at a particular time and place. The recurrent themes include social control, dispute settlement, and social engineering.⁴¹

Memang penentuan tentang fungsi dari hukum dalam masyarakat belum ada kesepakatan dari para pakar hukum dan hal ini sangat tergantung dari kondisi masyarakat di mana hukum itu berlaku sesuai dengan tempat dan waktu, namun penegasan di atas menyebutkan ada tiga fungsi dari hukum yaitu:

1. *Social control* (kontrol sosial)
2. *Dispute settlement* (penyelesaian sengketa), dan
3. *Social engineering* (rekayasa sosial).

⁴⁰ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, 1991, hlm. 283-284.

⁴¹ Steven Vago, *Law and Society*, Loc. Cit., hlm. 12.

Lebih jauh Steven Vago menjelaskan tentang fungsi yang kedua dari hukum yaitu sebagai dispute settlement (penyelesaian sengketa) Steven Vago mengemukakan:

By settling dispute through an authoritative allocation of legal right and obligations, the law provides an alternative to other methods of dispute resolution. Increasingly, people in all walks of life let the court settle matters that were once resolved by informal and non legal mechanism, such as negotiation, mediation, or forcible self-help measures. It should be noted, however, that law only deals with disagreement that have been translated into legal disputes. A legal resolution of conflict does not necessarily result in a reduction of tension or antagonism between the aggrieved parties. For example, in a case of employment discrimination on the basis of race, the court may focus on one incident in what is a complex and often not very clear cut series of problems. It results in a resolution of specific legal dispute, but on in the amelioration of the broader issues that have produced that conflict.⁴²

Jadi dengan demikian hukum juga dapat mempunyai fungsi sebagai sarana yang cukup efektif melakukan penyelesaian sengketa dan sekaligus memberikan solusi dalam penyelesaian suatu konflik yang terjadi dalam masyarakat.

Pandangan lain yang masih ada hubungannya dengan pendapat di atas adalah seperti yang dikemukakan oleh Soerjomo Soekanto, yang mengacu pada pendapat Hoebel menyatakan bahwa hukum sebagai aspek kebudayaan, mempunyai beberapa fungsi fundamental untuk memelihara kedudukan masyarakat, yaitu:

1. Merumuskan pedoman bagaimana warga masyarakat seharusnya berperikelakuan, sehingga terjadi integrasi minimal dalam masyarakat;
2. Menetralisir kekuatankekuatan dalam masyarakat, sehingga dalam dimanfaatkan untuk mengadakan ketertiban;
3. Mengatasi persengketaan, agar keadaan semula pulih kembali;
4. Merumuskan kembali pedoman-pedoman yang mengatur hubungan antar warga masyarakat dan kelompok-kelompok, apabila terjadi perubahan-perubahan.⁴³

⁴² Ibid, hlm. 13-14.

⁴³ Soerjono Soekanto, *Mengenal Antropology Hukum*, Bandung, Penerbit Alumni, 1979, hlm. 22.

Sedangkan dalam bukunya yang lain Soerjono Soekanto mengemukakan pandangan tentang fungsi hukum sebagai sarana untuk memperlancar interaksi sosial. Tentang hal ini Soerjono Soekanto menulis sebagai berikut:

Disatu pihak memang benar bahwa hukum mungkin juga berfungsi sebagai sarana untuk memperlancar proses interaksi SOSIAL (law as a facilitation of human interaction). Mana yang lebih utama senantiasa tergantung pada bidang hukum yang dipersoalkan dan kadang-kadang kedua fungsi tadi berkaitan dengan eratnya, sehingga sulit untuk dibedakan secara tegas. Akan tetapi adalah kurang tepat untuk menyatakan bahwa kedua fungsi adalah penting semata-mata untuk mengatasi masalah.⁴⁴

C. Penyelesaian Sengketa Dalam Hukum Islam dan Hukum Adat

1. Pandangan Hukum Islam

Sistem hukum Islam, yang berasal dari tahun 600 M., merupakan seperangkat aturan hukum dan keagamaan yang mengatur seluruh sisi kehidupan. Hukum Islam adalah hukum yang bersumber dan menjadi bagian dari agama Islam. Dari empat sistem hukum dunia, ia merupakan satu-satunya sistem hukum modern yang terkait dengan sebuah agama, meskipun sistem sosialis juga terkait erat dengan tulisan-tulisan Marx, Engels dan Lenin, seperti halnya sistem hukum Islam yang terkait erat dengan al-Quran. Sumber utama sistem ini adalah wahyu Tuhan yang diturunkan kepada Muhammad, nabi-Nya, yang merekam wahyu tersebut dalam Al-Quran.

Kerangka dasar itu diperluas dengan berbagai ajaran dan perilaku Muhammad yang terpelihara dalam bentuk sunah, dan dengan berbagai tulisan para sarjana hukum yang secara mendetail telah menguraikan kedua sumber

⁴⁴ Soerjono Soekanto, *Fungsi Hukum dan Perubahan Sosial*, Bandung, Penerbit Alumni, 1981, hlm. 44.

utama tersebut. Ketika terjadi kesepakatan bersama di antara para sarjana Islam tentang sebuah persoalan yang tidak tercantum dalam al-Quran atau sunah, kesepakatan tersebut menjadi *ijma* atau *konensus*, yang merupakan sumber ketiga hukum Islam. Pertanyaan yang tidak terjawab oleh ketiga sumber tersebut diserahkan kepada penafsiran dan penerapan hukum para hakim Islam.⁴⁵

Asal usul hukum Islam yang bersifat ilahi itu membuatnya lambat menerima perubahan sosial, ia ternyata cukup fleksibel sehingga terjadi proses *westernisasi* hukum di beberapa negara Islam. Wilayah sosial dan hukum baru yang tidak tercakup dalam Alquran, misalnya, bisa menerima proses legislasi dan dapat dirubah mengikuti tuntutan situasi. Hanya hukum-hukum Islam formal saja yang bersifat mapan, sementara kompromi informal di antara dan di kalangan pihak-pihak yang terlibat boleh dilakukan, di mana adat tempatan memainkan peran yang penting. Di samping itu, para hakim hanya memperhatikan aksara hukum, bukan semangatnya. Hal ini telah menghasilkan berbagai perangkat hukum yang tunduk pada aksara hukum tapi lepas dari semangatnya. Karena hanya ada sedikit sumber untuk melaksanakan setiap aspek hukum, penekanan pemerintah terhadap prioritas hukum lainnya telah melalaikan penegakkan beberapa aturan klasik hukum Islam.

Terdapat keluwesan dalam hukum Islam modern, perubahan pada sistem hukum Islam berlangsung lebih lambat dari pada perubahan yang terjadi dalam tiga sistem hukum lainnya. Ditemukannya sumber-sumber minyak di Timur Tengah yang menerapkan hukum Islam telah membawa perubahan terhadap

⁴⁵ Wigmore; *Panorama*, h. 423.427.

struktur sosial dan politik di Negara tersebut yang berdampak pada sistem hukum mereka. Hal ini juga membuat sistem hukum menjadi jauh lebih penting dari pada sebelumnya.⁴⁶

Perdebatan tentang teori pembentukan hukum Islam menarik dibicarakan mengingat tentang istilah hukum Islam sendiri mengandung pengertian kontroversial.

Di kalangan Islam sendiri terdapat perbedaan dalam mempersepsi hukum Islam. Setidaknya ada tiga pendapat, *pertama* mengatakan hukum Islam adalah apa yang terdapat dalam Syari'at (al-Quran dan Hadits). *Kedua* berpendapat bahwa hukum Islam adalah pendapat atau hasil ijtihad para mujtahid, dan *ketiga* berpendapat hukum Islam adalah hukum Islam itu sendiri.

Namun ada lagi yang berpendapat bahwa hukum Islam dan Syari'at Islam itu berbeda. Ada yang berpendapat *La Syari'ata illa ma wafakas Syari'ah* dan ada lagi yang berpendapat *La Syari'ata illa ma Wafakan nas*.⁴⁷

Tradisi hukum Islam mempunyai karakteristik tersendiri, karena ia merupakan hukum yang pembentukannya dilakukan oleh para yuris (ahli hukum Islam) sebut saja seperti imam Abu Hanifah, Imam Malik, Ahmad bin Hambal maupun Imam Asy-Syafi'i serta banyak lagi yang lainnya⁴⁸. Hukum Islam merupakan hasil ijtihad para *fukaha* (ahli hukum Islam) melalui *ijma*, *qias* (*analogi*), *mashlahat mursalah*, *istihsan*, *istishab*, *sadduzzari'ah*, *syari'at man*

⁴⁶ *Ibid*, h.431-437.

⁴⁷ Abdul Wahhab Khallaf, *Masadir at-Tasyri' fi ma la Nassa fih*, (Mesir: Dar alKitab al-'Arabi, 1961), hlm. 124.

⁴⁸ Wahbah Zuhaili, *Ushul Fiqh*, darul Fikr, Beirut, 1999, hlm. 45.

qablana dan *urf*⁴⁹, terhadap teks al-Quran (sumber hukum) dalam konteks ruang dan waktu. Tetapi sebagaimana ulasan di muka bahwa perdebatan tentang teori pembentukan hukum Islam masih kontroversial dan masih ada tanggapan pro dan kontra.

Islam sebagai agama fitrah, adalah suatu paduan ajaran damai, dan selalu menganjurkan perdamaian. Secara umum, bahkan Rasulullah SAW menganjurkan kepada umatnya, agar selalu menganjurkan perdamaian. Dalam sebuah hadits, Rasulullah SAW berdialog dengan para sahabatnya tentang sesuatu amalan yang apabila diamalkan, maka amalan tersebut akan membuahkan kasih sayang di kalangan umat. Amalan itu adalah menyebarluaskan salam perdamaian di kalangan umat. *Afsyus salama bainakum*.

Kata *Islam* sendiri berasal dari kata *salaam* yang artinya selamat, sejahtera, damai, atau perdamaian. Islam sebagai agama paripurna (*dien*), mengandung berbagai aspek ajaran.

Annemarie Schimmel, Prof. of Indo-Muslim Culture Harvard University, mengemukakan bahwa:

Islam sejati adalah kepasrahan mutlak kepada Tuhan, sebagai perwujudan dari keyakinan bahwa "Tiada Tuhan selain Allah" dan dari tiga aspek penting dalam kehidupan beragama: yaitu Islam: penyerahan diri sepenuhnya kepada Tuhan, iman : keyakinan yang mutlak kepada-Nya dan kebijakan-Nya; Ihsan; melakukan amal yang benar dan luhur, karena ia mengetahui bahwa Tuhan selalu mengawasi perbuatan dan pikiran manusia.⁵⁰

Dalam ungkapan hadis, Islam adalah sebuah *dien*, yang diuraikan dalam ungkapan (Rukun) Iman, Islam dan Ihsan. Dalam sebuah majelis taklim bersama

⁴⁹ Abu Zahrah, *Ushul Fiqh*, Darul Ma'arif, Beirut, 1999, hlm. 67.

⁵⁰ Schimmel Annemarie, dalam Bawa Muhayyadin, *Islam & World Peace, Explanation of A Suft*; (Tasauf Mendamaikan Dunia), Pustaka Hidayah, Bandung, 1997, hlm. 9.

sahabat, Rasulullah didatangi oleh Malaikat Jibril, lalu terjadi dialog interaktif antara Rasulullah dengan Jibril, dengan disaksikan oleh sahabat Umar bin al-Khattab dan sahabat lainnya. Jibril menanyakan kepada Rasul tentang apa itu iman, apa itu Islam, apa itu Ihsan dan seterusnya. Rasulpun menjawabnya secara jelas. Dari dialog interaktif itu, Rasul mengatakan "Itulah Jibril, datang mengajarkan kepada kamu tentang *Dien kamu*.⁵¹ Dalam istilah hukum kontemporer, Islam dapat disebutkan sebagai paduan antara iman (kepercayaan), syari'at (hukum) dan Ihsan (etika, moral, akhlak).

Perlu dikemukakan dalam bagian ini adalah bagaimana konsepsi Syari'at Islam dalam mengusahakan perdamaian di kalangan pihak-pihak yang berselisih atau bersengketa. Dalam doktrin al-Qur'an, disebutkan bahwa sesungguhnya orang-orang yang beriman itu adalah bersaudara, dan diperintahkan agar senantiasa memperbaiki hubungan persaudaraan tersebut. Hal ini termaktub dalam QS al-Hujurat (49) : 10 yang berbunyi:

اِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ اِخْوَةٌ فَاصْلَحُوا بَيْنَ اٰخِيْكُمْ وَتَقْوُوا اللّٰهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ

Terjemahnya:

Sesungguhnya orang-orang mukmin adalah bersaudara karena itu damaikanlah antara kedua saudaramu dan bertakwalah kepada Allah supaya kamu mendapat rahmat.⁵²

Untuk memelihara persaudaraan itu dan agar terpelihara perdamaian, al-Qur'an telah memberikan metode antara lain sebagaimana termaktub dalam QS al-Hujuraat (49) : 11-12 sebagai berikut:

⁵¹ Al Imam Muslim bin al Hujjaz bin Muslim al Qusaiyri Abul Husain Hafidz, *Sahih Muslim bi Syarah an Nawawi*, Kitab al-Sa'ab, Qairo, Mesir, 1390 H, hlm. 133-134.

⁵² Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penterjemah/penafsir al-Qur'an, Jakarta, 1971, hlm.846.

يا ايها الدين امنوا لا يسخر قوم عسي ان يكو نوا خيرا منهم ولا نساء عسي ان يكن خيرا منهن ولا تلمزوا انفسكم ولا تنا بزا بالاً لقاب باس الا سم الفسوق بعد الايمان ومن لم يتب فاولئك هم الظالمون

يا ايها الدين امنوا اجتنبوا كثيرا من الطن ان بعض الطن اثم ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا

ايحب احدكم ان ياكل لحم اخيه ميتا فكرهتموه واتقوا الله ان الله تواب رحيم 11-12

Terjemahnya:

- (11). Hai orang-orang yang beriman janganlah suatu kaum mengolok-olok kaum yang lain (karena) boleh jadi mereka (yang diolok-olok) lebih baik dari yang mereka (yang mengolok-olok) dan jangan pula wanita-wanita (mengolok-olok) wanita-wanita lain (karena) boleh jadi wanita-wanita (yang diperolok-olok) lebih baik dari wanita (yang mengolok-olok) dan janganlah kamu mencela dirimu sendiri dan janganlah kamu panggil memanggil dengan gelar-gelar yang buruk. Seburuk-buruk panggilan ialah (panggilan) yang buruk sesudah iman dan barang siapa yang tidak bertaubat, maka mereka itulah orang-orang yang zalim.
- (12). Hai orang-orang yang beriman, jauhilah kebanyakan dari prasangka, sesungguhnya sebagian prasangka itu adalah dosa dan janganlah kamu mencari-cari kesalahan orang lain dan janganlah sebahagian kamu menggunjing sebahagian yang lain. Sukakah salah seorang diantara kamu memakan daging saudaranya yang telah mati? Maka tentulah kamu merasa jijik kepadanya. Dan bertakwalah kepada Allah. ⁵³ Sesungguhnya Allah Maha penerima taubat lagi Maha penyayang.

Dalam ayat lain, yakni surah an-Nisa : 128 disebutkan bahwa :

⁵⁴ "perdamaian itu adalah lebih baik". ⁵⁵ الصلح خير

Dalam sebuah dialog interaktif, Rasulullah bertanya kepada sahabatnya tentang amal yang apabila diamalkan, akan menumbuhkan rasa cinta kasih di antara sesama ummat, maka Rasulullah bersabda :

⁵³ Departemen Agama RI, *Ibid*, hlm. 847.

⁵⁴ Nazih Hammar, *Aqduş Shulh Fi Syari'atil Islam* (Sebuah Kajian Perbandingan), Beirut, Darus Samiyah, Cet. 1, 1996, hlm. 5

الصلح في اللغة : 1 يقال في اللغة : صلح الشيء وصلح صلوا حاهو صلح : من الصلاح الدين هو خلا ق الفساد وفي معجم مقاييس اللغة لابن فارس : الصاد واللام والحاء ا صل واحد يدل علي خلا ف الفساد

⁵⁵ Departemen Agama RI, *Ibid*, hlm. 143.

افشوا السلام بينكم⁵⁶

"Sebarluaskanlah salam perdamaian di antara kamu".

Dalam hadits lain disebutkan :

عن ابي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا اخبركم بافضل من درجة الصيام والصلاة والصدقة ؟ قالوا بلى يا رسول الله قال : اصلاح ذات البين وفساد ذات البين الحالقة (رواه ابو داود)⁵⁷

Yang artinya:

Maukah aku beritahukan kepadamu perkara yang lebih utama dari puasa dan shadaqah ? Para sahabat menjawab "tentu saja" Sabda Nabi : Yaitu perdamaikanlah diantara kamu, karena rusaknya perdamaian diantara kamu adalah menjadi pencukur, yakni merusak agama. (Hadits Riwayat Abu daud dan Turmuzi).

Dari penegasan ayat dan hadits tersebut dapat dikemukakan bahwa syari'at Islam adalah satu tatanan ajaran yang mengutamakan perdamaian. Penegasan ini menghendaki bahwa terciptanya perdamaian di kalangan sesama Muslim adalah suatu keniscayaan.

Dalam kehidupan sosiologis, dikehendaki atau tidak, disengaja atau tidak, kadang-kadang terjadi perselisihan/persengketaan, baik itu mengenai persoalan perasaan, harta baik harta waris (*waris mal waris*), maupun persengketaan harta (perdata) lainnya. Demikian pula menyangkut kehidupan Rumah Tangga (*Munakahat*) atau biasa disebut pula dengan istilah Hukum Privat (*al-ahwal asy-syakhsyah*). Untuk menghindari adanya perselisihan atau persengketaan, memang memerlukan upaya-upaya manusiawi, baik dengan cara membina

⁵⁶ Imam Muslim, *Op. Cit.* hlm. 145.

⁵⁷ Abu Daud Sulaiman Ibnu Al Ash-'Ash, *Sunan Abi Daud*, Muau'ah al-Hadits al-Syarif al Ashdaru al Awwalu 102, Copy Right Jami'ul Huquq Mahfudhah al Syirkah sakhr Libarnamij al Hasib 1991-1996, Ihda Syirkat Majmu'ah al Alamiyah, hlm. 35.

kepribadian melalui pelajaran-pelajaran atau norma agama, akhlak, moral, etika maupun norma hukum. Konsepsi al-Quran seperti yang telah dikutip diatas adalah suatu upaya pencegahan akan terjadinya perselisihan itu, dan adanya anjuran/perintah untuk menciptakan dan memelihara perdamaian tersebut. Akan tetapi dibalik upaya seperti itu, tanpa disadari dan tanpa direncanakan maupun dikehendaki, sengaja atau tidak, perselisihan atau konflik itu kadang-kadang tidak dapat dihindari dan tidak dapat diselesaikan secara sederhana dan tepat.

Dalam tradisi ummat Islam, suatu perselisihan, kemungkinan masih dapat diselesaikan melalui musyawarah kekeluargaan, dengan melibatkan unsur tua-tua kampung, tokoh masyarakat, tokoh agama (ulama/muballigh), atau keluarga sesama.

Akan tetapi apabila perselisihan itu sudah tidak dapat lagi dipecahkan secara kekeluargaan, kemasyarakatan atau secara keagamaan, maka perselisihan itu telah berubah yang akhirnya akan meningkat menjadi "sengketa" dan pada akhirnya untuk penyelesaiannya terpaksa diajukan kepengadilan sebagai suatu "perkara". Sengketa yang telah diajukan kepengadilan inilah yang menjadi fokus masalah dalam pembahasan ini.

Di zaman Rasulullah, beberapa kasus diajukan kepada Rasulullah untuk memperoleh putusan dari beliau. Dalam menerima pengaduan gugatan, Rasulullah senantiasa mengutamakan penasihatannya baik kepada penggugat maupun tergugat, agar mau berdamai. Metode penasihatannya Rasulullah agar pihak-pihak dapat berdamai pun bermacam-macam, tergantung macam perkara yang diajukan kepadanya, yang kadang-kadang dalam penasihatannya perdamaian itu terkandung pula

prinsip-prinsip hukum acara. Dalam beberapa hadits dapat dikemukakan antara lain sebagai berikut:

عن ام سلمة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انما انا بشر وانكم تحتصمون الي ولعل بعضكم ان يكو الحن يحبته من بعض فاقص نحو ما اسمع فمن قضيت له بحق اخيه شيا فاقم اقطع له قطعة النار⁵⁸

Artinya:

.....Sesungguhnya aku ini hanyalah manusia biasa, dan kamu mengajukan persengketaanmu padaku. Mungkin saja sebagian dari kamu lebih lincah dalam mengajukan argumentasinya dari yang lainnya. Maka aku akan menghakimi kalian sesuai apa yang aku dengar dari dalil-dalil kalian. Maka aku nasihatkan; barang siapa yang aku putuskan padanya dengan memberikan sesuatu dari hak saudaranya, janganlah dia megambilnya; karena sesungguhnya aku telah memberikan kepadanya sekeping dari api neraka." HR. Bukhari.

Kalimat-kalimat terakhir dari hadits di atas memberikan kesan bahwa Rasulullah dalam upaya menyelesaikan sengketa, memberikan nasihat agar hati-hati dalam berperkara. Sebaiknya menempuh upaya damai, daripada memperoleh putusan menang atau kalah. Padahal kemenangan itu mengandung ancaman neraka. Itulah upaya Rasulullah dalam kapasitasnya sebagai hakim, sebelum memutus perkara, beliau menempuh upaya *mediasi* dengan menasihati para pihak bertikai supaya mau berdamai, agar tidak terancam siksa neraka.

Dalam sebuah hadits yang diriwayatkan oleh Ibnu Hibban dari Abi Hurairah Rasulullah SAW bersabda :

عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا⁵⁹

⁵⁸ Abi Abdillah Muhammad ibnu Ismail al Bukhari, *Shahih Bukhari*, Mausua'h al-Hadits al-Syarif al Ashdaru al Awwalu 102, Capy Right Jami'ul Huquq Mahfudhah al Syirkah sakhr Libarnamij al Hasib 1991-1996, Ihda Syirkat Majmu'ah al Alamiyah, hlm. 80.

Perdamaian adalah boleh diantara ummat Islam, terkecuali perdamaian yang menghalalkan sesuatu yang haram atau mengharamkan yang halal.

Hukum Islam juga mengenal adanya mediator. Dalam QS. An-Nisa' (4) : 35 terdapat ketentuan tentang adanya mediator tersebut, yakni dalam perkara Syiqaq.

وَأَنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا الصَّلَاحَ يُوَفِّقُ اللَّهُ

بَيْنَهُمَا إِنْ كَانِ عَلَيْهِمَا خَبِيرًا

Terjemahannya:

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.⁶⁰

Dalam Islam peristiwa atau kasus yang segera menuntut penyelesaian dari nash terkadang diselesaikan melalui kemampuan mujtahid untuk mengelaborasi maksud nash tersebut agar sesuai dengan mashlahat pada kondisi, tempat dan ruang tertentu. Demikian pula kontruksi, dasar-dasar dan orientasi tentang konsep rekonsiliasi atau badamai dapat diketemukan pada salah satu ajarannya yang dikenal dengan sebutan *al-afwu* 'amil *'uqubah* (ampunan atas suatu hukuman).⁶¹ Dengan berbagai metode istimbath hukum sebagaimana dikemukakan tersebut, para sahabat dan para mujtahid belakangan berhasil melahirkan konsep pemahaman ajaran Islam secara rasional, lebih mendalam dan konprehensif, sehingga fleksibilitas dan elektisitas ajaran Islam nampak dalam penerapan sebagaimana yang dipraktekkan oleh para khulafaurrasyidun dan para umat Islam di kemudian hari.

⁵⁹ Ibnu Hibban, *Shoheh Ibnu Hibban*, Muasasatir risalah, Juz 11, Beirut, 1993, hlm. 488.

⁶⁰ Departemen Agama RI, *Op. Cit.*, hlm. 123.

⁶¹ Ibnu Arabi, *Sirah Sahabat*, Darl Fikri, Beirut, tt. Hlm. 86.

Salah satu istimbat hukum terhadap surah An-Nisa ayat 93,

ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها و غضبنا الله عليه و لعنه و اعد له عداً با عظيماً

Dan barangsiapa yang membunuh seorang mukmin dengan sengaja, maka balasannya ialah jahannam, kekal ia di dalamnya dan Allah murka kepadanya, dan mengutukinya serta menyediakan azab yang besar baginya.⁶²

As-Suyuthi menafsirkan bahwa di samping ayat tersebut menurutnya terdapat ayat-ayat lain dalam surah al-Baqarah yang berkaitan dengan ayat-ayat magfirah atau ampunan yang menjelaskan adanya kemaafan/ampunan atau keringanan dalam bentuk diat/denda seperti dalam surat Al-Baqarah (2) : 178 dan 265, dan An-Nisa (4) : 75, 97, 98 dan 127 serta surah Al-Ahzab (33) : 30 dan 68. Dari hal tersebut dapat disimpulkan bahwa membunuh seseorang dengan sengaja lebih baik dihukum kafarah saja.⁶³

Menurut Dr. Saamikh Sayyid Jaad pada prinsipnya filosofi pemikiran yang mendasari konsep pemaafan atas hukuman adalah berkolerasi erat dengan falsafah penghukuman itu sendiri.⁶⁴ Dalam syari'at Islam, tujuan penjatuhan hukuman (pidana) pada pelaku kejahatan setidaknya didasarkan atas 2 (dua) orientasi pokok. *Pertama*, orientasi yang bersifat umum yakni untuk mencegah timbulnya kerusakan/madharat dalam kehidupan manusia dan untuk menciptakan kemashlahatan di dalamnya. Inilah inti dari *Maqashidut Tasyri'* yang berbunyi

⁶² Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir Al-Qur'an, PT. Intermasa, Jakarta, 1974, hlm. 149.

⁶³ Jalaluddin al-Mahalli dan Jalaluddin As-Suyuthi, *Tafsir Jalalain/Tafsir Al-Qur'an Al-'Adzim*, Toha Putera, Semarang, tt, hlm. 47 dan 71.

⁶⁴ Dr. Saamikh Sayyid Jaad, *Al-'Afwu 'anil 'Uquubah fil fiqhil Islami wal Qonuunil Wadl'ie*, Maktabah Daarul Maarif, Cairo, Mesir, 1989.

Daf'ul mafasidi wa jalbul mashaalihi,⁶⁵ yang berarti Islam menganjurkan untuk menjauhi kemudharatan dan menganjurkan untuk menegakkan kemashlahatan⁶⁶

Adapun orientasi tujuan pemidanaan *kedua* yang bersifat khusus ialah untuk pembalasan dan sekaligus pencegahan kejahatan (*al-jazaa'u war raddu*) serta untuk pengajaran/pendidikan dan kebaikan kehidupan bersama (*at-ta'dieb/at-tahdzieb wal islah*).⁶⁷

Selain itu penyelesaian sengketa hukum dalam hukum Islam tidak mengenal pembagian hukuman berdasarkan pelanggaran perdata maupun pidana. Semua jenis pelanggaran dapat dikenakan sanksi sesuai dengan ketentuan, bahwa tidak seorangpun dapat dihukum kecuali ada peringatan terlebih dahulu.⁶⁸

Dalam sebuah Hadis yang diriwayatkan oleh Bukhari dari Abi Hurairah Rasulullah saw pernah menganulir penyelesaian kasus (zina). Kasus itu diselesaikan dengan damai melalui cara pembayaran tebusan seratus ekor kambing dan seorang hamba perempuan, sebagai hadits berikut :

حدثنا آدم حدثنا بن أبي عمير عن عبيد الله بن عبد الله عن أبي هريرة وزيد بن جالد الجهني رضي الله عنهما فلا جاء اعرابي فقال يا رسول الله اقض بيننا بكتاب الله فقام خصمه فقال صدق ا قضا بيننا بكتاب الله فقال الا اعرابي ان ا بني كان عسيفا على هذا فزني بامراة فقالوا لي على ابنك الرجم ففديت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة ثم سألت اهل العلم فقالوا انما على ابنك جلد مائة و تغريب عام فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلي

⁶⁵ Muhammad Abu Zahrah, *Ushul al-Fiqh*, Dar al Fikri al Araby, BBeirut, 1958, hlm. 278. Lihat Asymuni Abdurrahman, *Kaidah-kaidah Fiqhiyah*, Bulan Bintang, Jakarta, 1980, hlm. 56.

⁶⁶ Wahbah Zuhaili, *Op-Cit. hlm. 65*.

⁶⁷ Al-Baqarah " 179 dan An-Nur : 2 serta al-Maidah " 38.

⁶⁸ Perhatikan asas legalitas dalam hukum pidana, bahwa tidak seorangpun dapat dihukum kecuali atas undang-undang.

ابنك جلد مائة و تغريب عام و ما انت يا انيس لر جل فاعد علي ا مرارة هذا فارجمها فغدا عليها انيس

فرجمها رواه البخاري⁶⁹

Dari Abi Hurairah dan Zaid bin Khalid al-Juhani r.a. : Bahwasanya seorang laki-laki dari kaum Arabi datang kepada Rasulullah saw dan berkata : Ya Rasulullah, aku memohon kepadamu keputusan yang terdapat dalam Kitab Al-Qur'an bagiku, lalu yang lainnya berkata dan meminta pula : Ya Rasulullah putuslah kami dengan Kitab Allah dan izinkanlah aku. Beliau bersabda : Katakanlah apa itu ? ia berkata : Sesungguhnya anakku buruh orang ini dan berzina dengan istrinya, aku telah mendapat kabar anakku ini harus dirajam, maka aku sanggup menebusnya dengan seratus ekor kambing dan seorang hamba perempuan. Aku bertanya kepada ahli ilmu dan mereka memberitahu kepadaku bahwa anakku itu harus dipukul keras (jilid) seratus kali dan diasingkan selama satu tahun, dan istri orang itu harus dirajam. Kemudian Rasulullah saw bersabda : Demi yang jiwaku ada pada tangan-Nya (Demi Allah), sungguh aku akan menghukumi antara kamu dengan Kitab Allah. Sesungguhnya hamba perempuan dan kambing kembali kepadamu dan anakmu wajib dijilid seratus kali dan diasingkan selama satu tahun. Dan kamu hai Unais pergilah kepada istri orang ini, dan jika ia mengaku kesaalahannya maka rajamlah ia. (Hadits disepakati oleh imam Bukhari dan imam Muslim) lafaz ini pada imam Muslim.⁷⁰

Menurut Ibnu Taimiyah Hadis ini jika dikaitkan dengan Al Qur'an surah

Al Maidah ayat 33 yang artinya:

Sesungguhnya pembalasan terhadap orang-orang yang memerangi Allah dan Rasul-Nya dan membuat kerusakan di muka bumi, hanyalah mereka dibunuh atau disalib, atau dipotong tangan dan kaki mereka dengan bertimbal balik, atau dibuang dari tempat negeri (tempat kediamannya). Yang demikian itu (sebagai) suatu penghinaan untuk mereka di dunia, dan di akherat mereka beroleh siksaan yang besar.⁷¹

Maka sebenarnya tidak semua macam perbuatan keji (*zina*) dapat diselesaikan dengan damai dan membayar tebusan (*diat*). Sebab menurut

⁶⁹ Muhammad bin Ismail al-Bukhari, *Shoheh Bukhari*, Beirut, Daru Ibnu Kasir, Juz 2, 1987, hlm. 959.

⁷⁰ Moh. Machfuddin Aladif, *Terjemah Bulughul Maram*, Karya Imam al-Hafiz Ibnu Hajar al-Asqalani, CV. Toha Putera, Semarang tt. Hlm. 613. Lihat Moh. Ismael, *Terjemah Bulughul Maram*, Putera al-Ma'arif, Surabaya, 1992, hlm. 641-642..

⁷¹ Departemen Agama RI, *Op. Cit.* hlm. 164.

ketentuan Jinayah ada beberapa ketentuan hudud yang merupakan hak Allah, yang macam hukumannya telah ditentukan. Seperti minum khamar, berzina, merampok, melakukan makar (pemberontakan terhadap negara yang sah/terorisme). Sehingga melalui Hadits Abi Hurairah tersebut Rasulullah mengoreksi atau menganulir perbuatan yang dilakukan oleh sahabat ketika berupaya menebus perbuatan zina dengan seratus ekor kambing dan seorang hamba wanita dalam kasus anaknya berzina. Artinya upaya perdamaian tidak dapat diterapkan dalam kasus perzinaan, kecuali dalam hal qisash yang telah ditentukan dalam Al-Qur'an.

Dijelaskan lagi dalam Majmu Fatawa Ibnu Taimiyah, bahwa bagi laki-laki yang berzina hendaklah dijilid seratus kali dan dibuang selama setahun. Adapun bagi perempuan yang mengaku berzina maka hendaklah dirajam. Tetapi Ulama berbeda pendapat dalam memberikan sanksi kepada perempuan yang berzina. Kalau kemudian ia mengaku dan bertobat apakah ia tetap dirajam. Allah hanya mengecualikan orang-orang yang bertaubat sebelum mereka ditangkap. Adapun orang yang bertaubat setelah ditangkap maka hukuman tersebut tetap berlaku bagi orang yang wajib mendapatkan hukuman, dan sebab akibat dari ayat tersebut. Ini apabila telah terbukti. Adapun apabila dengan pengakuan dan ia datang dengan mengakui dosanya dalam keadaan bertaubat, maka dalam hal ini terdapat perdebatan yang disebutkan dalam pembahasan selain ini. Zahir Mazhab Ahmad, bahwa tidak wajib melaksanakan hukuman dalam kasus semacam ini. Tetapi apabila ia meminta diterapkan hukuman terhadap dirinya, maka hukuman tersebut

dilaksanakan dan jika tidak (meminta hukuman), maka tidak dilaksanakan hukuman terhadapnya.⁷²

2. Pandangan Hukum Adat

Secara bahasa adat berarti sesuatu yang dikerjakan atau diucapkan berulang-ulang, sehingga dianggap baik dan diterima oleh jiwa dan akal sehat.⁷³

Istilah lainnya adalah 'urf, yang secara bahasa diartikan sebagai yang dikenal dan dianggap baik serta diterima oleh akal sehat.⁷⁴ Ketika adat dikaitkan dengan hukum, maka berarti hukum yang berdasarkan adat.

Ada banyak konsep tentang hukum adat yang dikemukakan oleh para ahli. Sebagian dari para ahli mengindentikkan hukum adat sebagai hukum yang mencerminkan kesadaran hukum masyarakat, berkembang dalam pola perilaku anggota-anggota masyarakat sehari-hari. Salah satunya Ter Har menyebut hukum adat sebagai sekumpulan ide-ide normatif yang menjelma dalam keputusan para

⁷² Tetapi Ulama berbeda pendapat dalam memberikan sanksi kepada perempuan yang berzina itu. Kalau kemudian ia mengaku dan bertobat apakah ia tetap dirajam. Allah hanya mengecualikan orang-orang yang bertaubat sebelum mereka ditangkap. Adapun orang yang bertaubat setelah ditangkap maka hukuman tersebut tetap berlaku bagi orang yang wajib mendapatkan hukuman, dan sebab akibat dari ayat tersebut. Ini apabila telah terbukti. Adapun apabila dengan pengakuan dan ia datang dengan mengakui dosanya dalam keadaan bertaubat, maka dalam hal ini terdapat perdebatan yang disebutkan dalam pembahasan selain ini. Zahir Mazhab Ahmad, bahwa tidak wajib melaksanakan hukuman dalam kasus semacam ini. Tetapi apabila ia meminta diterapkan hukuman terhadap dirinya, maka hukuman tersebut dilaksanakan dan jika tidak (meminta hukuman), maka tidak dilaksanakan hukuman terhadapnya. Lihat Ibnu Taimiyah, *Majmu Fatawa Ibnu Taimiyah fil Fiqh*, Darul Fikri, Beirut, tt, Juz 28, hlm. 301. Lihat Syaikhul Islam Ibnu Taimiyah, *Kumpulan Fatwa Ibnu Taimiyah tentang Amar Ma'ruf, Siyasah Jinayah, Jihad Fi Sabilillah*, Darul Haq, Jakarta, 2005, hlm. 332-333.

⁷³ PT Ichtiar Baru Van Hoeve, *Esiklopedi Islam*, Jakarta, 2001, hlm. 58.

⁷⁴ Terdapat perbedaan penggunaan antara istilah al-'adat dan al-'urf di kalangan sebahagian Ulama. Hal ini disebabkan, karena secara etimologis, al-'adat berarti sesuatu yang telah diketahui. Ulama yang membedakan pemakaian kedua istilah ini diantaranya Abu Sinnah dan Muhammad Musthafa al-Syalaby, begitu juga Al-Zarqa'. Lihat Uraian selengkapannya pada uraian Ahmad Fahmi Abi Sinnah, *Al'Urf wa al-'adat fi Ra'y al-Fuqaha*, (Ttp : Mathba'ah al-Azhar, 1947) hlm. 7-13, Muhammad Mushthafa al-Syalaby, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, (Beirut : Dar al-Nahdhah al-Arabiyyah, 1406 H/1986 M), hlm. 313-315 dan Muahmmad Ahmad Al-Zarqa, *al-Fiqh al-Islam fi Tsaubih al-Jadid, al-Madkhal ila-Fiqh al'Am*, Juz II (Damsyiq: Tharbin, 1968) Cet. X, Hlm. 838.

penguasa masyarakat yang dikeluarkan dalam hal terjadinya sengketa di antara anggota-anggota masyarakat yang berdasarkan pada nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.⁷⁵ Soetanyo Wignyosoebroto mengkonsepsikan hukum adat sebagai substansi atau jiwa hukum perundang-undangan (hukum tertulis).⁷⁶

Sementara itu Soepomo mengemukakan konsepsi hukum adat sebagai berikut :

“... istilah hukum adat dipakai sebagai sinonim dari hukum yang tidak tertulis di dalam peraturan legislative, hukum yang timbul karena keputusan hakim, hukum yang hidup sebagai peraturan kebiasaan yang dipertahankan dalam pergaulan hidup baik di kota-kota maupun di desa-desa... semua inilah merupakan hukum adat”.⁷⁷

Secara umum hukum adat menunjukkan hukum yang tidak tertulis tapi masih diakui oleh masyarakat sebagai suatu yang seharusnya berlaku dan hidup di masyarakat. Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional yang diadakan di Yogyakarta pada tanggal 15-17 Januari 1975 merumuskan Hukum Adat sebagai “*Hukum Aseli Indonesia yang tertulis/tertuang didalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia dan disana-sini mengandung unsur agama*”.

Sebagai ilustrasi terhadap kesimpulan yang bersifat umum itu, baiklah dikemukakan pendapat beberapa ilmuwan yang menyoroti Hukum Adat dari segi *bentuk* dan *strukturnya*. Dari uraian Profesor Supomo, Profesor Suroyo, Profesor Djojodigono, Profesor Sudiman Kartihadiprodo, Suroyo Wignyodipuro, Hardjito Notopuro, Bushar Muhammad, dapatlah disimpulkan:

⁷⁵ H.R. Otje Salman Soemadiningrat, *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer : Telaah Kritis terhadap Hukum yang Hidup dalam Masyarakat*, Alumni, Bandung, 2002, hlm. 53.

⁷⁶ Soetanyo Wignyosoebroto, *Peranan Hukum Adat untuk Menata Hubungan kerja dalam Masyarakat Industri*, Seminar Masa Depan Hukum Adat, Yogyakarta, FH UII, 1988.

⁷⁷ R. Soepomo, *Kedudukan Hukum Adat di Kemudian Hari*, Jakarta ; Pustaka Rakyat, 1959, hlm. 29-30.

- a. Hukum Adat adalah hukum yang hidup di dalam masyarakat qualitate qua merupakan pola hidup kemasyarakatan, khususnya rasa keadilan dan kepatutan dari tempat hukum itu lahir, tumbuh dan surut.
- b. Hukum itu timbul langsung dari landasan pokoknya, ialah kesadaran hukum masyarakat, menjelmakan perasaan hukum yang nyata dari rakyat, serta proses pembentukan norma-normanya tidak bergantung kepada penguasa masyarakat.⁷⁸
- c. Sebagai “Hukum Indonesia”, Hukum Adat mempunyai corak khas, berbeda dengan sistem Hukum Barat, khususnya sistem hukum kodifikasi Eropa Kontinental.
- d. Hukum itu senantiasa tumbuh dari suatu kebutuhan hidup yang riil, dari sikap dan pandangan hidup yang keseluruhannya merupakan kebudayaan masyarakatnya.⁷⁹
- e. Hukum Adat bersifat tradisional, namun sekaligus dinamis dan plastis/elastis/luwes. Sifat pertama menunjuk pada garis kontinuitas kebudayaan bangsa, sedangkan sifat kedua dan ketiga membuktikan kemampuannya untuk berkembang seiring-sejalan dengan tuntutan alam dan zaman, serta menyesuaikan diri dengan kasus-kasus khusus, unik ataupun menyimpang.⁸⁰
- f. Oleh karena itu Hukum Adat sekaligus dapat mengandung unsur yang merembang layu, memudar, meluntur disamping unsur yang berlagak-

⁷⁸ Supomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, Penerbit Universitas, Tahun 1967, hlm. 5.

⁷⁹ Suroyo Wignyodipuro, S.H., *Pengantar dan Asas-asas Hukum Adat*, “Gunung Agung, Jakarta, Cet. IV. 1982, hlm. 5.

⁸⁰ Djojodigono, *Menyandra Hukum Adat*, Yayasan Fonds UGM, tahun 1950, hlm. 8.

gaya dalam puncak kejayaannya, serta anasir yang sedang merayap-melata pada taraf kelahirannya.⁸¹

- g. Tentang kokoh-kuatnya Hukum Adat berurat-berakar di haribaan masyarakat, Van Vollenhoven melukiskan sebagai berikut: “Jika penguasa memutuskan kan mempertahankan Hukum Adat, padahal hukum itu sudah surut, maka penetapan itu akan tiada guna. Sebaliknya, seandainya telah ditetapkan dari atas bahwa Hukum Adat harus diganti, sedangkan rakyat masih mentaatinya, maka Hakim Negara sekalipun akan tidak berdaya menghadapinya.”⁸²

Adapun karakteristik lainnya dapat dicatat, bahwa sebagaimana sistem hukum Islam, maka hukum adat juga tidak mengenal pembagian hukum publik dan hukum privat, terutama dihadapkan dengan bentuk penyelesaian sengketa.

Untuk melengkapi gambaran karakteristik Hukum Adat itu, patutlah kiranya diketengahkan pendapat beberapa tokoh terkemuka lainnya yang meninjau Hukum Adat sebagai hukum tak tertulis yang mengandung *dasar pemikiran spesifik, yang secara prinsipil berbeda* dengan segala macam hukum tak tertulis lainnya. Dari tinjauan Profesor Muhammad Koesnoe, Doktor Satjipto Rahardjo, Doktor Suryono Sukanto, Profesor Kuntjaraningrat, dapatlah ditarik kesimpulan:

Di dalam “Poetoesan Kongres Pemoeda-Pemoeda Indonesia” yang terkenal dengan nama “SUMPAH PEMUDA” 28 Oktober 1928 itu, *HUKUM ADAT* dijadikan dasar pemersatu, faktor integrasi bangsa Indonesia, bersama-

⁸¹ C. Van Vollenhoven, *Miskenningen van het Adatrecht*, tahun 1969, hlm. 60.

⁸² Sudiman Kartohadiprodjo, *Hukum Nasional, Beberapa Catatan*, Binacipta Bandung, hlm. 8.

sama dengan faktor “kemaoean, sedjarah, bahasa, pendidikan dan kepandoean”.⁸³ Dengan demikian Hukum Adat diangkat dari keterbatasan lingkungan dan pendukungnya ke taraf yang lebih luas, lebih umum, seragam-sebahu dengan damba nasion Indonesia, sehingga meraih ruang lingkup nasional.⁸⁴

Jika diikuti perkembangan pengertiannya, mula-mula Hukum Adat dirumuskan sebagai *adat yang bersanksi*, kemudian dikenal dari/dalam *keputusan fungsionaris hukum* dan/atau *warga masyarakat*, selaras-serasi dengan struktur masyarakat yang menjadi substratumnya. Setelah itu Hukum Adat dinilai sebagai hukum yang lahir *langsung dari pikiran dan cita (idee)* serta *kebutuhan hukum rakyat*, yang selanjutnya berkembang menjadi hukum yang lahir dari *kepribadian bangsa*, meningkat menjadi *Hukum Adat Indonesia ataupun Hukum Nasional Indonesia*.⁸⁵

Diamati dari sudut isi serta lingkungan kuasa berlaku personal dan teritorial, maka pada mulanya-sesuai dengan tingkat pengetahuan yang relevan-Hukum Adat berisi ketentuan-ketentuan yang terletak pada taraf kebiasaan, sehingga serupa dengan hukum kebiasaan dari suku atau golongan yang ada. Kemudian ditarik ke arah pokok-pokok ketentuan yang abstrak, sehingga diversitas isinya tampak berkurang. Selanjutnya ditingkatkan lebih jauh lagi kepada asas-asas hukum yang hidup di dalam masyarakat. Makin abstrak pengisiannya, semakin luas pula ruang lingkup berlakunya, baik personal, teritorial maupun material, sesuai dengan ajaran Hans Kelsen, sehingga akhirnya

⁸³ TH. Lim, *Ádat, Hukum Adat dan Perkembangan Hukum Nasional*”, Harian”Kompas”, 21 Mei 1977.

⁸⁴ *Ibid*”.

⁸⁵ Muhammad Koenoe, “Perkembangan Hukum Adat Setelah Perang Dunia II dalam Rangka Pembaharuan Hukum Nasional”, Simposium Sejarah Hukum, BPHN tahun 1975 No. 115.

dapatlah, disebut *Hukum Aseli*, *Hukum Berkepribadian bangsa*, *Hukum Nasional*, *Hukum Pancasila*, karena lahir dari karsa yang di dalam ikatan kesatuan dengan *cipta dan rasa melahirkan kebudayaan bangsa*.⁸⁶

Melalui pendekatan secara fungsional, yaitu tidak hanya normatif, tetapi juga sosiologis, antropologis, politis dan ekonomis⁸⁷ sampai kepada kesimpulan:

- a. Hukum Adat adalah hukum yang mencerminkan pikiran-pikiran dan cita-cita hukum Indonesia;
- b. Sejak kemerdekaan, lahirlah Hukum Nasional yang mencerminkan cita-cita hukum Indonesia dan menjadi sarana masyarakat Indonesia baru untuk menanggulangi masalah-masalah aktual yang dihadapinya, mengantarkannya ke dunia yang dicita-citakannya.
- c. Hukum Adat sebagaia hukum yang hidup tetap akan ada sebagai pelengkap dari Hukum Nasional. Penyebutan Hukum Adat untuk hukum tak tertulis tidak mengurangi peranannya dalam memberikan penyaluran dari kebiasaan-kebiasaan dan kepentingan-kepentingan yang tidak terucapkan di dalam hukum tertulis.

Pendekatan interdisipliner yang dilakukan Suryono Sukanto terhadap Hukum Adat menghasilkan kesimpulan:

- a. Hukum yang hidup merupakan konkretisasi nilai-nilai di dalam masyarakat yang merupakan hasil pengalaman berinteraksi, yang kemudian menjiwai para warga masyarakat;

⁸⁶ "Ibid".

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Pendekatan Baru terhadap Hukum Adat dalam Permasalahan Hukum di Indonesia*, "alumni" Bandung, tahun 1977, hlm. 143.

- b. Hukum Adat yang masih berlaku merupakan bagian dari hukum yang hidup, karena Hukum Adat timbul dari kebiasaan-kebiasaan menuju kepada pengaturan pergaulan hidup secara adil yang ditentukan oleh petugas hukum maupun oleh para warga persekutuan hukum;
- c. Hukum yang hidup merupakan bagian dari Hukum Nasional yang menjadi tujuan untuk dicapai, karena hukum yang hidup adalah hukum yang berlaku secara yuridis, sosiologis maupun filosofis.⁸⁸

Dengan pendekatan *sosiologis-antropologis*, Koentjoroningrat sampai pada kesimpulan bahwa di dalam Hukum Adat itu *nilai yang tertinggi adalah sistem nilai sosial-budaya* yang mengandung *prinsip-prinsip pokok*. Di bawahnya terdapat *sistem norma-norma* yang berfungsi sebagai *asas-asas hukum (rechtsbeginselen)*; selanjutnya untuk kepentingan pelaksanaan, sistem norma tersebut dijabarkan dalam *aturan-aturan hukum (rechtsregels)*; sedangkan untuk penerapannya dalam kasus konkrit, diperlukan adanya *aturan-aturan pelaksanaan yang lebih khusus terperinci lagi*.⁸⁹

Beberapa persyaratan adat menjadi hukum adat yaitu : *pertama* adat merupakan kebiasaan yang ada dalam masyarakat, *kedua* nan teradat, kebiasaan sudah dianggap sebagai lumrah atau lazim berlaku dalam masyarakat, *ketiga* diadatkan, bahwa hal itu sudah diberikan sesuatu yang seolah-olah menjadi kewajiban, dan *keempat* adat akan menjadi hukum adat menurut B. Ter Haar berdasarkan *Beslissingenleer theori* (teori keputusan) bahwa hukum adat itu telah

⁸⁸ Suryono Sukanto, Pembahasan dalam Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional, 1975, hlm. 119.

⁸⁹ Koentjoroningrat, *Kebudayaan Mentalitet dan Pembangunan*, "Gramedia" Jakarta 1974, hlm. 20-22.

Hukum adat tidak mengenal pembagian hukum publik dan privat maupun hukum substantif dan hukum prosedural. Penyelesaian sengketa hukum berjalan secara alami sengketa yang muncul dianggap sebagai pelanggaran tatanan harmoni, oleh karena itu untuk memulihkannya diperlukan penyelesaian sengketa secara berdamai pula.

D. Penyelesaian Sengketa Menurut Peraturan Perundangan

1. Menurut ADR

Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa Umum, Pasal 1 angka 10, merumuskan bahwa Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak. Yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, konsiliasi atau penilaian ahli.

Gunawan Widjaya mengemukakan,⁹³ :

a. Konsultasi

Tidak ada suatu rumusan ataupun penjelasan yang diberikan dalam UU No. 30 Tahun 1999 mengenai makna maupun arti dari konsultasi. Jika melihat pada *Black's Law Dictionary* dapat diketahui bahwa yang dimaksud dengan konsultasi (consultancy) adalah :

*Act of consulting or conferring : e.g. patient with doctor, client with lawyer. Deliberation of persons on some subject.*⁹⁴

⁹³ Gunawan Widjaya, *Alternatif Penyelesaian Sengketa, dalam Seri hukum Bisnis*, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001, hlm. 85 s.d. 96.

Dari rumusan yang diberikan dalam Black's Law Dictionary tersebut dapat diketahui, bahwa pada prinsipnya konsultasi merupakan suatu tindakan yang bersifat personal antara pihak tertentu, yang disebut dengan klien dengan pihak lain yang merupakan pihak konsultan. Konsultan yang memberikan pendapatnya kepada klien tersebut untuk memenuhi keperluan dan kebutuhan kliennya tersebut. Tidak ada suatu rumusan yang menyatakan sifat keterikatan atau kewajiban untuk memenuhi dan mengikuti pendapat yang disampaikan oleh pihak konsultan. Ini berarti klien adalah bebas untuk menentukan sendiri keputusan yang akan ia ambil untuk kepentingannya sendiri.

Walau demikian tidak menutup kemungkinan klien akan dapat mempergunakan pendapat yang disampaikan oleh pihak konsultan tersebut. Ini berarti dalam konsultasi, sebagai suatu bentuk pranata alternatif penyelesaian sengketa, peran dari konsultan dalam menyelesaikan perselisihan atau sengketa yang ada tidak dominant. Konsultan hanyalah memberikan pendapat (hukum), sebagaimana diminta oleh kliennya, yang untuk selanjutnya keputusan mengenai penyelesaian sengketa tersebut akan diambil sendiri oleh para pihak. Meskipun adakalanya pihak konsultan juga diberikan kesempatan untuk merumuskan bentuk-bentuk penyelesaian sengketa yang dikehendaki oleh para pihak yang bersengketa tersebut.

b. Negosiasi dan Perdamaian

Jika rumusan yang diberikan dalam Pasal 6 ayat (2) UU Nomor 30 Tahun 1999, di sana dikatakan bahwa pada dasarnya para pihak dapat dan berhak untuk

⁹⁴ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence Ancient and Modern, Sixth Edition, St. Paul. Minn, West Publishing, 1990. hlm. 335.

menyelesaikan sendiri sengketa yang timbul di antara mereka. Kesepakatan mengenai penyelesaian tersebut selanjutnya harus dituangkan dalam bentuk tertulis yang disetujui oleh para pihak.

Ketentuan tersebut mengingatkan pada ketentuan yang serupa yang diatur dalam Pasal 1851 sampai dengan 1864 Bab Kedelapanbelas Buku III Kitab Undang-undang Hukum Perdata tentang Perdamaian. Berdasarkan definisi yang diberikan dikatakan bahwa Perdamaian adalah suatu persetujuan dengan mana kedua belah pihak, dengan menyerahkan, menjanjikan atau menahan suatu barang, mengakhiri suatu perkara yang sedang bergantung atau mencegah timbulnya suatu perkara. Persetujuan perdamaian ini oleh Kitab Undang-undang Hukum Perdata diwajibkan untuk dibuat pula secara tertulis, dengan ancaman tidak sah.

Jika dikaji secara seksama dapat dikatakan bahwa kata-kata yang tertuang dalam rumusan Pasal 6 ayat (2) UU No. 30 Tahun 1999 memiliki makna dan objektif yang hampir sama dengan yang diatur dalam Pasal 1851 KUH Perdata, hanya saja negosiasi menurut rumusan Pasal 6 ayat (2) UU No. 33 Tahun 1999 tersebut.

- a). diberikan tenggang waktu penyelesaian paling lama 14 hari; dan
- b). penyelesaian sengketa tersebut harus dilakukan dalam bentuk pertemuan langsung oleh dan antara para pihak yang bersengketa.

Selain itu perlu dicatat pula bahwa negosiasi, merupakan salah satu lembaga alternatif penyelesaian sengketa yang dilaksanakan di luar pengadilan, sedangkan perdamaian dapat dilakukan baik sebelum proses persidangan

meskipun adakalanya dilakukan secara formal. Tidak ada suatu kewajiban bagi para pihak untuk melakukan pertemuan secara langsung pada saat negosiasi dilakukan, pun negosiasi tersebut tidak harus dilakukan oleh para pihak sendiri. Melalui negosiasi para pihak yang bersengketa atau berselisih paham dilakukan suatu proses penjajakan kembali akan hak dan kewajiban para pihak dengan melalui suatu situasi yang sama-sama menguntungkan (win-win), dengan melepaskan atau memberikan kelonggaran (concession) atas hak-hak tertentu berdasarkan pada asas timbal balik. Persetujuan atau kesepakatan yang telah dicapai tersebut kemudian dituangkan secara tertulis untuk ditandatangani oleh para pihak dan dilaksanakan sebagaimana mestinya. Kesepakatan tertulis tersebut bersifat final dan mengikat bagi para pihak. Kesepakatan tertulis menurut ketentuan Pasal 6 ayat (7) Undang-undang No. 30 Tahun 1999 wajib didaftarkan di Pengadilan Negeri dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak ditandatangani dan dilaksanakan pendaftaran Pasal 6 ayat (8) UU No. 30 Tahun 1999.

Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tidak memberikan batasan mengenai apa saja yang dapat di "negosiasi"kan. Ini juga membawa konsekuensi bahwa tentunya negosiasi, sebagaimana halnya perdamaian hanya dapat dilakukan jika pihak yang ber"negosiasi" mempunyai kekuasaan untuk melepaskan hak-haknya atas hal-hal yang termaktub dalam kesepakatan tertulis tersebut. Dan bahwa pelepasan akan segala hak dan tuntutan yang dituliskan dalam persetujuan negosiasi harus diartikan sebagai pelepasan dari hak-hak sekedar dan sepanjang

hak-hak dan tuntutan-tuntutan tersebut ada hubungannya dengan perselisihan yang menjadi sebab perdamaian tersebut.

Selanjutnya oleh karena kesepakatan tertulis hasil negosiasi adalah suatu persetujuan di antara para pihak, maka selayaknya juga jika hasil negosiasi tidak dapat dibantah dengan alasan kekhilafan mengenai hukum atau dengan alasan bahwa satu pihak telah dirugikan. Walau demikian masih terbuka kemungkinan untuk tetap dapat dibatalkan, jika memang dapat dibuktikan telah terjadi suatu kekhilafan mengenai orangnya, atau mengenai pokok sengketa, atau telah dilakukan penipuan atau paksaan, atau kesepakatan telah diadakan atas dasar surat-surat yang kemudian dinyatakan palsu.

c. Mediasi

Pengaturan mengenai mediasi dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 6 ayat (3), ayat (4) dan ayat (5) UU No. 30 Tahun 1999, Ketentuan mengenai mediasi yang diatur dalam Pasal 6 ayat (3) UU No. 30 Tahun 1999 adalah merupakan suatu proses kegiatan sebagai kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan oleh para pihak menurut ketentuan Pasal 6 ayat (2) UU No. 30 Tahun 1999.

Menurut rumusan dari Pasal 6 ayat (3) Undang-undang No.30 Tahun 1999 tersebut dikatakan bahwa atas kesepakatan tertulis para pihak sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang mediator. Undang-undang tidak memberikan rumusan definisi atau pengertian yang jelas dari mediasi maupun mediator. Dari literatur hukum,

misalnya adalah Black's Law Dictionary dikatakan bahwa mediasi dan mediator adalah:

*Mediation is a method of non binding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution.*⁹⁶

Mediasi merupakan model penyelesaian sengketa di mana pihak luar tidak memihak dan netral (mediator) membantu pihak-pihak yang bersengketa guna memperoleh penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak. Nolan-Haley mendefinisikan:

*Mediation is generally understood to be a short term, structured, task-oriented, participatory intervention process. Disputing parties work with a neutral third party, the mediator, to reach a mutually process, where a third party intervenor imposes a decision, no such compulsion exists in mediation.*⁹⁷

Selanjutnya juga dapat dilihat dalam ketentuan yang diatur dalam WIPO Mediation Rules (effective October 1, 1994) bahwa:

*Mediation Agreement means an agreement by the parties to submit to mediation all or certain disputes which have arisen or which may arise between them; a Mediation Agreement may be in the form of a mediation clause in a contract or in the form of a separate contract. The mediation shall be conducted in the manner agreed by the parties. If, and to the extent that, the parties have not made such agreement, the mediator shall, in accordance with the Rules, determine the manner in which the mediation shall be conducted. Each party shall cooperate in good faith with the mediator to advance the mediation as expeditiously as possible.*⁹⁸

Mediasi, dari pengertian yang diberikan, jelas melibatkan keberadaan pihak ketiga (baik perorangan maupun dalam bentuk suatu lembaga independen) yang bersifat netral dan tidak memihak, yang akan berfungsi sebagai mediator.

⁹⁶ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 2004, hlm. 1003.

⁹⁷ Nolan-Haley, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Minnesota, 1992, hlm.. 56.

⁹⁸ WIPO, *Mediation Rules* (effective October 1, 1994)

Sebagai pihak ketiga yang netral, independen, tidak memihak dan ditunjuk oleh para pihak (secara langsung maupun melalui lembaga mediasi), mediator berkewajiban untuk melaksanakan tugas dan fungsinya berdasarkan pada kehendak dan kemauan para pihak. Walau demikian ada suatu pola umum yang dapat diikuti dan pada umumnya dijalankan oleh mediator dalam rangka penyelesaian sengketa para pihak. Sebagai suatu pihak di luar perkara, yang tidak memiliki kewenangan memaksa, mediator ini berkewajiban untuk bertemu atau mempertemukan para pihak yang bersengketa guna mencari masukan mengenai pokok persoalan yang dipersengketakan oleh para pihak. Berdasarkan pada informasi yang diperoleh, baru kemudian mediator dapat menentukan duduk perkara, kekurangan dan kelebihan dari masing-masing pihak yang bersengketa, dan selanjutnya mencoba menyusun proposal penyelesaian, yang kemudian dikomunikasikan kepada para pihak secara langsung. Mediator harus mampu menciptakan suasana dan kondisi yang kondusif bagi terciptanya kompromi di antara kedua belah pihak yang bersengketa untuk memperoleh hasil yang saling menguntungkan (win-win). Baru setelah diperoleh persetujuan dari para pihak atas proposal yang diajukan (beserta segala revisi atau perubahannya) untuk penyelesaian masalah yang dipersengketakan, mediator kemudian menyusun kesepakatan itu secara tertulis untuk ditandatangani oleh para pihak. Tidak hanya sampai disitu, mediator juga diharapkan dapat membantu pelaksanaan dari kesepakatan tertulis yang telah ditandatangani oleh kedua belah pihak.

Menurut UU No. 30 Tahun 1999, kesepakatan penyelesaian sengketa atau beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat bagi para pihak untuk

dilaksanakan dengan itikad baik. Kesepakatan tertulis tersebut wajib didaftarkan di Pengadilan Negeri dalam waktu paling lama (tiga puluh) hari terhitung sejak penandatanganan, dan wajib dilaksanakan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak pendaftaran.

Dalam pasal 6 (4) UU No. Tahun 1999 dikatakan bahwa UU membedakan mediator ke dalam:

- a) mediator yang ditunjuk secara bersama oleh para pihak (Pasal 6 ayat (3) UU No. 30 Tahun 1999, dan
- b) mediator yang ditunjuk oleh lembaga abritase atau lembaga alternative penyelesaian sengketa yang ditunjuk oleh para pihak (Pasal 6 ayat (4) UU No. 30 Tahun 1999.

Meskipun diberikan suatu time-frame (jangka waktu) yang jelas, kedua ketentuan tersebut terkesan memperpanjang jangka waktu alternative penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Tidak ada suatu kejelasan apakah ketentuan tersebut bersifat memaksa atau dapat disimpangi oleh para pihak. Dapatkah para pihak hanya mempergunakan salah satu dari kedua macam mediator tersebut?

d. Konsiliasi

Seperti halnya konsultasi, negosiasi maupun mediasi, UU No. 30 Tahun 1999 tidak memberikan suatu rumusan yang eksplisit atas pengertian atau definisi dari konsiliasi ini. Bahkan tidak dapat ditemui satu ketentuanpun dalam UU No. 30 Tahun 1999 ini mengatur mengenai konsiliasi. Perkataan konsiliasi sebagai salah satu lembaga alternative penyelesaian sengketa dapat ditemukan dalam

ketentuan Pasal 1 angka 10 dan Alenia ke-9 Penjelasan Umum Undang-undang No. 30 Tahun 1999 tersebut.

Dalam *Black's Law Dictionary* dikatakan bahwa konsiliasi adalah:

*Consilliation is the adjustment and settlement of a dispute in a friendly, unantagonistic manner used in court before trial with a view towards avoiding trial in labor disputes before arbitration. Court of Conciliation is a court which proposes terms of adjustment, so as to avoid ligation.*⁹⁹

Consilliation dalam bahasa Inggris berarti perdamaian dalam bahasa Indonesia. Kemudian dalam *Blak's Law Dictonary* dikatakan bahwa pada prisnispanya konsiliasi merupakan perdamaian. Dalam hal yang demikian sebagaimana yang diatur dalam pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864 Bab kedelapan belas Buku III UU Hukum Perdata, berarti segala sesuatu yang dimaksudkan untuk diselesaikan melalui konsiliasi tunduk pada ketentuan KUH Perdata, dan secara khusus Pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864. Ini berarti hasil kesepakatan melalui alternatif penyelesaian sengketa konsiliasi inipun harus dibuat secara tertulis dan ditandatangani secara bersama oleh para pihak yang bersengketa. Sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (7) jo Pasal 6 ayat (8) UU No. 30 Tahun 1999. Kesepakatan tertulis hasil konsiliasi tersebutpun harus didaftarkan di Pengadilan negeri dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal pendaftaran di Pengadilan Negeri. Kesepakatan tertulis hasil konsiliasi bersifat final dan mengikat para pihak.

Berbeda dengan negosiasi, konsiliasi, dari pengertian yang diberikan dalam *Black's Law Dictionary*, merupakan langkah awal perdamaian sebelum

⁹⁹ Henry Campbell Black, *Op. Cit.*, hlm. 1003.

sidang peradilan (ligitasi) dilaksanakan. Bahkan diatur dalam KUHP, dengan berasumsi bahwa yang dimaksud dengan konsiliasi dalam UU No. 30 Tahun 1999 adalah identik dengan perdamaian yang diatur dalam KUHP. Dengan demikian berarti konsiliasi tidak hanya dapat dilakukan untuk mencegah dilaksanakannya proses litigasi, melainkan juga dapat dilakukan oleh para pihak, dalam setiap tingkat peradilan yang sedang berlangsung, baik di dalam maupun di luar pengadilan, dengan pengecualian untuk hal-hal atau sengketa di mana telah diperoleh suatu putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, tidak dapat dilakukan konsiliasi.

e. Pendapat Hukum

Undang-undang No. 30 Tahun 1999 juga mengenal istilah pendapat ahli sebagai bagian dari alternatif penyelesaian sengketa. Dan bahwa ternyata arbitrase dalam suatu bentuk kelembagaan, tidak hanya bertugas untuk menyelesaikan perbedaan atau perselisihan pendapat maupun sengketa yang terjadi di antara para pihak dalam suatu perjanjian. Pemberian opini atau pendapat hukum tersebut dapat merupakan suatu masukan bagi para pihak. Sewaktu menyusun atau membuat perjanjian yang akan mengatur hak-hak dan kewajiban para pihak dalam perjanjian. Maupun dalam memberikan penafsiran ataupun terhadap salah satu atau lebih ketentuan dalam perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak untuk memperjelas pelaksanaannya.

Jika pada uraian di atas dibahas konsiliasi dalam pengertian yang sangat umum, termasuk dalam pemberian opini atau pendapat hukum dalam suatu mediasi atau konsiliasi. Pendapat hukum yang diberikan oleh lembaga arbitrase,

yang bersifat mengikat guna menyelesaikan suatu bentuk perbedaan paham, atau perselisihan pendapat ataupun mengenai suatu ketidakjelasan akan suatu hubungan hukum ataupun rumusan dalam perjanjian, yang dihadapi para pihak dalam suatu perjanjian dengan klausula arbitrase, sebagaimana diatur dalam UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

2. Menurut Perma No. 2 Tahun 2003 dan Ketentuan Lainnya.

Sesungguhnya, penyelesaian perkara melalui pengadilan, tidak selamanya harus diselesaikan secara ajudikatif/ligitasi, tetapi tidak menutup kemungkinan adanya usaha penyelesaian melalui perdamaian. Adapun perdamaian adalah suatu keadaan yang sangat didambakan oleh setiap insan, karena watak/fitrah setiap manusia selalu menginginkan perdamaian.

Dalam perspektif perundang-undangan, perdamaian khususnya dalam bersengketa, adalah suatu hal yang sangat dianjurkan. Bahkan apabila nasihat untuk berdamai dilalaikan oleh Hakim, kemudian Hakim memutus tanpa melaksanakan penasihatian perdamaian, maka putusan tersebut dapat terancam batal demi hukum.

Yahya Harahap menulis:

Pada prinsipnya upaya hakim untuk mendamaikan bersifat imperatif. Hakim wajib berupaya mendamaikan para pihak yang berperkara. Hal itu dapat ditarik dari ketentuan Pasal 131 ayat (1) HIR, yang mengatakan: Jika Hakim tidak dapat mendamaikan para pihak, maka hal itu mesti disebut dalam berita acara sidang. Jadi menurut pasal ini, kalau hakim tidak berhasil mendamaikan, ketidak berhasilan itu mesti ditegaskan dalam berita acara sidang. Kelalaian menyebutkan, hal itu dalam berita acara mengakibatkan pemeriksaan perkara : mengandung cacat formil, dan berakibat pemeriksaan batal demi hukum. Kalau begitu, upaya mendamaikan adalah bersifat imperatif; tidak boleh diabaikan dan dilalaikan. Proses pemeriksaan yang tidak menempuh dan tidak dimulai dengan tahap mendamaikan, batal demi hukum.¹⁰⁰

¹⁰⁰ M.Yahya Harahap., *Hukum Acara Perdata, Cet. I*; Jakarta, 2005, hlm. 239

Dalam Hukum Acara Perdata, lembaga perdamaian itu disebut pula dengan istilah Lembaga Dading.

Abdul Manan mengemukakan;

"Perdamaian yang dimaksud disini adalah perdamaian yang dikenal dengan istilah "dading" dalam praktek hukum acara perdata, yakni persetujuan/perjanjian yang disetujui oleh kedua belah pihak yang bersengketa untuk mengakhiri perselisihan suatu perkara yang sedang diselesaikan oleh pengadilan.¹⁰¹

Selanjutnya Abdul Manan mengemukakan:

Tahap pertama yang harus dilaksanakan oleh hakim dalam menyidangkan suatu perkara yang diajukan kepadanya adalah mengadakan perdamaian kepada pihak-pihak yang bersengketa. Peran mendamaikan pihak-pihak yang bersengketa itu lebih utama dari fungsi hakim yang menjatuhkan putusan terhadap suatu perkara yang diadilinya. Apabila perdamaian dapat dilaksanakan, maka hal ini jauh lebih baik dalam mengakhiri suatu sengketa. Usaha mendamaikan pihak-pihak yang berperkara itu merupakan prioritas utama dan dipandang adil dalam mengakhiri suatu sengketa, sebab mendamaikan itu dapat berakhir dengan tidak terdapat siapa yang kalah dan siapa yang menang, tetap terwujudnya kekeluargaan dan kerukunan. Jika tidak berhasil didamaikan oleh hakim, maka barulah proses pemeriksaan perkara dilanjutkan.¹⁰²

Dalam perspektif perundang-undangan, lembaga Perdamaian (dading) diatur dalam beberapa pasal dari undang-undang yang ada. Ketentuan perundang-undangan, yang mengatur lembaga perdamaian itu antara lain adalah sebagai berikut:

1. Pasal 1851 KUH Perdata (Kitab Undang-undang Hukum Perdata):

¹⁰¹⁹ Abdul Manan, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, yang selanjutnya disebut *Penerapan*, (Jakarta: Prenada Media, 2005), h. 183-184. Lihat juga Abdul Manan, dalam *Penerapan Alternative Dispute Resolution (ADR) Law Prases Penyelesaian Perkara*; dalam Suara Uldilag Mahkamah Agung, Vol. II, Nomor 6 April 2005, Pokja Perdata Agama MARI Jakarta, hlm. 14

¹⁰² Abdul Manan, *Penerapan*, *Op.cit*, hlm. 151.

