

DISERTASI

MEDIASI SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM

MEDIATION AS LEGAL CONFLICT SETTLEMENT ALTERNATIVE

**R U S T A N
P0400309010**



**PROGRAM DOKTOR ILMU HUKUM
PASCASARJANA UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR
2013**

DISERTASI

MEDIASI SEBAGAI ALTERNATIF PENYELESAIAN SENGKETA HUKUM

MEDIATION AS LEGAL CONFLICT SETTLEMENT ALTERNATIVE

Disusun dan Diajukan oleh:

**R U S T A N
P0400309010**

Telah Dipertahankan di Depan Panitia Ujian Promosi Doktor
Pada Tanggal 28 Mei 2013
Dan Dinyatakan Telah Memenuhi Syarat

Menyetujui:

Tim Promotor

**Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H.
Promotor**

Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H. Ko-Promotor **Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H. M.Si.
Ko-Promotor**

Plt. Ketua Program Studi S3
Ilmu Hukum,

Direktur Program Pascasarjana
Universitas Hasanuddin,

Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H.

Prof. Dr. Ir. Mursalim

KATA PENGANTAR

Syukur Alhamdulillah, segala puji bagi Allah, atas segala limpahan rahmat dan petunjuk-Nya kepada penulis sehingga memperoleh kekuatan dan kemampuan untuk menyelesaikan penulisan disertasi ini. Barangsiapa yang diberi petunjuk oleh Allah SWT, maka tiada sesuatupun yang dapat menyesatkannya. Sebaik-baik ilmu adalah yang bermanfaat bagi sebanyak-banyak manusia dan seluruh makhluk-Nya, semoga untaian kata demi kata dalam tulisan ini memberikan pencerahan kepada semua pihak tanpa kecuali. Penelitian disertasi ini berjudul “Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Hukum.”

Gagasan yang melatari tajuk permasalahan ini timbul dari hasil pengamatan Penulis terhadap proses penyelenggaraan mediasi di pengadilan yang belum memberikan hasil sebagaimana yang diharapkan meskipun telah diberlakukan PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Data menunjukkan bahwa perkara yang masuk ke Mahkamah Agung Republik Indonesia semakin meningkat setiap tahun. Penulis bermaksud mengungkapkan berbagai hal berkaitan dengan kendala yang mengakibatkan tidak efektifnya mediasi di pengadilan membendung arus penyelesaian sengketa dengan cara litigasi.

Disertasi ini tak mungkin dapat disusun seperti saat ini bilamana tanpa bimbingan Tim Promotor yang ditunjuk oleh Bapak Rektor Universitas Hasanuddin. Oleh karena itu dengan penuh kerendahan hati Penulis menghaturkan rasa hormat, penghargaan, dan ucapan terima kasih kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H., selaku Promotor, Bapak Prof. Dr. Anwar Borahima, S.H., M.H. dan Ibu Dr. Nurfaidah Said, S.H., M.H., M.Si., selaku Ko-Promotor yang memberikan petunjuk, bimbingan, dan saran serta motivasi dengan ikhlas dalam penulisan

dan penyelesaian disertasi ini. Semoga bernilai ibadah dan memperoleh pahala yang berlipat ganda dari Allah SWT.

Ucapan yang sama Penulis sampaikan kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Prof. Dr. Sukarno Aburaera, S.H., Ibu Prof. Dr. Hj. Nurhayati Abbas, S.H., M.H., Ibu Dr. Padma D. Liman, S.H., M.H., Bapak Dr. Hasbir Paserangi, S.H., M.H., dan Bapak Dr. H. Mustafa Bola S.H., M.H. selaku Tim Penguji Internal yang telah memberikan kritik dan saran dalam beberapa tahapan ujian, meskipun selama ini beliau mempunyai aktivitas dan kesibukan yang cukup padat.

Ucapan terima kasih disampaikan kepada yang terhormat dan amat terpelajar Bapak Dr. H. Zainuddin Mappong, S.H. M.Hum. selaku Penguji Eksternal yang meskipun dengan kesibukan dan aktivitas yang padat selaku Panitera Muda Pidana Umum pada Mahkamah Agung Republik Indonesia, masih meluangkan waktu untuk memberikan kontribusinya.

Kepada para pimpinan institusi tempat Penulis menimba ilmu pengetahuan, Bapak Prof. Dr. dr. Idrus Paturusi, Sp.B., Sp.Bo. selaku Rektor Universitas Hasanuddin, Bapak Prof. Dr.Ir. Mursalim, M.Sc., selaku Direktur Program Pascasarjana (PPS) Universitas Hasanuddin, dan seluruh Asisten Direktur PPS Universitas Hasanuddin, Bapak Prof. Dr. Aswanto, S.H., M.H. DFM, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin dan para Wakil Dekan dan seluruh dosen Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin, beserta seluruh staf, terima kasih atas dukungan berbagai fasilitas dan pelayanan selama Penulis menempuh pendidikan pada Program Doktor Ilmu Hukum PPS Universitas Hasanuddin.

Kepada Srie Agustina selaku Direktur Pemberdayaan Konsumen pada Kementerian Perdagangan RI yang memberikan dukungan dana dan kesempatan kepada penulis sebagai peserta Pelatihan Mediasi Angkatan 43 pada Pusat Mediasi Nasional (PMN) Jakarta pada tanggal 5 s/d 10 November

2012, dari anggota Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Kota Makassar, untuk menambah wawasan ilmu dan teknik-teknik mediasi.

Kepada Ketua Pengadilan Negeri Makassar, Ketua Pengadilan Agama Makassar, Ketua Pengadilan Negeri Sungguminasa, dan Ketua Pengadilan Agama Sungguminasa, Hakim dan staf pada keempat pengadilan tersebut, Penulis ucapkan terima kasih atas dukungan dan bantuannya selama kegiatan penelitian.

Kepada Ketua Kopertais Wilayah VIII dan Ketua Sekolah Tinggi Agama Islam (STAI) Darud Dakwah Wal Irsyad (DDI) Kabupaten Maros Bapak Drs. K.H. Muhammad Rijal Assaggaf dan para Wakil Ketua pada STAI DDI Maros serta seluruh dosen dan staf yang memberikan dukungan kepada Penulis dalam menempuh pendidikan pada jenjang yang lebih tinggi.

Kepada Ketua Badan Penyelesaian Sengketa Konsumen (BPSK) Kota Makassar Bapak Takdir Hasan Saleh, SE., M.Si. dan seluruh anggota BPSK Kota Makassar serta Kepala Sekretariat BPSK Kota Makassar Ibu Hj. Sri Rejeki, S.H. dan staf sekretariat BPSK diucapkan terima kasih atas segala doa dan dukungannya selama ini kepada Penulis.

Kepada kedua orang tua Penulis, ayahanda La Pance dan ibunda Hj. Benu yang membesarkan, mendidik, membimbing serta mendoakan Penulis, segala doanya pasti akan diterima di sisi Allah SWT, begitu pula kepada mertua Penulis Bapak H. Pata dan alm. Ibu Hj. Dalle yang mendidik dan membesarkan isteri Penulis, yang turut mendukung dan mendorong Penulis selama ini.

Kepada isteri tercinta Norma Pata, SS. yang selama ini memberikan motivasi dan dukungan serta penyemangat dalam proses penyelesaian pendidikan yang ditempuh oleh Penulis. Begitupula kepada anakda Achmad Adil, yang banyak mendoakan, mendukung, dan memberikan dorongan kepada Penulis untuk tetap istiqamah dalam menempuh jenjang pendidikan pada PPS Universitas Hasanuddin.

Kepada saudara kandung Penulis Muhajir, Zainal Abidin, Gusman, Hasnawati, S.H., Rosmawati, serta kakak dan adik ipar Penulis atas dukungan doanya selama ini diucapkan terima kasih.

Kepada kakak sepupu Bapak H. Abbas Saleh, SE. M.Si. sekeluarga, Prof. Dr. Ir. Mir Alam, M.Si. sekeluarga, Mansur Mappe, SE. sekeluarga, dan seluruh kerabat yang tidak dapat disebut satu persatu, atas segala dukungan dan doanya diucapkan terima kasih.

Kepada teman-teman seperjuangan dalam PPS (S3) Ilmu Hukum angkatan Tahun 2009, Dr. Poppy A. Lolo, S.H., M.H., Dr. Deity Yuningsih, S.H., M.H., Dr. Muh. Yusuf, S.H., M.H., Dr. Iln Karita Sakharina, S.H., M.H., Dr. Mustari, M.H., Dr. Abdul Rauf, S.H., M.H., H. Muh. Yunus Idi, S.H.M.H., Firman Umar, S.H., M.H. Muh. Akbal, S.H. M.H. Takdir, S.H., M.H. Muh. Achdor, S.H., M.H., Muh. Rustan, S.H.M.H. Muh. Hasrul, S.H. M.H. Amrullah Tahir, S.H., M.H. dr. Hansen Salipadang, S.H. MARS., Kamaruddin, S.H.,M.H, George Wanma, S.H., M.H., Andi Zulkarnain, S.H., M.H., Linda Fatmawati, S.H., M.H., H.M. Taufan Pawe, S.H., M.H. Muh. Adnan, S.H.,M.H., Sabrina, S.H., M.H. serta teman-teman lainnya.

Kepada teman-teman seprofesi Bapak Muhammad Iqbal, S.H., MM. Bapak Librahman, S.H., Bapak Nasiruddin Pasigai, S.H., M.H. dan seluruh teman-teman yang tergabung dalam Ikatan Advokat Indonesia (IKADIN) Cabang Makassar dan Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI), terima kasih atas dukungannya selama ini semoga memperoleh pahala dari Allah SWT.

Kepada Bapak Dr. Roberth K.R Hammar, S.H., M.H. selaku Wakil Bupati Manokwari Provinsi Papua Barat, terima kasih atas motivasi dan dukungannya kepada Penulis selama ini.

Kepada seluruh jamaah Masjid Nurul Iman 2 Telkomas yang diketuai Bapak dr. H.M. Sunusi Rahman, M.Kes. MBA, dan seluruh jamaah Masjid Jami Telkomas yang diketuai oleh Bapak Kapten Muh. Saleh, Ustadz Muh.

Syair, HM., dan Ustadz Syamsul Bahri, serta seluruh guru dan dosen Penulis sejak Sekolah Dasar hingga Perguruan Tinggi, Penulis mengucapkan terima kasih atas didikan, dukungan dan doanya kepada Penulis.

Akhirnya Penulis berharap disertasi ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu hukum di Indonesia. Semoga Allah SWT senantiasa menunjukkan jalan yang diridhoi dan dijauhkan dari fitnah dan prasangka yang dapat menjerumuskan kepada perbuatan dosa dan maksiat. Aamiin.

Makassar, Mei 2013

Penulis,

Rustan

ABSTRAK

RUSTAN. *Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Hukum* (dibimbing oleh: **Ahmadi Miru, Anwar Borahima, dan Nurfaidah Said**).

Penelitian ini bertujuan: 1) mengetahui pengaturan hukum dan prinsip-prinsip mediasi di pengadilan; 2) mengetahui dukungan pengadilan terhadap mediasi; 3) mengetahui dukungan budaya hukum masyarakat terhadap mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa.

Tipe penelitian ini adalah sosio yuridis yaitu meneliti berbagai ketentuan pengaturan mediasi dan prinsip-prinsip mediasi. Penelitian hukum ini menggunakan metode pendekatan perundang-undangan, pendekatan konseptual, dan pendekatan perbandingan hukum, serta pendekatan teologis. Penelitian hukum empiris dengan mengumpulkan data secara *incidental sampling*, *purposive sampling*, dan *snow ball sampling*. Responden yang dijadikan sasaran dalam penelitian adalah para hakim mediator di Pengadilan Negeri Makassar, Pengadilan Negeri Sungguminasa, Pengadilan Agama Makassar, dan Pengadilan Agama Sungguminasa dan mediator bersertifikat bukan hakim, para pihak berperkara, dan advokat atau kuasa hukum. Data yang terkumpul dianalisis secara kualitatif.

Hasil penelitian ini menunjukkan bahwa: 1) mediasi yang diintegrasikan dalam proses pemeriksaan perkara di pengadilan merupakan pengembangan Pasal 130 HIR atau Pasal 154 R.Bg namun masih menimbulkan perbedaan pendapat mengenai bentuk peraturan hukum dan substansi yang diatur secara khusus dalam Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. PERMA merupakan peraturan perundang-undangan sesuai ketentuan Pasal 8 ayat (1) dan (2) Undang-Undang No.12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. PERMA tersebut belum sejalan dengan prinsip-prinsip mediasi pada umumnya karena dikenal mediasi wajib; 2) Dukungan pengadilan terhadap mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa hukum sangat minim yang dipengaruhi oleh ketersediaan mediator bersertifikat baik hakim maupun non hakim. Hakim mediator masih kurang yang bersertifikat dan mediator non hakim bersertifikat belum diberdayakan di pengadilan karena belum diketahui para pihak atau advokat. Penyelenggaraan mediasi di pengadilan dipengaruhi sarana dan prasarana yang masih kurang; 3) Budaya hukum berupa persepsi, opini, perilaku, dan kepercayaan para pihak dan advokat belum mendukung mediasi sebagai pilihan dalam penyelesaian sengketa hukum, disebabkan karena belum memahami mediasi dan manfaatnya. Akibatnya penyelesaian sengketa hukum di pengadilan masih cenderung konvensional yang menghasilkan putusan menang kalah (*win-lose solution*) dan bukan menghasilkan konsensus (*win-win solution*).

ABSTRACT

RUSTAN. *Mediation as Legal Conflict Settlement Alternative* (supervised by Ahmadi Miru, Anwar Borahima, and Nurfaidah Said).

The research aimed to investigate: (i) the legal arrangement and mediation principles in the court, (ii) the court support on the mediation, (iii) the community legal cultural support on the mediation as the conflict settlement alternative.

This was a socio-juridical research i.e. to investigate the stipulation of the mediation arrangement and principles. The research use the acts, conceptual, legal comparison, and sociological approaches. The empirical legal research collected data by the incidental sampling, purposive sampling, and snow ball sampling techniques. Respondents who became the targets of the research were the mediator judges in the Court of First Instance Makassar and Sungguminasa, Religious Court, Makassar and Sungguminasa and certified mediators, parties who had the cases, and lawyers or attorneys. The collected data were analyze qualitatively.

The research result indicates that: (i) the mediation integrated in the process of the case investigation in court represents the development from the stipulation in the Article 130 HIR or Article 154 R.Bg. However, it still brings about the opinion difference concerning the forms of the legal regulation and substance regulated specifically in the Regulation of Supreme Court (RSC) Number 1 Year 2008 concerning the Mediation Procedure in the Court. RSC represents the regulation of act in line with the stipulation of Article 8 verses (1) and (2) of Acts Number 12 Years 2011 concerning the Formation of the Regulation Acts. Generally, the RSC has not been in line with the mediation principles because it is known as the obligatory mediation; (ii) The court support on the mediation as the legal conflict settlement alternative is very minimal which is influenced by the availability if the mediators certified either the judges or non-judges. The certified mediators judges are still lack and the certified non-judge mediators have not been empowered in the court because they have not been known by the parties or lawyers. The mediation implementation in the court is influenced by the lack of facilities and infrastructures; (iii) The legal cultures in the forms of perception, opinion, behavior, and trust, of the parties and lawyers have not supported the mediation as legal conflict settlement, it is caused by they have not comprehended the mediation and its utility. As the result, the legal conflict settlement in the court still tends to be conventional which produces the win-lose solution and it does not produce the consensus (win-win solution).

DAFTAR ISI

| | |
|---|------|
| HALAMAN JUDUL..... | i |
| HALAMAN PERSETUJUAN..... | ii |
| KATA PENGANTAR..... | iii |
| ABSTRAK..... | iv |
| ABSTRACT..... | v |
| DAFTAR TABEL..... | vi |
| DAFTAR GAMBAR..... | vii |
| DAFTAR ISI..... | viii |
| | |
| BAB I PENDAHULUAN..... | 1 |
| A. Latar Belakang Masalah..... | 1 |
| B. Rumusan Masalah..... | 25 |
| C. Tujuan Penelitian..... | 25 |
| D. Kegunaan Penelitian..... | 26 |
| E. Orisinalitas Penelitian..... | 26 |
| | |
| BAB II TINJAUAN PUSTAKA..... | 30 |
| A. Sengketa dan Penyelesaiannya | 30 |
| 1. Karakteristik Sengketa | 46 |
| 2. Penyelesaian Sengketa Secara Ajudikasi..... | 55 |
| a. Litigasi..... | 55 |
| b. Arbitrase..... | 62 |
| 3. Penyelesaian Sengketa Secara Non-Ajudikasi | 64 |
| a. Konsultasi..... | 68 |
| b. Negosiasi..... | 69 |
| c. Konsiliasi..... | 72 |
| d. Mediasi..... | 74 |
| (1) Prinsip-prinsip Mediasi..... | 80 |
| (2) Karakteristik Mediasi..... | 85 |
| (3) Model-model Mediasi..... | 96 |
| (4) Tujuan dan Manfaat Mediasi..... | 98 |
| (5) Teknik Mediasi..... | 105 |
| (6) Tahapan dalam Proses Mediasi..... | 106 |
| e. Penilaian Ahli..... | 116 |