"Perdamaian adalah suatu persetujuan dengan mana kedua belah pihak dengan menyerahkan, menjanjikan atau menahan suatu barang, mengakhiri suatu perkara yang sedang bergantung, ataupun mencegah timbulnya suatu perkara. Persetujuan ini tidaklah sah, melainkan jika dibuat secara tertulis."

2. Pasal 154 RBg (Reglement Buiten Gowesten) Reglemen Daerah Seberang. Jo.

Pasal 130 HIR (Reglemen Indonesia yang dibaharui);

- 1) Bila pada hari yang telah ditentukan para pihak datang menghadap, maka pengadilan negeri dengan perantaraan ketua, berusaha mendamaikannya.
- 2) Bila dapat dicapai perdamaian, maka didalam sidang itu juga dibuatkan suatu akta dan para pihak dihukum untuk menaati perjanjian yang telah dibuat, dan akta itu mempunyai kekuatan serta dilaksanakan seperti suatu keputusan biasa.
- 3) Terhadap suatu keputusan tetap semacam itu tidak dapat diajukan banding. Begitu pentingnya usaha perdamaian itu, sampai perundangan menekankan perlunya juru bahasa, agar pihak-pihak yang tidak mampu mencerna bahasa yang digunakan dalam proses usaha perdamaian itu. Biasanya bahasa yang dipakai adalah bahasa nasional (bahasa Indonesia), sedangkan pihak-pihak tidak mengerti bahasa nasional, apakah lantaran dia itu blta huruf yang berasal dari kampung pelosok, atau mereka warga / keturunan asing yang memang tidak mengerti bahasa Indonesia dan hanya mengerti bahasa asing. Ketentuan pasal 131 HIR/pasal 152 RBG menyebutkan bahwa dalam proses perdamaian, Ketua/Hakim dapat menggunakan juru bahasa.

3. Pasal 16 ayat (2) Undang-undang Nomor 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan

Kehakiman, sebagai pengganti Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970, pasal

14 ayat (2) mengatur ketentuan yang sama, bahwa:

- (1) Pengadilan tidak boleh menolak untuk memeriksa, mengadili, dan memutus suatu perkara yang diajukan dengan dalih bahwa hukum tidak ada atau kurang jelas, melainkan wajib untuk memeriksa dan mengadilinya.
- (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menutup usaha penyelesaian perkara perdata secara perdamaian.

Dari ketentuan perundang-undangan diatas dapat dikemukakan karakteristik dading (lembaga damai) mencakup hal-hal sebagai berikut:

1. Pelaksanaan dading adalah pada hari yang ditentukan, yakni dalam proses sidang dan bukan di luar proses sidang.
2. Pelaksana dading adalah Ketua Majelis Hakim dalam kedudukan sebagai fasilitator, mediator dan wasit.
3. Adapun sasaran dading adalah:
 - a. mencoba memperdamaikan pihak-pihak dan bukan keharusan untuk damai bagi pihak-pihak.
 - b. Jika tercapai perdamaian dibuatkan akta perdamaian, (*acte van vergelijk - surat penyelesaian perselisihan*).
 - c. Sifat akta perdamaian itu adalah "final and binding" tidak dapat dibanding dan dapat dieksekusi jika pihak-pihak tidak tunduk sepenuhnya.¹⁰³

Tegasnya, para hakim diwajibkan untuk mengusahakan penasihatian perdamaian, tetapi tidak dibenarkan memaksakan pihak-pihak untuk berdamai.

Ketentuan perundangan yang telah dikutip agak lengkap diatas, adalah bagian dari Hukum Acara Perdata yang berlaku secara umum, untuk Hukum Acara di Pengadilan. Umumnya adalah ketentuan yang bersifat *imperatif* untuk melakukan usaha damai secara umum dalam sengketa perdata.

Sehubungan dengan usaha perdamaian dalam praktek Pengadilan, Yahya Harahap, mantan Hakim Agung secara panjang lebar mengemukakan kritik:

"Cuma sangat disayangkan. Tujuan luhur mendamaikan pihak yang berperkara sering dikotori oleh sementara Hakim. Praktek fungsi mendamaikan; menyimpang dari keluhuran dan menjelma dalam bentuk "pemaksaan " dan "perkosaan ". Praktek fungsi mendamaikan yang diperankan sementara hakim, persis memperagakan filsafat "belah bambu. Yang sebelah "diinjak", dan yang sebelah "diangkat". Dengan bertameng perisai fungsi mendamaikan, sementara hakim bertindak menjadi aktor dan sekaligus martel. Hakim yang membidani dan melahirkan perdamaian sesuai keinginan pihak yang hendak diangkat. Pihak yang diinjak sama sekali tidak didengar dan tidak dibawa serta. Sesudah hakim siap menyusun perdamaian menurut keinginan pihak yang hendak diangkat, tanpa setahu pihak yang diinjak, hakim memalu godamnya dengan martil. Alhasil perdamaian yang terjadi lebih kejam dari perkosaan. Sama sekali tidak membuahkan

¹⁰³ Lihat Heniy P. Panggabean., *Fungsi Mahkamah Agung Dalam Praktek Sehari-hari*, (Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 2002), h. 20.

kedamaian, kerukunan, dan persaudaraan, tetapi mendatangkan malapetaka pada pihak yang diinjak".¹⁰⁴

Dalam pengalamannya, Harahap¹⁰⁵ mengeluhkan bahwa banyak laporan dan pengaduan yang bernada praktek belah bambu tersebut. Cuma sering pengaduan dan laporan mereka lenyap ditelan oleh keangkeran "*formil*", atas alasan bahwa perdamaian yang terwujud yang dituangkan dalam putusan perdamaian sudah memenuhi syarat-syarat "*formil*". Maka penegakan hukum dan keadilan pun bungkam dan terkubur oleh keangkuhan aturan "*formil*".

Selain kritikan Harahap terhadap praktek Hakim, Retnowulan, mantan Hakim Agung RI mengemukakan kiritiknya bukan hanya kepada Hakim., tetapi juga terhadap pengacara.

"Lembaga Dading, atau lebih dikenal dengan sebutan Perdamaian, baik yang dilakukan dalam perkara perdata oleh dan dihadapan Hahim/Majelis Hakim yang memeriksa perkara itu, maupun yang terjadi sebelum atau setelah perkara diajukan kepada Pengadilan Negeri diluar sidang, sudah tidak populer lagi dan jarang terjadi dalam sengketa bisnis. Hakim atau Majelis Hakim yang memeriksa perkara tersebut pada umumnya juga kurang berusaha untuk mendamaikan kedua belah pihak yang bersengketa, yang hampir selalu diwakili oleh pengacara mereka. Para pengacara pada umumnya ingin agar perkara diteruskan sampai banding, kasasi dan peninjauan kembali (PK), justeru oleh karena hal itu menguntungkan mereka."¹⁰⁶

Sehubungan dengan kenyataan seperti ini, Mahkamah Agung RI telah mengeluarkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) Nomor 2 tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai (Eks Pasal 130 HIR/154 RBg). Dan SEMA nomor 1 tersebut telah ditingkatkan

¹⁰⁴ Yahya Harahap, *op. cit.*, h. 48. "*Ibid*"

¹⁰⁵ *Ibid.*,

¹⁰⁶ Retnowulan Sutanto, Mediasi dan Dading, dalam buku Mediasi dan Perdamaian, Pusdiklat Mahkamah Agung Ri, Jakarta, 2003, hlm. 22.

menjadi PERMA Nomor 2 tahun 2003 tentang prosedur Mediasi di Pengadilan, sebagaimana telah dibahas sebelum ini. Dengan menerapkan ketentuan PERMA Nomor 2 tahun 2003 diharapkan praktek-praktek seperti diatas, dapat diminimalisir, kalau tidak dapat dihilangkan sama sekali.

Penanggulangan perkara melalui penerapan lembaga dading menurut Panggabean; berdasarkan ketentuan Hukum Acara yang tersedia. Oleh karena penerapan lembaga dading itu ada kaitannya dengan metode tujuan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) atau dalam istilah asalnya disebut *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Dan diharapkan penerapan lembaga dading akan berjalan efektif jika upaya-upaya itu dilaksanakan oleh Pengadilan Tingkat Pertama secara sistematis sesuai ketentuan hukum yang berlaku.¹⁰⁷

Bukan hanya sengketa menyangkut pribadi saja yang bisa terjadi dalam kehidupan masyarakat. Tetapi dalam masyarakat yang sadar hukum, tidak dapat dihindari munculnya perilaku saling menuntut satu sama lain. Dan dimasa depan yang dekat, kuantitas dan kompleksitas perkara, termasuk perkara-perkara bisnis akan sangat tinggi. Metode penyelesaian sengketa lewat arbitrase telah menjadi suatu wacana alternatif yang dapat menyelesaikan sebagian kecil dari begitu banyak benang kusut yang dihadapi oleh bisnismen (pebisnis) bila tergelepar karena benturan dengan tembok-tembok hukum yang kusam, kelam, kaku dan menyeramkan.

¹⁰⁷ Henry P. Panggabean, *op cit.*, hlm. 4.

Panggabean mengemukakan ada beberapa Kodifikasi parsial yang memberlakukan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS), antara lain:

1. Undang-Undang nomor 5 tahun 1995 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat oleh Komisi Pengadaan Persaingan Usaha (K.P.P.U).
2. Undang-Undang; nomor 8 tahun 1999, tentang Perlindungan Konsumen, oleh Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen. (BPSK).
3. Undang-Undang nomor 19 tahun 1992 tentang Merek oleh Komisi Banding Merk (KmB).
4. Beberapa undang-Undang yang telah lama menerapkan Lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) dalam bentuk negosiasi, mediasi, atau konsiliasi, antara lain:
 - Undang-undang nomor 22 tahun 1957 mengatur lembaga arbitrase wajib melalui P4P/P4D dan arbitrase sukarela yang melibatkan pihak diluar DEPNAKER.
 - Undang-undang nomor 25 tahun 1997, tentang lembaga Penyelesaian Perselisihan Industrial yang identik dengan P4P/P4D.
 - Undang-Undang nomor 23 tahun 1997, tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup yang juga mengatur lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS).¹⁰⁸

Disamping itu, ada beberapa ketentuan yang menyangkut sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase khususnya berlaku untuk sengketa bisnis.

Undang-undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) dalam pasal 3 menyebutkan bahwa "Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Sedangkan pasal 4 menyebutkan bahwa dalam hal para pihak telah menyetujui bahwa sengketa diantara mereka akan diselesaikan melalui arbitrase dan para pihak telah memberikan wewenang, maka arbiter

¹⁰⁸ *Ibid*, hlm. 3.

berwenang menentukan dalam putusannya mengenai hak dan kewajiban para pihak jika hal ini tidak diatur dalam perjanjian mereka.

Seperti telah dikemukakan sebelumnya, Pasal 1 ayat (10) Undang-undang Nomor 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tersebut telah menentukan adanya 5 (lima) model alternatif penyelesaian sengketa untuk mengenyampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri. Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat, melalui prosedur yang telah disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.

Ketentuan perundang-undangan yang disebutkan diatas adalah ketentuan adanya lembaga perdamaian secara umum menyangkut perkara perdata terutama menyangkut benda.

Khusus dalam lingkungan Pengadilan Agama, yang dewasa ini kompetensi absolutnya antara lain menyangkut Hukum Keluarga (*al-ahwal al-syakhsiyah*), sesungguhnya usaha perdamaian itu adalah suatu usaha yang sangat mulia.

Sejak tanggal 20 Maret 2006 bersamaan dengan diundangkannya Undang-Undang No. 3 Tahun 2006 tentang Perubahan atas Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama memberi isyarat terjadinya perubahan mendasar menuju paradigma baru dalam lembaga peradilan agama. Dimana dalam Pasal 49 i mengisyaratkan terjadinya perluasan kewenangan lembaga peradilan agama tidak saja berwenang menyelesaikan sengketa keluarga, namun juga berwenang

menyelesaikan sengketa ekonomi syari'ah.¹⁰⁹ Di satu sisi hal ini merupakan suatu hal yang positif, namun pada sisi yang justeru merupakan tantangan tersendiri bagi lembaga peradilan agama dalam meningkatkan sumber daya baik secara kelembagaan maupun kualitas aparatnya. Namun dapat dipastikan jika terjadi sengketa dalam berbagai hal termasuk ekonomi syari'ah, maka ketentuan tentang upaya damai tetap diupayakan sebagaimana diisyaratkan oleh Perma 2/2003.

Pasal 39 ayat (1) Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan, menyebutkan bahwa:

(1). Perceraian harrya da.pat dilakukan didepan Sidang Pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.¹¹⁰

Selain itu, dalam pasal 16 Peraturan Pemerintah (PP) nomor 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan diatur sebagai berikut:

"Pengadilan hanya memutuskan untuk mengadakan sidang pengadilan untuk menyaksikan perceraian yang dimaksud dalam pasal 4 apabila memang terdapat alasan-alasan seperti yang dimaksud dalam pasal 19 Peraturan Pemerintah ini, dan Pengadilan berpendapat bahwa antara suami istri yang bersangkutan tidak mungkin lagi didamaikan untuk hidup rukun lagi dalam rumah tangga".¹¹¹

Dalam Undang-undang nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama disebutkan:

¹⁰⁹ Abdurrahman, Paradigma Baru Tentang Kewenangan Peradilan Agama di Indonesia, Makalah disampaikan pada Seminar dalam rangka Rapat Kerja Dekan Fakultas Syari'ah seluruh Indonesia di Banjarmasin tanggal 19 September 2006.

¹¹⁰ Himpunan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama; Peraturan Pemerintah (PP) nomor 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.

¹¹¹ Himpunan Peraturan Perundang-undangan, *I b i d.*

Pasal 65.

"Perceraian hanya dapat dilakukan didepan sidang pengadilan setelah Pengadilan yang bersangkutan berusaha dan tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak".

Pasal 70 ayat (1) berbunyi:

"Pengadilan setelah berkesimpulan bahwa kedua belah pihak tidak mungkin lagi didamaikan dan telah cukup alasan perceraian, maka Pengadilan menetapkan bahwa permohonan tersebut dikabulkan.

Pasal 76 berbunyi:

- (1) *Apabila gugatan perceraian didasarkan atas alasan syiqaq maka untuk mendapatkan putusan perceraian harus didengar keterangan saksi-saksi yang berasal dari keluarga atau orang-orang yang dekat dengan suami istri.*
- (2) *Pengadilan setelah mendengar keterangan saksi-saksi tentang sifat persengketaan antara suami istri dapat mengangkat seorang atau lebih dari keluarga masing-masing pihak ataupun orang lain untuk menjadi Hakam.*

Pasal 82 berbunyi:

- (1) *Pada sidang pertama pemeriksaan gugatan perceraian, Hakim berusaha mendamaikan kedua pihak.*
- (2) *Dalam sidang perdamaian tersebut, suami istri harus datang secara pribadi, kecuali apabila salah satu pihak bertempat kediaman diluar negeri, dan tidak dapat datang menghadap secara pribadi dapat diwakili oleh kuasanya yang secara khusus dikuasakan untuk itu.*
- (3) *Apabila kedua pihak bertempat kediaman diluar negeri, maka penggugat pada sidang perdamaian tersebut harus menghadap secara pribadi.*
- (4) *Selama perkara belum diputuskan, usaha mendamaikan dapat dilakukan pada setiap sidang pemeriksaan.*

Pasal 83 berbunyi:

*Apabila tercapai perdamaian, maka tidak dapat diajukan gugatan perceraian. baru berdasarkan alasan yang ada dan telah diketahui oleh penggugat sebelum perdamaian tercapai.*¹¹²

Dari ketentuan pasal-pasal di atas, jelas sekali kelihatan betapa usaha mendamaikan dalam sengketa rumah tangga adalah sangat mendapat perhatian yang mendalam.

Tentang hal ini, Yahya Harahap mengemukakan sebagai berikut:

"Tanpa mengurangi arti keluhuran perdamaian dalam segala bidang persengketaan makna perdamaian dalam sengketa perceraian mempunyai nilai keluhuran tersendiri. Dengan dicapai perdamaian antara suami istri dalam sengketa perceraian, bukan hanya keutuhan ikatan perkawinan saja yang dapat diselamatkan. Sekaligus dapat diselamatkan kelanjutan pemeliharaan dan pembinaan anak-anak secara normal. Kerukunan antara keluarga kedua belah pihak dapat berlanut."¹¹³

Tapi bukan hanya meyangkut kerukunan keluarga saja. Selanjutnya Yahya Harahap mengemukakan:

Harta bersama dalam perkawinan dapat lestari menopang kehidupan rumah tangga. Suami istri dapat terhindar dari gangguan pergaulan sosial kemasyarakatan. Mental dan pertumbuhan kejiwaan anak-anak terhindar dari perasaan terasing dan rendah diri dalam pergaulan hidup. Memperhatikan ini semua, upaya mendamaikan sengketa perceraian, merupakan kegiatan yang terpuji dan lebih utama, diutamakan dibanding dengan upaya mendamaikan persengketaan dibidang lain. Agar fungsi mendamaikan dapat dilakukan hakim lebih efektif, sedapat mungkin dia berusaha menemukan faktor yang melatar belakangi persengketaan. Terutama sengketa perceraian atas alasan perselisihan dan pertengkaran, sangat dituntut kemauan dan kebijaksanaan hakim untuk menemukan faktor latar belakang yang menjadi bibitnya.¹¹⁴

¹¹² *Himpunan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama; Undang-undang nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama*; (Jakarta: Direktorat Pembinaan Peradilan Agama Departemen Agama, 2003), hlm. 274, 275, 277, dan 278.

¹¹³ Sayyid Sabiq, *Ibid.*, hlm. 241.

¹¹⁴ M. Yahya Harahap., *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, (Cct. I; Jakarta: Pustaka Kartini, 1990), hlm. 48-49.

Sebagai catatan, sejak lama, sebelum kondisi Peradilan Agama sudah seperti dewasa dikenal adanya sebuah institusi yang dibentuk oleh Pemerintah, dalam hal ini Departemen Agama, yakni BP4. (Badan Penasihat Perkawinan, dan Pencegahan Perceraian), yang kemudian berubah menjadi Badan Penasihat Perkawinan, Perselisihan dan Perceraian. Lembaga ini sebagai penunjang tugas Departemen Agama didalam bidang penasihat masalah keluarga, khususnya tentang perkawinan dan perceraian. Tujuan berdirinya adalah mempertinggi mutu perkawinan dan mewujudkan rumah tangga bahagia sejahtera menurut ajaran Islam.¹¹⁵

Untuk mencapai tujuan tersebut, BP4 mempunyai usaha-usaha antara lain:

- a. *Memberikan nasihat dan penerangan tentang nikah, talak, cerai dan rujuk kepada yang melakukannya, baik perorangan maupun kelompok,*
- b. *Mengurangi terjadinya perceraian sewenang-wenang, poligami tidak bertanggung jawab dan mendewasakan usia pernikahan.*
- c. *Memberikan bantuan dalam menyelesaikan kesulitan-kesulitan perkawinan, problem keluarga dan perselisihan rumah tangga.*¹¹⁶

Meskipun dalam prakteknya, selama ini dalam pengamatan dan pengalaman hakim, lembaga ini kurang berperanan, karena terlalu banyak berorientasi birokratis. Bahkan dalam pengalaman semasih bertugas sebagai Hakim tingkat pertama, tahun 1976 - 1988, kadang-kadang Pengadilan Agama menerima perkara gugatan cerai dari pihak Istri dengan alasan sudah beberapa bulan sisuami tidak memberi nafkah, karena pihak sisuami sebagai anggota BP4 hanya sibuk mendatangi/menasihati rumah tangga yang kacau untuk menasihati, sehingga lupa mencari nafkah untuk rumah

¹¹⁵ Lihat, Departemen Agama RI, *Pedoman Pembinaan Pelayanan Sosial Keagamaan*; (Jakarta: Ditjen Bimbingan Masyarakat Islam dan Penyelenggaraan Haji, 2005), hlm., 107.

¹¹⁶ *Ibid.*

tangganya sendiri. Disamping itu, dalam pengalaman, sering ditemukan didaerah waktu itu, anggota pengurus BP4 kadang-kadang menjadi pendamping pihak-pihak (dalam pretek peradilan dikenal resmi adanya fungsi "*pengacara* ", maka dikalangan masyarakat awam waktu itu timbul istilah sinis khusus untuk oknum seperti ini, yakni "*pengacalo*" atau "*pengacaura*")-- untuk meminta agar Pengadilan mempercepat penyelesaian perkara dengan putusan perceraian. Tentu saja hakikat penasihatn tidak tercapai, akibat ulah oknum-oknum yang hanya ingin mempercepat putusnya perkawinan pihak-pihak dengan perceraian. Kepada oknum-oknum seperti ini, kadang-kadang diberitahu dan dinasihatkan bahwa sebagai Hakim, tidak terlalu khawatir kalau kemungkinan keliru dalam memutus perkara harta, seperti waris mal- waris, karena harta adalah benda mati, dan masih ada lembaga banding maupun kasasi. Akan tetapi kalau Hakim tergesa-gesa memutus perceraian, betapa rumah tangga itu menjadi hancur, anak-anak mereka menjadi keluyuran tanpa pembinaan kasih sayang pemeliharaan ayah dan ibu kandungnya yang utuh dalam satu rumah, dan betapa menderitanya anak-anak mereka akibat putusan hakim yang gegabah itu. Dan sebagai seorang hakim, menasihatkan kepada "*pengacalo*" seperti ini agar maklum bahwa perbuatan halal yang paling dibenci oleh Allah adalah talak (perceraian).¹¹⁷

Secara sederhana dapat dipikirkan, apabila kedepan pemerintah bertekad untuk lebih mengefektifkan peranan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa. Maka diperlukan perangkat peraturan perundangan yang terpadu menyangkut masalah ini, dengan memasukkan upaya khusus dalam aturan

¹¹⁷ Pengalaman penulis ketika masih menjadi Ketua Pengadilan Agama (tk pertama, 1977-1988).

yang umum. Sehingga dengan demikian, bukan banyaknya peraturan perundangan yang diterbitkan, tetapi cukuplah satu peraturan perundangan yang lengkap mengatur ketentuan baik yang umum maupun yang khusus.

Dan dari pengamatan, dapat dipikirkan bahwa PERMA nomor 2 tahun 2003, tentang Prosedur Mediasi Di Pengadilan, dapat dijadikan pedoman patokan perencanaan penyusunan perundangan tentang hal ini, dengan mengusahakan melengkapi kekurangan-kekurangannya, dengan tidak hanya memfokuskan pada satu lingkungan peradilan saja, yakni hanya peradilan umum, tetapi juga berlaku untuk lingkungan peradilan lainnya, seperti yang disebutkan dalam pasal 16 PERMA Nomor 2 tahun 2003 tersebut lebih-lebih untuk lingkungan peradilan agama. Suatu hal yang tidak dapat dilupakan tentang adanya lembaga/institusi seperti berdirinya *Pusat Mediasi Indonesia (Indonesian Mediation Centre)*, baik oleh Pemerintah maupun oleh swasta (LSM).

BAB III

ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR

A. Pengertian Adat Badamai

Secara etimologis *adat badamai* merupakan kata majemuk yang berasal dari bentukan kata *adat* dan *badamai*. Istilah lainnya adat adalah *urf*,¹ yang secara bahasa diartikan sebagai yang dikenal dan dianggap baik serta diterima oleh akal sehat. Menurut *Ensiklopedi Hukum Islam* adat berarti kebiasaan atau tradisi masyarakat yang telah dilakukan berulang kali secara turun temurun.² Kata adat di sini lazim dipakai tanpa membedakan mana yang mempunyai sanksi, seperti hukum adat, dan mana yang tidak mempunyai sanksi seperti disebut *adat saja*.³

Badamai berasal dari akar kata bahasa Banjar yang berasal dari kata *damai* yang berarti damai, tenang sejahtera. Kata *badamai* merupakan kata bentukan dari bahasa Banjar. Istilah ini berasal dari akar kata *damai* ditambah imbuhan (ber) menjadi *berdamai*. Dalam *Ensiklopedi Hukum Islam* *damai* sepadan dengan kata *as-sulh*, yang artinya akad untuk menyelesaikan suatu persengketaan atau perselisihan menjadi perdamaian.⁴ Dalam pengertian yang lain ialah upaya yang

¹ Terdapat perbedaan penggunaan antara istilah *al-'adat* dan *al-'urf* di kalangan sebahagian Ulama. Hal ini disebabkan, karena secara etimologis, *al-'adat* berarti sesuatu yang telah diketahui. Ulama yang membedakan pemakaian kedua istilah ini diantaranya Abu Sinnah dan Muhammad Musthafa al-Syalaby, begitu juga Al-Zarqa'. Lihat uraian selengkapannya pada Ahmad Fahmi Abi Sinnah, *Al'Urf wa al-'adat fi Ra'y al-Fuqaha*, (Ttp : Mathba'ah al-Azhar, 1947) hlm. 7-13, Muhammad Mushthafa al-Syalaby, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, (Beirut : Dar al-Nahdhah al-Arabiyyah, 1406 H/1986 M), hlm. 313-315 dan Muahmmad Ahmad Al-Zarqa, *al-Fiqh al-Islam fi Tsaubih al-Jadid, al-Madkhal ila-Fiqh al'Am*, Juz II (Damsyiq: Tharbin, 1968) Cet. X, Hlm. 838.

² Abdul Aziz Dahlan, (Et), *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid 1, PT Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 1996, hlm. 21.

³ Abdul Aziz Dahlan, *Ibid*.

⁴ Abdul Aziz Dahlan, *Ibid*, jilid 2, hlm. 1653.

dilakukan secara damai. Dalam bahasa Banjar kata badamai dipadankan dengan kata berjalan dengan *bajalan*, bermain dengan *bamain*.⁵

Adat badamai merupakan kata majemuk yang berarti suatu upaya perdamaian yang dikerjakan atau dilakukan secara berulang-ulang dan menjadi suatu kebiasaan yang melembaga pada masyarakat Banjar. Adat badamai dapat meningkat menjadi hukum adat, ketika masyarakat sudah menganggap perbuatan *badamai* itu sebagai suatu hal yang mesti berlaku pada masyarakat adat Banjar, karena itu sebagai suatu yang mesti dilakukan.

Adat badamai adalah salah satu bentuk penyelesaian sengketa yang lazim dilakukan oleh masyarakat Banjar. Adat badamai bermakna pula sebagai hasil proses perembukan atau musyawarah dalam pembahasan bersama dengan maksud mencapai suatu keputusan sebagai penyelesaian dari suatu masalah.⁶ *Adat badamai* dilakukan dalam rangka menghindarkan persengketaan yang dapat membahayakan tatanan sosial. Putusan Badamai yang dihasilkan melalui mekanisme musyawarah merupakan upaya alternatif dalam mencari jalan keluar guna memecahkan persoalan yang terjadi dalam masyarakat. Pada masyarakat Banjar jika terjadi persengketaan diantara warga atau terjadi tindak penganiayaan atau pelanggaran norma (adat) atau terjadi perkelahian ataupun pelanggaran lalu lintas, maka warga masyarakat berkecenderungan menyelesaikan secara badamai. Warga masyarakat enggan menyelesaikan sengketa itu melalui lembaga litigasi (jalur lembaga peradilan). *Adat badamai* ini diakui efektif dalam menyelesaikan

⁵ Jebar Hafif, *Kamus Bahasa Banjar*, Universitas Lambung Mangkurat Prss, Banjarmasin, 1999, hlm. 32.

⁶ Muhammad Koesno, *Musyawarah dalam Miriam Budiardjo (Ed) Masalah Kenegaraan*, Jakarta, 1971, hlm. 551.

pertikaian atau persengketaan. Sekaligus mampu menghilangkan perasaan dendam⁷ berperan menciptakan keamanan ketertiban dan perdamaian. *Adat badamai* ini lazim pula disebut dengan, *babaikan*, *baparbaik*, *bapatut* atau *mamatut*, *baakuran* dan penyelesaian dengan cara *suluh*.⁸

Dalam Undang-undang Sultan Adam disebutkan :

Pasal 21: *Tiap kampung kalau ada perbantahan isi kampungnja ija itu tetuha kampungnja kusuruhkan membitjarakan mupaqt-mupaqt lawan jang tuha-tuha kampungnja itu lamun tiada djuga dapat membitjarakan ikam bawa kepada hakim.*

Pasal 21: Tiap-tiap kampung bilamana terjadi sengketa, maka diperintahkan untuk mendamaikan (*mamatut*) dengan tetuha kampung, bilamana tidak berhasil barulah dibawa kepada hakim.

Pasal 21 UUSA sebagai dasar hukum *adat badamai* sampai kini tetap menjadi landasan norma dan perilaku dalam masyarakat Banjar. Bahkan sampai sekarang masih menjadi suatu tradisi *mamatut*.⁹ Tradisi penyelesaian sengketa yang sudah melembaga untuk merukunkan kembali setiap pertikaian, sehingga tidak terjadi perasaan dendam antara kedua belah pihak.

⁷ Sebagaimana penyelesaian kasus pidana dalam sidang adat pada warga suku Ayer dan Asyrem di Papua yang menewaskan seorang kakek bernama Daniel Ayer, 63 tahun dari warga Ayer yang tewas ditombak Ever Asyrem, 35 tahun dalam pertikaian pada 20 Nopember 1993 diselesaikan dengan sidang adat dengan alasan warga Ayer tidak mau menyelesaikan kasus pembunuhan itu lewat jalur hukum formal (nasional). Penyelesaian secara adat ini memiliki kelebihan, yakni dendam antarmarga bisa berakhir setelah mereka melakukan upacara ritual bersama. Sedangkan jika diputus lewat hukum pidana biasa, menurut salah seorang pemuka adat bisa jadi ada pihak yang tidak puas, lantas memelihara dendam. (Gatra, 17 Agustus 1996).

⁸ Istilah *Baparbaik* dan *Bapatut* lebih mengarah kepada penyelesaian perkara pidana seperti terjadinya tindak penganiayaan, perkelahian atau pelanggaran lalu lintas, namun istilah *badamai* mengandung pengertian umum artinya penyelesaian masalah apa saja, termasuk juga di dalamnya penyelesaian perdata hubungan hukum antar orang perorang. Adapun *Suluh* lebih dekat pengertiannya kepada istilah *Ishlah* menurut konsep agama yang dapat digunakan dalam pengertian penyelesaian keperdataan semisal pembagian waris, maupun keperdataan lainnya. Lihat Alfani Daud, *Islam dan Masyarakat Banjar, Deskripsi dan Analisa Kebudayaan Banjar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm..198.

⁹ Yaitu mendamaikan antara kedua belah pihak yang bersengketa, seperti kasus pelanggaran hukum seperti perkelahian. Lihat Gazali Usman, *Op.Cit.* hlm. 184-185..

Di Indonesia, nilai harmoni, tenggang rasa, dan komunalisme atau kebersamaan lebih diutamakan daripada individualisme. Pengutamaan yang demikian itu dapat digunakan untuk menjelaskan mengapa tipe manajemen yang menonjolkan konsensus dengan hasil *win-win solution* lebih cocok daripada penyelesaian sengketa melalui jalur litigasi, yang menghasilkan win-lose solution. Karena menurut Jack Ethridge¹⁰ "*Litigation paralyzes people. It makes them enemies. It pets them not only against one another but against the other's employed combatant*". Di sisi lain, Thomas E. Carbonneau¹¹, menyatakan bahwa keadilan yang diperoleh melalui jalur litigasi adalah "*dehumanizing and riddled with abusive interpretations of truth.*"

Dengan budaya yang hampir sama dengan Jepang, ternyata masyarakat Indonesia berbeda dalam mencerna nilai-nilai hukum modern. Masyarakat Jepang walaupun diterpa arus modernisasi yang kuat, namun masyarakatnya masih tetap memperetahankan nilai-nilai dasar harmoni untuk menyelesaikan sengketa yang dialaminya. Sedangkan di Indonesia akibat modernisasi sedikit banyak dapat mempengaruhi kultur dan struktur kehidupan masyarakat. Menurut Noda, bagi seorang Jepang terhormat, hukum adalah sesuatu yang tidak disukai, malahan dibenci. Mengajukan seseorang ke pengadilan untuk menjamin perlindungan kepentingannya...., meskipun dalam urusan perdata, adalah suatu yang memalukan.¹²

¹⁰ Peter Lovenheim, *Mediate Don't Litigate*, New York, Mc Graw-Hill Publishing Company, 1989, hlm 23.

¹¹ Thomas E. Carbonneau, *Alternatif Dispute Resolution*, Melting the Lances and Diemounting the Steeds, Chicago, University of Illinois, 1989, hlm.8.

¹² Yosiyuki Noda, *Introduction to Japanese Law*, Tokyo, University Press, hlm. 159.

Berdasarkan penelitian beberapa pakar, pada dasarnya budaya untuk konsiliasi atau musyawarah¹³ merupakan nilai masyarakat yang meluas di Indonesia. Berbagai suku bangsa di Indonesia mempunyai budaya penyelesaian sengketa secara damai, misalnya masyarakat Jawa, Bali,¹⁴ Sulawesi Selatan,¹⁵ Sumatera Barat, Sumatera Selatan, Lampung, Lombok, Irian Jaya,¹⁶ dan masyarakat Toraja.¹⁷

Sedangkan menurut Kawashima, ... bagi masyarakat Jepang, litigasi telah dinilai salah secara moral, bersifat subversif atau memberontak, dan dipandang membahayakan hubungan sosial yang harmonis.¹⁸

Mochrani membagi penyelesaian sengketa itu kepada dua hal, pertama penyelesaian dalam masalah agama yaitu dengan cara mengadakan *hujjah* dan kedua penyelesaian konflik yang bersifat fisik yang berkaitan dengan kasus

¹³ Dalam bahasa Arab, perkataan musyawarah berasal dari kata dasar *syawara-yasyuru-musyawah* atau *syura* yang artinya tanda, petunjuk, nasehat, pertimbangan. Dengan demikian, berdasarkan asal-muasalnya, kata musyawarah merupakan kata kerja yang dibendakan dan mengandung makna "saling memberi isyarat, petunjuk, atau pertimbangan yang bermakna resiprokal dan mutual". Kata "musyawarah" dalam terminology ketatanegaraan Indonesia biasanya disandingkan dengan kata "mufakat" yang berasal dari bahasa Arab. Istilah ini bersal dari asal kata *itifaq-muwafawah* yang berarti "memberikan persetujuan atau kesepakatan". Persetujuan di sini dapat berupa suara yang terbanyak dan secara teknis dilakukan lewat pemungutan suara atau consensus bulat. Akan tetapi, dalam pengertian teknis di Indonesia dewasa ini, istilah "musyawarah mufakat" mengandung pengertian "consensus bulat." Lihat Nurchalish Madjid, *Islam Agama Kemanusiaan : Membangun Tradisi dan Visi Baru Islam Indonesia*, Jakarta, 1995, Paramadina, hlm. 194. dan M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an*, Bandung, Mizan, 1996, hlm. 361. Dan Lihat Adi Sulistyono, *Mengembangkan Paradigma Non-Litigasi di Indonesia*, Sebelas Maret University Press, Surakarta, 2006, hlm. 31.

¹⁴ Daniel S. Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia*, LP 3 ES, Jakarta, 1990, hlm. 158.

¹⁵ H.M.G. Oforela dan H. Aminuddin Salle, *Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase pada Masyarakat di Pedesaan di Sulawesi Selatan*, dalam Felix O. Soebagjo dan Erman Rajagukguk (ed.), *Arbitrase di Indonesia*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1995, hlm. 105-119.

¹⁶ Hilman Hadikusuma, *Pengantar Antropology Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1992, hlm. 177-205.

¹⁷ T.O. Ihromi (ed.), *Antropology dan Hukum*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1984, hlm. 17.

¹⁸ Takeyoshi Kawashima, *Penyelesaian Pertikaian di Jepang Kontemporer*, Dalam A.A.G. Peters dan Koesrini Siswosoebroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial*, Jakarta, Sinar Harapan, 1988, hlm. 95-123.

penganiayaan, perkelahian, pelanggaran lalu lintas maupun sengketa pembagian harta warisan.¹⁹ Jika terjadi konflik atau persengketaan antara warga dan tidak dilakukan *adat badamai* diyakini akan merusak tatanan harmoni yang merupakan pelanggaran terhadap kearifan tradisional.²⁰ Jika konflik terjadi apalagi yang berkaitan dengan peristiwa pidana, maka tokoh-tokoh masyarakat (tetua kampung) berinisiatif untuk mendamaikan para pihak yang bersengketa. Diupayakan pertemuan (*musyawarah*) keluarga, dilanjutkan acara selamatan, dengan bermaaf-maafan dan terkadang disertai dengan perjanjian tidak akan memperpanjang sengketa dan permusuhan. Bahkan diantara kedua belah pihak diikat dalam sebuah persaudaraan yang lazim disebut sebagai *baangkat dangsanak* (dipersaudarakan) atau *baangkat kuitan* (menjadi orang tua dan anak angkat). Ciri khas yang membedakan adat badamai dengan penyelesaian damai pada masyarakat lainnya adalah : adanya nilai-nilai atau norma yang harus dipatuhi, adanya upacara yang mengiringi sebagai simbol tuntasnya sengketa atau pertikaian, adanya acara maangkat dangsanak atau maangkat kuitan (dipersaudarakan) yang sarat dengan unsur-unsur ritual yang bersifat religi

¹⁹ Mochrani, *Sistem Kemasyarakatan Masyarakat Banjar*, Seminar Sistem Nilai Budaya Masyarakat Banjar dan Pembangunan, Banjarmasin, 28-30 Juni 1985.

²⁰ Suatu pelanggaran (delik) ialah setiap gangguan terhadap keseimbangan dan terhadap benda-benda materiil dan immaterial orang-orang dan masyarakat. Tindakan demikian itu menimbulkan suatu reaksi adat yang besar kecilnya ditentukan oleh hukum adat. Dan oleh reaksi tersebut keseimbangan dapat dan harus dipulihkan kembali (kebanyakan dengan pembayaran uang atau benda-benda). Lihat Sunaryo, *Asas Memutus Perkara Menurut Hukum Adat*, Kedaulatan Rakyat, Senin 2 Desember 1996.

semisal adanya upacara *batapung tawar*²¹ Lengkap dengan hidangan nasi ketan dan kelapa parut yang dicampur dengan gula jawa.²²

Dalam masyarakat Banjar *adat badamai* terdapat beberapa peristilahan dan penggunaan. Dalam kasus atau perkara keperdataan, lazim disebut dengan istilah *basuluh* atau *ishlah*. Namun dalam perkara pelanggaran susila atau pelanggaran lalu lintas dan peristiwa tindak kekerasan, perkelahian, penganiayaan dan masalah yang menyangkut pidana, lazim dikenal dengan istilah *badamai*, *baparbaik* (*babaikan*), *baakuran*, *bapatut* atau *mamatut* dan sebagainya. Namun secara umum istilah yang digunakan adalah mengacu kepada *adat badamai*.²³

Bilamana Hukum Adat dirumuskan seperti yang ditetapkan dalam Seminar Hukum Adat dan Pembangunan Nasional (1975) sebagai Hukum Indonesia Asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia, yang di sana sini mengandung unsur agama, maka dapatlah dikatakan bahwa yang dimaksud dengan Hukum Adat Badamai pada masyarakat Banjar adalah keseluruhan hukum yang tidak tertulis yang berlaku di kalangan orang-orang Banjar yang untuk sebagian dipengaruhi oleh Hukum Islam.²⁴ Persoalannya kemudian adalah dimana posisi UUSA dalam konsep hukum adat, apakah UUSA termasuk hukum adat, sedangkan UUSA tersebut terdokumentasikan dalam bentuk tertulis.

²¹ Upacara perdamaian yang ditandai dengan simbol memercikkan *minyak likat baboreh* (minyak kelapa dicampur dengan wewangian) ke kepala para pihak sebagai simbol persaudaraan.

²² Alfani Daud, *Islam dan Masyarakat Banjar, Diskripsi dan Analisa Kebudayaan Banjar*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1997, hlm. 198.

²³ Gazali Usman, *Op. Cit.* 185.

²⁴ Lapoaran Hasil Penelitian, *Hukum Adat Kalimantan Selatan*, Tim Peneliti Unlam bekerjasama dengan Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Propinsi Dati I Kalimantan Selatan Banjarmasin, 1990.

Dalam mengomentari persoalan ini Soeryono Soekanto mengatakan: Hukum yang tidak tertulis dinamakan hukum adat, yang merupakan sinonim dari pengertian hukum kebiasaan. Apabila dijumpai hal-hal yang ditulis, hal itu merupakan hukum adat yang tercatat (*beschreven adatrecht*) dan hukum adat yang didokumentasikan (*gedocumenteerd adatrecht*).²⁵ Selanjutnya dijelaskan bahwa pada umumnya hukum adat yang tercatat merupakan hasil-hasil penelitian para ahli yang kemudian dibukukan dalam bentuk monografi. Hukum adat yang didokumentasikan merupakan pencatatan hukum adat yang dilakukan oleh fungsionaris-fungsionaris atau pejabat-pejabat. Contohnya adalah antara lain, awig-awig di kalangan masyarakat adat di Bali,²⁶ termasuk juga dalam hal ini UUSA.

Berdasarkan acuan tersebut maka dapat dibuat kerangka bahwa Hukum Adat Badamai pada masyarakat Banjar terdiri atas 3 unsur, yaitu:

- (1) *Unsur-unsur yang tidak tertulis, berupa kebiasaan-kebiasaan yang tumbuh dan berkembang dalam praktek pergaulan hidup dalam masyarakat. Ini mencakup segala apa saja yang sudah terbiasa dianggap baik oleh masyarakat dan akan menimbulkan reaksi dari berbagai lapisan masyarakat kalau hal tersebut dilanggar. Tegasnya pelanggaran akan mendapatkan sanksi minimal berupa celaan dari masyarakat. Kebiasaan demikian dalam masyarakat Banjar berbeda antara satu tempat dengan tempat lainnya terutama dilihat dari besar kecilnya pengaruh pendidikan dan modernisasi serta kegiatan pembangunan lainnya yang dilaksanakan oleh Pemerintah.*
- (2) *Unsur-unsur yang berasal dari hukum Islam, yaitu mencakup segala ketentuan syariat islam dan hukum-hukum fiqh yang dipertahankan dan dianut oleh masyarakat sebagai bagian besar dari ajaran agamanya. Berkenaan dengan ini penentuan apa yang merupakan ajaran agama adalah tergantung pada persepsi warga masyarakat sesuai dengan apa yang disampaikan oleh para ulama di daerah ini sejak zaman dahulu. Penentuan sesuatu adalah wajib, sunat, mubah, makruh dan haram pada dasarnya ditentukan dari para ulama dan tetap dipegang terus sebagai criteria*

²⁵ Soerjono Soekanto, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1970, hlm. 10.

²⁶ Soerjono Soekanto, *Ibid.*, hlm. 10.

penilaian ketika seseorang menghadapi fakta tertentu yang memerlukan penilaian.

- (3) *Unsur-unsur yang berasal dari zaman kerajaan Banjar, untuk hal ini tidak ditentukan suatu ketentuapun selain dari apa yang dinamakan Undang-undang Sultan Adam (1835) seorang Sultan yang terkenal alim dan dihormati oleh rakyatnya. Undang-undang yang terdiri dari atas beberapa pasal ini kelihatannya pelaksanaannya sangat tergantung pada Sultan, sehingga sepeninggal Sultan Adam lebih-lebih lagi setelah meninggalnya Sultan Adam kurang banyak mendapat perhatian kecuali dalam bidang hukum pertanahan yang masih ditaati oleh masyarakat.*²⁷

Ditinjau dari kerangka tersebut maka apa yang disebut Hukum Adat Kalimantan Selatan atau lebih spesifik Hukum *Adat Badamai* pada masyarakat Banjar adalah merupakan suatu realita yang dapat ditemukan dalam masyarakat orang-orang Banjar di Kalimantan Selatan. Walaupun dalam beberapa hal sebagai akibat dari modernisasi dan pelaksanaan berbagai peraturan perundang-undangan, pengaruhnya mulai menipis. Ketentuan hukum *Adat Badamai* yang demikian kurang banyak mendapat perhatian dari para pakar hukum adat seperti Mallinckrodt²⁸ karena kalau ia berbicara tentang Hukum adat Kalimantan (*Adatrecht van Borneo*) selalu diidentikkan dengan Hukum adat Dayak, sedangkan pakar Hukum adat lainnya seperti Van Vollenhoven dan Ter Haar, memasukan wilayah Hukum Adat Banjar ini ke dalam wilayah Hukum Adat (*adatrechtskring*) Melayu di Sumatera.²⁹

Menurut Mallinkrodt suku Banjar adalah suatu nama yang diberikan untuk menyebut suku-suku Melayu yang terutama berasal dari daerah penguasaan Hindu

²⁷ *Ibid.*, lihat Abdurrahman, *Loc. Cit.*

²⁸ *Loc. Cit.* hlm.

²⁹ Dalam pembagian 19 wilayah Hukum Adat di Indonesia sebagaimana ditulis oleh Van Vollenhoven Adat Banjar tidak termasuk kategorie sendiri, namun diklasifikasikan ke dalam Adat Melayu, lihat Mahadi, *Uraian Singkat tentang Hukum adat sejak RR Tahun 1854*, Alumni Bandung, 1991, hlm. 105-106.

Jawa yang sebagian besar berdiam di pesisir Kalimantan Selatan, Tengah, Timur dan Barat.³⁰ Menurut J.J. Ras konsentrasi koloni Melayu yang pertama terdapat di daerah Tabalong, yang kemudian berkembang menjadi suku Banjar. Mereka ini bermigrasi dari Indonesia Barat pada permulaan abad Pertama Msehi.³¹ Mereka memasuki bagian Timur Teluk Besar dengan lereng-lereng kaki pegunungan Meratus sebagai pantainya, danau daratan rendahnya kemudian disebut Banua Lima dan Banua Lawas. Dalam wilayah tua inilah golongan melayu ini berbaur dengan kelompok Olo Maanyan dan orang-orang Bukit, menelurkan inti pertama suku Banjar mendirikan kerajaan Tanjung Pura dengan ibu kota Tanjung Puri yang mungkin sekali terletak di sekitar Tanjung sekarang.³²

Memang pembagian 19 wilayah hukum adat versi Van Vollenhoven tidak selalu tepat. Di dalam menyusun klasifikasi lingkungan hukum adat Kalimantan Selatan (Banjar) ternyata menimbulkan bias, karena ternyata van Vollenhoven terpengaruh oleh pendapat para sarjana bahasa.³³ Karenanya secara etnisitas orang Banjar dari segi asal usul tidak dipahami betul oleh Van Vollenhoven sehingga ia memasukkan ke dalam Melayu Sumatera (*adatrechtkring*). Padahal orang Banjar memiliki karakteristik yang cukup unik. Dalam hal ini pendapat Mallinckrodt ada benarnya. Memang secara etnis orang Banjar lebih dekat dengan Melayu,³⁴ namun tidak berarti lingkungan hukum adatnya juga Melayu. Sebab

³⁰ Mallinkordt, *Het Adatrecht van Boerne*, J.E. Brill, Leiden 1928, hlm. 48.

³¹ M. Idwar Saleh, Banjarmasin Sejarah Singkat mengenai Bangkit dan Berkembangnya Kota Banjarmasin serta Wilayah sekitarnya sampai dengan tahun 1950, B.masin, 1975, hlm. 13.

³² M. Idwar Saleh, *I b i d.*, hlm. 14.

³³ Soerjono Soekanto, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia, Esa, Jakarta, 1970, hlm. 55.

³⁴ Soeryono Soekanto, di Kalimantan terdapat 73 suku atau etnis termasuk suku Banjar Melayu pesisir, lihat Soerjono Soekanto, *Hukum Adat Indonesia*, Rajawali Press, Jakarta, 1983, hlm. 23. Tentang Pembagian Wilayah Hukum Adat pada Bagian ke 5 Tanah Melayu (Lingga-

mengapa Kabupaten Kotabaru tidak termasuk wilayah hukum adat Banjar. Tetapi kabupaten Hulu Sungai justru termasuk katagore lingkungan adat Dayak. Boleh jadi telah terjadi percampuran (asimilasi antara Melayu, Dayak dan sebagainya). Sehingga kajian ini perlu dikembangkan lagi lebih lanjut.

Lebih jauh dapat dikemukakan bahwa kebiasaan masyarakat yang disebutkan sebagai "*adat*" atau "*adat kebiasaan*" atau "*adat istiadat*" sangat sulit untuk dibedakan dari Hukum Adat, sehingga secara konsepsional Hukum Adat tidaklah dapat ditempatkan secara tegas dari adat istiadat tersebut. Begitu juga dalam kaitannya dengan hukum agama, mengingat sebagian besar dan ketentuan hukum agama dalam persepsi masyarakat sudah berbaur dengan hukum adat setempat, sehingga akan ditemukan ada pranata yang dianggap sebagai pranata agama akan tetapi kalau ditinjau dari segi ajaran agama Islam sesuai dengan ajaran Qur'an dan Hadits, hal ini bukan merupakan bagian dari ajaran agama. Ratno Lukito menyatakan bahwa antara hukum Islam dan hukum adat merupakan dua sistem yang berbeda, namun tak perlu dipertentangkan. Dalam kaitannya dengan prospek ke depan bagaimana melakukan *harmonisasi* antar sistem hukum baik antara hukum Barat, hukum Islam maupun hukum adat.³⁵

Hukum Islam yang berlaku untuk sebagian besar dipengaruhi oleh Mazhab Syafi'i. Hal ini juga dinyatakan dengan tegas dalam Undang-undang Sultan Adam (1835) terutama untuk bidang perkawinan.³⁶

Riau, Indragiri, Sumatera Timur, Orang Banjar). Lihat Bushar Muhammad, *Asas-Asas Hukum Adat, Sebuah Pengantar*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 2002, hlm. 94. Juga Lihat B. Ter Haar, *Asas-Asas Hukum Adat*, Pradnya Paramitha, Jakarta, 1999, hlm. 34.,

³⁵ Ratno Lukito, *Pergulatan Hukum Islam dan Hukum Adat*, Inis, Jakarta, 1998.

³⁶ Dalam praktek ternyata ditemukan juga pengaruh dari mazhab lain seperti dalam upacara kematian dikenal acara *bahelah* yang mereka ambil dari mazhab Hanafi. Hal ini

Aplikasi Hukum Islam cukup terasa melalui peranan para alim ulama. Selain itu juga sejak zaman dahulu telah dikenal pejabat Agama yang dinamakan Mufti dan Qadhi yang semula merupakan pejabat dalam struktur Kerajaan untuk menjalankan fungsi peradilan. Akan tetapi walaupun Kerajaan Banjar sudah dihapuskan pada tahun 1860, namun kedudukan Mufti dan Qadhi dalam masyarakat masih tetap dominan sampai dengan berdirinya Negara Kesatuan Republik Indonesia seperti sebutan "*Surgi Mufti*" dan "*Tuan Qadli*".

Pemerintah Belanda sendiri tetap mempertahankan peranan *Qadli* dengan dibentuknya kerapatan *Qadli* dan Kerapatan *Qadli* Besar berdasarkan Stb 1937 No. 638 dan 639 sebagai salah satu bentuk peradilan Agama Islam khususnya untuk daerah ini berbeda dengan daerah lainnya nama kerapatan *Qadli* ini masih tetap dipertahankan terus sampai tahun 1975 ketika pemerintah menyelenggarakan penyeragaman nama pengadilan-pengadilan Agama di Indonesia hanya dengan satu nama yaitu Pengadilan Agama. Namun Stb 1937 No. 638 dan 639 tetap berlaku terus sampai dengan dicabutnya berdasarkan Undang-undang No. 7 tahun 1989 tentang peradilan agama. Untuk Daerah Kalimantan Selatan peranan *Qadli* (dulunya juga Mufti) besar sekali dalam pembinaan dan pengembangan Hukum.³⁷

menunjukkan bahwa sebagian besar para Ulama juga cukup terbuka dalam menerima faham mazhab lain dalam pelaksanaan hukum. Lihat Lapoaran Hasil Penelitian, *Op.Cit.*, 43. Lihat Hasil Penelitian, *Mazhab Fiqih yang berkembang di Kalimantan Selatan*, Tim Peneliti Fakultas Syari'ah, IAIN Antasari, Banjarmasin, 1990.

³⁷ H. Abdurrahman, *Menggagas Format Baru Peranan Peradilan Agama Pasca Lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama*, Makalah yang disajikan dalam Seminar tentang Peranan Peradilan Agama Pasca Lahirnya UU No. 3 tahun 2006, 18 September 2006, Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin.

Selain Mufti, Qadli juga sangat besar peranannya dalam pengembangan hukum di daerah ini, adalah "*penghulu*"³⁸ yang pada saat sekarang peranannya hanya untuk mengawinkan dan melakukan pencatatan perkawinan. Jabatan ini diperkirakan jabatan yang baru tumbuh kemudian karena sama sekali tidak disebutkan dalam undang-undang Sultan Adam (1835). Sekalipun ia hanya sekedar petugas pembantu Pejabat Pencatat Perkawinan dan sebelumnya ia bertugas sebagai P3NTR (Pegawai Pembantu Pencatat Nikah, Talak dan Rujuk) bagi masyarakat ia juga berfungsi sebagai pemuka masyarakat, tokoh agama yang kadang-kadang diminta pendapat dalam pemecahan masalah-masalah hukum tertentu, termasuk dalam penyelesaian hukum (*badamai*).³⁹

Selain itu dalam masyarakat Banjar, terutama sekali untuk bidang-bidang tertentu yang sudah secara tegas dibuat ketentuan hukum tertulisnya dalam kenyataan hukum tertentu lebih dominant pengaruhnya seperti undang-undang No. 5 tahun 1960 untuk bidang pertanahan dan undang-undang no. 1 tahun 1974 untuk bidang perkawinan.

³⁸ Penghulu dalam kedudukannya sekarang adalah sebagai Pegawai Pencatat Nikah (PPN) berkedudukan di bawah Kantor Urusan Agama (KUA) Kecamatan yang merupakan Pejabat Pencatatan Nikah (PPN) yang oleh masyarakat lebih dikenal dengan sebutan "*Naib*" dalam praktiknya cukup berperan walaupun tidak sebesar penghulu karena pelaksanaan tugasnya secara tidak langsung berhubungan dengan masyarakat.

³⁹ Sekalipun pejabat-pejabat tersebut tidak secara langsung berkenaan dengan hukum adat tetapi sebagai petugas yang disertai kewajiban melaksanakan hukum Islam, dalam kenyataan secara tidak langsung juga mempunyai peranan melakukan pembinaan terhadap hukum yang hidup dalam masyarakat hal ini juga menunjukkan bahwa antar hukum Islam dan Adat di daerah Kalimantan Selatan tidak bisa dipisahkan secara tegas karena antara keduanya sudah berbaur satu dengan lainnya.

B. Masyarakat Banjar

1. Asal usul masyarakat Banjar

Asal usul suku Banjar menurut JJ Ras berasal dari konsentrasi koloni Melayu yang pertama terdapat di daerah Tabalong, yang kemudian berkembang menjadi suku Banjar, yang disebutnya sebagai *Bandjar on the coast*.⁴⁰ Mereka ini bermigrasi dari Indonesia bagian Barat dan permulaan abad pertama Masehi. Mereka memasuki bagian Timur “Teluk Besar” pada lereng-lereng kaki Pegunungan Meratus sebagai pantainya, yang danau dataran rendahnya kemudian disebut dengan Banua Lima atau Benua Empat. Dalam wilayah tua inilah golongan Melayu berbaur dengan kelompok Olo Maanyan dan orang-orang Bukit, telah mengeluarkan inti pertama suku Banjar dengan mendirikan Kerajaan Tanjung Pura dengan Ibu kota Tanjung Puri yang mungkin sekali terletak di Tanjung Kabupaten Tabalong sekarang.

Istilah “Banjar” itu sendiri ditemukan dalam hikayat Banjar dengan asal “Banjarmasih”, yang umumnya dipakai untuk menyebut “Negeri Banjarmasin”. Disebutkan nama Banjarmasin dikarenakan nama orang besar yang ada di Banjar adalah Patih Masih. Banjar sendiri mengandung makna berderet-deret sebagai letak perumahan kampung pedukuhan atau desa, yang terletak di atas air sepanjang pinggir sungai. Nama patih Masih adalah nama sebutan dari Patih Oloh Matih yang artinya Patih orang Melayu sebagai sebutan yang ditujukan kepada Kepala suatu kelompok etnis di daerah Kalimantan.⁴¹ Sehingga istilah Banjar dan

⁴⁰ JJ. Ras, *Hikayat Banjar a Study in Malay Historie*, (Graphy Nartinus Nijhoof, The Haguw, 1966, hlm. 15.

⁴¹ Idwar Saleh, *Sejarah Singkat Mengenai Bangkit dan Berkembangnya Kota Banjarmasin serta Wilayah Sekitarnya sampai tahun 1950*, (Banjarmasin, 1975), hlm. 17.

Banjarmasih dalam hikayat Banjar menunjuk kepada nama desa yang terletak di sekitar Cerucuk sekarang ini. Di samping desa Serapat, Tamban, Juin dan Belitung. Di samping itu pedagang dari Jawa yang tiap tahun ke Banjarmasin lebih mengenal dengan istilah nama “Negeri Banjar”. Kota Banjar”, dan “Tanah Banjar”.

Kalau diteliti lebih jauh, maka sebenarnya “orang Banjar” (Urang Banjar) terdiri dari beberapa kelompok suku bangsa, yaitu terdiri dari etnik Melayu sebagai etnik yang dominan, yang ditambah dengan etnik lainnya yaitu etnik Bukit, Ngaju dan Maanyan. Kemudian konsep itu dipakai untuk menyebutkan penduduk asli Kalimantan, yaitu mereka yang termasuk dalam kelompok Melayu muda yang umumnya tinggal di sekitar Pantai dan menganut agama Islam. Agama Islam merupakan karakter khusus dari masyarakat Banjar, dimana sejarah masuknya agama Islam dalam masyarakat banjar bersamaan dengan berdirinya Kerajaan Banjar. Walaupun agama Islam sudah masuk dan berkembang terbatas di Kalimantan.

Melekatnya agama Islam pada masyarakat Banjar ini di tandai oleh suatu peristiwa sejarah Kerejaan Daha, dimana diceritakan suatu ketika terjadi pertentangan antara Raden Samudera, waris sah Kerajaan Daha dengan pamannya Pangeran Tumenggung yang ingin mengambil alih Kerajaan. Pangeran Samudera bersama-sama Patih masih menyusun kekuasaan di daerah Banjar untuk menghadapi pamannya tersebut, karena masih kurang berimbangny kekuatan, atas saran Patih Masih, Raden Samudera meminta bantuan pada Sultan Demak. Sultan Demak bersedia asal dia memeluk agama Islam. Syarat tersebut disanggupi

oleh Raden Samudera, dan Sultan Demak mengirimkan pasukannya untuk membantu Raden Samudera di bawah pimpinan Khatib Dayan, iapun memeluk agama Islam, yang kemudian diikuti oleh seluruh penduduk Banjar (24 September 1524).⁴²

Orang Banjar tersebar di berbagai daerah di Kalimantan Selatan, sehingga mereka itu menjadi kelompok-kelompok sendiri, yang menurut Mallinckrodt apabila didasarkan atas bahasa dapat dibagi menjadi:

1. Banjar Kota, yang ada di Banjarmasin;
2. Orang Negara, yang ada di Negara;
3. Alabio, yang ada di Alabio;
4. Pamangkih, yang ada di Pamangkih;
5. Amuntai, yang ada di Amuntai;
6. kandangan, yang ada di Kandangan;
7. Barabai, yang ada di Barabai; dan
8. Martapura, yang ada di Martapura.⁴³

Sebenarnya secara sederhana orang Banjar dapat dikelompokkan ke dalam dua bagian, yaitu Banjar Kuala dan Banjar Hulu. Banjar kuala adalah mereka yang tinggal di Kota Banjarmasin dan daerah sekitarnya, termasuk orang Banjar Martapura yang bahasanya digunakan dalam undang-undang Sultan Adam. Sedangkan Banjar Hulu adalah mereka yang bermukim di daerah Hulu Sungai, yang terkenal dengan istilah “Benua Lima”, seperti Rantau, Kandangan, Barabai, Amuntai dan lain-lain.

⁴² Abdurrahman, *Studi tentang Undang-Undang Sultan Adam 1835*, STIH Sultan Adam, Banjarmasin 1989, hlm. 15.

⁴³ Mallinckrodt, *Het Adatrecht van Borneo I-II*, Leiden: M. Dubbeldeman, 1928, hlm. 47.

Masyarakat Banjar⁴⁴ merupakan komunitas etnik atau kumpulan penduduk asli Kalimantan Selatan yang termasuk dalam kelompok Melayu Muda (terdiri dari etnik Melayu sebagai etnik dominan, kemudian ditambah dengan unsur Bukit, Ngaju dan Maanyan) yang umumnya tinggal disekitar pantai dan telah menganut agama Islam⁴⁵. Secara historis etnis Banjar adalah hasil pembauran yang unik dari sejarah sungai-sungai Bahau, Barito, Martapura, dan Tabonio.⁴⁶ Komunitas etnik Banjar ini terbentuk menyusul kemenangan Sultan Suriansyah.⁴⁷ Dalam perang melawan pamannya sendiri Pangeran Tumenggung⁴⁸ yang mengganggu amanah.⁴⁹

Masyarakat Banjar terdiri dari tiga kelompok yaitu : Banjar Muara, kelompok ini didominasi oleh suku Ngaju, kelompok Batang Banyu yang didominasi suku Maanyan dan kelompok Banjar Hulu yang didominasi oleh orang Bukit.⁵⁰ Ketiga kelompok tersebut mengalami proses akulturasi budaya,

⁴⁴ Pada tahun 2000, etnis Banjar tercatat sebanyak 2.251.913 jiwa, sementara itu jumlah seluruh penduduk Kalimantan Selatan 2.953.857 jiwa, tidak termasuk etnis Banjar di perantauan seperti di Sapat Riau, di Nyamplungan Jawa Timur, dan daerah lainnya. Sebagaimana etnis lainnya yang ada di Kalimantan Selatan yaitu seperti etnis Jawa, Madura, Bugis, dll, maka etnis Banjar tersebar di sebelas kabupaten dan dua kota di Kalimantan Selatan.. Sebagian besar khususnya di desa-desa, etnis ini bekerja di sektor pertanian, sedangkan mereka yang tinggal di daerah perkotaan memperlihatkan keragaman, terutama sebagai pedagang, penjual jasa, dan sebagian kecil pegawai negeri. Lihat Tim Peneliti/Penulis Pemerintah Propinsi Kalimantan Selatan, *Urang Banjar dan Kebudayaannya*, Banjarmasin, Oktober, 2005, hlm. 124.

¹⁹ M. Idwar Saleh, *Sejarah Orang Banjar*, 1989, hlm. 129.

²⁰ M. Idwar Saleh, *Sejarah daerah Temati, Zaman Kebangkitan Nasional 1900-1942 di Kalimantan Selatan*, Depdikbud, 1978, halaman 19.

²¹ Sultan Suriansyah semula bernama Raden Samudera merupakan Raja pertama dari kerajaan Banjar yang beragama Islam lihat JJ Ras, *Suluh Kerajaan Banjar*.

⁴⁸ Pangeran Tumenggung merupakan raja terakhir dalam silsilah kerajaan Banjar yang beragama Budha, lihat JJ Ras, *Suluh Kerajaan Banjar*.

⁴⁹ Tim Penulis/Peneliti Pemprop Kal-Sel, *Sejarah Banjar*, Banjarmasin, 2003, hlm. 93. Lihat Humaidy Abdussami', *Demokrasi dalam Perspektif Budaya Banjar*, LKPSM, Yogyakarta, 1996, halaman 113.

⁵⁰ M. Idwar Saleh dkk, *Sejarah Daerah Kalimantan Selatan*, Jakarta, Depdikbud, 1978, halaman. 30-32.

sesuai dengan perkembangan saat itu. Proses pewarisan budaya Banjar tidak hanya dengan cara turun temurun, akan tetapi ada pengaruh kondisi lain, yaitu berupa kesatuan wilayah (sebagai bekas kerajaan Banjar), dan kesatuan agama (Islam). Bahkan adanya pembaharuan yang unik antara penduduk asli yaitu Dayak, Melayu dan Jawa yang masuk melalui ekspansi kerajaan Demak. Dalam perkembangan sejarah berikutnya kebudayaan Banjar dimulai dari percampuran kebudayaan Melayu dengan kebudayaan Bukit dan Maanyan sebagai kebudayaan inti, kemudian membentuk kerajaan Tanjungpura dengan agama Budha.⁵¹

Percampuran kebudayaan antara kebudayaan setempat dengan kebudayaan Jawa, pertama kali terjadi dengan kebudayaan Maanyan, Bukit dan Melayu sebagai inti, kemudian membentuk kerajaan Negara Dipa, yang beragama Budha. Pada akhirnya terjadi perpaduan kebudayaan Ngaju, Maanyan dan Bukit dengan kebudayaan Jawa (Demak) yang membentuk kerajaan Banjar Islam. Perpaduan budaya terakhir inilah yang bertahan sampai sekarang.⁵²

⁵¹Tim Penulis/Peneliti Pemprop Kal-Sel, *Op. Cit.* Hlm. 77. Humaidy Abdussami', loc cit.

⁵²Faruk HT, *Demokrasi dalam Perspektif Budaya Banjar*, LKPSM Yogyakarta, 1996, halaman 98. Lihat M Idwar Saleh, *Sekilas Mengenai Daerah Banjar dan Kebudayaan sungainya Sampai Dengan Akhir Abad-19*, Depdikbud Provinsi Kal-Sel, Museum Lambung Mangkurat, 1983-1984.

Istilah Banjar⁵³ sebagai kampung tidak pernah digunakan, kecuali Banjarmasin, yang berarti Banjar Oloh Masih atau lebih dikenal dengan kampung Melayu,⁵⁴ kemudian ada unsur bahasa Jawa dan bahasa Ngaju. Kata “Banjarmasin” asalnya “Banjar” dan “Masih” terambil bahasa Melayu. Banjar” yang berarti kampung dalam bahasa Melayu, dan kata “masih” adalah sebutan perkampungan orang melayu dalam ucapan bahasa Ngaju. Dengan demikian “Banjarmasin” berarti perkampungan orang Melayu dalam ucapan bahasa Ngaju. Kata Banjarmasin inilah yang kemudian menjadi Banjarmasin.⁵⁵

Karenanya istilah Banjar bukan sekedar konsep politis, etnis dan sosiologis, akan tetapi sekaligus konsep agamis atau Islamis. Artinya masyarakat Banjar adalah masyarakat Islam karena mereka memang semuanya penganut agama Islam yang taat dan bahkan cenderung fanatik. Dengan identitas inilah biasanya mereka dibedakan dengan orang Dayak yang tinggal di pedalaman yang umumnya tidak beragama Islam,⁵⁶ disamping untuk membedakan dengan masa

⁵³Perkataan Banjar berarti berderet-deret, yang dikonotasikan dengan letak perumahan penduduk di sepanjang pinggir sungai. Manusia Banjar berasal dari tiga kelompok. Ketiga kelompok ini kemudian membentuk satu group, dari kelompok Banjar Muara yang didominasi oleh suku Ngaju. Kelompok Banjar Batang Banyu yang didominasi oleh suku Bukit. Sedang kata Masih adalah diambil dari nama pemimpin para patih yang menguasai wilayah muara. Kemungkinan patih Masih ini berasal dari kelompok Melayu, karena dalam bahasa Dayak Ngaju untuk menyebut orang-orang yang berbahasa Melayu dengan Oloh masih (orang Melayu). Dengan demikian Banjar Masih adalah sebutan untuk Kampung Oloh Masih atau Kampung Melayu. Nama Banjarmasin timbul akibat kekeliruan Belanda dalam melafalkan Banjarmasin menjadi Banjarmasin seperti terlihat para arsip :

a. Kontrak 4 Sdept. A 1635 Banjarmassingk

b. Kontrak 1664 : Pangeran suryanata in Banzarmasch (Masih) Pangeran Ratu op Banjarmasch Masih)

c. Kontrak 1733 : Coninkrijk Banjermassing

d. Kontrak 1787 : 't rijk Banjermassing

e. Kontrak 1845 : Sultan v. Banjarmasin, dst. Lihat M. Idwar Saleh dkk, *loc cit.*

⁵⁴M. Idwar Saleh dkk, *ibid.*

⁵⁵Tim Penulis/Peneliti Pemprop Kal-Sel, *Op. Cit.* hlm. 67.

⁵⁶Abdurrahman, *Op. Cit.* halaman 125.

lalu (nenek moyang) mereka yang beragama Hindu, Budha, Anisime, Dinamisme dan kepercayaan lainnya. Tetapi tidak berarti seluruh kepercayaan lama itu ditinggalkan begitu saja oleh masyarakat Banjar setelah memeluk agama Islam, melainkan masih terdapat sisa-sisanya yang menjadi satu mata rantai dalam ajaran Islam terutama hal-hal yang tidak bertentangan dengan ruhnyanya. Karena Islam masuk ke kawasan ini secara lembut dan damai sehingga hal-hal lama yang bersesuaian dengan jiwanya akan terserap (berinteraksi dan berasimilasi) sedemikian rupa menjadi satu kesatuan yang saling mengisi dan memperkaya satu sama lain.⁵⁷ Akibat interaksi dan asimilasi itu membentuk sikap keberagamaan sebagian masyarakat Banjar lebih singkretis.

Budaya Banjar sangat dipengaruhi oleh nilai-nilai Islam, bahkan Islam menjadi dasar budaya Banjar.⁵⁸ Akan tetapi tentu saja tidak berarti budaya Banjar sama dan sebangun dengan budaya daerah dan negara lain yang berkebudayaan Islam. Mengingat perbedaan ruang dan waktu serta perbedaan intensitas-kualitas interaksi Islamnya dengan budaya setempat. Disamping itu meskipun budaya Banjar penuh dengan nilai-nilai Islam, namun budaya Banjar telah mengalami akulturasi dengan budaya dayak dan pernah bersentuhan dengan budaya Jawa ketika kerajaan Banjar menjadi vazal kerajaan Demak. Juga secara kultural pernah bersentuhan dengan budaya Sumatera terutama Aceh, ketika tokoh-tokoh agamanya seperti Hamzah Fansuri dan Nuruddin al-Raniry menjadi guru

⁵⁷Tim Penulis/Peneliti Pemprop Kal-Sel, *Op. Cit.* hlm. 97.

⁵⁸Humaidy Abdussami', *Ibid.*

intelektual dan spiritual masyarakat Banjar melalui ajaran *tasawuf wihdatul wujud* dan kitab *Sirathal-Mustaqim*.⁵⁹

Dari budaya Banjar ini telah lahir sosok manusia Banjar yang punya budaya religius meskipun terkadang kereligiusannya tidak melalui proses berpikir matang, punya budaya mistis yang mendalam dari aliran putih sampai aliran hitam, punya budaya dagang yang kuat, meskipun sampai sekarang tidak ditemukan orang Banjar yang sudah menjadi konglemerat dan punya budaya *madam* (perantau) yang tinggi sehingga banyak ditemukan perkampungan Banjar di berbagai daerah di Indonesia seperti di daerah Nyamplungan (Surabaya), Jayengan (Solo), Tambilahan (Riau), tungkal (Jambi), Makassar (Sulawesi Selatan), Gorontalo (Sulawesi Utara), bahkan sampai ke negeri Jiran Malaysia seperti di Sapat, Batu Pahat dan Pulau Pinang.⁶⁰

Upacara tradisional masih memegang peranan penting dalam setiap tahap kehidupan orang Banjar. Sebagai contoh seorang anak yang menginjak dewasa dan telah menyelesaikan pelajaran (*khatam membaca*) kitab suci al-Qur'an dirayakan dengan upacara "*batamat*".⁶¹ Contoh lain, seorang bayi yang lahir

⁵⁹Gazali Usman, *Kerajaan Banjar (Sejarah Perkembangan Politik, Ekonomi Perdagangan dan Agama Islam)*, Penerbit Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin, 1994, halaman 164.

⁶⁰ Taufik Arbain, *Migrasi Orang Banjar di daerah Kalimantan Tengah*, tesis, pada Program Kependudukan Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, tahun, 2003.

⁶¹ *Batamat* adalah upacara keagamaan yang dilaksanakan ketika anak telah menamatkan pelajaran Al-Qur'an. Dia duduk dengan pakaian terbaik dan dipayungi dengan payung kembang yang dibuat dari bunga-bunga yang wangi. Si anak membaca surat-surat yang dimulai dari surat Al-Dhuha dan diakhiri dengan membaca surat Al-Nas didampingi oleh guru mengaji.

diberi nama dalam suatu upacara "*tasmiah*".⁶² Semua ini adalah ciri yang mewarnai kehidupan orang Banjar.

Kesenian juga berperan penting dalam komunitas orang Banjar terutama tergambar pada upacara-upacara tradisional. Demikian juga dengan beberapa tarian dan pertunjukkan. Dapat disebutkan disini beberapa tarian dan pertunjukkan seperti tari kembang, tirik lalan, madihin, lamut, mamanda, dan silat. Lomba perahu adalah suatu pesta rakyat tradisional di mana perahu-perahu antar desa berlomba. Lomba cepat untuk mencapai garis finish. Perahu-perahu itu didekorasi secara tradisional dan sekitar 8 atau 10 orang lelaki mendayung perahu diiringi dengan sorak sorai masyarakat di tepi sungai yang menyaksikannya.

Dari segi tempat tinggal rumah orang Banjar besar-besar dan dikenal dengan nama "*rumah Banjar*".⁶³ Rumah ini besar karena di sini berkumpul satu keluarga besar yang terdiri dari kakek sampai dengan cucu-cucunya. Ia merupakan rumah serba guna yang sesuai dengan kondisi dan situasi pada masanya.

⁶² *Tasmiah* adalah merupakan prosesi yang amat penting dalam kehidupan anak pada masyarakat Banjar, upacara pemberian nama ini juga sebagai kewajiban orang tua terhadap anak, si anak diberikan nama yang baik sesuai dengan pemberian dan cita-cita orang tua, acara didahului dengan pembacaan ayat-ayat suci al-Qur'an baru dilanjutkan dengan pemberian nama oleh seorang ustad atau tuan guru. Prosesi tasmiah terkadang juga dirangkai dengan upacara *aqiqah* yaitu penyembelihan hewan kambing yaitu (2 ekor untuk anak lelaki dan 1 ekor kambing untuk anak perempuan). Upacara ini dilakukan ketika si anak berusia satu minggu atau dua minggu atau 3 minggu dan dirangkai dengan pencukuran rambut si anak. Apabila si orang tua belum mampu melaksanakan aqiqah maka aqiqah dapat dilaksanakan kapan si anak itu memiliki kemampuan. Lihat Abidin Ja'far, *Aqiqah menurut Sunnah Rasul*, Bina Ilmu, Surabaya, 1995, hlm. 26.

⁶³ Bentuk bangunan Rumah Banjar memiliki ciri-ciri tersendiri diantaranya rumah bubungan tinggi, gajah baliku, gajah manyusu dan lain-lain bangunannya tinggi-tinggi, terbuat dari kayu ulin, atap sirap. Dan biasanya posisinya selalu menghadap kea rah sungai, karena urat nadi kehidupan dan transportasi adalah sungai. Lihat Gazali Usman, *Loc. Cit.*

Kehidupan ekonomi orang Banjar pada waktu dahulu erat kaitannya dengan keadaan alam. Mereka hidup di tepi sungai dan melakukan kegiatan perekonomian dengan menggunakan sungai sebagai sarana utama. Namun sekarang seiring dengan menguatnya arus globalisasi dan modernisasi budaya sungai secara berangsur-angsur sebagai sarana kegiatan ekonomi sudah berubah mengikuti perkembangan modernitas hampir disegala bidang dalam hal, tidak saja dalam aspek ekonomi.

2. Lingkungan Geografis

Wilayah Provinsi Kalimantan Selatan⁶⁴ yang luasnya 3.700.000 hektar atau 41.447,5 Km persegi, merupakan wilayah terkecil di antara wilayah provinsi yang terdapat di Kalimantan, dan merupakan daerah asal usul penyebaran komunitas etnis Banjar. Meskipun di daerah-daerah lainnya terdapat juga penyebaran etnis Banjar akibat terjadinya migrasi pada kurun waktu yang lampau sehubungan dengan upaya dakwah dan perdagangan yang dilakukan masyarakat Banjar saat itu.⁶⁵

Provinsi Kalimantan selatan terletak di bagian selatan pulau Kalimantan dengan batas di sebelah Timur berbatasan dengan Selat Makasar; di sebelah Barat berbatasan dengan Provinsi Kalimantan tengah; di sebelah Utara berbatasan dengan Provinsi Kalimantan timur; dan di sebelah Selatan berbatasan dengan Laut Jawa.

⁶⁴Sumber data, *Kalimantan Selatan Dalam Angka*, BPS Kantor Statistik Provinsi Kalimantan Selatan, 2000.

⁶⁵Ibid.

Secara geografis Kalimantan Selatan terletak di antara 114 19' 13" bujur barat dan 116 33'28" bujur timur serta 121'49" lintang utara dan 4 10' 14" lintang selatan. Daerah yang dahulunya pernah populer dengan penemuan intan terbesar kedua di dunia yaitu penemuan spektakuler Intan Trisakti ini terbagi atas 12 daerah kabupaten dan kota. Daerah seluas 3.700.000 hektar ini terdiri dari daerah rawa 500.000 ha, daerah aluvial (dataran rendah) 200.000 ha. Alang-alang 960.000 ha, hutan 1.740.000 ha, pasang surut 200.000 ha, serta daerah banjir 100.000 ha.

Seiring langkah reformasi yang dilakukan oleh pemerintah beserta segenap rakyat Indonesia, menyusul lahirnya UU No. 22/99 tentang Pemerintahan Daerah yang kemudian diganti dengan UU No. 32/2004. Memungkinkan daerah untuk melakukan pemekaran wilayah menjadi propinsi, kabupaten kota yang baru, maka di berbagai daerah terjadi perubahan drastis dengan munculnya daerah pemekaran menjadi propinsi, kabupaten dan kota hasil pemekaran.

Provinsi Kalimantan Selatan yang tadinya terdiri dari sepuluh kabupaten dan satu kotamadia. Terdiri dari : Kotamadia Banjarmasin dengan ibu kota Banjarmasin, Kota Administratif Banjarbaru ibu kota Banjarbaru, Kabupaten Banjar dengan ibu kota Martapura, Kabupaten Tapin dengan ibu kota Rantau, Kabupaten Hulu Sungai Selatan dengan ibu kota Kandangan, Kabupaten Hulu Sungai Tengah dengan ibu kota Barabai, Kabupaten Hulu Sungai Utara dengan ibu kota Amuntai, Kabupaten Tabalong dengan ibu kota Tanjung, Kabupaten

Barito Kuala dengan ibu kota Marabahan, Kabupaten Tanah Laut dengan ibu kota Pelayari, Kabupaten Pulau Laut dengan ibu kota Kota Baru.⁶⁶

Menyusul desakan rakyat di dua kabupaten yaitu Kabupaten HSU dan Pulau Laut untuk melakukan pemekaran daerah. Setelah melalui proses panjang perjuangan segenap komponen dan telah memenuhi berbagai persyaratan secara politis sosiologis, administratif dan yuridis. Keinginan itu ditindak lanjuti dengan lahirnya Keputusan DPR RI dan persetujuan Menteri dalam Negeri. Akhirnya terwujudlah keinginan untuk melakukan pemekaran di dua kabupaten yaitu Kabupaten Hulu Sungai Utara menjadi dua yaitu Kabupaten Hulu sungai Utara dengan ibu kota Amuntai dan Kabupaten Balangan dengan ibu kota Paringin. Kemudian kedua adalah Kabupaten Pulau Laut menjadi Kabupaten Pulau Laut dengan ibu kota Kota Baru dan Kabupaten Tanah Bumbu dengan ibu kota Batu Licin.

Pada satu sisi, perubahan ini berdampak positif, dalam rangka pemberdayaan masyarakat. Termasuk dalam upaya menampung inisiatif dan prakarsa masyarakat di daerah untuk secara kreatif berperan serta dalam menentukan pembangunan di daerah. Akan tetapi karena pemekaran itu baru dilakukan dalam tataran politis dan yuridis, belum menyentuh tataran sosiologis, maka pada aspek ini rawan dan rentan terhadap persoalan kemasyarakatan. Terutama yang berkaitan dengan perbatasan wilayah antar kabupaten dan kota. Apalagi pemekaran itu belum diikuti dengan batas-batas wilayah yang jelas. Kesepakatan itu terjadi di atas kertas dan bersifat normatif, namun dalam tataran

⁶⁶ Lihat data Pemerintah Provinsi Kalimantan Selatan Tahun 2005.

empiris perlu ditindak lanjuti dalam bentuk adanya kesepakatan di lapangan agar masing-masing wilayah memiliki perbatasan yang jelas. Minimal ada simbol atau atribut berupa patok alam maupun buatan yang disepakati dan dapat memisahkan antar wilayah. Sehingga dapat menjembatani kesepakatan yang terdapat dalam tataran normatif sesuai kesepakatan politis di tingkat elite yang mengacu kepada patok dan peta yang disusun bersama.

Jumlah penduduk hingga awal tahun Pelita VI mencapai 2.554.174 jiwa dengan kepadatan rata-rata 73 jiwa/Km, dengan distribusi 21 % berada di kota dan sisanya berada di pedesaan. Pertumbuhan penduduk sebesar 3,4 % setahun yang disebabkan oleh pertumbuhan murni yang dipercepat pula oleh program transmigrasi. Kini penduduk Kalimantan Selatan menurut Sensus 2003, jumlah penduduknya sekitar 3.174.551 jiwa, terdiri atas laki-laki 1.583.358 (49,88 %) dan perempuan 1.591.193 (50,12 %).⁶⁷

Sebagaimana layaknya provinsi lain, Kalimantan Selatan juga memiliki fasilitas pendidikan yang lengkap, mulai dari tingkat taman kanak-kanak hingga perguruan tinggi.⁶⁸ Sekolah Dasar (SD) yang telah dibangun sejumlah 2,670 unit tersebar di seluruh desa sampai ke kota. Selain itu, telah berdiri SD swasta yang

⁶⁷ Menurut Sensus Penduduk Tahun 2003, jumlah penduduk terpadat berada di Banjarmasin yaitu 566.008 jiwa atau 7,417 orang per km², sedang penduduk terpadat kedua adalah kota Banjar Baru yaitu 139.386 orang atau 357 orang per km². Kabupaten Pulau Laut memiliki jumlah penduduk terbanyak kedua 453.688 orang, namun dari segi kepadatan merupakan terendah yaitu 30 orang per km² karena Pulau Laut merupakan wilayah terluas di Kalimantan Selatan.

⁶⁸ Di Banjar Baru dan Banjarmasin telah berdiri perguruan tinggi antara lain : Universitas Lambung Mangkurat (Unlam), Institut Agama Islam Negeri (IAIN) Antasari Banjarmasin, Politeknik (Poliban) Banjarmasin, STMIK Indonesia, STMIK Banjarbaru, STYIE Banjarmasin, Universitas Islam Kalimantan Syekh Muhammad Arsyad Al Banjari (Uniska), Sekolah Tinggi Ilmu Hukum (STIH) Sultan Adam Banjarmasin, Universitas Ahmad Yani (Uvaya), ASMI dan IIA (Institut Ilmu Administrasi), dan sejumlah Perguruan Tinggi Swasta lainnya baik Agama maupun Umum Sumber data, *Kalimantan Selatan Dalam Angka*, BPS Kantor Statistik Provinsi Kalimantan Selatan, 2000.

dibangun atas kesadaran serta swadaya masyarakat. Hampir di semua Kecamatan telah dibangun SLTP yang mencapai jumlah 223 unit. Sedangkan tingkat SLTA telah pula dibangun sebanyak 105 unit yang sebagian besar berada di ibu kota Kabupaten/kota.

Kebudayaan dan tradisi orang Banjar, sesuai dengan sejarah dan masyarakatnya adalah hasil proses berabad-abad dari perpaduan antara suku Dayak dengan bangsa Melayu dan Jawa. Ajaran Islam yang dibawa oleh pedagang Arab dan Persia, telah banyak mempengaruhi campuran ini jelas terlihat pada kesenian, tarian, musik, permainan, pakaian, upacara dan sebagainya dalam seluruh kehidupan penduduk Kalimantan Selatan.

3. Pemukiman dan Penyebaran Etnis Banjar

Kebudayaan dan tradisi orang Banjar, sesuai dengan sejarah dan masyarakatnya adalah hasil proses berabad-abad dari perpaduan antara suku Dayak dengan bangsa Melayu dan Jawa. Ajaran Islam yang dibawa oleh pedagang Arab dan Persia, telah banyak mempengaruhi campuran ini jelas terlihat pada kesenian, tarian, musik, permainan, pakaian, upacara dan sebagainya dalam seluruh kehidupan penduduk Kalimantan Selatan.

Orang Banjar adalah orang yang hidupnya mengelompok dalam sebuah perkampungan. Perkampungan orang Banjar berderet-deret di tepi sungai oleh para ahli disebut perkampungan Banjar artinya perkampungan yang berderet-deret atau berjejer di tepi pantai. Sejak dahulu orang Banjar tidak asing dengan budaya

sungai, sungai merupakan urat nadi kehidupan, dan merupakan alat transportasi utama.⁶⁹

Taufik Arbain⁷⁰ mengungkapkan budaya madam orang Banjar dalam upaya memenuhi hajat dan naluri dagangnya. Orang-orang Banjar Pahuluan dengan gigih menelusuri sungai-sungai Martapura, Barito sampai ke daerah-daerah Sampit, Tembilahan, Sapat di daerah Sumatera. Camplungan di Jawa Timur dan daerah-daerah lainnya.

Menurut beberapa peneliti orang Banjar adalah termasuk etnis perantau, tidak saja di daerah kawasan Nusantara, tetapi mereka madam sampai ke daerah Timur Tengah dalam rangka memenuhi hajat untuk ibadah ke tanah suci.

4. Keberagaman Masyarakat Banjar

Menurut banyak pakar sejak berabad-abad masyarakat Banjar selalu diidentikkan dengan Islam.⁷¹ Identifikasi masyarakat Banjar dengan Islam ini tidak lain merupakan bentuk identitas sosial yang merefleksikan suatu dasar ikatan sosial bersama. Secara historis masyarakat Banjar selalu diidentikkan dengan Islam. Hal ini mencerminkan Islam sebagai suatu sistem yang diperpegangi oleh masyarakat Banjar. Artinya, dalam banyak hal perilaku-perilaku orang Banjar dapat dicarikan referensinya pada nilai yang bersifat Islami. Dari kecenderungan sumber referensi perilaku sosial inilah, fungsi

⁶⁹ Sejak masuknya arus modernisasi pada dasawarsa terakhir melalui pembangunan lima tahunan yang dicanangkan pemerintah orde baru, masyarakat Banjar juga menyesuaikan pola kehidupan dari budaya sungai kepada budaya darat, menyusul dibangunnya inpra dan supra struktural termasuk pembangunan jalan sampai ke pelosok-pelokos desa dan kampung. Sehingga dari segi lingkungan sungai hampir tidak pernah diperhatikan penanganannya. Lihat *Data Pembangunan Perkotaan pada Pemerintah Kota Banjarmasin*, tahun 2000.

⁷⁰ Taufik Arbain, *Migrasi Orang Banjar di daerah Kalimantan Tengah*, tesis, pada Program Kependudukan Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, tahun 2003.

keberislaman oleh masyarakat Banjar akhirnya menjadi simbol dan identitas yang membedakan mereka dengan kelompok-kelompok masyarakat lainnya disekitarnya yang masih menganut kepercayaan atau religi sukunya.⁷¹

Etnis Banjar pada umumnya beragama Islam. Islam sebagai identitas sosio-kultural menjadi entitas yang terbungkus dalam budaya Banjar yang khas (typical). Kepercayaan dan ajaran Islam membawa suatu corak signifikan bagi seluruh pranata dan sistem sosial. Fenomena ini diprediksi terjadi sejak abad ke 16 yang lalu, sejak masuknya⁷² Islam di tanah Banjar, dan menjadi agama resmi bagi elit kekuasaan Kerajaan Banjar.

⁷¹ Alfani Daud, 1997: 4

⁷² *Ibid*

⁷³ Tentang kapan masuknya Islam di Kalimantan Selatan telah dibahas dalam seminar (1973) yaitu pra Seminar Sejarah Kalimantan dan Selanjutnya pada tahun 1976 dilanjutkan dengan Seminar Sejarah Kalimantan Selatan Khusus Sejarah Islam. Para pakar dan pemerhati sejarah ikut mengambil bagian dalam seminar itu. Terdapat beberapa kesimpulan yang sangat berharga dari hasil seminar itu. Tentang kapan masuknya agama Islam ke Kalimantan Selatan, tidak ditemukan bukti yang pasti karena tidak ditemukan catatan sejarah tentang itu. Suatu kesimpulan yang berharga dan dapat diterima adalah bahwa secara kultural masuknya agama Islam tidak bersamaan dengan berdirinya Kerajaan Banjar. Sebab teori masuknya Islam melalui para pedagang dan dai melalui kota pesisir dan kota-kota di aliran sungai. Masuknya agama Islam lebih dahulu terjadi sebelum kerajaan Banjar terbentuk. Kalau kerajaan Banjar terbentuk pada awal abad ke 16 maka masuknya agama Islam lebih awal dari itu. Kedua secara struktural masuk dan tersebarnya agama Islam Kalimantan Selatan berbarengan dengan berdirinya kerajaan Islam Banjar, yaitu ketika Pangeran Samudera berislam dan diikuti oleh seluruh anggota kerajaan dalam rangka sebuah strategi memenangkan pertempuran melawan pamannya. Lihat Gazali Usman, *Kerajaan Banjar Sejarah Perkembangan Politik, Ekonomi Perdagangan dan Agama Islam*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin, 1994, hlm. 19-20.

Pola keberagamaan masyarakat Banjar yang bersifat eksotis dan strategis, merupakan kombinasi religiusitas yang khas. Dari segi keyakinan agama secara normatif-doktriner, masyarakat Banjar menganut teologi Asy'ariyah-Maturudiyah, dengan doktrin sifat dua puluh sebagai sentral ajaran. Sedangkan dari segi fikih, masyarakat Banjar menganut Mazhab Syafi'i, lebih tepat dikatakan sebagai penganut fikih Syafi'iyah.

Dari segi tasauif (mistik), meskipun corak tasauif akhlaki lebih dominant, namun keyakinan dan faham wujudiah, juga memberi warna tersendiri terhadap psikoreligius masyarakat Banjar. Hal ini antara lain berkat pengaruh ajaran tasauif Abdul Hamid Abulung, seorang sufi terkenal di tanah Banjar yang sezaman dengan Ulama eksoteris syekh Arsyad Al-Banjari di abad ke-18.

Berdasarkan hasil penelusuran terhadap nomenklatur keagamaan, dapat diidentifikasi sejumlah naskah keagamaan yang ditulis ulama lokal yang berjumlah hampir ratusan naskah dalam berbagai bidang, seperti ilmu kalam (tauhid), tasauif (mistik), fikih, sastra, amaliha (hizib-hizib), dan lain-lain. Di antara nomenklatur terbesar adalah kitab Sabilal Muhtadin, Parukunan, dan Durun Nafis. Nomenklatur-nomunklatur inilah yang diyakini telah mewarnai religiusitas masyarakat Banjar sampai hari ini. Disamping itu peran ulama karismatis di setiap daerah dari waktu ke waktu bagaikan mutiara-mutiara yang bersinar menghiasi ranah Banjar. Para ulama, muballigh, dan tokoh-tokoh masyarakat banyak lahir dari rahim pesantren di Kalimantan Selatan. Ada tiga buah pondok pesantren terbesar sampai saat ini, yakni Pondok Pesantren Darussalam di Martapura, Pondok Pesantren Rasyidiyah-Khalidiyah di Amuntai, dan Pondok Pesantren

Ibnul Amin di Pamangkih Hulu Sungai Tengah. Belakangan ini berkembang pesantren-pesantren baru yang cukup strategis, seperti Ponpes Darul Hijrah Cindai Alus, Pesantren Al-Falah, Ibnul Mas'ud Kandangan, dan Ponpes Al-Istiqamah Barabai, di masyarakat Banjar sejak dahulu dikenal institusi pendidikan dan dakwah yang urgen, yakni madrasah, masjid, dan langgar (sekarang dikenal "Mushalla"), institusi-institusi ini berjasa mentransmisikan ajaran-ajaran Islam di tengah-tengah masyarakat Banjar.

5. Kedudukan Hukum Adat dalam Masyarakat Banjar

Sebagaimana dijelaskan di muka, bahwa Hukum Adat seperti yang dirumuskan dalam Seminar Hukum Adat dan Pembangunan Nasional (1975) sebagai Hukum Indonesia asli yang tidak tertulis dalam bentuk perundang-undangan Republik Indonesia yang di sana sini mengandung unsur agama. Pada bagian awal ketika membicarakan tentang landasan adat badamai juga dipersoalkan tentang posisi UUSA dalam konsep hukum adat, apakah UUSA termasuk hukum adat ataukah tidak.

Mengacu kepada pendapat Soeryono Soekanto yang mengatakan : bahwa Hukum adat ada dua. Pertama hukum adat yang ditulis, hal itu merupakan hukum adat yang tercatat (*beschreven adatrecht*) dan kedua hukum adat yang didokumentasikan (*gedocumenteerd adatrecht*).⁷⁴ Menurut beliau pada umumnya hukum adat yang tercatat merupakan hasil-hasil penelitian para ahli yang kemudian dibukukan dalam bentuk monografi. Hukum adat yang didokumentasikan merupakan pencatatan hukum adat yang dilakukan oleh

⁷⁴ Soerjono Soekanto, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1970, hlm. 10.

fungsionaris-fungsionaris atau pejabat-pejabat. Contohnya adalah antara lain, awig-awig di kalangan masyarakat adat di Bali,⁷⁵ termasuk juga dalam hal ini UUSA.

a. Keberadaan Undang-Undang Sultan Adam.

Membicarakan kedudukan hukum adat dalam masyarakat Banjar sering disebut orang adanya apa yang disebut “*Undang-Undang Sultan Adam*”. Ahli hukum adat Van Vollenhoven misalnya telah menyinggung secara sepintas mengenai hal ini ketika ia membicarakan tentang *vindplaatsen van het adatrecht* (sumber-sumber tempat menemukan hukum adat), ia menyebut sebagai salah satu sumber adalah *verordeningen van vorsten on hoofden* (Peraturan para Raja dan Kepala) dan dalam masalah ini ia menulis “*vorstenedikten in deze trant zijn nog uitsluitend van strekken over en komen in de tweede afdeling bij Atjeh (Saraka's) bij Zuid Borneo (Sultan Adam)*. Maklumat raja semacam ini masih banyak terdapat di sejumlah daerah dan dengan sendirinya dibicarakan pada bagian kedua pada Aceh (*Sarakata-Sarakata*) pada Kalimantan Selatan (Sultan Adam). Akan tetapi tampaknya belum ada suatu variasi yang lengkap mengenai hal ini dalam kaitannya dengan pembahasan hukum adat, hukum Islam ataupun sejarah hukum tanah Banjar.”⁷⁶

Menurut A.M. Joeke Sultan Adam adalah seorang raja yang biasa saja dan ia bukanlah seorang ahli hukum yang kenamaan, akan tetapi beliau mempunyai sesuatu kepekaan yang tinggi sekali terhadap keadaan masyarakat di

⁷⁵ Soerjono Soekanto, *Ibid.*, hlm. 10.

⁷⁶ H. Abddurrahman, *Op. Cit.*, hlm. 47.

daerahnya.⁷⁷ Menurut Amir Kiai Bondan Sultan Adam adalah raja yang keras ibadat dan dijunjung tinggi oleh rakyatnya.⁷⁸ Sedangkan menurut Syamsiar Seman Sultan Adam adalah Sultan yang arif karena beliau selalu berusaha untuk memajukan kesejahteraan rakyat. Sebagai seorang yang pernah mengenyam pendidikan sebagai santri, maka sultan berusaha untuk menunjukkan perhatian besar bagi kesejahteraan umat dan untuk kemajuan agama Islam.⁷⁹

b. Latar Belakang Ditetapkan UUSA

Untuk mengetahui bagaimana latar belakang dan tujuan ditetapkannya UUSA dapat dilihat dari bagian Mukaddimah dari Undang-undang itu yang secara pendek tertulis sebagai berikut :

"Pada hoedzrat 1251 pada hari Kemis yang kelima belas hari boelan Almoeharam djam poekoel sembilan pada koetika itoelah memboeat oendang oendang pada sekalian ra'iatkoe dan supaja djadi sampoerna agama ra'iatkoe dan atikat itoe dan soepaja djangan banjak djadi perbantahan mereka itoe dan supaja djadi kemoedian segala hakim-hakim menghoekoemkan mereka itoe akoe harap djoea bahwa djadi baik sekalian hal mereka itoe dengan sebab oendang-oendangkoe ini maka adalah oendang-oendangkoe ini beberapa perkara".⁸⁰

Dalam bahasa Belandanya sebagai berikut :

"In het jaar 1251 op Donderdag den vijftienden dag van de maand al moharam, 's morgen to negen ure, heb ik sultan Adam deze verordening

⁷⁷ *I b i d*, hlm. 48.

⁷⁸ Amir Hasan Kiai Bondan, *Suluh Sejarah Kalimantan*, Fajar, Banjarmasin, 1953, hlm. 35.

⁷⁹ Syamsiar Seman, *Meninjau Naskah Lama Undang-Undang Sultan Adam*, Majalah Orientasi No. 2 Tahun II, 1977, hlm. 3

⁸⁰ *Adatrechboundel Vol. XIII*, 1917 hlm. 310, bandingkan dengan teks yang sedikit berbeda (ejaannya sudah dirubah dan ada beberapa kata yang ditambah dan dihilangkan) dalam Amir Hasa Kiai Bondan, *Op. Cit*, hlm. 151. "Pada hejrat sanat 1251 pada hari Chamis jang kelima belas hari bulan Al-Moharam djam pukul sembilan pada kutika itulah aku Sultan Adam membuat undang-undang pada sekalian rakjatku supaja djadi sempurna agama rakjatku dan ichtikat mereka itu dan supaja djadi kemudahan segala hakim menghukumkan mereka itu aku harap djuga bahwa djadi baik sekalian hal mereka itu dengan sebab undang-undang ini maka adalah undang-undangku beberapa perkara".

uitgegeven vooral mijne onderdanen op dat godsdienst en hun geloofvolmaakt worden en opdat tusschen hen niet veelvuldige geschillen mogen bestaanzoomede dat het den rechter gemaakelijk moge worden over hen te specken.

Ik hoop zeer dat al hunne verhoudinggen door deze mijne verordening geregeld (goed) mogen worden.

Deze verordening bevat de volgende artikelen".⁸¹

UUSA disusun dengan menggunakan bahasa Melayu Arab salinan kedalam bahasa Indonesianya sebagai berikut :

Undang-undang ini ditetapkan pada hari Kamis 15 Muharram 1251 Hijrah pukul 09.00 pagi oleh Sultan Adam. Undang-undang ini dibuat oleh sebuah team dengan dipimpin oleh sultan sendiri dan dibantu oleh anggota antara lain menantu Sultan sendiri Pangeran Syarif Hussein, Mufti H. Jamaluddin dan lain-lain.

Maksud dan tujuan dari undang-undang ini dikeluarkan jelas tertulis dalam konsiderannya yaitu :

- untuk menyempurnakan agama dan kepercayaan rakyat, dan
- untuk mencegah jangan sampai terjadi pertentangan rakyat, dan
- untuk memudahkan bagi para hakim dalam menetapkan hukum agar supaya rakyatnya menjadi baik.⁸²

Sebagai tujuan akhir dari ditetapkannya peraturan tersebut adalah agar rakyatnya dapat menjadi baik melalui undang-undang tersebut.⁸³ Upaya yang ditempuh Sultan Adam cukup beralasan, mengingat pada masa Syekh Arsyad Al-Banjari gencar-gencarnya mensosialisasikan ajaran Islam melalui pendekatan kultural edukatif, sementara akar kultural yang melekat pada masyarakat Banjar

⁸¹ *I b I d.*

⁸² H.A. Gazali Usman, *Op-Cit.* hlm. 172.

⁸³ H. Abdurrahman, *Undang-undang Sultan Adam dan Kedudukannya dalam Hukum Adat Banjar*, Majalah Orientasi No. 2 Tahun II, 1977, hlm. 12.

masih dipengaruhi sistem budaya kasta yang merupakan pengaruh Hindu dan Budha. Melalui sosialisasi cultural edukatif ini manusia diajarkan, bahwa manusia itu dilahirkan memiliki potensi yang sama, yaitu sama-sama hanif, memiliki hak yang sama, tidak ada perbedaan di antara mereka, kecuali tingkatan taqwanya kepada Allah. Upaya ini lebih diarahkan kepada tantangan yang datang dari luar secara eksternal, dalam upaya pembentukan sosio-kultural.⁸⁴

Sejarah sebelum masuknya Islam di Kalimantan, kurang lebih abad ke 5 M, berdiri kerajaan Kutai yang memperoleh pengaruh langsung dari India. Kemudian pada masa antara tahun 1300-1400, Kalimantan di beberapa tempat memperoleh pengaruh Hindu yang bercampur dengan unsur Jawa, yaitu dengan kerajaan Majapahit.⁸⁵ Dalam struktur sosial masyarakat Hindu terdapat sistem keagamaan yang berbeda dengan sistem keagamaan dalam Islam. Antara lain mengenai ajaran tentang dewa-dewa, tentang hidup *maya karma phala*, *reinkarnasi*, dan kasta. Kepercayaan-kepercayaan tersebut secara perlahan diubah menjadi pandangan hidup menurut iman dan Islam.⁸⁶

Proses pembentukan sosio-kultural itu dapat dilihat dari dua hal :

1. *Terjadinya perubahan kekuasaan dari sistem struktur kekuasaan yang lama kesistem struktur kekuasaan yang baru: Islam. Yaitu ketika Raden Samudera yang setelah memeluk Islam bernama Sultan Suriansyah (1595-1620), memerintah sebagai sultan setelah berhasil mengatasi pemberontakan dengan bantuan kerajaan Demak.*⁸⁷
2. *Perubahan orientasi dalam struktur kekuasaan yang terjadi saat itu, yang kemudian dimantapkan lagi melalui peristiwa-peristiwa histories, antara lain dengan tindakan-tindakan Sultan Adam yang memberlakukan peraturan-*

⁸⁴ Ahmadi Hasan, *Op. Cit.* hlm. 52.

⁸⁵ J. Eisenberger, *Kroniek der Zuider en Aostrafdeeling Van Borneo*, Banjarmasin, 1936, hlm. 3.

⁸⁶ *Ibid.* hlm. 5.

⁸⁷ *Ibid.*

*peraturan termasuk kewajiban-kewajiban keagamaan yang dikenal sebagai UUSA.*⁸⁸

Malah setelah kerajaan Banjar dihapuskan oleh kekuasaan kolonial, struktur organisasi Kerapatan Kadhi diberlakukan oleh pemerintah Hindia Belanda. Demikian pula ketika pada tahun 1950, semua pengadilan adat swapraja dihapuskan dalam Negara RI, Kerapatan Kadhi tetap tidak dihapuskan karena ia bukan suatu pengadilan swapraja.

Sedangkan tantangan yang datang dari intern umat Islam sendiri adalah dihadapkan pada paham tasauf Wihdatul wujud yang dikembangkan oleh Abdul Hamid Abulung,⁸⁹ yang dapat membahayakan keyakinan masyarakat Islam yang dianggap masih belum mantap.

c. Sistematika Undang-Undang Sultan Adam

Ditinjau dari sistematika undang-undang tersebut bukanlah suatu undang-undang yang baik menurut ukuran peraturan masa kini. Ia terdiri atas 31 pasal (disebut perkara, tetapi dalam bahasa Belanda diterjemahkan dengan artikel yang berarti pasal). Urutan pasal tidak disusun secara mengelompok menurut permasalahan yang diaturnya, akan tetapi kadang-kadang meloncat dan diselingi

⁸⁸ *Ibid*.

⁸⁹ Tidak banyak diketahui tentang kapan ia lahir, tetapi yang jelas masa hidupnya semasa dengan syekh Muhammad Arsyad al Banjari dan syekh Muhammad Nafis. Abdul Hamid membawa ajaran-ajaran dari aliran Wahdatul Wujud yang dipelopori Ibnul Arabi, tetapi ajaran itu disublimasikannya dengan ajaran Tauhid, karena itulah bagi orang awam sulit untuk dapat memahaminya. Ajaran wihdatul Wujud dibawa ke Kalimantan oleh syekh Abdul Hamid, seorang ahli tasauf yang terkenal dengan ajarannya. Syekh Abdul Hamid berkata : "Tiada yang maujud melainkan hanyalah Dia, tiada aku melainkan Dia, Dialah aku dan aku adalah Dia". Menurut beliau syari'at yang diajarkan selama ini hanyalah kulit belum sampai kepada hakekat. Ajaran ini merupakan hasil pengaruh dari ajaran Abu Yazid Basthomi (874 M), Hussien bin Manshur al Hallaj (858-922) yang kemudian masuk ke Indonesia melalui Hamzah Fansuri dan Syasuddin dari Sumatera dan syekh Siti Jenar dari Jawa. Lihat Laily Mansur, *Kitab Ad Darun Nafis, Tinjauan atas suatu ajaran Tasawwuf*, Hasanu, Banjarmasin, 1982, hlm. 4.

oleh pasal yang tidak ada hubungan dengan ketentuan sebelumnya. Begitu juga aturan peralihan tidak terdapat diakhir naskah aturan, akan tetapi dipertengahan.⁹⁰

Secara sederhana materi yang diatur di dalamnya dapat dikelompokkan sebagai berikut⁹¹ :

- 1). *Masalah-maslaah agama dan peribadatan, mencakup pasal-pasal 1 (masalah kepercayaan), 2 (mendirikan tempat ibadah dan sembahyang berjamaah), dan pasal 20 (kewajiban melihat awal bulan Ramadhan/puasa);*
- 2). *Hukum tata pemerintahan, mencakup pasal-pasal 3 (kewajiban tetuha kampung), pasal 21 (kewajiban tetuha kampung) dan pasal 31 (kewajiban Lurah dan Menteri-menteri);*
- 3). *Hukum perkawinan, pasal 4 (syarat nikah), pasal 5 (syarat nikah), pasal 6 (perceraian), pasal 18 (scheiding van tafel en bed), pasal 25 (menda'wa istri berzina), dan pasal 30 (perzinahan);*
- 4). *Hukum Acara/Peradilan, pasal 7 (tugas mufti), pasal 8 (tugas mufti), pasal 9 (larangan fihak yang berperkara datang pada pejabat), pasal 10 (tugas hakim, pasal 11 (pelaksanaan putusan), pasal 12 (pengukuhan putusan), pasal 13 (kewajiban bilal dan kaum), pasal 14 (surat dakwaan), pasal 15 (tenggang waktu gugat menggugat), pasal (larangan raja-raja atau menteri-menteri campur tangan urusan perdata kecuali ada surat dari hakim), pasal 24 (kewajiban hakim menerima perkara);*
- 5). *Hukum tanah, pasal 17 (gadai tanah), pasal 23 (masalah daluarsa), pasal 26 (masalah daluarsa) pasal 27 (gadai tanah), pasal 28 pengolahan tanah) dan pasal 29 (menterlantarkan tanah);*
- 6). *Peraturan Peralihan (pasal 15).*

Sistematika yang agak lain misalnya dikemukakan oleh Amir Hasan Kiai Bondan yang menyatakan bahwa sultan Adam mengadakan Undang-undang dalam urusan peradilan yang berhubungan dengan agama, perkawinan, hak tanah dan lain-lain.⁹² Sedangkan syamsiar Seman membuat perincian mengenai materi yang tercakup di dalam undang-undang ini sebagai berikut :

- a. *Hukum Islam;*
- b. *Hukum Acara Peradilan Agama Islam*
- c. *Hukum Agraria;*

⁹⁰ Abdurrahman, *Op. Cit.*, hlm. 29.

⁹¹ Gazali Usman, *Op. Cit.*, hlm. 172-173.

⁹² Amir Hasan Kiai Bondan, *Op. Cit.*, hlm. 33.

d. Hukum fiscal.

*e. Hukum Pidana,*⁹³

*f. Hukum Perdagangan dan lain-lain materi.*⁹⁴

Terdapat beberapa versi tentang naskah UUSA, Pertama adalah naskah versi Martapura yaitu hasil dari penelitian J. Eissenberger dan Komisi Hukum Adat pada tahun 1936 yang sama dengan versi Hasan Amir Kiai Bondan dan kedua versi Amuntai yang ditulis oleh Asisten Residen Helderman pada 16 April 1910. Perbedaan kedua macam versi ini ialah setelah pasal 30. Pasal 1 sampai 30 sama bunyinya, tetapi pasal 31 berbeda sama sekali sampai pasal 38 dan ditutup dengan kata-kata penutup.

Untuk jelasnya dapat dilihat UUSA pada halaman yang penulis kutip dari naskah Amuntai maupun versi Martapura dari Hasan Amir Kiai Bondan. Namun disini dijelaskan secukupnya tentang esensi pokok dari materi UUSA⁹⁵ sebagai berikut :

a. Masalah Agama dan Peribadatan

Tiga pasal yang disebut merupakan pasal yang amat penting dan menonjol berkaitan dengan masalah hukum agama. Suatu kewajiban bagi setiap penduduk untuk berpegang teguh pada I'tikad ahlus sunnah waljamah. Pasal ini sebagai

⁹³ Versi Syamsiar Seman lebih jelas menyebutkan pembagian hukum dalam naskah UUSA, yaitu tentang adanya hukum pidana, namun yang dimaksudkannya pada prinsipnya sama saja dengan versi yang lain. Pasal hukum pidana dimaksudkannya tidak lain adalah pasal-pasal yang mengatur kepentingan umum seperti pasal 3 dan 21 yang mengatur kewajiban tetuha kampung untuk memusyawarahkan (mendamaikan) setiap konflik yang terjadi sebelum di bawa ke hadapan hakim. Pasal 30 kewajiban Lurah dna Menteri. Sedangkan yang menunjuk pasal yang secara tegas mengenai pengaturan hukumpidana adalah pasal 30 yaitu mengatur tentang perzinahan.

⁹⁴ Syamsiar Seman, *Op. Cit.*, hlm. 6.

⁹⁵ Gazali Usman, *Op. Cit.*, hlm. 177.

reaksi dari adanya berbagai aliran sufi yang mengajarkan berbagai ajaran yang dinilai bertentangan dengan I'tikad ahlu sunnah waljamaah.

Kemudian juga memuat kewajiban bagi tetuha kampung untuk mendirikan mesjid/langgar dan ajakan untuk mendirikan shalat berjamaah. Sedangkan hari jum'at diperintahkan untuk shalat jum'at.

Selain itu suatu perintah untuk menjaga atau melihat bulan pada tiap awal dan akhir Ramadhan dan Syawwal, awal bulan haji dan awal bulan Maulid (Rabi'ul awwal).

b. Hukum Tata Pemerintahan

Tetuha kampung diwajibkan selalu mengadakan musyawarah untuk menghindari terjadinya perselisihan dan perbantahan. Prinsip musyawarah sangat dianjurkan.

Dalam struktur pemerintahan pada masa Sultan Adam terdapat beberapa jabatan yaitu : Lalawangan, Lurah, Pembakal dan Mantri. Mantri merupakan pangkat kehormatan untuk orang-orang terkemuka dan yang paling berjasa, diantaranya ada yang mempunyai daerah kekuasaan sama dengan Lalawangan.

Satu bentuk cara pelaksanaan pemerintahan yang mewajibkan pada Lalawangan, Lurah dan Mantri selalu mengadakan musyawarah dan mencari permupakatan dalam setiap menghadapi persoalan.

Akhirnya pada bagian ini terdapat adanya pembagian wewenang antara pejabat-pejabat pemerintah dan tugas peradilan. Pejabat pemerintah tidak boleh mencampuri urusan peradilan, bahkan harus menguatkan putusan pengadilan

tersebut. Dalam masalah ini ada ketegasan tugas yang saling terkoordinasikan dalam pelaksanaan tugas-tugas pemerintahan.

c. Hukum Perkawinan

Para pejabat yang berwenang untuk masalah yang menyangkut perkawinan dan agama adalah :

Mufti yaitu hakim tertinggi pengawas pengadilan umum, dan Penghulu yaitu hakim, yang lebih rendah kedudukannya yang mendapat penugasan, piagam atau cap dari sultan.

Disamping jabatan hakim ada lagi jabatan yang disebut Qadhi, yang bertugas sebagai pelaksana hukum dan pengatur jalannya pengadilan agar hukum berlaku dengan wajar.

Perbedaan Qadhi dengan Penghulu adalah bahwa Qadhi menetapkan hukum bila terjadi sengketa yang kemudian berkembang menjadi pelaksana putusan hukum yang tertinggi.

Pasal-pasal pada bagian ini menyangkut tata cara nikah, larangan nikah bagi yang tidak bermazhab Syafi'i, mengenai pembatalan perkawinan, masalah orang yang *barambangan* (pisah ranjang), masalah suami menuduh istrinya berzina, dan kewajiban melapor kalau ada orang berzina.

d. Hukum Acara/Peradilan

Pasal-pasal pada bagian ini menjelaskan tentang larangan bagi seorang Mufti untuk memberi fatwa kepada seseorang yang sedang berperkara, begitu pula sebaliknya bagi orang tersebut untuk meminta fatwa dari mufti. Pasal ini

menjamin kebebasan peradilan, dimana hakim tertinggipun tidak diperkenankan turut campur dalam penyelesaian suatu perkara.

Juga larangan bagi pejabat pemerintah, seperti : Raja, Mantri, Pembakal ataupun *Panakawan* untuk mencampuri urusan orang yang berperkara. Suatu kewajiban hakim apabila telah selesai melakukan pemeriksaan perkara dan bersoal jawab dengan saksi-saksi, diperintahkan untuk mufakat terlebih dahulu dengan khalifah dan Lurah sebelum putusan dijatuhkan.

Segala putusan yang dijatuhkan harus diserahkan pada Mangkubumi untuk memperoleh cap kerajaan.

Pasal 11 : “*Lamoen soedah djadi papoetoesan itoe, bawa kajah adding-ading dahoeloe mantjatjak tjap di dalam papoetoesan itoe*”.

Artinya : bilamana keputusan sudah selesai harus dibawa lebih dahulu kepada adik Sultan yang waktu itu menjabat sebagai Mangkubumi, karena semua putusan dicap oleh Mangkubumi yang memegang wewenang sebagai pelaksana administrasi tertinggi.

Pasal 12 : “*Siapa-siapa jang kalah bahokoem maka anggan ia daripada kalahnja itoe, sarahkan kajah adding papoetoesannja itoe jang mangoeroeskannja*”.

Artinya : barangsiapa yang kalah dalam berperkara dan tidak mau menerima atas kekalahannya itu, putusannya itu diserahkan pada Mangkubumi untuk mengatakannya.

Para bilal dan kaum merupakan bagian dari aparat pelaksana hukum, karena kedua jabatan ini dapat diminta oleh hakim untuk membantu melaksanakan keputusan pengadilan yang bertindak atas nama sultan.

Surat gugatan yang masuk harus diserahkan dahulu kepada tergugat dan tergugat harus menjawabnya. Kalau dalam tempo 15 hari ia tidak menjawabnya, maka hakim berhak memutuskan perkaranya.

e. Hukum Tanah

Pasal-pasal dalam bagian ini adalah : Setiap transaksi tanah diharuskan untuk didaftarkan atau setidaknya diketahui oleh hakim dan ada suatu tanda pendaftaran tertulis yang dibuat oleh hakim.

Setiap orang menjual sawah/kebun sudah lebih dari 20 tahun, kemudian terjadi gugatan dengan alasan seperti bahwa tanah itu harta warisan yang belum dibagi, gugatan itu tidak berlaku. Di sini ditentukan adanya tenggang waktu daluwarsa dalam berbagai transaksi tanah yaitu selama 20 tahun, baik pemilik asal maupun pihak ketiga tidak dapat menuntut kembali tanah yang dijualnya.

Tidak ada larangan bagi setiap golongan untuk menggarap tanah. Disini tidak dikenal semacam hak ulayat menurut ciri-ciri umum.

Tanah bekas ladang yang ditinggalkan orang kira-kira dua musim atau lebih atau kembali jadi padang tidak ada pemiliknya, kalau ditanah tersebut tidak ada tanda-tanda hak milik berupa tanaman atau golongan. Biasanya tanah yang berasal dari "tanah wawaran".

f. Ketentuan Peralihan

Sebagaimana peraturan-peraturan pada masa sekarang. Undang-Undang Sultam Adam ini mengenal semacam peraturan peralihan, meskipun tempatnya tidak pada bagian akhir, melainkan terdapat dalam pasal 16 Undang-Undang ini yaitu yang berbunyi:

"Mana-mana segala perkara jang dahoeloe dari zamankoe tiada koebariakan dibabak lagi dan mana-mana segala perkara pada zamankoe nyata salahnja boleh ajda dibabak diboedjoerakan oleh hakim".

Artinya : segala peraturan dan perundangan yang berlaku sejak dahulu sebelum Sultan Adam tetap diberlakukan sampai saat itu, tidak dibenarkan untuk diubah, dan sebaliknya segala peraturan sejak zaman Sultan yang ternyata salah, bertentangan terutama dengan hukum syari'at Islam, hakim boleh memperbaikinya.

d. Pengaruh Undang-undang Sultan Adam dalam Masyarakat Banjar

Menurut catatan sejarah Perang Banjar yang ditulis oleh M. Idwar Saleh, bahwa kemelut yang terjadi dalam lingkungan kerajaan Banjar sepeninggal Sultam Adam al Watsikubillah adalah perebutan kekuasaan antara Pangeran Hidayatullah selaku pemegang Surat Wasiat Sultam Adam dengan Pangeran Tamjidillah calon sultan yang diusulkan oleh Belanda. Ditambah lagi dengan semakin jauhnya campur tangan Belanda dalam urusan pemerintahan

menimbulkan perlawanan rakyat terhadap Belanda yang dipimpin oleh Pangeran Antasari pada tahun 1859.⁹⁶

Di tengah perlawanan yang amat dahsyat itu pada tanggal 11 Juni 1860 Residen Zuider en Ooster Afdeeling van Borneo F.N. Nieuwern huyzen menyatakan proklamasi hapusnya kerajaan Banjar dan terhitung sejak tanggal tersebut wilayah kerajaan Banjar masuk dalam wilayah pemerintahan Residen yang berkedudukan langsung di bawah Pemerintahan Belanda.⁹⁷

Berdasarkan proklamasi pemerintahan Belanda tersebut, maka kesultanan Banjar yang berdiri di daerah Kalimantan Selatan lebih dari tiga abad sejak didirikan oleh sultan suriansyah sampai dengan saat itu telah dinyatakan tidak ada lagi. Hal ini berkaitan erat dengan penerapan UUSA, karena bagaimanapun dukungan politis dan yuridis secara resmi dari pihak kesultanan Banjar turut mempengaruhi efektivitas penerapan UUSA tersebut. Artinya hapusnya kesultanan Banjar dengan sendirinya amat berpengaruh secara legitimatif dukungan secara politis dan sosiologis terhadap keberadaan UUSA, meskipun secara sosiologis dan antropologis masih diakui sebagai hukum yang hidup oleh masyarakat Banjar.

Proklamasi Pemerintah Belanda tanggal 11 Juni 1860 menyatakan :

“Terhitung saat pengumuman tersebut, maka seluruh rakyat tidak lagi diharuskan tunduk (menurut pada Undang-undang bekas kerajaan Banjar dan sebaliknya harus taat pada para pembesar bangsa kulit putih dn bangsa bumi putera yang telah saya tunjuk untuk menjalankan peraturan Pemerintah Gobernemen Hindia Belanda.”⁹⁸

⁹⁶ M. Idwar Saleh, *Lukisan Perang Banjar 1859-1865*, Depdikbud Propinsi Kalimantan Selatan, 1982-1983, hlm. 7, lihat H. Abdurrahman, *Op.Cit*, hlm. 59.

⁹⁷ H. Abdurrahman, *Ibid*.

⁹⁸ Amir Hasan Kiai Bondan, *Op. Cit.*, hlm. 52.

Berdasarkan proklamasi itu, maka setelah pemerintah Belanda menyatakan hapusnya kerajaan Banjar tidak hanya sekedar menghapuskan kerajaan saja sebagai sebuah organisasi kekuasaan, akan tetapi dipertegas pula dengan penghapusan semua perangkat hukum yang pernah ada dan berlaku dalam wilayah kerajaan Banjar. Pernyataan tersebut menunjukkan Belanda tidak menghapuskan hukum yang pernah berlaku akan tetapi hanya menyatakan bahwa rakyat yang ada di Kalimantan Selatan tidak lagi diwajibkan tunduk pada Undang-Undang Sultan Adam, tetapi harus tunduk pada peraturan yang ditetapkan oleh Pemerintah Hindia Belanda.

Menurut Abdurrahman ditinjau dari aspek pembuatannya UUSA merupakan perangkat kerajaan karena ia dibuat oleh sultan Adam sebagai Sultan dan berlaku untuk rakyat dalam kerajaan Banjar. Jikalau dilihat dari segi ini maka terhitung sejak tanggal 11 Juni 1960 dinyatakan tidak harus dipatuhi (ditaati) lagi, artinya secara formal Belanda tidak menghapuskan atau menyatakan tidak berlaku karena hal yang demikian memang tidak mungkin, akan tetapi ia dengan kekuasaannya dapat memaksa agar supaya rakyat tidak lagi taat pada ketentuan tersebut.⁹⁹

Persoalan kemudian adalah bahwa Belanda tidak serta merta mampu mempengaruhi ketaatan rakyat terhadap hukum yang ditetapkan oleh sultan, meskipun telah dihapuskan oleh Belanda ketentuan UUSA itu dianggap sebagai ketentuan hukum yang hidup dan tetap berlaku secara sosiologis di masyarakat Banjar. Upaya untuk mempengaruhi masyarakat untuk tidak mengakui UUS tidak

⁹⁹ H. Abdurrahman, *Op. Cit.*

mudah, karena amat terkait dengan politik hukum Belanda yang masih mengakui berlakunya hukum adat setempat bagi penduduk pribumi dan dalam pengelompokkan hukum, UUSA walaupun dibuat dalam lingkungan kerajaan Banjar tetapi masih termasuk kategori hukum adat menurut pandangan para pakar hukum adat.

Dalam beberapa hal yang menyangkut tugas-tugas raja, Menteri dan yang sejenisnya Belanda dapat mengalihkan ketaatan rakyat kepada pejabat-pejabat yang ditunjuknya, akan tetapi dalam hal-hal lainnya bukanlah suatu hal yang mudah bagi pemerintah Belanda menyuruh taat pada ketentuan dimaksud dan meninggalkan ketentuan hukum yang digariskan dalam UUSA terutama yang bersangkutan paut dengan masalah keagamaan.

Berdasarkan pada kenyataan tersebut maka pada bagian lain dari Proklamasi 11 Juni 1860 dinyatakan bahwa rakyat leluasa menganut agamanya, tetapi harus juga menghormati kepercayaan orang lain. Tiap orang yang tidak mengindahkannya hingga berakibat kegelisahan atau menyakitkan hati golongan yang lain, akan dijatuhi hukuman yang setimpal dengan kesalahannya.¹⁰⁰ Belanda dengan begitu masih mengakui adanya kebebasan beragama termasuk di dalamnya kebebasan untuk melaksanakan hukum agama termasuk di dalamnya kebebasan untuk melaksanakan hukum agamanya walaupun dengan pembatasan berupa kewajiban menghormati penganut agama lain.

Melalui penegasan ini, maka apa-apa yang ditegaskan dalam UUSA sepanjang menyangkut hukum agama masih mempunyai kekuatan mengikat.

¹⁰⁰ Amir Hasan Kiai Bondan, *Op. Cit.* hlm. 52.

Sekalipun secara formal dukungan terhadap berlakunya UUSA sudah tidak ada. Kewajiban untuk mengikuti i'tiqad *ahlus sunnah waljamaah* yang disebut dalam UUSA masih terus ditaati oleh rakyat di daerah ini sampai sekarang. Begitu juga untuk bertaklid kepada mazhab Syafi'i masih merupakan hal yang secara faktual dapat dijumpai dalam kehidupan masyarakat Banjar.

Selain itu dapat pula dilihat bagaimana reaksi rakyat terhadap proklamasi tersebut. Menurut Amir Hasan Kiai Bondan setelah proklamasi diumumkan, mula-mula keadaan diseluruh kerajaan tenang-tenang saja. Akan tetapi empat puluh hari kemudian timbullah pemberontakan yang bernyala-nyala diseluruh alam Hulu sungai, Tanah Laut, Barito, Kapuas, Kahayan, keluarga raja, orang-orang terkemuka serta para alim ulama serentak bangkit menentang tindakan Belanda yang tidak adil itu.¹⁰¹

Dengan demikian jelasklah bahwa sebenarnya pengumuman yang dibuat Belanda tidak diterima sama sekali oleh rakyat dan mereka masih mengakui keberadaan kerajaan Banjar sebagai wadah pengabdianya di daerah ini. Dengan demikian berarti bahwa UUSA masih tetap berlaku dan ditaati dalam kehidupan masyarakat Banjar.

Apa yang dikemukakan pada bagian yang lalu menunjukkan bahwa secara politis dan yuridis UUSA telah kehilangan dasar berlakunya, namun secara sosiologis dan filosofis masih tetap berlaku terus. Dari beberapa penelitian yang dilakukan oleh Fakultas Hukum Unlam (1977, 1978, 1988) tampak bahwa untuk beberapa hal tertentu terutama yang mengenai tanah UUSA masih tetap

¹⁰¹ *Ibid.* hlm. 54.

diperhatikan oleh warga masyarakat sebagai suatu ketentuan hukum yang mengatur masalah pertanahan. Juga masalah praktek badamai baik dalam masalah perdata maupun masalah pidana ternyata masih dilaksanakan oleh sebagian besar masyarakat Banjar sampai hari ini. Demikian pula dalam masalah waris, perkawinan dan lain-lain.

Salah satu sektor hukum adat Indonesia yang kelihatannya mendapat status istimewa bilamana dibandingkan dengan sektor-sektor hukum adat lainnya ialah hukum adat tentang tanah, karena hukum adat yang terdapat dalam ketentuan-ketentuan UUSA ini setelah berlakunya Undang-Undang pokok Agraria pada tahun 1960 telah dijadikan dasar dari pada hukum Agraria Nasional dan oleh karenanya semenjak saat itu mengalami proses perkembangan yang berbeda dengan sektor-sektor hukum adat lainnya.¹⁰²

6. Kedudukan Hukum Islam dalam Masyarakat Banjar

Agama Islam menempati kedudukan penting selain sebagai keyakinan yang dipeluk oleh orang Banjar sebagai warga kerajaan pada masa lampau, juga menjadi satu-satunya sumber hukum yang berlaku di seluruh kawasan kerajaan.¹⁰³

Hukum Islam merupakan hukum yang bersifat universal, akan tetapi juga sebagai hukum yang sangat kontekstual sifatnya. Sebagai hukum yang bersumber dari Al-Qur'an dan Sunnah, ia tidak terikat pada tempat, ruang dan waktu. Hukum Islam dapat berlaku di mana saja, kapan saja dan kepada siapa saja. Tetapi

¹⁰² Abdurrahman, *Kedudukan Hukum Adat dalam Perundang-undangan Agraria Indonesia*, Akademika Prassindo, Jakarta, 1984, hlm.1.

¹⁰³ H.A. Gazali Usman, *Op. Cit.* Hlm. 128.

keberlakuannya selalu mempertimbangkan kondisi dan situasi yaitu keadaan tempat di mana hukum itu berlaku, dan situasional ketika diberlakukannya.¹⁰⁴

Penerapan hukum Islam di daerah Kerajaan Banjar adalah sejalan dengan terbentuknya Kerajaan Islam Banjar dan dinobatkannya Sultan Suriansyah sebagai raja pertama yang beragama Islam pada hari Rabu 24 September 1526. Terbentuknya Kerajaan Islam Banjar menggantikan Negara Daha yang beragama Hindu, dan merubah hukum yang berlaku dari hukum Hindu dengan hukum Islam.

a. Peran Tokoh Ulama dan Ajaran Islam

Pesatnya perkembangan Islam di kawasan tanah Banjar sampai saat ini merupakan andil dan jasa yang begitu besar dari para tokoh Ulama dan Umara yang tidak dapat dikesampingkan begitu saja.

Sebelum, terbentuknya kerajaan Banjar, Islam sudah lama masuk ke kawasan ini, sehingga telah terbentuk sebuah masyarakat Islam di sekitar Kerajaan. Berdasarkan kenyataan ini maka penerapan ajaran Islam di kalangan masyarakat Banjarpun berjalan dengan tenang dan damai, tanpa ada gejolak social. Mesjid sebagai pusat pembinaan umat didirikan pada sejak awal abad ke-14. Berdasarkan kenyataan ini, maka jelaslah bahwa norma Islam telah menyebar dalam identitas kelompok etnis Banjar.

Pembentukan struktur social tersebut telah diberi isi dan dimantapkan oleh peristiwa-peristiwa yang merupakan proses cultural edukatif. Oleh karena suatu proses cultural edukatif tanpa didukung oleh wadah sosio cultural, proses

¹⁰⁴ Abdurrahman, *Studi Tentang Undang-Undang Sultan Adam 1835 Suatu Tinjauan tentang Perkembangan Hukum dan dalam Masyarakat dan Kerajaan Banjar pada Pertengahan abad ke-19*, Makalah. 1989.

cultural edukatif itu dampaknya akan lemah. Sebaliknya pembentukan suatu sosio struktural yang tidak didukung oleh suatu proses kultural edukatif, maka bentukan sosio struktural itu akan kosong dan tidak terisi, hanya merupakan suatu struktur yang formalistis belaka.

Ilustrasi teoritik tersebut cukup relevan untuk menjelaskan perkembangan penerapan hukum Islam di kawasan tanah Banjar abad ke-16. Pesatnya perkembangan Islam di daerah ini lebih dimungkinkan lagi dengan lahirnya seorang ulama besar Syekh Muhammad Arsyad Al Banjari sekitar abad ke 17 yang menulis kitab *Sabilal Muhtadin* yang kemudian menjadi kitab rujukan dalam menetapkan hukum di wilayah kerajaan Banjar.¹⁰⁵

Perkembangan hukum Islam pada abad ke 18 dan 19 senakin pesat setelah Syekh Arsyad berhasil mengintensifkan dakwah melalui pembinaan kader Ulama di perkampungan khusus Dalam Pagar Martapura. Belakangan upaya itu menghasilkan kader Ulama yang tangguh dan tersebar luas di seluruh wilayah kerajaan dan bahkan sampai ke luar wilayah kerajaan. Selain itu beliau juga menyusun beberapa kitab dalam upaya menerapkan hukum Islam di kalangan masyarakat luas. Kitab-kitab itu meliputi masalah Syari'at, Ushuluddin dan Tasauf yang kesemuanya berhaluan ahlus sunnah wal jamaah.

Dalam bidang Fikih Syekh Arsyad al Banjari menulis beberapa buah karya diantaranya : *Sabilal Muhtadin*, *Parukunan Basar*, *Fathul Jawad*, *Luqtatul Ajlan*, *Kitabun Nikah*, *Kitabul Faraid*.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Gazali Usman, *Ibid*, hlm. 165.

¹⁰⁶ Irsyad Zen, *Sejarah dan Zuriat Syekh Muhammad arsyad Al-Banjari*, Yayasan Sultan Adam, Martapura, 1998, hlm. 57.

Parukunan Basar ditulis untuk para pemula yang merupakan petunjuk pelaksanaan singkat dan bersifat elementer, di dalamnya memuat uraian tentang sifat dua puluh (aqaidul iman). Uraiannya singkat dan materi yang dibicarakan hanya yang menjadi kewajiban dalam agama seperti sholat dan janji, sedang zakat dan puasa hanya dibicarakan secara singkat. Parukunan Basar¹⁰⁷ telah dicetak ulang beberapa kali, baik di dalam maupun di luar negeri.

Kitab Fathul Jawad merupakan materi fikih dalam mazhab Syafi'i yang disarikan dari tulisan Syekh Ibnu Hajar yang menguraikan secara singkat seluruh materi fikih tentang ibadah dan muamalah.

Kitabun Nikah memuat materi fikih yang membahas tentang hukum nikah dengan berbagai aspeknya yang merupakan pandangan mazhab Syafi'i. Uraiannya singkat karena kitab ini dijadikan pedoman bagi para hakim di kerajaan Banjar. Kitab inilah yang dijadikan sebagai pegangan dalam bidang perkawinan untuk seluruh wilayah kerajaan dan sampai saat ini tetap dipergunakan, sebelum adanya surat Edaran dari Direktorat Peradilan Agama RI tentang keseragaman ijab Kabul dari calon mempelai lelaki berbunyi : "*Kuterima menikahi si pulan binti pulan dengan maharnya*". Sedangkan dalam surat edaran tersebut ijab Kabul itu harus berbunyi : "*Kuterima nikahnya*".

Diatur pula dalam kitab tersebut tentang cina buta,¹⁰⁸ yang dipergunakan oleh Syekh Arsyad Al Banjari untuk menggantikan kata "*muhallif*".

¹⁰⁷ Parukunan Basar merupakan kitab melayu yang merupakan penjabaran dari pandangan Fikih yang lebih aplikatif sebagian besar bersumber dari Sabilal Muhtadin, kitab ini disarikan dari menantu Syekh Arsyad yaitu Mufti Jamaluddin. Lihat Irsyad Zen, *Op.Cit.* hlm. 87.

¹⁰⁸ Cina buta maksudnya orang yang telah melakukan talak tiga kali, mereka tidak boleh lagi kembali, kecuali bekas istri kawin dengan orang lain. Setelah kawin dengan orang lain dan cerai, barulah mereka diperbolehkan nikah kembali dengan bekas istrinya setelah genap masa

Ada lagi kitab yang membicarakan tentang pembagian harta peninggalan atau harta warisan yang diberi nama kitabul faraid.¹⁰⁹ Kitab ini juga disusun berdasarkan mazhab Syafi'i yang dimodifikasi dengan fatwa atau ijtihad Syekh Arsyad sendiri dalam upaya menyesuaikan dengan adat setempat dalam menetapkan hukum Islam, misal dalam hal harta perpantangan,¹¹⁰ harta perpantangan ini bukanlah penyimpangan dari hukum faraid yang ditetapkan dalam kitab-kitab fikih. Demikian pula halnya mengenai pembagian harta warisan yang sama antara saudaraperempuan dengan saudara lelaki atas persetujuan bersama, yang seperti ini dikenal dengan "ishlah".¹¹¹

Sedangkan kitab Sabilal Muhtadin merupakan karya terbesar dan monumental yang terdiri dari dua jilid. Kitab ini berisi uraian tentang fikih yang banyak mengutip dari Tuhfah dan Nihayah, dan kitab yang terkenal di kalangan

iddahnya. Supaya kawin dengan orang lain ini tidak lama, bekas suaminya mencari calon suami upahan. Inilah suatu tradisi yang berkembang dalam masyarakat yang dikenal dengan cina buta.

¹⁰⁹ Selama penelitian kitab ini tidak pernah ditemukan, baik dari koleksi perpustakaan pribadi Irsyad Zen yang merupakan zuriat Syekh Arsyad tidak juga dijumpai, namun menurut keterangan Asywadi Syukur, dari hasil observasi dan lawatan beliau ke beberapa negeri Malaysia terdapat kitabul Faraid buah karangan Tuan Guru Abdurrahman sapat dari Tembilahan, boleh jadi kitab itu dari Syekh Arsyad, namun ketika akan diterbitkan dipakailah nama Syekh Abdurrahman yang merupakan zuriat keturunan Datuk Kalampaian juga..

¹¹⁰ Harta perpantangan maksudnya harta bersama dalam perkawinan yang dalam istilah Jawa disebut harta gono gini. Secara filosofis terdapat perbedaan cara hidup antar masyarakat Arab dan masyarakat Banjar. Dalam hukum nikah bahwa istri tidak bekerja, segala keperluan rumah tangga menjadi kewajiban suami. Sedangkan dalam masyarakat Banjar, istri selalu membantu suami dalam mencari harta, bahkan kadang-kadang justru istri yang bekerja, istri sebagai kawan sekongsi dengan suami yang dikenal dalam hukum muamalah sebagai *Syirkatul Abdan*. Dalam ketentuannya jika salah satu meninggal atau terjadi perceraian, jumlah harta bersama itu dibagi dua, suami memperoleh separo dan istri memperoleh separo. Bagian yang separo yang merupakan milik waris itulah dibagi sesuai ketentuan hukum faraid, lihat H.M. Asywadi Syukur, makalah, 1989. Lihat hasil penelitian tentang.

¹¹¹ Ishlah merupakan hasil kesepakatan antara ahli waris yang juga bukan penyimpangan dari hukum faraid. Dalam hukum faraid dikenal istilah "*takharruj*", ialah pelepasan hak dari salah seorang atau beberapa orang ahli waris baik terhadap sebagian barang yang diwarisi atau terhadap seluruhnya. Contoh : barang yang tidak dapat dibagi tiga, sepertiga bersaudara mewarisi dari orang tuanya sebuah rumah, dua orang melepaskan haknya pada rumah itu dengan menerima gentian dengan sejumlah uang. Atau beberapa ahli waris menyerahkan seluruhnya haknya.

Syafi'i. Sebagai kitab fikih isinya memuat norma-norma Islam yang terdiri atas lima kategori yang lazim disebut dengan al ahkam al khamsah yaitu : wajib, haram, sunnah, makruh dan mubah atau boleh.

Kitab ini menguraikan masalah ibadah, sedangkan muamalah dan jinayah belum sempat dibicarakan, namun demikian kitab ini sangat besar manfaatnya dalam upaya beliau menerapkan hukum Islam di kawasan kerajaan Banjar sesuai dengan anjuran Sultan Tahmidullah yang memerintah saat itu.

Satu hal yang perlu mendapat perhatian, bahwa diantara sekian banyak kitab yang disusun oleh Syekh Muhammad Arsyad Al Banjari tidak terdapat satupun kitab yang membahas secara panjang lebar masalah jinayah. Boleh jadi syekh Arsyad memandang masalah jinayah ini hanya menyangkut kepentingan public yang dapat diselesaikan oleh para tokoh masyarakat melalui lembaga adat badamai yang merupakan kewajiban agama untuk menegakkan perdamaian diantara sesama muslim dan untuk kesejahteraan umat manusia. Sebab Islam diturunkan sebagai rahmat bagi alam semesta. Adat badamai berkaitan dengan jiwa ajaran Islam yang menganjurkan agar setiap muslim hendaknya melakukan islah (berdamai) diantara mereka. Pada surat al-Hujurat ayat 9 Allah menegaskan : "Jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang, maka damaikanlah diantara keduanya".¹¹²

Masalah jinayat sudah sangat jelas terdapat ketentuan hukumnya dalam Syari'at Islam. Meskipun nampaknya ketentuan jinayat ini dalam prakteknya memerlukan modifikasi. Sedangkan yang menyangkut ketentuan al ahwal As-

¹¹² Departemen Agama RI, Al-Quran dan Terjemahnya, Yayasan Penyelenggara Penterjemah dan Pentafsir Al-Quran, Jakarta, 1991, him. 846.

Syakhsiyah tanpa modifikasipun sudah dapat diaplikasikan dalam ruang lingkup kepentingan masyarakat Islam.

Upaya penerapan hukum Islam secara simultam Syekh Arsyad al Banjari merupakan konseptor dan sekaligus inspirator dan pelopor dalam pembentukan lembaga Mufti dan Qadhi sebagai suatu bentuk lembaga peradilan menurut ketentuan hukum Islam dalam struktur kerajaan Banjar pada masa pemerintahan Sultan Tahmidullah bin sultan Tamjidillah yang bergelar Sunan Nata Alam atau Penambahan Nata (1561-1801). Pembentukan lembaga ini dimaksudkan sebagai usaha melaksanakan ketentuan hukum Islam dalam masyarakat. Lembaga inilah kemudian yang menjadi cikal bakal bagi Pemerintah Hindia Belanda untuk daerah Kalimantan Selatan pada tahun 1937 dengan nama Kerapatan Kadhi dan Kerapatan Kadhi Besar, yang berlaku sampai lahirnya Undang-Undang No. 7 Tahun 1989 tentang Peradilan Agama.

b. Peran Tokoh Penguasa

Pengaruh pemikiran Syekh Arsyad al Banjari yang tertuang dalam beberapa kitab susunan beliau itu teraktualisasi secara kongkret ketika Sultan Adam al Wasikubillah¹¹³ (1825-1859) yang pada masa mudanya adalah murid syekh Muhammad Arsyad al Banjari. Beliau pada masanya menetapkan sebuah peraturan yang diberi nama Undang-Undang Sultan Adam. Dalam penyusunan UUSA tersebut terdapat andil dan peran yang sangat besar dari para Ulama. Bahkan dari salah satu pasal UUSA tersebut dengan tegas dinyatakan “sekalian kepala (pimpinan) jangan ada yang menyalahi fatwa haji Jamaluddin pasal 31).