| | |
|--|---------|
| B. Perdamaian Sebagai Wujud Penyelesaian Sengketa Hukum.... | 119 |
| 1. Perdamaian Menurut Hukum Acara Perdata..... | 132 |
| a. Adanya Persetujuan Kedua Belah Pihak..... | 135 |
| b. Mengakhiri Sengketa..... | 136 |
| c. Sengketa yang Telah Ada..... | 137 |
| d. Berbentuk Tertulis..... | 139 |
| (1) Akta Perdamaian..... | 139 |
| (2) Putusan Perdamaian..... | 140 |
| 2. Eksistensi Putusan Perdamaian..... | 140 |
| a. Kekuatan Putusan Perdamaian..... | 141 |
| b. Upaya Hukum Terhadap Putusan Perdamaian..... | 142 |
| c. Putusan Perdamaian Mempunyai Kekuatan Eksekutorial... | 143 |
| d. Putusan Perdamaian yang Mengandung Cacat Materil.... | 145 |
| C. Kerangka Pikir..... | 147 |
| D. Definisi Operasional Variabel..... | 157 |
| BAB III METODE PENELITIAN..... | 159 |
| A. Tipe Penelitian..... | 159 |
| B. Daerah Penelitian..... | 160 |
| C. Populasi dan Sampel..... | 161 |
| D. Jenis dan Sumber Data..... | 162 |
| E. Teknik Pengumpulan Data..... | 165 |
| F. Analisis Data..... | 165 |
| BAB IV HASIL PENELITIAN DAN PEMBAHASAN..... | 167 |
| A. Pengaturan Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa | 167 |
| 1. Mediasi dalam Berbagai Ketentuan Perundang-undangan... | 167 |
| 2. Pengaturan Mediasi di Pengadilan..... | 180 |
| a. Landasan Formal Prosedur Mediasi di Pengadilan..... | 185 |
| b. Pengaturan Mediasi dalam SEMA No.1 Tahun 2002..... | 185 |
| c. Disempurnakan dengan PERMA No.2 Tahun 2003..... | 192 |
| d. Direvisi dengan PERMA No.1 Tahun 2008..... | 195 |
| 3. Kedudukan PERMA dalam Peraturan Perundang-undangan.. | 196 |
| a. Tinjauan Umum PERMA..... | 196 |
| b. Berbagai Norma dalam PERMA No.1 Tahun 2008..... | 205 |
| (1) Norma Perintah..... | 206 |
| (2) Norma Larangan..... | 207 |
| (3) Norma Pembebasan..... | 208 |

| | |
|---|------------|
| 4. Sinkronisasi Berbagai Aturan Mediasi di Pengadilan..... | 209 |
| 5. Substansi PERMA No.1 Tahun 2008 Kaitannya dengan Prinsip-prinsip Mediasi..... | 226 |
| 6. Hakim Pemeriksa Perkara sebagai Mediator..... | 246 |
| B. Dukungan Pengadilan Terhadap Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa..... | 264 |
| 1. Peranan Mediator dalam Penyelesaian Sengketa..... | 264 |
| 2. Kemampuan Mediator dalam Proses Mediasi..... | 273 |
| 3. Dukungan Pengadilan dalam Proses Mediasi..... | 294 |
| a. Sumber Daya Manusia (Mediator)..... | 294 |
| b. Sarana dalam Proses Mediasi | 298 |
| (1) Ruang Mediasi..... | 299 |
| (2) Pengaturan Tempat Duduk (<i>Seating Arrangements</i>)... | 304 |
| c. Prasarana dalam Proses Mediasi..... | 312 |
| C. Budaya Hukum Para Pihak dan Advokat Kaitannya dengan Penyelesaian Sengketa Secara Mediasi..... | 318 |
| 1. Persepsi Para Pihak dan Advokat Terhadap Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa..... | 322 |
| a. Persepsi Para Pihak Berperkara Terhadap Mediasi..... | 324 |
| (1) Sosialisasi yang Masih Kurang..... | 326 |
| (2) Penggunaan Jasa Advokat atau Kuasa Hukum..... | 332 |
| b. Persepsi Advokat/Kuasa Hukum Terhadap Mediasi..... | 335 |
| 2. Opini Para Pihak dan Advokat Terhadap Mediasi..... | 348 |
| 3. Perilaku Para Pihak dan Advokat atau Kuasa Hukum Terhadap Mediasi..... | 359 |
| 4. Kepercayaan Para Pihak dan Advokat atau Kuasa Hukum Terhadap Mediasi..... | 365 |
| BAB V PENUTUP | 373 |
| A. Kesimpulan | 373 |
| B. Saran..... | 374 |
| DAFTAR PUSTAKA | 376 |

DAFTAR TABEL

| | |
|--|-----|
| 1. Ketentuan Perundang-undangan yang Mengatur Mediasi..... | 178 |
| 2. Perbandingan Prinsip-prinsip Litigasi dan Mediasi | 227 |

| | |
|---|-----|
| 3. Tanggapan Mediator Non Hakim Mengenai Pengaturan Standar Minimal Biaya Penyelenggaraan Mediasi..... | 285 |
| 4. Pendapat Hakim Mediator Mengenai Penyebab Sulitnya Mencapai Perdamaian dalam Proses Mediasi di Indonesia..... | 291 |
| 5. Keadaan Hakim, Mediator Bersertifikat, Perkara Masuk, Perkara yang Dimediasi dan Berhasil Mencapai Perdamaian..... | 293 |
| 6. Tanggapan Mediator Non Hakim Agar Mediasi Menjadi Model Penyelesaian Sengketa..... | 296 |
| 7. Tanggapan Mediator Non Hakim Mengenai Kendala dalam Penyelenggaraan Mediasi | 297 |
| 8. Tanggapan Mediator Hakim Mengenai Ruang dan Fasilitas Lainnya dalam Proses Mediasi | 303 |
| 9. Tanggapan Mediator Non Hakim Mengenai Publikasi Nama-nama dan Foto-foto Mediator Non Hakim..... | 317 |
| 10. Persepsi Advokat Terhadap Proses Mediasi untuk Mewujudkan Perdamaian..... | 341 |
| 11. Tanggapan Advokat Mengenai Alasan Memilih Mediator Hakim..... | 343 |
| 12. Tanggapan Advokat Tidak Memilih Mediator Non Hakim..... | 345 |
| 13. Tanggapan Advokat Mengenai Opini Para Pihak Terhadap Mediasi | 353 |
| 14. Tanggapan Advokat Mengenai Perilaku Para Pihak Terhadap Mediasi..... | 361 |
| 15. Kepercayaan Para Pihak Terhadap Mediasi Setelah Terwujudnya Perdamaian..... | 367 |

DAFTAR GAMBAR

| | |
|------------------------------------|-----|
| Gambar 1 Bagan Kerangka Pikir..... | 156 |
|------------------------------------|-----|

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Tuhan menciptakan manusia dalam berbagai suku dan bangsa di permukaan bumi ini dianjurkan untuk saling kenal mengenal. Hal ini mengindikasikan manusia saling membutuhkan dan diharapkan saling menyayangi serta menghargai hak-hak mereka satu sama lainnya.

Manusia sejak dilahirkan sampai meninggal dunia, ditakdirkan hidup dengan manusia lain dalam pergaulan di lingkungan masyarakat. Hal ini merupakan anugerah dari Allah SWT yang menciptakan manusia dengan segala keterbatasan dan ketergantungan satu sama lain sehingga mempunyai naluri untuk selalu hidup bersama. Kenyataan ini oleh filosof Aristoteles disebut sebagai "*zoon politicon*", yang menurut keterangan sarjana ulung yang faham bahasa Yunani berarti manusia itu adalah makhluk sosial dan politik (*man is a social and political being*).¹

Menurut P.J. Bouman, "*De mens wordt eerst mens door samenleving met anderen*",² artinya, manusia itu baru menjadi manusia karena ia hidup bersama dengan manusia lainnya. Hakikat kehidupan manusia yang tidak

¹ Sudiman Kartohadiprojo, dalam Dudu Duswara Machmudin, *Pengantar Ilmu Hukum, Sebuah Sketsa*. PT. Refika Aditama. Bandung, 2010, hal. 9.

² P.J. Bouman. *Algemene Maatschappijleer*, dalam Dudu Duswara Machmudin, Loc. cit.

mampu hidup sendiri adalah dikaruniai naluri untuk saling menyayangi dan saling mencintai agar mereka dapat hidup rukun dan damai.

Manusia dilahirkan di dunia, pada hakikatnya telah dianugerahi suatu naluri untuk hidup bersama-sama dengan manusia-manusia lain (*appetitus societatis*).³ Naluri ini disebut *gregariousness* yang merupakan anugerah Tuhan yang Mahakuasa, oleh karena manusia memang tidak dilengkapi dengan alat-alat yang memungkinkan dia untuk hidup sendiri.⁴

Interaksi yang dibangun oleh manusia, dalam konteks sosial, bila diamati secara seksama mempunyai potensi positif dan negatif dengan pengertian dapat saling menguntungkan satu sama lain atau dapat berupa yang satu untung dan yang lainnya rugi.

Interaksi sesama manusia berpeluang melahirkan konflik atau sengketa antara dua pihak atau kelompok tidak terkecuali dalam hubungan keluarga (antara suami dan isteri). Hal ini memerlukan kesiapan pihak-pihak untuk menerima dan memahami posisi masing-masing jika suatu sengketa atau konflik terjadi.

Sengketa pertama umat manusia terjadi antara Habil dan Qabil, yang pada awalnya difasilitasi oleh Nabi Adam. Meskipun dialog dan fasilitasi gagal menyelesaikan sengketa mereka.⁵

³ R.H. Soebroto Brotodiredjo, dalam Dudu Duswara Machmudin. Loc. cit.

⁴ Soerjono Soekanto, *Beberapa Permasalahan Hukum dalam Kerangka Pembangunan Indonesia*, Cetakan Keempat, UI-Press. Jakarta. 1983, hal. 98.

⁵ Syahrizal Abbas, *Mediasi dalam Perspektif Hukum Syariah, Hukum Adat, dan Hukum Nasional*. Prenada Media Group, Jakarta. 2009, hal. 13.

Allah SWT memerintahkan manusia agar senantiasa menciptakan perdamaian meskipun seringkali terjadi sengketa. Hal ini antara lain diuraikan dalam Al-Qur'an: Surah An-Nisa ayat 114,⁶ Surah Al-Anfaal ayat 1,⁷ Surah Al-Hujurat ayat 10,⁸ dan Surah An-Nisa ayat 28.⁹

Umar r.a. berkata, "*Kembalikanlah orang-orang yang bersengketa sampai mereka berdamai. Sesungguhnya, sisa pengadilan itu meninggalkan dendam.*"¹⁰

Di Indonesia, model penyelesaian sengketa melalui *Alternative Dispute Resolution* (ADR) sejak dahulu dikenal karena sudah membudaya dan lama dipraktikkan dalam menyelesaikan sengketa. Masyarakat Indonesia, khususnya masyarakat desa yang masih kuat memegang nilai-nilai adat, beranggapan bila orang menggugat ke pengadilan, maka berarti orang itu telah terang-terangan mempermaklumkan perang dan dianggap tidak mempunyai perasaan. Sebagai gambaran konkret, pada suku Sasak di Pulau Lombok, sengketa yang terjadi lebih banyak diselesaikan oleh pemuka agama (tuan guru) dan tokoh adat.¹¹

Tradisi ADR dalam masyarakat adat di Indonesia didasarkan pada nilai-nilai, kebiasaan, kondisi sosial budaya masyarakat bersangkutan. Sengketa antar individu ditangani dan diselesaikan di lokasi di mana mereka tinggal,

⁶ *Al-Qur'an dan Terjemahnya*. An nur, CV. Asy Syifa'. Semarang, 1998, hal. 77.

⁷ *Ibid*, hal. 141.

⁸ *Ibid*. hal. 412.

⁹ *Ibid*. hal. 78

¹⁰ Sayyid Sabiq. *Op. cit*, hal. 322.

¹¹ Suhadi Suryadi. *Balai Mediasi Desa, Perluasan Akses Hukum dan Keadilan untuk Rakyat*, LP3ES bekerjasama dengan NZAID. Jakarta.2007. hal xviii .

baik secara langsung di antara para pihak berperkara maupun melalui pihak ketiga yang berperan sebagai penengah. Para penengah ini akan bertindak netral, objektif, dan tidak memihak. Hanya saja istilah-istilah yang digunakan dan prosedur yang ditempuh tidak persis sama dengan apa yang diterapkan dalam ADR. Jadi, tradisi ADR sudah lama dikenal oleh masyarakat Indonesia.

Menurut I Made Widnyana, penyelesaian sengketa dalam masyarakat tradisional di Indonesia dapat ditinjau pada masa sebelum penjajahan, masa penjajahan, dan setelah kemerdekaan yang dipengaruhi berbagai faktor:¹²

1. Masa Sebelum Penjajahan

Sebelum jaman penjajahan, hampir di seluruh pelosok tanah air Indonesia terdapat masyarakat hukum asli (adat) yang melaksanakan pemerintahan sendiri (otonom) meskipun sangat sederhana sesuai tingkat kemajuan dan pengetahuan masyarakat bersangkutan. Dari aspek sejarah perkembangan hukum di Indonesia, pada awalnya hanya berlaku hukum adat yang asli beserta segenap tatanan dan kelembagaannya. Saat itu, setiap daerah memiliki sistem hukum adat sendiri-sendiri dengan asas dan falsafah yang dianggap benar.

Sekitar abad ke-7 Masehi, agama Hindu masuk ke wilayah nusantara dan memengaruhi hukum adat asli yang selama ini berlaku dan meresepsi hukum Hindu. Keadaan itu berlangsung terus sampai abad ke-14 Masehi

¹² I Made Widnyana. *Alternatif Penyelesaian Sengketa (ADR)*. PT. Fikahati Aneska bekerjasama dengan BANI. Jakarta. 2009, hal. 34-35.

sehingga hukum adat asli yang berlaku di sebagian wilayah nusantara sudah meresepsi dan mendapat pengaruh hukum Hindu, seperti di Jawa Timur (Majapahit), Bali, dan lain-lain.

Pada abad ke-14 Masehi, agama Islam mulai masuk ke sebagian wilayah Indonesia, sehingga di daerah-daerah tersebut berkembang agama Islam dan secara bertahap juga memengaruhi hukum adat asli yang semula masih berlaku seperti di Aceh, Banten, Sulawesi Selatan, Lombok, dan lain-lain.

Di Mataram pengaruh Islam melalui kekuasaan raja Sultan Agung yang alim, disegani, dan menjunjung tinggi agamanya, telah melakukan perubahan. Perubahan ini pertama-tama dilakukan dalam “peradilan perdata” yang dipimpin oleh raja sendiri diubah menjadi “peradilan serambi” oleh karena peradilan ini berlangsung di serambi Masjid Agung.¹³

Sekitar abad ke-17 Masehi, bangsa Portugis, Belanda, dan bangsa-bangsa asing lainnya mulai menginjakkan kakinya ke beberapa daerah di Indonesia. Kedatangan bangsa-bangsa asing tersebut juga memengaruhi masyarakat setempat dengan ajaran-ajaran agamanya sehingga hukum adat setempat seperti di Batak, Sulawesi, Maluku, Papua, dan Flores mulai meresepsi unsur-unsur hukum Eropa dan agama Kristen/Katolik.

Pada masa itu, masyarakat hukum adat, dengan tatanan dan kelembagaan adat yang dimilikinya mempunyai kewenangan untuk

¹³ Ahmad Mujahidin. *Peradilan Satu Atap di Indonesia*. Refika Aditama. Jakarta.2007. Hal. 66.

menyelesaikan sengketa yang timbul di lingkungannya. Penyelesaian sengketa dilakukan melalui musyawarah desa yang dipimpin oleh tokoh masyarakat adat seperti kepala desa, tokoh agama, atau orang yang dituakan dan dipandang memahami sengketa yang terjadi. Keputusan diambil dalam suatu pertemuan pemuka-pemuka masyarakat (adat) yang dihadiri oleh para pihak bersengketa.

Pada umumnya, penyelesaian sengketa yang timbul tidak langsung ditangani oleh tetua adat atau tokoh masyarakat dalam suatu musyawarah, melainkan diselesaikan secara berjenjang, yaitu: tahap pertama oleh para pihak atau keluarga besar para pihak (sejenis negosiasi) dan tahap kedua, melalui bantuan para tetua adat atau tokoh masyarakat sebagai penengah (seperti model mediasi).

Penyelesaian sengketa yang terjadi di antara dua pihak, biasanya ditangani oleh pihak-pihak terkait. Bilamana pihak-pihak bersengketa tidak dapat mencapai kata sepakat, penyelesaian sengketa tersebut diambil alih oleh keluarga besarnya masing-masing. Maksudnya adalah agar sengketa yang terjadi diketahui keluarga kedua belah pihak.

Seandainya melalui jalan inipun sengketa tidak dapat diselesaikan, maka pihak yang bersengketa dapat menyerahkan sengketanya kepada tokoh masyarakat tetua adat. Setelah tetua adat menerima pengaduan, tokoh masyarakat atau tertua adat akan mempelajari sengketa tersebut dengan

memperhatikan kebiasaan, dan berusaha mendekatkan perbedaan-perbedaan yang terjadi antara para pihak.

Pada masa kekuasaan kerajaan-kerajaan di Indonesia, yang berkuasa adalah raja secara mutlak, di mana soal hidup dan mati rakyat berada di tangan raja, karena kekuasaan mengadili pun berada di tangan raja. Sebagai contoh di zaman Kerajaan Kalingga, peradilan dipimpin sendiri oleh Ratu Shima yang menghukum adiknya sendiri karena melanggar aturan yang dibuat oleh kerajaan.¹⁴

2. Masa Penjajahan Belanda

Di masa kolonialisme Belanda, fungsi dan wewenang dari tetua adat (tokoh masyarakat atau tokoh agama) seperti diuraikan di atas, oleh pemerintah kolonial Belanda, tetap diakui dan dipertahankan eksistensinya. Mengingat fungsi tetua adat dalam proses penyelesaian sengketa hanya mendamaikan para pihak bersengketa, maka kedudukan mereka kemudian dikenal sebagai Hakim Perdamaian Desa.

Kedudukan mereka dipertegas dengan diaturnya Peradilan Desa dalam Pasal 3a R.O (*Rechterlijke Organisatie*) yang diundangkan dengan Staatblad 1935 No.102. yang mengatur sebagai berikut:

¹⁴ Moh. Yulihadi. *Sejarah Lembaga Peradilan di Indonesia dan Manfaatnya Bagi Perkembangan Hukum di Masa Datang*. hal. 1-2. <http://pnjepara.ic>. diakses tanggal 29 Januari 2011.

1. Perkara-perkara yang pemeriksaannya menurut hukum adat menjadi wewenang hakim dari masyarakat hukum kecil-kecil tetap diserahkan kepada pemeriksaan mereka itu.
2. Apa yang ditentukan dalam ayat (1) sekali-kali tidak mengurangi wewenang dari para pihak untuk setiap waktu menyerahkan perkaranya kepada hakim.
3. Hakim-hakim yang dimaksud dalam ayat (1), mengadili menurut hukum adat, mereka tidak boleh mengenakan hukuman.