¹¹³ Dalam silsilah Kerajaan Banjar, sultan Adam al asikubillah merupakan raja ke-12 dari raja Banjar Islam mulai Pangeran Suriansyah bertahta, lihat H.A. Gazali Usman, *Op.Cit*, hlm lampiran tentang silsilah kerajaan Banjar.

Haji Jamaluddin bin Syekh Muhammd Arsyad al Banjari adalah Mufti¹¹⁴ Kerajaan, dan nama beliau yang dipergunakan dalam penulisan kitab Parukunan Basar yang dikenal sebagai Parukunan Haji Jamaluddin. Dapatlah dikatakan bahwa Undang-Undang Sultan Adam merupakan kitab hukum yang tertulis yang jelas untuk menerapkan hukum Islam di kalangan warga dalam kerajaan Banjar.

Undang-Undang sultan Adam ini dikeluarkan oleh sultan Adam setelah beliau memerintah selama 10 tahun. Undang-Undang Islam dalam bidang politik sebagai proses perkembangan hukum Islam dalam kerajaan Banjar. Sebagai seorang sultan beliau dikenal sebagai sultan yang keras dalam menjalankan ibadah dan dihormati oleh rakyat karena dia seorang yang arif dan selalu berusaha memajukan kesejahteraan rakyat. Dia pula salah seorang sultan yang sangat memperhatikan perkembangan agama Islam.¹¹⁵

C. *Adat Badamai Dulu, Kini dan Masa Mendatang*

Di dalam masyarakat Banjar penghargaan diberikan terhadap orang yang lebih tua umumnya, orang yang karena kualitas pribadi tertentu dituakan dalam masyarakat, orang-orang yang menduduki jabatan tertentu di dalam masyarakat desanya, atau jabatan-jabatan lain di luar desanya, dan dihormati karena menjabat sebagai guru, terutama guru agama, atau menjalankan fungsi tertentu dalam masyarakat. Penyebutan tersebut di atas ini sebenarnya saling mencakup satu sama lain, namun akan jelas setelah sekedar penjelasan di bawah ini.

¹¹⁴ Mufti merupakan jabatan penting dan menentukan setelah hakim, yang dapat memberikan putusan dalam masalah agama. Dalam struktur hirarki kerajaan Banjar menempati kedudukan penting setelah hakim dan jabatan lainnya.

¹¹⁵ HA. Gazali Usman, *Ibid.*, hlm. 169.

Suatu bentuk sopan santun yang pertama-tama diajarkan kepada seorang anak ialah bagaimana ia seharusnya memberikan penghormatan kepada orang dewasa di kalangan keluarga luas dan orang-orang dewasa lainnya. Penghormatan ini diteruskan sampai si anak menjadi dewasa, yang ditujukan kepada orang tua, dan umumnya generasi yang lebih tua, kepada saudaranya yang lebih tua dan kepada kerabat yang umumnya lebih tua. Selain kepada kerabat yang lebih tua yang ada di kampungnya dan orang-orang yang lebih tua pada umumnya.

Orang-orang yang dituakan dalam masyarakat biasanya ialah tetuha-tetuha kampung yang dianggap sebagai tokoh-tokoh, yang selalu diikutsertakan dalam setiap kegiatan kampung, dan selalu yang pertama kali dihubungi apabila ada usaha dari pihak luar untuk mengadakan perdamaian (*babaikan*) dengan suatu kelompok kerabat (*bubuhan*) atau salah seorang warga masyarakat di kampung itu.

Dalam kalangan kerabat tertentu biasanya terdapat warga yang menjabat jabatan yang menonjol (seperti pembekal, pegawai negeri di kota, dan sebagainya) dibandingkan dengan warga lainnya dalam bubuhan, ayau dianggap bijaksana setelah terbukti dalam berbagai peristiwa, sehingga ia dituakan dan dengan demikian disejajarkan dengan orang tua simbol bubuhan.

Ada kecenderungan tokoh yang dituakan dalam bubuhan tertentu ini akan dituakan pula di kalangan masyarakat kampung, khususnya bila kelompok kerabat yang mendukungnya berpengaruh atau besar.¹¹⁶ Di kampung terdapat pula orang-orang yang dituakan bukan karena ia dianggap bijaksana dan merupakan

¹¹⁶ Berpengaruh menurut Alfani Daud karena umpamanya salah seorang anggota bubuhan menduduki jabatan penting di kota.

kepercayaan masyarakat, karena itu selalu diajak serta memecahkan masalah-masalah yang dihadapi kampung. Seseorang yang disegani karena pengalamannya yang luas atau karena dianggap pemberani (tokoh pejuang) termasuk kategori terakhir ini. Demikian pula pejabat-pejabat desa tertentu termasuk orang-orang yang dihormati pula, yaitu kepala kampung (pembekal), ketua RK (dahulu pengerak, akhir-akhir ini kepala dusun), kepala padang (kepala urusan agraria), dan wakil kepala kampung, dan juga kepala desa yang sudah melepaskan jabatannya.

Menurut Alfani Daud di kalangan masyarakat Banjar, terutama yang masih kuat memegang adatnya, pergaulan diharapkan hanya antara kelompok umur yang kurang lebih sebaya (*papantaran*)¹¹⁷ saja, mungkin dimaksudkan agar tidak usah selalu melakukan formalitas penghormatan seperti yang dikemukakan di muka. Hubungan dengan kelompok umur yang lebih tua seperlunya saja. Juga diharapkan anak-anak mentaati perintah orang tuanya dan orang-orang yang satu generasi.

Seorang tokoh yang disegani dalam suatu kampung atau di kalangan bubuhan tertentu tampak menonjol apabila terjadi perselisihan di dalam masyarakat dan ada usaha-usaha dari salah satu pihak untuk mengajak *badamai* pihak-pihak lainnya. Suatu perselisihan dalam masyarakat, lebih-lebih lagi jika terjadi pertumpahan darah, meskipun sebenarnya hanya luka-luka kecil saja,

¹¹⁷ *Papantaran* bahasa Banjar artinya dalam bahasa Indonesia sebaya lihat Abdul Jebar Hapip. Op.Cit. hlm. 138).

biasanya selalu dianggap akan berkelanjutan dan bila hal ini terjadi akan membahayakan bagi ketenteraman masyarakat.¹¹⁸

Dulu sebelum masuknya pengaruh modernisasi hukum dengan lahirnya UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, jabatan Penghulu masih amat menonjol dalam menyelesaikan sengketa perkawinan. Penghulu dapat mendamaikan orang yang mau bercerai, malah penghulu pula yang dapat memberikan jalan keluar bagi pasangan untuk bercerai sesuai dengan persyaratan menurut ketentuan syari'at (pemahaman Fikih). Seiring dengan lahirnya UU No. 1/1974 tersebut muncul dualisme peran lembaga penyelesaian sengketa. Buktinya di kampung-kampung sampai saat ini masih saja ada istilah kawin dan cerai di bawah tangan, yang dalam ketentuan peraturan perundangan dianggap tidak resmi (tidak tauliyah).¹¹⁹

Modernisasi hukum juga berpengaruh terhadap sikap masyarakat dalam memandang atau menyikapi keberadaan lembaga badamai ini, dalam pelaksanaannya meskipun orang sudah mulai dibiasakan menyelesaikan persengketaan melalui lembaga peradilan, namun dalam pandangan masyarakat tetap saja belum dapat menyelesaikan perasaan dendam dan belum mampu menyelesaikan masalah, kecuali di bawa ke dalam forum badamai.

Kini seiring dengan perkembangan di berbagai bidang, penyelesaian sengketa dijadikan sebagai objek pekerjaan sampingan bagi sebagian masyarakat tertentu. Biasanya profesi seperti itu lazim disebut sebagai *ojek*,¹²⁰ terkadang

¹¹⁸ Alfani Daud, *Op. Cit.* hlm. 89.

¹¹⁹ Alfani Daud, *I b i d.* hlm. 89.

¹²⁰ Ojek adalah sebuah profesi tadinya beberapa puluh tahun yang lalu hanya dapat diperankan oleh tokoh-tokoh masyarakat tertentu yang memiliki wibawa atau pengaruh di

pekerjaan ini dapat dijadikan sebagai objek pemerasan terhadap para pihak. Karena posisinya sebagai orang ketiga, maka terkadang posisinya bisa menguntungkan baginya. Datang pada pihak pertama dengan membawa informasi yang rada negative padahal tidak, tetapi ke klien yang satu lagi diskenariokan seolah-olah tidak mau membuka dialog dan berdamai kecuali memenuhi beberapa persyaratan. Padahal persyaratan itu dibuat-buat oleh yang bersangkutan untuk menarik keuntungan pribadi secara ekonomis.¹²¹

Dalam laporan Penelitian tersebut ada 10 Kasus yang menjadi objek penelitian, masing-masing memiliki motif memenuhi tuntutan responden Pihak I masing-masing untuk mencari keuntungan financial, penebus harga diri, *tatamba takajut*,¹²² memnuat jera.

Disamping itu ada motif untuk memenuhi tuntutan dari pihak II, masing-masing sekedar mengancam, terpaksa, menjaga keamanan, tak ingin memperpanjang masalah.

D. Analisis Perkembangan Adat Badamai

Memperhatikan *adat badamai* sebagai bentuk penyelesaian sengketa yang hidup di masyarakat (hukum adat), posisinya pada masa yang akan datang cukup prospektif dan tetap eksis, mengingat beberapa hal:

masyarakat karena jabatannya semisal pambakal atau kepala kampung, penghulu, tetuha masyarakat, tuan guru, attau pejabat pemerintah dan sebagainya bisa juga aparat keamanan atau kepolisian. Namun sekarang peran itu bisa saja dijadikan sebagai pencari penghasilan yang dapat dilakukan oleh siapa saja, baik orang kebanyakan, tukang ojek, premen, polisi dan lain-lain.

¹²¹ Lihat Laporan Penelitian Akhmad Syaikh, *Tindak Pemerasan Menurut Hukum Islam dan Hukum Positif (Studi Praktik Baparbaik di Kecamatan Kandangan Kabupaten Hulu Sungai Selatan)*, Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin, 1996.

¹²² Uang lelah atau konvensasi dari upaya yang dilakukannya menolong para pihak.

1. Secara konstitusional mendapat pengakuan dari UUD 45 Pasal 18 B (2).
2. Adanya peraturan perundang-undangan yang masih bersifat mendua, misalnya UU No. 5 Tahun 1966 tentang Ketentuan Pokok Agraria, bahwa hukum agrarian yang berlaku adalah hukum adat, Hal senada juga diisyaratkan oleh UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan.
3. Secara akademik dibanyak Pergutuan Tinggi Hukum sudah berkembang kajian hukum yang bersifat non positivistic sepeerti "Law and Society" dan Amtropologi Hukum yang mengetengahkan kajian tentang Hukum rakyat (Folk Law) dan pluralisme hukum.
4. Perkembangan otonomi daerah pasca reformasi yang dimulai dengan berlakunya Undang-Undang No. 22 tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah yang sekarang sudah digantikan dengan UU No. 32 tahun 2004 telah membuka peluang adanya otonomi yang seluas-luasnya, memberi angina segar berkembangnya hukum-hukum local walaupun daalam beberapa hal ada kecenderungan pengaturan hukum melalui Peraturan Daerah sebagai bentuk formalisasi hukum adat yang berlaku.¹²³

¹²³ Menguatnya keinginan masyarakat di daerah Kal-Sel memformalisasikan Syari'at Islam dalam bentuk Perda-perda merupakan semangat untuk mengimplementasikan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, yang tergambar sebagai berikut di Kabupaten Banjar terdiri dari beberapa buah Perda yaitu Perda No. 9 Tahun 2003 tentang Zakat, Perda No. 5 Tahun 2004 tentang Ramadhan, Surat Edaran Bupati Banjar tentang kewajiban bagi karyati di lingkungan Pemda Banjar untuk memakai jilbab, perda No. 4 Tahun 4 Tahun 2004 tentang Khatam al-Qur'an, Perda No. 5 Tahun 2006 tentang Penggunaan Atribut Arab Melayu pada Instansi Pemerintah dan Jum'at Khusus. Di Kabupaten Hulu Sungai Selatan yaitu Perda No. 19 Tahun 2005 tentang Zakat, Perda No. 18 Tahun 2005 tentang ketentuan Larangan selama Biulan Ramadhan, Perda No. 21 Tahun 2005 tentang Khatam Qur'an bagi Pelajar SD, SMP dan SMA. Sementara di Kota Banjarmasin ada Perda 13 Tahun 2003 tentang Larangan Kegiatan Bulan Ramadhan dan Perda No. 31 Tahun 2004 tentang Zakat. Pada tingkat Provinsi pada tahun 2000 pernah lahir Perda Nomor 1 tahun 2000 tentang Miras, namun kemudian tahun 2002 Perda itu dianulir mengingat kewenangan melahirkan perda-perda itu merupakan kewenangan dan otonomi Kabupaten Kota.

5. Munculnya gerakan masyarakat adapt yang berawal dari diselenggarakannya Kongres Masyarakat Adat Nusantara 15-22 Maret 1999 dengan mendeklarasikan tanggal 17 Maret sebagai Hari Kebangkitan Masyarakat Adat dan terbentuknya Aliansi Masyarakat Adat Nusantara (AMAN).
6. Adanya pernyataan politik yang memberikan janji untuk menyiapkan perangkat hukum. Perundang-undangan yang akan mengatur secara khusus keberadaan dan pengakuan masyarakat adapt, seperti pernyataan Presiden Soesilo Bambang Yudhoyono pada peringatan hari Internasional Masyarakat Adat sedunia tanggal 9 Agustus 2006.
7. Terakhir isu posisi hukum adat dibahas dalam Seminar Tentang Pluralisme Hukum dan Tantangannya Bagi Pembentukan Sistem Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI di Makasar, 1-2 Mei 2007. Persoalan yang dibahas adalah tentang isu pluralisme hukum akan dibawa bergeser ke ranah politik paling tidak politik hukum nasional.¹²⁴

Disamping itu adanya perubahan paradigma aparat penegak hukum terutama dimulai dari perubahan signifikan yang dilakukan oleh lembaga Kepolisian Republik Indonesia.

Dalam kehidupan masyarakat madani yang bercirikan demokrasi dan supremasi hukum Kepolisian Negara Republik Indonesia (Polri) harus mampu

¹²⁴ Abdurrahman, *Hukum Adat dalam Perkembangan Pluralisme Hukum di Indonesia*, Makalah pada Seminar Tentang Pluralisme Hukum dan Tantangannya Bagi Pembentukan Sistem Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI di Makasar, 1-2 Mei 2007.

memberikan jaminan keamanan, ketertiban dan perlindungan hak asasi manusia kepada masyarakat serta dapat menunjukkan transparansi dalam setiap tindakan, menjunjung tinggi kebenaran, kejujuran, keadilan, kepastian dan manfaat sebagai wujud pertanggungjawaban terhadap public (akuntabilitas public).

Proses reformasi yang telah dan sedang berlangsung untuk menuju masyarakat sipil yang demokratis membawa berbagai perubahan di dalam sendi-sendi kehidupan berbangsa dan bernegara. Polri yang saat ini sedang melaksanakan proses reformasi untuk menjadi kepolisian sipil, harus dapat menyesuaikan diri dengan perkembangan kehidupan masyarakat dengan cara merubah paradigma yang menitik beratkan pada pendekatan yang reaktif dan konvensional (kekuasaan) menuju pendekatan yang proaktif dan mendapat dukungan publik dengan mengedepankan kemitraan dalam rangka pemecahan masalah-masalah sosial. Model penyelenggaraan fungsi kepolisian tersebut dikenal dengan berbagai nama seperti *Community Oriented Policing*, *Community Based Policing* dan *Neighbourhood Policing*, dan akhirnya populer dengan sebutan *Community Policing*.

Beberapa tahun belakangan, lembaga-lembaga donor telah memberikan dukungan dalam proses reformasi Polri dan menawarkan bantuan dana untuk proyek-proyek pengembangan *Community Policing*.¹²⁵ Sebagaimana yang diselenggarakan di beberapa daerah seperti konsep pengembangan lembaga

¹²⁵ Pelaksanaan proyek *Community Policing* misalnya dilaksanakan di NTB bekerjasama dengan Universitas Negeri Mataram merupakan satuan Organisasi Polri yang pertama kali (2001) menangkap peluang tersebut dengan menyelenggarakan proyek yang disebut dengan "Pengembangan Kepolisian Nasional Berorientasi Masyarakat Lokal" atas dukungan biaya Partnership. Setelah itu sejumlah Polda menyelenggarakan proyek serupa, misalnya Polda Kalbar, Polda Jawa Timur, dan Polda Jawa Barat.

perpolisian itu diluncurkan terutama di negara-negara maju, penyelenggaraan tugas-tugas kepolisian baik dalam pemeliharaan keamanan dan ketertiban maupun penegakan hukum, dilakukan secara konvensional.

Secara tradisional Polri mengembangkan program Bimbingan Masyarakat (Bimmas) dan program-program yang berkaitan dengan Sistem Keamanan Swakarsa (Siskamswakarsa).¹²⁶

Polisi cenderung melihat dirinya semata-mata sebagai pemegang otoritas dan institusi kepolisian dipandang semata-mata sebagai alat negara sehingga pendekatan kekuasaan bahkan tindakan represif seringkali mewarnai pelaksanaan tugas dan wewenang kepolisian. Walaupun prinsip-prinsip "melayani dan melindungi" (*to serve and to protect*) ditekankan, pendekatan-pendekatan yang birokratis, sentralistis, serba sama/seragam mewarnai penyajian layanan kepolisian. Gaya perpolisian tersebut mendorong polisi untuk mendahulukan mandat dari pemerintah pusat dan mengabaikan "persetujuan" masyarakat lokal yang dilayani, padahal masyarakat lokal memiliki kearifan tersendiri dalam penyelesaian sengketa.

Selain itu polisi cenderung menumbuhkan sikap yang menampilkan dirinya sebagai sosok yang formal, dan eksklusif dari anggota masyarakat lainnya. Pada akhirnya semua itu berakibat pada mudurnya legitimasi kepolisian di

¹²⁶ Program Siskamswakarsa dilakukan melalui Sistem Keamanan lingkungan (Siskamling) yang meliputi lingkungan pemukiman, lingkungan pendidikan dan lingkungan kerja sebagai bentuk-bentuk pengamanan swakarsa sebagaimana ditetapkan dalam Undang-Undang tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.

mata publik pada satu sisi, serta semakin berkurangnya dukungan publik bagi pelaksanaan tugas kepolisian maupun buruknya citra polisi pada sisi lain.¹²⁷

Kondisi itu terjadi lebih-lebih ketika Polri dijadikan sebagai bagian integral ABRI dan polisi merupakan prajurit ABRI yang dalam pelaksanaan tugasnya diwarnai sikap dan tindakan yang kaku bahkan militeristik yang tidak proporsional. Perpolisian semacam itu juga ditandai antara lain oleh pelaksanaan tugas kepolisian, utamanya penegakan hukum, yang bersifat otoriter, kaku, keras dan kurang peka terhadap kebutuhan rasa aman masyarakat.

Di sisi lain pelaksanaan tugas kepolisian sehari-hari, lebih mengedepankan penegakan hukum utamanya untuk menanggulangi tindak kriminal. Berdasarkan TAP MPR Nomor II/MPR/1993 tentang GBHN yang berkaitan dengan Sistem Keamanan dan Ketertiban Masyarakat Swakarsa, Polri dibebani tugas melakukan pembinaan Kamtibmas yang diperankan oleh Babinkamtibmas sebagai ujung tombak terdepan. Pendekatan demikian memposisikan masyarakat seakan-akan hanya sebagai objek dan polisi sebagai subjek yang "serba lebih" sehingga figure yang mampu menangani dan menyelesaikan segenap permasalahan Kamtibmas yang dihadapi masyarakat..

¹²⁷ Di masyarakat berkembang juga sikap sinis dan meratanya keengganan melapor ke polisi manakala kecurian. Ketika melapor dimintai keterangan sampai berjam-jam, barang tak pernah kembali, malah masih dimintai uang pula. Karena korupsi birokrasi Polri sudah sistemik, banyak laporan kepada polisi yang sering hilang begitu saja. Laporan Pusat Pelaporan Analisis Transaksi Keuangan (PPATK) tentang adanya rekening tak wajar 15 perwira Polri, yang (konon) beberapa di antaranya mencapai ratusan milyar, tak pernah jelas penanganannya. Seperti dalam penanganan keterlibatan pejabat Polri yang "maju-mundur" dalam kasus korupsi di Bank Negara Indonesia (BNI), masalah rekening tak wajar ini pun tak pernah dijelaskan siapa-siapanya dan duduk soalnya. Mengapa? Karena kasus seperti itu diduga kuat mengait banyak pejabat di lingkungan Polri yang bisa terkena efek domino (saling untkap) dan bisa mengguncangkan. Moh. Nahfud, MD, *Polisi Berulah Polisi Berubah*, Artikel yang diterbitkan pada Harian Kompas, Agustus 2006.

Sejalan dengan pergeseran peradaban umat manusia, secara universal terutama di negara-negara maju, masyarakat cenderung semakin "jenuh" dengan cara-cara lembaga pemerintah yang birokratis, resmi, formal/kaku, general/seragam dan lain-lain dalam menyajikan layanan public. Terdapat kecenderungan bahwa masyarakat lebih menginginkan pendekatan-pendekatan yang personal dan menekankan pemecahan masalah dari pada sekedar terpaku pada formalitas hukum yang kaku. Dalam bidang penegakan hukum terutama yang menyangkut pertikaian antar warga, penyelesaian dengan mekanisme informal dipandang lebih efektif dari pada proses system peradilan pidana formal yang acapkali kurang memberikan peranan yang berarti bagi korban dalam pengambilan keputusan penyelesaian masalah yang didertianya.¹²⁸

Dari perubahan paradigma tugas peran aparat perpolisian masyarakat *Community Policing*, diharapkan peran polisi dapat mendorong penyelesaian pertikaian di antara masyarakat melalui mekanisme informal atau adapt badamai. Sebab tujuan penyelesaian criminal atau pidana pada akhirnya adalah menciptakan kedamaian, ketertiban dan keadilan di tengah masyarakat. Apabila hal-hal tersebut dapat dicapai dengan sendirinya tujuan pembedanaan itu tercapai.

¹²⁸ Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia, *Kebijakan dan Strategi Penerapan Model Perpolisian Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Tugas Polri*, Lampiran Surat Keputusan Kapolri No. Pol.: SKEP/737/X/225, tanggal 13 Oktober 2005.

BAB IV

ADAT BADAMAI SEBAGAI SARANA PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM DALAM SISTEM HUKUM NASIONAL

A. Sistem Hukum Nasional Berlandaskan Pancasila.

Negara hukum adalah negara yang penyelenggaraan pemerintahannya dijalankan berdasarkan dan bersarkan hukum, berakar pada seperangkat titik tolak normatif. Norma itu berupa asas-asas dasar sebagai asas-asas yang menjadi pedoman dan kriteria penilai pemerintahan dan perilaku pejabat pemerintah. Keberadaan negara hukum menurut J. Van der Hooen mempersyaratkan: (a) prediktabilitas perilaku, khususnya perilaku pemerintah, yang mengimplikasikan ketertiban demi keamanan dan ketenteraman bagi setiap orang, (b) terpenuhinya kebutuhan materiil minimum bagi kehidupan manusia yang menjamin keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi.¹

Adapun unsur-unsur dan asas-asas dasar negara hukum adalah sebagai berikut:

1. Pengakuan, penghormatan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia yang Berakar atas Martabat Manusia (*Human Dignity*);
2. Asas kepastian hukum. Negara hukum bertujuan untuk menjamin bahwa kepastian hukum mewujudkan dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian dalam hubungan antar manusia, yakni menjamin prediktabilitas, dan juga bertujuan untuk mencegah bahwa hak yang terkuat yang berlaku, beberapa asas yang terkandung dalam asas kepastian hukum adalah:
 - a. asas legalitas, konstitusional, dan supremasi hukum,
 - b. asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintahan dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintah,

¹ B. Arief Sidharta, *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, dalam Jurnal Hukum Jentera, Edisi 3 tahun II, Nopember 2004, hlm. 121-125.

- c. asas *nonretroaktif* perundang-undangan: sebelum mengikat, undang-undang harus diumumkan secara layak,
 - d. asas peradilan bebas: objektif-imparsial dan adil-manusiawi,
 - e. asas *nonliquet* : hakim tidak boleh menolak perkara yang dihadapkan kepadanya dengan alasan undang-undang tidak jelas atau tidak ada,
 - f. hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang (UUD).
3. Asas *Similia Similibus* (Asas Persamaan).
- Dalam asas Negara hukum, pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang tertentu (harus *nondiskriminatif*). Aturan hukum berlaku sama untuk setiap orang, karena itu harus dirumuskan secara umum dan abstrak. Dua hal penting yang terkandung dalam asas ini adalah:
- a. persamaan kedudukan di hadapan hukum dan warga negara,
 - b. tuntutan perlakuan yang sama bagi semua warga negara,
4. Asas demokrasi.
- Asas demokrasi memberikan suatu cara atau metode pengambilan keputusan. Asas ini menuntut bahwa tiap orang harus mempunyai kesempatan yang sama untuk mempengaruhi tindakan pemerintahan. Asas ini diwujudkan lewat sistem representasi (perwakilan rakyat) yang mempunyai peranan dalam pembentukan undang-undang dan kontrol terhadap pemerintah. Beberapa hal penting dalam asas demokrasi:
- a. pemilihan umum yang langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil;
 - b. pemerintah bertanggung jawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
 - c. semua warga negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan putusan politik dan mengontrol pemerintah;
 - d. semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional semua pihak;
 - e. kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
 - f. kebebasan pers dan lalu lintas informasi;
 - g. rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.
5. Pemerintah dan pejabat Pemerintah Mengemban Fungsi pelayanan Masyarakat.
- Pemerintah mengemban tugas untuk memajukan kepentingan warga Negara, semua kegiatan pemerintahan harus terarah kepada kesejahteraan umum. Beberapa hal yang terdapat pada asas ini:
- a. asas-asas umum pemerintahan yang layak;
 - b. syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;

- c. pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (*doelmatig*), jadi harus efisien-efektif.²

Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 hasil perubahan menyebutkan bahwa Indonesia adalah "negara hukum" tanpa mencantumkan lagi kata *rechtsstaat* di dalam kurung seperti yang ada di dalam Penjelasan sebelum diamandemen. Itu harus diartikan bahwa negara hukum Indonesia menerima asas kepastian hukum (titik berat pada *rechtsstaat*) sekaligus asas rasa keadilan (titik berat pada *the rule of law*). Pengertian yang demikian dipertegas pula di dalam Pasal 28 H yang menekankan pentingnya kemanfaatan dan keadilan.³

Di negara-negara Anglo Saxon yang lebih menekankan pada keadilan daripada bunyi undang-undan. Putusan hakim justru dianggap lebih tinggi daripada undang-undang karena rasa keadilan yang dikandungnya. Asas kepastian hukum harus dihayati sebagai keharusan untuk "memastikan" bahwa keadilan ditegakkan.

Negara hukum Indonesia yang berdasakan Pancasila dan UUD 1945 mengambil konsep prismatik atau integratif dari dua konsep hukum sehingga prinsip kepastian hukum dalam *Rechtsstaat* dipadukan dengan prinsip keadilan dalam *the Rule of Law*. Menurut Moh. Mahfud MD Indonesia tidak memilih salah satunya tetapi memasukkan unsur-unsur baik dari keduanya.⁴ Selanjutnya dijelaskan pilihan yang prismatik seperti ini menjadi niscaya karena pada saat ini sudah sulit menarik perbedaan yang substantif antara *Rechtsstaat* dan *The Rule of*

² B. Arief Sidharta, *I b i d.*

³ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, Cet. I Juli 2006, hlm. 23.

⁴ Moh. Mahfud, MD, *Ibid.*, hlm. 26..

Law. Kepastian hukum harus ditegakkan untuk memastikan bahwa keadilan di dalam masyarakat juga tegak.

Menurut Moh. Mahfud MD hukum sebagai alat untuk mencapai tujuan negara, selain berpijak pada lima dasar untuk mencapai tujuan negara, juga harus berfungsi dan selalu berpijak pada empat prinsip cita hukum (*rechtsidee*) yakni:

1. Melindungi semua unsur bangsa (nation) demi keutuhan (integrasi).
2. Mewujudkan keadilan sosial dalam bidang ekonomi dan kemasyarakatan.
3. Mewujudkan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan negara hukum (nomokrasi).
4. Menciptakan toleransi atas dasar kemanusiaan dan berkeadaban dalam hidup beragama.⁵

Pancasila sebagai dasar filosofis kehidupan bermasyarakat Indonesia, telah mengisyaratkan bahwa asas penyelesaian sengketa melalui musyawarah untuk mufakat lebih diutamakan, seperti tersirat juga dalam Undang-Undang Dasar 1945. Moh. Koesno, B. Arif Sidharta dan Mochtar Kusumaatmadja dan beberapa ahli hukum yang lain sepakat mengatakan bahwa Pancasila sebagai sumber segala sumber hukum mengandung nilai-nilai kehidupan bangsa Indonesia, kedudukannya sebagai cita hukum⁶ (*Rechtsidee*).

Karena Pancasila merupakan jiwa dan pandangan hidup bangsa yang merupakan sumber dasar tertib hukum yang ada salah satu ciri, maka Negara

⁵ Moh. Mahfud, MD, *Ibid.*, hlm. 18.

⁶ Membicarakan apa *Rechtsidee*, adalah membicarakan suatu ramuan macam-macam nilai yang begitu memegang peranan di dalam hidup manusia baik sebagai individu maupun sebagai makhluk sosial. Di dalam hidup manusia nilai-nilai banyak ragam dan macam-macamnya. Ada nilai kebenaran, ada nilai kesusilaan, ada nilai keindahan, ada nilai hukum, ada nilai kekeramatan dan sebagainya. Nilai-nilai itu adanya adalah a priori dengan rincian isi yang macam-macam dan berbeda-beda. Keseluruhan nilai itu merupakan suatu alam tersendiri yang disebut sebagai alam nilai. Lihat Moh. Koesnoe, *Op-Cit*, hlm. 59.

hukum Indonesia dapat pula dinamakan Negara Hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam Negara hukum Pancasila adalah adanya jaminan terhadap *freedom of religion* atau kebebasan beragama. Kebebasan beragama di sini dalam konotasi positif, dimaknai tiada tempat bagi ateisme. Negara Hukum pancasila bertitik pangkal dari asas kekeluargaan dan kerukunan secara terpadu. Kepentingan rakyat banyak lebih diutamakan, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai.⁷

Philipus M. Hadjon merumuskan elemen atau unsur-unsur Negara Hukum Pancasila sebagai berikut:

1. Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat berdasarkan asas kerukunan;
1. Hubungan fungsional yang proporsional antara kekuasaan negara;
2. Prinsip penyelesaian sengketa secara musyawarah mufakat, dan peradilan merupakan sarana terakhir;
3. Keseimbangan antara hak dan kewajiban.⁸

B. Arief Sidharta menyebutkan bahwa Pancasila adalah pandangan hidup kekeluargaan bangsa Indonesia yang di dalamnya terdapat ajaran bahwa struktur kehadiran manusia dalam kebersamaan dengan sesamanya. Maka sifat hubungan antar manusia dan antara tiap manusia dengan masyarakat dilandasi dan dijiwai oleh cinta kasih. Sifat cinta kasih yang menjiwai hubungan manusia itu yang terbawa oleh kodrat kebersamaannya itu, juga pada akhirnya bersumber pada

⁷ Bambang Sityoso, Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 9-10.

⁸ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 66.

Sang Maha Pencipta, yakni Tuhan Yang Maha Esa, sifat hubungan manusia yang demikian itu dinamakan juga dengan kekeluargaan⁹.

Selanjutnya dijelaskan.

Tatanan hukum yang beroperasi dalam suatu masyarakat pada dasarnya merupakan pengejawantahan cita hukum yang dianut dalam masyarakat yang bersangkutan ke dalam perangkat berbagai aturan hukum positif, lembaga hukum dan proses (prilaku birokrasi pemerintah dan warga masyarakat).¹⁰

Dengan demikian cita hukum mengandung arti bahwa pada hakekatnya hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar pada gagasan, rasa, karsa, cipta dan fikiran dari masyarakat itu sendiri. Jadi, cita hukum itu adalah gagasan, karsa, cipta dan pikiran berkenaan dengan hukum atau persepsi tentang makna hukum, yang dalam intinya terdiri atas tiga unsur: keadilan, kehasilgunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum.

Selanjutnya dijelaskan bahwa cita hukum itu terbentuk dalam pikiran dan sanubari manusia sebagai produk berpautnya pandangan hidup, keyakinan keagamaan dan kenyataan kemasyarakatan yang diproyeksikan pada proses pengkaidahan perilaku warga masyarakat yang mewujudkan tiga unsur tersebut.¹¹

Dalam dinamika kehidupan kemasyarakatan, cita hukum itu akan mempengaruhi dan berfungsi sebagai *asas umum yang mempedomani (guiding*

⁹ B. Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 180, juga dalam kuliah Filsafat Hukum dengan telaah tentang *Filsafat Hukum Pancasila*, pada Program Doktor (S-3) Ilmu Hukum UII Jogjakarta.

¹⁰ B. Arief Sidharta, *I b i d*, hlm 180.

¹¹ Paul Scholten, *Ilmu Hukum*, Terjemahan B. Arief Sidharta, Universitas Parahiyangan, Bandung, 2000, Bahan Kuliah S-3 Ilmu Hukum UII, Yogyakarta, Lihat. Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991. hlm. 76.

principle), *norma-kritik* (kaidah evaluasi) dan faktor yang memotivasi dalam penyelenggaraan hukum (pembentukan, penemuan, penerapan hukum) dan perilaku hukum.¹²

Menurut Supomo dalam pidatonya dengan topik Masalah Indonesia yang paling mendasar sebagaimana dikutip Syafi'i Ma'arif, Pancasila merupakan dasar negara yang masih diperdebatkan di lembaga Konstituante.¹³ Kelompok Islam memandang bahwa secara historis Pancasila menjiwai Piagam Jakarta. Bagi umat Islam cita hukum Pancasila itu tidak lain adalah bagaimana melaksanakan nilai-nilai ajaran Islam yang memiliki beberapa prinsip universal yang dapat diterima oleh semua kelompok.¹⁴ Menurut M. Tahir Azhari, konsep Negara hukum Pancasila mempunyai ciri-ciri pokok sebagai berikut:

1. Ada hubungan yang erat antara agama dan negara
2. Bertumpu pada Ketuhanan YME
3. Kebebasan beragama dalam arti yang positif
4. Ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang
5. Asas kekeluargaan dan kerukunan
6. Sistem konstitusi
7. Persamaan dalam hukum
8. Peradilan bebas.¹⁵

Secara historis merupakan suatu keniscayaan bahwa Pancasila merefleksikan semangat Piagam Jakarta. Ia merupakan hadiah umat Islam demi

¹² B. Arief Sidharta, *Ibid*.

¹³ Terjadi tarik menarik mengenai pembahasan Dasar Negara antara kelompok Nasionalis, Agama dan kelompok Nasionalis Agama. Masing-masing mengajukan gagasan sesuai dengan ideology yang dianut. Sehingga menurut Supomo Pancasila merupakan kesepakatan Politik. Lihat Ahmad Syafi'i Ma'arif, *Islam dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1985, hlm. 146.

¹⁴ Pidato Mohammad Hatta sebagaimana dikutip Syafi'i Ma'arif, *Ibid*, hlm. 153-157.

¹⁵ M. Tahir Azhari, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm. 69.

persatuan dan kesatuan bangsa Indonesia dari disintegrasi nasional. Umat Islam berjiwa besar menghilangkan tujuh kata: *Ketuhanan dengan kewajiban menjalankan Syari'at Islam bagi pemeluk-pemeluknya* menjadi Ketuhanan Yang Maha Esa. Pancasila tidak saja dapat dilihat dari segi cita hukum yang mengandung falsafah, ide gagasan dan nilai budaya suatu bangsa. Namun lebih jauh ia merupakan refleksi dari nilai-nilai ajaran Islam dalam seluruh aspek kehidupan manusia secara menyeluruh. Ajaran Islam menganjurkan umatnya untuk memupuk persaudaraan, memelihara kebersamaan, gotong royong, kesetiakawanan dan mengembangkan permusyawaratan.¹⁶

B. Pembangunan Sistem Hukum Nasional.

1. Hukum Adat dan *Pluralisme Hukum*.

Seorang pakar hukum Indonesia Ernest Utrecht (1922-1992) dalam bukunya "Pengantar Dalam Hukum Indonesia (1966) mencantumkan satu Bab yang berjudul "Aneka Warna Hukum" (*Rechtsbedeeling*) di Indonesia (Bab III hlm 147-179). Dalam tulisan ini disebutkan beberapa tulisan pakar hukum Belanda berkenaan dengan "*rechtvedeeling*" seperti *Carpenter Alting* "*Grondslagen der Rechtsbedeeling*" (1926) an *Andre de la Porte* "*recht en Rechtsbedeeling in Nederlandsch Indie*" (1933). Kalau istilah *Rechtsbedeeling* dipadankan sama dengan legal *pluralisme* atau *pluralisme hukum* yang

¹⁶ Endang Saifuddin Anshari, *Piagam Jakarta 22 Juni 1945 Sebuah Konsensus Nasional tentang Dasar Negara Republik Indonessia (1945-1949)*, Gema Insani Press, JJakarta, 1977, hlm: 9-30. Lihat Syafi'i Ma'arif, *Islam dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1987, hlm. 9.

diperbincangkan, maka dapat dikatakan bahwa persoalan *pluralisme* sudah dikenal dan diperbincangkan dalam dekade awal abad ke-20.

Mengenai hal ini Utrecht mengemukakan bahwa berdasarkan perbedaan kebudayaan yang untuk sementara waktu masih nyata (tetapi di kemudian hari nanti akan lenyap sebagai salah satu hasil politik kebudayaan berdasarkan memperkuat kepribadian nasional bersatu) maka warga Negara Indonesia dapat dibagi dalam beberapa golongan rakyat (*bevolkingsgroep*). Golongan rakyat itu golongan rakyat Indonesia asli, golongan rakyat Eropah oleh karena kebudayaan masih berbeda, maka dengan sendirinya sebagian dari hukum yang berlaku bagi masing-masing golongan rakyat itu masih belum sama.¹⁷

Selanjutnya dikemukakan bahwa adanya aneka warna hukum di Indonesia sudah lama. Dapat dikatakan adanya mulai pada waktu kedatangan orang Belanda di Indonesia, yakni pada tahun 1596. Sekarang aneka warna hukum di Indonesia masih tetap dalam bagian besar hukum privat, sedangkan hukum acara (sejak zaman Jepang) dan hukum pidana (sejak tahun 1915) pada dasarnya (LN 1951 No. 9) telah diunifikasi. Jadi sekarang ada satu hukum acara dan satu hukum pidana bagi semua golongan hukum dan golongan rakyat di Indonesia. Kami katakan bahwa aneka warna hukum di Indonesia itu masih terdapat dalam "bagian besar" hukum privat – jadi, tidak dalam seluruh hukum privat itu, karena proses unifikasi yang sesuai dengan alam negara kesatuan yang juga menginginkan hukum kesatuan, sekarang telah dimulai di bidang hukum privat pula.

¹⁷ E. Utrecht, Pengantar Dalam Hukum Indonesia, Penerbit Balai Buku Ichtiar Jakarta, 1966, hlm. 147.

Undang-undang tahun 1960 No. 5 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria (LN 1960 No. 104) telah mencabut Buku II KUH Perdata "sepanjang mengenai bumi, air serta kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, kecuali ketentuan-ketentuan mengenai *hypotheek* yang masih berlaku pada mulai berlakunya undang-undang ini". Peraturan KUH Perdata yang tersebut dan yang bersangkutan, yang pada dasarnya hanya berlaku bagi golongan hukum Eropah, sekarang telah diganti oleh Peraturan-Peraturan LN 1960 No. 104 yang berlaku bagi semua golongan hukum (warga Negara Indonesia) dengan tidak membedakan antara yang asli dan yang bukan asli.¹⁸ Pada bagian lain dikatakan pula bahwa hukum privat di Indonesia beraneka warna. Bagi hukum privat di Indonesia ada tiga golongan hukum: golongan hukum adat, golongan hukum Eropah dan golongan hukum adat Timur Asing (orang Tionghoa termasuk golongan hukum Eropah). Seorang Indonesia asli menjual hasil tanahnya kepada seorang keturunan Eropah. Pihak Indonesia asli tunduk pada hukum adat sedangkan pihak lain tunduk pada hukum Eropah. Pertanyaan: Hukum mana atau hukum apa yang akan mengatur jual beli ini? Ada tiga kemungkinan "Perjanjian jual beli diatur oleh hukum adat, oleh hukum Eropah atau oleh hukum yang bukan hukum adat maupun hukum Eropah. Penjelasan perkara semacam ini dipelajari oleh hukum *intergentil* (hukum antar golongan hukum).¹⁹

Dalam suasana "*rechtsbedeeling*" atau *pluralisme* hukum seperti tersebut di atas hukum adat adalah merupakan salah satu hukum yang berlaku di Indonesia *disamping* hukum Eropah. Karena itu Utrecht dalam menggambarkan hukum ini

¹⁸ E. Utrecht, *ibid.*, hlm. 151-152.

¹⁹ E. Utrecht, *Ibid.*, hlm. 107-108.

mengatakan hukum adat ialah bagian dari tata hukum Indonesia yang berasal dari adat istiadat. Adat istiadat ialah himpunan kaidah-kaidah sosial yang sejak lama ada, merupakan tradisi dalam masyarakat bumi putera dan bermaksud mengatur tata tertib masyarakat bumi putera itu. Kaidah-kaidah tersebut ditaati oleh anggota berbagai persekutuan hukum (*rechtsgemeenschappen*) yang ada di wilayah Indonesia.²⁰ Adanya keanekaragaman hukum sebagaimana digambarkan di atas kelihatannya cukup mencemaskan sebagian besar sarjana hukum terutama yang menjadi penganut paham *positivistik*.

Hal ini antara lain dikemukakan oleh Ali Affandi dalam pidato pengukuhan sebagai Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada. Dikatakan bagi mereka yang mempunyai minat dan perhatian akan hukum yang berlaku di Indonesia ini, khususnya hukum perdata. Pertama, yang segera masuk dalam perhatiannya ialah berlakunya sistem hukum yang berlain-lainan terhadap golongan penduduk yang berbeda-beda. Sistem hukum yang satu adalah hukum yang timbul dan tumbuh di dalam masyarakat sejak adanya masyarakat itu dan yang tidak tertulis, sedang yang lainnya adalah sistem hukum yang dimasukkan dari negeri lain dan yang berwujud suatu *kodifikasi*.

Selanjutnya hukum yang disebut pertama, yang dengan istilah kesarjanaan disebut hukum adat itu tidak dibentuk sesuai dengan sistematika yang teratur tetapi tumbuh dan lenyap seiring dengan pengalaman-pengalaman yang mempengaruhi masyarakat itu sendiri di dalam perjalanannya sepanjang masa. Kemudian dari pada itu Hukum Adat itu bukan merupakan kaidah-kaidah yang

²⁰ E. Utrecht, *Ibid*.

secara keseluruhan berlaku di tiap kepulauan Indonesia, tetapi ia menampakkan diri di dalam lingkungan-lingkungan hukum yang 19 jumlahnya mempunyai sifat-sifat yang khas yang berbeda-beda.

Disamping itu 2 jenis sistem hukum yang berlainan itu, masih terdapat pula berbagai peraturan yang menampung sengketa antara 2 jenis hukum dan juga sengketa antara kaidah-kaidah yang berlaku pada lingkungan-lingkungan yang jumlahnya 19 itu. Lagi pula masih ada peraturan-peraturan lain lagi yang dimaksud khusus untuk menampung suatu kepentingan yang timbul di dalam masyarakat tanpa memandang perbedaan antara golongan-golongan.²¹

Kaitan dengan pembangunan sistem hukum nasional²² perlu dilakukan harmonisasi dalam penerapannya. Sehubungan dengan adanya kehendak dari beberapa kalangan yang menginginkan agar landasan hukum nasional itu dibangun berdasarkan hukum adat. Disamping itu ada yang berkehendak tetap menggunakan hukum adat namun perlu juga menggunakan hukum asing, termasuk hukum Islam karena mayoritas penduduknya beragama Islam.²³ Ada juga yang ingin menggunakan hukum Barat, sebab amanat UUD 45 aturan

²¹ Ali Affandi, *Kedudukan dan Pengaruh Hukum Asing Dalam Pembinaan Tata Hukum di Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1985, hlm.2.

²² Secara historis, yuridis dan politis Hukum Indonesia telah mengadopsi berbagai sumber hukum, yaitu: hukum Barat, hukum Islam maupun hukum Adat.

²³ Gagasan ini telah dilontarkan oleh para pendiri Republik yang menginginkan Negara haruslah berlandaskan ajaran Islam karena kemerdekaan ini direbut berkat andil dan perjuangan umat Islam. Dalam Panitia Sembilan yang merancang Dasar Negara terdiri dari sembilan orang muslim dan satu orang Kristen, namun di kalangan Muslim yang berpendidikan Barat masih ada yang berpaham Nasionalis yang berkeinginan bahwa biarlah Dasar Negara berlandaskan kepada paham Nasionalisme, sehingga mereka getol untuk menghidupkan hukum adat. Lihat H. Endang Saifuddin Anshari, *Piagam Jakarta 22 Juni 1945 Sebuah Konsensus Nasional tentang Dasar Negara Republik Indonesia (1945-1949)*, Gema Insani Press, Jakarta, 1977, hlm. 29.

peralihan yang menyatakan sebelum ada ketentuan atau peraturan yang baru, maka aturan hukum yang lama masih dapat berlaku.²⁴

Mochtar Kusumaatmadja dan B. Arief Sidharta menandai dua ciri khas dari sistem hukum nasional Indonesia, yakni ia lahir dari perjuangan kemerdekaan yang berlangsung cukup lama dan berkulminasi pada dicetuskannya Proklamasi Kemerdekaan tanggal 17 Agustus 1945, dan adanya beberapa (sub) sistem hukum yang berjalan berdampingan dan sederajat dalam sistem hukum nasional Indonesia.²⁵ Ciri yang kedua ini menunjukkan situasi *pluralitas* dalam sistem hukum Indonesia.²⁶

Pasal 131 dan 134 IS tersebut disebut-sebut sebagai dasar peletakan unsur (subsistem) hukum adat, Islam dan Barat di Indonesia sebelum secara formal digantikan dengan dasar Pancasila sejak Proklamasi Kemerdekaan. Menurut Shidarta, ketentuan dalam IS tersebut perlu dipahami sebagai akar masalah politik hukum Indonesia yang *ambigu* terhadap penerapan prinsip-prinsip kesamaan perlakuan terhadap warga negaranya di hadapan hukum dan pemerintahan.²⁷ Di

²⁴ Lihat Aturan Peralihan UUD 45 Pasal II bahwa segala badan Negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang dasar ini.

²⁵ Mochtar Kusumaatmadja & B. Arief Sidharta, *Ilmu Hukum : Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Buku I (Bandung: alumni, 2000), hlm. 128.

²⁶ Sekalipun Teori Resepsi dari Snouck Hurgronje pernah menjadi perdebatan besar dan mulai ditinggalkan, namun ternyata sisa-sisa pengaruhnya masih tetap tercantum dalam Indische Staatsregeling (IS), khususnya pasal 131 dan 134. Pasal 131 terdiri dari enam ayat, sementara Pasal 134 IS memiliki dua ayat. Dua pasal ini memiliki keterkaitan yang erat sekali dengan Pasal 163 yang memiliki enam ayat.

²⁷ Dalam tataran normatif prinsip ini jelas sudah ditegaskan dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945, namun dalam praktiknya terkesan kuat bahwa Pemerintah Indonesia tidak secara konsisten menjalankannya, sebagaimana terlihat dari sekian banyak kebijakan diam-diam dalam bentuk instruksi dan surat edaran. Sebagai contoh Instruksi Presiden No. 14 Tahun 1967, Instruksi Presidium Kabinet No. 37/U/IN/6/1967, Instruksi Mendagri No. 4552.2-360/1968, Surat Edaran Dirjen PPG No.02/SE/Ditjen/PPG/K/1988. Contoh-contoh peraturan di atas terkait dengan pengawasan terhadap aktivitas etnik Cina di Indonesia, termasuk yang sudah berwarganegara Indonesia. Atas kondisi ini lalu dikeluarkan Instruksi Presiden No. 26 Tahun 1998 yang

samping itu, dasar-dasar untuk membedakan aspek netral dan non-netral sebagaimana dinyatakan oleh Mochtar Kusumaatmadja dalam Teori Hukum Pembangunannya, juga dapat bertitik tolak dari rumusan pasal-pasal IS tersebut.

Sunaryati Hartono mencatat, bahwa sampai Abad ke-14, keadaan sistem hukum di Indonesia masih sepenuhnya asli karena belum mendapat masukan dari hukum-hukum agama, khususnya Hindu dan Islam. Menurutnya, sistem hukum ketika itu mungkin hanya memiliki dua unsur yang sama yaitu sifat kekeluargaan (komunitas) dan tidak tertulis. Van Vollenhoven menambah satu unsur lagi ialah sifatnya yang konstan.²⁸

Menurut Sunaryati setelah kemerdekaan kondisi sistem hukum Indonesia adalah sebagai berikut Pancasila sebagai dasar negara menggantikan IS (S. 1855-2) dan menjadikan sistem hukum nasional sebagai bentuk unifikasi yang berada di atas unsur-unsur (subsistem) hukum adat, Islam, dan Barat.²⁹

Untuk membedah karakteristik sistem hukum Indonesia, perlu pula diperhatikan unsur-unsur sistem hukum Indonesia yang dipetakan oleh B. Arief Sidharta. Menurutnya, bangunan sistem hukum disebutnya sebagai “tata hukum” sehingga sebenarnya lebih fokus pada unsur substansi hukum bersumber pada cita hukum Pancasila. Cita hukum ini selanjutnya dioperasionalkan ke dalam kenyataan melalui asas-asas hukum nasional pada proses pembentukan hukum

menghilangkan pemakaian istilah “pribumi” dan “nonpribumi” dalam semua perumusan dan penyelenggaraan kebijakan, perencanaan program dan kegiatan pemerintah. Lihat Frans Hendra Winarta, “*Harapan Masyarakat atas Persamaan Kedudukan di Hadapan Hukum*”, dalam J. Babari & Nur Fuad, eds., *Indonesia Menuju Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi* (Jakarta: Gandi, 1999), hlm. 38.

²⁸ Cf. C.F.G. Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, (Bandung: Alumni, 1991), hlm. 61.

²⁹ Cf. C.F.G. Sunaryati Hartono, *Ibid.*, hlm. 63.

positif melalui perundang-undangan dan yurisprudensi. Asas-asas hukum nasional ini terdiri asas-asas hukum (yang berlaku atau diakui secara) universal, asas-asas yang *didistilasi* dari hukum adat, asas-asas hukum yang *diderivasi* secara langsung dari Pancasila, dan asas-asas hukum teknis-sektoral. Cita hukum Pancasila dan asas-asas hukum ini berperan sebagai “*guiding principles*” dan batu uji proses pembentukan perundang-undangan dan pembentukan hukum melalui yurisprudensi (dan praktik hukum).³⁰

Pancasila sebagaimana diterangkan dalam Pembukaan UUD 1945 berisi filosofi bangsa dan ideologi Negara RI, merupakan *Grundnorm* (Norma Dasar) bagi seluruh kehidupan bangsa Indonesia. Karena itu dengan sangat tepat MPR tahun 1999 telah menetapkan bahwa sekalipun batang tubuh UUD 1945 boleh diamandemen, tetapi pembukaan UUD 1945 harus tetap dipertahankan untuk menjaga nilai sejarah dan momentum terbentuknya negara kebangsaan Indonesia. Dalam pemahaman tersebut, maka Pancasila disebut Sumber Hukum Nasional bagi keseluruhan sistem hukum yang berdasarkan UUD 1945 yang bertujuan mewujudkan cita-cita (*visi* dan *misi*) bangsa, sebagaimana sudah diikrarkan oleh para pendiri bangsa dan negara ini.

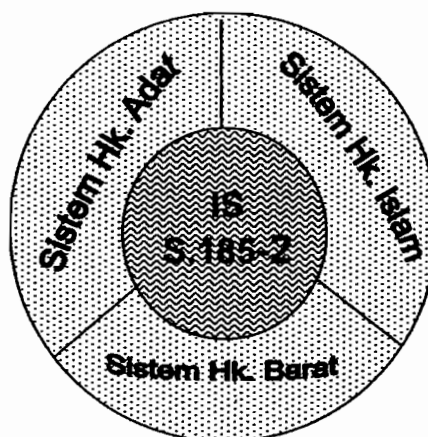
Atas dasar pengertian itulah hukum nasional itu bukanlah hukum adat, bukan pula hukum Islam ataupun sistem hukum modern (Barat) atau hukum yang baru sama sekali sepanjang tidak ada hubungan batin maupun hubungan hukum

³⁰ B. Arief Sidharta, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum: Sebuah Penelitian tentang Fundasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum sebagai Landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, Cet. II, 2000, hlm. 83.

(*mind set*) dengan pembukaan UUD 1945 sebagai Grundnorm dan Batang Tubuh UUD 1945 sebagaimana ia akan berkembang dari waktu ke waktu.³¹

Dalam paradigma Bhineka Tunggal Ika sebagai asas hukum bagi bagi Pembangunan Hukum Nasional,³² hukum-hukum lokal seperti adat, agama bahkan hukum asing termasuk hukum Internasional, haruslah merupakan bahan atau unsur-unsur yang menjadi sumber hukum materiil yang dapat digunakan dalam dan bagi pembangunan hukum nasional, sepanjang unsur-unsur tersebut sesuai dengan falsafah bangsa dan negara serta asas-asas dan falsafah hukum yang termuat baik tersurat dan tersirat di dalam UUD 1945, khususnya pembukaan UUD 1945.³³

Tahapan proses perkembangan pembangunan Hukum Nasional dari masa kolonial sampai masa reformasi dapat dilihat dalam ragaan berikut.

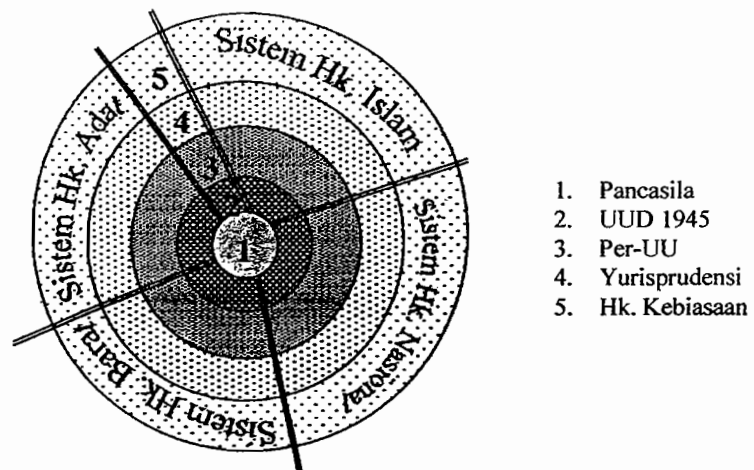


Gambar 1. Pluralisme Hukum Masa Hindia Belanda

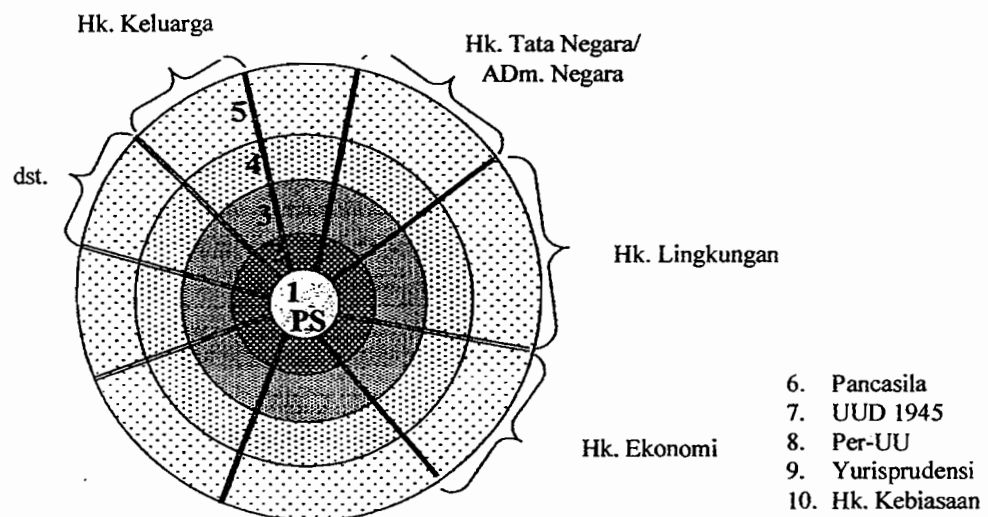
³¹ Lodewijk Gultom, *Politik Hukum Kemajemukan Masyarakat dalam Pembangunan Sistem Hukum Nasional*, disampaikan dalam Seminar tentang Pluralisme Hukum dan Tantangannya Bagi Pembentukan Sistem Hukum Nasional, Unhas, Makasar, 30 April – 2 Mei 2007.

³² C.F.G. Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Bhinneka Tunggal Ika dalam Pembangunan Hukum Nasional*, disampaikan dalam Seminar tentang Pluralisme Hukum dan Tantangannya Bagi Pembentukan Sistem Hukum Nasional, Unhas, Makasar, 30 April – 2 Mei 2007.

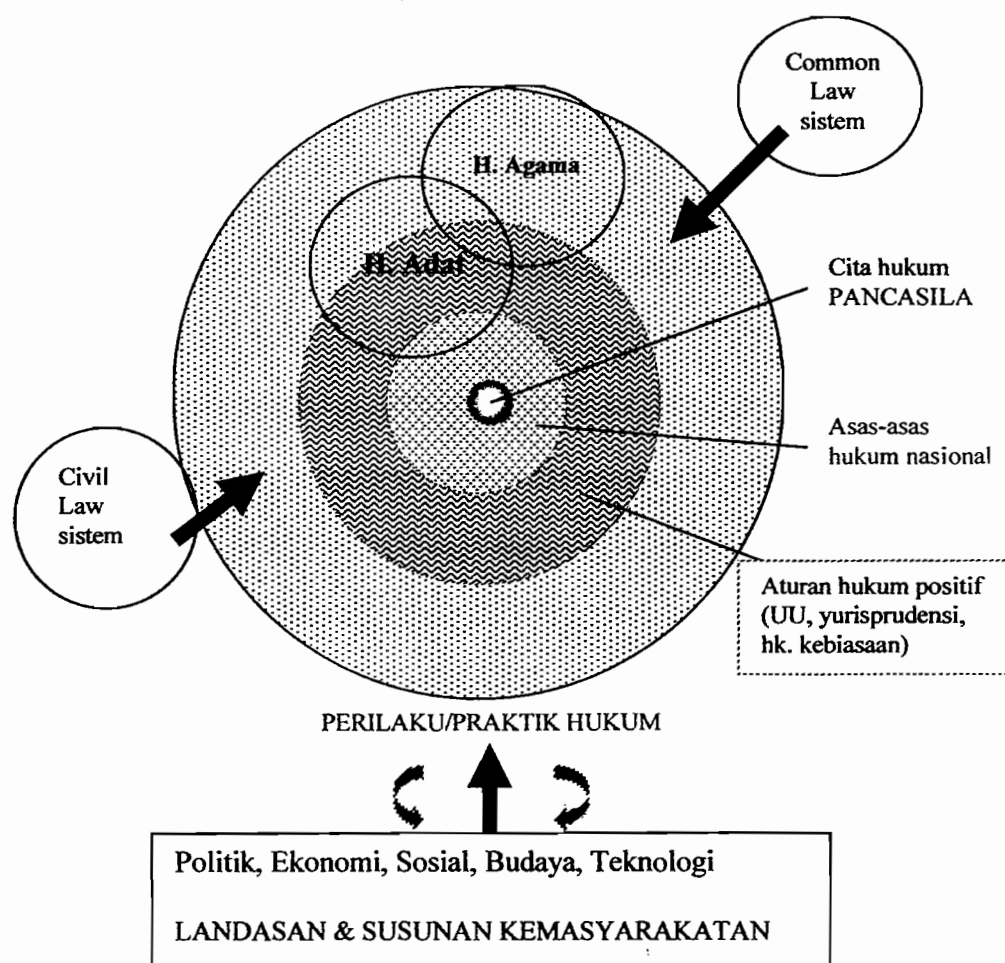
³³ Lodewijk Gultom, *Op. Cit.* Hlm. 3



Gambar 2. Pluralisme Hukum Pasca Kemerdekaan



Gambar 3. Pluralisme Hukum Pasca Kemerdekaan



Gambar 3. Pluralisme Hukum Masa Reformasi

Sumber: B. Arief Sidharta (2004:103)

Dalam sejarah hukum di Indonesia, diantara ketiga sistem hukum tersebut terutama Islam dan Adat saling berinteraksi, menimbulkan dinamika hukum tersendiri bagi pembangunan hukum nasional. Pergulatan sistem hukum³⁴

³⁴ Di Indonesia pernah terjadi interaksi antara sistem hukum yaitu antara hukum Adat dan hukum Islam, dengan politik etis kolonial masing-masing diposisikan sebagai subordinat dari sistem hukum, yang saling pengaruh mempengaruhi, sementara hukum Barat (civil law sistem)

bagaimanapun juga memberi tanda bahwa hukum berkembang dari masa ke masa sesuai dengan peradaban manusia. Dalam aliran hukum yang historis³⁵, hukum tidaklah statis walaupun diakui sebagai perkembangan yang amat lambat³⁶, ia tumbuh bersama-sama dengan pertumbuhan rakyat, menjadi kuat bersama kekuatan rakyat dan pada akhirnya hilang pula dalam hal suatu bangsa kehilangan kebangsaannya³⁷. Dianut atau tidak dianut aliran ini oleh siapapun, ada peringatan penting di dalamnya yang menyatakan bahwa suatu bangsa tidak boleh kehilangan hukumnya sendiri sebab bila suatu bangsa telah kehilangan hukumnya, maka ia telah kehilangan kekuatan dan pada akhirnya runtuhlah bangsa itu.

Dalam upaya pembinaan hukum nasional, maka perlu disadari adanya *pluralisme* hukum dan adanya strategi politik hukum, *pertama* adalah *unifikasi*³⁸ dan *kedua* *kodifikasi*³⁹ hukum.

2. Unifikasi Hukum

Dalam menuju sistem hukum nasional dihadapkan pula kepada permasalahan *unifikasi* hukum, suatu upaya yang oleh kebanyakan orang

secara diam-diam juga dipakasakan berlaku untuk semua penduduk baik warga asing, timur asing maupun pribumi. Sehingga melahirkan posisi yang saling berhadap-hadapan antar sistem hukum, ketika bangsa ini melakukan pilihan-pilihan sistem hukum mana dan bagaimana sebagai dasar pembangunan Indonesia ke depan. Lihat Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia (Satu Kajian Teoritik)*, FS UII Press, Yogyakarta, 2005.

³⁵ Lihat Friedrich Karl von Savigny dalam *Law as a Manifestation of the spirit of the people in History*.

³⁶ Sue Farran, *Comparative Legal Sistem*, Course Materials, LA318, University of South Pacific dalam Historical development of different legal sistem, legal imperialism and the global reach of legal families: The Law of any sistem is based on legal tradition Generally law changes very slowly.

³⁷ Inti ajaran Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861): "*des Recht wird nicht gemacht, es ist und met dem Volke.*"

³⁸ *Unifikasi* berarti upaya penyatuan atau penyeragaman bahwa di dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dari sabang sampai Marouke hanya ada satu hukum Nasional yang berlaku, yaitu hukum Nasional Indonesia.

³⁹ *Kodifikasi* adalah upaya penghimpunan semua sumber hukum Nasional kedalam bentuk tertulis terkodifikasikan sebagaimana yang tersurat dalam peraturan perundang-undangan, sehingga paham *kodifikasi* ini lebih cenderung kepada pemahaman *positivis legalistis*.

diterjemahkan sebagai tindakan mempersatukan paham hukum di Indonesia untuk dianut dan diterapkan dalam setiap persoalan hukum yang timbul.⁴⁰

Latar belakang *unifikasi* hukum salah satu adalah wujud implementasi kesatuan bangsa. Berbagai perbedaan adalah bentuk lain dari kesatuan sebagaimana yang dinafaskan dalam slogan *Bhinneka Tunggal Ika*. Hukum yang berlaku adalah hukum negara, dan hukum negara itulah yang hendak mewakili istilah hukum nasional. Masyarakat tertentu yang mendiami tempat tertentu dan telah memiliki sistem pengaturan kemasyarakatannya sendiri "*masyarakat hukum adat*" secara tidak langsung dianggap tidak ada jika dihubungkan dengan aturan-aturan yang berlaku secara nasional.

Unifikasi harus diakui sebagai suatu upaya nyata menjamin makna kesatuan tetapi tidak berarti otomatis menjamin persatuan Indonesia yang terbentuk dari berbagai suku bangsa memiliki keanekaragaman budaya yang satu sama lain tidak dapat disamaratakan begitu saja. Hakikatnya, justeru keanekaragaman itu jualah yang menyatukan bahwa Indonesia itu negara kesatuan dan tanpa itu kata kesatuan tidaklah punya makna berarti.

Dengan berlandaskan pada realitas keanekaragaman, *unifikasi* dapat diterjemahkan sebagai upaya pembangunan hukum yang memiliki dimensi alternatif:

- a. Mempersatukan sistem-sistem hukum yang ada di Indonesia dan diikuti dengan pembentukan sistem hukum yang baru dengan tetap mempertahankan elemen-elemen sistem hukum barat (hukum Belanda);

⁴⁰ Imam Kabul, *Op. Cit.*, hlm. 21.

- b. Sama sekali memakai sistem hukum yang baru dalam pengertian mengganti sistem yang saat ini (hukum adat) dan mengadopsi salah satu sistem yang dipandang cocok dengan Indonesia;
- c. Mengganti dan menciptakan sistem hukum yang baru dan benar-benar berdiri tanpa elemen-elemen sistem hukum barat (hukum Belanda).⁴¹

Pertama, upaya mempersatukan sistem hukum yang ada dan hidup berarti mengakomodir sistem hukum Islam dan Hukum Adat disamping sistem hukum Barat (*Civil Law*) yang telah mendominasi sistem hukum Indonesia.

Upaya yang pertama, mengadopsi hukum Islam terutama hukum adat haruslah secara seksama. Hukum Adat yang selama ini dipandang dari aspek ilmu Hukum Adat Modern⁴². Yang semata-mata menggunakan pendekatan sosio-antropologi hukum haruslah dirubah dengan menggunakan pendekatan paradigma studi ilmu hukum adat nasional⁴³.

Ilmu Hukum Adat Nasional lebih melihat hal-hal yang fundamental dalam wawasan ke-Indonesia-an seperti yang diamanatkan dalam Sumpah Pemuda tahun 1928⁴⁴ dimana dalam upaya memupuk semangat nasionalisme – Tiga elemen nasionalisme yang menjadi ikrar satu tanah (air), satu bangsa, satu bahasa, - menunjukkan suatu sikap persatuan⁴⁵ yang di dalam kongres tersebut secara tegas didasarkan atas kemauan, sejarah, bahasa, hukum adat, pendidikan dan kepanduan.

Kedua, upaya *unifikasi* hukum itu benar-benar menentukan satu sistem hukum saja yang dianut di Indonesia. Artinya jika ada kesepakatan para elit

⁴¹ Imam Kabul, *I b i d.*, hlm. 23.

⁴² Hoocher, *Adat Law in Modern Indonesia*, Sidney, 1985.

⁴³ Hoocher, *Ibid.*

⁴⁴ Istilah ini ditemukan dalam teks Sumpah Pemuda tahun 1928. Copy Naskah Asli "Poetoesan Congress Pemoeda Indonesia". Koesno dalam "*Hukum Adat*", 1996, Umbhara Press, Surabaya, hlm. 35.

⁴⁵ Hilman, *Sejarah Hukum Adat Indonesia*, 1983, Alumni, Bandung, hlm. 110.

politik dan para ahli hukum bahwa di dunia ini hanya ada dua sistem hukum yang patut menjadi kiblat, maka Indonesia harus berani mengambil dan mengadopsinya secara mutlak salah satunya. Jika sistem hukum kontenental (*civil law sistem*) yang selama ini dianut kurang bagus bagi penerapan hukum di Indonesia, maka Indonesia harus berani meninggalkannya dengan mengadopsi sistem hukum *Anglo-Saxon* seperti yang dianut negara-negara tetangga misalnya Singapor, Malaysia, Filipina, dan Thailand⁴⁶. Mengapa negara-negara tetangga berkiblat kepada hukum *Anglo-Saxon* patut dicermati secara mendalam dengan menghubungkan keadaan perkembangan sosial, ekonomi dan hukum negara bersangkutan.

Membiarkan Indonesia mengadopsi berbagai sistem hukum misal dalam bidang keperdataan menggunakan sistem Kontinental sementara dalam masalah ekonomi bisnis dan perdagangan menggunakan sistem *Ango-Saxon*. Dengan alasan mengikuti perkembangan zaman.⁴⁷ Hal ini jelas akan membingungkan dan berakibat lebih banyak merugikan perkembangan hukum itu sendiri. Hukum kita mengarah kepada hukum yang tambal-sulam yang menurut Koesno diistilahkan sebagai hukum hibrida⁴⁸.

⁴⁶ Kompas, 20 Februari 1993.

⁴⁷ Kartono Soejatman dalam Media Angkasa No. 11 Agustus 2000 Tahun X mengemukakan bahwa : "... Bahwa sistem hukum (Kontinental) kita sudah tidak sesuai atau tidak mampu lagi mengatur permasalahan yang berkaitan dengan ekonomi, terutama dunia usaha dan dunia industri. Solusinya, segera menumbuh-kembangkan Hukum Ekonomi dan atau Regulasi Ekonomi yang mempunyai kekuatan, contoh *Aircarrier Economis Regulation* yang merupakan suatu sistem dari *Federal Aeronautic Act* (FAA)-1958 dari As yang tentunya menganut sistem hukum Anglo Saxon.