Peranan mendamaikan dan menjaga ketertiban desa juga diatur dalam

Pasal 131 HIR yang memuat ketentuan:

- a. Kepala desa hendaklah berikhtiar supaya penduduk desanya tetap tenteram dan rukun serta menjauhkan segala sesuatu yang dapat menyebabkan perselisihan dan permusuhan.
- b. Perselisihan kecil-kecil yang semata-mata menyangkut kepentingan-kepentingan penduduk desa saja, sedapat-dapatnya hendaklah diperdamaikannya dengan tidak berpihak dan dengan mufakat orang tua-tua desa itu.

Menurut R. Soepomo, organisasi peradilan desa terserah kepada hukum adat, dan tidak ada ketentuan tegas dalam undang-undang. Oleh karena itu beragam pelaksana dalam peradilan desa. Peradilan desa di Jawa khususnya di Yogyakarta, sejak re-organisasi agraria yang dimulai pada tahun 1912, berkembang pesat. Di Tapanuli Selatan (Mandailing) peradilan desa dilakukan oleh para kepala masyarakat desa dibantu oleh anggota pamong desa. Di Sumatera Barat (Minangkabau) peradilan desa dilakukan oleh *rapat nagari* (rapat desa), *rapat ninik mamak*, (rapat keluarga besar), dan *rapat kaum* (rapat keluarga kecil). Sedangkan di daerah-daerah lain peradilan desa umumnya dilakukan oleh para kepala desa dan orang tua-tua dari desa

atau para kepala desa beserta golongan orang-orang desa tertentu dalam rapat desa.¹⁵

3. Masa Kemerdekaan

Setelah Bangsa Indonesia menjadi sebuah bangsa yang merdeka, eksistensi masyarakat hukum asli tetap diakui sesuai ketentuan Pasal 18 Undang-Undang Dasar 1945. Hal ini berarti, masyarakat hukum asli dengan segala perangkat dan wewenang yang ada padanya tetap diakui keberadaannya.

Begitu pula halnya peranan Hakim Perdamaian Desa tetap diakui eksistensinya. Hal ini dapat dibaca dalam ketentuan Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang No.1/Drt/1951, yang menentukan:

“Ketentuan-ketentuan yang tersebut dalam ayat (1), tidak sedikitpun juga mengurangi hak kekuasaan yang sampai selama ini diberikan kepada hakim-hakim perdamaian di desa-desa sebagaimana dimaksud pada Pasal 3a R.O.”

Setelah lahirnya Undang-Undang No.14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, maka pengakuan eksistensi Hakim Perdamaian Desa atau yang disebut Peradilan Desa dicabut. Meskipun dalam Pasal 14 Undang-Undang Ketentuan-Ketentuan

¹⁵ R. Soepomo. *Sistem Hukum di Indonesia Sebelum Perang Dunia II*. Pradnya Paramita. Jakarta. 1997. hal. 101.

Pokok Kekuasaan Kehakiman masih diakui, bahwa penyelesaian soal perdata selalu dapat dilakukan menurut cara perdamaian.¹⁶

Uraian tersebut menunjukkan bahwa setiap komunitas sebenarnya mempunyai kapasitas untuk menciptakan norma-norma atau mekanisme sendiri dalam menyelesaikan sengketa yang muncul dalam pergaulannya. Studi-studi mengenai budaya penyelesaian sengketa dalam masyarakat sederhana (*tribe society*) maupun modern (*civilized society*), baik antara individu dalam kelompok (*intra-group conflict*) maupun antar kelompok (*inter-group conflict*) telah banyak dilakukan oleh pakar-pakar antropologi hukum.¹⁷

Menurut N.H.T. Siahaan, sebenarnya diterapkannya konsep berperkara di luar pengadilan (ADR) tidak semata-mata timbul karena ketidakpuasan (*dissatisfied*) terhadap lembaga pengadilan. Namun, patut pula dikaitkan dengan budaya perilaku suatu bangsa atau etnologis, cenderung mencari suatu solusi damai atas konflik. Dalam masyarakat tertentu, jika terjadi konflik antar pribadi, maka yang mengalami kerugian dan akibat dari konflik itu bukan hanya pribadi yang bersengketa, tetapi keseluruhan anggota masyarakat sebagai bagian dari masyarakat *gemeinschaft* mengalami dampak dari konflik itu.¹⁸

¹⁶ T.O. Ihromi, (penyunting). *Antropologi dan Hukum*. Yayasan Obor Indonesia. Jakarta, 2000. Hal. 18-19.

¹⁷ Suhadi Suryadi (penyunting), *Balai Mediasi Desa, Perluasan Akses Hukum dan Keadilan untuk Rakyat*. LP3S bekerjasama dengan NZAID. Jakarta. 2007. Hal. xvii-xviii.

¹⁸ N.H.T. Siahaan. *Hukum Lingkungan*. Pancuran Alam. Jakarta. 2008. hal.311.

Sesungguhnya lembaga perdamaian (*dading*) telah diakomodasi dalam berbagai ketentuan perundang-undangan seperti Pasal 1851 KUHPerdara sampai dengan Pasal 1864 KUHPerdara, Pasal 130 HIR, dan Pasal 154 R.Bg. Begitupula Undang-Undang No.14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman dan Undang-Undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman yang diubah dengan Undang-Undang No.48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman memberikan ruang bagi mediasi untuk hidup dan berkembang di Indonesia. Namun dalam kenyataannya jumlah perkara yang diajukan ke Mahkamah Agung semakin meningkat yang didominasi oleh perkara perdata dan pidana, sesuai penjelasan Ketua Mahkamah Agung, Hatta Ali dalam jumpa Media di Gedung Mahkamah Agung.¹⁹

Hal tersebut antara lain menjadi pertimbangan Mahkamah Agung menerbitkan Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No.1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Pengadilan Tingkat Pertama Menerapkan Lembaga Damai (Eks. Pasal 130 HIR/154 R.Bg.). Hukum acara perdata (HIR/R.Bg.) menentukan bahwa sebelum pokok materi sengketa diperiksa, hakim harus mengupayakan perdamaian kepada kedua belah pihak yang berperkara (Pasal 130 HIR/154 R.Bg.).

Implikasi dalam praktik peradilan, ketentuan tersebut tidak efektif dan hanya sebagai formalitas saja. Hakim hanya menganjurkan para pihak

¹⁹ Asep Nursobah, 2012: *Arus Perkara Masuk ke MA Terus Meningkat*. Kepaniteraan mahkamahagung.go.id. diakses tanggal 25 Februari 2013.

berdamai dan tidak terlibat dalam proses perdamaian. Biasanya hakim menunda sidang pada sidang pertama untuk memberi kesempatan kepada kedua belah pihak untuk berdamai, jika pada sidang berikutnya tidak tercapai perdamaian, maka materi perkara langsung diperiksa.²⁰

Lembaga perdamaian dalam proses penyelesaian sengketa di pengadilan tidak efektif. Hakim kurang berperan dalam upaya perdamaian. Hal ini melatarbelakangi dikeluarkannya SEMA No.1 Tahun 2002 tentang Pemberdayaan Lembaga Perdamaian (Pasal 130 HIR/154 R.Bg.). Hal yang cukup penting dari SEMA ini adalah adanya petunjuk teknis/operasional untuk memberdayakan upaya perdamaian agar efektif yaitu dengan menggunakan mediasi.

Prosedur mediasi dalam SEMA tersebut kemudian diambil alih dan disempurnakan lebih lanjut dalam Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) No.2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan yang diperbaharui dengan PERMA No.1 Tahun 2008.

Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP) dan Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN),²¹ menilai bahwa penyebab penumpukan perkara di Mahkamah Agung saat ini adalah:

1. Tidak adanya pengaturan mengenai pembatasan perkara;

²⁰ Bambang Sutyoso. *Penyelesaian Sengketa Bisnis*. Cita Media. Yogyakarta. 2006. hal.78.

²¹ Henry P. Panggabean, *Fungsi Mahkamah Agung dalam Praktik Sehari-hari. Upaya Penanggulangan Tunggakan Perkara dan Pemberdayaan Fungsi Pengawasan Mahkamah Agung*. Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2001, hal.174-175.

2. Proses penyelesaian perkara yang lambat, yang disebabkan karena:
 - a. belum terlaksananya batas waktu maksimum penyelesaian perkara selama 6 bulan sesuai SEMA No.6 Tahun 1992;
 - b. kurangnya pengetahuan hakim mengenai aspek hukum tertentu;
 - c. advokat atau jaksa sering mengulur-ulur waktu;
 - d. ketidakhadiran para pihak yang bersengketa;
 - e. kurangnya efektivitas sistem perdamaian oleh hakim dalam sengketa perdata dalam persidangan (Pasal 130 HIR/154 R.Bg);
 - f. manajemen perkara yang kurang baik, terlalu panjang, dan birokratis;
 - g. tumpukan perkara di Mahkamah Agung;
3. Menurunnya produktivitas hakim agung dalam memutuskan perkara; dan
4. Adanya *overlapping* tugas dan jalur karier yang tidak jelas bagi hakim.

Di samping itu, menurut Arsil,²² seorang peneliti senior pada Lembaga Kajian dan Advokasi untuk Independensi Peradilan (LeIP), perkara yang masuk ke Mahkamah Agung setiap tahunnya bertambah. Sejak lima tahun terakhir (tahun 2006 sampai tahun 2010) telah terjadi peningkatan jumlah

²² Edi As' Adi, *Hukum Acara Perdata dalam Perspektif Mediasi (ADR) di Indonesia*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2012, hal. 95.

perkara di Mahkamah Agung. Menurut Arsil, tunggakan perkara di Mahkamah Agung terjadi lantaran DPR kerap membuat undang-undang yang mengatur hukum acaranya dimulai dari pengadilan tingkat pertama langsung kasasi, misalnya perkara perselisihan hubungan industrial, konsumen, kepailitan, dan pajak.

Selanjutnya Arsil mengusulkan agar perkara perselisihan hubungan industrial dan perceraian hanya sampai pada tingkat banding. Sedangkan untuk gugatan wanprestasi yang nilai gugatannya di bawah Rp 100 juta atau dibawah Rp 50 juta cukup sampai pada tingkat banding saja, karena hampir 90% jenis perkara yang masuk ke Mahkamah Agung adalah perkara perdata dan pidana.

Hal ini terjadi juga pada Mahkamah Agung Belanda, sesuai uraian Sebastiaan Pompe:²³

“if the Supreme Court is expected to take substantive decisions on large numbers of cases, this is bound to affect the nature of the decisions. The ideal ways of influencing the work of the Supreme Court are therefore control of the case flow and creation of means of disposal suited to the nature of the cases. This is not new, various measures designed to enable the Supreme Court to concentrate on appropriate cases have been taken in recent decades. (Jika Mahkamah Agung diharapkan untuk membuat putusan-putusan yang bersifat mendasar atas jumlah perkara yang besar, hal ini akan memengaruhi kondisi putusan-putusannya tersebut. Oleh sebab itu, cara ideal untuk menjaga kinerja Mahkamah Agung adalah dengan mengendalikan aliran perkara dan menciptakan sarana-sarana penyaringan yang sesuai dengan sifat-sifat perkara tersebut).”

²³ Sebastiaan Pompe, *The Supreme Court (Hoge Raad) of the Netherlands, System of Cassation and a Discussion on Limiting Cassation Cases*, The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), 2008. Jakarta, hal.14-15.

Lebih lanjut Sebastiaan Pompe²⁴ menjelaskan:

“in addition, the legislator has not only left the task of adopting the appropriate legal approach to certain social and ethical problems to the courts but has also introduced a plethora of new legislation. (Selain itu, pembuat undang-undang tidak hanya ‘mengalihkan’ tugasnya melakukan pendekatan hukum yang sesuai terhadap permasalahan-permasalahan sosial dan etnis tertentu ke pengadilan, tetapi juga mengeluarkan undang-undang baru dalam jumlah yang berlebihan)”.

Mediasi sebagai salah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan semakin penting mengingat beban tugas atau volume kerja pengadilan semakin bertambah, khususnya lingkungan peradilan umum dan peradilan agama seiring dengan kemajuan peradaban manusia. Hal tersebut terkait perubahan struktur dan sistem ekonomi yang diikuti oleh perubahan sosial, menimbulkan masalah-masalah yang bertalian dengan kependudukan, pola gaya hidup masyarakat, akan memengaruhi pula variasi, jenis, dan kompleksitas perkara baik pidana maupun perdata.²⁵

Mediasi dimaksudkan sebagai penyelesaian sengketa keperdataan yang secara imperatif bagi pihak-pihak yang berperkara di pengadilan. Peranan mediasi dapat diandalkan sebagai alternatif penyelesaian sengketa perdata, namun sampai saat ini masih terjadi penumpukan perkara di pengadilan, khususnya pada Mahkamah Agung.

Jumlah perkara yang terdaftar di Mahkamah Agung menunjukkan peningkatan, yakni pada tahun 2005 sebanyak 7.468 perkara, tahun 2006

²⁴ Ibid, hal. 16.

²⁵ Djoko Sarwoko, *Beberapa Model “Alternative Dispute Resolution”*. Majalah Hukum Varia Peradilan. Tahun XI No.124. Januari 1996. IKAHI. Jakarta, hal. 141.

sebanyak 7.825 perkara, tahun 2007 sebanyak 9.516 perkara, dan tahun 2008 sebanyak 11.338 perkara.²⁶

Selama tahun 2010, perkara yang masuk ke pengadilan tingkat pertama di seluruh Indonesia adalah sebanyak 3.037.036 perkara dan yang berhasil diputus adalah 3.028.916 perkara, sehingga sisa perkara pada akhir tahun 2010 adalah 112.564 perkara. Berarti turun 14% dari tahun 2009 sebanyak 3.531.613 perkara. Sementara itu sisa perkara tahun 2009 adalah 104.444., sehingga keseluruhan perkara yang ditangani oleh pengadilan tahun 2010 adalah 3.141.480 perkara.²⁷

Perkara yang masuk ke pengadilan tingkat banding di seluruh Indonesia pada tahun 2010 adalah sebanyak 14.681 perkara. Jumlah ini naik 1,03% dari tahun 2009 yakni 14.531 perkara. Sementara itu sisa tahun 2009 sebanyak 2.643 perkara, sehingga keseluruhan perkara yang ditangani oleh pengadilan tingkat banding selama tahun 2010 sebanyak 17.324 perkara. Dari keseluruhan perkara tersebut yang berhasil diputus adalah 14.172 perkara, sehingga sisa perkara pada akhir Desember 2010 adalah 3.152 perkara. Data tersebut menggambarkan bahwa rasio penyelesaian perkara oleh pengadilan tingkat banding di seluruh Indonesia sebesar 81,81%. Rasio

²⁶ *Pidato Ketua Mahkamah Agung RI pada Laporan Tahunan Mahkamah Agung 2008*. Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXIV No.281 April 2009, hal. 14.

²⁷ Laporan Tahunan Mahkamah Agung 2010, MA-RI, hal.56.

tersebut menunjukkan bahwa pengadilan tingkat banding dapat menekan sisa perkara pada level 18,19%.²⁸

Pada tahun 2010, Mahkamah Agung menerima perkara sebanyak 13.480 perkara. Jumlah ini naik 7,50% dari tahun 2009 yang menerima 12.540 perkara. Perkara yang masuk tahun 2010 ini merupakan terbesar dalam enam tahun terakhir. Sementara itu, sisa perkara tahun sebelumnya sebanyak 8.835 perkara, sehingga jumlah perkara yang ditangani Mahkamah Agung selama tahun 2010 adalah 22.315 perkara. Rincian perkara tersebut adalah: kasasi 17.664 perkara, peninjauan kembali 4.271 perkara, grasi 319 perkara, dan permohonan hak uji materiil terhadap peraturan di bawah undang-undang 61 perkara.

Berdasarkan jenis perkara yang terdaftar pada Mahkamah Agung selama tahun 2010 adalah: perdata 7.915 perkara (35,47%), pidana khusus 5.025 perkara (22,52%), pidana umum 3.965 perkara (17,77%), tata usaha negara 2.475 perkara (11,11%), perdata khusus 1.655 perkara (7,42%) perdata agama 902 perkara (4,04%) dan perkara militer 373 perkara (1,67%).²⁹

Sesuai Laporan Tahunan Mahkamah Agung tahun 2006, 2007, 2008, dan 2009, sekitar 80% perkara yang diajukan ke pengadilan tingkat banding, dimintakan upaya hukum ke Mahkamah Agung. Hal inilah yang menyebabkan membanjirnya perkara yang kini menjadi masalah institusional utama

²⁸ Laporan Tahunan MA-RI 2010, Op. cit., hal. 57.

²⁹ Ibid, hal. 69-70.

Mahkamah Agung. Selain tingginya jumlah putusan dari tingkat banding yang dimintakan kasasi, pada saat ini muncul juga kecenderungan kenaikan permohonan peninjauan kembali ke Mahkamah Agung.³⁰

Perkara yang masuk ke Mahkamah Agung hingga November 2012 sebanyak 12.244 perkara. Jumlah ini meningkat 3,67% jika dibandingkan perkara masuk pada periode yang sama di tahun 2011, yaitu 11.810 perkara. Meningkatnya arus perkara ke Mahkamah Agung ini terus menjadi trend, paling tidak pada satu dekade terakhir ini.³¹

Upaya hukum terhadap perkara yang telah diputuskan merupakan hak para pihak, namun alasan pengajuannya seringkali tidak objektif dan tidak realistis, misalnya dengan tujuan menanggihkan pelaksanaan putusan sehingga pihak yang dikalahkan mengajukan upaya hukum sampai pada tingkat kasasi. Di samping itu, tidak jarang putusan pengadilan mempunyai kelemahan yang disebabkan pengadilan lebih mengedepankan keadilan prosedural daripada memenuhi perasaan keadilan masyarakat.

Salah satu "*crucial point*" dalam pelaksanaan fungsi-fungsi Mahkamah Agung adalah penanganan kongesti (tunggakan perkara) pada Mahkamah Agung. Mengalirnya perkara kasasi setiap tahunnya dipastikan tidak akan mampu diatasi para Hakim Agung meskipun jumlahnya melebihi 51 orang.³²

³⁰ Cetak Biru, Op.cit. hal.8.

³¹ Asep Nursobah, 2012: *Arus Perkara ke MA Terus Meningkat*. Penjelasan Ketua Mahkamah Agung, Hatta Ali, dalam jumpa media di Gedung MA Jakarta Kamis 27 Desember 2012. Kepaniteraan mahkamahagung.go.id. diakses tanggal 25 Februari 2013 dan Harian Kompas edisi Selasa, 26 Maret 2013, dalam tulisan berjudul "Hakim Tak Perlu Banyak", hal. 3

³² Henry P. Panggabean, Op. cit., hal. 169.

Menurut Harifin A. Tumpa, perkara yang terus naik secara signifikan akan mengakibatkan tertundanya penyelesaian perkara karena tidak berimbangnya jumlah hakim agung dengan jumlah perkara yang masuk. Hal itu akan berakibat turunnya kualitas pemeriksaan pada putusan hakim. Padahal putusan hakim diharapkan menjadi yurisprudensi yang bisa dijalankan secara seragam baik oleh Mahkamah Agung sendiri maupun lingkungan peradilan di bawahnya. Selain itu, mengakibatkan tertundanya pencari keadilan memperoleh kepastian hukum yang mencederai rasa keadilan para pencari keadilan, *justice delayed is justice denied*.³³

Jumlah hakim pada Mahkamah Agung adalah sebanyak 51 orang pada bulan November 2010 yang terdiri atas Ketua MA 1 orang, Wakil Ketua MA Yudisial 1 orang, Wakil Ketua MA Non-Yudisial 1 orang, Ketua Muda 9 orang dan Hakim Agung sebanyak 39 orang. Sedangkan hakim di empat lingkungan peradilan tahun 2010 adalah 7.521 orang. Terbanyak adalah di lingkungan peradilan umum yakni 3.687 orang, dan yang paling sedikit adalah hakim di lingkungan peradilan militer yakni 99 orang.³⁴

Beban perkara yang berlebihan dari berbagai jenis kasus, mulai dari yang kompleks sampai yang sederhana telah mengurangi ruang gerak Mahkamah Agung untuk memeriksa kasus-kasus penting yang relevan dengan fungsinya menjaga unifikasi hukum. Selain itu, jumlah dan komposisi perkara yang tidak sesuai dengan jumlah dan komposisi hakim agung,

³³ Laporan Tahunan 2010, Op.cit. hal. 14.

³⁴ Ibid. hal. 278.

menciptakan situasi di mana perkara yang diputus oleh hakim agung tidak sesuai dengan bidang keahlian. Ketiadaan sistem kamar juga menyebabkan sulitnya untuk mengawasi konsistensi putusan dan membangun keahlian hakim secara terstruktur.³⁵

Penerapan mediasi di berbagai negara seperti Jepang, Australia, Amerika, Singapura, Filipina, Denmark, China, dan Korea dapat dijadikan studi banding dan tolok ukur kemungkinan pembentukan alternatif penyelesaian sengketa khususnya mediasi di pengadilan (*court annexed mediation*) di Indonesia. Hal ini dapat dijadikan bahan perbandingan hukum sehingga dapat diperoleh formulasi proses mediasi yang cocok dengan sistem hukum dan keadaan Indonesia.³⁶

Guna mendukung percepatan administrasi penyelesaian perkara, di penghujung tahun 2010, Mahkamah Agung mengeluarkan SEMA No.14 Tahun 2010 tanggal 30 Desember 2010 tentang Dokumen Elektronik Sebagai Kelengkapan Permohonan Kasasi dan Peninjauan Kembali. SEMA tersebut mengatur bahwa terhitung mulai tanggal 1 Maret 2011, seluruh berkas perkara kasasi/peninjauan kembali yang diajukan ke Mahkamah Agung harus menyertakan dokumen elektronik (*compact disk, flash disk, dan e-mail*).³⁷

Berbagai upaya Mahkamah Agung tersebut masih menghadapi kendala dan kelemahan termasuk dalam pelaksanaan mediasi yang diduga

³⁵ Cetak Biru, Op cit. hal .9.

³⁶ Susanti Adi Nugroho, Op.cit. hal. v.

³⁷ Laporan Tahunan 2010, Op.cit. hal. 53-54.

dipengaruhi oleh antara lain perilaku atau pola pikir masyarakat yang cenderung sangat mengandalkan penyelesaian sengketa di pengadilan yang mempunyai banyak kekurangan dan kelemahan dibandingkan dengan penyelesaian secara mediasi.

Di samping itu, kelemahan lain adalah hakim mediator di pengadilan kadang-kadang hanya melalui penunjukan tanpa pelatihan atau pendidikan khusus untuk menjadi mediator.³⁸ Padahal mediasi hanya dapat berkembang apabila tersedia mediator-mediator yang mempunyai pemahaman dan keterampilan mediasi yang baik.³⁹

Tingkat keberhasilan lembaga perdamaian di pengadilan memang masih sangat rendah, mengingat para pihak yang mengajukan perkara ke pengadilan biasanya telah melalui upaya-upaya perdamaian terlebih dahulu, namun usaha perdamaian tersebut menemui kegagalan. Akan tetapi bukan berarti bahwa semua perkara perdata telah tertutup celah untuk dilakukan perdamaian.⁴⁰

Sesuai hasil pemantauan pelaksanaan mediasi periode sejak berlakunya PERMA No. Tahun 2003, yakni September 2003 hingga Desember 2004, pada keempat Pengadilan Negeri yang ditunjuk sebagai *pilot projek*, laporan *The Indonesian Institute for Conflict Transformation* (IICT)

³⁸ Wawancara dengan Mustari, seorang Hakim Pengadilan Negeri Makassar bulan April 2010.

³⁹ Tony Budidjaja, *Efektivitas Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis di Indonesia*, Majalah Info IKADIN, Vol. IV No. 19, Januari-Februari 2004. DPP Ikadin, Jakarta, hal. 18.

⁴⁰ D.Y. Witanto, *Beberapa Permasalahan PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*. Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXV No.294 Mei 2010, IKAHI, Jakarta, hal. 70.

menunjukkan bahwa tingkat keberhasilan mediasi sangat rendah, yaitu kurang 10% dari jumlah perkara yang masuk.⁴¹

Menurut Ahmad Fahmi Shahab,⁴² Direktur Eksekutif Pusat Mediasi Nasional (PMN), tingkat keberhasilan mediasi peradilan di Indonesia, masih sangat rendah yakni di bawah 1% (satu persen), sehingga masih sangat jauh dari harapan diterbitkannya PERMA No. 1 Tahun 2008.

Mediasi di negara-negara lain menunjukkan tingkat keberhasilan yang tinggi, seperti di Singapura lebih dari 90% perkara perdata yang diajukan ke pengadilan tingkat pertama dapat diselesaikan melalui perdamaian, begitu pula di Filipina sekitar 75 % dan di Jepang lebih kurang 33 %.⁴³

Hal ini mengindikasikan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa yang efektif masih kurang memperoleh respon yang cukup dari seluruh komponen masyarakat khususnya pihak-pihak yang berkecimpung dalam proses penyelesaian sengketa perdata, misalnya hakim mediator di pengadilan negeri dan pengadilan agama.

Mediasi seharusnya mampu menjadi solusi efektif untuk menyelesaikan sengketa bisnis di Indonesia. Namun, sayangnya, mediasi belum dipahami dan digunakan dengan baik oleh masyarakat bisnis di Indonesia. Secara yuridis, mediasi sudah diakui dan diterima oleh sistem hukum di Indonesia.

⁴¹ Takdir Rahmadi, *Mediasi, Penyelesaian Sengketa Melalui Pendekatan Mufakat*. PT. RajaGrafindo Persada. Jakarta. hal. 147.

⁴² Materi Pelatihan Mediasi Angkatan ke-43 di Pusat Mediasi Nasional (PMN) tanggal 6 November yang diselenggarakan pada tanggal 5 sampai dengan 10 November 2012.

⁴³ Pengarahan Wakil Ketua Mahkamah Agung RI Bidang Yudisial pada Rakernas Tahun 2006. *Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun XXI No.250, September 2006*, hal.19.

Akan tetapi, secara empirik, mediasi belum mendapat penerimaan yang baik dari masyarakat, terutama karena mereka belum memahami dengan baik.⁴⁴

Meskipun lembaga peradilan telah mengintegrasikan mediasi dalam proses penyelesaian sengketa, namun belum memberikan hasil sesuai tujuan diterbitkannya PERMA. Hal tersebut mengakibatkan perkara perdata yang telah dimediasi di Pengadilan Negeri Makassar, Pengadilan Agama Makassar, Pengadilan Negeri Sungguminasa, dan Pengadilan Agama Sungguminasa diduga kuat masih sangat jauh dari harapan.

Oleh karena itu terjadi kesenjangan antara keinginan masyarakat untuk menyelesaikan sengketanya dengan cepat, murah, dan sederhana yang mewujudkan perdamaian. Oleh karena penyelenggaraan proses peradilan selama ini membutuhkan waktu yang lama, biaya yang tinggi, dan berbelit-belit serta menghasilkan putusan yang menimbulkan kemenangan salah satu pihak dan kekalahan bagi pihak lain yang cenderung menimbulkan permusuhan.

Sehubungan dengan hal-hal tersebut, dikemukakan isu yang terjadi adalah penyelesaian sengketa perdata yang berlangsung selama ini belum mampu menyelesaikan sengketa secara cepat, murah, dan sederhana serta mewujudkan perdamaian.

B. Rumusan Masalah

⁴⁴ Tony Budidjaja, Op. cit, hal 18.

Berdasarkan latar belakang di atas, dikemukakan rumusan masalah sebagai berikut:

1. Bagaimanakah pengaturan mediasi di pengadilan sebagai alternatif penyelesaian sengketa?
2. Sejauhmanakah peranan pengadilan mendukung mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa?
3. Bagaimanakah budaya hukum masyarakat mendukung mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa?

C. Tujuan Penelitian

1. Mengetahui dan memahami pengaturan hukum mediasi di pengadilan sebagai alternatif penyelesaian sengketa.
2. Mengetahui dan memahami dukungan pengadilan dalam mewujudkan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa.
3. Mengetahui budaya hukum masyarakat mendukung mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa.

D. Kegunaan Penelitian

Penelitian ini diharapkan berguna untuk:

1. Pengembangan ilmu hukum pada umumnya, khususnya bidang hukum acara perdata dan antropologi hukum.

2. Informasi bagi lembaga yudikatif, legislatif, eksekutif dan masyarakat dalam upaya mengembangkan peranan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa hukum.
3. Input bagi penyelenggara negara demi penyempurnaan berbagai peraturan perundang-undangan mengenai mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa hukum.
4. Bahan acuan bagi peneliti lain yang akan melakukan penelitian sejenis.

E. Orisinalitas Penelitian

Penelitian disertasi ini adalah mengenai pengaturan mediasi di pengadilan dan dukungan pengadilan terhadap pelaksanaan mediasi serta budaya hukum masyarakat terhadap mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa.

Penelitian yang pernah dilakukan dan mirip dengan penelitian ini antara lain:

- Penelitian Fakultas Hukum UNPAD Bandung Tahun 2008 yang dilakukan oleh Prita Amalia dan Siti Normalia Putri, dengan judul: Urgensi Lembaga Arbitrase dan Mediasi Sebagai Metode Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan dalam Sengketa Bidang Perbankan. Penelitian ini mengenai keunggulan penyelesaian sengketa melalui arbitrase dan mediasi sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa bidang perbankan. Penelitian ini melihat arbitrase dan

mediasi dalam penyelesaian sengketa perbankan saja tanpa meneliti mediasi di lingkungan peradilan umum dan agama.

- Penelitian Disertasi oleh Yayah Yarotul Salamah pada tahun 2009 dengan judul: Mediasi dalam Proses Beracara di Pengadilan; Studi Mengenai Mediasi di Pengadilan Negeri Proyek Percontohan Mahkamah Agung RI. Penelitian ini tidak mencermati mengenai substansi hukum yang mengatur mediasi khususnya sinkronisasi berbagai aturan mediasi tetapi hanya implementasi mediasi dilakukan di pengadilan negeri.
- Penelitian tesis oleh Muhammad Arsyad, mahasiswa S2 Universitas Hasanuddin (UNHAS) Makassar yang dilakukan pada tahun 2010. Penelitian tersebut mengenai “Efektivitas Mediasi pada Proses Pemeriksaan Perkara Perdata di Pengadilan Negeri Watampone”. Penelitian ini tidak mencermati mengenai substansi hukum yang mengatur mediasi khususnya sinkronisasi berbagai aturan mediasi tetapi hanya mengenai efektivitas mediasi dilakukan di Pengadilan Negeri Watampone, tanpa melakukan penelitian di Pengadilan Agama.
- Penelitian tesis oleh Hj. Fitriyani, mahasiswa S2 Universitas Islam Negeri (UIN) Alauddin Makassar yang dilakukan pada tahun 2010. Penelitian tersebut mengenai “Efektivitas Pelaksanaan Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan (Studi Terhadap Perkara Perceraian di

Pengadilan Agama Kelas I A Makassar).” Penelitian mengenai berbagai faktor yang terkait pelaksanaan PERMA No.1 Tahun 2008 di Pengadilan Agama Kelas I A Makassar khususnya dalam perkara perceraian. Penelitian ini tidak mencermati mengenai substansi hukum yang mengatur mediasi khususnya sinkronisasi berbagai aturan mediasi tetapi hanya mengenai efektivitas mediasi dalam PERMA No.1 Tahun 2008 dalam perkara perceraian di Pengadilan Agama Makassar.

- Penelitian disertasi oleh I Made Sukadana, mahasiswa Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang yang berjudul: “Mediasi dalam Sistem Peradilan Perdata Indonesia dalam Rangka Mewujudkan Proses Peradilan yang Sederhana, Cepat, dan Biaya Ringan.” Penelitian dilakukan dengan menyoroti esensi mediasi dalam penyelesaian sengketa perdata di lembaga peradilan dan bagaimana integrasi mediasi dalam penyelesaian sengketa perdata yang diajukan ke lembaga peradilan. Penelitian tersebut menggunakan kajian normatif tanpa menggunakan kajian empiris. Sehingga berbeda rumusan masalah yang dikaji dalam penelitian ini sebab di samping menggunakan kajian normatif juga menggunakan kajian empiris.

Dalam penelitian ini akan dikaji mengenai bagaimanakah esensi pengaturan mediasi di pengadilan sebagai alternatif penyelesaian sengketa, mengenai dukungan pengadilan dalam mewujudkan mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa, dan budaya hukum

masyarakat pencari keadilan terhadap mediasi sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa. Di samping itu, penelitian ini dilakukan pada lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama.

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Sengketa dan Penyelesaiannya

Sengketa merupakan fenomena sosial yang terjadi sejak manusia saling berinteraksi. Manusia mempunyai kepentingan yang sama terhadap sesuatu atau kadang-kadang berbeda pendapat dalam memahami sesuatu. Kompleksitas dan tingginya persaingan dalam kehidupan modern semakin berpeluang menimbulkan sengketa di antara manusia.

Hubungan hukum yang lahir dari perikatan atau undang-undang memungkinkan terjadinya sengketa antara para pihak. Sengketa dapat bermula dari berbagai sumber potensi dan terjadi pada setiap saat yang disebabkan oleh keadaan sepele dan terabaikan tanpa diperhitungkan sebelumnya.

Terkait dengan hal tersebut, Phill Harris menulis:⁴⁵

“Every social group contains within in the elements and conditions in which disputes will arise. Even the smallest social group will experience disputes between its members, and, as we would expect, the larger and more complex a social group becomes, the more varied and, perhaps, frequent, will be the disputes which crop up within it. Hardly a day goes by in people’s everyday lives without some problem occurring, some argument arising or some resentment or frustration being felt by one person or group over activities of another.”

Menurut Priyatna Abdurrasyid, sengketa secara umum dapat berkenaan dengan hak-hak, status, gaya hidup, reputasi, atau aspek lain dalam kegiatan perdagangan atau tingkah laku pribadi. Perselisihan mungkin juga berhubungan dengan soal yang sederhana atau kompleks dan melibatkan berbagai jenis persoalan, misalnya:⁴⁶

1. Kenyataan yang mungkin timbul akibat kredibilitas para pihak itu sendiri, atau dari data yang diberikan pihak ketiga termasuk penjelasan-penjelasan tentang kenyataan-kenyataan data tersebut;
2. Masalah hukum yang pada umumnya akibat dari pendapat atau tafsiran penyelesaian sengketa yang diberikan oleh para ahli hukum terkait;
3. Akibat perbedaan teknis termasuk perbedaan pendapat dari para ahli teknik dan profesionalisme dari para pihak;

⁴⁵ Phil Harris. *An Introduction to Law*, Seventh Edition, Cambridge University Press, Cambridge New York, 2007, hal. 150.

⁴⁶ Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) Suatu Pengantar*. Edisi Kedua (Revisi) PT. Fikahati Aneska bekerja sama dengan BANI, 2011, hal. 4.

4. Perbedaan pemahaman tentang sesuatu hal yang muncul, misalnya dalam menggunakan kata-kata yang membingungkan atau adanya perbedaan asumsi; dan
5. Perbedaan persepsi mengenai keadilan dan moralitas, budaya, nilai-nilai, dan sikap hidup.

Sengketa timbul biasanya karena adanya permasalahan dalam masyarakat. Bagaimana sebab timbulnya masalah? Ada dua hal yang menimbulkan masalah, yaitu:⁴⁷

1. Karena adanya perbedaan antara *das sollen* dan *das sein*; dan
2. Karena adanya perbedaan antara apa yang diinginkan dengan apa yang terjadi.

Rumusan atau konsep yang akan digunakan mengacu pada pendapat Nader dan Todd yang secara eksplisit membedakan antara:⁴⁸

- a. Pra-konflik adalah keadaan yang mendasari rasa tidak puas orang;
- b. Konflik adalah keadaan di mana para pihak menyadari atau mengetahui tentang adanya perasaan tidak puas tersebut, dan
- c. Sengketa adalah keadaan di mana konflik tersebut dinyatakan di muka umum atau dengan melibatkan pihak ketiga.

⁴⁷ A. Mukti Arto, *Mencari Keadilan. Kritik dan Saran Terhadap Praktik Peradilan Perdata di Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hal.28-29.

⁴⁸ Valerine J.L. Kriekhoff, Mediasi (Tinjauan dari Segi Antropologi Hukum) dalam *Antropologi Hukum, Sebuah Bunga Rampai*, T.O. Ihromi (Penyunting), Yayasan Obor Indonesia. Jakarta.2003, hal. 225.