⁴⁸ Ali Budiarto, Ed. *Kapita Selektu Huku Adat (Suatu Pemikiran Baru Prof. Koesno)*, 2002, Ikahi Press, Jakarta, hlm. 160: "...dalam keadaan yang demikian pada dasarnya sudah tidak jelas lagi apakah yang dihadapi itu HukumBarat ataukah rekayasa kita seolah-olah itu hukum Barat.

Ketiga, alternatif konstruksi bangunan hukum nasional dalam arti membuang elemen-elemen asing yang menyertainya dan kembali ke hukum Indonesia yang tidak lain adalah hukum adat Indonesia. Setidaknya, jika harus ada urutan yang harus dipilih, maka hukum yang berlaku haruslah nomor satu adalah hukum adat plus nilai-nilai yang hidup sebagai pengaruh kepercayaan (agama) dan pengaruh lain.

Mengikuti pemikiran ketiga, maka nampaknya terjebak dalam perseteruan yang tak habis-habisnya. Koesno memberikan pendapat berdasarkan referensi dari para pakar, ada tiga pandangan yaitu:

- a. Hukum Adat tidak mungkin diterima dalam tata hukum nasional kita karena pembinaan hukum harus diarahkan kepada terselenggaranya kepastian hukum. Kembali ke Hukum Adat kembali kepada ketidakpastian;⁴⁹
- b. Hukum Adat pada intinya dapat diperlakukan tetapi hanya untuk beberapa bidang persoalan hukum saja hukum kekeluargaan dan warisan. Selebihnya harus diambil dari hukum asing, yakni hukum barat;⁵⁰
- c. Hukum Adat dapat menjadi dasar hukum nasional, dengan tidak mengabaikan unsur-unsur yang datang dari luar yang telah hidup di dalam masyarakat demi untuk kepentingan perkembangan masyarakat haruslah diberi tempat di dalam sistem hukum nasional.⁵¹

3. Kodifikasi Hukum

Keinginan untuk melakukan *kodifikasi* hukum oleh pemerintah Indonesia tertuang dalam berbagai GBHN hingga ke GBHN dengan TAP No.

⁴⁹ Pandangan ini dikemukakan oleh Soepomo untuk menggambarkan bagaimana pandangan beberapa pihak terhadap hukum adat.

⁵⁰ Dikemukakan oleh Koesno dan Suhardiman Kartohadiprodjo dalam "*Hukum Nasional, Beberapa Tjataan*", 1968, Bandung, hlm. 38-41.

⁵¹ Ketetapan MPRS No. II/MPRS/1960 serta TAP XX/MPRS/1966, periksa pula tulisan Sunaryati Hartono, Op. Cit., hlm. 61-62.

II/MPR/1988.⁵² Keinginan ini dilatarbelakangi oleh pemikiran yang amat sederhana, yakni guna menjamin kepastian hukum sebagaimana diungkapkan Sudikno Mertokusumo.⁵³

Kodifikasi yang merupakan ciri khas sistem hukum kontinental (termasuk sistem hukum yang diterapkan oleh Belanda dan dianut oleh bangsa Indonesia sebagai akibat penjajahan) jika ditelusuri memiliki karakter khas, yakni faham hukum yang hanya bersandar kepada Undang-undang (paham legisme). Menurut paham ini, tidak ada hukum selain dari apa yang telah dituangkan dalam undang-undang dan itu artinya hanya hukum yang tertulis yang dapat dijadikan patokan atau sumber hukum. Dalam kata-kata Shacker, legisme itu ...*the ethical attitude that holds moral conduct to be a matter of rule following, and moral relationships to consist of duties and rights determined by rules.*⁵⁴

Hakim dalam ajaran legisme tidak boleh berbuat selain dari menerapkan Undang-undang, mereka para hakim hanyalah sekedar terompet undang-undang (*bouche de la loi*) atas dasar pemikiran bahwa mengikuti undang-undang adalah suatu kebaikan dan kebenaran yang sesungguhnya dalam kehidupan manusia atau dalam tulisan Hari Chand disebut sebagai ... *an age old maxim in human life.*⁵⁵

⁵² Setelah Amandemen ke empat UUD 1945, GBHN digantikan dengan Program Legislasi Nasional, Semangat TAP MPRS No. II/MPRS/1960 serta TAP XX/MPRS/1966 tetap dianut, meskipun kedudukannya sudah dihapus berdasarkan Tap Nomor I/Tahun 2003. Lihat Ketetapan MPR RI dan Keputusan MPR RI dalam Materi *Sosialisasi Putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia*, Sekretaris Jenderal MPR RI, 2006, hlm. 29-32.

⁵³ Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, 1999, Gramedia, Jakarta, hlm. 38.

⁵⁴ Hari Chand, *Op. Cit.*, hlm. 109.

⁵⁵ Menurut Oxford Dictionary, yang dimaksud dengan maxim adalah "*a general truth or rule conduct expressed in a sentence*".

Persoalan lainnya adalah bahwa Indonesia tidak semata-mata menganut paham hukum yang berbentuk hukum tertulis belaka melainkan merangkul pula hukum yang tidak tertulis (*unwritten law*).

Sebab jika konteks pembangunan hukum hanya melalui sistem hukum tertulis, maka pembangunan tidak menyentuh kepada hukum yang tidak tertulis yang nyata-nyata merupakan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat Indonesia. Persoalan inilah yang kemudian melibatkan pembicaraan panjang tentang pembangunan hukum yang menyeret pula sistem hukum adat sebagai suatu model hukum yang tidak tertulis.

C. Adat Badamai dalam Kerangka Politik Hukum Nasional.

Keinginan untuk mengangkat nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat merupakan perjuangan panjang dari pendiri bangsa dan para pakar hukum adat, sebutlah tokoh-tokoh seperti Soepomo, Soekanto, Djokosoetono, Hazairin, Djodjodigono, Soediman Kartohadiprodjo, sampai tokoh-tokoh pemikir hukum modern seperti Satjipto Rahardjo, Mohammad Koesno dan lain-lain yang intinya bagaimana perlunya kita menciptakan hukum yang berkepribadian Indonesia (Soediman Kartohadiprodjo). Hukum kita harus didasarkan atas realitas hukum yang hidup di kalangan rakyat Indonesia sendiri (hukum adat substansial, karena pemikiran-pemikiran yang terdapat dalam hukum adat mencerminkan satu hukum yang simpatik (Djodjodigono). Perlunya pembaharuan sistem hukum yang

berbasis pada hukum yang lama (Mr. Soepomo). Hukum adat adalah hukum Indonesia yang di sana-sini mengandung unsur agama.⁵⁶

Gagasan mengangkat hukum yang hidup atau hukum adat badamai memiliki landasan yuridis atau kedudukan hukum adat jelas ia merupakan sumber penting untuk memperoleh bahan-bahan bagi pembangunan hukum nasional menuju *unifikasi* hukum dan yang terutama akan dilakukan melalui pembuatan peraturan perundang-undangan, dengan tidak mengabaikan timbul/tumbuhnya dan berkembangnya Hukum Kebiasaan dan Pengadilan dalam Pembinaan Hukum.⁵⁷

Secara yuridis⁵⁸ hukum adat dapat dilihat dari beberapa landasan, yaitu : Dalam ketetapan MPRS No. II/MPR/1960: bahwa asas-asas pembinaan hukum nasional berlandaskan pada hukum adat yang tidak menghambat perkembangan masyarakat adil makmur. Dalam GBHN 1973, 1978, 1983, rumusan itu masih

⁵⁶ BPHN, *Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bina Cipta, Bandung, 1976, 249.

⁵⁷ BPHN, *Op. Cit.*, hlm. 249-254.

⁵⁸ Tap Nomor I/Tahun 2003 mengamanatkan pembentukan undang-undang yang mengatur tentang tata urutan peraturan perundang-undangan. Substansi dan perkembangan Ketetapan: 1. Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan menurut Ketetapan ini adalah : 1). UUD NKRI Tahun 1945, 2). Ketetapan MPR RI, 3). Undang-Undang, 4). Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU), 5). Peraturan Pemerintah, 6). Keputusan Presiden, 7). Peraturan Daerah. 2. Dalam perkembangannya, dengan adanya perubahan Undang-Undang Dasar NKRI Tahun 1945 yang diantaranya menyangkut kedudukan, tugas, dan fungsi MPR RI, maka berdasarkan Undang-undang Nomor 10/2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan yang berlaku adalah sebagai berikut: a) UUD NKRI Tahun 1945, b) Undang-Undang/Perpu, c) Peraturan Pemerintah, d) Peraturan Presiden, e) Peraturan Daerah. 3. Pasal 7 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 menyatakan bahwa: "*Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi*". Menurut Penjelasan Pasal 7 ayat (4) adalah: "*Jenis Peraturan Perundang-undangan selain dalam ketentuan ini, antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Gubernur Bank Indonesia, Menteri, kepala badan, lembaga, dsstnya*". 4. Dengan demikian, selain jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004, peraturan yang dikeluarkan oleh MPR (sebagaimana yang ditetapkan dalam TAP MPR No. I/MPR/2003) masih diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum yang mengikat. Lihat Ketetapan MPR RI dan Keputusan MPR RI dalam Materi *Sosialisasi Putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia*, Sekretaris Jenderal MPR RI, 2006, hlm. 29-32.

mengakui eksistensi hukum adat. Dalam GBHN 1993 lebih dijabarkan lagi menjadi: materi hukum meliputi aturan baik tertulis maupun tidak tertulis yang berlaku dalam penyelenggaraan segenap dimensi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, bersifat mengikat bagi semua penduduk.

Ketentuan lain yang secara tidak langsung mengakui eksistensi hukum adat, yakni UU Darurat Nomor 1 Tahun 1951 melalui Pasal 5 ayat (3) sub b nya yang sampai saat ini belum dicabut. Tetapi ketentuan yang menyangkut hukum pidana formil atau acara pidana sejak berlakunya KUHP (UU Nomor 8 Tahun 1981) telah dicabut dan dinyatakan tidak berlaku lagi.

Dalam berbagai dasar dan landasan yuridis hukum adat dan nilai-nilai hukum Islam yang hidup di masyarakat diakui dan mempunyai landasan hukum yang kuat, namun karena karakteristik dan stigma sistem peradilan Indonesia lebih mengacu kepada sistem *legisme*, di mana hakim hanya berperan sebagai corong undang-undang, sekiranya tidak ada keberanian para hakim untuk berijtihad, selamanya nilai-nilai hukum yang hidup (hukum adat) tidak akan pernah dapat diterapkan.

Persoalannya bagaimana upaya untuk menerapkan asas *unifikasi* itu dalam pengertian yang sesungguhnya, yaitu dengan tetap memelihara aspek keragaman. Terkesan selama ini dengan praktek sistem peradilan yang ada tidak dapat menjawab dan mengimplementasikan gagasan keragaman.

Hanya ada satu sistem hukum yang berlaku secara nasional, contohnya tentang hukum perkawinan yang diatur dalam UU No. 1 tahun 1974, dalam operasionalnya tidak bertentangan dengan aspek keragaman. Artinya pelaksanaan

perkawinan itu dapat dilaksanakan berdasarkan adat setempat dan menurut hukum masing-masing agama yang dianut. Tetapi dalam hal peristiwa pidana atau pelanggaran pidana, maka nampaknya susah untuk diwujudkan, mengingat KUHP kita mengatur tidak ada satu peristiwa pidana (pembunuhan, perkelahian atau tindak penganiayaan) yang dapat diselesaikan di luar pengadilan. Padahal dalam hukum yang hidup *adat badamai*, masyarakat sudah terbiasa menyelesaikan dengan cara damai (*Ishal*) menurut hukum yang hidup.

Di daerah-daerah tertentu misalnya pada masyarakat Banjar Kalimantan Selatan adat *badamai* dalam menyelesaikan hampir semua peristiwa, baik pidana maupun perdata selalu diselesaikan dengan cara *badamai* atau dengan *adat badamai*. Seolah-olah apa yang dilakukan oleh masyarakat bertentangan dengan ketentuan hukum positif (KUHP Pidana). Berarti ada problem hukum yang harus dapat dijembatani.

Apakah tidak sebaiknya penyelesaian sengketa yang terjadi di masyarakat terdapat nilai-nilai yang dapat diambil sebagai bagian untuk diharmonisasikan dengan sistem peradilan Indonesia. Sebab selama ini sistem peradilan kita hanya mengejar aspek kepastian hukum. Padahal masyarakat telah lama mendambakan penegakan hukum yang tidak saja memenuhi rasa kepastian hukum, namun juga memenuhi rasa keadilan dan kemanfaatan.

Aspek keadilan dan kemanfaatan inilah yang kurang mendapat porsi pada sistem penegakan hukum nasional. Apabila disepakati keinginan tersebut, mestinya struktur dan sistem peradilan harus juga dirombak sesuai dengan kebutuhan. Ada banyak strategi untuk mengadopsi sistem yang berkembang pada

sistem *common law*, sebagaimana hasil sintesis di muka. Bila tidak demikian, bagaimana mengupayakan nilai-nilai hukum yang hidup itu masuk dalam *legislasi* secara nasional.

Apabila sistem di atas belum mampu diupayakan, bagaimana caranya untuk memberdayakan aparat penegak hukum, mulai dari polisi,⁵⁹ pengacara, jaksa, terutama hakim, agar mereka mampu memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam amar putusannya dapat memuaskan para pencari keadilan, karena dianggap kridebel, dan dapat dipercaya.

Adagium yang perlu mendapat perhatian, bagaimana menciptakan hukum yang baik itu di tangan hakim yang baik pula, daripada hukum yang baik di tangan hakim yang buruk. Lebih baik hukum yang buruk, di tangan hakim yang baik. Sebagaimana dikehendaki oleh teori fungsionalisasi hukum dari Lawrence Friedman.

Bilamana mengacu pada pendapat Griffiths tentang pluralisme hukum seperti yang dikatakan : "*By legal pluralisme I mean the precence in Sosial field of more than one legal order*".⁶⁰ Maka kondisi hukum di Indonesia merupakan suatu pluralisme hukum. Sedangkan kalau mengacu pada Hooker yang mengatakan : *The term legal pluralisme refers to the situation which two or more*

⁵⁹ Mekanisme ADR akan berpengaruh terhadap kepolisian. Dalam mekanisme ini kepolisian ditempatkan sebagai fasilitator, dalam arti memberikan pilihan-pilihan kepada para pihak untuk menyelesaikan masalahnya. Sistem ADR akan meningkatkan tuntutan terhadap profesionalisme kepolisian, terutama dalam kaitannya dengan kasus-kasus apa saja yang dapat ditempuh melalui mekanisme ADR, dan mana yang tidak dapat diselesaikan melalui mekanisme ADR. Polisi ditempatkan sebagai penasehat 'adviser' bagi para pihak untuk menempuh langkah-langkah penyelesaian sengketa. Peran polisi tidak menjadi sentral melakukan penyidikan, tetapi lebih mengarahkan para pihak untuk melakukan pilihan-pilihan atas alternative penyelesaian sengketa. Lihat T. Gayus Lumbuun, Komentar terhadap Draf disertasi ini, 4 Mei 2007 hlm. 7-8.

⁶⁰ John Griffiths, *What's Legal Pluralism*, International Journal of Legal Pluralism, No. 24, 1986, hlm. 1.

*laws interact*⁶¹ yang berarti harus ada interaksi antara berbagai hukum yang beragam itu, juga cukup tepat untuk merujuk pada sistem hukum Indonesia di mana di dalamnya terdapat hukum adat.

Dalam menjelaskan pendapat Griffiths, Sulistyowati Irianto mengemukakan bahwa dalam arena pluralisme hukum itu terdapat hukum negara di satu sisi dan di sisi lain adalah hukum rakyat yang pada prinsipnya tidak berasal dari negara, yang terdiri dari hukum adat, agama, kebiasaan-kebiasaan atau konvensi-konvensi sosial lain yang dipandang sebagai hukum. Namun dalam era globalisasi seperti sekarang, perlu diperhitungkan hadirnya hukum internasional dalam arena pluralisme hukum. Dalam kenyataan empirik, khususnya dalam bidang perekonomian dan bidang hak asasi manusia, kehadiran hukum internasional terlihat sekali pengaruhnya. Sedangkan dalam komentarnya terhadap Hooker, menulis, meskipun mengakui adanya keanekaragaman sistem hukum, tetapi ia masih menekankan adanya pertentangan antar apa yang disebut sebagai *municipal law* sebagai sistem yang dominan (hukum negara) dengan *servient law* yang menurutnya inferior seperti kebiasaan dan hukum agama.⁶²

Dalam tulisannya yang lain Sulistyowati Irianto mengemukakan bahwa pandangan pluralisme hukum menolak pandangan sentralisme hukum (*legal centralism*) yang berpendapat bahwa hukum adalah satu, yaitu hukum Negara, atau satu-satunya hukum adalah yang berasal dari negara.⁶³ Menurut Griffiths

⁶¹ M.B. Hooker, *Legal Pluralisme, An Introduction to Colonial and Neo Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975, hlm. 3.

⁶² Sulistyowati Irianto, *Sejarah Pluralisme Hukum dan Konsekuensi Metodologisnya*, dalam TIM HUMA, *Pluralisme Hukum Sebuah Pendekatan interdisipliner*, HUMA, Jakarta, 2005, hlm. 58-59..

⁶³ John Griffiths, *Op-Cit*, hlm.3.

*"Legal pluralisme is the fact. Legal Centralism is a myth, an ideal, a claim, an Illusion".*⁶⁴ Jadi pluralisme hukum itu adalah suatu fakta atau kenyataan, sedangkan sentralisme hukum atau unifikasi hukum adalah sebuah mitos, utopia, klaim bahkan ilusi. Dalam konteks ini sebagai bandingan perlu diungkap kembali ucapan yang terkenal dari Macaulay sewaktu ia merancang kodifikasi di India tahun 1833.

"Uniformity when you can have it;

diversity when you must have it ;

*but in all cases, certainty".*⁶⁵

Apa sebenarnya yang menjadi permasalahan pluralisme hukum di Indonesia ? Menurut Sulistyowati Irianto, pembahasan mengenai persoalan pluralisme hukum mengacu pada 4 hal yaitu:

1. Kompleksitas pluralisme hukum dalam sistem hukum negara maupun sistem hukum rakyat;
2. Warga masyarakat dapat menanggapi suatu aturan hukum dengan cara berbeda tergantung pengetahuan, kepentingan, dan terutama budaya hukum;
3. Masalah penegakan hukum yang dalam prakteknya sering berbeda dengan yang dikehendaki oleh peraturan hukum secara normatif;
4. Peranan hukum adat dalam hukum nasional yang tidak dapat diabaikan.⁶⁶

Dalam konteks pembahasan ini yang disorot hanya persoalan yang ke-(4). Mengenai persoalan ini dikemukakan bahwa pengaruh hukum adat (*adat badamai*) dalam politik hukum nasional menurut sejarahnya tidak dapat

⁶⁴ John Griffiths, *Ibid.*, hlm. 4. Lihat Sulistyowati Irianto, *Pluralisme Hukum dan Masyarakat Saat Kritis*, dalam E.K.M. Masinambow, *Hukum dan Kemajemukan Budaya*, yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2003, hlm 79.

⁶⁵ R. Soepomo, *Kedudukan Hukum Adat di Kemudian Hari*, Pustaka Rakyat, Yogyakarta, 1953, hlm. 10.

⁶⁶ Sulistyowati Irianto, *Op. Cit.*, hlm. 80.

diabaikan. Dalam hal ini perlu dipahami bahwa dalam rangka cita-cita pembentukan hukum nasional sekalipun, harus diberi peluang untuk berkembang kepada unsur-unsur dalam sistem hukum local yang sangat terikat kepada konsep-konsep budaya masyarakat setempat, yang belum tentu dapat diberlakukan kepada masyarakat lain. Dalam sistem-sistem hukum lokal termasuk dalam hal ini *adat badamai* sering terkandung kearifan budaya dan pengetahuan-pengetahuan budaya, yang sangat diperlukan bagi masyarakat yang bersangkutan untuk tetap bisa melangsungkan kehidupannya.⁶⁷

Mengacu pada pandangan tersebut perlu dipersoalkan bagaimana kedudukan hukum adat dalam hal ini *adat badamai* dalam pembinaan hukum nasional. Dalam kesimpulan seminar hukum adat dan pembinaan hukum nasional yang berlangsung di Yogyakarta 15-17 Januari 1975 yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional bekerjasama dengan Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada mengenai kedudukan dan Peranan Hukum Adat disimpulkan sebagai berikut:

1. Hukum adat merupakan salah satu sumber yang penting untuk memperoleh bahan-bahan bagi Pembangunan Hukum Nasional, yang menuju kepada unifikasi hukum dan yang terutama dilakukan melalui pembuatan peraturan-peraturan, dengan tidak mengabaikan timbul/tumbuhnya dan berkembangnya hukum kebiasaan dan pengadilan dalam pembinaan hukum.
2. Pengambilan bahan-bahan dari Hukum Adat dalam penyusunan Hukum Nasional pada dasarnya berarti:
 - a. penggunaan konsepsi-konsepsi dan asas-asas hukum dari hukum adat untuk dapat dirumuskan dalam norma-norma hukum yang memenuhi kebutuhan masyarakat masa kini dan mendatang, dalam rangka membangun masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.

⁶⁷ Sulistyowati Irianto, *Ibid*, hlm. 82.

- b. penggunaan Lembaga-Lembaga Hukum Adat yang dimodernisasikan disesuaikan dengan kebutuhan zaman tanpa menghilangkan ciri dan sifat-sifat kepribadian Indonesiannya.
- c. memasukkan konsep-konsep dan asas-asas Hukum Adat ke dalam Lembaga-Lembaga Hukum baru dari hukum asing yang dipergunakan untuk memperkaya dan mengembangkan hukum Nasional, agar tidak bertentangan dengan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945.
3. Di dalam pembinaan hukum harta kekayaan nasional, Hukum Adat merupakan salah satu unsur, sedangkan di dalam pembinaan hukum kekeluargaan dan hukum kewarisan nasional merupakan intinya.
4. Dengan terbentuknya hukum nasional yang mengandung unsur-unsur Hukum Adat, maka kedudukan dan peranan Hukum Adat itu telah terserap di dalam hukum nasional.⁶⁸

Dalam kaitan dengan pluralisme hukum butir terakhir dari kesimpulan seminar perlu mendapat catatan secara khusus karena di dalamnya tersirat adanya dominasi yang besar dari hukum negara dan mengabaikan proses perkembangan Hukum Adat yang akan selalu melahirkan hukum adat baru. Mengenai hal ini Van Vollenhoven menyatakan:

*Deze : dat het adatrecht drielei deelen bevat, het afstervende, het zelf hedendaagsch en wordende niuew, k of zooals de bevaliking het zelf wel heft uitgedrukt, dat sominige adats zijn al seen tot wilderius geworden stoppelveld, dat andere nog steeds worden gevolgd, dat weer andere als en ronck zijn die overnieuw uitlout.*⁶⁹

Berdasarkan pernyataan Van Vollenhoven tersebut kalau dilihat dari segi perkembangannya hukum adat itu terdiri atas 3 bagian:

1. Bagian pertama adalah bagian yang sudah mulai ditinggalkan (*het afstervende*) yaitu hukum adat lama yang sudah tidak sesuai lagi dengan perkembangan. Mungkin masih ada orang yang menganggap hal tersebut sebagai hukum adat tetapi secara factual orang sudah tidak menaatinya sebagai hukum adat.

⁶⁸ Abdurrahman, *Hukum Adat dalam Perkembangan Pluralisme Hukum di Indonesia*, Makalah pada Seminar tentang pluralisme Hukum dan Tantangannya Bagi Pembentukan Sistem Hukum Naaional Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI, Makasar, 1-2 Mei 2007. hlm. 22-23.

⁶⁹ C. Van Vollenhoven, *Miskeningen Van het Het Adatrecht* E.J. Brill, Leiden, 1926, hlm. 60.

2. Bagian kedua adalah ketentuan-ketentuan hukum adat yang sekarang masih berlaku dan ditaati (*het hedendaagsch*). Hal ini meliputi hukum adat yang masih hidup dan benar-benar dipertahankan dalam masyarakat.
3. Bagian ketiga adalah bagian yang merupakan hukum adat yang baru terbentuk (*het wordende nieuw*) adalah yang terbentuk dalam proses sosial dengan suasana baru dari masyarakat yang bersangkutan.

Dilihat dari perkembangannya yang demikian hukum adat itu selalu dalam proses pertumbuhan yang terus menerus. *Het adatrecht is ontwilkkelt zich gstandig*. Kata Van Vollenhoven, hukum adat itu selalu dalam proses pertumbuhan yang terus menerus. Hukum adat katanya adalah laksana padi yang mulai tumbuh kemudian menjadi besar, berbuah dan pada akhirnya juga akan mati.

Bagaimana keterkaitan antara Hukum Adat dengan proses perkembangan masyarakat dapat dilihat dari arahan konstitusi yang berkaitan dengan Hukum Adat seperti termaktub dalam:

1. Pasal 18 B ayat (2).

Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat Hukum Adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang.⁷⁰

Ketentuan ini menegaskan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya akan diakui dan dihormati oleh negara bilamana memenuhi persyaratan, yaitu:

- a. Sepanjang dalam kenyataannya kesatuan masyarakat hukum adat yang bersangkutan masih hidup dalam masyarakat.

⁷⁰ Jimly Asshiddiqie, *Konsolidasi Naskah UUD 45 Setelah Perubahan Keempat*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2002, hlm. 24.

- b. Keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat dan hak-hak tradisionalnya masih sesuai dengan perkembangan dan kemajuan masyarakat yang bersangkutan.
- c. Keberadaan kesatuan masyarakat hukum adat tersebut adalah sesuai dengan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia.

2. Pasal 28 I ayat (3).

Identitas budaya dan hak masyarakat tradisional dihormati selaras dengan perkembangan zaman dan peradapan. Ketentuan ini secara jelas menegaskan bahwa penghargaan (termasuk pengakuan) terhadap hak masyarakat tradisional adalah selaras dengan perkembangan zaman dan peradapan diakuinya hak masyarakat tradisional yang bersangkutan adalah selaras dengan perkembangan bukan hak-hak yang sudah ketinggalan zaman dan bukan yang bertenangan dengan perkembangan peradapan umat manusia.⁷¹

Persoalan yang perlu mendapat perhatian berkenaan dengan hukum adat dalam politik hukum nasional dalam *perspektif pluralisme* hukum adalah dalam kaitannya semboyan negara : "*Bhineka Tunggal Ika*" yang terpampang pada lambang Negara Republik Indonesia. Hal ini adalah sehubungan dengan saran dari Sunaryati Hartono agar Ilmu Hukum Indonesia mau mengakui "*Bhineka Tunggal Ika*" (sekalipun asal usul berbeda, tetapi tetap satu bangsa sebagai asas hukum dalam dan bagi segala upaya pembangunan hukum nasional⁷² dalam bukunya "*Bhineka Tunggal Ika sebagai Asas Hukum Bagi Pembangunan Hukum Nasional*". Diterimanya asas hukum ini akan mewujudkan satu hukum nasional dengan mengakomodasikan *pluralisme* hukum dan hukum adat di dalamnya.

⁷¹ Jimly Asshiddiqie, *Ibid*, hlm. 51.

⁷² Sunaryati Hartono, *Bhineka Tunggal Ika sebagai Asas Hukum Bagi Pembangunan Hukum Nasional*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 200.

Adanya semboyan "*Bhineka Tunggal Ika*" yang terpampang pada Lambang Negara RI sudah dikenal sejak masa awal berdirinya Negara Republik Indonesia, namun pengakuan dan penegasannya dalam konstitusi baru dilakukan pada tahun 2002 ketika dilakukan Amandemen ketiga Undang-Undang 1945 dengan mencantumkan adanya Pasal 36 Ayat menyatakan bahwa Lambang Negara ialah Garuda Pancasila dengan semboyan "*Bhineka Tunggal Ika*".

Menurut Wertheim, "*Bhineka Tunggal Ika*" berarti Persatuan dalam Perbedaan merupakan motto resmi Republik Indonesia. Ungkapan ini mengekspresikan suatu keinginan yang kuat, tidak hanya di kalangan pemimpin politik tetapi juga di kalangan berbagai lapisan penduduk, untuk mencapai kesatuan meskipun pada karakter yang *heterogen* pada Negara yang baru terbentuk itu. Pada gilirannya persamaan itu akan mensyaratkan adanya karakteristik budaya yang sama yang mendasari *heterogenitas* itu.⁷³

Mengacu pada pendapat tersebut, dalam Seminar Tentang Arah Pembangunan Hukum Pasca Amandemen UUD 1945 yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional di Jakarta pada tanggal 29-31 Mei 2006 telah menyarankan bahwa dengan ditegaskannya *Bhineka Tunggal Ika* dalam konstitusi maka segala konsekwensi dari penegasan itu juga harus diterima dalam berbagai aspek kehidupan termasuk kehidupan hukum. Pengakuan tentang perlunya ketinggalan hukum (*unifikasi*) sebagaimana yang dicanangkan dalam berbagai kebijakan pembangunan hukum perlu untuk ditinjau kembali. Keberagaman hukum (*pluralisme hukum*) sepanjang kenyataannya memang demikian tidak boleh

⁷³ Wertheim W.F, *Masyarakat Indonesia dalam transisi, Studi Perubahan Sosial*, Penerbit, PT. Tiara Wacana, Yogyakarta, 1999, hlm. 1.

dinafikan begitu saja, apalagi kalau hal ini diartikan sebagai identitas budaya (*cultural identity*) sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28 I ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945. Karena itu hukum Indonesia yang akan dibangun menurut Undang-Undang Dasar 1945 bukanlah hukum yang *unifikasi* bukan pula sistem hukum yang *pluralisme*, tetapi "*Sistem Hukum Bhineka Tunggal Ika*".⁷⁴

Sejalan dengan pandangan tersebut di atas, Sunaryati Hartono dalam kalimat penutup bukunya yang disebutkan terakhir menyatakan, kiranya dengan menggali dan menemukan kembali, sambil memberi arti dan kedudukan yang baru dan lebih modern pada falsafah hukum dan kenegaraan, yang sebenarnya sudah lama dimiliki, biduk Negara Negara dan bangsa Indonesia ini tidak perlu lagi terombang-ambing mencari arah tujuan yang tepat, tetapi akan menemukan "kompas"nya ke "Tanah Harapan".⁷⁵ Sedang sebelumnya ia menyatakan bahwa *Bhineka tunggal Ika* tidak hanya merupakan motto negara saja, tetapi juga benar-benar menjadi asas hukum yang harus menentukan dan mewarnai hukum nasional yang (harus) dibentuk.⁷⁶

Secara konstitusional posisi *adat badamai* dalam sistem ketatanegaraan Indonesia mendapat tempat baik sebagaimana yang diamanatkan oleh pasal 18 B (2) UUD 45, maupun peraturan perundangan lainnya.

"Negara mengakui dan menghormati kesatuan-kesatuan masyarakat Hukum Adat beserta hak-hak tradisionalnya sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam undang-undang".⁷⁷

⁷⁴ Abdurrahman, *Op. Cit.* hlm. 7-8.

⁷⁵ Sunaryati Hartono, *Op. Cit.* hlm. 200.

⁷⁶ Sunaryati Hartono, *Ibid.*, hlm. 49.

⁷⁷ Jimly Asshiddiqie, *Op. Cit.*, hlm. 24.

Kemudian dalam UU Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah dijelaskan pada Pasal 143:

- (1) *perda dapat memuat ketentuan tentang pembebanan biaya paksaan penegakan hukum, seluruhnya atau sebagian kepada pelanggar sesuai dengan peraturan perundangan.*
- (2) *perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp. 50.000.000,- (Lima Puluh Juta Rupiah).*
- (3) *perda dapat memuat ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud ayat (2), sesuai dengan peraturan yang diatur dalam peraturan perundangan lainnya.*⁷⁸

Penjelasan Pasal 143 ayat (1), yang maksud dengan biaya *paksaan penegakan hukum* dalam ketentuan ini merupakan sanksi tambahan dalam bentuk pembebanan biaya kepada pelanggar perda di luar ketentuan yang diatur dalam ketentuan pidana.⁷⁹

Dalam membaca dan memahami Pasal UUD tersebut, sosiologi hukum tidak berangkat dari kemauan dan perintah UUD, melainkan dari kenyataan mengenai hukum adat (*adat badamai*) itu sendiri.

Kehadiran *adat badamai* tidak memikirkan dan mempertimbangkan apakah ia akan diakui atau tidak oleh kekuasaan negara, melainkan karena ia harus muncul. Kata-kata harus muncul menurut Satjipto Rahardjo menunjukkan otentisitas hukum adat. Pada dasarnya ia muncul dari kandungan masyarakat sendiri secara otonom dan oleh karena itu ia disebut otentik.⁸⁰

Selanjutnya menurut Satjipto Rahardjo posisi hukum adat dalam hal ini *adat badamai* terhadap hukum negara berbeda dari posisinya berhadapan dengan

⁷⁸ Naskah UU Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah, Penerbit Citra Umbara, Bandung, 2004, hlm. 115.

⁷⁹ Naskah UU Nomor 32 Tahun 2004, *Ibid.* Hlm. 136.

⁸⁰ Satjipto Rahardjo, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006, hlm. 111.

hukum kolonial. Hukum kolonial tidak merasa hukum adat (*adat badamai*) sebagai bagian dari tubuhnya. VOC dan kemudian pemerintah kolonial datang untuk mengeruk keuntungan yang kemudian diangkat ke negara induk. Hukum kolonial juga lebih menekankan pada kepentingan politiknya sebagai penjajah.⁸¹

Berbagai produk peraturan dikeluarkan dalam rangka mempertentangkan antara hukum adat (*adat badamai*) dengan hukum Islam dan antara hukum adat (*adat badamai*) dengan hukum kolonial sendiri. Meskipun demikian ternyata dalam aspek hukum perdata pelaksanaan *adat badamai* justru bersesuaian dengan berbagai produk peraturan perundangan, baik yang ditetapkan oleh pemerintah kolonial maupun pada masa pembentukan hukum nasional modern.

Akan tetapi ketika dihadapkan dengan aspek hukum pidana muncul masalah. Problem ini juga diakibatkan oleh politik kolonial pada waktu itu yakni menerapkan politik *unifikasi* dan *kodifikasi*. Kemudian pemerintah NKRI telah memberlakukannya dalam KUH Pidana yang masih mengadopsi produk kolonial. Bahwa hanya ada satu sistem hukum yang berlaku secara nasional.

Dalam peristiwa pidana atau pelanggaran pidana, maka nampaknya susah untuk diwujudkan, mengingat KUHP kita mengatur tidak ada satu peristiwa pidana (pembunuhan, perkelahian atau tindak penganiayaan) yang dapat diselesaikan di luar pengadilan. Padahal dalam hukum yang hidup, masyarakat sudah terbiasa menyelesaikan dengan *adat badamai* atau dengan cara (*Ishlah*) menurut hukum yang hidup.

⁸¹ Satjipto Rahardjo, *Ibid.*, 112.

Namun dewasa ini hukum pidana ternyata semakin banyak digunakan dan diandalkan dalam rangka mengatur dan menertibkan masyarakat melalui peraturan perundang-undangan. Dinamika hukum dapat dilihat dari adanya kebijakan penggunaan sanksi pidana melalui pencantuman bab tentang “ketentuan sanksi pidana” pada bagian akhir kebanyakan produk peraturan perundang-undangan di Indonesia. Pencantuman bab tentang “ketentuan sanksi pidana” tersebut tidak hanya terlihat dalam produk peraturanperundang-undangan yang berbentuk “Undang-undang”, melainkan dapat dilihat pula dalam produk peraturan perundang-undangan yang berbentuk “Peraturan Daerah”.⁸²

Menegakkan Perda, Pemerintah Daerah dapat pula melakukan kebijakan kriminalisasi⁸³ dalam Perda dan membentuk pejabat-pejabat yang diberi wewenang untuk melakukan penyidikan terhadap dugaan pelanggaran atas Perda.

Sebagai pedoman dalam pembuatan Perda pidana atau Perda yang memuat ketentuan pidana, tertuang di dalam Pasal 143 ayat (2) UU No. 32 Tahun

⁸² Produk peraturan perundang-undangan yang di dalamnya mencantumkan bab tentang “ketentuan pidana” antara lain dapat dijumpai pada Undang-Undang No. 12 Tahun 1985 tentang Pajak Bumi dan Bangunan, Undang-Undang No. 23 Tahun 1992 tentang Kesehatan, Undang-Undang No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal, Undang-Undang No. 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup, Undang-Undang No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan masih banyak lagi produk peraturan perundang-undangan yang lain.

⁸³ Menurut Barda Nawawi Arief proses kriminalisasi harus memperhatikan berbagai aspek pertimbangan sebagai berikut:

- a. Penggunaan hukum pidana harus memperhatikan tujuan pembangunan nasional, yaitu mewujudkan masyarakat adil dan makmur yang merata material spiritual berdasarkan Pancasila;
- b. Perbuatan yang diusahakan untuk dicegah atau ditanggulangi dengan hukum pidana harus merupakan perbuatan yang tidak dikehendaki, yaitu perbuatan yang mendatangkan kerugian (material dan atau spritual) atas warga masyarakat;
- c. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhitungkan prinsip biaya dan hasil (*cost and benefit principles*) juga *sosial cost* atau biaya sosial;
- d. Penggunaan hukum pidana harus pula memperhatikan kapasitas atau kemampuan daya kerja dari badan-badan penegak hukum, yaitu jangan sampai ada kelampauan beban tugas (*overbelasting*). Lihat Barda Nawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hal. 33-34.

2004, bahwa “Perda dapat memuat ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah)”.

Pasal 143 ayat (2) UU No. 32 Tahun 2004 menyebutkan bahwa “Perda dapat memuat ancaman pidana atau denda selain sebagaimana dimaksud ayat (2), sesuai dengan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan lainnya”.

Kebijakan kriminalisasi dalam Perda yang ada di Indonesia, dapat di kelompokkan menjadi empat macam, yaitu:

1. Kebijakan kriminalisasi dari delegasi Undang-undang, contohnya Perda Retribusi dan Pajak;
2. Tindak pidana yang sudah diatur dalam hukum pidana nasional, contohnya Perda miras, pelacuran;
3. Kebijakan kriminalisasi dari hukum Islam, contohnya Qanun Provensi Nangroe Aceh Darussalam No. 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syari’at Islam;
4. Kebijakan kriminalisasi dari hukum adat, contohnya Perda mengenai tradisi adat yang masih dipertahankan di daerah itu.

Perbedaan kebijakan formulasi sanksi pidana masing-masing daerah dalam menentukan besarnya sanksi pidana dalam Perda dikerenakan tidak adanya pedoman yang pasti dan perbedaan antara satu undang-undang dengan undang-undang lainnya, sebagai contoh pada Pasal 143 ayat (2) UU No. 32 Tahun 2004 Apabila dihubungkan dengan UU No. 18 Tahun 1997, ternyata tidak adanya kesetaraan. Pidana maupun maksimum sanksi yang ditetapkan Pasal 37 sampai

dengan Pasal 41 UU No. 18 Tahun 1997 menunjukkan bahwa maksimum sanksi pidana berkisar antara 6 bulan sampai dengan 2 tahun, sehingga pidana yang dijatuhkan dalam hal sanksi pidana pajak dan sanksi retribusi daerah dapat berupa pidana kurungan atau penjara. Keadaan ini tentu saja dapat menimbulkan persoalan utama ketika Pemerintah Daerah memformulasikan perbuatan yang dikenai sanksi pidana ke dalam Perda khususnya mengenai pajak dan retribusi daerah.

Apabila merujuk pada UU No. 22 Tahun 1999, maka Perda hanya dimungkinkan memuat ancaman sanksi pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda sebanyak-banyaknya Rp. 5.000.000,00 (lima juta rupiah), yang diperbaharui dengan Undang-undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah Pasal 143, yang memungkinkan ancaman pidana kurungan paling lama 6 (enam) bulan atau denda paling banyak Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah), tetapi apabila merujuk pada UU No. 18 Tahun 1997 ancaman pidana pada Perda dapat melampaui 6 bulan, dan pidananya dapat berupa pidana penjara. Adapun menurut ketentuan-ketentuan KUHP pidana perampasan kemerdekaan berupa jenis pidana kurungan maksimal hanya 1 (satu) tahun, maksimum ancaman pidana yang melebihi 1 tahun berupa pidana penjara.

Selanjutnya untuk menegakan hukum atas produk-produk hukum daerah, oleh pemerintah daerah dapat membentuk badan-badan yang ditugasi untuk menegakkan Perda, hal ini sesuai dengan ketentuan Pasal 148 UU No. 32 Tahun 2004, menyatakan:

- (1) Untuk membantu kepala daerah dalam menegakkan Perda dan penyelenggaraan ketertiban umum dan ketenteraman masyarakat dibentuk Satuan Polisi Pamong Praja;
- (2) Pembentukan dan susunan organisasi Satuan Polisi Pamong Praja sebagaimana dimaksud pada ayat (1) berpedoman pada Peraturan Pemerintah.

Pasal 149 UU No. 32 Tahun 2004, menyatakan:

- (1) Anggota Satuan Polisi Pamong Praja dapat diangkat sebagai penyidik pegawai negeri sipil sesuai dengan peraturan perundang-undangan;
- (2) Penyidikan dan penuntutan terhadap pelanggaran atas ketentuan Perda dilakukan oleh pejabat penyidik dan penuntut umum sesuai dengan peraturan perundang-undangan;
- (3) Dengan Perda dapat juga ditunjuk pejabat lain yang diberi tugas untuk melakukan penyidikan terhadap pelanggaran atas ketentuan Perda.

Penegakan hukum perbuatan pidana pada Perda di daerah akan menjadi sangat penting, karena dalam era otonomi daerah, pemerintah daerah mempunyai keleluasaan dalam mengurus dan mengatur pemerintahan di daerah, termasuk di dalamnya untuk menentukan perbuatan macam apa saja yang akan dikriminalisasikan di masing-masing daerah.

Kebijakan penggunaan sanksi pidana melalui pencantuman bab tentang “ketentuan pidana” dalam suatu Peraturan Daerah (Perda) tersebut pada dasarnya dapat dibenarkan dari perspektif hukum pidana, khususnya dilihat dari aspek-

aspek yang terkandung dalam asas legalitas. Aspek-aspek asas legalitas tersebut antara lain adalah “tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang” dan “tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang”.⁸⁴

Perbuatan pidana hanya menunjuk kepada sifatnya perbuatan yang dilarang oleh hukum, dan pertanggungjawaban pidana (kesalahan) menunjuk kepada orang yang melanggar dengan dapat dijatuhi pidana sebagaimana diancamkan. Penuangan di dalam suatu pasal sedapat-dapatnya disesuaikan atau konsisten dengan konstruksi pemikiran bahwa yang dilarang oleh aturan hukum adalah perbuatannya, dan yang diancam dengan pidana adalah orangnya yang melanggar larangan.⁸⁵

Adat badamai sebagai alat untuk mengatur masyarakat, di belakang hukum terdapat alat pelengkap yang diberi wewenang oleh masyarakat agar supaya hukum dapat berlaku dan dipatuhi sebagai mana mestinya.⁸⁶ Dalam pelaksanaan hukum dapat dipaksakan daya berlaku oleh aparaturnya untuk menciptakan masyarakat yang damai, tertib, dan adil.⁸⁷ Berdasarkan perundang-undangan yang tidak sama pengaturan penegakan hukum untuk Perda, bukan

⁸⁴ D. Schaffmeister, *et.al.*, *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1995, hal. 6-7. Asas legalitas tersebut mengandung tujuh aspek, yaitu tidak dapat dipidana kecuali berdasarkan ketentuan pidana menurut undang-undang, tidak ada penerapan undang-undang pidana berdasarkan analogi, tidak dapat dipidana hanya berdasarkan kebiasaan, tidak boleh ada perumusan delik yang kurang jelas, tidak ada kekuatan surut dari ketentuan pidana, tidak ada pidana lain kecuali yang ditentukan undang-undang dan penuntutan pidana hanya menurut cara yang ditentukan undang-undang.

⁸⁵ Bambang Poernomo, *Asas-asas Hukum Pidana*, Cet. ke-VI, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1992, hal. 132.

⁸⁶ Bambang Poernomo, *Pola Dasar Teori dan Azas Umum Hukum Acara Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1988, hal. 9.

⁸⁷ Dahlan Thaib, *et. al.*, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Cet. Ke-IV, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004, hal. 76.

mustahil di lingkungan Pemerintah akan terjadi duplikasi pengaturan tentang pejabat yang diberi wewenang menegakkan peraturan daerah, yaitu antara PPNS dan Satuan Polisi Pamongpraja. Upaya mencegah duplikasi pengaturan itu ada kemungkinan pemerintah daerah akan menempuh kebijakan melakukan pembagian kewenangan antara PPNS dengan Satuan Polisi Pamongpraja. Apabila pemerintah daerah mengambil kebijakan seperti ini maka diperlukan kajian atau dilakukan penelitian untuk mengetahui bagaimana pembagian kewenangan itu dilaksanakan, karena di dalam Hukum Acara Pidana berlaku asas umum, yaitu hanya pejabat yang diberi wewenang khusus oleh UU saja yang berhak melaksanakan proses pemeriksaan perkara pidana.

Penegakan hukum khususnya di dalam hukum pidana merupakan pelaksanaan hukum untuk menentukan tentang apa yang menurut hukum dan apa yang bertentangan/melawan hukum, menentukan tentang perbuatan mana yang dapat dihukum/dipidana menurut ketentuan hukum pidana materiil, dan petunjuk tentang bertindak serta upaya-upaya yang diharuskan untuk kelancaran berlakunya hukum baik sebelum, maupun sesudah perbuatan melanggar hukum itu terjadi sesuai dengan ketentuan hukum pidana formil.⁸⁸ Dalam pengertian penegakan hukum (hukum pidana) terkandung makna kekuatan yaitu kekuasaan yang harus ada untuk dapat dijalankannya fungsi hukum, sehingga penegakan hukum mempunyai kaitan antara hukum dan kekuasaan.⁸⁹

Kebijakan kriminalisasi dan penegakan hukum pidana dalam Perda yang substansi pengaturannya berbeda-beda juga menimbulkan persolalan hierarki

⁸⁸ Bambang Poernomo, *Orientasi Hukum Acara Pidana Indonesia*, Amarta Buku, Yogyakarta, 1988, hal. 88.

⁸⁹ Bambang Poernomo, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1988, hal. 187.

peraturan perundang-undangan. Di dalam Tap. No. III/MPR/2000 dijelaskan bahwa Peraturan Daerah adalah peraturan untuk melaksanakan aturan hukum di atasnya dan menampung kondisi khusus dari daerah yang bersangkutan. Jadi setiap Perda tidak boleh bertentangan dengan peraturan hukum di atasnya.

Tata urutan (*hierarki*) peraturan perundang-undangan⁹⁰ ini penting karena berpengaruh terhadap derajat kekuatan masing-masing peraturan perundang-undangan. Pasal 4 Tap. No. III/MPR/2000 menyebutkan:

"Sesuai dengan tata urutan perundang-undangan ini, maka setiap aturan hukum yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan aturan hukum yang lebih tinggi".

Pengaturan di atas sesuai dengan asas hukum tentang: *"lex superiore derogat lege inferiore"* artinya hukum yang lebih tinggi mengalahkan hukum yang tingkatannya di bawahnya. Hal ini dimaksudkan agar tercipta kepastian hukum dalam sistem peraturan perundang-undangan.⁹¹

Daerah dalam hal ini tingkat Rukun Tetangga (RT), Rukun Keluarga (RK) maupun Kelurahan, Kecamatan maupun Kabupaten dapat menyusun sebuah

⁹⁰ Tata urutan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia menurut Tap. No. XX/MPRS/1966, yaitu UUD 1945, Ketetapan MPR, UU/Perpu, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Peraturan-peraturan Pelaksanaan lainnya seperti: Peraturan Menteri, Instruksi Menteri dan lain-lainnya. Dalam tata Urutan Perundang-undangan menurut Tap. No. XX/MPRS/1966 belum mencantumkan Perda dalam tata urutan Perundangan. Tap. No. III/MPR/2000 pada Pasal 2 menyebutkan tata urutan peraturan perundang-undangan Republik Indonesia adalah: UUD 1945, Ketetapan MPR, UU, Perpu, Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Peraturan Daerah. Disini sudah menempatkan Perda dalam tata urutan perundangan RI. Rapat Panitia Kerja (Panja) tanggal 13 Mei 2003 DPR telah menyetujui hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia yaitu: UUD 1945; Undang-undang/ Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden/ Peraturan Lembaga Negara; Peraturan Menteri; Peraturan Lembaga Pemerintah Non-Departemen/ Peraturan Pendidikan Tinggi; Peraturan Daerah Provinsi; Peraturan Gubernur Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota; Peraturan Bupati/ Walikota; Peraturan Desa.

⁹¹ Syihabudin, "Kajian Terhadap Jenis dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan Indonesia", *Jurnal Hukum FH-UII*, No. 23 vol. 10 -2003, hal. 63.

peraturan yang khusus yang berisi tentang ketentuan *adat badamai* diberlakukan untuk daerahnya dalam rangka menyelesaikan sengketa hukum.

Ajaran tentang tata urutan (hierarki) peraturan perundang-undangan demikian mengandung beberapa prinsip:⁹²

1. Peraturan perundang-undangan tingkat lebih rendah harus bersumber atau memiliki dasar hukum dari suatu peraturan perundang-undangan tingkat lebih tinggi;
2. Isi atau muatan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh menyimpangi atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.

Di samping itu, dalam pelaksanaan prinsip "*lex superiore derogat lege inferiore*" dan prinsip "*lex specialis derogat lege generalis*", bahwa norma hukum yang khusus, baik materinya maupun wilayah berlakunya ataupun waktu berlakunya, dapat saja mengatur yang berbeda dari norma hukum yang bersifat umum tersebut.⁹³ Dalam penerapan asas ini tentunya terikat erat dengan kewenangan masing-masing daerah sebagaimana di atur oleh peraturan perundang-undangan di atas.

1. Reposisi Hukum Pidana Islam dalam hukum Pidana Nasional

Hukum pidana Islam sering mendapat tudingan sebagai hukum yang *out of date* dan *dehumanis*. Karena produk 16 abad silam. Tudingan itu bisa terjadi

⁹² Jimly Asshiddiqie, "Tata Urutan Perundang-undangan dan Problema Peraturan Daerah", *Makalah dalam Lokakarya Anggota DPRD se-Indonesia*, diselenggarakan oleh LP3HET, Jakarta, 22 Oktober 2000, hal. 8.

⁹³ *Ibid*, hal. 13.

karena kegagalan mereka dalam menangkap ruh syariat Islam. Hukum pidana Islam sebagaimana yang tertera dalam nas tidaklah kolot tetapi elastis. Nabi tidak selalu memberlakukan hukum sebagaimana bunyi teks tetapi sangat kondisional. Hukum Pidana Islam bukanlah bersifat ortodoks melainkan memberikan ruang gerak bagi akal pikiran manusia untuk diijtihadi. Ijtihad ini diberikan dalam rangka untuk menginterpretasikan teks-teks hukum sehingga mampu merespon kebutuhan dan tuntutan masyarakat secara dinamis. Oleh karena itu perlu diadakan reaktualisasi pemikiran dalam hukum pidana Islam terutama dari sisi klasifikasi tindak pidana sampai kepada persoalan sanksi.

Kebijakan-kebijakan sistem hukum Pidana Islam sesungguhnya diawali dengan koreksi terhadap sistem hukum jahiliyah yang diskriminasi. Kabilah yang kuat di kala itu sangat mendominasi praktik hukum, sementara suku yang lemah hanya sebagai pelengkap penderita (tertindas) karena ketidakberdayaannya. Islam datang dengan membawa panji menegakkan hukum dengan prinsip keseimbangan dan keadilan.

Reaktualisasi pemikiran yang ditawarkan oleh peneliti (penulis) di sini sebagai upaya penyegaran atau tindakan untuk menjadikan sesuatu itu baru di satu sisi dan di sisi lain tetap tidak mengubah nilai dasar dari sesuatu yang diperbarui.⁹⁴ Jika dikatakan reaktualisasi pemikiran, maka aktualisasinya meliputi bidang pemikiran, sikap, mental, perilaku atau tindakan manusia yang meliputi bidang, ilmu iman dan amal.⁹⁵

⁹⁴ Rahman Ritonga, dkk. *Ensiklopedi Hukum Islam*, ed. Abd Azizi dahlan, dkk. (Jakarta: PT Intermedia, 1997), h. 1488.

⁹⁵ Umar Syihab, *Hukum Islam dan Transformasi Pemikiran*, (Semarang: Dina Utama, 1996), h. 14.

Berkaitan dengan Pemahaman hukum pidana Islam yang berorientasi pada penegakan *amar ma'ruf nahi munkar*, yakni tegaknya *maqasid asy-syari'ah*. Perlindungan terhadap agama, jiwa, keturunan, harta dan akal. Hukum Islam, ketika menerapkan sanksi mendasarkan kepada kepentingan kolektif di atas kepentingan pribadi atau golongan. Reaktualisasi pemikiran hukum Islam sebenarnya bukan hal yang baru, Umar ibn al-Khattab pernah mengadakan penyimpangan asas legalitas dalam hukum potong tangan. Hal ini terjadi pada musim paceklik (larang pangan).⁹⁶ Sikap Umar bukan mengkhianati hukum Allah, melainkan semangat menangkap ruh syariat Islam dengan pemahaman yang kontekstual. Hal senada juga dilakukan oleh Rasulullah jauh sebelum peristiwa tersebut, yakni ketika Rasulullah tidak menghukum apa-apa bagi pencuri buah-buahan yang dimakan di tempat.⁹⁷

Dengan demikian aktualisasi pembedaan di sini bukan berarti ingin mengubah nilai dasar, akan tetapi memahami kembali teks secara konseptual dengan tidak mengubah jiwa (ruh) syariah. Persoalan serius lainnya adalah tentang tindak pidana yang menjadi hak prerogatif Allah, yang sering disebut *Jarimah hudud*, yakni tindak pidana yang macam dan sanksinya ditetapkan secara mutlak oleh Allah.⁹⁸ Sehingga manusia tidak berhak untuk menetapkan hukuman lain selain hukum yang ditetapkan berdasarkan kitab Allah. Ketetapan ini

⁹⁶ Ibn al-Qayyim, *I'lam al-Muwaqin ar-Rab al-Alamin*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1977), III, h. 22; Subhi Mahmasani, *Falsafah at-Tasyri' fi al-Islam*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1945), h. 167.

⁹⁷ Abu Yusuf, *ar-Rad 'Ala Siyar al-Auza'i*, (Mesir: Dar al-Qalam, 1357 H.), h. 50.

⁹⁸ Abdul Qadir Awdah, *at-Tasyri al-Jina'i al-Islami*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), I, h. 79.

sesungguhnya hasil kreasi dari ijtihadnya para ulama terdahulu dengan berbagai pertimbangan. Alasan para fuqaha mengklasifikasikan jarimah hudud sebagai hak Allah, *pertama*, karena perbuatan yang disebut secara terinci oleh Alquran sangat mendatangkan kemaslahatan baik perorangan maupun kolektif.⁹⁹ *Kedua*, Janis pidana dan sanksinya secara definitif disebut langsung dengan lafaz yang ada di dalam Alquran, sementara tindak pidana lainnya tidak.

Kejahatan *hudud* adalah kejahatan yang paling serius dan berat dalam hukum pidana Islam. Ia adalah kejahatan terhadap kepentingan publik. Tetapi ini tidak berarti bahwa kejahatan *hudud* tidak mempengaruhi kepentingan pribadi sama sekali, namun terutama sekali berkaitan dengan apa yang disebut hak Allah.

Dengan demikian, kejahatan dalam kategori ini dapat didefinisikan sebagai kejahatan yang diancam dengan hukuman *hadd*, yaitu hukuman yang ditentukan sebagai hak Allah. Dalam definisi ini, hukuman yang ditentukan, berarti bahwa baik kuantitas maupun kualitasnya ditentukan dan ia tidak mengenal tingkatan. Hasil ijtihad ini diikuti oleh pemikir yang datang kemudian karena melihat dari urgensinya ketika adanya pembagian jarimah berdasarkan berat ringannya hukuman, yaitu: *hudud*, *qisas diyat* dan *ta'zir*. Mengingat ini adalah bentuk ijtihad sehingga penggolongannya pun terjadi perselisihan pendapat. Jumhur ulama merumuskan jarimah hudud ada tujuh: Zina, *qadzaf* (tuduhan palsu zina), *sariqah* (pencurian), *hirabah* (perampokan), *riddah* (murtad), *baghy* (pemberontakan), dan *syurb al-khamr* (meminum khamar).¹⁰⁰ Sementara Mazhab Hanafiyah hanya

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ Abd. Qadir Awdah, *at-Tasyri' al-Jinai al-Islami*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.t.), I, h. 79; As-Sayid Sabiq, *Fiqh as-Sunnah*, (Beirut: Dar al-Fikr, 19923), II, h. 302.

memasukkan jarimah hudud dalam lima kategori: *Zina*, *qadzaf* (tuduhan palsu zina), *sariqah* (pencurian), *hirabah* (perampokan) dan *baghy* (pemberontakan).¹⁰¹

Dalam dataran empirik sebagaimana yang tercatat dalam sejarah terjadi perbedaan ketika menerapkan sanksi dalam kasus yang sama. Contoh zina yang dianggap sebagai jarimah hudud. Teori gradasi diberlakukan dengan prinsip adanya tahapan-tahapan dalam menerapkan hukum dengan melihat kondisi individu dan struktur masyarakat. Awal sanksi zina adalah cercaan dan hinaan (Q.S. an-Nisa': 16), selanjutnya kurungan dalam rumah (Q.S. an-Nisa': 15), tahap berikutnya hukuman dera (Q.S. an-Nur: 2). Sementara hukum rajam yang sumbernya hadis Nabi diperdebatkan keotentikannya. Terlebih jika hukum rajam dikaitkan dengan Q.S. *an-Nisa'* ayat 25 dan Q.S. *al-Ahzab* ayat 30. Dengan demikian para fuqaha di samping menerapkan teori gradasi juga merasionalisasikan prinsip *nasakh*. Persoalan konversi agama (*riddah*), yang jelas dilegalkan dalam Alquran *la ikraha fi din* (tidak ada paksaan dalam agama) sementara hadis Nabi mengatakan *man badala dinahu faqtuluhu* (siapa menukar agama bunuhlah ia) ini jelas suatu sangat apriori dalam pemikiran, karena sesungguhnya yang dibunuh bukan karena *riddah*-nya tetapi sifat *desersi* (pengkhianatan negara yang dibarengi dengan murtad).¹⁰²

Demikian halnya dengan kasus minum-minuman keras, pemberontakan dan *qazf* yang oleh jumah dimasukkan dalam kriteria jarimah *hudud*. Namun pada hakikatnya ada kebebasan untuk menetapkan hukuman, akan tetapi hukum Allah tetap dijadikan sebagai rambu-rambu dalam menegakkan keadilan. Oleh karena

¹⁰¹ Marsum, *Fiqh Jinayah*, (Yogyakarta: Fak Hukum UII, 1986), h. 86.

¹⁰² Haliman. *Hukum Pidana*, h. 384.

itu, pemahaman *jarimah hudud* harus disikapi sebagai sebuah ijtihad ulama terdahulu. Pada perkembangan hukum modern tidak mustahil direinterpretasikan sesuai dengan perkembangan dan tuntutan zaman dengan tidak mengubah nilai-nilai dasar yang terkandung dalam syariah.

Konsep hukum adat dalam hal ini *adat badamai* yang pada berbagai aspek sebenarnya merupakan konsep Islam. *Adat badamai* merupakan interaksi dan antara hukum Islam dan hukum adat pada masyarakat Banjar. UUSA tahun 1820-1835 merupakan landasan hukum berlakunya adat badamai. Terutama pasal-pasal 3, 21, 28, 29 dan pasal 30 sebagai berikut :

Pasal 3: *Tiap-tiap tatuha kampung kusuruh akan memadai anak buahnya dengan bermufakat, astamiyah lagi antara kerabat supaya jangan banyak bicara dan perbantahan.*

Pasal 21: *Tiap kampung kalau ada perbantahan isi kampungnja ija itu tetuha kampungnja kusuruhkan membitjarakan mupaqt-mupaqt lawan jang tuha-tuha kampungnja itu lamun tiada djuga dapat membitjarakan ikam bawa kepada hakim”.*

Pasal 28: *Siapa-siapa jang hendak bahuma di dalam halabiu atau negara atau banua lainnja maka jaitu tiada boleh orang halabiu atau negara atau lainnja manangat dan tiada boleh orang meakui watas jang tiada usahanja dan pahumaannja dan tiada boleh orang maharu-biru.*

Pasal 29: *Mana-mana padang jang ditinggalkan orang kira-kira dua musim atau lebih maka kembali djadi padang-padang dan tiada tanda miliknja seperti tetanamannja atau galangannja atau sungainja jang menghidupi tanahnja itu maka digawi pula oleh orang jang lainnja itu serta ditetapinja maka tiada kubarikan orang jang dahulu itu menghendaki lagi atau menuntut kepada hakim.*

Pasal 30: *Mana-mana orang jang kababaran jang tiada mengaku berzina jaitu padahkan kajah diaku.*¹⁰³

¹⁰³ *I b i d* hlm. 177. Lihat J.J. Ras, *Hikayat Banjar, Study in Malay Historiography* (The Hague : Martinus Nijhoff, 1968), Lihat Gazali Usman, *Kerajaan Banjar Sejarah Perkembangan Politik, Ekonomi Perdagangan dan Agama Islam*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin., 1994, hlm. 189, lihat M. Idwar Saleh, *Sekilas Mengenai Daerah Banjar dan Kebudayaan Sungainya sampai Akhir Abad 19*, Moseum Lambung Mangkurat, Propinsi Kalimantan Selatan, 1983, hlm. 230. Ada beberapa naskah UUSA ini setidaknya-tidaknya ada 4 naskah yaitu menurut versi Amuntai, versi Martapura, menurut versi Kiai Hasan Bonda, versi JJ Ras seorang Belanda, yang mana masing-masing versi memuat pasal dan bab yang berbeda meskipun substansinya sama. Namun nasakah aslinya diprediksikan masih tersimpan di negeri Belanda. Lihat “Undang-undang Sultan Adam”, judul asli “*Oendang-oendang Soeltan Adam* (1835)”, dalam

Secara tidak langsung disadari ataupun tidak disadari pada masyarakat Banjar *adat badamai* telah berlangsung suatu harmonisasi hukum antara hukum adat dan hukum adat. Hal ini disebabkan perjuangan panjang dari para tokoh Ulama dan tokoh penguasa pada kerajaan Banjar pada satu sisi untuk merealisasikan nilai-nilai hukum Islam, pada sisi yang lain upaya itu dikemas dalam pendekatan qanunisasi ke dalam sebuah UU yang diberi nama Undang-Undang Sultan Adam.

UUSA dapat ditinjau ke dalam beberapa sudut dan teori, dari segi upaya penguasa (Sultan Adam) yang berobsesi untuk menerapkan ajaran Islam berdasarkan aqidah ahlu sunnah waljamaah, maka dapat dipandang sebagai teori islamisasi. Namun kalau ditinjau dari aspek kedudukannya waktu itu ditetapkan oleh penguasa atau raja, maka menurut Van Vollenhoven UUSA dikategorikan sebagai hukum adat.

Secara akademis dan metodologis teori-teori itu dapat dipertanggungjawabkan, namun yang pasti dari hari ke hari sampai sekarang meskipun UUSA itu secara yuridis telah dianulir dalam sistem perundang-undangan Negara Kesatuan Republik Indonesia menyusul dihapuskannya kerajaan Banjar pada tahun 1860 oleh Hindia Belanda, namun secara faktual beberapa aturan yang terdapat di dalamnya masing-masing fungsional sebagai hukum yang hidup pada masyarakat Banjar.

Diantara ketentuannya sampai saat ini sudah diterapkan terutama dalam aspek keperdataan dalam penyelesaian sengketa hukum misal dalam hukum

Adatrechtbundel XIII-(s-Gravenhege : Martinus Nijhoff, 1951). Lihat Joeke, A.M. (1917), "De Wet van Sultan Adam van Bandjermasin van 1835" dalam *De Indische Gids*, Tahun ke-3, 1881, Jilid II, hlm. 146-179.

keluarga, dalam masalah warisan, dalam masalah yang lain-lainnya menyangkut hak-hak keperdataan.

Namun dalam aspek tindak pidana semisal penyelesaian sengketa hukum yang berkaitan dengan hukum publik terutama dalam kasus-kasus penganiayaan, perkelahian, pembunuhan dan lain-lain dalam hal ini sangat urgen untuk diimplementasikan dalam penyusunan RUU KUHP Nasional mendatang. Sebab dalam RUU tersebut, pemikiran yang berkait dengan tindak pidana mengandung suatu kelemahan konsep. Kelemahan yang dimaksud khususnya ialah yang berhubungan dengan masalah dasar penilaian untuk menetapkan apakah suatu perbuatan merupakan tindak pidana atau bukan. Sebagaimana termaktub dalam rancangan pasal 1 ayat (1) dan (3), terlihat bahwa dalam masalah di atas selain berpijak pada peraturan perundang-undangan tertulis (*legalitas formal*) RUU KUHP mendatang juga merujuk pada keberadaan hukum tak tertulis yang terdapat di dalam suatu masyarakat (*legalitas materiel*). Syaratnya ialah sepanjang hukum tak tertulis (adat kebiasaan) tadi benar-benar hidup dan diyakini sebagai suatu pandangan/prilaku dalam masyarakat tersebut.¹⁰⁴ Kelemahan dari konsep *legalitas materiel* yang demikian opini adalah terletak pada kemungkinan bias berubah-ubahnya pandangan masyarakat yang berpijak pada realitas kebiasaan tadi. Karena dinamika masyarakat yang dipengaruhi oleh berbagai faktor. Akibatnya nilai dalam suatu masyarakat juga dengan sendiri dapat berubah, misalnya zina

¹⁰⁴ Pasal 1 ayat (1) RUU KUHP menegaskan: "Tiada seorangpun dapat dipidana atau dikenakan tindakan, kecuali perbuatan yang telah dilakukan tadi ditetapkan sebagai tindak pidana dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku pada saat perbuatan itu dilakukan". Sedangkan pasal 1 ayat (3) menegaskan bahwa : "Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak mengurangi berlakunya hukum yang hidup atau hukum adat yang menentukan bahwa menurut adat setempat seseorang patut dipidana walaupun perbuatan tersebut tidak diatur dalam peraturan perundang-undangan.

yang sebelumnya menurut adat setempat dipandang sebagai hal yang tabu/tercela, karena *permissivisme* yang meluas bukan mustahil perbuatan tersebut akan dianggap sebagai hal biasa/wajar/tidak tercela. Jika demikian halnya maka hukum yang didasarkan pada pandangan masyarakat akan menjadi labil serta tidak dapat memenuhi fungsi filosofisnya sebagai *social engineering*, bahkan tidak mustahil justru hukumlah yang akan selalu “membebek” (mengikuti) ke arah mana perubahan masyarakat sedang terjadi, bukan mengarahkannya.

Masalah ini sesungguhnya dapat diantisipasi apabila RUU KUHP mendatang menggunakan konsep hukum tak tertulis yang berpijak pada nilai-nilai moralitas agama (sebagaimana diajarkan Islam) dalam memandang suatu problem sosial. Sebab nilai moralitas agama relatif standard dan absolute sehingga produk hukum yang berpijak padanya relatif akan stabil dan bisa menjadi pembimbing serta pengarah bagi perubahan sosial yang terjadi.

Dalam hukum pidana Islam ayat-ayat dan Hadits yang menentukan jarimah atau tindak pidana bersifat umum dan elastis, sehingga dapat menampung semua peristiwa pidana. Artinya setiap tindak pidana cukup menyebut sifat-sifatnya, oleh karena itu tidak mungkin dapat dipandang sebagai peristiwa pidana kecuali telah terjadi. Keumuman dan keelastisan sangat berpengaruh pada kemampuan syariat Islam dalam menghadapi setiap perubahan.

Adapun yang terlihat dalam hukum positif adalah penyebutan secara teliti dan terperinci pada tiap-tiap tindak pidana. Akibatnya banyak peristiwa pidana baru yang tidak termuat dalam suatu undang-undang dan pelaku tindak pidana

dapat bebas dari tuntutan hukum. Oleh karenanya ada sebagian sarjana hukum yang menghendaki aturan –aturan pidana yang bersifat universal dan elastis, sehingga memungkinkan dia mengambil tindakan hukum untuk setiap peristiwa. Konsep inilah yang selama ini ditawarkan dan dipraktikkan dalam hukum Pidana Islam.

Berangkat dari beberapa ketentuan tindak pidana dalam Islam hendaklah perlu dipertimbangkan hal-hal yang sangat substansif: adanya klaisifikasi tentang tindak kejahatan yang ancamannya depinitif, karena dipandang delik sangat berat dan berbahaya dan jika ditegakkan akan membawa kemaslahatan umum.¹⁰⁵ Delik-delik tersebut adalah: kesusilaan, tuduhan palsu, pencurian, perampokan (perompakan), sabotase, pemerkosaan, subversi (pemberontakan) kejahatan narkoba, terorisme, dan desersi. Klasifikasi kejahatan yang berkaitan dengan jiwa dan pelukaan, secara umum diuraikan dengan beberapa delik: pembunuhan sengaja, pembunuhan semi sengaja, pembunuhan salah, pelukaan sengaja dan pelukaan karena tidak sengaja (keliru). Klasifikasi ini sangat penting untuk membedakan hukuman yang akan diterapkan.

Prinsip keadilan dalam menegakkan hukum yang dilakukan oleh Rasulullah semata-mata menjalankan keadilan Ilahi. Rasulullah sebagai hakim pada saat itu hanya mengemban hukum Allah sehingga setiap keputusannya selalu berpegang kepada hukum Allah yaitu Al Alquran. Sanksi yang tegas dan penegakannya sangat didukung dalam menciptakan masyarakat yang berkeadilan.

¹⁰⁵ Makhrus Munajat, *Reposisi dan Signifikansi Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Syariah : Jurnal Hukum dan Pemikiran, No. 2 Tahun 4, Juli – Desember 2004, hlm. 18

Oleh karena itu, jika hukum pidana Indonesia ke depan benar-benar dikehendaki sebagai sosok hukum yang *victim oriented* (memperhatikan secara proporsional terhadap korban kejahatan), maka konsep Islam di atas patut dipertimbangkan sebagai bahan untuk diakomodasikan dalam penyusunan RUU KUHP. Hal ini mengingat perspektif victimologis dewasa ini memang sudah menjadi kecenderungan internasional yang ikut “mewarnai” konsep-konsep hukum pidana modern, sehingga pembaharuan KUHP pun idealnya juga harus beradatasi dengan kecenderungan internasional tersebut. Karena sekali lagi, alasan adatif merupakan salah satu *back ground* diadakannya pembaharuan KUHP Indonesia.