Menurut Winardi, sengketa bermakna sebagai konflik yang terjadi antara individu-individu atau kelompok-kelompok yang mempunyai hubungan atau kepentingan yang sama atau suatu objek kepemilikan yang menimbulkan akibat hukum antara satu dengan yang lain.⁴⁹

Menurut Achmad Ali, sengketa mempunyai pengertian yaitu pertentangan antara dua pihak atau lebih yang berawal dari persepsi yang berbeda tentang suatu kepentingan atau hak milik yang dapat menimbulkan akibat hukum.⁵⁰

Sesuai pengertian sengketa di atas, dapat diuraikan menjadi beberapa elemen, antara lain:⁵¹

1. Adanya dua pihak atau lebih;
2. Adanya hubungan atau kepentingan yang sama terhadap suatu objek tertentu;
3. Adanya pertentangan dan perbedaan persepsi;
4. Adanya akibat hukum.

Pengertian sengketa di atas merupakan batasan sengketa dalam arti yang sempit, karena ruang lingkup pengertiannya hanya menyangkut sengketa hukum saja. Hal ini didasari pada alasan bahwa sengketa yang akibatnya berupa sanksi hukum (*legal sanction*) tentunya adalah sengketa hukum (*legal*

⁴⁹ D.Y. Witanto. *Hukum Acara Mediasi, dalam Perkara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum dan Peradilan Agama Menurut PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan*. Alfabeta. Bandung. hal. 2-3.

⁵⁰ D.Y. Witanto, Loc. cit.

⁵¹ D.Y. Witanto, Op. cit. hal. 3.

dispute), sedangkan sengketa yang tidak memiliki akibat hukum bukan termasuk dalam ruang lingkup sengketa hukum.

Menurut Anton Mulyono, kata “penyelesaian” mengandung makna; lembaga, proses, dan produk. Dalam penggunaan sehari-hari, kata penyelesaian lebih banyak diartikan sebagai suatu proses menyelesaikan sesuatu. Apabila penyelesaian sengketa dimaknai sebagai lembaga, dapat ditelaah bahwa untuk menyelesaikan sengketa di masyarakat terdapat tiga lembaga, yakni:⁵²

1. Lembaga sosial di luar pengadilan;
2. Lembaga pengadilan;
3. Lembaga lain yang dibentuk menurut undang-undang.

Selanjutnya bilamana penyelesaian sengketa dimaknai sebagai proses, berarti bahwa setiap orang yang bersengketa berhak untuk melakukan perdamaian dengan cara dan konsep apa saja termasuk menggunakan konsep mediasi, baik ketika menghadapi suatu perkara di pengadilan maupun ketika sengketa tersebut masih terjadi di luar pengadilan. Proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan telah diatur secara sepintas dalam berbagai undang-undang, namun masih membutuhkan petunjuk pelaksanaan, seperti “Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak menutup usaha penyelesaian perkara perdata secara perdamaian”.⁵³ Begitu pula ketentuan

⁵² A. Mukti Arto, Op. cit, hal. 49-50.

⁵³ Pasal 16 Undang-Undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

yang mengatur, “Ketentuan ini tidak menutup kemungkinan penyelesaian perkara dilakukan di luar peradilan negara melalui perdamaian atau arbitrase.⁵⁴ Hal serupa diatur dalam Pasal 10 ayat (2) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Mediasi jika dimaknai sebagai proses adalah terkait dengan mekanisme penyelesaiannya sangat sederhana, fleksibel, dan mudah berubah menyesuaikan diri dengan perkembangan zaman. Sedangkan jika penyelesaian sengketa melalui pengadilan diatur secara tegas dalam hukum acara perdata, sesuai tahap-tahap yang telah ditentukan.

Jika makna penyelesaian sengketa sebagai produk, artinya sengketa itu telah berakhir dan tidak ada lagi masalah, dengan kata lain telah “selesai” segalanya. Suatu sengketa dapat dikatakan selesai:⁵⁵

1. *secara yuridis*, apabila telah diputus oleh hakim dengan putusan yang mempunyai dasar hukum, dapat memberi kepastian hukum dan perlindungan hukum;
2. *secara empirik*, apabila putusan hakim itu telah memenuhi rasa keadilan, dapat memulihkan hubungan sosial antara para pihak yang bersengketa dan dapat memberi kemanfaatan;
3. *secara psikologis*, apabila hakim dapat memberi rasa aman dan tenteram, memberi rasa damai dan memberi rasa puas,
4. *secara praktis*, apabila putusan hakim itu telah menyelesaikan semua aspek sengketa, dapat dilaksanakan dan tidak menimbulkan sengketa baru antara para pihak.

Penyelesaian sengketa pada masyarakat tradisional dan modern masih tetap mempertahankan metode yang mampu menyelesaikan sengketa atau

⁵⁴ Penjelasan Pasal 3 ayat (1) Undang-Undang No.4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman.

⁵⁵ D.Y. Witanto, Op. cit, hal. 56.

konflik dalam masyarakat. Hal ini sesuai dengan pendapat Achmad Ali yang menyatakan, merupakan satu kekeliruan jika orang menganggap bahwa di dalam masyarakat modern, hanya pranata pengadilanlah satu-satunya cara penyelesaian sengketa. Di luar pengadilan masih terdapat cara-cara penyelesaian persengketaan lain, seperti: mediasi, arbitrase, dan konsiliasi.⁵⁶

Menurut Satjipto Rahardjo, ada beberapa pilihan bagi seseorang untuk menyelesaikan perkaranya. Cara berperkara lebih dari satu tempat berlaku bagi Indonesia yang begitu majemuk, terdiri atas sekian ratus komunitas adat atau lokal. Satjipto menyatakan barangkali sudah waktunya 'out of court settlement' diterapkan di Indonesia.⁵⁷

David M. Trubek menguraikan, kecenderungan menghindari pengadilan, selain karena faktor biaya dan waktu, juga karena tidak semua sengketa cocok diselesaikan melalui proses pengadilan. Trubek menyebutkan, ada beberapa sengketa yang kurang cocok untuk diselesaikan melalui pengadilan, yaitu sengketa keluarga, kontroversi antar tetangga, tuntutan yang mencakup sejumlah uang yang tidak banyak, serta problem yang timbul dalam manajemen hubungan perdagangan jangka panjang.⁵⁸

Menyimak uraian di atas, mekanisme atau model penyelesaian sengketa yang dilakukan setiap kelompok masyarakat tidak terlepas dari kebiasaan atau budaya yang tumbuh dan berkembang pada masyarakat yang

⁵⁶ Achmad Ali, *Sosiologi Hukum. Kajian Empiris Terhadap Pengadilan*. BP. IBLAM, Jakarta, 2004, hal.17.

⁵⁷ Harian Kompas, edisi Jumat 15 Januari 2010, hal. 6.

⁵⁸ Bernard L. Tanya, *Hukum dalam Ruang Sosial*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hal. 27.

bersangkutan. Hal ini mengindikasikan jika proses atau model penyelesaian sengketa tidaklah terlepas dari budaya masyarakatnya.

Hal ini sesuai dengan uraian Lawrence M. Friedman, faktor budaya ikut menentukan perilaku seseorang yang sedang terlibat suatu sengketa untuk membawa sengketanya pada lembaga peradilan atau membawa sengketanya melalui jalur non-litigasi.⁵⁹

Menurut Yasunobu Sato, tradisi masyarakat Cina dan negara-negara Asia Timur lainnya sangat dipengaruhi oleh filosof *confucian*, memiliki kultur konsiliatori (*conciliatory culture*) di mana mediasi atau konsiliasi sejak lama diakui sebagai mekanisme yang lebih cocok untuk menyelesaikan sengketa. Hal tersebut mirip dengan kultur masyarakat Jepang yang menekankan keharmonisan, yang pada gilirannya memengaruhi sikap untuk mengutamakan mediasi dan konsiliasi, bukan litigasi.⁶⁰

Menurut Hideo Tanaka, di Jepang terdapat lembaga konsiliasi di luar pengadilan yang disebut "*jidan*". Bagi orang Jepang, membawa perkara ke pengadilan merupakan sifat yang tidak terpuji. Paling bijak menyelesaikannya terlebih dahulu melalui forum "*jidan*". Penyelesaian sengketa lewat pengadilan dianggap mengandung kelemahan, yakni memakan waktu yang

⁵⁹ Adi Sulistiyono, *Budaya Musyawarah untuk Penyelesaian Sengketa Win-win Solution dalam Perspektif Hukum*. Jurnal Hukum Bisnis Volume 25- No.1 Tahun 2006, hal. 74.

⁶⁰ Susanti Adi Nugroho. *Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa*. PT. Telaga Ilmu Indonesia.. Jakarta. hal. 2.

lama, biaya tinggi, dan merenggangkan hubungan pihak-pihak yang bersengketa.⁶¹

Yosiyuki Noda menguraikan, bagi orang Jepang terhormat, prosedur hukum formal merupakan sesuatu yang tidak disukai, bahkan dibenci. Mengajukan seseorang ke pengadilan dengan alasan apapun, pada dasarnya merupakan tindakan yang memalukan.⁶²

Soerjono Soekanto menguraikan, hampir sama dengan budaya Jepang, budaya orang Korea Selatan menganggap berperkara ke pengadilan sebagai simbol konflik. Orang yang memperkarakan orang lain ke pengadilan dianggap sebagai deklarasi perang dengan lawannya. Penyelesaian melalui sarana hukum dianggap dapat merusak hubungan sosial yang harus dijaga keserasiannya.⁶³ Satjipto Rahardjo menjelaskan, forum hukum formal dilihat sebagai forum yang menyandarkan diri pada kekuatan dan kekerasan yang bertentangan dengan nilai-nilai kebaikan, kedamaian, dan keselarasan.⁶⁴

Pyong Choon Hahm dalam salah satu tulisannya menguraikan, orang Korea lebih menghargai jasa seorang penengah (mediator) sebagai orang-orang yang mendatangkan kedamaian daripada para hakim yang memutuskan siapa yang dapat dipersalahkan.⁶⁵

⁶¹ Bernard L. Tanya, Op. cit, hal. 28.

⁶² Ibid. hal. 29.

⁶³ Bernard L. Tanya, Loc. cit.

⁶⁴ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980, hal. 89.

⁶⁵ Satjipto Rahardjo, *Pemanfaatan Ilmu-ilmu Sosial...*, 2010, hal. 40.

Menurut Erman Rajagukguk, di Cina, Confuciusnisme memandang hukum (*Fa*) sebagai hukuman (*Hsing*). Karena itu, hukum bukanlah cara yang baik untuk menjaga tertib sosial. Itu pula sebabnya, masyarakat Cina tradisional enggan membawa sengketa ke depan pengadilan, karena hubungan harmoni mendapat tempat yang tinggi di masyarakat.⁶⁶ Lubman Stanley, menguraikan, sesuai ajaran Mao, sengketa-sengketa perdata adalah konflik intern antar individu, dan oleh karena itu harus diselesaikan secara intern pula.⁶⁷

Mas Achmad Santosa menguraikan, di Filipina, dikenal bentuk peradilan non-litigasi yang berbasis nilai-nilai setempat, yakni *Katarungang Pambarangay Law* dan *Barangsay Justice Law*. Pembentukannya melalui Keputusan Presiden dengan tujuan mengurangi penumpukan perkara di pengadilan, selain untuk mempromosikan peradilan yang cepat dan efisien, sekaligus melestarikan nilai-nilai tradisional mereka.⁶⁸

Di Indonesia, selain pertimbangan nilai budaya, alasan menghindari penggunaan pengadilan antara lain karena putusannya yang mengundang permusuhan, soal biaya dan waktu yang dirasakan memberatkan serta prosedur yang rumit, alasan ketidakmampuan beracara dan alasan tidak bersihnya pengadilan.⁶⁹

⁶⁶ Bernard L. Tanya, Op. cit. hal. 29.

⁶⁷ Bernard L. Tanya, Loc. cit.

⁶⁸ Bernard L. Tanya, Loc. cit.

⁶⁹ Bernard L. Tanya, Loc. cit.

Lebih lanjut Satjipto Rahardjo menguraikan, penyelesaian sengketa melalui pengadilan menghendaki penyelesaian sengketa secara tuntas—kecuali terjadi perdamaian—sehingga dapat dipastikan pihak mana yang menang dan yang kalah.⁷⁰

Masyarakat Indonesia mempunyai kebiasaan untuk tidak secara langsung membawa sengketanya ke pengadilan dan berupaya untuk menyelesaikan secara kekeluargaan terlebih dahulu. Akan tetapi setelah upaya tersebut gagal, maka ia memegang teguh prinsip-prinsip semangat pantang mundur yang dilandasi oleh falsafah “semangat juang yang tinggi demi mempertaruhkan harga diri.” Tekad yang kuat untuk mengajukan upaya hukum ke pengadilan setelah upaya kekeluargaan gagal pantang untuk mundur tanpa memikirkan mengenai efisiensi waktu dan biaya.

Sesuai uraian Yoshiro Kusano, hal ini dialami pula oleh masyarakat Jepang yang pada dasarnya tidak suka perselisihan, sehingga sebelum mereka pergi ke pengadilan, mereka terlebih dahulu menunjukkan banyak kesabaran. Mereka merasa tidak boleh gentar. Tapi, ketika mereka merasa sampai pada satu titik di mana mereka sudah tidak tahan lagi, mereka lanjut ke pengadilan sebagai reaksi kesabaran yang harus mereka tekan, dan mereka pun menjadi keras kepala. Kendatipun masyarakat Jepang sangat sabar, tapi begitu pergi ke pengadilan, mereka pantang mundur.⁷¹

⁷⁰ Bernard L. Tanya, Loc. cit.

⁷¹ Yoshiro Kusano, *WAKAI. Terobosan Baru Penyelesaian Sengketa* (terjemahan). Grafindo Khasanah Ilmu, Jakarta, 2008, hal. 66.

Sulistyowati Irianto menguraikan, munculnya gerakan masyarakat sipil untuk menghidupkan kembali penyelesaian sengketa alternatif dalam lingkup komunitas sendiri, sangat bisa dimengerti, mengingat beberapa fakta berikut:

72

- a. mekanisme penyelesaian sengketa komunitas dapat dicari dasar legitimasinya dalam akar budaya masyarakat yang dirasa lebih dapat menjamin rasa keadilan;
- b. keterbatasan kemampuan institusi negara dalam menyelesaikan konflik dan sengketa yang ada di masyarakat. Hal ini ditunjukkan antara lain oleh manajemen perkara yang tidak efisien dan banyaknya tumpukan perkara di pengadilan yang bermuara pada Mahkamah Agung. Namun hal ini juga berkaitan dengan beratnya beban hakim dan kurangnya fasilitas dalam penyelenggaraan peradilan;
- c. ketidakmampuan masyarakat mengakses peluang keadilan melalui peradilan negara karena ketiadaan daya dukung finansial, pengetahuan dan informasi, korupsi dalam tubuh lembaga peradilan negara, dan keterasingan (*alienasi*) dari institusi negara.

Oleh karena itu, kata-kata bijak yang pernah dilontarkan oleh mereka yang memahami sulitnya menyelesaikan sengketa jika diajukan ke lembaga peradilan, selayaknya memberikan pelajaran yang cukup berharga. Bahkan jika pengadilan ditinjau dari aspek non-hukum, maka sinisme cukup keras pun muncul dalam anekdot seperti yang dikemukakan oleh Ambrose Bierce (Stan Ross:1996): "*Litigation is a machine which you go into as a pig and come out as a sausage.*" (Pengadilan adalah sebuah mesin di mana anda

⁷² Sulistyowati Irianto, Menuju Perkembangan Hukum Pro-Keadilan Rakyat, dalam Antonius Cahyadi dan Donny Danardono (ed.), *Sosiologi Hukum dalam Perubahan*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2009, hal. 23.

memasukinya dalam wujud seekor babi yang utuh, tetapi ketika anda ke luar sudah dalam bentuk sosis).⁷³

Abraham Lincoln *once said*. “*Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often the real loser--in fees, expenses, and waste of time.*”⁷⁴ Abraham Lincoln pernah berkata:

“Perkecillah peran pengadilan. Bujuklah para tetangga anda untuk berkompromi sepanjang yang anda dapat lakukan. Tunjukkan pada mereka bagaimana orang yang namanya saja disebut pemenang, tetapi sering dalam kenyataannya lebih merupakan pihak yang nyata-nyata kalah; yaitu kalah dalam biaya, pembayaran dan pemborosan waktu.”⁷⁵

Harry C. Bredemeier dalam tulisannya berjudul, *Law as an Integrative Mechanism* menyatakan, “hukum itu bagi kebanyakan orang merupakan sesuatu yang sedapat mungkin dihindari saja”. Bredemeier mengemukakan argumentasinya itu ketika menjelaskan sistem hukum dalam masyarakat. Maksudnya adalah semakin lama kepercayaan masyarakat terhadap pengadilan semakin menurun.⁷⁶

Terkait hal tersebut Marc Galanter menguraikan, “Pihak-pihak yang memiliki kemampuan lebih akan mendominasi praktik hukum, yang berarti

⁷³ Achmad Ali, Op. cit, hal. 2.

⁷⁴ As quoted in Lincoln the Lawyer, Frederick Trevor Hill dalam James F. Haggerty, ESQ. *In The Court of Public Opinion, Winning Your Case with Public Relations*. Published by John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey, USA. 2003. Hal. xix.

⁷⁵ Achmad Ali. Op. cit, hal. 18.

⁷⁶ Anthon Freddy Susanto, *Semiotika Hukum, Dari Dekonstruksi Teks Menuju Progresivitas Makna*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2005, hal. 139.

mereka mendapatkan keadilan lebih baik. Aparatur hukum harus bekerja dalam suasana dan hukum seperti ini, tentunya akan menjadi badan penegak hukum yang condong melindungi kepentingan atau kedudukan golongan tertentu. Sekalipun secara hukum segala sesuatunya dapat dikatakan sah (*legal*).⁷⁷

Sehubungan dengan hal tersebut, Trevor Buck mengutip peringatan The Australian Prime Minister, John Howard, *“has warned about the dangers of going down the American path of becoming too litigious.”*⁷⁸

Mahatma Gandhi selama menjadi pengacara senantiasa memperjuangkan penggunaan jalur non-litigasi, walaupun untuk itu harus kehilangan banyak uang. Hal ini sesuai pernyataan Gandhi (1927):⁷⁹

“realised that the true function of a lawyer was to unite parties ... A large part of my time during the 20 years of my practice as a lawyer was occupied in bringing about private compromise of hundreds of cases. I lost nothing there by not even money, certainly not my soul.”

Terkait hal tersebut, Lawrence M. Friedman menulis:⁸⁰

“societies without lawyers are common; societies without judges and courts are much more rare. Institutions that resolve, or help resolve, disputes are ubiquitous; all but the very simplest societies have them. Perhaps the judges evolved from the mediator, that is, a third person who tries to help people iron out difficulties by themselves – a kind of go between, without power to force the parties to settle.

⁷⁷ Ibid, hal. 139-140.

⁷⁸ Trevor Buck, *Administrative Justice, and Alternative Dispute Resolution: The Australian Experience*, Departement for Constitutional Affairs, DCA Research Series 8/05, First Published 2005, hal. 10.

⁷⁹ Adi Sulistiyono, Op. cit, hal.78.

⁸⁰ Lawrence M. Friedman, *Law and Society an Introduction*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, 1977, hal. 27-28

Teori penyelesaian sengketa yang sejalan dengan berbagai pandangan tersebut sebagaimana dikemukakan oleh Marc Galanter yaitu "*justice in many rooms*" (pengadilan dapat dijalankan di banyak tempat), tanpa memerlukan format dan prosedur yang formal.

Marc Galanter menguraikan, sama halnya dengan kesehatan yang bukan terutama ditemui dalam rumah sakit-rumah sakit atau pengetahuan yang tidak diperoleh melalui ajaran-ajaran di sekolah saja, maka keadilan bukanlah terutama ditemukan pada lembaga-lembaga yang secara formal mendistribusikan keadilan. Rakyat mengalami keadilan (atau ketidakadilan) bukan saja (atau biasanya) di forum-forum yang disponsori negara, tetapi juga pada lokasi-lokasi kegiatan primer yang berwujud pranata seperti rumah, lingkungan ketetanggaan, tempat kerja, kesepakatan bisnis dan sebagainya.⁸¹

Marc Galanter lebih lanjut menguraikan, dalam hal menyelesaikan sengketa, masyarakat dapat memperoleh keadilan melalui forum resmi yang telah disediakan oleh negara (pengadilan), maupun forum tidak resmi yang disediakan oleh masyarakat. Keadilan yang diperoleh pihak-pihak yang bersengketa melalui pendistribusian secara eksklusif oleh negara, dalam hal ini pengadilan, dinamakan 'sentralisme hukum' atau 'paradigma sentralisme hukum'. Sedangkan keadilan yang didapat oleh pihak-pihak yang bersengketa

⁸¹ Marc Galanter, Keadilan di Berbagai Ruangan Peradilan, Penataan Masyarakat Serta Hukum Rakyat, dalam *Antropologi Hukum, Sebuah Bunga Rampai*, T.O. Ihromi (Penyunting), Yayasan Obor Indonesia. Jakarta. 2003, hal.115-116.

melalui forum-forum di luar jalur litigasi dengan mendasarkan pada hukum rakyat atau hukum pribumi dinamakan 'desentralisme hukum' atau 'paradigma desentralisme hukum'.⁸²

Begitu pula teori dari Franz von Benda-Beckmann yang dikutip Sulistyowati Irianto,⁸³ masyarakat juga memiliki mekanisme dan kapasitas untuk menciptakan hukum dan keadilannya sendiri. Dalam kehidupan sehari-hari hukum negara bukanlah satu-satunya acuan yang memonopoli perilaku kita. Institusi negara, termasuk peradilan negara, bukanlah satu-satunya badan penyelenggara keadilan. Dalam keseharian, ada banyak acuan hukum lain yang justru lebih "bekerja" secara sinergis, yang berakar pada budaya hukum masyarakat yang lekat dalam hukum agama, adat, kebiasaan, dan kesepakatan sosial lain. Bila tidak memungkinkan menyebutnya sebagai "hukum" karena tidak memenuhi atribut hukum "formal" dalam perspektif arus umum, maka baiklah kita beri nama hukum non-negara tersebut sebagai *hybrid law* atau *unnamed law*.

Pendapat senada diuraikan oleh Norber Rouland, "tatkala sebuah kelompok atau komunitas berkesempatan menarik diri dari wewenang negara

⁸² Adi Sulistiyono, Op. cit, hal. 72.

⁸³ Sulistyowati Irianto, *Menuju Perkembangan Hukum Pro-Keadilan Rakyat*, dalam Antonius Cahyadi dan Donny Danardono (ed.), hal. 7.

dan undang-undang, kelompok itu tidaklah lenyap dalam jurang non-hukum. Mekanismenya lalu diatur oleh sistem mereka sendiri.”⁸⁴

1. Karakteristik Sengketa

Kehidupan manusia kadang-kadang mempunyai kepentingan yang sama, namun objek yang dijadikan sasaran kepentingan tersebut adalah terbatas atau memerlukan upaya untuk mempertahankannya. Misalnya sengketa hak-hak atas tanah yang kini mendominasi sengketa perdata di lingkungan peradilan umum, dan sengketa perkawinan yang mendominasi lingkungan peradilan agama.

Orang-orang atau masyarakat yang mewarisi tradisi kebudayaan yang menekankan pentingnya nilai keharmonisan dan kebersamaan dalam kehidupan akan lebih dapat menerima dan menggunakan cara-cara konsensus dalam penyelesaian sengketa. Kebudayaan dapat dipengaruhi berbagai faktor antara lain agama.

Pengaruh agama terhadap proses penyelesaian sengketa diuraikan Syahrizal Abbas yang disebut *shulh* atau *ishlah* yakni suatu proses penyelesaian sengketa di mana para pihak sepakat untuk mengakhiri perkara mereka secara damai. Al-Qur'an dan Hadis Nabi Muhammad SAW menganjurkan pihak yang bersengketa menempuh jalur *shulh*, baik di depan

⁸⁴ Bernard L. Tanya, Op. Cit. hal. 19.

pengadilan maupun di luar pengadilan. *Shulh* memberikan kesempatan para pihak untuk memikirkan jalan terbaik dalam menyelesaikan sengketa, dan mereka tidak lagi terpaku secara ketat kepada alat bukti.⁸⁵

Terkait hal tersebut Syed Khalid Rashid dan Syed Ahmad Idid menulis:⁸⁶

“In the past, every civilization had its own means of amicable settlement disputes. Islam gave prominence to shulh (which covers negotiation, mediation, conciliation, and compromise of action) and tahkim (arbitration); Chinese preferred xieshang (negotiation and consultation) and tiaojie (mediation); while Hindu had panchayat (village tribunal of five elders) in the past and Lok Adalats at present.”

Daniel S. Lev dalam tinjauannya mengenai kultur hukum di Indonesia, antara lain memperhatikan masalah penyelesaian konflik. Di Indonesia, cara-cara penyelesaian konflik mempunyai karakteristiknya sendiri disebabkan oleh karena dukungan nilai-nilai tertentu. Sekalipun terdapat perbedaan intensitas di sana-sini, namun pada umumnya kompromi dan perdamaian merupakan nilai-nilai yang mendapatkan dukungan kuat masyarakat.⁸⁷

Selanjutnya, Lev dalam menguraikan kesamaan pengungkapan-pengungkapan sifat-sifat khas mengenai modernisasi hukum bagi negara-negara dunia ketiga. Sifat-sifat khas yang diungkap Lev di dalam studinya antara lain:⁸⁸

⁸⁵ Syahrizal Abbas, Op. cit. hal. 159-160.

⁸⁶ Syed Khalid Rashid dan Syed Ahmad Idid, *Mediation and Arbitration in Asia Pacific*. IIUM Press, International Islamic University Malaysia. 2009. hal. xxi.

⁸⁷ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, hal. 89.

⁸⁸ Satjipto Rahardjo, 2010, Op. cit, hal.45-46.

- a. Nilai-nilai sosialnya cenderung bersifat personal, solidaritas komunal dan menghindari perselisihan-perselisihan.
- b. Kompromi, konsiliasi, pendekatan secara 'lunak' terhadap penyelesaian konflik rupanya dapat dijumpai di mana-mana dalam masyarakat petani di Indonesia.
- c. Terutama di Jawa dan di Bali, setiap usaha akan ditempuh untuk menghindari konflik personal dan apabila tetap terjadi, diusahakan untuk menutupinya dengan teknik-teknik hubungan sosial yang halus, untuk memperoleh penyelesaian yang paling tidak merusak dan menurunkan derajat/martabat seseorang.
- d. Titik berat di dalam penyelesaian sengketa dengan demikian, tekanannya tidak diletakkan pada penerapan peraturan-peraturan hukum, melainkan pada pelenyapan konflik yang menjadi sebab timbulnya tegangan atau gangguan sosial.
- e. Di dalam suatu sengketa, pihak yang kalah dan menang tidak ada, melainkan kedua belah pihak yang telah berperkara itu sama-sama telah berbuat kesalahan oleh karena mereka telah berselisih; dengan demikian, mereka wajib menebus kesalahan itu dengan melenyapkan ketegangan di antara mereka sendiri.

Para sarjana di Amerika Utara juga melihat keberadaan praktik mediasi dipengaruhi oleh nilai-nilai spiritual Konfusius, yang lebih menekankan nilai

penting keharmonisan dan penyelesaian sengketa secara damai daripada penyelesaian sengketa dengan penggunaan paksaan atau pendekatan permusuhan (*adversarial*).⁸⁹

Menurut Yosiro Kusano, bangsa Jepang yang juga dipengaruhi oleh kebudayaan Konfusius memiliki ungkapan yang menggambarkan betapa pentingnya keharmonisan dan perdamaian dalam masyarakat, yaitu: “*Wa Wo Motte Totoshi To Nashu*”, artinya “keharmonisan atau perdamaian adalah suatu yang paling berharga.”⁹⁰ Faktor budaya ini kemungkinan dapat menjelaskan mengapa sistem hukum Jepang telah sangat maju membangun berbagai cara penyelesaian sengketa secara damai seperti *chotei* dan *wakai*.

Bangsa Indonesia, paling tidak secara normatif dan historis, juga dapat dipandang sebagai salah satu bangsa yang amat menjunjung tinggi nilai-nilai pendekatan konsensus dalam beberapa masyarakat adat dapat dijumpai istilah-istilah yang menggambarkan nilai penting pendekatan konsensus atau mufakat dalam penyelesaian sengketa. Masyarakat Minangkabau mengenal ungkapan: “*bulek air dek pembuluh, bulek kato dek mufakat*” (bulat air karena bambu, bulat kata karena mufakat).⁹¹

Menyimak karakteristik yang dimiliki bangsa Indonesia, sangat mungkin polanya hampir mirip dengan orang Asia pada umumnya. Bangsa Indonesia

⁸⁹ Takdir Rahmadi, Op. cit, hal. 40-41.

⁹⁰ Takdir Rahmadi, Loc. cit.

⁹¹ Takdir Rahmadi, Op. cit, hal. 42.

sesungguhnya adalah bangsa yang masih menjunjung tinggi harmoni, suka menyelesaikan sengketa dengan kemungkinan rasa permusuhan paling sedikit dan pada cara-cara yang membuat dirinya tidak memalukan.⁹²

Setiap suku bangsa yang ada di dunia ini memiliki pola penyelesaian sengketa dan senantiasa dipengaruhi oleh budaya hukumnya. Donald Black menguraikan:⁹³

“The resolution of disputes obeys the same principle as the evolution of law. In the medieval England, for instance, law applied to disputes between Jews and gentiles but not disputes between Jews alone (Pollock and Maitland, 1898: Volume 1, 468-475). In early nineteenth-century America, law applied to disputes between Indians and whites but not to disputes between Indians alone (Prucha, 1962:211-212). Today, in an American Chinatown, disputes between Chinese and non-Chinese are more likely to result and litigation than disputes between fellow Chinese (Grace, 1970).”

Sumber sengketa akan memengaruhi atau membentuk karakteristik sengketa. Sumber yang paling dominan menimbulkan sengketa akan menunjukkan karakter yang paling menonjol yang dapat diklasifikasikan sebagai berikut:⁹⁴

1. Karakter formal, yakni sifat sengketa yang melekat pada hukum yang mengaturnya yang timbul karena materi hukum itu sendiri, misalnya, kurang jelas, mengandung berbagai penafsiran, dan sebagainya;

⁹² Retno Kumolohadi dan Sonny Andrianto, *Resolusi Konflik dalam Psikologi Lintas Budaya*. Jurnal Psikologika No.13 Tahun VII-2002, hal. 11.

⁹³ Donald Black, *The Behavior of Law*, Academic Press, Inc.Orlando, Florida, 1976. hal. 76-77.

⁹⁴ A. Mukti Arto, Op. cit., hal. 39-40.

2. Karakter material (kebendaan), yakni sifat sengketa yang melekat pada wujud dari barang sengketa itu sendiri, seperti ketidaksepakatan, benturan kepentingan, tidak mendapat bagian yang adil, dan sebagainya;
3. Karakter emosional, yakni sifat sengketa yang melekat pada emosi manusianya, seperti perasaan-perasaan negatif antara pihak-pihak, kemarahan, keengganan, dendam, dan sebagainya.

Menurut Moh. Koesnoe, asas kerukunan dalam kaitannya dengan penyelesaian sengketa, memunculkan dua ajaran, yakni:⁹⁵

- a. Ajaran penyelesaian sengketa, yakni berangkat dari pandangan bahwa penyelesaian sengketa harus dilakukan sedemikian rupa sehingga para pihak kembali berada dalam keadaan semula sebelum sengketa terjadi.
- b. Ajaran pengambilan keputusan, yakni berangkat dari pemikiran bahwa tidak setiap sengketa dapat diselesaikan melalui ajaran penyelesaian sengketa. Di sini ihwalnya adalah menetapkan secara tegas hak dan kewajiban masing-masing pihak. Ajaran ini lebih condong pada pandangan yang menempatkan masyarakat di latar belakang dan fokus diberikan lebih pada individu.

Menurut Priyatna Abdurrasyid, terdapat faktor-faktor yang dapat memengaruhi sikap para pihak dalam sengketa dan cara penyelesaian, misalnya:⁹⁶

- a. Implikasi keuangan dan ekonomi yang memengaruhi sikap para pihak, termasuk jumlah uang yang dipersengketakan terkait dengan

⁹⁵ Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan Bagi Hukum Perjanjian Indonesia*, Citra Aditya Bakti. Bandung, 2006, hal. 277.

⁹⁶ Priyatna Abdurrasyid, *Op. cit.* hal.5.

posisi keuangan secara keseluruhan pada masing-masing pihak dan pengaruh yang akan ditimbulkan terhadap pihak tersebut akibat perselisihannya.

- b. Masalah prinsip dapat menjadi pertentangan meskipun implikasi keuangan tidak begitu berarti, kadang-kadang masalah yang nampak di permukaan sebagai masalah prinsip tidak terbukti atau adanya kemungkinan untuk memisahkan prinsip dari sengketa sebenarnya.
- c. Persepsi tentang kewajaran dan keadilan, juga pemahaman dan kecurigaan para pihak mungkin sangat berbeda dan memengaruhi tindakan yang diambil terhadap suatu masalah.
- d. Tuntutan dan pembelaan dapat dibuat secara cermat misalnya, untuk mendorong seseorang mengadakan negosiasi atau menunda pembayaran jumlah uang yang harus dibayar.
- e. Adanya masalah yang memengaruhi kebebasan atau berkaitan dengan status individu atau dimana preseden yang mengikat perlu dibentuk, penting untuk diakhiri dengan suatu keputusan.
- f. Acapkali pokok masalah mempunyai nilai simbolis, misalnya menunjukkan batas-batas toleransi atau mendefinisikan hubungan kekuasaan.
- g. Publisitas dapat menjadi faktor yang relevan baik (walaupun secara hukum tidak dibenarkan) karena kelemahan salah satu pihak untuk

menghindari perhatian umum atau sebaliknya karena adanya harapan yang positif untuk menarik liputan media.

- h. Faktor emosional dapat memengaruhi sikap para pihak, misalnya jika salah satu pihak didorong oleh perasaan marah, tekanan, kurang informasi, ketidakpuasan, penghinaan, salah paham atau perasaan kuat lainnya.
- i. Faktor kepribadian akan memengaruhi cara pendekatan yang diambil satu pihak dalam suatu sengketa.
- j. Pertimbangan praktis tentu saja sangat relevan, termasuk faktor biaya.
- k. Adanya titik - faktor yang dapat membuat atau memberi arah, bahwa ditemukan celah yang dapat dimanfaatkan oleh para pihak sampai kepada perdamaian.

c. Penyelesaian Sengketa Secara Ajudikasi

Proses ajudikasi, dalam hal ini litigasi dan arbitrase melibatkan pihak ketiga dan melepaskan haknya untuk memutuskan sengketa mereka sendiri dan sebagai gantinya ia mempercayakan kepada pihak ketiga sebagai ajudikator.

a. Litigasi

Penyelesaian sengketa secara litigasi adalah suatu penyelesaian sengketa yang dilakukan melalui pengadilan. Penyelesaian sengketa secara litigasi tersebut memiliki karakteristik, yakni:

1. Penyelesaian sengketa melalui litigasi dapat dikatakan sebagai penyelesaian sengketa yang memaksa salah satu pihak untuk menyelesaikan sengketa dengan perantaraan pengadilan.
2. Penyelesaian sengketa melalui pengadilan memiliki sifat eksekutorial dalam arti pelaksanaan terhadap putusan dapat dipaksakan oleh lembaga yang berwenang.
3. Penyelesaian sengketa melalui litigasi pada umumnya dilakukan dengan menyewa jasa dari advokat sehingga biaya yang dibutuhkan relatif besar.
4. Penyelesaian sengketa melalui pengadilan tentu harus mengikuti persyaratan-persyaratan dan prosedur-prosedur formal di pengadilan, dan sebagai akibatnya jangka waktu untuk menyelesaikan suatu sengketa menjadi lebih lama.
5. Proses penyelesaian sengketa secara litigasi bersifat terbuka berarti bahwa siapa saja dapat menyaksikan jalannya persidangan, kecuali untuk perkara-perkara tertentu, misalnya perkara perceraian.

Secara prosedural, litigasi menjamin perlakuan yang adil kepada para pihak, kesempatan untuk didengar, menyelesaikan sengketa, dan menjaga ketertiban umum, ajudikasi publik memiliki keuntungan oleh karena hakim

diberikan kewenangan menerapkan nilai-nilai masyarakat untuk menyelesaikan sengketa pribadi. Jadi, adjudikasi publik tidak hanya menyelesaikan sengketa tetapi lebih dari itu juga menjamin suatu bentuk ketertiban umum, yang tertuang dalam undang-undang secara eksplisit maupun implisit.