Kemudian konsep Islam berikutnya tentang pidana yang patut diimplementasikan dalam pembaharuan KUHP mendatang ialah yang berkait dengan pandangan mengenai masalah *falsafah dan tujuan pemidanaan*. Konsep ini memiliki keterkaitan erat dengan pemikiran tentang *pedoman pemidanaan* sebagai imbas/penjabaran gagasan.

Dalam masalah di atas, pandangan RUU tampaknya terlalu berorientasi kepada konsep pemidanaan yang memberi perhatian terhadap pelaku kejahatan. Akibat perhatian yang seharusnya diberikan terhadap korban kejahatan khususnya yang bersifat individual, justru menjadi kurang. Hal ini antara lain dapat dilihat pada lima point tentang konsep tujuan pemidanaan, di mana apabila diperhatikan tiga di antaranya merupakan rumusan-rumusan yang sangat “protektif” dan berkesan “memanjakan” terhadap tepidana sebagai pelaku kejahatan. Misalnya ketentuan yang berbunyi bahwa pidana harus dapat memasyarakatkan kembali si

terpidana hingga menjadi orang yang baik dan berguna, pidana harus bisa membebaskan rasa bersalahnya dan pidana tidak boleh menderitakan dirinya.¹⁰⁶ Begitu pula kebijakan mengenai pedoman pemidanaan baik yang bersifat umum maupun pedoman untuk penerapan tiap-tiap jenis sanksi pidana beserta konsep-konsep pasal tentang individualisasi pidana.¹⁰⁶ Semuanya itu secara sempurna sangat mengesankan bangunan hukum pidana Indonesia mendatang yang *offender oriented* (terlalu memperhatikan terpidana sebagai pelaku kejahatan beserta kepentingan-kepentingannya. Sementara perhatian terhadap korban kejahatan, walaupun ada tetapi terkesan tidak maksimal.

Hal di atas berbeda sekali dengan ajaran Islam yang menghendaki suatu pemidanaan yang dapat memancarkan efek utilitas secara seimbang baik terhadap pelaku kejahatan, korban kejahatan (individual) maupun masyarakat luas. Ajaran yang dimaksud adalah sebagaimana tercermin dalam konsep tentang fungsi pemidanaan baik yang bersifat *zawaajir* maupun yang *jawaabir*.¹⁰⁷

Dalam hubungannya dengan permasalahan di atas, maka kebijakan pembangunan hukum pidana di masa datang kiranya perlu diformat dengan cara menyeimbangkan antara konsep yang *offender oriented* dengan yang *victim oriented*.

¹⁰⁶ Pasal 51-53 tentang Pedoman Pemidanaan secara umum. Perhatikan pula ketentuan Pasal 64-93 tentang Pedoman Penerapan untuk tiap-tiap jenis sanksi pidana.

¹⁰⁷ Keterangan lebih mendalam tentang falsafah dan tujuan pemidanaan Islam di atas antara lain dapat dilihat dalam tulisan Ibrahim Hussein, "Jenis-Jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam : Reinterpretasi terhadap Pelaksanaan Aturan", Artikel sumbangan dalam buku *Wacana Baru Fiqih Sosial*, yang diterbitkan dalam rangka memperingati 70 tahun KH. Ali Yafie, Bandung, Mizan, 1997, hlm. 100.

Untuk itu maka pemikiran Islam seperti tampak pada konsep mengenai stelsel pidana dan tujuan pemidanaan di atas, relevan sekali dikonstruksikan dalam penyempurnaan penyusunan RUU KUHP mendatang. Caranya, antara lain ialah dengan menempatkan jenis-jenis pidana yang *victim oriented* seperti pidana mati dan pidana ganti rugi menjadi sanksi yang berkedudukan sebagai pidana pokok dengan prinsip hak penjatuhannya diserahkan penjatuhannya kepada korban kejahatan, tetapi legitimasi dan eksekusinya tetap di bawah kewenangan institusi formal negara. Selain itu, perlu pula dikaji ulang untuk menyusun kembali konsep tentang tujuan pemidanaan yang lebih berorientasi pada pemberian perhatian baik kepada korban maupun pelaku kejahatan secara seimbang dan proporsional.¹⁰⁸

2. *Restoratif Justice* dalam Penegakan Hukum Pidana.

Menurut Bagir Manan *Restoratif justice* (keadilan *restorative*)¹⁰⁹ sebagai konsep pemidanaan bermaksud menemukan jalan menegakkan *sistem* pemidanaan yang lebih adil dan berimbang. Misalnya antara kepentingan pelaku dan korban. Selanjutnya dijelaskan oleh Bagir Manan bahwa sistem pemidanaan yang berlaku kurang sekali memperhatikan kepentingan korban. Tetapi *restorative justice* tidak hanya merumuskan tujuan pemidanaan. Tidak kalah penting adalah mekanisme mencapai tujuan. Baik secara keilmuan (*rechtswetenschap*) maupun untuk keperluan praktis, mekanismenya lebih penting dari pada rumusan tujuan yang

¹⁰⁸ Abd Khaliq, *Reformasi Hukum Pidana Nasional*, Yogyakarta, Fakultas Hukum UII, 2002, hlm., 34.

¹⁰⁹ Istilah *restorative justice* memang masih belum tepat juga kalau diterjemahkan menjadi keadilan *restorative*, hal ini pasti lebih membingungkan, karena ada kemungkinan salah pengertian, mengira *restorative justice* adalah suatu jenis keadilan seperti berbagai ajaran keadilan (atribut justice, distributive justice, *sosial justice* dll). Lihat Bagir Manan, *Restoratif Justice (Suatu Perkenalan)*, dalam *Varia Peradilan* No. 247 Juni 2006, hlm. 3.

bersifat abstrak dan filosofis. Kalau diterjemahkan (bukan dipadankan) untuk menampung muatan konsep *restorative justice* secara lengkap akan terlalu panjang, seperti penataan kembali *sistem* pidana yang lebih adil, atau penataan kembali *sistem* pidana yang lebih adil baik bagi pelaku, korban, maupun masyarakat. Terjemahan semacam itu tidak layak sebagai nama sebuah konsep yang harus singkat dan padat, apalagi terjemahan yang panjang itu belum pula secara utuh dapat menggambarkan konsep *restorative justice*. Seperti disebutkan di atas, *restorative justice* adalah konsep pidana. Tetapi sebagai konsep pidana tidak hanya terbatas pada ketentuan hukum pidana (*formal* dan *material*). Restoratif justice harus juga diamati dari kriminologi dan *sistem* masyarakat.

a. Latar belakang *restorative justice*

Dapat dikatakan, telah menjadi semacam *communis opinio doctorum*, bahwa *sistem* pidana yang dijalankan selama ini, belum berhasil mencapai tujuan, baik bagi pelaku, korban, maupun masyarakat pada umumnya. Bahkan ada yang secara lebih tajam berpendapat, *sistem* pidana telah gagal mewujudkan tujuan pidana.¹¹⁰

Bagi pelaku, tujuan pidana adalah mengembalikan pelaku menjadi warga yang baik dan bertanggungjawab. Dalam kenyataan, begitu banyak pelaku pidana kambuhan (*recidivist*). Ada kemungkinan secara *statistikal*, penghuni suatu lembaga masyarakatan berimbang antara pelaku kambuhan dan nonkambuhan.

¹¹⁰ C. Wahyu Haryo, PS, *Sosok dan Pemikiran Sinergi Pluralitas dan Kesatuan Hukum*. Kompas Sabtu, 28 April 2007.

Bahkan pada hari dibebaskan, ada pelaku yang langsung melakukan lagi perbuatan pidana. Dulu pernah ada ungkapan, bahwa penjara adalah *academy of crime*, tempat mereka belajar lebih terampil melakukan kejahatan. Paling kurang, ada mantan narapidana terpaksa melakukan tindakan pidana ulang, karena kehidupan yang tetap sulit bahkan makin sempit, antara lain karena masyarakat sekitarnya tidak mau membantu memberi jalan agar yang bersangkutan dapat makan dan minum.

Bagi korban lebih tragis lagi. Sistem pemidanaan yang berlaku sama sekali tidak memberi perlindungan atas segala derita atau kerugian akibat perbuatan pelaku pidana. Korban pelaku pidana, baik dalam arti korban langsung atau tidak langsung. Korban langsung yaitu orang atau orang-orang yang menderita langsung akibat suatu perbuatan pidana, misalnya cacat karena penganiayaan dan lain-lain. Korban tidak langsung adalah sanak keluarga. Istri dan atau anak-anak kehilangan pelindung, karena suami atau ayah mereka terbunuh atau dibunuh pelaku.¹¹¹

Bagir Manan selaku Hakim Agung menyatakan saya tidak sedikit menerima surat keluhan dan korban atau keluarga korban. Keluhan itu beraneka ragam. Ada yang mengeluhkan, karena perkaranya tidak sampai kepengadilan, atau dituntut atau dihukum terlalu ringan, tidak ada bantuan biaya pengobatan dan lain-lain. KUHAP memungkinkan korban mengajukan gugatan (keperdataan) atas segala derita dan kerugian yang dialami. Gugatan semacam ini, akan memakan waktu yang lama yang tidak menguntungkan korban.

¹¹¹ Bagir Manan, *Op. Cit.*, hlm. 6

Bagi masyarakat, dengan tetap banyaknya pelaku pidana, menunjukkan gagalnya ppidanaan sebagai *instrument represif* melindungi dan menjaga ketertiban dan keamanan umum. Hal ini menimbulkan sikap masyarakat yang makin mengeras menghadapi berbagai perbuatan pidana, seperti permintaan agar dijatuhi hukuman mati, atau pidana berat lainnya, atau mengadili sendiri (*eigenrichting*).

Memperhatikan perkembangan ilmu hukum pidana (*strafrechtswetenschap*), dan bermacam-macam aturan baru, telah banyak pemikiran-pemikiran baru mengenai ppidanaan dan pemasyarakatan. Berbagai perkembangan baru tersebut antara lain diadakannya pranata pidana percobaan, pidana kerja *sosial*, pelepasan bersyarat, dan lain-lain. Di banyak Negara, seperti negara-negara Eropa, Israel, dan lain-lain tidak dikenal lagi pidana mati. Di negeri Belanda pidana mati telah dihapus sejak abad ke-19 (tahun 1870). Tetapi di Indonesia sebagai negeri yang pada saat-saat itu adalah jajahan Belanda, dan mempergunakan asas konkordansi, pidana mati dipertahankan, dan berlanjut sampai sekarang. Anak-anak mendapat perlakuan yang lebih khusus. Mulai dari penangkapan, penahanan, penyidikan, penyidangan, sampai di lembaga pemasyarakatan, anak-anak mendapat perlakuan berbeda dari pelaku pidana dewasa. Demikian pula pembaharuan *sistem* pemasyarakatan. Tetapi semua perkembangan di atas, lebih ditujukan kepada pelaku pidana. Atas nama hak asasi manusia, pelaku wajib diperlakukan sesuai dengan prinsip-prinsip kemanusiaan, termasuk menyediakan bantuan hukum. Korban atau keluarga korban sama sekali kurang diperhatikan. Di negeri Belanda, Turki, dan berbagai Negara lain,

perlindungan kepentingan korban telah terintegrasi dan *sistem* peradilan pidana, tidak perlu ada gugatan tersendiri lagi. Dari kenyataan di atas, *sistem* pemidanaan yang berlaku belum sepenuhnya menjamin keadilan terpadu (*integrated justice*), yaitu keadilan bagi pelaku, keadilan bagi korban, dan keadilan bagi masyarakat. Hal inilah yang mendorong kedepan konsep *restorative justice*.

b. *Substansi Restoratif Justice*

Secara konseptual, *restorative justice*, berisi empat prinsip. **Pertama**, membangun partisipasi bersama antara pelaku, korban, dan kelompok masyarakat menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana. Menempatkan pelaku, korban, dan masyarakat sebagai *stakeholders* yang bekerja bersama dan langsung berusaha menemukan penyelesaian yang dipandang adil bagi semua pihak (*win win solutions*). **Kedua**, mendorong pelaku bertanggungjawab terhadap korban atas peristiwa atau tindak pidana yang telah menimbulkan cedera, atau kerugian terhadap korban. Selanjutnya membangun tanggungjawab tidak mengulangi lagi perbuatan pidana yang pernah dilakukannya. **Ketiga**, menempatkan peristiwa atau tindak pidana terutama sebagai suatu bentuk pelanggaran hukum, melainkan sebagai pelanggaran oleh seseorang (sekelompok orang) terhadap seseorang (sekelompok orang). Karena itu sudah semestinya pelaku diarahkan pada pertanggungjawaban hukum. **Keempat**, mendorong menyelesaikan suatu peristiwa atau tindak pidana dengan cara-cara yang lebih *informal* dan *personal*, dari pada penyelesaian dengan cara-cara beracara yang *formal* (kaku) dan *impersonal*.

Bagaimana mekanisme melaksanakan konsep tersebut? Paling tidak, ada dua hal yang perlu diperhatikan. **Pertama**, momentum yaitu saat sebelum

memasuki proses peradilan atau sebagai bagian dari proses peradilan. *Kedua*, forum yang dipergunakan.

Tentang momentum, telah dikemukakan ada dua momentum yaitu sebelum dan sesudah proses peradilan berjalan. Sebelum proses peradilan, dimaksudkan ketika perkara tersebut masih ditangan kepolisian atau kejaksaan. Baik atas inisiatif kepolisian, kejaksaan, seseorang atau kelompok masyarakat, dilakukan upaya menyelesaikan perbuatan pidana tersebut, dengan cara-cara atau prinsip *restorative justice*. Hal ini pada saat perkara dilimpahkan kepengadilan. Hakim misalnya, dapat menganjurkan penyelesaian menurut cara-cara dan prinsip *restorative justice*. Apabila dilihat dari posisi terdakwa dan korban, maka *restorative justice* tidak lain dari suatu bentuk mediasi yang bertujuan mencapai *win win solution* seperti dalam perkara keperdataan.

Tentang forum yang dipergunakan, forum yang dipergunakan dapat beraneka ragam. Sesuai dengan tingkat pemeriksaan perkara, upaya melaksanakan *restorative justice* dapat dilakukan dalam lingkungan penyidik, penuntut, dan pengadilan, dan forum-forum diluar tiga lingkungan jabatan tersebut. *Restoratif justice*, memberi peran utama kepada pelaku, korban, atau keluarga, atau orang lain yang mempunyai hubungan erat dengan mereka untuk memutuskan substansi yang mereka capai (sepakati). Pelaksanaannya harus benar-benar dalam kerangka prinsip-prinsip *restorative justice*, seperti membangun tanggungjawab pelaku atas perbuatannya yang menimbulkan kerugian terhadap orang lain.

Terlepas dari aspek-aspek positif *restorative justice* sebagai upaya menambal berbagai kekurangan atau kegagalan penegakan hukum pidana, menurut Bagir Manan perlu ditambahkan beberapa catatan.¹¹²

Pertama; *restorative justice* hanya dapat diijalankan pada pelaku yang mengakui atau diketahui pasti sebagai pelaku. Bagi pelaku yang tidak mengakui perbuatannya sulit sekali membayangkan, menjalankan cara dan prinsip *restorative justice*, karena *restorative justice* membutuhkan partisipasi pelaku. Walaupun dapat dilakukan, harus terlebih dahulu dibuktikan bahwa yang bersangkutan adalah pelaku. Kalau pembuktian didapat atas dasar putusan hakim, apakah masih dapat ditempuh cara dan prinsip *restorative justice*. Bukankah putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijsde*) harus dijalankan, kecuali karena keadaan tertentu, seperti pelaku meninggal dunia (setelah putusan diucapkan), melarikan diri, atau berada di luar yuridiksi Negara yang bersangkutan.

Kedua; sejauh mana, *restorative justice* dapat dijalankan untuk perkara-perkara besar (*capital crimes*) seperti menghilangkan nyawa orang lain, korupsi, pelanggaran HAM-Berat, atau kejahatan serius lainnya. Mengenai menghilangkan nyawa dalam arti menyebabkan orang lain mati dimungkinkan, terutama apabila perbuatan tersebut karena kelalaiannya menyebabkan orang lain mati. Bagaimana kalau dilakukan dengan sengaja? Dalam konteks ini perlu diperhatikan salah satu asas peradilan menurut agama Islam yang menyebutkan: *adililah dengan adil*,

¹¹² Bagir Manan, *Op. Cit.* hlm. 4.

*tetapi kalau memaafkan akan lebih baik bagimu.*¹¹³ Asas ini telah menyelamatkan TKW Indonesia yang terlibat pembunuhan di Saudi Arabia terlepas dari hukuman mati, karena keluarga korban memberi maaf. Hal yang sama dapat dilakukan pada pelanggaran HAM-Berat. Kebijakan *rekonsiliasi* yang dijalankan Afrika Selatan menyelesaikan pelanggaran HAM-Berat akibat *apartheid* pada dasarnya dapat dijalankan di Indonesia. Bukan saja karena dorongan praktis, tetapi juga atas dasar prinsip-prinsip hukum adat dan sikap keberagaman masyarakat (semua agama), sangat membuka peluang melaksanakan *restorative justice* pelanggaran HAM-Berat yang pernah terjadi.

Bagaimana dengan korupsi? Kita pernah mengenal kebijakan *release and discharge*, yaitu membebaskan para tersangka dari dakwaan korupsi apabila melunasi semua uang Negara yang mereka pakai secara melawan hukum dalam batas waktu yang ditentukan.¹¹⁴ Seperti halnya rekonsiliasi pelanggaran HAM-Berat, program *release and discharge* mendapat kecaman luar biasa. Atas nama rasa keadilan masyarakat, sejumlah orang menuntut agar tersangka diadili dan dijatuhi hukuman berat.

Kembali pada program *release and discharge*. Pernolakan terhadap *release and discharge*, sangat berorientasi pada korupsi trilyunan rupiah. Rasa keadilan sangat terusik, membebaskan begitu saja pelaku-pelaku yang ikut

¹¹³ Nazih Hammar, *Aqduh Shulh Fi Syari'atil Islam* (Sebuah Kajian Perbandingan), Beirut, Darus Samiyah, Cet. I, 1996, hlm. 5

¹¹⁴ Lihat Inpres No. 8 Tahun 2002 tentang Pemberian Jaminan Kepastian Hukum Kepada Debitur yang Tidak Menyelesaikan Kewajibannya Berdasarkan Penyelesaian Kewajiban Pemegang Saham. Inpres ini ditujukan kepada beberapa Menteri/Kepala Lembaga Pemerintahan, antara lain Menteri Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, Jaksa Agung Republik Indonesia, Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia dan Ketua Badan Penyehatan Perbankan Nasional. Keterlibatan Jaksa Agung dan Kepala Kepolisian dalam proses penyelesaian ini terkait dengan tugas dan wewenangnya di bidang penegakan hukum.

membawa Indonesia ketepi jurang kesengsaraan luar biasa akibat krisis keuangan dan ekonomi. Yang dilupakan para penentang adalah, begitu banyak korupsi dengan skala kecil, bahkan sangat kecil, misalnya Rp. 10.000.000,- ke bawah, atau yang agak besar sampai beberapa puluh juta rupiah (tidak sampai milyaran rupiah apalagi trilyunan). Sangatlah manusiawi apabila korupsi kecil ini diperhatikan program *release and discharge*. Karena tidak menjadi perhatian dalam program *release and discharge*, maka para pelaku korupsi kecil ini yang paling banyak diajukan ke pengadilan. Lebih-lebih lagi dari sejumlah kasus yang sampai ke Mahkamah Agung seperti kasus KUT, ada diantara mereka adalah korban dari pengelola KUT. Mengapa kelompok korupsi kecil tidak tercakup dalam program *release and discharge*? Karena *release and discharge*, semata-mata didasarkan pada pemikiran memperoleh kembali jumlah uang yang besar yang sangat dibutuhkan akibat krisis keuangan dan ekonomi. Dasar inipun ada rasionalnya. Ditinjau dari kepentingan rakyat banyak mungkin pengembalian uang secara cepat lebih bermanfaat dibandingkan dengan menghukum pelaku melalui proses peradilan.

c. *Adat Badamai dan Restoratif Justice*

Selain dorongan yang terjadi di negara lain (seperti Canada), pemikiran *restorative justice* di Australia mendapat juga inspirasi dari kearifan masyarakat Aborigin dalam menyelesaikan tindak pidana. Pendekatan masyarakat Aborigin menyelesaikan tindak pidana tidak begitu berbeda dengan cara-cara masyarakat hukum adat di Indonesia.

Masyarakat-masyarakat hukum adat (*adatrecht gemeen-schappen*) Indonesia, diatur dan dijalankan atas dasar dan menurut Hukum Adat. Meskipun masyarakat hukum adat berbeda-beda, demikian juga hukum adatnya, tetapi tata cara penegakan hukum, khususnya tindak pidana tidak begitu jauh berbeda satu sama lain.

Sistem hukum adat tidak mengenal perbedaan antara hukum publik dan hukum privat. Yang ada adalah hukum adat. Demikian pula tata pemerintahannya. Pemerintahan dalam masyarakat hukum adat. Tidak mengenal pembagian atau pemisahan kekuasaan. Semua kekuasaan disatu tangan yaitu kepala adat yang sekaligus menjalankan pemerintahan, membuat petunjuk-petunjuk, dan memutus sengketa. Untuk menjalankan kekuasaannya, kepala adat dibantu tetua adat atau rembug adat (rembug desa). Tetua adat atau rembug desa memberikan saran-saran kepada kepala adat. Tetapi dalam praktek, saran-saran tersebut sebenarnya merupakan keputusan yang harus dijalankan kepala adat. Disinilah sifat demokratis masyarakat hukum adat. Sengketa-sengketa anggota masyarakat hukum adat termasuk peristiwa pidana diselesaikan kepala adat dibantu tetua adat atau rembug adat.

Penyelesaian peristiwa pidana dalam masyarakat hukum adat tidak begitu berbeda dengan cara-cara penyelesaian sengketa keperdataan. Ada dua pendekatan penyelesaian peristiwa pidana yaitu aspek magis dan aspek material. Aspek magis bertalian dengan upaya mengembalikan keseimbangan magis yang terganggu akibat peristiwa pidana yang diselenggarakan dalam bentuk upacara-upacara tertentu seperti menyediakan sesajen atau mengorbankan hewan sebagai

tebusan. Yang agak ekstrim adalah sanksi dalam bentuk mengeluarkan atau mengusir pelanggar dari lingkungan masyarakat hukum yang bersangkutan. Aspek material berkaitan dengan upaya merukunkan kembali hubungan antara pelaku (keluarga pelaku) dan korban (keluarga korban). Inipun dilakukan dengan berbagai upacara perdamaian antara kedua pihak. Bentuk lain adalah kewajiban pelaku (keluarga pelaku) melakukan sesuatu, seperti pernyataan bersalah, meminta maaf, memberi konvensasi atau denda tertentu. Praktek adat sangat memperhatikan kepentingan korban baik yang bersifat material maupun immaterial. Praktek-praktek ini tidak lain dari *restorative justice* yang telah menjadi tradisi masyarakat hukum adat. Ketika masa HIR (Bagian Pidana), perdamaian atau cara-cara penyelesaian hukum adat ini wajib dipertimbangkan oleh hakim apabila perkara itu berlanjut kepengadilan. Pada saat ini kewajiban tersebut berlaku dalam *sistem* otonomi khusus Papua. Putusan hakim perdamaian menurut hukum adat, dapat dikukuhkan oleh pengadilan sehingga tidak diperlukan lagi proses peradilan. Praktek-praktek perdamaian, memberi perhatian terhadap kepentingan korban acap kali dijumpai dalam peristiwa pidana, termasuk di kota-kota. Seorang pelaku yang menabrak orang lain yang menimbulkan cedera atau meninggal, tidak jarang sertamerta berusaha memberi perhatian terhadap korban (keluarga korban). Cara-cara tersebut dilakukan dengan mengambil tanggungjawab pengobatan, memberikan uang duka, meminta maaf dan lain-lain. Namun ada pelaku yang tidak acuh sehingga menimbulkan kecewa kepada korban (keluarga korban). Ada pula korban (keluarga korban) yang tidak dapat menerima uluran tangan pelaku, dan menuntut agar proses peradilan dijalankan. Ada kalanya

proses peradilan mengecewakan korban (keluarga korban). Hambatan lain, melaksanakan perdamaian semacam ini acap kali bersumber dari sikap penegak hukum yang sangat *formalistic* dengan mengatakan proses hukum akan tetap dijalankan walaupun telah ada perdamaian. Sifat melawan hukum (melanggar) hukum tidak akan hapus karena perdamaian. Perlu dianjurkan agar pertimbangan *legalistic* ini dapat dihaluskan (*verfijning*) yaitu dilihat dari tujuan pemidanaan. Apakah masih ada tujuan pemidanaan yang belum tercapai, apabila pihak-pihak telah berdamai satu sama lain. Tujuan penegakan hukum bukan menerapkan hukum, melainkan mencapai ketertiban, kedamaian, ketenteraman, dalam tatanan masyarakat yang harmonis dan adil. Karena itu seyogyanya penegak hukum benar-benar memperhatikan langkah-langkah *sosial* yang ditempuh dalam menyelesaikan suatu pelanggaran hukum.

T. Gayus Lumbuun menyatakan bahwa kasus-kasus yang dapat diselesaikan melalui ADR atau *adat badamai* adalah sebagai berikut:

- (1) Mengutamakan kasus-kasus yang korbannya tidak melibatkan negara. Dapat diprioritaskan untuk tindak pidana yang masuk dalam kategori delik aduan. Disamping itu dapat diperluas pada tindak pidana yang korbannya masyarakat/warga Negara, sehingga mereka sendiri yang mengungkapkan tingkat kerugian yang dialaminya.
- (2) Tindak pidana yang melibatkan Negara, tetapi memerlukan penyelesaian yang berdampak kepada masyarakat. Misalnya untuk tindak pidana di bidang ekonomi yang mengharapakan adanya pengembalian dana Negara dalam kasus-kasus korupsi.¹¹⁵

¹¹⁵ T. Gayus Lumbuun, Saran dan Masukan terhadap Kesempurnaan Naskah Disertasi Ahmadi Hasan dengan Topik : Penyelesaian Sengketa Hukum Berdasarkan Adat Badamai dalam Kerangka sistem Hukum Nasional. Awal April 2007.

Kemudian lanjutnya perlunya memasukan mekanisme ADR dalam sistem peradilan pidana adalah perlunya dibuat dalam peraturan pada tingkat undang-undang secara tersendiri.

Adapun implikasi atau dampak penerapan ADR dalam menyelesaikan kasus-kasus pidana dihubungkan dengan budaya hukum di kalangan masyarakat dan penegak hukum adalah:

1. Akan lahir satu sikap atau pandangan masyarakat bahwa hukum terutama hukum pidana tidak saja diasosiasikan dengan penjara, tetapi ditempatkan sebagai mekanisme untuk menyelesaikan masalah secara menyeluruh atau (*dispute resolution*). Hukum tidak dilihat sebagai dasar bagi upaya balas dendam, tetapi lebih dari itu sebagai dasar bagi pihak yang menjadi korban (*victim*) untuk mengembalikan hak-haknya serta mewujudkan kembali kehidupan masyarakat yang harmonis.
2. Hukum pidana tidak saja diasosiasikan dengan polisi atau jaksa, tetapi masyarakat itu sendiri. Para pihak dapat menemukan hukum dalam menyelesaikan kasus-kasus konkrit yang dihadapinya dengan perantaraan pihak ketiga.¹¹⁶

Walaupun *restorative justice* menjanjikan konsep yang baik dalam sistem pemidanaan, tetap tidak luput dari beberapa kekhawatiran.

¹¹⁶ Sejalan dengan pendapat T. Gayus Lumbuun, C. Wahyu Haryo, PS, dan Bagir Manan yang menyatakan bahwa tujuan pemidanaan itu adalah terciptanya kedamaian dan penyelesaian antar para pihak, kalau masyarakat sendiri dapat menyelesaikan sendiri masalahnya aparat tidak diperlukan, aparat penegak hukum diperlukan ketika mekanisme hukum yang hidup dalam masyarakat sudah tidak dapat berjalan sebagaimana yang dikehendaki sesuai dengan asas kearifan local atau tradisional yang dimiliki, Lihat C. Wahyu Haryo, PS, *Sosok dan Pemikiran Sinergi Pluralitas dan Kesatuan Hukum*. Kompas Sabtu, 28 April 2007. Lihat Bagir Manan, *Restoratif Justice sebuah Pengenalan*, Varia Peradilan, No. 247 Juni 2006, hlm. 3.

Pertama: konsep *restorative justice* dapat mengendorkan kepastian hukum dan konsisten. Penegakan hukum menjadi begitu subyektif bergantung kepada *stakeholder* yang terlibat dalam penyelesaian suatu kasus.

Kedua: konsep *restorative justice* dapat mengendorkan peraturan hukum, khususnya peraturan perundang-undangan dalam menyelesaikan suatu kasus. Hal ini akan mempengaruhi asas *nullum delictum* dalam pembedaan.

Ketiga: konsep *restorative justice* akan mengubah sifat hukum pidana sebagai *geslotenrecht* menjadi seperti hukum perdata yang bersifat terbuka (*open sistem*). Hubungan dan akibat hukum terutama ditentukan oleh kehendak pihak-pihak. Pembatasan hanya dalam bentuk larangan tidak bertentangan dengan ketertiban umum, kesusilaan, dan ketentuan *imperative* yang diatur dalam undang-undang; (*dewingenrecht*).

BAB V

STUDI KASUS MENGENAI ADAT BADAMAI PADA MASYARAKAT BANJAR

A. Kasus yang berhubungan dengan Hukum Privat

Pada bab ini penulis paparkan pembahasan mengenai *adat badamai* pada masyarakat Banjar. Secara umum orang Banjar merupakan sebagian terbesar masyarakat lokal di Kalimantan Selatan.¹ Sebagaimana etnis-etnis atau bangsa-bangsa Asia timur lainnya masih berpegang kuat dengan *adat badamai* atau tradisi penyelesaian sengketa secara kekeluargaan karena lebih akomodatif. Sebagaimana hasil penelitian Daniel S. Lev² bahwa di semua masyarakat yang kompleks terdapat jarak pemisah antara struktur formal dan prosedur kelembagaan. Di Indonesia, seperti halnya di negara bekas jajahan, ketiadaan keterpaduan seperti itu sangat mencolok. Akibatnya, muncullah hukum kelembagaan Gresham's, yakni proses formal cenderung dihindarkan dalam rangka menyelesaikan perselisihan melalui proses yang lebih bersifat kekeluargaan dan lebih akomodatif.

Dari hasil penelitian dapat digambarkan matrik sebagai berikut :

¹ Pada tahun 2000, etnis Banjar tercatat sebanyak 2.251.913 jiwa, sementara itu jumlah seluruh penduduk Kalimantan Selatan 2.953.857 jiwa. Etnis Banjar tersebar di sebelas kabupaten dan dua kota di Kalimantan Selatan.. Sebagian besar khususnya di desa-desa, etnis ini bekerja di sektor pertanian, sedangkan mereka yang tinggal di daerah perkotaan memperlihatkan keragaman, terutama sebagai pedagang, penjual jasa, dan sebagian kecil pegawai negeri. Lihat Tim Peneliti/Penulis Pemerintah Propinsi Kalimantan Selatan, *Urang Banjar dan Kebudayaannya*, Banjarmasin, Oktober, 2005, hlm. 124. Lihat hasil Pendataan (Sensus) Penduduk Berkelanjutan Provinsi Kalimantan Selatan Tahun 2000

² Daniel S. Lev, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, dihimpun oleh IMPRESS yogyakarta dari Kumpulan tulisan Lev. Dengan Judul *Law and Politic in Indonesia*, 2003, hlm. 281.

IMPLIKASI PENYELESAIAN SENGKETA DENGAN *ADAT BADAMAI*
PADA MASYARAKAT BANJAR

Matrik 1

Kategori	Badamai	Pengadilan	Inflikasi terhadap Penyelesaian Sengketa
I	X	-	Sengketa dapat dianggap selesai
II	X	X	Sengketa dianggap selesai, secara tuntas dan dianggap memenuhi rasa keadilan
III	-	X	Sengketa dianggap belum tuntas, suatu saat para pihak sangat mungkin melakukan perhitungan sebelum dilaksanakan penyelesaian badamai
IV	-	-	Sengketa masih mengambang, tidak ada kespastian, suatu saat salah satu pihak bisa saja melakukan perhitngan

Pada matrik tersebut dapat dijelaskan, bahwa tanpa melalui proses litigasi masyarakat Banjar ternyata dapat menyelesaikan sengketa hukum yang muncul dalam masyarakat, baik yang berhubungan dengan sengketa perdata maupun perkara pidana. Memang pada kategori kedua, penyelesaian sengketa akan dianggap tuntas secara lebih komprehensif dan memenuhi rasa keadilan, apabila diselesaikan melalui cara litigasi dan diikuti dengan penyelesaian *adat badamai*.³ Namun dalam kategori ketiga tanpa melalui *adat badamai*, meskipun sudah ada putusan pengadilan, masyarakat belum menganggap sengketa sudah selesai terlebih yang berkaitan dengan perkara pidana. Hal ini disebabkan rasa dendam dan permusuhan masih ada, unsur keadilan belum terpenuhi. Tidak ada jaminan setelah menjalani hukuman, para pihak akan mengulangi kembali sengketa yang belum tuntas tersebut.

³ Katagore kedua ini dianggap tuntas secara komprehensif apalagi menyangkut perkara pidana.

Sebaliknya pada kategori yang keempat, malah tidak ada upaya dan prakarsa yang dilakukan dalam upaya penyelesaian sengketa. Hal ini menunjukkan bahwa dendam dan sengketa masih belum dapat diatasi dengan cara yang tepat.

Dalam penelitian ini keempat kategori tersebut dapat dilihat pada penyelesaian sengketa (*adat badamai*) baik di dalam proses peradilan maupun di luar pengadilan.

Temuan hasil penelitian di tiga lembaga peradilan agama, yaitu PA Banjarmasin, PA Martapura dan PA Kandangan menunjukkan bahwa dalam lima tahun terakhir yaitu periode tahun 2000 sampai 2004 rata-rata kasus sengketa keluarga yang diajukan ke pengadilan agama paling besar adalah gugat cerai, cerai talak, harta bersama dan masalah waris. Sebagaimana tabel berikut.

PERKARA YANG MASUK PADA TIGA PENGADILAN AGAMA
DI KAL-SEL SELAMA 5 TAHUN TERAKHIR
RATA-RATA PERTAHUN⁴
Tabel 1

No.	Jns Perkara PA	Cerai talak	Gugat Cerai	Waris	Harta Bersama
1.	Banjarmasin	50	413	4	5
2.	Martapura	65	228	5	2
3.	Kandangan	9	8,5	5	1,5

⁴ Data diolah dari laporan Pengadilan Tinggi Agama Kalimantan Selatan dari tahun 2000 sampai dengan tahun 2004.

Dari data tersebut angka terbesar adalah perkara gugat cerai baik di PA Banjarmasin, PA Martapura maupun PA Kandangan. Disusul kemudian dengan perkara cerai talak.

Dari putusan lembaga peradilan agama penulis ketahui, bahwa perdamaian sering terjadi mendahului putusan pengadilan. Namun perkara tetap diteruskan ke pengadilan dalam kasus pembagian harta warisan dengan alasan mereka ingin mencari legitimasi. Meskipun begitu mereka tetap membaginya melalui adat badamai.⁵ Disamping itu masih banyak pula kasus di masyarakat yang tidak dapat dipantau terjadinya adapt badamai dalam pembagian harta warisannya ini dengan berbagai variasinya.

Disamping itu tidak jarang pula perdamaian terjadi setelah digelarnya sidang pengadilan. Hal ini biasanya berkaitan dengan pembagian harta bersama atau harta perbantangan.⁶ Adapun kasus-kasus cerai talak sesuai dengan kewenangan pihak pengadilan, para hakim berkewajiban untuk mendamaikan para pihak sebelum masalahnya diteruskan dalam pemeriksaan lebih lanjut.⁷

Kalaupun sekiranya terjadi juga kemelut atau sengketa keluarga sering para pihak keluarga berupaya melakukan perdamaian dengan melibatkan tokoh-tokoh kedua belah pihak. Kecuali upaya damai sudah dilakukan dan para pihak

⁵ Informasi dari hasil wawancara penulis dengan bapak Drs. Damsir Wakil Ketua PA Martapura, pada hari Kamis 28 Desember 2006.

⁶ Lihat kasus Lukman bin Cokro Saidin berlawanan dengan H. Alie bin Usman pada hlm. 261-262.

⁷ Dalam perspektif perundang-undangan, perdamaian khususnya dalam bersengketa, adalah suatu hal yang sangat dianjurkan. Bahkan apabila nasihat untuk berdamai dilalaikan oleh Hakim, kemudian Hakim memutus tanpa melaksanakan penasihat perdamaian, maka putusan tersebut dapat terancam batal demi hukum. Lihat Ketentuan Perma No. 2 Tahun 2003.

(*hakamain*) tidak berhasil mendamaikan, barulah mereka menyerahkan kasus itu ke pengadilan.

Adapun gambaran atau deskripsi tentang kasus-kasus yang berkaitan dengan hukum privat sebagai berikut :

1. Pembagian Waris

a. Harta *Perpantangan*

Salah satu ciri khas yang cukup menonjol dari hukum waris yang berlaku dalam masyarakat Banjar ialah adanya apa yang dinamakan dengan *harta perpantangan*.⁸ Mengenai harta ini dan cara penyelesaiannya ada yang menganggap sebagai sesuatu yang didasarkan pada hukum Islam dan ada pula yang menganggap sebagai penyimpangan dari hukum waris Islam karena tidak sesuai dengan ketentuan mengenai cara pembagian harta menurut ajaran Islam.⁹

Menurut pengertian yang berlaku dalam masyarakat harta *perpantangan* ini diartikan sebagai harta yang diperoleh selama perkawinan atau harta bersama dan

⁸ Harta *perpantangan* adalah harta bersama selama perkawinan, gono gini (Jawa), sepikul segendongan (Padang). Secara filosofis terdapat perbedaan cara hidup antara masyarakat Arab dan masyarakat Banjar. Dalam hal hukum nikah tradisi di Arab istri tidak bekerja, segala keperluan rumah tangga menjadi kewajiban suami. Sedang dalam masyarakat Banjar, istri selalu membantu suami dalam mencari harta, bahkan kadang-kadang justeri istri yang bekerja menjadi tulang punggung ekonomi keluarga. Istri sebagai kawan sekongsi dengan suami yang dikenal dalam hukum muamalah "Syirkatul 'Abdan". Dalam ketentuannya jika salah satu meninggal atau terjadi perceraian, jumlah harta bersama dibagi dua, suami memperoleh separo dan istri memperoleh separo. Bagian yang separo merupakan hak waris yang dibagi kepada semua ahli waris sesuai ketentuan faraid. Lihat Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam*. Lihat Gusti Muzainah, *Pembagian Harta Warisan Menurut Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar*, Tesis pada Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 1999.

⁹ Lan Fuller dalam teorinya Hukum Inklusif berpendapat bahwa hukum itu berlaku fungsional sesuai dengan apa yang dibutuhkan masyarakat saat itu, meskipun dasar-dasar yuridis dan teoritis terkadang sulit juga mengembalikannya ke landasan norma yang berlaku, lihat W. Friedmann, *Legal Theory*, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd, Fifth Edition, Third Indian Reprint, 2003, hlm. 248.. Dalam masalah dasar hukum harta *sepermantangan* ini disebut-sebut adanya referensi kitab al-Faraid buah karya Syekh Arsyad Al-Banjari, namun sampai kini kitab itu tidak dapat dijumpai secara outentik.

dianggap sebagai harta milik bersama antara suami dan istri. Sebagai harta bersama maka bilamana terjadi kematian atau perceraian harta ini harus dibagi sama antara suami dan istri. Dengan demikian harta ini secara keseluruhan tidak dipandang sebagai harta warisan yang harus dibagi diantara para ahli waris, akan tetapi semacam harta kongsi yang harus dipisahkan lebih dahulu sebelum dibagi menurut hukum waris.

Hal ini menyangkut kedudukan istri dalam rumah tangga dan haknya atas harta yang diperoleh. Menurut hasil penelitian Puslit Unlam¹⁰ menyatakan bahwa masyarakat beranggapan suatu harta dianggap sebagai harta per pantangan bilamana si istri juga turut bekerja bersama dengan suami baik di kantor, turut berdagang atau bertani. Bilamana istri juga bekerja demikian maka mutlak harta tersebut dibagi dua yaitu satu bagian untuk istri dan satu bagian yang akan dibagi menurut hukum waris. Pada dasarnya si istri masih mempunyai hak lagi untuk mendapatkan bagian waris dari harta suami yang akan dibagi, akan tetapi hal ini jarang dilakukan karena dirasa kurang pantas dan sudah cukup dengan harta per pantangan yang diterimanya, apalagi kalau dengan harta per pantangan yang distrimanya, apalagi kalau penyelesaian waris secara musyawarah.

Mengenai seorang istri yang secara nyata tidak bekerja, akan tetapi hanya menjadi ibu rumah tangga, menurut adat setempat tetap mendapatkan bagian karena hakekat menjadi ibu rumah tangga sepadan dan sebanding fungsi dan perannya dengan suami yang bekerja di luar rumah, malah lebih berat tugasnya di

¹⁰ Laporan Hasil Penelitian *Hukum Adat Kalimantan Selatan*, Tim Peneliti Puslit Unlam bekerja sama dengan Badan Perencanaan Daerah Propinsi Dati I Kalimantan Selatan, Banjarmasin, 1990.

rumah tangga selain mengurus rumah tangga, mengasuh anak-anak dan melayani suami.

Harta *perpantangan* atau harta bersama berkaitan erat dengan harta warisan. Harta *perpantangan*¹¹ adalah harta yang diperoleh dalam perkawinan atau harta pencaharian bersama, dan dianggap sebagai harta bersama suami istri. Implikasi dari konsep harta *perpantangan* ini adalah jika terjadi perceraian atau kematian, maka harta tersebut harus dibagi sama antara suami dan istri.

Konsep harta bersama yang demikian itu, maka dalam hal terjadi salah satu meninggal dunia, akan dipisahkan antara harta *perpantangan* dengan harta warisan. Dalam hal ini berarti harta *perpantangan* semacam *harta kongsi* yang harus dipisahkan lebih dahulu sebelum diadakan pembagian harta menurut hukum waris.

Masalah harta *perpantangan* ini berkaitan erat dengan kedudukan istri dalam rumah tangga serta hak atas harta yang diperoleh selama berumah tangga tersebut. Suatu harta dianggap harta *perpantangan*, kalau dalam rumah tangga tersebut si istri turut bekerja (kantor, dagang atau tani), sehingga nantinya mereka ini (si-istri) berhak separo atas harta bersama tersebut. Dalam hal pembagian waris nantinya sisa yang separo setelah diambil oleh istri yang akan dijadikan harta warisan.

Masalah istri yang bekerja sebagai dasar untuk menentukan harta *perpantangan* tersebut terjadi perbedaan pendapat, khususnya mengenai kriteria bekerja dalam hal “ibu rumah tangga”. Perbedaan itu adalah:

¹¹ Lihat Gusti Muzainah, *Pembagian Harta Warisan Menurut Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar*, Tesis pada Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 1999.

- bahwa istri tidak mendapat harta *perpantangan*, atau harta itu bukan harta *perpantangan*, karena istri dianggap tidak bekerja. Dalam hal ini istri hanya mendapat bagian waris sesuai dengan kedudukannya sebagai ahli waris;
- bahwa istri mendapatkan harta *perpantangan*, akan tetapi istri tidak mendapatkan separo, besarnya ditentukan dalam musyawarah pembagian harta peninggalan;
- bahwa sekalipun istri tidak bekerja secara nyata, karena hanya sebagai ibu rumah tangga, akan tetapi hakekatnya ia bekerja. Hakekat bekerja ini dikarenakan si istri melakukan pekerjaan di rumah di luar pekerjaan yang seharusnya ia tidak lakukan (ada kewajiban suami menyediakan pembantu dalam rumah tangga), oleh karena itu tidak akan mungkin seorang suami dapat bekerja dengan baik tanpa dibantu oleh si istri di rumah. Dengan demikian si istri yang hanya sebagai ibu rumah tanggapun berhak atas harta *perpantangan*.

Harta warisan dan atau harta peninggalan tidak selamanya berupa barang berwujud, akan tetapi juga ditemui barang-barang tidak berwujud, yaitu berupa hak-hak. Hak-hak ini biasanya adalah hak atas *sanda*¹² terhadap barang-barang seperti tanah, rumah, dan perahu.

Terhadap harta peninggalan berupa hak-hak atas *sanda* ini dalam permusyawaratan pembagian harta peninggalan/warsian sedapat mungkin di

¹² Lembaga *sanda* ini dapat dikatakan sebagai hak kebendaan baik terhadap barang bergerak maupun barang tidak bergerak, dalam hal ini berbeda konsepnya dengan lembaga *gadai* atau *hipotek* sebagaimana yang diatur dalam KUH Perdata.

cairkan atau dijadikan uang. Akan tetapi manakala tidak dapat dicairkan, maka biasanya akan menjadi harta peninggalan/warisan yang tidak terbagi. Penguasaan harta peninggalan/warisan yang tidak terbagi berupa hak-hak atas sanda ini biasanya dikuasai salah seorang orang tua yang masih ada atau saudara yang tertua, kalau ia berupa rumah akan dikuasai oleh ahli waris yang tidak mampu atau belum memiliki rumah.

Apabila terjadi perceraian, *barang perpantangan* dibagi dua antara suami dan istri. Adanya anak tidak menjadi halangan untuk melakukan pembagian itu. Selain itu, suami atau istri masing-masing mengambil kembali barang-barang bawaannya, termasuk juga yang diwarisinya dari kerabat dekatnya.¹³ Anak-anak biasanya ikut ibunya, yang selanjutnya dapat pula menyerahkan pemeliharaan mereka kepada kerabat dekatnya, apabila ia kawin lagi dengan pria lain, dan suaminya yang baru keberatan atas adanya anak tiri. Kasus sebaliknya juga ada, yaitu anak-anak dari pasangan suami istri yang bercerai ikut ayah mereka, seperti yang telah dibayangkan terjadi di Dalam Pagar. Dan ketika si akawin lagi, anak-anak atau sebagian dari padanya dibawa ke dalam perkawinan dan atau diserahkan kepada kerabat dekat. Dengan demikian diterumkan kasus-kasus anak tiri yang dibawa ke dalam perkawinan oleh ibunya (terbanyak), oleh bapaknya (sedikit), atau dipelihara kerabat pihak ibu (terbanyak) atau pihak ayah (sedikit). Frekuensi masing-masing kasus memang sulit dihitung.

¹³ Alfani Daud, *Loc.Cit.*

Shuluh atau *tasaluh* merupakan refleksi dari hukum yang hidup di masyarakat Banjar atau dikenal dengan *badamai*.¹⁴ *Tasaluh* lebih spesifik diartikan sebagai adanya keinginan saling menerima isi perdamaian di antara pihak.

Dalam kehidupan suatu keluarga atau rumah tangga disamping masalah hak dan kewajiban sebagai suami istri, masalah harta benda merupakan pokok pangkal yang menjadi sebab timbulnya berbagai perselisihan atau ketegangan dalam suatu perkawinan.

Hukum Islam menganggap, bahwa harta milik suami dan istri satu sama lain adalah terpisah. Dengan kata lain, harta benda yang mereka miliki, yang masing-masing dibawa pada waktu melakukan perkawinan adalah tetap menjadi milik masing-masing.

Demikian pula harta benda yang masing-masing diperoleh selama perkawinan mereka sebagai penghasilan dari pekerjaan mereka, atau sebagai penghibahan dari orang lain, atau dari pemberiannya dan sebagainya tetap terpisah atau dari yang lain atau tidak tercampur.

Artinya si suami tidak ada hak atas harta benda kepunyaan si istri, demikian juga sebaliknya. Dengan demikian akan mempermudah siapa yang harus mengurus harta benda itu atau memelihara, ataupun menjualnya. Jadi, kekuasaan terhadap benda itu tetap berada di pihak yang memiliki harta benda itu.

¹⁴ *Adat badamai* ini lazim pula disebut dengan "*Baparbaik*", "*Baakuran*", "*Bapatuf*" atau "*Suluh*" ("*Ishlah*").

Apabila suami atau masing-masing mempergunakan barang-barang istri atau suami, maka dalam hal ini suami atau istri atas dasar perjanjian pinjam meminjam yang bisa dilakukan secara diam-diam berdasarkan kesepakatan antara keduanya.

Tetapi dalam hal harta benda yang diperoleh selama perkawinan, Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan pasal 35 menegaskan bahwa:

- (a) harta benda yang diperoleh selama perkawinan, menjadi harta benda bersama,
- (b) harta bawaan dari masing-masing suami dan istri dan harta benda yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan, adalah di bawah penguasaan masing-masing, sepanjang para pihak tidak menentukan lain.

Sementara pasal 36 menyatakan:

1. *Mengenai harta bersama, suami atau istri dapat bertindak atas persetujuan kedua belah pihak,*
2. *Mengenai harta bawaan masing-masing, suami dan istri mempunyai hak sepenuhnya untuk melakukan perbuatan hukum mengenai hartanya.*

Dalam Kompilasi Hukum Islam (KHI) adanya harta bersama dalam perkawinan ini, tidak menutup kemungkinan adanya harta milik masing-masing suami istri (Pasal 85 dan 86, Bab XIII). Pada dasarnya tidak ada percampuran antara harta suami dan harta istri, karena perkawinan.

Artinya, istri tetap berhak penuh atas harta bawaannya. Termasuk dalam harta bawaan adalah : harta pribadi sebelum menikah, harta/pemberiandan hibah.

Selanjutnya dalam KHI pasal 96 dijelaskan bahwa :

- *Apabila terjadi cerai mati, maka separoh harta bersama menjadi hak pasangan yang hidup lebih lama.*
- *Pembagian harta bersama bagi seorang suami atau istri yang istri atau suaminya hilang harus ditangguhkan sampai adanya kepastian matinya secara hukum atas dasar putusan Pengadilan Agama.*
- *Sementara itu, pasal berikutnya pasal (7) menetapkan bahwa janda atau duda cerai hidup masing-masing berhak seperdua dari harta bersama sepanjang tidak ditentukan lain dalam perjanjian perkawinan.*

Harta hasil perkawinan atau *sepermantangan* merupakan harta bersama dalam perkawinan yang dalam istilah Jawa disebut “*gono gini*”. Secara filosofis terdapat perbedaan cara atau pola budaya antara masyarakat Arab dengan masyarakat Nusantara, termasuk orang Banjar.

Fikih klasik tidak mengenal istilah *gono gini* atau *sepermantangan* dan memandang istri semata-mata untuk suami dalam arti hanya melayani, dan tidak ada kewajiban istri bekerja membantu suami. Segala keperluan rumah tangga menjadi kewajiban dan tanggung jawab suami. Karenanya dalam Fikih klasik tidak dikenal istilah harta *sepermantangan*.

Dalam masyarakat Banjar atau budaya Banjar, fungsi istri tidak sekedar melayani suami, tetapi memiliki fungsi ganda, istri sebagai pendamping suami, sebagai pengasuh anak-anak bahkan terkadang istri bekerja untuk membantu suami.

Melihat fungsi dan perannya itu, istri sebagai mitra lawan sekongsi dengan suami yang kedudukannya seimbang. Dalam hukum muamalah dikenak Syirkatul Abdan.

Meskipun masalah harta sepermantangan diakui eksistensinya dalam masyarakat Banjar, namun sengketa akan muncul dalam hal menentukan apakah objek harta tertentu termasuk ke dalam harta bersama ataukah justeru bukan. Sehingga ketika akan menyelesaikan pembagian harta sepermantangan ini dalam masyarakat Banjar mengalami kendala.¹⁵ Terkadang keinginan berdamai yang ditawarkan salah satu pihak boleh jadi tidak ditanggapi secara positif oleh salah satu pihak yang bersengketa. Apabila badamai mengalami jalan buntu tidak jarang para pihak akan menyelesaikannya melalui prosedur litigasi di pengadilan agama. Sebagai salah satu contoh kasus dalam penelitian yang penulis lakukan adalah yang dialami oleh kasus Hj. Tinah.¹⁶ Menurut keterangan Hj. Tinah:

Ia semula adalah seorang karyawan dari seorang pedagang grosir pakaian (konpeksi) yang kaya, kemudian ketika istri tua (Hj. Sakdiyah) meninggal dunia tahun 1997 Hj. Tinah diperistri sebagai istri muda yang dikawini oleh (H. Darkasi) suaminya tahun 1998. Ketika H. Darkasi meninggal tahun 2005 sengketa muncul kepermukaan, antara Hj. Tinah dengan anak-anak H. Darkasi (alm) sebanyak 9 orang terdiri seorang laki-laki dan 8 orang perempuan. Anak-anak almarhum enggan memberikan bagian harta sepermantangan antara Bapaknya dengan Hj. Tinah ibu mudanya itu dengan alasan harta yang diperoleh berasal dari harta ibunya yang terdahulu. Selain itu menurut mereka tidak jelas mana harta ibu mereka dan mana harta hasil usaha bersama dengan Bapaknya. Sementara Hj. Tinah sebagai istri muda merasa selama delapan tahun hidup bersama

¹⁵ Para pihak antara Hj. Tinah dan anak-anak alm H. Darkasi sejak meninggalnya pewaris telah berupaya menyelesaikan secara damai, namun karena tidak ada kesepakatan yang memadai yaitu anak-anak (alm) membagi menurut kemauan mereka, akhirnya tidak perdamaian itu tidak pernah terjadi sampai akhirnya perkara itu digelar dan mendapat kekuatan dengan putusan tingkat pertama menerima gugatan penggugat, dan ditetapkan ahli waris masing-masing. Wawancara dengan Syarifuddin (sdr. Laki-laki kandung Hj. Tinah Januari 2006).

¹⁶ Wawancara dengan Hj. Tinah pada Desember 2005.

merasa punya andil dalam kehidupan perkawinannya, apalagi perkawinannya dilakukan dengan cara sah (resmi) ditunjukkan dengan adanya buku nikah. Dan ia dapat menunjukkan mana-mana harta yang diperoleh selama mereka hidup sebagai suami istri dengan alm. H. Darkasi. Upaya damai bukannya tidak pernah dilakukan oleh kedua belah pihak, namun rupanya upaya damai itu menemui berbagai hambatan, diantara faktor hambatan itu diantaranya anak-anak alm. H. Darkasi merasa enggan membagi harta bagian ibu tirinya itu. Keengganan anak-anak H. Darkasi (alm) menyelesaikan secara damai dengan ibu tirinya mengakibatkan ibu tirinya (Hj. Tinah) mengajukan gugatan ke Pengadilan Agama Kelas IA Banjarmasin pada bulan Desember 2005. Pada bulan September 2006 PA Kelas IA Banjarmasin telah mengeluarkan keputusannya yang amar putusnya menerima gugatan Hj. Tinah, dan menetapkan ahli waris dari meninggalnya H. Darkasi (alm) yaitu Hj. Tinah dan semua anak-anak H. Darkasi dengan pembagian bagian laki-laki dua bagian dari bagian perempuan. Dan menghukum ahli waris (anak-anak alm) untuk menyerahkan bagian ibu tirinya baik secara natura maupun in natura. Tetapi karena ada beberapa hal yang tidak disepakati oleh ahli waris isi keputusan itu dimintakan banding oleh ahli waris (anak-anak alm. H. Darkasi). Sampai penelitian ini dilakukan proses penyelesaian sengketa harta permantangan ini masih belum ada keputusan final, meskipun PTA Kalimantan Selatan baru mengeluarkan Putusan Sela dengan memerintahkan kepada PA Kelas IA cq Majelis Hakim yang memeriksa perkara itu untuk menggelar sidang tambahan untuk mengecek secara seksama tentang objek sengketa, termasuk ukuran, perbatasan termasuk melakukan pemeriksaan setempat terhadap objek sengketa.

Di antara faktor keberatan ahli waris almarhum H. Darkasi adalah mulai kapan menghitung tgerjadinya harta sepermantangan antara orang tuanya dengan ibu tirinya Hj. Tinah. Persoalan inilah yang menimbulkan sengketa diantara kedua belah pihak. Menurut ketentuan hukum baik hukum Islam maupun Kompilasi Hukum Islam, harta sepermantangan itu merupakan harta yang diperoleh selama perkawinan, tidak terkecuali harta itu diperoleh asalnya dari harta bawaan, harta warisan, hibah maupun lainnya, semua itu dapat dijadikan sebagai modal masing-masing untuk hidup baru. Jelasnya selama perkawinan itu telah terjadi percampuran harta antara suami dan istri.

Informasi terakhir masing-masing pihak mulai membuka diri untuk menyelesaikan secara damai. Ada alasan yang cukup masuk akal ialah apapun hasil yang dicapai, namun putusan Pengadilan pasti ada yang dimenangkan dan dikalahkan. Apalagi kalau putusan itu berkekuatan hukum tetap. Ketika eksekusi putusan dilaksanakan maka ada kekuatan pemaksa melalui penyitaan dari pihak yang berwajib. Hal ini menjadi factor utama yang harus dihindari, apalagi penyelesaian damai mengesankan tidak ada yang kalah dan menang.

Tetapi melalui musyawarah mufakat akan dicapai suatu hasil yang dapat diterima semua pihak berlandaskan hukum Islam atau hukum yang hidup dalam masyarakat. Sekiranya terjadi perdamaian, maka perdamaian ini akan terjadi di pengadilan dan akan dibuatkan Berita Acara seperti kasus antara Lukman bin Cokro Saidin berlawanan dengan H. Alie bin Usman.

Bahwa ketika Hj. Faridah binti Lukman meninggal 23 Pebruari 2006 meninggal dunia, H. Lukman bin Cokro Saidin sebagai ayah mengajukan gugatan ke PA Kelas I Banjarmasin. Bahwa dengan meninggalnya pewaris meninggalkan ahli waris yaitu: 1. Lukman bin Cokro Saidin (ayah) dan 2 H. Alie bin Usman (suami). Majelis Hakim berhasil mendorong para pihak untuk melakukan perdamaian. Dalam mediasi perdamaian yang dipimpin oleh Hakim Mediasi Drs. H. Ma'sum Khalil S.H., M.H. Kedua pihak sepakat membagi kewarisan (*faraidul Islam*) berdasarkan hukum Islam dan kesepakatan bersama. Menerangkan bahwa

pada hari Sabtu tanggal 16 September 2006 telah terjadi perdamaian antara kedua belah pihak sebagaimana Berita Acara yang penulis lampirkan.¹⁷

b. Membagi warisan dengan cara *Shuluh*

Shuluh atau *tasaluh* merupakan refleksi dari hukum yang hidup pada masyarakat Banjar, yang lazim dikenal dengan *adat badamai*¹⁸. Masyarakat menganggap cara ini *ishlah* atau *badamai* sudah merupakan bagian dari hukum yang hidup dan diakui keberadaannya.

Menurut hasil penelitian,¹⁹ masyarakat Banjar di Kalimantan Selatan umumnya lebih suka menyelesaikan perkara waris di antara mereka secara kekeluargaan.²⁰ Penyelesaiannya dapat saja berdasarkan kesepakatan, dalam arti harta itu tidak dibagi, namun hasilnya dapat dimanfaatkan bersama, atau hasilnya saja dibagi. Terkadang masing-masing pihak merasa tidak pas kalau membagi harta, sementara mereka merasa mampu.

Sementara itu menurut penelitian yang dilakukan sekitar tahun 1987 di Pengadilan Agama Banjarmasin terhadap 25 kasus perkara warisan, 14 kasus di antaranya diselesaikan menurut ketentuan hukum Islam (berdasarkan fatwa

¹⁷ Lihat Lampiran Berita Acara Perdamaian para Pihak dalam Perkara terdaftar dalam Kepaniteraan Pengadilan Agama Banjarmasin, di bawah Nomor : 458/Pdt.G/2006/PA. BJM.

¹⁸ Aswadi Syukur anggota tim perumus pengkajian draf KHI asal Kalimantan Selatan menjelaskan. Pasal 183 merupakan reduksi dari hukum yang hidup pada masyarakat Banjar.

¹⁹ Hasil penelitian skripsi Mahasiswa Fakultas Syari'ah tahun 1987 tentang Penyelesaian Pembagian Warisan di Kota Banjarmasin

²⁰ Umat Islam Kalimantan Selatan masih sering menyelesaikan pembagian harta warisan dengan cara *ishlah* (*badamai*, *mufakat*) dengan mengesampingkan ketentuan bagian menurut hukum *faraidl* dalam Islam. Mereka beranggapan dengan cara *ishlah/badamai* seperti itu sudah merupakan bagian dari hukum adat. Lihat Daniel S. Lev, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, dihimpun oleh IMPRESS yogyakarta dari Kumpulan tulisan Lev. Dengan Judul *Law and Politic in Indonesia*, 2003, hlm. 281.

Pengadilan Agama), 11 kasus diselesaikan berdasarkan *ishlah* atau mufakat para ahli waris, yaitu harta warisan dibagi sama rata.²¹

Sikap masyarakat seperti itu dalam penyelesaian harta warisan ini dapat berdampak positif dan juga dapat berdampak negatif. Positif bagi keluarga yaitu dapat mengeratkan persaudaraan diantara mereka, karena berdamai dianggap sebagai formula terbaik, sebaliknya dapat berakibat negatif sekiranya masing-masing pihak merasa kurang pas dengan adat kecuali harus mengedepankan hukum. Sehingga akan menimbulkan keretakan hubungan kekerabatan.

Namun menurut hasil penelitian menunjukkan, bahwa masyarakat Banjar pada umumnya sangat taat dan patuh terhadap hukum Islam dan mereka sering mengutamakan hukum Islam dalam penyelesaian warisan, meskipun terkadang mereka juga mencari solusi terbaik setelah mengetahui hukumnya berdasarkan agama, kemudian mereka menempuh jalan damai.

Pembagian harta warisan dalam masyarakat Banjar dilakukan dengan menggunakan suatu lembaga yang disebut *ishlah*, yang mana lembaga ini pada dasarnya adalah menentukan bagian dari masing-masing ahli waris dan penerima warisan lainnya secara musyawarah.

²¹ Pada tahun 1987 Pengadilan Agama Banjarmasin menyelesaikan beberapa kasus diantaranya dapat diselesaikan dengan cara damai. Sebelumnya yaitu pada tahun 1973 Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat melakukan penelitian Hukum Adat Waris di Banjarmasin, khusus mengenai suku Banjar (yang biasa disebut orang Banjar) yang 100 % beragama Islam. Diantara kesimpulan hasil penelitian tersebut ialah : bahwa hukum waris yang berlaku bagi orang Banjar adalah hukum Islam dengan pengecualian, a. Adanya barang perantangan yang pembagiannya secara tersendiri, b. Dalam pembagian warisan, hak anak laki-laki dan perempuan adalah sama (asas persamaan hak) dan berlaku pada asas kerukunan lihat Suyuti Talib, 1985 : 71. Kemudian pada tahun 1976 dilakukan penelitian hukum adat waris dalam enam Wilayah Pengadilan Tinggi di lingkungan Pengadilan Tinggi Kalimantan Selatan/Tengah dan Timur. Khusus untuk daerah pengadilan Negeri Banjarmasin antara lain disimpulkan, bahwa pembagian harta peninggalan ada dua cara : a. Cara hukum suluh (berpatut) sama-sama ikhlas, b. Cara hukum faraidl (menurut syari'at agama Islam). Hukum suluh ialah harta peninggalan dibagi rata dengan tidak membedakan di antara laki-laki dan perempuan serta kurang lebih diantara mereka dthlib, dalam pembagian lihat Sayuti 1985 : 72

Dalam lembaga *ishlah* tersebut peranan tuan guru dan kerabat dekat yang tua sangat menentukan. Oleh karena itu ada peranan dari tuan guru, maka ketentuan-ketentuan dalam syari'at Islam menjadi tolak ukur mereka.

Namun dalam keadaan normal (tidak adanya sengketa waris) pembagian harta warisan dilakukan secara bervariasi, minimal dengan dua cara yaitu : pertama, *Fara'id – Ishlah* dan kedua dengan cara *Ishlah*.

1. *Faraid-Ishlah*

Dilakukan pembagian menurut faraid atau hukum waris Islam, setelah dilakukan pembagian dengan cara musyawarah mufakat atau *ishlah*.

Prosesnya dalam hal ini tuan guru menghitung siapa-siapa saja yang mendapat warisan, dan berapa besar bagian masing-masing ahli waris. Seperti dalam masalah siapa-siapa ahli warisnya adalah ditetapkan ahli waris dari golongan laki-laki (anak laki-laki, cucu laki-laki dari anak laki-laki ke bawah, ayah (abah), kakek (kai) laki-laki terus ke atas, saudara laki-laki (dangsanak), anak saudara laki-laki (kamanakan) terus ke bawah, saudara ayah(paman/julak), anak paman (sepupu) dan suami). Ahli waris dari golongan perempuan (anak perempuan, cucu perempuan dari anak laki-laki, ibu, nenek perempuan dari ayah, nenek perempuan dari ibu, dan istri). Begitu pula dalam hal besarnya bagian-bagian ahli waris seperti seperdua ($\frac{1}{2}$), seperempat ($\frac{1}{4}$), seperdelapan ($\frac{1}{8}$), dua pertiga ($\frac{2}{3}$), sepertiga ($\frac{1}{3}$) dan seperenam ($\frac{1}{6}$).²²

²² Bandingkan dengan Musthafa Diibul Bigha, *Ikhtisar Hukum Hukum Islam Praktis*, Asy-Syifa, Semarang, 1994, hlm. 544-556.

Setelah tuan guru menentukan siapa-siapa yang menjadi ahli waris ataupun penerima warisan lainnya berdasarkan wasiat atau hibah wasiat, kemudian mengetahui besarnya bagian warisan yang mereka terima, maka kemudian mereka menyatakan menerimanya. Akan tetapi dalam *ishlah* tersebut tidak berhenti hanya sampai disitu melainkan diteruskan dengan kesepakatan memberikan harta warisan yang merupakan bagiannya kepada ahli waris lain atau penerima waris lainnya.

Dalam konsep hukum faraid ada yang dinamakan *ashobah* yang berarti menerima bagian sisa dari ahli waris yang lain, yang terkadang dalam kasus tertentu *ashobah* terkadang tidak mendapat bagian warisan sama sekali.

Dalam kerangka *ishlah* inilah seseorang ahli waris (*ashobah*) seperti yang ditentukan dalam syari'at Islam tidak menerima bagian waris, memperoleh bagian berdasarkan *ishlah*. Melalui *ishlah* tersebut mereka sudah merasakan melaksanakan ketentuan norma yang ditetapkan agama, karena pembagian menurut faraid (hukum waris Islam) telah mereka lakukan, walaupun kemudian berdasarkan kerelaan masing-masing menyetor atau membagi lagi bagian waris yang telah diduplikatnya tersebut.

Berdasarkan *ishlah* maka aspek kemashlahatan keluarga atau kondisi ahli waris dan penerima warisan lainnya menjadi pertimbangan utama. Artinya seseorang ahli waris yang menurut *faraid* mendapatkan bagian lebih besar akan tetapi ia termasuk orang sukses dalam kehidupan ekonominya, pada akhirnya akan mendapatkan bagian harta warisan yang sedikit, atau bahkan tidak sama sekali. Begitulah seterusnya akibatnya prosentasi pembagian menurut *faraid* pada

akhirnya tidak dipakai lagi, sehingga bagian warisan yang diterima oleh ahli waris dan pewaris lainnya dapat sama rata, atau ada yang tidak mendapatkan, atau ada yang mendapatkan sedikit, atau ada yang mendapatkan banyak.

2. *Ishlah*

Pembagian waris dengan cara *ishlah* ialah dengan melakukan musyawarah mufakat, yang berarti prosesnya hanya menempuh satu jalan atau satu cara, yaitu musyawarah mufakat.²³ Dalam masalah ini ahli waris bermusyawarah menentukan besarnya bagian masing-masing ahli waris dan penerima warisan lainnya.

Pertimbangan atau dasar untuk menentukan besarnya bagian masing-masing ditentukan oleh kondisi objektif keadaan ahli waris dan penerima warisan lainnya, oleh karena itu bagian yang diterima oleh masing-masing ahli waris dan penerima warisan lainnya sangat bervariasi yang tidak memakai prosentasi tertentu.

Dalam proses pembagian waris pada pola *faraid – ishlah*, terlihat adanya kekhawatiran dari ahli waris tersebut tidak melaksanakan syari'at agama Islam, sebab dalam hal ini rasa keberagamaan mereka menjadi taruhan utama dalam kehidupan. Sebab dalam hal *faraid – ishlah* ini mereka merasa sudah

²³ Di daerah Kecamatan Astambul Martapura dijumpai beberapa model penyelesaian sengketa waris diantara keluarga yaitu dengan cara pertama membagi warisan dengan cara sama rata di antara ahli waris, membagi waris dengan jalan memperhitungkan peruntukan atau mereka sepakat untuk tidak membagi harta warisan berupa kebun dan sawah, namun hasilnya dibagi dengan sama rata, atau diantara mereka secara bergiliran menikmati hasil sawah atau kebun secara bergiliran. Lihat beberapa hasil penelitian Mahasiswa Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin Tahun 1990. Ada juga peruntukan harta untuk tunggu haul. Model-model seperti itu biasanya setelah mereka mengetahui bagian masing-masing.

melaksanakan syariat agama atau sesuai dengan apa yang diperrintahkan oleh agama, walaupun kemudian mereka memilih untuk melakukan *ishlah* agar pembagian tersebut dapat menyentuh aspek kemashlahatan keluarga.

Berbeda dalam hal pembagian warisan yang hanya dengan menggunakan cara *ishlah*, mereka menganggap lembaga *ishlah* ini juga dibenarkan oleh syari'at Islam, karena masalah warisan adalah masalah muamalah yang pelaksanaannya diserahkan kepada umat, asalkan dalam hal tersebut tidak ada perselisihan.