Proses adjudikasi di pengadilan di Indonesia, membutuhkan waktu dan biaya yang cukup besar, sehingga tujuan pencari keadilan dengan mengajukan sengketa yang dihadapi ke pengadilan cenderung menimbulkan kekecewaan. Akibatnya, bukan keadilan yang didapatkan melainkan pengalaman yang kurang memberikan manfaat dan kepuasan serta ketidakpastian berkepanjangan.

Terkait dengan hal tersebut Ronald H. Coase menulis:⁹⁷

“The reasoning employed by the courts in determining legal rights will often seem strange to an economist because many of the factors on which the decision turns are, to an economist, irrelevant. Because of this situations which are, from an economic point of view, identical will be treated quite differently by the courts”.

Berbagai kritik dilontarkan terhadap kinerja lembaga peradilan terjadi di Amerika dan berbagai negara lainnya, antara lain:⁹⁸

1. Penyelesaian sengketa yang lambat. Penyelesaian sengketa melalui litigasi pada umumnya adalah lambat (*waste of time*).

⁹⁷ Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost* dalam Dennis Petterson (edited), *Philosophy of Law and Legal Theory, An Anthology*. Blackwell Publishing. 350 Main Street, Malden, USA, 2006, hal.397-398.

⁹⁸ Susanti Adi Nugroho, Op. cit, hal. 158.

Proses pemeriksaan bersifat sangat formal (*formalistic*) dan teknis (*technically*). Di samping itu juga semakin banyaknya perkara yang masuk ke pengadilan akan menambah beban pengadilan untuk menyelesaikan perkara tersebut (*overload*).

2. Biaya perkara mahal. Para pihak menganggap biaya perkara sangat mahal, apalagi jika dikaitkan dengan lamanya penyelesaian sengketa, dan apabila perkara tersebut menggunakan jasa advokat. Orang berperkara di pengadilan harus mengerahkan segala sumber daya, waktu, dan pikiran (*litigation paradise people*).
3. Pengadilan tidak tanggap. Pengadilan sering dianggap kurang tanggap dan kurang responsif (*unresponsive*) dalam penyelesaian perkara. Karena pengadilan dianggap kurang tanggap membela dan melindungi kepentingan dan kebutuhan para pihak yang berperkara, sehingga pengadilan dianggap sering tidak berlaku adil (*unfair*).
4. Putusan pengadilan sering tidak menyelesaikan masalah. Sering putusan pengadilan tidak dapat menyelesaikan masalah dan memuaskan para pihak. Hal ini disebabkan karena dalam putusan ada pihak yang menang dan ada yang kalah (*win-lose*), sehingga tidak akan memberikan kedamaian melainkan akan menumbuhkan bibit dendam, permusuhan dan kebencian. Disamping itu sering

putusan pengadilan membingungkan dan tidak memberikan kepastian (*uncertainly*) serta sulit diprediksikan (*unpredictable*).

5. Kemampuan hakim yang bersifat generalis. Para hakim dianggap hanya memiliki pengetahuan yang sangat terbatas, hanya pengetahuan di bidang hukum saja, sehingga sangat mustahil akan mampu menyelesaikan sengketa atau perkara yang mengandung kompleksitas di berbagai bidang.

Berdasarkan berbagai kelemahan tersebut, timbul usaha-usaha untuk memperbaiki sistem peradilan, tapi usaha yang demikian tidak mudah, karena dalam memperbaiki sistem peradilan, terlalu banyak aspek yang akan diselesaikan dan terlalu banyak kepentingan yang akan dilindungi, sementara kepentingan tersebut pada umumnya bertentangan.⁹⁹

Walaupun terdapat kesulitan dalam merancang suatu sistem peradilan yang cepat dan tidak mengorbankan keadilan, namun usaha-usaha ke arah itu harus tetap dilakukan. Sebagai contoh, di Inggris, suatu panitia yang diketuai oleh Lord Hailshan mengajukan usul perbaikan sistem peradilan dengan mencoba mengintegrasikan sistem manajemen ke dalam sistem peradilan. Pokok-pokok pikiran usulan tersebut antara lain:¹⁰⁰

1. *once court entry* atau *unified court system* atau *one court system*, yaitu suatu sistem yang mengintegrasikan *Country Court* dengan *High Court*;

⁹⁹ Ahmadi Miru dan Sutarman Yodo, *Hukum Perlindungan Konsumen*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008. hal.237.

¹⁰⁰ *Ibid*, hal. 238-239.

2. *full pre-trial disclosure*, yaitu pada saat pengajuan gugatan, harus sekaligus disertai dengan alat bukti;
3. *time table* yang terprogram, yaitu jadwal sidang harus ditentukan sejak awal;
4. *extra hour's sitting per day*, yaitu penambahan sidang setiap hari;
5. *in court arbitration system*, yaitu penggabungan arbitrase dengan pengadilan.

Sekaitan dengan hal tersebut Lord Woolf menguraikan dalam laporannya:¹⁰¹

In my interim report I identified a number of principles which the civil justice system should meet in order to ensure access to justice. The system should:

- a. be *just* in the results it delivers;
- b. be *fair* in the way it treats litigants;
- c. offer appropriate procedures at a reasonable *cost*;
- d. deal with cases with reasonable *speed*;
- e. be *understandable* to those who use it;
- f. be *responsive* to the needs of those who use it;
- g. provide as much *certainty* as the nature of particular cases allows;
- and
- h. be *effective*: adequately resourced and organised.

Marc Galanter menguraikan, lembaga peradilan menyelesaikan sebagian kecil saja dari semua sengketa yang dibawakan padanya. Meskipun demikian, anggapan bahwa lembaga peradilan terbatas peranannya dalam penyelesaian sengketa secara tuntas, janganlah diinterpretasikan sebagai pernyataan tentang tidak pentingnya arti pengadilan dalam penataan sosial.¹⁰²

Menurut Lawrence M. Friedman, tidak ada alasan untuk tidak melihat keadaan yang dihadapi pengadilan sebagai suatu toserba (*departement store*)

¹⁰¹ The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, *Access to Justice: Final Report* (1996, HMSO), hal. 2. www.justice.gov.uk. Diakses tanggal 22 Maret 2012.

¹⁰² Marc Galanter, dalam T.O. Ihromi. Op. cit., hal. 98

yang menghadapi kenaikan jumlah pengunjung. Untuk menghadapi arus volume perkara yang meningkat, maka ruang-ruang sidang harus ditambah, hakim-hakim baru harus diangkat, jam persidangan harus diubah atau ditambah dan sebagainya. Tetapi sebagai suatu badan pemerintah, jelas elastisitas hal tersebut tidak mudah dilaksanakan.¹⁰³

Sebagai jawaban atas tekanan kelembagaan yang berlebih itu Friedman, merinci apa yang kiranya harus terjadi atau dilakukan pengadilan-pengadilan itu. Di sinilah dimulai untuk melihat pola-pola reaksi yang menarik, yang sesungguhnya adalah lumrah terjadi dalam setiap lembaga sosial apapun yang harus menghadapi tekanan seperti itu, yakni:¹⁰⁴

1. Perluasan dalam sistem pengadilan.
2. Dengan cara menggalakkan penanganan secara rutin dan massal perkara-perkara yang masuk. Di Indonesia dikenal dengan sebutan “*sidang maraton*”.
3. Cara yang sama dengan yang disebut terakhir, tetapi dijalankan di luar pengadilan.
4. Menggunakan atau memperluas penggunaan kebijakan yang mendukung cara-cara penyelesaian di antara atau yang dilakukan oleh para pihak yang berperkara sendiri (*settlement*).

¹⁰³ Satjipto Rahardjo, *Pemanfaatan Ilmu-Ilmu Sosial Bagi Pengembangan Ilmu Hukum*. Cetakan Kedua. Genta Publishing. Yogyakarta, 2010, hal. 84.

¹⁰⁴ *Ibid*, hal. 138-139.

5. Pengembangan mekanisme penyelesaian sengketa yang efisien di luar pengadilan.
6. Pengadilan menggunakan peraturan-peraturan yang isinya mempunyai pengaruh untuk menghambat (*discourage*) arus perkara ke pengadilan.
7. Menaikkan biaya perkara sehingga cukup untuk dapat mengurangi jumlah perkara yang masuk.

b. Arbitrase

Arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar pengadilan umum yang berdasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak.¹⁰⁵ Sedangkan Priyatna Abdurasyid, berpendapat, “arbitrase merupakan suatu tindakan hukum di mana ada pihak yang menyerahkan sengketa atau selisih pendapat antara dua orang atau lebih maupun dua kelompok atau lebih kepada seseorang atau beberapa ahli yang disepakati bersama dengan tujuan memperoleh satu keputusan final dan mengikat”.¹⁰⁶

Arbitrase mirip dengan sistem penyelesaian sengketa secara litigasi karena hasil akhirnya sama-sama berbentuk putusan yang berisi pernyataan menang dan kalah. Menurut Setiawan, di samping kemiripan dari hasil akhir tersebut, penyelesaian sengketa melalui arbitrase kadang-kadang bisa

¹⁰⁵ Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No.30 Tahun 1999.

¹⁰⁶ Candra Irawan, *Aspek Hukum dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan (Alternative Dispute Resolution) di Indonesia*. CV. Mandar Maju. Bandung, 2010. hal. 51.

memakan waktu yang lama dan melalui proses yang berbelit-belit, tidak kalah rumitnya apabila dibandingkan dengan proses peradilan.¹⁰⁷

Arbitrase merupakan bagian dari kompetensi absolut karena sifatnya memaksa. Jika dalam perjanjian para pihak telah menentukan, bahwa penyelesaian sengketa dilakukan melalui jalur arbitrase, maka pengadilan negeri tidak berwenang untuk mengadilinya. Jika suatu perkara yang telah dinyatakan tunduk pada proses arbitrase disidangkan pengadilan, maka proses persidangannya batal demi hukum karena telah melanggar ketentuan Pasal 3 Undang-Undang No.30 Tahun 1999.

Oleh karena sifatnya absolut, maka jika suatu perkara yang diajukan ke pengadilan negeri mengandung klausula arbitrase, hakim tanpa harus menunggu adanya keberatan dari para pihak, wajib untuk menyatakan bahwa pengadilan tidak berwenang mengadilinya.

Menurut Sudargo Gautama, pada awalnya arbitrase mampu memberi penyelesaian yang relatif singkat dan biaya yang relatif murah dibandingkan dengan litigasi. Akan tetapi lama kelamaan sifat dan karakter litigasi semakin melekat pada arbitrase, tidak menyelesaikan masalah, menempatkan para pihak dalam posisi kalah dan menang, dan belakangan semakin bersifat formalistik serta biaya mahal.¹⁰⁸

¹⁰⁷ D.Y. Witanto, Op. cit., hal. 11.

¹⁰⁸ Nurnaningsih Amriani, *Mediasi, Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata di Pengadilan*. PT. RajaGrafindo Persada. Jakarta, 2011, hal. 22.

d. Penyelesaian Sengketa Secara Non-Ajudikasi

Penyelesaian sengketa secara non-ajudikasi meliputi alternatif penyelesaian sengketa yang selama ini diwujudkan dalam kehidupan sehari-hari, yang sering disebut *Alternative Dispute Resolution* (ADR). 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, mediasi, atau penilaian ahli.¹⁰⁹

Terkait dengan pentingnya ADR, Trevor Buck menulis:¹¹⁰

“Such developments have led to more active approaches to case management and the greater use of ADR. The latter is reckoned to have 'grown exponentially' over the past 30 years' (Civil Justice Review, 2003:45-6). The government's strategy paper pinpoints the need to bring about cultural and behavioural change to the adversarial tradition. However, such policy is sometimes confused as the lines between 'adversarial' and 'inquisitorial' are often blurred and attacks on the adversarial tradition are sometimes fuelled by political concerns about developing an increasingly litigious culture.”

Pada umumnya, asas-asas yang berlaku pada ADR adalah sebagai berikut:¹¹¹

1. Asas itikad baik, yakni keinginan dari para pihak untuk menentukan penyelesaian sengketa mereka.

¹⁰⁹ Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang No.30 Tahun 1999.

¹¹⁰ Trevor Buck, Op. cit. hal. 10.

¹¹¹ Jimmy Joses Sembiring, *Cara Menyelesaikan Sengketa di Luar Pengadilan (Negosiasi, Mediasi, Konsiliasi, dan Arbitrase)*, Visimedia, Jakarta, 2011, hal. 11-12.

2. Asas kontraktual, yakni adanya kesepakatan yang dituangkan dalam bentuk tertulis mengenai cara penyelesaian sengketa.
3. Asas mengikat, yakni para pihak wajib untuk mematuhi apa yang telah disepakati.
4. Asas kebebasan berkontrak, yakni para pihak dapat dengan bebas menentukan apa saja yang hendak dimuat dalam perjanjian tersebut selama tidak bertentangan dengan undang-undang dan kesusilaan. Hal ini berarti pula kesepakatan mengenai tempat, waktu, dan jenis penyelesaian sengketa yang akan dipilih.
5. Asas kerahasiaan, yakni penyelesaian sengketa tidak dapat disaksikan oleh orang lain karena hanya para pihak yang bersengketa yang dapat menghadiri jalannya pemeriksaan atas suatu sengketa.

Menurut F.D. Holeman, prinsip fundamental ADR itu sendiri sebenarnya bersumber dari hukum adat, yaitu prinsip atau asas rukun yang unsurnya meliputi:¹¹²

1. Mengusahakan agar mendapat kesepakatan;
2. Menyelesaikan secara damai;
3. Mencapai persetujuan; dan
4. Mendapat pemecahan.

¹¹² Nurfaqih Irfani, Op. cit., hal. 3.

Sejalan dengan prinsip/asas rukun tersebut, masyarakat hukum adat menerapkan mekanisme penyelesaian sengketa yakni musyawarah untuk mufakat yang dilaksanakan dengan mengedepankan semangat kekeluargaan.

Hal tersebut sejalan dengan pendapat Nader dan Todd yang menguraikan, sistem hukum lokal pun dapat diadopsi ke dalam hukum berskala internasional. Bila hari ini lapangan praktik hukum modern mengembangkan ADR, ada baiknya untuk mencermatinya sebagai bidang yang bersentuhan dengan studi sengketa yang terus dipelajari dari perspektif antropologi hukum. Prinsip-prinsip dalam ADR dapat ditemukan dalam karakter sengketa yang dipelajari secara antropologis. Penyelesaian sengketa bertujuan untuk mencapai *win-win solution (compromise)* di mana semua pihak merasa diuntungkan dan dimenangkan.¹¹³

Sehubungan dengan pengembangan ADR di Amerika Serikat, William Ury dkk. menguraikan, jika menyimak sejarah perkembangan ADR di Amerika Serikat, maka dilatarbelakangi oleh kebutuhan sebagai berikut:¹¹⁴

1. Mengurangi kemacetan perkara di pengadilan.
2. Meningkatkan ketertiban masyarakat dalam proses penyelesaian sengketa.
3. Memperlancar dan memperluas akses ke pengadilan.

¹¹³ Sulistiyowati Irianto, *Pluralisme Hukum Sebagai Suatu Konsep dan Pendekatan Teoretis dalam Perspektif Global*, dalam Majalah Hukum Nasional No.1 Tahun 2008. BPHN-Departemen Hukum dan HAM RI, Jakarta, hal. 182.

¹¹⁴ Susanti Adi Nugroho, Op. cit, hal. 7.

4. Memberikan kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima dan memuaskan semua pihak.

Di Australia, ADR menjadi isu yang cukup aktual, sesuai uraian Trevor Buck:¹¹⁵

“The Federal Court's annual report also notes the increasing interest in other types of ADR, for example, 'early neutral evaluation' and that judges are increasingly looking to other informal procedures that will encourage the parties to identify, and deal with, the central issues with a view to assisting settlement (Federal Court, 2004:20).

Beberapa bentuk penyelesaian sengketa non-ajudikasi yang dikenal dan sering dilakukan dalam praktik sehari-hari, antara lain konsultasi, negosiasi, konsiliasi, mediasi, dan penilaian ahli.

a. Konsultasi

Undang-Undang No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tidak banyak mengatur tentang konsultasi. Konsultasi hanya disinggung dalam Pasal 1 angka (10), itu pun tanpa menguraikan secara jelas dan tegas mengenai pengertian konsultasi, mekanisme, dan hal-hal lainnya.

Candra Irawan mengutip *Balck's Law Dictionary* yang mengatur:
“consultation is the act of asking the advice or opinion of some one (such as a

¹¹⁵ Trevor Buck, Op. cit. hal 15.

lawyer)” yang bilamana diterjemahkan berarti: “konsultasi adalah suatu tindakan dari seseorang meminta nasihat atau pendapat kepada seseorang (seperti yang dilakukan penasihat hukum)”. Orang yang memberi konsultasi disebut konsultan yaitu orang yang karena pendidikan, pengalaman, dan keahlian mengenai hal tertentu.¹¹⁶

Menurut Gunawan Wijaya dan Ahmad Yani, konsultasi adalah tindakan yang bersifat personal antara satu pihak tertentu yang disebut “klien” dengan pihak lain yang merupakan konsultan yang memberikan pendapatnya kepada klien tersebut. Tidak ada keharusan bagi klien untuk mengikuti pendapat yang disampaikan konsultan. Dalam hal ini konsultan hanya menyampaikan pendapatnya (secara hukum) sebagaimana diminta oleh kliennya, selanjutnya keputusan mengenai penyelesaian sengketa tersebut akan ditentukan sendiri oleh para pihak, meskipun adakalanya pihak konsultan diberikan kesempatan untuk merumuskan bentuk penyelesaian sengketa oleh para pihak.¹¹⁷

Berdasarkan hal tersebut, konsultasi merupakan bentuk penyelesaian sengketa yang dilakukan secara tertutup dengan cara meminta pendapat dan nasihat-nasihat tertentu, namun tidak bersifat mengikat bagi klien. Konsultasi dapat menjadi bagian dalam proses penyelesaian sengketa untuk membentuk pemahaman pribadi atas sengketa yang dihadapinya. Konsultasi merupakan bentuk penyelesaian sengketa yang mudah dilakukan bahkan

¹¹⁶ Candra Irawan, Op. cit, hal. 27.