Dalam kompilasi Hukum Islam (KHI) sendiri pasal 183 disebutkan bahwa para pihak ahli waris dapat bersepakat melakukan perdamaian dalam pembagian harta warisan, setelah setelah mereka menyadari bagiannya.²⁴

Berdasarkan kompilasi hukum Islam ini pada pola *faraid – islah* yang selama ini diterapkan oleh masyarakat Banjar dalam pembagian warsian sudah sejalan, karena masing-masing pihak sudah menyadari besarnya bagian masing-masing sebagaimana yang sudah ditetapkan oleh tuan guru. Akan tetapi dalam hal pembagian harta warisan hanya dengan cara *Ishlah* patut dieprmasalahkan, karena tanpa didahului oleh proses pembagian menurut *faraid*, sehingga ketentuan pasal 183 kompilasi hukum Islam itu tidak terpenuhi. Dalam hal ini berarti masyarakat Banjar melihat permasalahan tersebut dari aspek kompilasi hukum Islam, melainkan melakukan pembagian warisan berdasarkan apa yang mereka anggap baik berdasarkan kemashlahatan mereka. Disamping itu pihak yang terlibat dalam proses pembagian warisan yaitu tuan guru yang tahu masalah agama tidak

²⁴ Asywadi Syukur ketentuan tersebut mengadopsi ketentuan hukum yang hidup pada masyarakat Banjar, beliau termasuk salah seorang tim pengkaji rancangan KHI, salah satu pasalnya adalah ketentuan pasal 183 yang beliau perjuangkan. Lihat Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1992, hlm. 158.

menghalangi cara *ishlah* ini, dengan dasar bahwa masalah pembagian warisan (dalam keadaan tidak sengketa/perselisihan) adalah masalah muamalah yang tidak mutlak harus mengikuti *faraid*.²⁵ Dengan kata lain pelaksanaan pembagian warisan berdasarkan *Ishlah* ini juga dibenarkan oleh syari'at Islam.

Dari gambaran pembagian waris tersebut dapatlah dilihat bagaimana hubungan hukum adat dengan hukum Islam dalam masyarakat Banjar. Dalam hal ini berarti apakah hukum adat yang berlaku ataukah hukum agama yang berlaku?

Sebagaimana diketahui teori yang menjelaskan hubungan antara keduanya terdapat tiga teori yang saling bertentangan, yaitu teori *reception in complexu* dan *receptie theorie* serta *reception a contrario*. Sebagaimana diketahui bahwa teori *receptio in complexu* menyatakan bagi orang Islam telah melakukan *resepsi* hukum Islam dalam keseluruhan sebagai satu kesatuan, dan *receptie theorie* menyatakan bagi orang Islam yang berlaku bukanlah hukum Islam melainkan hukum adat. Walaupun ada pengaruh hukum Islam, tetapi ia baru dianggap sebagai hukum kalau diterima oleh hukum adat. Serta teori *reception a contrario* menyatakan bagi orang Islam berlaku hukum Islam, hukum adat baru berlaku kalau diterima oleh hukum Islam (tidak bertentangan dengan hukum Islam).

Dengan melihat ketiga teori tersebut, bilamana dikaitkan dengan pembagian waris dalam masyarakat Banjar dapat dilihat hal-hal sebagai berikut:

- a. masyarakat Banjar melakukan pembagian waris dengan menggunakan syari'at Islam (*faraid*);

²⁵ Masalah ini kalau disejajarkan dengan hukum Barat (BW) seperti ketentuan-ketentuan yang sifatnya tidak memaksa, atau bukan *dwingen recht*.

- b. di samping menggunakan *faraid* masyarakat Banjar juga menggunakan lembaga *ishlah*;
- c. lembaga *ishlah* itu sendiri merupakan lembaga hukum yang hidup dalam masyarakat Banjar dan
- d. lembaga *ishlah* ini ternyata diakui keberadaannya oleh tuan guru atau tokoh agama Islam, sehingga dapat ditafsirkan lembaga ini tidak bertentangan dengan syari'at Islam.

Sehingga dengan demikian pembagian harta warisan menurut hukum adat masyarakat Banjar dapat dikatakan berlaku teori *reception a contrario*.

Terlepas dari ketiga teori tersebut di atas ada satu teori yang dikemukakan oleh Otje Salman melepaskan diri dari ketiga teori di atas, yakni dengan mengajukan teori kesadaran hukum masyarakat yang intinya adalah bahwa hukum adat dengan hukum islam memiliki taraf yang sejajar dalam daya berlakunya di Indonesia, dimana daya berlaku suatu sistem hukum tidak disebabkan oleh merepsinya sistem hukum yang satu dengan hukum islam, tetapi hendaknya disebabkan oleh adanya kesadaran hukum masyarakat yang nyata menghendaki bahwa sistem itulah yang berlaku.²⁶

Kalau dilihat dari teori kesadaran hukum masyarakat, maka pembagian warisan menurut *adat badamai* atau hukum waris adat masyarakat Banjar dengan menggunakan *faraid* dan *ishlah* merupakan hukum yang hidup dalam masyarakat. Karena kesadaran hukum masyarakat itu sendiri. Oleh karena itu telaahan teori kesadaran hukum masyarakat ini mencoba keluar dari perdebatan tarik menarik

²⁶ Otje Salman, *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, Alumni, Bandung, 1993, hlm. 25-28.

antara hukum Islam dengan hukum Adat. Akan tetapi sebenarnya teori ini kalau dilihat dari substansi asal hukum juga sulit menghindarkan dari perdebatan ketiga teori di atas.

2. Adat *Badamai* dalam Sengketa Keluarga (Perkawinan).²⁷

Tidak semua perkawinan akan berlangsung abadi, melainkan sebagian akan berakhir dengan perceraian²⁸ dengan didahului dengan *barambangan*,²⁹ suatu keadaan belum bercerai, tetapi sudah tidak berkumpul lagi sebagai layaknya suami istri, yang biasanya terjadi karena si suami meninggalkan istrinya atau sebaliknya.³⁰ Usaha untuk mengakhiri keadaan *barambangan* ini dilakukan oleh suami atau kerabat dekatnya, atau kerabat dekat si istri. Pendekatan-pendekatan seperti ini tentu saja hanya mungkin terjadi apabila antara kedua besan telah terjalin hubungan baik, atau antara keduanya terdapat hubungan kekerabatan yang dekat.

²⁷ Sengketa perkawinan ini biasanya juga dipicu oleh persepsi tentang mas kawin antara pihak keluarga mempelai lelaki dengan mempelai perempuan. Pada masyarakat Banjar istilah mas kawin ini terdapat beberapa persepsi antara lain mas kawin bisa bermakna jujuran, pemberian, mahar, dan patalian. Dari hasil Penelitian Tim Peneliti Fakultas Syari'ah tahun 1990. Persoalan beda persepsi ini mengakibatkan mas kawin ini bisa menimbulkan masalah. Sehingga terkadang kalau mereka memahami mas kawin sebagai mahar, maka orang tua si gadis tidak boleh menggunakan mas kawin itu untuk keperluan walimah, tetapi kalau pengertiannya sama dengan pemberian atau jujuran, maka orang tua si gadis dapat saja mengambil sebagian untuk keperluan walimah. Hal ini penting kalau terjadi perceraian qabla ad-dukhl maka si perempuan wajib mengembalikan mahar. Namun kalau sudah dipergauli, maka si perempuan wajibnya mengembalikan separo mahar atau mas kawin.

²⁸ Data perceraian di PTA Kalimantan Selatan selama kurun 5 tahun terakhir menunjukkan bahwa tingkat perceraian grafik selalu meningkat dari tahun-ke tahun yaitu antara 200 Kasus sampai 300 Kasus. Kalau diperbandingkan antara kasus gugat cerai dengan perkara cerai talak maka perbandingannya antara 2: 1. Data diambil dari laporan tahunan PTA Kal-Sel dari tahun 2000 – 2004.

²⁹ *Barambangan* merupakan suatu istilah yang khas terdapat dalam masyarakat Banjar, yang juga merupakan adat kebiasaan. Istilah ini menunjuk pada suatu kejadian atau peristiwa konflik keluarga yang cukup tajam. Bahkan karena tajamnya, konflik yang terjadi antara keduanya sulit menemukan jalan keluar dan mengharuskan keduanya pisah ranjang.

³⁰ Alfani Daud, *Islam dan Masyarakat Banjar*, Op. Cit, hlm.. 92.

Barambangan merupakan masa-masa kritis yang dihadapi oleh pihak suami istri (kedua belah pihak) karena dipicu oleh persoalan yang cukup serius. Boleh jadi dipicu oleh perbedaan pendapat yang cukup tajam antara kedua pihak suami istri, sehingga menyebabkan cekok dan konflik keluarga. Dan tak terelakkan, kedua belah pihak pisah ranjang.

Sebagai suatu contoh sebagaimana diceritakan oleh Bapak Syarqawi:³¹

Anak saya kata beliau: menikah dengan seorang pria yang bekerja sebagai pengajar di salah sebuah perguruan tinggi di Banjarmasin. Namun seminggu setelah menikah sang suami mengantar istrinya (anak saya) ke tempat saya dengan alasan yang tidak jelas. Firasat saya benar rupanya antara keduanya (anak perempuan beliau dengan anak menantu) telah terjadi perbedaan tajam yang menyebabkan mereka pisah ranjang. Beliau (Syarqawi) meminta kepada besan agar perbedaan diantara mereka dapat diselesaikan dengan cara damai. Namun yang terjadi kemudian adalah sang suami tetap membiarkan (tidak menghiraukan istrinya) sampai beberapa bulan lamanya. Pihak istri akhirnya mengadukan hal tersebut ke pihak atasannya. Oleh atasan disarankan agar keduanya dapat rujuk kembali. Namun keduanya sampai bertahun-tahun tetap dalam suasana *barambangan*. Sang suami mempersilahkan istrinya menggugat ke pengadilan, sementara sang istri bersikeras agar suaminya yang berhak memberikan surat talak dengan konsekwensi dia rela membagi separo gaji sebagai pegawai negeri. Hal inilah yang dihindari oleh sang suami.³² Namun akhirnya pada tahun 2005 pihak suami memohon cerai talak ke Pengadilan Agama Banjarmasin dan permohonannya diterima dan akhirnya mereka dapat menyelesaikanengketa rumah tangga melalui lembaga peradilan.

Lain lagi yang dialami oleh Utuh Aman sebagaimana ditudurkannya sebagai berikut:³³

Setelah menikah dengan istrinya dua bulan rumah tangga mereka sering terjadi pertengkaran dan perselisihan, Masalah sepele sering dapat menimbulkan perselisihan dan pertengkaran diantara mereka berdua, dan

³¹ Wawancara dengan Bapak Syarqawi pada 20 November 2003. Anak beliau baru kawin, tetapi seminggu setelah kawin anak beliau diantar oleh suaminya ke rumah beliau dengan alasan yang tidak jelas.

³² Wawancara dengan Rizqan anak dari pak Syarwawi kakak dari mempelai pada September 2004.

³³ Wawancara dengan Utuh Aman, 10 Desember 2004.

puncak perselisihan dan pertengkaran terjadi pada Jum'at 10 Nopember 2004 yang disebabkan hal-hal yang sepele dan pada waktu itu sang istri mengalami pingsan karena asmanya kumat, akibat bertengkar dan sang istri nekad menyakiti badannya sendiri. Oleh Utuh Aman sang istri diantar ke rumah mertua yang tidak jauh dari rumah mereka di Martapura. Namun pihak mertua tidak menerima melihat kondisi anaknya yang pingsan itu lalu melaporkan kejadian tersebut ke Polres Banjar yang berujung Utuh Aman ditahan selama 10 hari dengan tuduhan telah melakukan penganiayaan dan melakukan tindak kekerasan dalam rumah tangga.

Setelah terjadi pengaduan itu pihak orang tua Utuh Aman melakukan perdamaian dengan pihak besan.³⁴

Namun dengan sangat emosi mertua Utuh Aman termasuk istri Utuh Aman membentak dan menghardik sambil berkata tidak akan mencabut gugatan. Namun besok harinya orang tua Utuh Aman melakukan perdamaian kembali dengan memberikan sejumlah uang, namun jawaban yang disampaikan pihak besa adalah pertama bisa berdamai dengan syarat pihak istri minta surat cerai, dan kedua bahwa pihak suami harus memberikan biaya pengobatan sebesar Rp. 50.000,- (Lima puluh ribu rupiah) perhari. Karena masalah yang kedua merupakan pernyataan sepihak dari pihak istri Utuh Aman, orang tua Utuh Aman tidak bersikeras untuk menolak dengan pikiran yang penting dapat berdamai. Akhirnya disepakatilah perdamaian yang tertuang dalam surat perjanjian damai sebagai berikut: *pertama* pihak suami berjanji tidak akan mengulangi perbuatan tidak terpuji terhadap istri, *kedua*, untuk itu pihak istri bersedia memberikan maaf kepada pihak suami, dan *ketiga*, kedua belah pihak suami istri sepakat menyelesaikan masalah keluarga (rumah tangga) yang telah terjadi secara *damai* (kekeluargaan).

Barambangan ini, kemudian dipengaruhi oleh banyak faktor. Boleh jadi disebabkan oleh pihak ketiga, boleh jadi dipengaruhi oleh kurang dewasa atau tidak matangnya pasangan suami istri itu sendiri dalam mengarungi bahtera keluarga, dan boleh jadi disebabkan hal-hal lainnya.

Tetapi pada masa *barambangan*, memungkinkan masing-masing pihak untuk saling mengoreksi dan menyadari diri akan kekeliruan yang diakukan

³⁴ Wawancara dengan orang tua Utuh Aman 15 Desember 2004.

selama ini. Saat-saat kritis ini diperlukan peran aktif dari keluarga kedua belah pihak untuk bersama-sama mencari solusi ke arah perdamaian. Bukan sebaliknya mendorong keduanya untuk berpisah atau bercerai.

Tetapi pada kasus Utuh Aman akhirnya terjadi perceraian, mengingat pihak Utuh Aman merasa perkawinan mereka tidak dapat dipertahankan lagi, sebab kalau perkawinan mereka diteruskan dikhawatirkan muncul kembali peristiwa yang memilukan itu. Sedangkan disadarinya antara istri dan dirinya sama-sama tidak dapat mengendalikan diri (emosi). Sering terjadi cekcok perselisihan dan pertengkaran. Apalagi peristiwa penahanan seorang suami akibat dilaporkan istri ke pihak yang berwajib merupakan peristiwa yang tidak lazim dan menunjukkan bahwa pihak istri melampaui kelaziman. Kalau tidak menunjukkan istri yang *musyuz*.³⁵

Pada masyarakat Banjar selama ini terdapat pandangan yang keliru bahwa *barambangan* sama dengan perceraian. Pandangan ini sebenarnya tidak ada dasar yang jelas.

Memang, *barambangan* pada kenyataannya kedua belah pihak secara fisik sudah pisah ranjang, terjadi perpisahan. Namun pada masa-masa ini, masih ada upaya yang mempertemukan kedua belah pihak melalui jasa pihak ketiga (mediator).

³⁵ Istri durhaka terhadap suami, meskipun dalam UU KDRT No. 23 th. 2004 dalam salah satu pasalnya yaitu Pasal 44 membenarkan salah satu pihak anak, suami, istri atau pembantu atau salah seorang keluarga yang menjadi anggota keluarga dalam RT, melaporkan pihak suami atau siapa saja yang melakukan tidak kekerasan ke pihak yang berwajib, kalau dia mendapat perlakuan atau tindak kekerasan dalam rumah tangga antara lain : 1. Kekerasan fisik, 2. Kekerasan seks. 3. Kekerasan Psikis, 4. Penelantaran RT.

Usaha untuk mengakhiri keadaan *barambangan* ini dilakukan oleh suami atau kerabat dekatnya, atau kerabat dekat si istri. Pendekatan-pendekatan seperti ini tentu saja hanya mungkin terjadi apabila antara kedua besan telah terjalin hubungan baik, atau antara keduanya terdapat hubungan kekerabatan yang dekat.

Keadaan *barambangan* dapat pula terjadi karena campur tangan orang tua terhadap rumah tangga anaknya. Meskipun sebenarnya kasih sayang antara kedua suami istri belum pudar.³⁶ Keadaan *barambangan* adakalanya berlarut-larut tanpa adanya penyelesaian yang kongkret, seperti yang dialami oleh setidak-tidaknya dua orang warga Anduhum. Yang seorang sudah bertahun-tahun ditinggalkan oleh suaminya tanpa diberi nafkah atau dikunjungi, dan juga tanpa adanya usaha untuk memperbaiki statusnya. Yang seorang lagi, anak seorang tokoh agama, usaha yang dilakukan oleh ayahnya hanyalah terbatas menghubungi kantor agama kecamatan untuk mendapatkan perantaraan dengan suaminya yang pulang ke kampung halamannya di Kalimantan Tengah. Lain halnya dengan seorang warga Anduhum lainnya: karena keadaan itu sudah berlalu setahun, ia berusaha untuk memperoleh perceraian yang sah melalui Pengadilan Agama. Tidak jelas apakah usaha tersebut didorong oleh adanya pemuda yang bermaksud melamarnya, ataukah karena sebab-sebab lain.

³⁶ Menurut penelitian Alfani Daud di desa Dalam Pagar Martapura pada tahun 1979 seorang ayah menjemput anak perempuannya dari rumah mertuanya, karena beranggapan si suami tidak cukup bertanggung jawab terhadap anak perempuannya itu. Anggapan ini timbul ketika anak perempuan itu sakit si suami, yang tidak mempunyai mata pencaharian tetap saat itu, dan demikian juga mertuanya, tidak tampak berusaha sungguh-sungguh untuk mengobatinya. Selama berada di rumah orang tuanya, selama masih sakit dan beberapa waktu sesudahnya, suami dan mertuanya tidak pernah mengunjunginya atau memberi bantuan berupa uang atau lainnya. Ini lebih-lebih lagi dianggap sebagai bukti bahwa pemuda itu tidak peduli terhadap istrinya. Ketika sudah sembuh benardari sakitnya, si istri menerima ajakan suaminya untuk kembali ke rumahnya, meskipun diiringi dengan kata-kata kecaman yang tajam dari orang tuanya. Beberapa minggu sesudah itu hubungan antara suami dengan mertuanya dan antara kedua besan kembali harmonis.

Dalam hukum perkawinan di Indonesia sebagaimana diatur dalam UU No 1/1974 dan termaktub dalam buku nikah (akte nikah) terdapat sighat ta'lik, yaitu pernyataan suarni istri yaitu jika sewaktu-waktu: (1) Meninggalkan istri dua tahun berturut-turut (2) Atau tidak memberi nafkah wajib kepadanya tiga bulan lamanya (3) Atau menyakiti badan atau jasmani istri (4) Atau membiarkan (tidak memperdulikan) istri enam bulan lamanya.

Dalam masalah ini, jika sekiranya pihak istri merasa keberatan atas sikap atau perilaku suami yang telah melakukan pengabaian atau pelanggaran terhadap salah satu dari taklik talak tersebut dan istri mengadukan hal ketidakridhaannya kepada pihak Pengadilan Agama (PA) setempat (dimana dia berdomisili) dan pihak PA mengabulkan pengaduan istri tersebut, dan PA telah berusaha dan tidak dapat mendamaikan kedua belah pihak, maka jatuh talak satu atas istrinya.

Karenanya, *barambangan* tidak otomatis sama artinya telah terjadi perceraian. Tapi *barambangan* sama artinya dengan telah terjadi suatu proses rekonsiliasi ke arah perdamaian. Saat ini masih ada upaya mediasi yang diperankan oleh mediator kedua belah pihak.

Karenanya, pandangan masyarakat *barambangan* sama dengan cerai, sungguh tidak berdasar. Menurut UU No 1/1974, perceraian hanya terjadi apabila dilakukan di hadapan sidang pengadilan setelah pihak PA tidak berhasil mendamaikan kedua belah pihak.

Dalam ajaran Islam, jika terjadi masalah keluarga, hendaknya kedua belah pihak keluarga (*hakamain*) mengambil peran menuju ke satu titik penyelesaian konflik keluarga yang dapat memuaskan kedua belah pihak.

Dalam hal ini, dituntut peran serta aktif tokoh keluarga/masyarakat untuk negosiasi dan mediasi.

B. Kasus-kasus yang berhubungan dengan Hukum Publik

Sebelum penulis menguraikan tentang gambaran kasus yang berkaitan dengan hukum publik, perlu dijelaskan tentang kondisi kamtibmas di dua daerah Kepolisian, untuk tiga tahun terakhir 2002-2004. Yaitu di daerah Kepolisian Kota Besar (Kapoltabes) Banjarmasin dan daerah Kepolisian Resot Kandangan.

KONDISI KANTIBMAS DI DUA DAERAH KEPOLISIAN DI
DAERAH POLDA KALSEL
TIGA TAHUN TERAKHIR PERIODE 2002-2004³⁷
Tabel 2

NO.	WIL. KEPOLISIAN	BANJARMASIN	HSS
	JNS.PIDANA		
1.	Pengeroyokan	30	3
2.	Pembunuhan	37	7
3.	Penganiayaan Ringan	85	20
4.	Penganiayaan Berat	15	22

Dari angka-angka di atas dapat diketahui, bahwa tindak penganiayaan ringan untuk daerah Kepolisian Kota Besar Banjarmasin lebih tinggi. Dibandingkan di daerah Kepolisian Risort Hulu Sungai Selatan.

³⁷ Data diperoleh melalui Kasat Serse Poltabes Banjarmasin dan Kasat Serse Resort Hulu Sungai Selatan.

Di daerah Hulu Sungai Selatan masyarakat sering menyelesaikan kasus-kasus kamtibmas ini dengan cara *adat badamai*. Baik yang bersifat tindak pidana pembunuhan, apalagi yang bersifat delik aduan maupun yang berskala pelanggaran biasa. Mereka melihat penyelesaian dengan *adat badamai* akan dapat meredam timbulnya balas dendam dan dapat menegakkan keadilan untuk semua pihak, baik untuk pihak pelaku, korban maupun masyarakat.³⁸

Meskipun berkaitan dengan tindak penganiayaan ringan maupun berat yang diancam hukuman lebih dari 5 tahun, kalau belum *badamai*, dapat dipastikan masih belum dapat menyelesaikan sengketa dengan cara tuntas.

Untuk menggambarkan bagaimana masyarakat mengapresiasi *adat badamai* dalam aspek pidana, berikut ini penulis deskripsikan secara lebih jelas kasus perkasus.

1. Perkelahian Mempertahankan Kehormatan Wanita & Harga diri

Warga Desa Tambang Ulang³⁹ dan Desa Martadah Kabupaten Tanah Laut Minggu 23 Juli 2000 petang setelah sehari sebelumnya sempat terjadi pertikaian yang melibatkan sejumlah warga dari kedua desa tersebut yang menyebabkan jatuhnya korban luka-luka.

Musyawarah perdamaian atau *adat badamai* berlangsung di Balairung Tuntung Pandang, Pemkab Tanah Laut di Pelaihari sekitar pukul 17.00 Wita dengan mempertemukan antara Kepala Desa (Kades) Tambang Ulang, Abdullah

³⁸ Lihat *Adat Badamai dan Restoratif Justice* menurut Bagir Manan pada bab IV.

³⁹ Desa Tambang Ulang berjarak sekitar 49 km dari kota Banjarmasin dan sekitar 15 km dari kota Pelaihari.

Sani bersama sejumlah warganya dengan Kades Martadah, Irhamsyah, juga dengan membawa beberapa warganya.

Dalam pertemuan itu juga hadir Bupati Tanah Laut, H. Danche R Arsa, Ketua DPRD Tanah Laut Drs. Masani Abda, Kapolres Tanah Laut Lrtkol (Supt) Agus Kusnadi, Dandim 1009 Pelaihari Letkol CPL Syahnan beserta unsur Muspida lainnya.

Kesepakatan itu antara lain intinya bahwa warga kedua desa akan mengambil hikmah dari pertikaian yang sangat merugikan masyarakat. Kedua belah pihak juga sepakat kembali menjadi satu keluarga seperti semula.

Persoalan itu hanya disebabkan kesalahpahaman kecil saja, dan mudah-mudahan tidak akan berlanjut, sebab yang lebih mendasar lagi, diantara kami sebenarnya satu turunan. Artinya ada pertalian keluarga antar kedua belah pihak, kata Kades Martadah, Irhamsyah.

Sementara itu Kades Tambang Ulang Abdullah Sani mengungkapkan sangat berterima kasih dengan langkah Bupati Tala yang mau menjembatani hingga terjadi perdamaian tersebut. Dia merasa bersyukur kepada Tuhan, semoga peristiwa ini tidak terulang lagi.

Menurut Bupati Tala peristiwa yang terjadi di desa Tambang Ulang dan Martadah itu akibat kesalahpahaman dan karena adanya pihak yang mengipasi. Kedua belah pihak merupakan salah satu keluarga besar dan ini bisa diwujudkan sekarang. Hati keduanya baik Martadah atau Tambang Ulang tidak ingin adanya pertikaian tersebut.⁴⁰

Menurut Irhamsyah Kades Martadah bahwa pertikaian yang melibatkan warga dua desa tersebut bermula akibat adanya perkelahian antar pemuda kedua

⁴⁰ Wawancara dengan Ketua DPRD Pelaihari Bapak Dance R Arche mantan Bupati Tanah Laut pada hari Senin, April 2005.

desa pada hari Selasa 11 Juli 2000 yaitu ketika berlangsung acara panggung karaoke pada panen raya di perkebunan tebu TPT desa Jelai.

Acara yang meriah itu membuat semua pemuda larut dalam suasana gembira. Namun ditengah kegembiraan rupanya ada yang usil coba menggoda cewek-cewek. Salah seorang cewek yang diganggu itu rupanya sudah punya pacar, sang pacar coba memberi pengertian bahwa sang cewek sudah ada yang punya, rupanya isyarat dari sang kekasih ini tidak dihiraukan oleh pemuda tersebut. Pemuda penggoda ini tetap saja melakukan aksinya sampai diperjalanan menuju pulang ke rumah masing-masing.

Waktu di perjalanan menuju pulang tepatnya di desa Sungai Jelai masalah rebutan cewek ini terus berbuntut, sehingga terjadilah perkelahian antar pemuda tersebut. Rupanya secara tidak diketahui perkelahian itu sempat memakan korban yaitu pemuda Tambang Ulang bernama Abdul Gari yang dikeroyok oleh enam orang pemuda. Pengeroyokan itu mengakibatkan Abdul Gari luka-luka pada kepala, tangan dan sejumlah anggota badannya. Oleh penduduk korban Abdul Gari dilarikan ke Puskesmas setempat. Namun karena luka-lukanya cukup parah ia dirujuk ke RSUD Ulin Banjarmasin. Perkelahian itu nampaknya dapat didamaikan, namun penyelesaiannya yang tidak tuntas akhirnya memicu pertikaian antar warga dua desa tersebut.

Dalam praktek kehidupan masyarakat Banjar, kalau terjadi tindak pidana penganiayaan atau perkelahian, maka para tetua atau tokoh masyarakat akan berinisiatif untuk mempertemukan keluarga kedua belah pihak yang saling berkonflik/bersengketa. Diselenggarakanlah acara selamatan, bermaaf-maafan,

dan terkadang disertai perjanjian untuk tidak mem-perpanjang lagi persengketaan. Dalam berbagai kesempatan, mereka saling “*maangkat dangsanak*”, maksudnya mereka dipertalikan atau dibuhul sebagai keluarga atau bersaudara. Pihak yang dibelakang hari melanggar kesepakatan ini, akan mendapat sanksi, paling tidak akan dikucilkan dari pergaulan masyarakat sekitarnya.

Jikalau ditelusuri lebih lanjut, cara penyelesaian seperti ini ditemukan dasar dan landasannya dalam pasal 3 dan 21 Undang-Undang Sultan Adam (UUSA) yang menyatakan :

“Perkara yang ketiga tiap-tiap tatuha kampung kusuruh akan memadai anak buahnya dengan bamufakat, astamiyah lagi antara kerabat supaya jangan banyak bicara dan perbantahan”⁴¹.

Pasal ini menjadi landasan bagi tetuha kampung untuk saling menasehati khususnya keluarganya dan anak buahnya agar selalu bermufakat dan bermusyawarah supaya tidak terjadi perselisihan dan percekcoakan. Sangat jelas bahwa Sultan menekankan prinsip musyawarah sebagai salah satu prinsip untuk mengatur kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Essensi pasal 3 UUSA ini sebenarnya mengadopsi ajaran al-Qur’an yang memerintahkan kepada setiap muslim untuk bermusyawarah dalam menyelesaikan seluruh aspek kepentingan mereka dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dalam surat Ali Imran (3) : 159 Allah berfirman yang artinya :

“Maka disebabkan rahmat dari Allahlah, engkau bersikap lemah lembut terhadap mereka. Seandainya engkau bersikap kasar dan berhati keras

⁴¹Amir Hasan Kiai Bondan, *Suluh Sejarah Kalimantan*, Fajar, Banjarmasin, 1953, halaman, 33.

niscaya mereka akan menjauhkan diri dari sekelilingmu. Karena itu, maafkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka, dan bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan (tertentu). Kemudian apabila engkau telah membulatkan tekad, bertawakkallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya”⁴²

Demikian pula dengan essensi pasal 21 yang merupakan landasan musyawarah bagi setiap orang dalam menghadapi sengketa. Pasal 21 ini bersifat antisipatif dan persuasif, sekiranya dalam forum badamai tersebut diperoleh kata sepakat. Sedangkan materi pembicaraan yang berkaitan dengan ketentuan normatif dari sengketa tersebut juga demikian jelas landasannya dalam praktek di masyarakat yaitu adanya kesediaan memberikan restitusi atau ganti rugi atau denda sebagai hak *adami* yang diberikan kepada keluarga korban.

“Perkara yang kedua puluh satu tiap-tiap kampung kalau ada perbantahan isi kampungnja ija itu tatuha kampungnja kusuruhkan membitjarakan mupaqat-mupaqat lawan jang tuha-tuha kampungnja itu lamun tiada djuga dapat membitjarakan ikam bawa kepada hakim”⁴³.

Menurut pasal tersebut bilaman terjadi sengketa di dalam kampung maka diperintahkan untuk mendamaikan (*mamatut*) dengan tetuha kampung, bilamana tidak berhasil dibawa kepada hakim. Dalam masyarakat Banjar sampai sekarang masih menjadi suatu tradisi “mamatut” yaitu mendamaikan antara kedua belah pihak yang bersengketa, seperti kasus pelanggaran hukum, perkelahian. Lembaga hukum berdasarkan tradisi dalam penyelesaian persengketaan untuk dirukunkan kembali, sehingga tidak terjadi perasaan dendam antara kedua belah pihak. Dengan demikian penyelesaian sengketa yang diselesaikan berdasarkan adat badamai ini memenuhi asas keadilan, kepastian dan kemanfaatan.

⁴²Departemen Agama RI, *op cit*, halaman 135.

⁴³Amir Hasan Kiai Bondan, *op cit*, 153-155.

Lembaga bapatut ini dihadiri oleh kedua belah pihak dan seluruh kerabat/keluarga dekat yang bersengketa yang dipimpin oleh tetuha kampung. Bilamana tidak terdapat penyelesaian, barulah dibawa kepada hakim. Kalau ini yang terjadi maka kerukunan bermasyarakat membahayakan sebab perasaan dendam tidak dapat dihapuskan.

Pasal 21 tersebut menunjukkan bahwa kerajaan Banjar telah menerapkan hukum Islam sesuai dengan ketentuan dalam al-Qur'an surat al-Hujurat ayat 9 dan 10 yang artinya :

"Jika ada dua golongan dari orang-orang mukmin berperang, maka damaikanlah antara keduanya". "Sesungguhnya orang-orang mukmin itu bersaudara, karena itu damaikanlah antara kedua saudaramu itu dan bertaqwalah kepada Allah supaya kamu mendapat rahmat" ⁴⁴.

Dari kenyataan tersebut semakin jelas bahwa pada masyarakat Banjar adat dalam penyelesaian konflik dapat diterima sepanjang tidak bertentangan dengan ajaran Islam. Malah adat yang aspirasinya mengarah kepada kemaslahatan dalam hukum Islam dijadikan sebagai sumber hukum. Dari kenyataan ini pula membuktikan bahwa baik secara formil maupun materiil dalam masyarakat Banjar antara hukum Islam dan hukum adat saling membaaur teori *receptir a contrario* masih dan mendapat tempat dalam praktek pada masyarakat Banjar, sampai pada masa mendatang.

⁴⁴Departemen Agama RI, op cit, halaman

2. *Badamai* dalam Kasus Ketertiban dan Keamanan Desa serta Sengketa Perbatasan Wilayah Desa

Seiring langkah reformasi yang dilakukan oleh pemerintah beserta segenap rakyat Indonesia, menyusul lahirnya UU No. 22/99 tentang Pemerintahan Daerah yang kemudian diganti dengan UU No. 32/2004 yang memungkinkan daerah untuk melakukan pemekaran wilayah menjadi propinsi, kabupaten kota yang baru, maka di berbagai daerah terjadi perubahan drastis dengan munculnya daerah pemekaran menjadi propinsi, kabupaten dan kota hasil pemekaran.

Provinsi Kalimantan Selatan yang tadinya terdiri dari sepuluh kabupaten dan satu kotamadia yaitu Kotamadia Banjarmasin dengan ibu kota Banjarmasin, Kota Administratif Banjarbaru ibu kota Banjarbaru, Kabupaten Banjar dengan ibu kota Martapura, Kabupaten Tapin dengan ibu kota Rantau, Kabupaten Hulu Sungai Selatan dengan ibu kota Kandangan, Kabupaten Hulu Sungai Tengah dengan ibu kota Barabai, Kabupaten Hulu Sungai Utara dengan ibu kota Amuntai, Kabupaten Tabalong dengan ibu kota Tanjung, Kabupaten Barito Kuala dengan ibu kota Marabahan, Kabupaten Tanah Laut dengan ibu kota Pelaihari, Kabupaten Pulau Laut dengan ibu kota Kota Baru.⁴⁵

Menyusul desakan rakyat di dua kabupaten yaitu Kabupaten HSU dan Pulau Laut untuk melakukan pemekaran daerah setelah melalui proses panjang perjuangan segenap komponen dan setelah memenuhi berbagai persyaratan secara politis sosiologis, administratif dan yuridis, akhirnya keinginan itu ditinjau lanjuti dengan lahirnya Keputusan DPR RI dan persetujuan Menteri dalam Negeri, maka

⁴⁵ Lihat data Pemerintah Provinsi Kalimantan Selatan Tahun 2005.

akhirnya terwujudlah keinginan untuk melakukan pemekaran di dua kabupaten yaitu Kabupaten Hulu Sungai Utara menjadi dua yaitu Kabupaten Hulu sungai Utara dengan ibu kota Amuntai dan Kabupaten Balangan dengan ibu kota Paringin. Kemudian kedua adalah Kabupaten Pulau Laut menjadi Kabupaten Pulau Laut dengan ibu kota Kota Baru dan Kabupaten Tanah Bumbu dengan ibu kota Batu Licin.

Pada satu sisi, perubahan ini berdampak positif dalam rangka pemberdayaan masyarakat dalam upaya menampung inisiatif dan prakarsa masyarakat di daerah untuk secara kreatif berperan serta dalam menentukan pembangunan di daerah. Akan tetapi karena pemekaran itu baru dilakukan dalam tataran politis dan yuridis, belum menyentuh tataran sosiologis, maka pada aspek ini rawan dan rentan terhadap persoalan kemasyarakatan terutama yang berkaitan dengan perbatasan wilayah antar kabupaten dan kota, apalagi pemekaran itu belum diikuti dengan batas-batas wilayah yang jelas. Kesepakatan itu terjadi di atas kertas dan bersifat normatif, namun dalam tataran empiris perlu ditindak lanjuti dalam bentuk adanya kesepakatan di lapangan agar masing-masing wilayah memiliki perbatasan yang jelas minimal ada simbol atau atribut berupa patok alam maupun buatan yang disepakati dan dapat memisahkan antar wilayah sehingga dapat menjembatani kesepakatan yang terdapat dalam tataran normatif sesuai kesepakatan politis di tingkat elite yang mengacu kepada patok dan peta yang disusun bersama.

Konflik perbatasan wilayah disebabkan pula pertimbangan ekonomis, dimana di era reformasi dan otonomisasi daerah ini masing-masing daerah

kabupaten kota berlomba-lomba menggali potensi daerah untuk dapat meningkatkan Pendapatan asli daerah agar meningkat pula Dana Alokasi Umum (DAU) dan Dana Alokasi Khusus (DAK) yang ditetapkan dan diberikan oleh Pemerintah Pusat.

Pada gilirannya masing-masing daerah kabupaten kota berupaya meningkatkan usaha eksploitasi hutan maupun eksploitasi pertambangan batu bara yang terkadang pengelolaannya tidak sesuai dengan tujuan dan persyaratan eksploitasi itu sendiri termasuk dalam hal pelestarian fungsi lingkungan hidup sesuai dengan amanah Undang-Undang Lingkungan Hidup.

Kemudian yang terjadi adalah mereka melakukan eksploitasi sumber daya alam secara tidak terencana dalam bentuk pembukaan HPH tanpa izin maupun penambangan batu bara ilegal atau tanpa izin, yang kesemuanya semakin memarginalkan masyarakat yang tinggal di hutan. Padahal orang-orang pedalaman secara turun temurun hidup di hutan dan secara harmoni mereka hidup dengan damai di lingkungan hutan, mereka terbiasa hidup dengan tatanan harmoni dan kearifan tradisional.

Otonomi daerah dengan sekat-sekat wilayah yang menjadi rebutan antara kabupaten kota pada gilirannya menyengsarakan masyarakat di lingkungan hutan dan bahkan memicu timbulnya konflik di sekitar lingkungan hutan yaitu antara warga balai yang satu dengan warga balai yang lain yang masing-masing telah memiliki tanah ulayat mereka masing-masing secara turun temurun.

Persoalan tanah memang kerap menimbulkan konflik berkepanjangan. Bahkan selisih satu meter saja, seringkali menimbulkan problem di masyarakat dan

akhirnya berujung dengan konflik berdarah. Di wilayah provinsi Kalimantan Selatan masalah tapal batas antar kabupten juga masih menjadi problem yang serius. Bahkan Pemerintah Provinsi menargetkan masalah penetapan tapal batas antar kabupaten ini akan tuntas justeru pada tahun 2010 nanti. Dan kini nampaknya pemasangan tapal batas itu terus dilakukan setahap demi setahap.

Pasalnya, hampir semua daerah di Kal-Sel ternyata ada permasalahan mengenai batas wilayah. Memang seringkali sewaktu dilihat di atas peta, wilayah kabupaten yang satu dengan lainnya begitu gampang terlihat, karena sudah ada garisnya terhubung. Tapi, ketika dilihat di lapangan, apalagi pas hendak memasang patok atau tapal batas antar kabupaten, ternyata kerap tak bisa mengikuti garis di dalam peta. Maklumlah ini terkait dengan letak desa yang berada di perbatasan kabupaten. Batas wilayah desa tersebut tentu tidak sama persis dengan garis di peta. Kata warga desa yang satu, batas desanya di sebelah sini. Sementara warga desa tetangganya, menyebut di sebelah sana.

Karenanya secara otomatis tidak bisa sembarangan pula mematokinya. Sebelum memasang patok, perlu mencari informasi terlebih dahulu dengan bertanya kepada kepala Desa, Kepala Padang, Kepala Adat dan sebagainya. Kemudian diadakan kesepakatan antar desa, dan setelah itu, barulah ditajaki patok secara permanen.⁴⁶

H. Fitri Rifani menjelaskan lokasi batas antar desa ini medannya seringkali sangat berat ddatangi petugas. Ia hanya berharap kepada Pemprov Kal-Sel agar jangan lupa memasukkan anggaran pemasangan tapal batas ini di dalam

⁴⁶ H. Fitri Rifani, Asisten I Bidang Pemerintahan Provinsi Kalimantan Selatan

RAPBD Kal-Sel. Begitu pula masing-masing Kabupaten/Kota, juga memasukkan anggarannya. Di wilayah Kotabaru - Tanah Bumbu saja di tahun 2005 ada 43 titik tapal batas yang ditargetkan untuk dipasang, belum lagi kabupaten lainnya.

Rudi Arifin Gubernur Propinsi Kalimantan Selatan mengatakan :

"Sengketa perbatasan antar kabupaten di Kalimantan Selatan yang menyangkut kepentingan pemanfaatan sumber daya alam semakin meruncing. Ada 60 titik sengketa perbatasan di propinsi ini yang belum tertangani meski sudah mencuat sejak lama"⁴⁷.

Ditambahkan oleh beliau bahwa contoh sengketa perbatasan Kabupaten Banjar dan Tanah Bumbu (Tanbu) saling klaim daerah perbatasan di lembah pegunungan Meratus. Tanah Bumbu menamai perbatasan yang disengketakan sepanjang lima kilometer atau seluas 20.000 hektare itu dengan istilah Desa Emil Baru. Sedangkan Banjar menyebut lokasi yang sama dengan nama Desa Paramasan Bawah.

Bupati Banjar, Khairul Saleh, dalam rapat koordinasi Muspida dan bupati/walikota se-Kal-Sel di Banjarmasin, Rabu 8 Februari 2006 mengatakan sejak 1951 desa itu masuk wilayahnya. Sebanyak 200 KK di kampung itu pun memiliki KTP Banjar. "saat Pilkada, masyarakat desa itu semuanya memberikan suaranya untuk pemilihan bupati Banjar. Secara *de jure dan de facto*, desa itu masuk wilayah Kabupaten Banjar, tegasnya.

Sebaliknya Wakil Bupati Tanbu, Abdul Hakim, mengklaim desa itu masuk wilayahnya karena sudah sejak lama tidak diurus oleh Pemkab Banjar.

⁴⁷ Banjarmasin Post, *Konflik Perbatasan Tak Tertangani*, Kamis 9 Februari 2006

Menanggapi ini, Gubernur Kalsel, Rudy Arifin mengakui sengketa perbatasan memang menjadi masalah krusial yang belum ditemukan solusi terbaiknya. "Masalah ini berlangsung lama dan berulang kali dibahas, namun masih menemui jalan buntu, katanya.

Untuk menyelesaikan masalah ini, Rudy meminta pemkab/pemko mematuhi SK Gubernur Kalsel no. 3 tertanggal 6 Januari 2005 mengenai batas wilayah. Permasalahan ini tidak hanya antara Kabupaten Banjar dan Tanah Bumbu, tetapi ada sebanyak 60 titik konflik sengketa perbatasan di Kalsel".

Empat titik itu di antaranya wilayah perbatasan antara Kabupaten HSU dengan Kalteng dan Kabupaten Kota Baru dengan Kaltim. Serta berbagai sengketa perbatasan antar kabupaten yang hingga kini belum terselesaikan.

Pihak pemda Kalsel juga akan merevisi Perda nomor 9 tahun 2000 tentang Rencana Tata Ruang dan Wilayah Provinsi (RTRWP) Kalsel yang nilai sudah tidak sesuai dengan kondisi di lapangan. Dalam revisi ini akan diinterisir batas wilayah riil antar wilayah kabupaten dan propinsi.

Dengan revisi tata ruang ini, dapat diharapkan permasalahan konflik perbatasan dapat cepat diselesaikan. Kita juga harapkan tidak ada lagi terjadi tumpang tindih peruntukan dan pemanfaatan kawasan.

3. *Badamai* dalam Kasus Penganiayaan & Pembunuhan

Menurut Bapak Firdaus⁴⁸, bahwa tingkat kriminalitas di Kabupaten Hulu Sungai Selatan⁴⁹ cukup tinggi, dan hampir tidak pernah dijumpai peristiwa

⁴⁸ Bapak Firdaus Ketua Pengadilan Negeri Kelas 2 Kandangan

penganiayaan apalagi kasus pembunuhan yang tidak diselesaikan di pengadilan negeri. Hal ini disebabkan peristiwa pembunuhan merupakan tindak pidana yang harus diselesaikan oleh aparat penegak hukum. Namun begitu boleh jadi ada saja peristiwa yang luput dari perhatian pihak pengadilan, mengingat ada peristiwa pidana yang berkaitan dengan delik aduan yang dapat diselesaikan di luar pengadilan.

Secara sosiologis penyelesaian seperti itu mungkin saja masih dijumpai di masyarakat, meskipun sebenarnya tidak dapat dibenarkan menurut ketentuan hukum positif. Norma dan ketentuan yang hidup di masyarakat memang masih ada penyelesaian dengan cara badamai, dimana penyelesaian hukum saja tidak dianggap memuaskan sebelum adanya penyelesaian secara berdamai

Pada masyarakat Banjar terutama di daerah Pasar Lama, Antasan Kecil dan sekitarnya sering terjadi konflik antar sesama warga masyarakat. Menurut penuturan masyarakat sekitar, sudah tidak bias dihitung lagi. Perkelahian antar warga di sekitar Antasan Kecil Timur pernah terjadi sekitar tahun 80-an ke atas. Konflik yang agak berskala besar pernah terjadi pada tahun 80 dan 90-an. Konflik pada tahun 80-an bermula dari kasus kematian tokoh Madura yang bernama Marhaki yang juga dikenal sebagai jagoan atau tacut. Konflik itu diawali pada

⁴⁹ Kabupaten Hulu Sungai Selatan dengan ibu Kota Kandangan berjarak kurang lebih 150 km dari ibu kota Propinsi Banjarmasin. Masyarakat Hulu Sungai Selatan merupakan masyarakat Banjar Hulu yang rata-rata memiliki karakter agamis namun agak temperamental. Pada masa lalu yaitu ketika di bawah penjajahan colonial secara sosiologis mereka termasuk masyarakat pejuang sehingga untuk mempertahankan diri para pemuda sering memakai pisau belati ataupun keris di pinggang (*basisipan lawan wasi*), bahkan hal itu sudah menjadi adat, sebab kalau seseorang tidak pakai wasi bukan menunjukkan orang itu berani yang suatu saat dapat dicoba oleh orang kebanyakan. Memakai wasi bukan menunjukkan kejagauan tetapi merupakan bentuk pertahanan diri. Wawancara dengan Bapak H. Harli tuan guru di Pahampangan, pada Desember 2005. Dalam penelitian Alfani Daud, sebagian masyarakat juga menggunakan babasal untuk pertahanan diri, yang di dalamnya babasal itu terdapat semacam azimat. Lihat Alfani Daud, *Loc. Cit.*

waktu jaga malam dan sedang “bamasakan ayam panggang”, kurang jelas entah karena apa tiba-tiba saja Marhaki diserang oleh 5 orang dengan menggunakan senjata tajam. Marhaki pada saat itu bias lolos namun karena diteriaki maling akhirnya orang yang tidak tahu persoalan pun ikut menyerangnya dan berbuntut terbunuhnya Marhaki. Tidak beberapa lama, aparat datang dan yang berseteru akhirnya bubar. Anehnya tidak seorang pun yang mau menjadi saksi. Kematian Marhaki berbuntut pada penyerangan orang Madura dari kampung Gedang ke tempat kejadian itu, namun penyerangan itu tidak berakibat pada terjadinya pembunuhan, karena aparat keamanan segera mengatasinya. Sampai sekarang perselisihan itu tidak ada penyelesaiannya, karena kedua belah pihak suku sama-sama menutupinya. Sejak tahun 90 ke atas tidak ada lagi penyerangan atau perkelahian, yang ada hanya antar pribadi itupun dilakukan oleh anak-anak yang suka mabuk-mabukan dan begadang. Kebanyakan perkelahian itu terjadi karena salah satu pihak ada yang tersinggung dan walaupun terjadi perkelahian dan berbuntut kepada kematian biasanya semua itu dapat diselesaikan dengan cara damai oleh ketua RT dan aparat dan tidak pernah berbuntut pada perkelahian besar antar suku.

Diceritakan pernah juga terjadi penyerangan antara suku Madura Pasar Lama dan daerah suku Banjar di kawasan Taluk (Antasan). Penyebabnya kurang diketahui tetapi akhirnya dapat didamaikan oleh ketua-ketua RT Pasar Lama dan Antasan Kecil Timur, yang juga melibatkan lurah dan aparat kemanan.

4. *Badamai* dalam kasus Ketersinggungan⁵⁰

Sebagaimana layaknya warga Negara yang cinta kemerdekaan, warga RT 10 Pemurus Baru turut larut dalam suasana gembira menyambut dan memeriahkan hari bersejarah 17 Agustus-an. Pada saat itu panitia penyelenggara tengah merayakan hari bersejarah itu dengan menyelenggarakan serangkaian perlombaan, mulai dari acara lomba untuk anak-anak sampai tingkat dewasa berupa ketangkasan, olahraga, dan olah suara (karaoke).

Sabtu malam bertepatan dengan 18 Agustus 2001, acara puncak yaitu penutupan acara memeriahkan hari kemerdekaan 17 Agustus 2001 diisi dengan hiburan, pengumuman pemenang lomba, sekaligus penyerahan hadiah. Acara berselang-seling antara penyerahan hadiah dan hiburan karaoke. Tepat pukul 12.00 malam, saat puncak acara yang dilaksanakan di halaman kantor/gardu RT. 10 Pemurus Baru, Sura'i seorang pemuda anak seorang wargapendatang diperkirakan berusia 18 tahun datang dari Sungai Baru menuju ke tempat kediaman orang tuanya di RT. 10 dengan mengayuh sepeda pancalnya dengan kencang tanpa memerhatikan keramaian atau berjubelnya penonton. Karuan saja salah seorang tokoh masyarakat yaitu Bapak Is (pensiunan polisi) menegur Sura'i agar mengayuh sepedanya dengan perlahan-lahan. Teguran Pak Is rupanya tidak dihiraukannya, Sura'i malah berlalu mengayuh sepedanya tambah kencang sambil melotot ke arah kerumunan penonton. Sampai akhirnya Pak Is menegur dengan agak keras sambil membentak: "Hai turun!" Bentikan pak Is rupanya juga tidak digubrisnya, Sura'i pun berlalu seolah tidak menghiraukan apa yang telah terjadi.

⁵⁰ Lihat laporan hasil penelitian tim Peneliti IAIN Antasari Banjarmasin bekerjasama dengan Balitbangda Propinsi Kalimantan Selatan, tentang Perilaku Etnis dan Potensi Konflik di Kalimantan Selatan tahun 2002.

Panitia dan penonoton pun kembali mengikuti acara demi acara, dengan antusias seolah-olah tidak pernah terjadi apa-apa, dan mereka melupakan apa yang baru saja terjadi. Tanpa ada yang mengira, rupaya Sura'i kembali berulah dengan membawa samurai terhunus. Sura'i merasa tersinggung dan tidak senang hati dengan teguran pak Is, dia malam itu ingin membuat perhitungan.

Begitu mengetahui ulah nekad Sura'i, warga masyarakat tersinggung dengan ulah Sura'i, warga sepakat membuat perhitungan. Masing-masing warga sekitar lima orang, yaitu berinisial Msl, Dn, Ek, Rz, dan warga yang lain menganggap Sura'i tidak tahu adat, tidak mengerti tatakrama sopan santun bermasyarakat, sehingg warga masyarakat yang tersinggung itu mulai mempersenjatai diri. Hampir saja terjadi perkelahian antara warga masyarakat dengan Sura'i yang ternyata juga melibatkan beberapa orang keluarganya yang justeru tidak mengetahui permasalahannya.

Untungnya pada malam itu ada beberapa tokoh warga yang mampu mendinginkan suasana, yang melihat persoalan tersebut sebagai kesalahpahaman si Sura'i. Warga yang sudah hilang kesabarannya sebelum naik pitam dibujuk agar mau *berdamai*, sementara pihak Sura'i pun didekati agar meminta maaf dan harus menyadari kesalahan dan kekhilafannya sebagai manusia. Malam itu juga di rumah salah seorang tokoh RT. 10 Pemurus Baru persoalan ketersinggungan dan kesalahpaman yang terjadi itu diselesaikan secara *damai*. Persoalan dianggap selesai setelah si Sura'i minta maaf dan mengakui kesalahannya dan harus berjanji bahwa ia tidak akan melakukakn kesalahan untuk kedua kalinya. Kesalahan pertama adalah bahwa sura'i tidak minta permisi saat lewat di tengah

kerumunan orang banyak, tetapi malah mengayuh sepeda dengan kencang, padahal ia bukan penduduk yang dikenal warga. Kesalahan kedua, Sura'i sudah melibatkan keluarganya terseret dalam persoalan tersebut. Ketiga Sura'i bukan warga penduduk yang terdadar di lingkungan warga RT setempat.

Sementara persoalan ini dianggap selesai, ternyata keesokan harinya muncul masalah baru, AJ warga pendatang dari Sambas saudara ipar Sura'i, pada satu kesempatan acara selamat di RT tetangga (RT 11), berkoar-koar mengatakan bahwa kejadian pada malam acara 17 Agustus-an itu menunjukkan kebodohan orang-orang warga RT 10, artinya masa warga RT 10 yang banyak orang terpelajar tidak bisa menyelesaikan masalah, sehingga hampir saja terjadi pertikaian.

Perkataan AJ tersebut tanpa disadarinya didengar oleh sebagian warga RT 10 yang hadir dalam acara selamat tersebut. Spontanitas beberapa warga RT 10 meminta pertanggungjawaban ucapan AJ yang diucapkannya di hadapan orang banyak ketika selamat di RT. 11. Sepulangnya dari acara selamat itu AJ dimintai pertanggungjawabannya dengan membuat surat pernyataan yang intinya: "sejak saat kejadian ia (AJ) tidak akan membuat pernyataan ataupun perbuatan yang dapat merendahkan martabat dan kehormatan warga RT 10 Komplek Bumi Bangun Benua.

Seandainya di kemudian hari melakukan atau menyatakan perbuatan yang dapat mencemarkan nama baik warga RT. 10 ia bertanggung jawab dan bersedia menyesuaikan diri dengan ketentuan dan tatakrama yang berlaku di lingkungan RT. 10.

Pernyataan tersebut dibuatnya dengan disaksikan oleh tokoh-tokoh warga RT. 10 dengan maksud agar tercipta ketenangan dan ketenteraman hidup bermasyarakat serta tatanan harmoni.

5. *Badamai* dalam Kasus Pelanggaran Lalu Lintas

Peristiwa lain yang mirip dengan kasus perkelahian adalah lembaga “*badamai*” dalam penyelesaian pelanggaran lalu lintas. Maksud utama dari acara *badamai* ini adalah untuk menghindari penyelesaian perkara di depan sidang pengadilan secara formal.

Menurut hasil penelitian Ahmad Bahrūnī⁵¹ dari data kecelakaan lalu lintas yang terjadi selama tahun 1995-2000 sebanyak 43 kejadian. Dari ke 43 kejadian itu sebagian kecil saja diselesaikan melalui lembaga peradilan. Sebagian besar yaitu 25 kasus besar yaitu 25 kasus diselesaikan secara *badamai*. Inisiatif penyelesaian diambil oleh pihak pelaku atau keluarganya (17 kasus), inisiatif diambil oleh pihak korban atau keluarganya (5 kasus), dan inisiatif dilakukan oleh pihak kepolisian bersama keluarga korban (3 kasus).

Akibat yang diderita korban dalam kasus ini cukup bervariasi, dari luka ringan/lecet sampai meninggal dunia. Dengan perundingan “*badamai*”, maka perkara pidana ini, ada yang sudah diproses oleh pihak kepolisian, diminta dicabut kembali oleh pihak keluarga korban. Dalam hal ini, dari 25 kasus tabrakan lalu lintas ini, 10 kasus sudah berada di tangan kepolisian, tetapi semuanya diselesaikan secara *badamai*.

⁵¹ Ahmad Bahrūnī, *Penyelesaian Tindak Pelanggaran Lalu Lintas Secara Kekeluargaan, sebuah Tinjauan Menurut Hukum Islam dan Hukum Positif*, (Skripsi) Fakultas Syari’ah IAIN antasari Banjarmasin 2000, Lihat Ahmad Syaikhū,

Isi perdamaian teridiri dari tiga macam, yaitu:

- 1). Korban mendapat bantuan biaya perawatan/pengobatan (15 kasus),
- 2). Korban meninggal dunia, mendapat santunan berupa uang duka dari pihak penabrak (6 kasus),
- 3). Korban mendapat bantuan biaya perbaikan kendaraan dan biaya perawatan (4 kasus).

Sedangkan besarnya uang “*badamaī*” yang diberikan, berkisar antara Rp. 150.000,- (bagi korban yang luka ringan/lecet) sampai Rp. 7.500.000,- (bagi korban yang meninggal dunia).

Jika disimak secara mendalam kasus penyelesaian tersebut sebenarnya sesuai dengan landasan pasal 21 UUSA. Kasus pelanggaran lalu lintas ini mirip dengan tindak penganiayaan, perkelahian ataupun pembunuhan. Namun ada beberapa perbedaan yaitu bahwa pelanggaran lalu lintas semata-mata merupakan kelalaian yang mengakibatkan orang lain menderita. Jika ditelaah menurut ketentuan hukum pidana Islam pelanggaran lalu lintas termasuk perbuatan tidak sengaja yang juga mendapat sanksi.

Terdapat praktek *badamai* dalam pelanggaran lalu lintas sesuai dengan pasal 21 UUSA yang menyatakan :

“Perkara yang kedua puluh satu tiap-tiap kampung kalau ada perbantahan isi kampungnja ija itu tetuha kampungnja kusuruhkan membitjarakan mupaqt-mupaqt lawan jang tuha-tuha kampungnja itu lamun tiada djuga dapat membitjarakan ikam bawa kepada hakim”⁵².

Sedangkan essensi UUSA khususnya pasal 21 tersebut merupakan perwujudan dari ajaran Islam yang memerintahkan kepada setiap pemeluknya

⁵² Amir Hasan Kiai Bondan, *loc cit.*

untuk menegakkan musyawarah. Sebagaimana firman Allah pada surat Ali Imran

(3) : 159 yang artinya sebagai berikut :

“Maka disebabkan rahmat dari Allahlah, engkau bersikap lemah lembut terhadap mereka. Seandainya engkau bersikap kasar dan berhati keras niscaya mereka akan menjauhkan diri dari sekelilingmu. Karena itu, maafkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka, dan bermusyawarahlah dengan mereka dalam urusan (tertentu). Kemudian apabila engkau telah membulatkan tekad, bertawakkallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya”⁵³.

Dari pelaksanaan musyawarah (*adat badamai*) dapat dicarikan bentuk penyelesaian terbaik secara *tasaluh*, sepanjang tidak merugikan kedua belah pihak. Hal ini dibenarkan oleh ajaran Islam agar tidak terjadi dendam berkepanjangan di antara kedua belah pihak.

Dengan demikian semakin membuktikan bahwa adat dapat diakui eksistensinya sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip dan ketentuan pokok hukum Islam. Eksistensi interaksi ini dapat dilihat baik dari segi formil (forum *bapatut*/musyawarah) maupun dari segi materiil (ketentuan normatif) yang diterapkan.

Dari ketiga contoh interaksi antara hukum islam dan hukum adat tersebut menunjukkan bahwa ternyata sulit untuk memahami eksistensi dan berkembangnya agama dalam hal ini hukum islam di suatu tempat tanpa peran atau kehadiran budaya dalam hal ini hukum adat. Secara epistemologis dan antropologis, bisa saja dibayangkan adat berkembang tanpa agama atau hukum Islam. Sebagaimana dikemukakan oleh Komarudin Hidayat :

⁵³Departemen Agama RI, *op cit*, halaman 135.

“Agama hanya bisa dipahami, diamalkan, dan dikritik hanya ketika agama tadi telah menyebar dan membudaya, karena persoalan agama pada dasarnya adalah persoalan manusia dan kemanusiaan. Secara theologis asal usul agaa (wahyu) adalah dari Tuhan Yang Maha Transendent. Tetapi begitu agama membumi dan dipahami serta dihayati oleh manusia maka yang tertangkap oleh kita bukan lagi doktrin agama yang abstrak dan transendent, melainkan agama yang telah dipahami, dirumuskan dan diyakini oleh manusia dimana unsur-unsur manusia dan unsur budaya tidak mungkin terpisahkan lagi”⁵⁴.

Terutama dalam hal penerapan sanksi zina pada masyarakat Banjar, sulit untuk melihat bekerjanya hukum Islam tanpa dimodifikasi melalui adat setempat yang disana sini ternyata juga masih mengacu kepada sandaran hukum Islam. Meskipun tidak sama dan sebangun dengan petunjuk menurut ketentuan hukum Islam yaitu dengan menerapkan hukum jilid. Namun hal ini tentu didasari oleh alasan adat setempat.

Kecuali itu aspek *badamai* dalam menyelesaikan tindak penganiayaan, perkelahian dan pelanggaran yang mengakibatkan menderitanya orang lain, tanpa *modifikasi* sudah mencerminkan prinsip hukum Islam yang senantiasa menganjurkan kepada pemeluknya untuk melaksanakan *Ishlah*.

Kenyataan yang terjadi pada masyarakat Banjar dalam hal ini adalah telah membaurnya sedemikian rupa antara hukum Islam dengan hukum adat. Untuk menggambarkan hubungan antara hukum Islam dengan hukum adat, maka *receptie a contrariol*ah sebagai basis teori yang tepat untuk menyatakan gambaran interaksi antara kedua sistem hukum tersebut. Dengan sendirinya *adat badamai* yang diterapkan oleh masyarakat Banjar tentulah tidak bertentangan dengan prinsip syari’at Islam. Karena ada kaedah Ushul yang berbunyi “*Al-adatu*

⁵⁴Komaruddin Hidayat, Agama dan Budaya, penamas, Jurnal Penelitian Agama dan Kemasyarakatan, No. 13 Tahun V, 1992, halaman 4.

Muhakkamatun"⁵⁵ yang maksudnya adat yang tidak bertentangan dengan syaria't islam menjadi dasar hukum sepanjang memenuhi beberapa persyaratan menurut teori hukum adat, yaitu adat nan teradat maksudnya adat tersebut sudah menjadi kebiasaan, kemudian adat kebiasaan mempunyai sanksi (*Ter Haar*) dan merupakan putusan raja, tokoh (penguasa adat setempat) menurut (*van Vollenhoven*).

6. *Badamai* dalam Pelanggaran Etika dan Moral serta Susila

Salah satu tujuan syari'at Islam adalah memelihara kehormatan. Karennya perzinahan merupakan perbuatan yang sangat dikutuk oleh Allah. Allah membuat ketentuan yang amat keras sebagaimana yang disayari'atkan dalam Al-Qur'an terhadap pelaku zina. Allah berfirman dalam surat an-nur ayat 2 artinya :

*"Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina maka deralah tiap-tiap orang dari keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya sehingga mencegah kamu untuk menjalankan agama Allah. Jika kamu beriman kepada Allah dan hari akherat. Dan hendaklah pelaksanaan hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman"*⁵⁶.

Apabila dilihat dari ketentuan ini maka terasa sangat berat. *Pertama* hukuman fisik dengan cambuk sebanyak seratus kali yang tentunya saja sangat menyakitkan. *Kedua*, pelaksanaan hukuman tersebut disaksikan oleh sekumpulan orang-orang yang beriman. Ketentuan ini sangat memberatkan, karena orang harus menanggung malu atas perbuatannya. Dengan hukuman yang seperti itu orang-orang akan takut berbuat zina semanya.

⁵⁵Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fikih*, Dar al Ma'arif al araby, Beirut, 1958, halaman 278.

⁵⁶Departemen Agama RI, *op cit*, halaman 543.

Untuk menetapkan bahwa perbuatan zina benar-benar terjadi dapat digunakan dua macam alat bukti :

Pertama, persaksian empat orang saksi laki-laki yang adil, melihat atau menyaksikan langsung dengan mata kepala sendiri. Pembuktian dengan empat orang saksi demikian itu hampir-hampir tidak mungkin terjadi kecuali dalam keadaan orang tidak lagi mengindahkan kehormatan dan martabatnya sebagai manusia dan tidak memngindahkan nilai-nilai moral yang luhur. Apabila persaksian atas tuduhan zina itu tidak lengkap, maka dalam Islam yang menuduh seseorang berzina harus dihukum. Maksudnya tidak seorangpun boleh menuduh seenaknya tanpa ada alasan dan bukti yang menguatkan kebenaran tuduhan itu.

Kedua, pengakuan langsung dari dirinya sendiri, sebagaimana telah terjadi pada masa nabi. Pengakuan ini harus benar-benar meyakinkan kebenarannya. Nabi baru mau menerima kebenaran pengakuan orang melakukan zina setelah empat kali dan disertai sumpah atas nama Allah akan kebenaran pengakuannya.

Dalam Islam pelaku zina termasuk yang pernah kawin (*muhsin*) atau yang belum kawin (*gairu muhsin*). Adanya unsur suka sama suka dalam hukum positif tidak termasuk zina yang di dalam hukum Islam tidak dikenal istilah tersebut. Dalam Islam perbuatan itu dilakukan suka sama suka atau tidak mempengaruhi status perbuatan zina, dan tetap disebut zina. Dalam hukum positif hanya dikategorikan zina apabila salah satu pihak pernah kawin.

Dari hasil penelitian Fatmawati⁵⁷ ditemukan satu bentuk sanksi adat yang diberlakukan masyarakat Islam Kecamatan Cerebon Kabupaten Barito Kuala terhadap pelaku zina. Zina di sini adalah menurut pengertian masyarakat setempat yang ternyata sama dengan pengertian menurut hukum Islam, yaitu hubungan kelamin di luar nikah, baik pelakunya gadis, jejaka, janda, duda, ataupun mereka yang sedang dalam suatu perkawinan.

Kecamatan Cerebon terletak 6 Km dari ibu kota Kabupaten Barito Kuala (Marabahan). Dari 11 kasus yang ditemukan di 8 desa yang terjadi antara tahun 1988 s.d. 1998, maka pelaku pria yang terbukti atau mengaku melakukan zina, oleh adat setempat dijatuhi hukuman berupa menyembelih seekor kambing, tidak boleh diganti dengan jenis hewan lain dan sekaligus menyelenggarakan upacara selamatan.

Menurut keterangan masyarakat setempat⁵⁸ tidak diketahui secara pasti, kapan sanksi adat seperti ini mulai diberlakukan. Tetapi menurut penuturan masyarakat setempat, sanksi adat ini sudah berjalan turun temurun, jauh sebelum Indonesia merdeka, dan berlaku sampai saat penelitian itu dilakukan. Sanksi adat baru dijalankan apabila dipenuhi beberapa syarat yaitu:

- 1). Tertuduh dianggap mampu melakukan zina (misal sudah baligh/dewasa);
- 2). Ada satu orang atau lebih saksi yang bersedia disumpah;
- 3). Adanya pengakuan kedua belah pihak atau salah satu diantara pelaku yang dapat meyakinkan tentang kebenarannya.

⁵⁷Ratnawati, *Sanksi Adat Terhadap Pelaku Zina di Kecamatan Cerebon Kabupaten Barito Kuala*, (Skripsi), Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin, 1987.

⁵⁸ Wawancara dengan Bapak Utuh Mega warga Mambangin Kecamatan Cerebon Kabupaten Batola pada Kamis, September 2005.

Syarat 1) dan 2) merupakan syarat kumulatif, sedangkan syarat 3) dapat berdiri sendiri, artinya dengan adanya pengakuan saja dari pelaku, sanksi sudah dapat dijatuhkan.

Kepala desa sebagai kepala adat memimpin rangkaian acara/kegiatan penyembelihan kambing diawali dengan membaca bismillah seperti lazimnya menurut tuntutan Islam. Bagi pelaku yang dipandang mampu, dikenai beban tambahan (tuntutan sunat/fakultatif) yaitu pengadaan beras untuk melengkapi acara selamatan dengan mengundang masyarakat di desa tersebut.

Menurut informasi⁵⁹ yang diperoleh, menyembelih kambing jantan ditentukan sebagai satu bentuk sanksi karena dikiaskan (*analog*) dengan menyembelih hewan korban yang dilakukan oleh umat Islam setiap tahun. Sedangkan maksud dijatuhkannya sanksi ialah:

- 1). Untuk menolak bala yang mungkin turun akibat perbuatan zina;
- 2). Agar pelaku zina jera dan tidak mengulangi lagi perbuatannya;
- 3). Agar masyarakat pada umumnya tidak ikut melakukannya.

Apabila sanksi adat telah dilaksanakan, maka masalahnya dianggap selesai. Apakah selanjutnya mereka akan dikawinkan atau tidak, keluarga bersangkutan masing-masingnya dianggap lebih berhak untuk menentukannya. Dari 11 kasus yang diteliti oleh Ratnawati tersebut, ternyata 9 kasus pelakunya kawin/dijodohkan sebelum melaksanakan sanksi zina, dan 2 kasus dikawinkan setelah pelaksanaan sanksi adat.

⁵⁹ Wawancara dengan Bapak Fadli warga Desa Mambangin Kecamatan Cerebon Kabupaten Batola pada hari Jum'at September 2005.

Dalam hal pelaku zina pria sama sekali tidak mampu, atau lebih dahulu meninggal atau kabur meninggalkan desa sedang perbuatannya tidak terbukti, dan keluarganya tidak ikut bertanggung jawab, maka pengadaan kambing terpaksa menjadi beban masyarakat desa. Kepala desa dalam hal ini berinisiatif minta sumbangan kepada segenap anggota masyarakat desa setempat untuk membeli kambing.

Dari segi penilaian terhadap perbuatan *asusila* ini antara hukum Islam dengan hukum adat memiliki kesamaan, yaitu sama-sama memandang perbuatan itu sebagai perbuatan zina baik dilakukan suka sama suka atau tidak, keduanya memandang perbuatan zina dianggap sah baik dilakukan oleh yang pernah kawin atau yang belum pernah kawin. Bertolak dari aspek-aspek ini saja terlihat bahwa hukum adat yang berlaku sepertinya mengadopsi ketentuan hukum Islam. Meskipun dalam penerapan sanksi hukuman atas pelaku zina ini masih kelihatan peran hukum adat demikian kuat, sebab tidak ada satupun diantara pelaku zina itu yang dikenakan sanksi jilid ataupun rajam. Namun ada modifikasi sanksi zina yang diterapkan pada masyarakat Banjar ini yang dapat dianalogikan dengan ajaran hukum Islam ialah dengan adanya penyembelihan hewan korban dan ini jikapun dapat dikategorikan sebagai bersumber dari hukum Islam, maka masih harus mencari alasan pembenar.

Diantara alasan pembenar ialah penyembelihan hewan korban sebagai penebus agar tuntutan harmoni tetap terpelihara dengan baik kembali akibat terusik oleh pelanggaran zina. Dalam Islam memang ada ajaran berkorban, namun tujuannya untuk mendekatkan diri kepada Allah, bukan untuk

melaksanakan sanksi pelanggaran. Tetapi setidaknya-tidaknya alasan pembenar yang dapat diterima adalah kalau penerapan sanksi itu merupakan ketetapan penguasa adat yang dalam hal ini dapat diumpamakan dengan hukuman ta'zir yang pelaksanaannya diserahkan kepada penguasa. Selain itu apakah sanksi zina termasuk ke dalam kategori hukuman ta'zir juga masih merupakan satu persoalan yang lain. Yang jelas masyarakat Banjar melaksanakan sanksi zina itu dengan menyembelih hewan korban bukan dengan sanksi yang lain, karena menyembelih kambing dianggap berat secara ekonomi, tidak semua orang di daerah itu memiliki kemampuan untuk menyembelih kambing.

Dari fakta sejarah maupun data normatif diketahui bahwa daerah Kecamatan Cirebon dahulunya termasuk ke dalam wilayah kesultanan Banjar yang pada masa kekuasaan Sultan Adam diterapkan ketentuan sanksi zina sebagaimana termuat dalam pasal 30 Undang-Undang Sultan Adam selanjutnya disebut UUSA yang berbunyi:

*"Mana-mana orang jang kababaran jang tiada mengaku berzina jaitu padahkan kajah diaku"*⁶⁰.

Pasal 30 UUSA tersebut mengatur tentang wanita yang melahirkan tanpa suami dan tidak mengaku bahwa dia berzina, harus dilaporkan pada sultan. Dan sultanlah yang menetapkan jenis hukumannya. Melahirkan kababaran juga diartikan dengan melahirkan secara paksa atau digugurkan sebagai akibat hubungan tanpa nikah atau berzina.

⁶⁰ Amir Hasan Kiai Bondan, *Op.Ccit*, 35.

Dari segi sanksi yang dijatuhkan oleh *tetuha*⁶¹ kampung atau tetuha adat menunjukkan adanya kesesuaian dengan sanksi dalam hukum Islam yaitu apa yang disebut dengan sanksi ta'zir, yaitu jenis hukuman yang diserahkan kepada Hakim untuk memberikan dan menetapkan macam dan bentuk sanksi hukuman terhadap pelaku zina.

Sanksi hukuman terhadap pelaku zina hukum Islam demikian keras yaitu dijilid dengan 100 kali, namun dalam pelaksanaannya jarang diterapkan mengingat orang yang menuduh harus mampu mendatangkan empat orang saksi yang melihat langsung, dan atau adanya pengakuan dari yang bersangkutan.

Dari tiga macam tujuan sanksi hukuman yang dijatuhkan kepada pelaku zina pada prinsipnya juga sesuai dengan prinsip hukum Islam terutama pada tujuan yang kedua dan ketiga.

Dari kenyataan tersebut semakin menguatkan tesis yang menyatakan bahwa interaksi hukum Islam dengan hukum adat pada masyarakat Banjar adalah terjadinya pembauran antara unsur hukum Islam dengan hukum adat. Hukum adat berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan prinsip hukum Islam (*receptio a contrario*). Dalam pelaksanaan sanksi zina ini sulit untuk melihat hukum Islam dapat diterapkan tanpa adanya dukungan adat setempat.

⁶¹Tetuha adat merupakan pemimpin yang ditaati oleh masyarakat yang pada masa kerajaan Banjar pengaruhnya sama dengan sultan atau Penguasa adat.

BAB VI

P E N U T U P

A. Kesimpulan

Dari hasil temuan penelitian ini penulis berupaya memberikan sumbangsih perspektif dalam hukum dengan menyoroti dinamika hukum nasional kaitannya dengan nilai-nilai yang hidup pada masyarakat Banjar (penyelesaian sengketa dengan *adat badamai*). Penulis telah menjelaskan tentang bentuk penyelesaian sengketa sesuai dengan nilai-nilai hukum yang hidup (*adat badamai*) diterapkan dalam masyarakat Banjar. Hal itu menunjukkan adanya ikatan keluarga, nilai solidaritas, nilai kebersamaan, gagasan tentang aturan dan perilaku yang khas pada masyarakat Banjar (*adat badamai*) dalam menyelesaikan sengketa. Nilai-nilai ajaran Islam berinteraksi membentuk situasi hukum yang *pluralistik*. Terkadang melibatkan nilai-nilai hukum yang mendasar yang bertentangan yaitu antara nilai-nilai hukum positif, hukum adat dan hukum Islam.

Hasil telaah dan pembahasan yang telah penulis uraikan terdahulu dapat disimpulkan paling tidak sebagai berikut:

1. Keberadaan *adat badamai* sebagai sebuah nilai dan bentuk penyelesaian sengketa hukum pada masyarakat Banjar masih melembaga, setidaknya tidaknya dapat dilacak dari kemauan masyarakat dan pemerintah di beberapa daerah kabupaten kota yang berkeinginan untuk mewujudkan kembali suasana kehidupan sebagaimana yang pernah terjadi pada masa kesultanan. Setidaknya dapat dilihat dari lahirnya beberapa Peraturan Daerah yang bernuansa Syari'at. Hal ini menunjukkan nilai-nilai yang

hidup termasuk *adat badamai* masih fungsional di Kalimantan Selatan. *Adat badamai* itu sendiri merefleksikan seberapa jauh pengaruh ajaran Islam di tanah Banjar. Pengaruh *ishlah* dalam ajaran Islam yang kemudian berinteraksi sedemikian rupa dengan adat setempat lebih lanjut melahirkan nilai-nilai yang hidup di masyarakat Banjar. Undang-Undang Sultan Adam (1835) merefleksikan nilai-nilai ajaran Islam pada satu sisi dan nilai-nilai adat pada sisi yang lain. Beberapa pasal dari UU Sultan Adam itu kemudian dijadikan landasan dilakukannya *badamai* pada setiap terjadi sengketa hukum. Penggunaan *adat badamai* dalam aspek keperdataan ternyata telah menjadi pilihan masyarakat. Hal ini berkesesuaian dengan model penyelesaian seperti yang diatur dalam peraturan perundangan yang berlaku di Indonesia.

2. Masyarakat Banjar lebih mengedepankan solusi perdamaian atau *adat badamai* dalam istilah Banjar *baparbaik*, *bashuluh*, *baakuran* maupun *bapatut* yang sama pentingnya dengan penyelesaian sengketa hukum melalui lembaga peradilan. Apalagi sengketa keperdataan semisal pembagian waris, sengketa keluarga atau perkawinan maupun yang berkaitan dengan harta *perpantangan (gono gini)*. Dalam perkara pidana, sistem peradilan pidana jauh lebih dominan diterapkan. Namun pihak-pihak yang terlibat merasa diperlakukan dengan tidak adil. Karenanya perasaan balas dendam akibat adanya perasaan tidak puas terus berlanjut. Sehingga dapat mengusik dan mengganggu ketertiban umum. Karena itu, dalam kasus pidana peradilan umum tetap dipergunakan. Secara teoritis

penelitian ini menegaskan peran dan fungsi hukum sebagai senjata dalam penyelesaian sengketa hukum, persoalannya dapatkah pola penyelesaian sengketa (*adat badamai*) ini dijadikan sebagai model penyelesaian sengketa dalam politik hukum nasional. Hal ini disebabkan antara hukum Islam dan hukum adat sama-sama tidak mengenal pembagian hukum privat dan hukum publik atau antara hukum perdata maupun hukum pidana. Dalam riset ini diperoleh temuan bahwa tidak menutup kemungkinan para pihak menempuh penyelesaian melalui jalur peradilan, namun biasanya yang berkaitan dengan perkara delik aduan dapat diselesaikan melalui *adat badamai*. Dan dalam perkara pidana murni sekalipun biar si pelaku sudah dihukum di pengadilan, namun belum juga diadakan *bapatut*, maka persoalan belum dianggap selesai. Bahkan sering terjadi balas dendam diantara pihak keluarga korban. Ini merupakan petunjuk bahwa mereka memiliki bentuk penyelesaian sendiri yang dianggap mereka lebih berkeadilan, memiliki kepastian dan memberikan manfaat untuk kedua belah pihak. Upaya untuk harmonisasi atau menyelaraskan nilai-nilai hukum yang hidup (*adat badamai*) dengan hukum positif merupakan suatu keniscayaan, mengingat sumber hukum nasional terdiri dari hukum adat, hukum Islam dan hukum barat. Upaya itu antara lain:

- a. Nilai-nilai hukum yang hidup terutama yang berkaitan dengan hukum perdata sudah dengan sendirinya harus diintegrasikan ke dalam sistem

hukum nasional, dan dalam hukum formal maupun materiil hukum nasional ternyata memiliki semangat yang sama.

- b. Namun berkaitan hukum publik hendaknya nilai-nilai hukum (*adat badamai*) itu juga seharusnya dimasukkan ke dalam rancangan KUHP, agar nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat itu dapat diterima dalam sistem hukum nasional.
3. Secara konstitusional adat badamai telah mendapat pengakuan dan telah tertampung secara sah dalam pasal 18 B ayat (2) UUD 45 hasil amandemen. Dalam UU No. 32 Tahun 2004 Pasal 143 tentang Pemerintahan Daerah juga sudah menampung kedudukan *adat badamai*. Kedudukannya yang kuat secara konstitusional ini harus disikapi dengan cara yang positif. Aparat penegak hukum dalam hal ini mewakili Negara perlu melakukan perubahan paradigma dalam menyikapi model penyelesaian sengketa dengan *adat badamai*. Adat badamai menggambarkan hukum yang hidup pada masyarakat Banjar. Dalam aspek hukum privat adat badamai sudah barang tentu telah memenuhi tuntutan sosiologis maupun normatif. Akan tetapi dalam tataran publik (kasus pidana), aparat penegak hukum dalam hal ini polisi, jaksa dan hakim harus segera mengubah paradigma atau pendekatan terhadap model penyelesaian sengketa yang hidup di masyarakat. Sebab esensi atau tujuan pemidanaan adalah dalam rangka menciptakan ketertiban, kedamaian dan keadilan. Apabila masyarakat dengan menggunakan model *adat badamai* sudah memenuhi asas-asas, kaidah, tujuan maupun

hakekat pidana dan pembedaan secara filosofis apakah aparat masih perlu bertindak. Sudah saatnya para penegak hukum membangun dan mengembangkan paradigma berpikir kearah yang lebih populis, melalui pendekatan kajian *restorative justice* dalam penegakan kasus pidana. Juga perlu mengembangkan pola-pola penyelesaian sebagaimana dikembangkan dalam ADR (*adat badamai*) dengan mengambil peran sebagai penasihat (*adviser*).

B. Rekomendasi

Berdasarkan kesimpulan tersebut di atas, maka disarankan :

1. Perlu optimalisasi peran penegakan hukum (polisi, pengacara, jaksa maupun hakim). Terutama lembaga polisi hendaknya mereformasi diri menjadi Perpolisian Masyarakat, tidak saja sebagai aparat penyidik tetapi lebih jauh jika dapat berperan sebagai penasihat (*adviser*) bagi semua pihak. Tidak sekali-kali menggunakan pendekatan kekuasaan (sebagai penyidik), tetapi kalau diperlukan mendorong dirinya sendiri (memposisikan dirinya) menjadi sebuah lembaga yang mampu memberikan solusi, pelindung, pelayan, mitra masyarakat. Sehingga dapat mendorong tegaknya bentuk penyelesaian sengketa hukum yang terjadi di masyarakat secara mandiri dan kondusif.
2. Hendaknya nilai-nilai *adat badamai* terutama berkaitan dengan adanya aspek kemaafan, maupun aspek denda (*diat*) dapat dipertimbangkan untuk

dimasukkan ke dalam rumusan rancangan KUHP, mengingat dalam hukum pidana sendiri juga menganut hukuman denda.

3. Terbuka kesempatan untuk memperbaharui sistem peradilan Indonesia dengan mengangkat nilai-nilai dan asas-asas yang hidup dalam masyarakat Banjar, sehingga semakin memberikan rasa kepercayaan terhadap masyarakat terhadap lembaga penegak hukum itu sendiri dalam upaya pengembangan sistem peradilan yang memenuhi rasa keadilan masyarakat. Misalnya dalam KUHP tidak dikenal adanya penyelesaian secara *adat badamai* dalam perkara pidana, padahal dalam bentuk sanksi seseorang akan dikenakan apabila menghilangkan nyawa orang lain antara lain karena berencara, karena dendam dan karena kekerasan. Tetapi ada celah yang tidak tertampung dalam aturan itu bahwa orang yang membunuh karena membela kehormatan, harga diri dan mempertahankan diri seperti ini tidak masuk dalam klausula aturan, sehingga patut dipertimbangkan.
4. Sudah saatnya pemerintah daerah mulai dari Kecamatan, Kelurahan maupun Rukun Warga dan Rukun Tetangga memiliki aturan-aturan hukum sebagai perwujudan dari *adat badamai*, demi memelihara ketertiban, keamanan tatanan harmoni dalam masyarakat. Mengingat secara konstitusional *adat badamai* itu sudah diakui baik oleh UUD 45 maupun UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan daerah.

DAFTAR KEPUSTAKAAN

- Abdurrahman, *Ilmu Hukum Teori Hukum dan Ilmu Perundang-Undangan*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995.
- Abdurrahman, *Paradigma Baru Tentang Kewenangan Peradilan Agama di Indonesia*, Makalah disampaikan pada Seminar dalam rangka Rapat Kerja para Dekan Fakultas Syari'ah seluruh Indonesia di Banjarmasin tanggal 19 September 2006.
- Abdurrahman, Asymuni, *Kaidah-kaidah Fiqhiyah*, Bulan Bintang, Jakarta, 1980.
- Abdurrahman, *Beberapa Catatan Tentang Undang-Undang Sultan Adam Ditinjau dari Perspektif Hukum, Hukum Islam dan Hukum Adat Banjar* (Makalah) pada simposium tentang Undang-Undang Sultan Adam, Fakultas Hukum Unlam, Banjarmasin, 1984.
- Abdurrahman, *Hukum Adat dalam Perkembangan Pluralisme Hukum di Indonesia*, Makalah pada Seminar Tentang Pluralisme Hukum dan Tantangannya Bagi Pembentukan Sistem Hukum Nasional yang diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Hukum dan HAM RI di Makasar, 1-2 Mei 2007.
- Abdurrahman, *Hukum Adat dalam Perundang-undangan Agraria Indonesia*, Penerbit, Akademika Pressindo, Jakarta, 1984.
- Abdurrahman, *Hukum Adat Menurut Perundang-undangan Republik Indonesia*, Edisi Pertama, Cendana Press, Jakarta, 1984.
- Abdurrahman, *Kedudukan Hukum Adat dalam Rangka Pembangunan Hukum Nasional*, Bandung, 1978.
- Abdurrahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Akademika Pressindo, Jakarta, 1992
- Abdurrahman, *Menggagas Format Baru Peranan Peradilan Agama Pasca Lahirnya UU No. 3 Tahun 2006 tentang Peradilan Agama*, Makalah yang disajikan dalam Seminar tentang Peranan Peradilan Agama Pasca Lahirnya UU No. 3 tahun 2006, 18 September 2006, Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin.
- Abdurrahman, *Menyongsong Pelaksanaan Kewenangan Baru Peradilan Agama di Indonesia*, Orasi Ilmiah dalam acara Pembukaan Kuliah Fakultas Syariah IAIN Antasari Banjarmasin, 4 September 2006.

- Abdurrahman, *Paradigma Baru Tentang Kewenangan Peradilan Agama di Indonesia*, Makalah disampaikan pada Seminar dalam rangka Rapat Kerja para Dekan Fakultas Syari'ah seluruh Indonesia di Banjarmasin tanggal 19 September 2006.
- Abdurrahman, *Penyelesaian Sengketa Lingkungan Hidup Menurut Hukum Adat Dayak*, Universitas Indonesia Program Pascasarjana Fakultas Hukum, 2002.
- Abdurrahman, *Perkembangan Pemikiran tentang Pembinaan Hukum Nasional di Indonesia*, CV. Akademika Pressindo, Jakarta, 1989.
- Abdurrahman, *Studi tentang Undang-Undang sultan Adam 1835 Suatu Tinjauan tentang Perkembangan Hukum dalam Masyarakat dan Kerajaan Banjar pada Pertengahan Abad ke-19*, Makalah, 1989.
- Abdurrahman, "Peranan Hukum dalam Penanggulangan Konflik Sosial" dalam *Jurnal Hukum dan Pemikiran Syariah* Nomor 1, Tahun 2, Januari-Juni 2002.
- Adatrechtbundel XIII, "Oendang-oendang Soeltan Adam (1835)", ('s-Gravenhege : Martinus Nijhoff, 1951).
- Affandi, Ali, *Kedudukan dan Pengaruh Hukum Asing Dalam Pembinaan Tata Hukum di Indonesia*, Bina Aksara, Jakarta, 1985.
- Ahmadi, "Adat Badamai Pada Masyarakat Banjar Menurut Undang-Undang Sultan Adam (Suatu Telaah Interaksi Hukum Islam dan Hukum Adat Dalam Upaya Pembinaan Hukum Nasional)" Thesis. Progrsam Magister (S-2) Ilmu Hukum UII, jogjakarta, 1997.
- Ali, Achmad, *Menguak Tabir Hukum (Sebuah Tinjauan Filosofis Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996.
- Allott, Antony, *The Limits of Law*, London, Butterworths, 1980.
- Al-Qayyim, Ibn, *I'lam al-Muwaqi'in ar Rab al-Alamin*, III, Beirut: Dar al_fikr, 1977.
- Al-Syalaby, Muhammad Mushthafa, *Ushul al-Fiqh al-Islami*, Dar al-Nahdhah al-Arabiyyah, Beirut, 1406 H/1986 M.
- Al-Zarqa, Muhmmad Ahmad, *al-Fiqh al-Islam fi Tsaubih al-Jadid, al-Madkhal ila-Fiqh al'Am*, Juz II, Cet. X, Damsyiq, Tharbin, 1968.

- Anshari, Endang Saifuddin, *Piagam Jakarta 22 Juni 1945 Sebuah Konsensus Nasional tentang Dasar Negara Republik Indonesia (1945-1949)*, Gema Insani Press, Jakarta, 1977.
- Appeldoorn, Van, L.J., *Inleedingtoot de Stude Voshet Netherland recht*, diterjemahkan menjadi *Pengantar Ilmu Hukum*, oleh : Oetarid Sadino, Pradnya Parmita, Jakarta, 1996.
- Arbain, Taufik, *Migrasi Orang Banjar di daerah Kalimantan Tengah*, tesis, pada Program Kependudukan Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, tahun, 2003.
- Arif, Barda Nawawi, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Arifin, Busthanul, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia (Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya)*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- Arivia, Gadis, *Feminisme : Sebuah kata Hati*, Jakarta: Penerbit Buku Kompas, 2006.
- Arta, Arthum, *Sejarah Orang Banjar*, Makalah, 1989.
- Asshiddiqie, Jimly, *Konsolidasi Naskah UUD 45 Setelah Perubahan Keempat*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2002.
- Audah, Abdul Qadir, *at Tasyri'ul Jinaail Islamiyatil Muqooranan bil qomunil wad'iiy*, al juzul awwal, Makatabatu daaril Arubah, Kairo, t.t
- Azhari, Tahir, M., *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi Hukum Islam , Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992
- Azizy, Qadri, A., *Eklektisisme Hukum Nasional Kompetisi Antara Hukum Islam dan Hukum Umum*, Gama Media, Jogjakarta, 2002.
- Banjarmasin Post, *Konflik Perbatasan Tak Tertangani*, Kamis 9 Februari 2006.
- Basuni, Ahmad, *Nur Islam di Kalimantan Selatan (Sejarah Masuknya Islam di Kalimantan)*, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1986.
- Beckmann-Keebet von, Benda, *The Broken Stair Ways to Consensus : Village Justice and Courts in Minangkabau*, Dordrecht : Foris Publications, 1984.

- Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence Ancient and Modern, Sixth Edition, St. Paul. Minn, West Publishing, 1990.
- Bogdan, Michael, *Comparative Law*, Kluwer Norstedts Juridish Truo, 1994.
- Bohanan, Paul, *Social Anthropology*, Northwestern University, London, 1969.
- BPHN dan Unlam, *Seminar Lembaga-Lembaga Hukum Adat Kalimantan Selatan*, Banjarmasin, 1978.
- BPHN, *Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Bina Cipta, Bandung, 1976.
- BPHN, *Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional*, Binacipta, Bandung, 1978.
- BPHN, *Simposium Pola Umum Perencanaan Hukum dan Perundang-Undangan*, Binacipta, Bandung, 1977.
- BPHN, *Simposium UUPA dan Kedudukan Tanah Adat Dewasa ini*, Banjarmasin, 1977.
- Budiarto, Ali, Ed. *Kapita Selektta Hukum Adat (Suatu Pemikiran Baru Prof. Koesno)*, Ikahi Press, Jakarta, 2002.
- Bukhari, al Abdillah Abi Muhammad ibnu Ismail, *Shahih Bukhari*, Mausu'ah al-Hadits al-Syarif al Ashdaru al Awwalu 102, Capy Right Jami'ul Huquq Mahfudhah al Syirkah sakhr Libarnamij al Hasib, Ihda Syirkat Majmu'ah al Alamiyah, 1991-1996.
- Bukhari, al, Muhammad bin Ismail, *Shoheh Bukhari*, Beirut, Daru Ibnu Kasir, Juz 2, 1987.
- Campbell, Tom, *Seven Theories of Human Society*, diterjemahkan oleh F. Budi Hardiman menjadi *Tujuh Teori Sosial*, Kanisius, Yogyakarta, 1994.
- Carbonneau, Thomas E., *Alternatif Dispute Resolution*, Melting the Lances and Diemounting the Steeds, Chicago, University of Illinois, 1989.
- Churchill, Sir Winston, *A. History of the English Speaking People: The Birth of Britain* (New York, Dodd, Mead, 1956.
- Comaroff, John and Simon Roberts, *The Invocation of Norm in Dispute Settlement : The Tswana Case (I)*, 1981.

- Coser, Lewis, *The Functions of Social Conflict*, The Free Press, Corporation, Collier-Macmillan Canada, Ltd., Toronto, Ontario, Copyright 1956.
- Coubrey, Hilaire Mc, Nigel D. White, *Text Book on Jurisprudence*, International IDE Student Edition, 1992.
- Curson, L.B., *Jurisprudence*, Estovor : Macdonald and Evans 1979.
- Dahlan, Abdul Aziz, (Et), *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid 1, PT Ichtiar Baru Van Hoeve, Jakarta, 1996.
- Darmodiharjo, Dardji dan Shidarta, *Pokok-Pokok Filsafat Hukum (Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia)*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999.
- Daud Abu Sulaiman Ibnu Al Ash-'Ash, *Sunan Abi Daud*,. Muau'ah al-Hadits al-Syarif al Ashdaru al Awwalu 102, Capy Right Jami'ul Huquq Mahfudhah al Syirkah sakhr Libarnamij al Hasib, Ihda Syirkat Majmu'ah al Alamiyah, 1991-1996.
- Daud Abu Sulaiman Ibnu Ishaq as-Sajistani, *Sunan Abu Daud*, Beirut: Darul Fikri, juz. 3, tt..
- Daud, Al-Fani, *Islam dan Masyarakat Banjar Deskripsi dan Analisa Kebudayaan Banjar*, PT. Rajawali Press, Jakarta, 1997.
- David, Rene dan John C. Brieley, *Major Legal Sistem in the World Today*, edisi kedua New York: Free Press, 1978.
- Departemen Agama RI, *Al-Qur'an dan Terjemahnya*, Yayasan Penyelenggara Penterjemah/Pentafsir Al-Qur'an, PT. Intermasa, Jakarta, 1974.
- Departemen Agama RI, *Pedoman Pembinaan Pelayanan Sosial Keagamaan*, Ditjen Bimbingan Masyarakat Islam dan Penyelenggaraan Haji, Jakarta, 2005.
- Dimiyati, Khudzaifah, *Teorisasi Hukum Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Muhammadiyah University Press, 2004.
- Djatnika, Rachmat, *Jalan Mencari Hukum Islam Upaya ke Arah Pemahaman Metodologi Ijtihad dalam Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*. Gema Insani Perss, Jakarta, 1996.
- Djojodigono, *Menyandra Hukum Adat*, Yayasan Fonds UGM, tahun 1950.

- Durkheim, Emile, *The Elementary Forms of Religions Life*, Diterjemahkan dari bahasa Perancis oleh Joseph Ward Swain, (New York : Collier Books, 1975).
- Echols, John M dan Hassan Shadaly, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta, Cet. XV, 1987.
- Effendi, Bakhtiar, *Pengendalian Sosial di Aceh Besar, dalam Alfian (Ed) Segi-segi Sosial Budaya Masyarakat Aceh*, LP3ES, Jakarta, 1977.
- Eisenberger, J, *Kroniek der Zuider en Aostrfdeeling van Borneo*, 1963.
- Emirzon, Joni, *Alternatif Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi & Arbitrase)*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2001
- Esiklopedi Islam* , Jakarta, PT Ichtiar Baru Van Hoeve, Tahun 2001.
- Farran, Sue, *Comparative Legal Sistem*, Course Materials, LA318, University of South Pacific dalam Historical development of different legal sistem, legal imperialism and the global reach of legal families: The Law of any sistem is based on legal tradition Generally law changes very slowly.
- Faruk, HT, *Demokrasi dalam Perspektif Budaya Banjar*, LKPSM Yogyakarta, 1996.
- Friedman, Lawrence M., *American Law*, (New York, W.W. Norton & Company, 1984.
- Friedman, Lawrence M., *The Legal Sistem A. Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.
- Friedmann, W., *Legal Theory*, Columbia University Press, New York, 1967.
- Friedmann, W., *Legal Theory*, Universal Law Publishing Co. Pvt. Ltd, Fifth Edition, Third Indian Reprint, 2003.
- Galanter, Marc., *Keadilan di Berbagai Ruangan : Lembaga Peradilan, Penataan Masyarakat serta Hukum Rakyat dalam Antropologi Hukum sebuah Bunga Rampai*, Penyunting T.O. Ihromi, Yayasan Obor, Jakarta, 1993.
- Galligan, D.J., *Discretionary Powers, A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1990.
- Galtung, Johan, *Peace by Peaceful Means: Peace and Conflict, Development and Civilation*, Diterjemahkan menjadi Studi Perdamaian, Perdamaian dan

- Konflik Pembangunan dan Peradaban, oleh Asnawi dan Safruddin, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003.
- Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary*, Editor in Chief, 2004.
- Geertz, Clifford, *Religion as a Cultural System*, dalam *Antropological Approaches to the Study of Religion* (Michael Banton ed.). A.S.A. Monograph No. 3
- Gibb, H.A.R., *The Modern Trends of Islam*, dialihbahasakan oleh L.E. Hakim, *Aliran-aliran Modern Dalam Islam*, Raja Wali Press, Jakarta, 1994.
- Gijssels Jan, Mark van Hoecke, *What is Rechtsteorie ?* diterjemahkan oleh B. Arif Sidharta menjadi *Apakah Teori Hukum Itu ?*, Laboratorium Hukum Fakultas Hukum Universitas Katolik Perahyangan, Bandung, 2001.
- Griffiths, John, *What's Legal Pluralism*, International Journal of Legal Pluralism, No. 24, 1986.
- Hadikusuma, Hilman, *Antropologi Hukum Indonesia*, Alumni, Bandung, 1986.
- Hadikusuma, Hilman, *Pengantar Antropology Hukum*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 1992.
- Hadjon, Philipus M., *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987.
- Haley, Nolan, *Alternative Dispute Resolution*, St. Paul, Minnesota, 1992.
- Hammar, Nazih, *Aqdu's Shulh Fi Syari'atil Islam* (Sebuah Kajian Perbandingan), Beirut, Darus Samiyah, Cet. I, 1996.
- Hapip, Abdul Djebbar, *Kamus Bahasa Banjar – Indonesia*, Edisi III/1997, Percetakan PT. Grafika Wangi Kalimantan-Banjarmasin, 1997.
- Hapip, Jebar, *Kamus Bahasa Banjar*, Universitas Lambung Mangkurat Press, Banjarmasin, 1999.
- Harahap, M. Yahya, *Kedudukan Kewenangan dan Acara Peradilan Agama*, Cct. I, Pustaka Kartini, Jakarta, 1990.
- Harahap, Yahya M , *Hukum Acara Perdata*; Cet. I, Jakarta, 2005.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford At The Clarendon Press, 1988.

- Hartono, Sunaryati, Cf. C.F.G., *Bhineka Tunggal Ika sebagai Asas Hukum Bagi Pembangunan Hukum Nasional*, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.
- Hartono, Sunaryati, Cf. C.F.G., *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, (Bandung: Alumni, 1991,
- Haryo, Wahyu C., PS, *Sosok dan Pemikiran Sinergi Pluralitas dan Kesatuan Hukum*. Kompas Sabtu, 28 April 2007.
- Haryono, *Perbandingan Sistem Hukum*, Ceramah pada Pembukaan Kuliah Program Magister S-2 Ilmu Hukum UII Jogjakarta, 1996.
- Hasan, Amir Kiai Bondan, *Suluh Sedjarah Kalimantan*, M.A.I., Pertjeakan Fadjar, Bandjarmasin, Tjetakan Pertama, 1953
- Hendra, Frans Winarta, "*Harapan Masyarakat atas Persamaan Kedudukan di Hadapan Hukum*", dalam J. Babari & Nur Fuad, eds., *Indonesia Menuju Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi*, Jakarta, Gandi, 1999.
- Hibban, Ibnu, *Shoheh Ibnu Hibban*, Muas sasatir risalah, Juz 11, Beirut, 1993.
- Hilman, *Sejarah Hukum Adat Indonesia*, 1983, Alumni, Bandung.
- Himpunan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama; Peraturan Pemerintah (PP) nomor 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan.
- Himpunan Peraturan Perundang-undangan Dalam Lingkungan Peradilan Agama; Undang-undang nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama; (Jakarta: Direktorat Pembinaan Peradilan Agama Departemen Agama, 2003).
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Penguin Classics, Penguin Books, England, 1983.
- Hoebel, Adamson, *The Law of Primitive Man A Study in Comparative Legal Dynamics*, by Harvard, University Press, New York, Atheneum, Fourth Printing Desember, 1973.
- Holleman J.F., *Kasus-kasus Sengketa dan Kasus-kasus Di luar Sengketa dalam pengkajian Mengenai Hukum Kebiasaan dan pembentukan Hukum dalam Antropologi Hukum sebuah Bunga Rampai*, Penyunting T.O. Ihromi, Yayasan Obor, Jakarta, 1993.
- Hooker, M.B., (Ed), *Adat Law in Modern Indonesia, of South-East Asia*, Volume I, The Pre-Modern Text, 1986.

- Hooker, M.B., *Legal Pluralisme, An Introduction to Colonial and Neo Colonial Laws*, Clarendon Press, Oxford, 1975.
- Hurgonje, Snouch, *Islam di Hindia Belanda*, terjemahan S. Gunawan; Bharata Karya Aksara, 1983.
- Hussein, Ibrahim, *Jenis-Jenis Hukuman dalam Hukum Pidana Islam: Reinterpretasi terhadap Pelaksanaan Aturan*, Artikel sumbangan dalam buku *Wacana Baru Fiqih Sosial*, yang diterbitkan dalam rangka memperingati 70 tahun KH. Ali Yafie, Bandung, Mizan, 1997.
- Ihromi, T.O. (Ed), *Antropologi Hukum sebuah Bunga Rampai*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1993.
- Irianto, Sulistyowati, *Sejarah Pluralisme Hukum dan Konsekwensi Metodologisnya*, dalam TIM HUMA, *Pluralisme Hukum Sebuah Pendekatan interdisipliner*, HUMA, Jakarta, 2005.
- Islamic Millennium Journal, *Social Reconciliation and Gender Justice*, Islamic Millennium Forum (IMFO) Asian Muslim Action Network-Indonesia (AMAN-Indonesia), Volume I/Number I/September-September 2001.
- Iswanto, *Retritusi Kepada Korban Mati atau Luka Berat Sebagai Syarat Pidana Bersyarat Pada Tindak Pidana Lalu Lintas Jalan Raya*, Ringkasan Disertasi, Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, Jogjakarta, 1995.
- Ja'far, Abidin, *Aqiqah menurut Sunnah Rasul*, Bina Ilmu, Surabaya, 1995.
- Joekes, A.M. (1917), "De Wet van Sultan Adam van Bandjermasin van 1835" dalam *De Indische Gids*, Tahun ke-3, 1881, Jilid II..
- Jurnal Hukum dan Pemikiran Syariah, Nomor I Tahun ke-2 Januari-Juni 2002.
- Kabul, Imam, *Paradigma Pembangunan Hukum di Indonesia Analisis Potensi dan Problem*, Kurnia Kalam, Yogyakarta, 2005.
- Kalimantan Selatan Dalam Angka*, BPS, Kantor Statistik Provinsi Kalimantan Selatan, 2000.
- Kartohadiprodjo, Sudiman, *Hukum Nasional, Beberapa Catatan*, Binacipta Bandung, 1998.
- Kasim, Ifdhal, *Membebaskan Hukum, dalam Wacana, Jurnal Ilmu social Transformasi*, Edisi 6 Tahun II, 2000.

- Kawashima, Takeyoshi, *Penyelesaian Pertikaian di Jepang Kontemporer*, Dalam A.A.G. Peters dan Koesrini Siswosoebroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial*, Jakarta, Sinar Harapan, 1988.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, diterjemahkan *Teori Hukum Murni Dasar-dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik-Deskriptif*, alih Bahasa oleh Drs. Somardi, Rimdi Press, Jakarta, 2000.
- Kepala Kepolisian Negara Republik Indonesia, *Kebijakan dan Strategi Penerapan Model Perpolisian Masyarakat Dalam Penyelenggaraan Tugas Polri*, Lampiran Surat Keputusan Kapolri No. Pol.: SKEP/737/X/225, tanggal 13 Oktober 2005.
- Khalid, Muhammad Khalid, *Rijal haula Rasul*, alih bahasa Mahyuddin Syaf dkk, *Karakteristik Perhidup Enam Puluh Sahabat Rasulullah*, CV. Diponegoro, Bandung, 1986.
- Khaliq, Abd, *Reformasi Hukum Pidana Nasional*, Yogyakarta, Fakultas Hukum UII, 2002.
- Khallaf, Abdul Wahhab, *Masadir at-Tasyri' fi ma la Nassa fih*, Dar al-Kitab al-'Arabi, Mesir, 1961.
- Koentjaraningrat, *Antropologi dan Hukum*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2000.
- Koentjaraningrat, *Kebudayaan Mentalitet dan Pembangunan*, "Gramedia" Jakarta 1974
- Koentjaraningrat, *Sejarah Teori Antropologi I*, UI Press, Jakarta, 1987.
- Koesno dan Suhardiman Kartohadiprodjo dalam "*Hukum Nasional, Beberapa Tjataan*", Bandung, 1968.
- Koesnoe, Muhammad, *Hukum Adat (Dalam Alam Kemerdekaan Nasional dan Persoalannya menghadapi Era Globalisasi)*, Editor H. Siti Soendari, SH dan Agni Udayati, Ubhara Press, 1999.
- Koesnoe, Muhammad, *Kedudukan Hukum Adat di Kemudian Hari*, Jakarta ; Pustaka Rakyat, 1959.
- Koesnoe, Muhammad, *Musyawaharah* dalam Miriam Budiardjo (Ed) *Masalah Kenegaraan*, Jakarta, 1971.

- Koesnoe, Muhammad, *Perkembangan Hukum Adat Setelah Perang Dunia II dalam Rangka Pembaharuan Hukum Nasional*, Simposium Sejarah Hukum, BPHN tahun 1975.
- Kompas, 20 Februari 1993.
- Kusumaatmadja, Mochtar & B. Arief Sidharta, *Ilmu Hukum : Suatu Pengenalan Pertama Ruang Lingkup Berlakunya Ilmu Hukum*, Buku I (Bandung: alumni, 2000).
- Kusumaatmadja, Mochtar, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan* (Kumpulan Karya Tulis), Alumni, Bandung, 2002.
- Laeyendecker, *Tata Perubahan, dan Ketimpangan*, Jakarta, PT. Gramedia (Terjemahan Mckee, James B), 1983).
- Laporan Hasil Penelitian, *Hukum Adat Kalimantan Selatan*, Tim Peneliti Unlam bekerjasama dengan Badan Perencanaan Pembangunan Daerah Pripensi Dati II Kalimantan Selatan Banjarmasin, 1990.
- Laporan Penelitian, *Kedudukan Tanah-Tanah Adat di Kalimantan Selatan*, Fakultas Hukum Unlam, Banjarmasin, 1978.
- Laporan Hasil Penelitian tentang "*Prilaku Etnis dan Potensi Konflik di Kalimantan Selatan*", Tim Penelitian IAIN Antasari Banjarmasin, tahun 2001.
- Laporan Hasil Penelitian, *Kedudukan Tanah Adat di Kalimantan Selatan*, Fakultas Hukum Unlam, Banjarmasin, 1978.
- Laporan Hasil Penelitian, *Mazhab Fiqih yang berkembang di Kalimantan Selatan*, Tim Peneliti Fakultas Syari'ah, IAIN Antasari, Banjarmasin, 1990.
- Laporan Penelitian Akhmad Syaikh, *Tindak Pemerasan Menurut Hukum Islam dan Hukum Positif (Studi Praktik Baparbaik di Kecamatan Kandangan Kabupaten Hulu Sungai Selatan)*, Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin, 1996.
- Laporan Penelitian, *Kedudukan Tanah-Tanah Adat di Kalimantan Selatan pada Simposium UUPA dan Kedudukan Tanah Adat Dewasa ini*, BPHN Banjarmasin 1977,
- Laporan Penelitian, *Kedudukan Tanah-Tanah Adat di Kalimantan Selatan pada Simposium UUPA dan Kedudukan Tanah Adat Dewasa ini*, BPHN Banjarmasin 1977.

- Lev, Daniel S, *Colonial Law and The Genessis of The Indonesian State*, Cornell Modern Indonesia Project, 1973.
- Lev, Daniel S, *Hukum dan Politik di Indonesia Kesenambungan dan Perubahan*, terjemahan Nirwono dan AE Priyono, LP3ES, Jakarta, 1990.
- Lev, Daniel S, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, dihimpun oleh IMPRESS yogyakarta dari Kumpulan tulisan Lev. Dengan Judul *Law and Politic in Indonesia*, 2003.
- Lev, Daniel S, *Judicial Institutions and Legal Culture in Indonesia*, Koleksi IMPRESS Yogyakarta, 1984.
- Lev, Daniel S, *Judicial Unification in Post-Colonial Indonesia*, Cornell Modern Indonesia Project, 1973, No. 16 (October).
- Lev, Daniel S, *Origins of The Indonesian Advocacy*, Cornell Modern Indonesia Project, 1973.
- Lev, Daniel S, *Peradilan Agama Islam di Indonesia Suatu Studi tentang Landasan Politik Lembaga-Lembaga Hukum*, alih bahasa H. Zaini Ahmad Noeh, Cet. I, Penerbit PT. Intermasa, Jakarta, 1980.
- Lim, TH., *Adat, Hukum Adat dan Perkembangan Hukum Nasional*?, *Harian "Kompas"*, 21 Mei 1977.
- Loqman, Loebby, *Kapita Selekta Hukum: Mengenang Prof. H. Oemar Seno Adji, SH*, Cetakan Pertama, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1995.
- Lovenheim, Peter, *Mediate Don't Litigate*, New York, Mc Graw-Hill Publishing Company, 1989.
- Lukito, Ratno, *Pergumulan Antara Hukum Islam dan Adat di Indonesia*, INIS, Jakarta, 1998.
- Lumbuun, T. Gayus, *Confucianisme dan Lingkungan Hidup Budaya Hukum Masyarakat Pasiran*, UI, Fakultas Hukum Program Pascasarjana, Jakarta, 2002.
- Lumbuun, T. Gayus, *Saran dan Masukan terhadap Kesempurnaan Naskah Disertasi Ahmadi Hasan dengan Topik : Penyelesaian Sengketa Hukum Berdasarkan Adat Badamai dalam Kerangka sistem Hukum Nasional*.Awal April 2007.
- Ma'arif, Ahmad Syafi'i, *Islam dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1985.

- Machfuddin Aladif, Moh., *Terjemah Bulughul Maram*, Karya Imam al-Hafiz Ibnu Hajar al-Asqalani, CV. Toha Putera, Semarang tt. Hlm. 613. Lihat Moh. Ismael, *Terjemah Bulughul Maram*, Putera al-Ma'arif, Surabaya, 1992.
- Made Widyana, I., *Delik Adat Lokika Sanggraha dan Kitab Undang-undang Hukum Pidana Nasional*. Dalam Soerjono Soekanto, *Identifikasi Hukum Positif Tidak Tertulis Melalui Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, IND-HILL-CO, Jakarta, 1988.
- Madjid, Nurchalish, *Islam Agama Kemanusiaan: Membangun Tradisi dan Visi Baru Islam Indonesia*, Paramadina, Jakarta, 1995.
- Mahadi, *Uraian Singkat tentang Hukum adat sejak RR Tahun 1854*, Alumni Bandung, 1991.
- Mahalli, al, Jalaluddin dan Al, Suyuthi, Jalaluddin, *Tafsir Jalalain/Tafsir Al-Qur'an Al-'Adzim*, Toha Putera, Semarang, tt.
- Mahmasani, Subhi, *Falsafah at-Tasyri' fi al-Islam*, Mesir: Dar al-Qalam, 1945.
- Mallincrodt, *Het Adatrecht van Borneo I-II*, Leiden: M. Dubbeldeman, 1928.
- Manan, Abdul, *Penerapan Alternative Dispute Resolution (ADR) Law Prases Penyelesaian Perkara*; dalam Suara Uldilag Mahkamah Agung, Vol. II, Nomor 6 April 2005, Pokja Perdata Agama MARI Jakarta.
- Manan, Abdul, *Penerapan Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Agama*, yang selanjutnya disebut *Penerapan*, Prenada Media, Jakarta, 2005.
- Manan, Bagir, *Hukum Positif Indonesia (Satu Kajian Teoritik)*, FH UII Press, Jogjakarta, 2005.
- Manan, Bagir, *Restoratif Justice (Suatu Perkenalan)*, dalam Varia Peradilan No. 247 Juni 2006.
- Manaqib Sultan Adam Al-Watsiq Billah, Martapura Kalimantan Selatan*, Yayasan Sultan Adam, 2001.
- Mansur, Laily, *Kitab Ad Darun Nafis, Tinjauan atas suatu ajaran Tasawwuf*, Hasanu, Banjarmasin, 1982
- Marsum, *fiqh al Jinayat*, Fakultas Syari'ah IAIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 1991.

- Maunajat, Makhrus, *Reposisi dan Signifikansi Hukum Pidana Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Syariah : Jurnal Hukum dan Pemikiran, No. 2 Tahun 4, Juli – Desember 2004.
- Mendelsen, Wallace, *Law and The Development* (The University of Texas at Austin) Journal of Politics. Vol. 32.
- Miall. Hugh (Ed), *Resolusi Damai Konflik Kontemporer*, Rajawali Press, Jakarta, 2000.
- Mochrani, *Sistem Kemasyarakatan Masyarakat Banjar*, Seminar Sistem Nilai Budaya Masyarakat Banjar dan Pembangunan, Banjarmasin, 28-30 Juni 1985.
- Moh, Mahfud, MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, Cet. I Juli 2006.
- Moh, Mahfud, MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 1999.
- Moore, Sally Falk, *Law as Process an Anthropological Approach*, British Library Cataloging in Publication Data, 1978.
- Mudzakkir, *Posisi Hukum Korban Kejahatan dalam Sistem Peradilan Pidana*, Disertasi, UI, Jakarta 2003.
- Muhammad, Bushar, *Asas-asas Hukum Adat, (Suatu Pengantar)*, Pradnya Paramita, Cet. VI, Jakarta, 1986.
- Muhammad, Bushar, *Pengantar Hukum Adat*, Balai Buku Ikhtiar, Jakarta, 1961.
- Muslim, al, Imam bin al Hujjaz bin Muslim al Qusaiyri Abul Husain Hafidz, *Sahih Muslim bi Syarah an Nawawi*, Kitab al-Sa'ab, Qairo, Mesir, 1390 H.
- Muzainah, Gusti, *Pembagian Harta Warisan Menurut Hukum Waris Adat Masyarakat Banjar*, Tesis pada Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, Tahun 1999.
- Myren, Richard A., *Law and Legal Sistem in Law and Justice an Introduction*, Brooks Cole Publishing Company – California, 1978.
- Najib, Muhammad, dkk (ed), *Demokrasi dalam Perspektif Budaya Nusantara*, LKPSM, Yogyakarta, 1996
- Noda, Yosiyuki, *Introduction to Japanese Law*, Tokyo, University Press. 1987.

Nygh, Peter E. Dr. LLD (Syd) Editor, *Business and Law Dictionary*, The Honourable Justice Ipp. Of The Supreme Court of Western Australia, Sidney, 1977.

Nyhart J.D., *The Role of Law in Economic Development*,

Ohorela, H.M.G. dan H. Aminuddin Salle, *Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase pada Masyarakat di Pedesaan di Sulawesi Selatan*, dalam Felix O. Soebagjo dan Erman Rajagukguk (ed.), *Arbitrase di Indonesia*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1995.

Panggabean, Heniy P., *Fungsi Mahkamah Agung Dalam Praktek Sehari-hari*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002.

Parsons, Talcott, "*Malinowski and The Theory of Social System*" dalam Raymond Firth, 1957.

Pemerintah Kota, *Data Pembangunan Perkotaan pada Pemerintah Kota Banjarmasin*, tahun 2000.

Poernomo, Bambang, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1988.

Poernomo, Bambang, *Orientasi Hukum Acara Pidana Indonesia*, Amarta Buku, Yogyakarta, 1988.

Poernomo, Bambang, *Pola Dasar Teori Asas Umum Hukum Acara Pidana dan Penegakan Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1993.

Popper, Karl R, *The Logic of Scientific Discovery*, Science Edition, Mc New York, 1961.

Pospisil, Leopold, Hukum, *Bentruk Atribut dan Penerapannya, dalam Antropologi dan Hukum sebuah Bunga Rampai*, Penyunting T.O. Ihromi, Yayasan Obor Indonesia, 2000.

Pound, Roscoe, *An Introduction to the Philosophy of Law*, with a new introduction by Marshall L. DeRose, USA, 1998.

Pramadya, Yan Puspa, *Judicial Term*, Mastodon, Semarang, t.t.

PT Ichtiar Baru Van Hoeve, *Esiklopedi Islam*, Jakarta, 2001.

Rahardjo, Satjipto, *Beberapa Pemikiran tentang Hukum*, Alumni, Bandung, 1984.

Rahardjo, Satjipto, *Hukum dalam Jagat Ketertiban*, UKI Press, Jakarta, 2006.

- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991.
- Rahardjo, Satjipto, *Pendekatan Baru terhadap Hukum Adat dalam Permasalahan Hukum di Indonesia*, "alumni" Bandung, tahun 1977.
- Rahardjo, Satjipto, *Sisi-Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, Desember 2003.
- Rajagukguk, Erman, *Agenda Pembaharuan Hukum Ekonomi Indonesia Menyongsong Abad XXI*, disajikan dalam Pembukaan Kuliah tahun 1996/1997 Progam Magister (S2) Ilmu Hukum UII, 12 Maret 1997.
- Rancangan Undang-undang Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP)* yang telah diserahkan draftnya oleh Menteri Hukum dan Perundang-undangan kepada Presiden tanggal 5 Januari 2005, RUU tersebut telah digagas sejak Maret 1981.
- Ras, JJ, *Hikayat Banjar a Study in Malay Historie*, Graphy Nartinus Nijhoof, The Haguw, 1966.
- Rasjidi, Lili dan I.B. Wyasa Putra, *Hukum Sebagai suatu Sistem*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, 1996.
- Rasjidi, Lili, *Filsafat Hukum*, Alumni, Bandung, 1990.
- Rich, Vernon, *Law and The Administration of Justice*, New York : John Wiley & Soni Jic, 1975.
- Rijkshroeff, B.R., *Sosiologi, Hukum dan Sosiologi Hukum*, Penerbit CV. Mandar Maju, Bandung, 2001.
- Ritonga, Rahman, dkk. *Ensiklopedi Hukum Islam*, ed. Abd Azizi dahlan, dkk., Jakarta, PT. Intermasa, 1997.
- Roucek J.S. & Warren R.R., *Sociology on Introduction*, London, Routledge & Kegan Paul Ltd, 1963.
- Rousseau, Jean Jacques, *Political Writings*, The University of-Wasconsin Press, USA, 1986.
- Routland, Norbert, *Legal anthropology*, The Athlone Press, London, 1994.
- Sabiq, Sayyid, *Fiqhi al-Sunnah*, Jilid II (Beirut: Dar al-Kitab al-Arabi Beirut, 1983 M/1403 H).
- Sage, Paulinus, *Antropologi Hukum*, Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 1995.

- Saifuddin, Ahmad Fedyani, *Konflik dan Integrasi Perbedaan Faham dalam Agama Islam*, PT. Rajawali Press, Jakarta, 1982.
- Saleh, Idwar M, *Lukisan Perang Banjar 1859-1865*, Depdikbud Propinsi Kalimantan Selatan, 1982-1983.
- Saleh, Idwar M, *Sejarah Daerah Kalimantan Selatan*, Jakarta, Depdikbud, 1978,
- Saleh, Idwar M, *Sejarah daerah Temati, Zaman Kebangkitan Nasional 1900-1942 di Kalimantan Selatan*, Depdikbud, 1978.
- Saleh, Idwar M., *Sekilas Mengenai Daerah Banjar dan Kebudayaan Sungainya sampai Akhir Abad 19*, Moseum Lambung Mangkurat, Propinsi Kalimantan Selatan, 1983.
- Salman, Otje, Soemadiningrat, H.R., *Rekonseptualisasi Hukum Adat Kontemporer: Telaah Kritis terhadap Hukum yang Hidup dalam Masyarakat*, Alumni, Bandung, 2002.
- Salman, Otje., *Kesadaran Hukum Masyarakat Terhadap Hukum Waris*, Alumni, Bandung, 1993.
- Savigny, Friedrich Carl Von (1779-1861): "des Recht wird nicht gemacht, es ist und met dem Volke."
- Savigny, Friedrich Carl Von dalam *Law as a Manifestation of the spirit of the people in History*.
- Sayyid Jaad, Saamikh, *Al-'Afwu 'anil 'Uquubah fil fiqhil Islami wal Qonuunil Wadl'ie*, Maktabah Daarul Maarif, Cairo, Mesir, 1989.
- Schaffmeister, D., et.al., *Hukum Pidana*, Liberty, Yogyakarta, 1995.
- Schimmel, Annemarie, dalam Bawa Muhayyadin, *Islam & World Peace, Explanation of A Suft*, Tasauf Mendamaikan Dunia, Pustaka Hidayah, Bandung, 1997.
- Scholten, Paul Van, *Ilmu Hukum*, Terjemahan B. Arief Sidharta, Universitas Parahiyangan, Bandung, 2000.
- Schuyt, Recht en Samenleving, *Centrale Problemen, alternativen en Overzichten. Assen*; Vab Gorcum, 1983.
- Seman, Syamsiar, *Meninjau Naskah Lama Undang-Undang Sultan Adam*, Majalah Orientasi Fakultas Hukum Unlam, No. 2 Th. 1977.

- Senoadji, Oemar, *Herzering, Ganti Rugi, Suap, Perkembangan Delik*, Erlangga, Jakarta, 1981.
- Shihab, M. Quraish, *Wawasan Al-Qur'an*, Bandung, Mizan, 1996.
- Sidharta, *Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 2004.
- Sidharta, "Refleksi atas Pandangan Teuku Mohammad Radhie tentang Pembangunan Kerangka Landasan Hukum Nasional," dalam E. Suherman et al., *Kumpulan Tulisan untuk Mengenang Teuku Mohammad Radhie* (Jakarta: UPT Penerbitan Universitas Tarumanegara, 1993).
- Sidharta, Arief B, *Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum*, dalam Jurnal Hukum Jentera, Edisi 3 tahun II, Nopember 2004, hlm. 121-125.
- Sidharta, Arief B, *Refleksi tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- Simmel, George, *Conflict as Sociation* (diambil dari Sociology of Georg Simmel) dalam Sociological Theory (A.L. Coser dan B. Rosenberg ed., 1976). New York : Macmillan Co.
- Sinnah, Abi Ahmad Fahmi, *Al'Urf wa al-'adat fi Ra'y al-Fuqaha*, Ttp : Mathba'ah al-Azhar, 1947.
- Sirajuddin, Almaghir Muhammad, *Shariah Law and Society : Continuity and Change in The World of Islam* in Islam and Islamic Modern Studies Jama' Millia Islamic Jamia Nagur Delhi, t.t.
- Slaats, Herman and Partier, Karen, 1992, *Traditional Decision Making and Law : Institutions and Processes in an Indonesian Legal Context*, Yogyakarta, Gajah Mada University Press.
- Soejatman, Kartono dalam Media Angkasa No. 11 Agustus 2000 Tahun X.
- Soekanto, *Meninjau Hukum Adat Indonesia* , Edisi ke-3 disusun kembali oleh Soerjono Soekanto, Rajawali Press, Jakarta, 1981.
- Soekanto, Soerjono dan soleman B. Taneko, *Hukum Adat Indonesia*, Penerbit CV. Rajawali, Jakarta, 1983.
- Soekanto, Soerjono, *Fungsi Hukum dan Perubahan Sosial*, Bandung, Penerbit Alumni, 1981.

- Soekanto, Soerjono, *Identifikasi Hukum Positif Tidak Tertulis melalui Penelitian Hukum Normatif dan Empiris*, Cet. 1, Ind-Hill-Co, Jakarta, 1988.
- Soekanto, Soerjono, *Kedudukan dan Peranan Hukum Adat di Indonesia*, Kurnia Esa, Jakarta, 1970.
- Soekanto, Soerjono, *Mengenal Antropology Hukum*, Bandung, Penerbit Alumni, 1979.
- Soekanto, Soerjono, *Penelitian Hukum Kualitatif*, Alumni, Bandung, 1986.
- Soekanto, Soerjono, *Pokok-pokok Sosiologi Hukum*, PT, Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cet. Ke VII, 1994.
- Soemitro, Ronny Hanitijo, *Masalah-masalah Sosiologi Hukum*, Sinar Baru, Bandung, 1984.
- Soepomo, *Bab-bab Tentang Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1987.
- Soepomo, *Pertautan Peradilan Desa Kepada Peradilan Gubernemen*, Bhratara, Djakarta, 1973.
- Soeripto, *Hukum Adat dan Pancasila, dalam Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman*, Fakultas Hukum Universitas Jember, t.t.
- Subekti, R, *Perbandingan Hukum Persdata*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1996.
- Sukanto, Suryono, *Pembahasan dalam Seminar Hukum Adat dan Pembinaan Hukum Nasional*, 1975.
- Sulistiyono, Adi, *Mengembangkan Paradigma Non-Ligitasi di Indonesia*, UNS Press, Surakarta, 2006.
- Sunaryo, *Asas Memutus Perkara Menurut Hukum Adat*, Kedaulatan Rakyat, Senin 2 Desember 1996.
- Suny, Ismail, *Kedudukan Hukum Islam dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia* dalam buku *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996
- Suparlan, Parsudi, (Penyunting) *Pengetahuan Budaya, Ilmu-Ilmu Sosial dan Pengkajian Masalah-Masalah agama*, Depag RI, Jakarta, 1981.
- Suparman, Eman, *Pilihan Forum Arbitrase Dalam Sengketa Komersial Untuk Keadilan*, Jakarta : PT. Tata Nusa, 2004.

- Surata, Agus & Andrianto, Tuhana Taufik, *Atasi Konflik Etnis*, Global Pustaka Utama Bekerja sama dengan Gharba dan UPN Veteran Yogyakarta, 2001.
- Sutanto, Retnowulan, Mediasi dan Dading, dalam buku *Mediasi dan Perdamaian*, Pusdiklat Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2003.
- Sutiyoso, Bambang, Sri Hastuti Puspitasari, *Aspek-Aspek Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2005
- Syaltout, Mahmood, *Al Islam 'Aqidatun wa Syari'atun*, Darul Qalam, Mesir, 1966.
- Syamsuddin, M., dkk (Ed), *Hukum adat dan Modernisasi Hukum*, PHUII, Yogyakarta, 1998.
- Syihab, Umar, *Hukum Islam dan Transformasi Pemikiran*, Semarang: Dina Utama, 1996.
- Syihabudin, "Kajian Terhadap Jenis dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan Indonesia", *Jurnal Hukum FH-UII*, No. 23 vol. 10 -2003.
- Taimiyah, Ibnu, *Majmu Fatawa Ibnu Taimiyah fil Fiqh*, Darul Fikri, Beirut, tt, Juz 28,
- Taimiyah, Ibnu, *Kumpulan Fatwa Ibnu Taimiyah tentang Amar Ma'ruf, Siyasah Jinayah, Jihad Fi Sabilillah*, Darul Haq, Jakarta, 2005.
- Taneko, Soleman B., *Hukum Adat suatu Pengantar awal dan Prediksi Masa Mendatang*, Eresco, Bandung, 1983.
- Thaib, Dahlan, *et. al*, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Cet. Ke-IV, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2004.
- Thalib, Suyuti, *Receptio A Contrario (Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam)*, Bina Aksara, Jakarta, Cet. IV, 1985.
- Thontowi, Jawahir, *Law and Customory in Makassar Society: the Interaction of Local Custom and the Indonesian Legal System in Dispute Resulation*, Departement of the Anthropology University of Western Australia, March, 1997.
- Tim Peneliti/Penulis Pemerintah Propinsi Kalimantan Selatan, *Urang Banjar dan Kebudayaananya*, Banjarmasin, Oktober, 2005.

- Usman, Ahmad Gazali, *Kerajaan Banjar Sejarah Perkembangan Politik, Ekonomi Perdagangan dan Agama Islam*, Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin, 1994.
- Usman, Ahmad Gazali, *Urang Banjar dalam Sejarah*, Universitas Lambung Mangkurat, Juli 1989.
- Utrecht, E., *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, Penerbit Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1966.
- UU Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah, Penerbit Citra Umbara, Bandung, 2004.
- Vago, Steven, *Law and Society*, Saint Louis University, Englewood Cliffs, New Jersey, 1981.
- Vallenhoven, C. Van, *Miskenningen van het Adatrecht*, tahun 1969.
- Vollenhoven, C, Van, *Adatrecht in Indonesia*, Inis, Jakarta, 1994.
- Vollenhoven, C, Van, *Het Adatrecht van Nederlansthindie*, 1907.
- Vollenhoven, C, Van, *Adatrechtboundel*, Vol XVIII, 1917.
- Wertheim W.F, *Masyarakat Indonesia dalam Transisi, Studi Perubahan Sosial*, Penerbit, PT. Tiara Wacana, Yogyakarta, 1999.
- Wibisono, Singgih, *Kehidupan Masyarakat Dukuh*, Bulletin Yaperna, t.t.
- Widjaya, Gunawan, *Alternatif Penyelesaian Sengketa, dalam Seri hukum Bisnis*, Penerbit PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2001.
- Wigmore, John E, *Panorama of the World's Legal Sistem*, 3 jilid (St. Paul, Mannessota, West Publishing, 1928).
- Wignjodipuro, Surojo, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta, Cet. IV. 1982.
- Wignjosoebroto, Soetandyo, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional Dinamika sosial, Politik dalam Hubungan Hukum di Indonesia*, PT. Rajawali Press, Jakarta, Cet. II, Nov. 1995.
- Wignjosoebroto, Soetandyo, *Hukum Pradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, ELSAM dan HUMA, Jakarta, 2002.

- Wignjosoebroto, Soetandyo, *Peranan Hukum Adat untuk Menata Hubungan kerja dalam Masyarakat Industri*, Seminar Masa Depan Hukum Adat, Yogyakarta, FH UII, 1988.
- Wijaya, A.W., *Individu, Keluarga, dan Masyarakat*, Jakarta, Akademika Pressindo, 1986.
- WIPO, *Mediation Rules*, (effective October 1, 1994).
- Wiyata, Latif A, *Carok Konflik Kekerasan dan Harga Diri Orang Madura*, Lkis, Yogyakarta, 2002.
- Yusuf, Abu, *Ar-Rad 'Ala Siyar al-Auza'i*, Dar al-Qalam, Mesir 1357 H.
- Zahrah, Abu Muhammad, *Ushul al-Fiqh*, Dar al Fikri al Araby, Beirut, 1958.
- Zahrah, Abu Muhasmmad, *Ushul Fiqh*, Darul Maáarif, Beirut, 1999.
- Zamzam, Zafri, *Syech Muhammad Arsyad Al-Banjari*, Banjarmasin, t.t.
- Zen, Irsyad, *Sejarah dan Zuriat Syekh Muhammad arsyad Al-Banjari*, Yayasan Sultan Adam, Martapura, 1998
- Zuhaili, Wahbah, *Ushul Fiqh*, darul Fikr, Beirut, 1999.
- Zen, Irsyad, *Manaqib Sultan Adam Al-Watsiq Billah, Martapura Kalimantan Selatan*, Yayasan Sultan Adam, 2001.

DAFTAR RIWAYAT HIDUP

I. DATA PRIBADI

1. N a m a : Drs. Ahmadi, M.Hum
2. Nomor Induk Pegawai : 150232901
3. Tempat tgl. Lahir : Banjarmasin, 6 April 1958
4. Pangkat/Gol. Ruang : Pembina (IV/b)
5. Jabatan/Eselon : Lektor Kepala pada Fakultas Syari'ah IAIN
Antasari Banjarmasin
6. Masa Kerja : 20 Tahun
7. A l m a t
 - a. Kantor : Jl. A. Yani Km 4,5 Telp. (0511)265783
 - b. Rumah di Banjarmasin : Jl. Bumi Jaya Komplek Bumi Bangun Benua No.
29 RT. 10 Pemurus Baru Banjarmasin Telp.
(0511) 253061.
 - c. di Yogyakarta : Sapen GK/578 RT 18 RW 06 Ykt 56231

II. RIWAYAT PENDIDIKAN

1. Tamat SDN Pekapuran : Banjarmasin 1971
2. Tamat PGAN 4 Tahun : Balikpapan 1976
3. Tamat PGAN 6 Tahun : Banjarmasin 1979/1980
4. Tamat Sarjana Muda : Fak. Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin 1983
5. Tamat Sarjana Lengkap : Fak. Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin 1985
6. Tamat Magister (S-2) : Ilmu Hukum UII Jogjakarta 1997
7. Program Doktor (S-3) : Ilmu Hukum UII Jogjakarta Masuk 2001/2002

III. KETERANGAN KELUARGA

A. Istri

1. Nama : Dra. Herawaty Diah
2. Tempat/Tanggal Lahir : Sel. Raya 12 Maret 1963
3. Pekerjaan : Praktisi Pendidikan Luar Sekolah (Ketua Forum KF Kota Banjarmasin)

B. Anak-anak

1. M. Ahdi Rahman : Mahasiswa STIMIK Banjarbaru
2. Isna Latifa Dinar : Siswa MAN 2 Model Banjarmasin
3. Ahmad Azhar Yasir : Siswa MTsN Banjarmasin

C. Orang Tua

1. H. Hasan : Ayah (Aim)
2. Nurasih : Ibu (almh)
3. H. Leman Husin. BA : Bapak Mertua
4. Hi. Maliyah : Ibu Mertua

IV. PENGALAMAN PEKERJAAN

1. Asisten Dosen Pasca Sarjana IAIN Antasari Banjarmasin 2005-sekarang.
2. Dosen tetap Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin 1989-sekarang.
3. Dosen Luar Biasa Fakultas Syari'ah/Agama Islam UNISKA 1990-sekarang.
4. Ketua Jurusan Siyasah Jinayah Fakultas Syari'ah IAIN Antasari 1999-2001.
5. Sekretaris Jurusan Peradilan Agama (Qadla) Fak. Syari'ah 1989-1995.
6. Staf Personil Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin 1986-1987.

V. PENGALAMAN REORGANISASI

1. Ketua Lembaga Konsultasi dan Bantuan Hukum Islam Fakultas Syari'ah IAIN Antasari tahun 1999-2001.
2. Ketua Divisi ICMI ORWIL Kai-Sel dari 1999 sampai sekarang.

3. Ketua Lembaga Kajian Ke-Islaman dan Kemasyarakatan (Lk-3) Banjarmasin tahun 1998.
4. Pembina Pandega Gerakan Pramuka IAIN Antasari Banjarmasin Tahun 1997 sampai sekarang.
5. Pendiri dan Pengurus (Sekretaris) Pusat Pengkajian Agama dan Perubahan Sosial (PPA-PS) Banjarmasin.

VI PENGALAMAN MENGAJAR

- a. Pada Semester Ganjil :
 - 1). Ilmu Hukum
 - 2). Sosiologi Hukum
 - 3). Metode Penelitian Hukum
 - 4). Sistem Politik Indonesia
- b. Pada Semester Genap :
 - 1). Perbandingan Siyasah
 - 2). Fiqh & Ushul Fiqh
 - 3). Hukum Acara Perdata
 - 4). Siyasah Wal-qanun

VII. PENGHARGAAN, DIKLAT DAN PENATARAN

1. Piagam Penghargaan Kursus Bahasa Arab Bagi Dosen IAIUN Antasari Tahun 1991:
2. Sertifikat Bahasa Inggris pada Pusat Bahasa Linguisia Universitas Islam Indonesia tahun 1996:
3. Piagam Penghargaan Sebagai Bina Damping Pada Perkemahan Wirakarya Nasional IV Pramuka IAIN Se-Indonesia Tahun 1997 di Banda Aceh:
4. Piagam Penghargaan sebagai Peserta Pelatihan Penelitian Lanjutan Tenaga Edukatif Perguruan Tinggi Agama Islam Tingkat Nasional dari 7 – 13 Juli 1998 di Jakarta:
5. Sertifikat The Internasional Conference. Modern Islamic Though : The Contribution of Bediuzzaman Said Nursi. yang diselenggarakan oleh IAIN Sunan Kalijaga dengan Nesli Foundation-Turkey. 11-12 Ayr 2001 di Yogyakarta.

6. Sertifikat Penghargaan sebagai peserta Seminar Regional Kedudukan, Fungsi dan Kompetensi Mahkamah Konstitusi Dalam Sistem Ketatanegaraan RI yang diselenggarakan oleh Program Doktor (S3) Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia di Jogjakarta, 11 Mei 2002.

VIII. PUBLIKASI KARYA ILMIAH

1. Membangun Keluarga Sakinah, UII Pres bekerjasama dengan Antasari Pres Jogjakarta, 2006.
2. *Adat Badamai* (Penyelesaian Sengketa Menurut Budaya Hukum Banjar), Jurnal Kebudayaan Kandil, Edisi 13, Tahun IV, Mei-Juli 2006.
3. *Baparbaik, Bapatut, Ishlah* dalam Konflik, Jurnal Kebudayaan Kandil, Edisi 13, Tahun IV, Mei-Juli 2006.
4. Filantropi Islam (Zakat sebagai Bentuk Kesalehan Sosial Upaya Mengangkat Ekonomi Umat) Jurnal Syariah dan Pemikiran, Tahun 2006.
5. Kritik Terhadap Pembentukan Sistem Hukum Nasional, Jurnal Syariah dan Pemikiran Tahun 2006.
6. *Adat Badamai* (Bentuk-Bentuk Penyelesaian Sengketa pada Masyarakat Banjar, Jurnal Penelitian IAIN Antasari Banjarmasin, Tahun 2005.
7. Peluang dan Tantangan Pembentukan Mahkamah Konstitusi Tinjauan Yuridis dan Filosofis, Jurnal Khazanah IAIN Antasari Tahun 2005.
8. Ijtihad di Bidang Siyasi (Telaah Tentang Hubungan Islam dan Negara Dalam Pandangan Ali Abdu al Raziq), Jurnal Khazanah IAIN Antasari Tahun 2003.
9. Alternatif Pemecahan Kasus Transisi Konstitusi dan Prasyarat Menuju Indonesia Baru, Kertas Kerja pada Program Doktor S3 Ilmu Hukum UII Jogjakarta, Tahun 2002.
10. Transisi Demokrasi di Indonesia (Telaah Kebijakan Hukum Nasional Pasca Amandemen UUD 1945), Jurnal Khazanah IAIN Antasari, Tahun 2002.
11. Konsep Kenegaraan Menurut Imam Al-Mawardi (Dalam Al-Ahkam Al-Sulthaniyah), Jurnal Syariah dan Pemikiran, Tahun 2002.

12. Perbandingan Sistem Hukum Antara *Civil Law* dan *Common Law*, Kertas Kerja pada Program Doktor S3 Ilmu Hukum UII Jogjakarta, Tahun 2002.
13. Hukum Yang Hidup Pada Masyarakat Banjar, Jurnal Syariah dan Pemikiran Tahun 2002.
14. Otonomi Daerah dan Pengaruhnya terhadap Pengerukan Alur Barito Tahun 2002.
15. Konsepsi Manusia Implikasinya terhadap Apresiasi Hak-Hak Sipil dan Politik dalam Perspektif Hukum Islam, Tahun 2001.
16. Potensi Konflik Antar Etnis di Kalimantan Selatan Tahun 2001
17. Prilaku Etnis dan Potensi Konflik di Kalimantan Selatan Tahun 2001
18. Keadilan dan Kepastian Hukum (Telaah Terhadap Kasus Tomy Soeharto), Makalah pada Program Doktor (S3) Ilmu Hukum UII, 2001.
19. Strategi Pengembangan Ilmu Hukum Menurut Ajaran Islam, Banjarmasin Post, Tahun 2000.
20. Pemilu Multi Partai Tahun 1999 Studi tentang Konflik dan Integrasi Pada Masyarakat Banjar), Puslit IAIN Antasari Banjarmasin, 2000.
21. Transformasi Hukum Islam ke dalam Legislasi Nasional, Jurnal Puslit IAIN Antasari Banjarmasin, Tahun 2000.
22. Eksistensi Hukum Islam di Tengah Pergeseran Nilai Budaya (Studi Terhadap Efektivitas UU No. 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan pada Masyarakat Banjar), Fakultas Syari'ah IAIN Antasari Banjarmasin, 1999.
23. Asuransi dalam Tinjauan Hukum Islam, Jurnal Khazanah IAIN Antasari, 1999.
24. Minat Alumni Fakultas Syari'ah Menjadi Pengacara Tahun 1999.
25. Penerapan Mashlahat Dalam Pengembangan Hukum Islam Tahun 1998.
26. Perkembangan Hukum Islam dalam Politik Hukum Orde Baru Tahun 1998.
27. Pidana Mati dalam Perspektif Hukum Islam, Fakultas Syari'ah, Tahun 1998.
28. Islam dan Demokrasi (Penerapannya pada Masa Khulafaur-Rasyidin), Diskusi Kajian Ke-Islaman dan Kemasyarakatan (Lk-3) Banjarmasin, Tahun 1998.