¹¹⁷ D.Y. Witanto, Op. cit, hal. 15.

secara tidak disadari kita pun sering melakukan konsultasi terhadap orang yang dianggap lebih memahami tentang persoalan yang sedang dihadapi.

b. Negosiasi

Negosiasi sebagai pilihan dalam penyelesaian sengketa, diartikan sebagai, “suatu tindakan yang dilakukan oleh para pihak yang bersengketa untuk menyatukan dua kepentingan yang saling bertentangan melalui proses tawar-menawar agar tercapai suatu kompromi (perdamaian) yang saling menguntungkan (*win-win solution*).¹¹⁸

Kata negosiasi berasal dari kata “*negotiation*” dalam bahasa Inggris yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dengan kata “berunding” atau “bermusyawarah”. Orang yang mengadakan perundingan disebut negosiator. Menurut Joni Emerson, secara umum negosiasi dapat diartikan sebagai suatu upaya penyelesaian sengketa para pihak tanpa proses peradilan dengan tujuan untuk mencapai kesepakatan bersama atas dasar kerjasama yang lebih harmonis dan kreatif. Di sini para pihak berhadapan langsung secara seksama mendiskusikan permasalahan yang mereka hadapi dengan cara kooperatif dan saling terbuka satu sama lain.¹¹⁹

¹¹⁸ Candra Irawan, Op. cit, hal. 30.

¹¹⁹ Abdul Manan, *Penerapan Alternative Dispute Resolution (ADR) dalam Proses Penyelesaian Perkara*. Majalah Suara Udilag Vol.II No.6 April 2005, Jakarta, hal. 2-3.

Christopher W. Moore memberikan definisi, “*negotiation is a bargaining relationship between parties who have a perceived or actual conflict of interest.*”¹²⁰

Negosiasi merupakan metode penyelesaian sengketa secara langsung tanpa menggunakan perantara ataupun jasa pihak ketiga, sehingga lazim disebut sebagai metode penyelesaian dua pihak (*dwipartite*). Dari beberapa bentuk penyelesaian sengketa yang ada, negosiasi merupakan bentuk penyelesaian sengketa yang paling simpel karena tidak perlu melibatkan orang lain atau pihak ketiga. Semua tahapan dalam negosiasi ditentukan berdasarkan komunikasi yang dimiliki sendiri, mulai dari proses pertemuan sampai kepada penentuan nilai-nilai penawaran dilakukan berdasarkan kehendak dan inisiatif pribadi.

Walaupun demikian metode penyelesaian sengketa secara negosiasi memiliki kelemahan yaitu jika para pihak tidak memiliki kemampuan komunikasi yang baik, maka metode ini tidak mungkin bisa berjalan dengan sempurna, bahkan sebaliknya jika prosesnya dipaksakan justru akan menimbulkan sengketa baru yang jauh lebih kompleks.

Menurut Budiono Kusumohamidjojo, negosiasi dapat dibagi menjadi dua, yakni negosiasi yang bersifat positif dan negosiasi yang bersifat negatif. Negosiasi yang bersifat positif jika para pelaku negosiasi hendak mencapai

¹²⁰ D.Y. Witanto, Op. cit., hal. 16.

suatu perjanjian yang bersifat kerja sama, sedangkan negosiasi yang bersifat negatif jika para pelaku negosiasi hendak mencapai perdamaian.¹²¹

Prinsip dasar negosiasi terbagi ke dalam tipe kooperatif dan tipe konfrontasi. Tipe kooperatif merujuk pada negosiasi di mana kedua belah pihak berada dalam hubungan kooperatif yang setuju pada satu tujuan yang akan dinegosiasikan. Hubungan ini kadang disebut *win-win* atau *non zero sum*. Sedangkan tipe konfrontasi merujuk pada negosiasi antara dua pihak yang saling tidak percaya atau terlibat dalam perselisihan. Dalam model ini, para pihak yang terlibat dalam hubungan *win-lose* atau *zero sum*.¹²²

c. Konsiliasi

Sebagaimana konsultasi dan negosiasi maupun mediasi, Undang-Undang No.30 Tahun 1999 tidak memuat pengertian konsiliasi secara rinci. Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia, konsiliasi diartikan sebagai usaha mempertemukan keinginan pihak yang berselisih untuk mencapai persetujuan dan menyelesaikan perselisihan. Konsiliasi dapat juga diartikan sebagai upaya membawa pihak-pihak yang bersengketa untuk menyelesaikan permasalahan antara kedua belah pihak secara negosiasi.

Konsiliasi berasal dari bahasa Inggris "*consiliation*" yang berarti perdamaian. Dari beberapa pengertian yang diberikan oleh pakar hukum dapat diketahui bahwa konsiliasi tidak berbeda jauh pengertiannya

¹²¹ Jimmy Joses Sembiring, Op. cit, hal. 16-17.

¹²² Yoshiro Kusano, Op. cit, hal. 52-53.

sebagaimana diatur dalam Pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864 KUH Perdata yakni kesepakatan antara para pihak untuk mengakhiri sengketa di luar pengadilan dan kesepakatan ini dibuat tertulis.

Dalam praktiknya sulit membedakan antara konsiliasi dengan mediasi, karena memiliki karakteristik yang hampir sama, bahkan dalam beberapa hal memang tidak bisa dibedakan di antara keduanya.

Menurut Christopher W. Moore:¹²³

“Conciliation is the psychological component of mediation, in which the party attempt to create an atmosphere of trust and cooperation that promotes positive relationships and is conducive to productive negotiation”.

Menurut Michael Noone, *“Consiliation process are commonly much more interventionist than private mediations”.*¹²⁴

Negara yang pertama kali mengembangkan konsiliasi sebagai model penyelesaian sengketa adalah Jepang yang disebut *“chotei”* yang sering digunakan untuk menyelesaikan sengketa secara informal. *Chotei* adalah kesepakatan antara para pihak dalam perkara tertentu yang berisi penyelesaian sengketa di muka Komisi *Chotei*.¹²⁵

Faktor-faktor yang menyebabkan sehingga sulit membedakan antara konsiliasi dengan mediasi adalah karena keduanya memiliki ciri-ciri yang hampir mirip yaitu dalam hal:¹²⁶

¹²³ D.Y. Witanto, Op. cit, hal. 19-20.

¹²⁴ Jimmy Joses Sembiring, Op. cit, hal. 46.

¹²⁵ Yoshiro Kusano, Op. cit, hal. 10.

¹²⁶ D.Y. Witanto, Op. cit. hal. 21.

1. Konsiliasi dan mediasi sama-sama memiliki sifat kooperatif dalam proses penyelesaiannya;
2. Sama-sama menggunakan pihak ketiga yang netral;
3. Masuknya pihak ketiga bertujuan untuk membantu penyelesaian damai di antara para pihak;
4. Pihak ketiga yang membantu para pihak sama-sama tidak memiliki kewenangan untuk memutuskan;
5. Sama-sama bertujuan untuk mencapai kesepakatan secara damai.

Sedangkan perbedaan konsiliasi dengan mediasi adalah pada peran pihak ketiga (konsiliator) di dalam proses penyelesaian sengketa. Seorang konsiliator lebih bersifat aktif dibandingkan dengan mediator, walaupun sebenarnya dalam beberapa hal sulit untuk membedakan secara tegas antara mediator dengan konsiliator. Alternatif penyelesaian sengketa dalam bentuk konsiliasi biasanya dihubungkan dengan Pasal 130 HIR dan Pasal 154 R.Bg.

d. Mediasi

Istilah mediasi cukup gencar dipopulerkan oleh para akademisi dan praktisi akhir-akhir ini. Para ilmuwan berusaha mengungkap secara jelas makna mediasi dalam berbagai literatur ilmiah melalui penelitian dan studi akademik. Begitu pula para praktisi cukup banyak menerapkan mediasi dalam penyelesaian sengketa hukum. Mediasi semakin populer dalam kalangan teoretisi dan praktisi melahirkan pendekatan yang berbeda dalam

mendefinisikan mediasi sesuai dengan cara pandang masing-masing. Hal ini sejalan dengan tulisan Laurence Boulle:¹²⁷

“There are two approaches to defining the practice of mediation, as there are to defining the practices of lawyering, counselling, or medicine. Some writers, practitioners and academics define the process in ideal terms which emphasise certain values, principles and objectives. This can be referred to as the conceptualist approach. The second approach is to define mediation not in terms of an idealised concept or theory, but in terms of what actually happens in practice. This can be referred to as the descriptive approach.

Secara etimologi, istilah mediasi berasal dari bahasa Latin, *mediare* yang berarti ‘berada di tengah’. Makna ini menunjuk pada peran pihak ketiga sebagai mediator dalam menjalankan tugasnya menengahi dan menyelesaikan sengketa antara para pihak. ‘Berada di tengah’ juga bermakna, mediator harus berada pada posisi netral dan tidak memihak dalam menyelesaikan sengketa. Ia harus mampu menjaga kepentingan para pihak yang bersengketa secara adil dan seimbang, sehingga menumbuhkan kepercayaan (*trust*) dari pihak yang bersengketa (*disputans*).¹²⁸

Mediasi sangat sulit didefinisikan. Dimensinya sangat jamak dan tak terbatas, sehingga banyak orang yang menyebutkan mediasi tidak mudah diberi definisi. *Mediation is not easy to define. It does not provide a single analytical model which can be neatly described and distinguished from other*

¹²⁷ Laurence Boulle, *Mediation: Principles, Process, Practice*. Butterworths, Sydney Australia, 1996, hal. 4-5.

¹²⁸ Syahrizal Abbas, Op. cit, hal. 1-2.

*decision-making processes.*¹²⁹ Hal ini disebabkan karena mediasi tidak memberi satu model yang dapat diuraikan secara terinci dan dibedakan dari proses pengambilan keputusan lainnya. Mediasi sangat tergantung kepada lakon yang dimainkan oleh pihak yang terlibat dalam penyelesaian masalah yakni para pihak dan mediator.

Meskipun sulit didefinisikan, Boule menguraikan:¹³⁰

“mediation is a decision-making process in which the parties are assisted by a third party, the mediator; the mediator attempts to improve the process of decision-making and to assist the parties reach an outcome to which each of them can assent”.

Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa tidak mendefinisikan mediasi. Pengaturan mediasi dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 6 ayat (3), ayat (4), ayat (5), dan ayat (6). Ketentuan tersebut mengandung arti mediasi merupakan kelanjutan dari penyelesaian sengketa bilamana konsultasi dan negosiasi tidak menghasilkan kesepakatan dalam mengakhiri sengketa.

Mediasi dalam bahasa Inggris disebut *“mediation”* yang berarti menyelesaikan sengketa dengan menengahi. Menurut Tolberg & Taylor yang dimaksud mediasi adalah suatu proses di mana para pihak dengan bantuan seseorang atau beberapa orang secara sistematis menyelesaikan

¹²⁹ Laurence Boule, Op. cit. hal. 3.

¹³⁰ Laurence Boule, Loc. cit.

permasalahan yang disengketakan untuk mencari alternatif dan mencapai penyelesaian yang dapat mengakomodasi kebutuhan mereka.¹³¹

Mediasi adalah proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasihat; dan mediator adalah perantara (penghubung, penengah); ia bersedia bertindak sebagai mediator bagi pihak yang bersengketa itu.¹³²

Black Law Dictionary mendefinisikan, "*mediation is a method of nonbinding dispute resolution involving a neutral third party who tries to help the disputing parties reach a mutually agreeable solution*" jika diterjemahkan berarti, mediasi adalah suatu cara penyelesaian sengketa yang menyertakan pihak ketiga yang netral untuk membantu para pihak mendapatkan solusi yang paling menguntungkan.¹³³

Tony Whatling menguraikan:¹³⁴

"mediation is a process in which an impartial third person assists those involved in conflict to communicate effectively with one another and to reach their own agreed and informed decisions concerning some, or all, of the issues in dispute".

Jennifer E. Beer with Eileen Stief, menjelaskan, *mediation is any process for resolving disputes in which another person helps the parties negotiate a settlement.*¹³⁵

¹³¹ Abdul Manan, Op. cit, hal. 7.

¹³² Kamus Besar Bahasa Indonesia, 2008, hal. 892.

¹³³ Candra Irawan, Op. cit, hal. 42.

¹³⁴ Tony Whatling, *Mediation Skills and Strategies, a Practical Guide*. First Published in 2012 by Jessica Kingsley Publishers 116 Pentonville Road London, N1 9JB, UK., hal 22.

¹³⁵ Jennifer E. Beer with Eileen Stief. *The Mediator's Handbook*. New Society Publishers. Seventeenth Printing December 2010. Gabriola Island, BC VOR IXO, Canada, hal. 3.

Allan H. Goodman menguraikan:

*“mediation is a process in which a neutral individual, selected by the parties to a dispute, aids the parties in their settlement discussions and attempts to have the parties negotiate a resolution of the dispute”.*¹³⁶

The National Alternative Dispute Resolution Advisory Council

mendefinisikan mediasi sebagai berikut:¹³⁷

“Mediation is a process in which the parties to a dispute, with the assistance of a dispute resolution practitioner (the mediator), identify the disputed issues, develop options, consider alternatives and endeavor to reach an agreement (David Spencer, Michael Brogan, 2006:9). (Mediasi merupakan sebuah proses di mana pihak-pihak yang bertikai, dengan bantuan dari seorang praktisi resolusi pertikaian (mediator) mengidentifikasi isu-isu yang dipersengketakan, mengembangkan opsi-opsi, mempertimbangkan alternatif-alternatif dan upaya untuk mencapai sebuah kesepakatan”.

Dibandingkan dengan jenis ADR yang lain, mediasi sangat penting dalam kehidupan masyarakat dewasa ini. Hal tersebut sesuai tulisan John Murdoch and Will Hughes, *“Mediation is the most widely used and therefore the most important mode of ADR.”*¹³⁸ *Mediation and arbitration are the two most popular means for resolving civil and commercial dispute.*¹³⁹ Salah satu tujuan mediasi adalah diharapkan dapat mengurangi tunggakan perkara di

¹³⁶ Allan H. Goodman, *Basic Skills for the New Mediator*. Third Printing Second Edition, August 2010. Solomon Publications. United States and Canada, Hal. 20.

¹³⁷ Muslih, MZ, *Mediasi: Pengantar Teori dan Praktik*, Walisongo Mediation Centre, hal. 1-2. diakses tgl. 9 Maret 2012.

¹³⁸ John Murdoch and Will Hughes, *Construction Contracts, Law and Management*, Fourth Edition, Simultaneously Published in the USA and Canada, by Taylor & Francis, 2008, hal. 355.

¹³⁹ Syed Khalid Rashid and Syed Ahmad Idid, *Op. cit.* hal. xxi.

pengadilan, sehingga diintegrasikan ke dalam hukum acara perdata dan bersifat imperatif.

Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan para pihak dengan dibantu oleh mediator.¹⁴⁰ Sedangkan pengertian mediator adalah pihak netral yang membantu para pihak dalam proses perundingan guna mencari berbagai kemungkinan penyelesaian sengketa tanpa menggunakan cara memutus atau memaksakan sebuah penyelesaian.¹⁴¹

Di Jepang, penyelesaian sengketa dengan cara mediasi dikenal dengan istilah "*wakai*" yaitu kesepakatan antara para pihak yang bersengketa, dalam gugatan tertentu, yang berisi penyelesaian sengketa di muka hakim yang menangani kasus litigasi tersebut.¹⁴²

Sesuai dengan berbagai rumusan mediasi tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa pengertian mediasi mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

1. Mediasi adalah sebuah proses penyelesaian sengketa berdasarkan perundingan.
2. Mediator terlibat dan diterima oleh para pihak yang bersengketa di dalam perundingan.

¹⁴⁰ Pasal 1 angka 7 PERMA No.1 Tahun 2008.

¹⁴¹ Pasal 1 angka 6 PERMA No. 1 Tahun 2008.

¹⁴² Yoshiro Kusano, Op. cit. hal. 10.

3. Mediator bertugas membantu para pihak yang bersengketa untuk mencari penyelesaian.
4. Mediator tidak mempunyai kewenangan membuat keputusan selama perundingan berlangsung.
5. Tujuan mediasi adalah untuk mencapai atau menghasilkan kesepakatan yang dapat diterima pihak-pihak yang bersengketa guna mengakhiri sengketa.

Berbeda dengan hakim dan arbiter, mediator tidak mempunyai wewenang untuk memutuskan sengketa antara para pihak; namun dalam hal ini para pihak menguasakan kepada mediator untuk membantu menyelesaikan persoalan-persoalan di antara mereka.

(1) Prinsip-prinsip Mediasi

Berbagai literatur menguraikan sejumlah prinsip dalam mediasi. Prinsip dasar (*basic principles*) merupakan landasan filosofis dilakukannya kegiatan mediasi. Prinsip atau filosofi ini merupakan kerangka kerja yang harus dipahami oleh mediator, sebab mediator sebagai pihak yang bertugas mewujudkan perdamaian bagi para pihak sehingga perlu memperhatikan prinsip-prinsip tersebut. Ruth Charlton, sebagaimana dikutip oleh David Spencer dan Michael Brogan (2006:84-85) menyebutnya sebagai "*the five basic philosophies of mediation*", yakni: prinsip kerahasiaan (*confidentiality*), prinsip kesukarelaan (*voluntariness*), prinsip pemberdayaan (*empowerment*),

prinsip netralitas (*neutrality*), dan prinsip solusi yang unik (*a unique solution*).¹⁴³

Prinsip pertama dari mediasi, sebagaimana dikemukakan oleh Charlton, adalah *confidentiality* (kerahasiaan), yaitu bahwa segala sesuatu yang terjadi di dalam pertemuan yang diselenggarakan oleh mediator dan *disputants* (pihak-pihak yang bertikai) bersifat rahasia dan tidak boleh disiarkan kepada publik atau pers oleh masing-masing pihak. Demikian juga sang mediator harus menjaga kerahasiaan dari isi mediasi tersebut serta sebaiknya menghancurkan semua catatannya diakhir sesi mediasi yang ia lakukan.

Mediator juga tidak bisa dipanggil sebagai saksi dalam kasus yang dilakukan penyelesaiannya di dalam mediasi yang ia prakarsai apabila kasus tersebut dibawa ke forum yang lain, seperti pengadilan. Masing-masing pihak yang bertikai (*disputants*) disarankan untuk saling menghormati kerahasiaan tiap-tiap isu dan kepentingan dari masing-masing pihak. Jaminan kerahasiaan ini harus diberikan supaya masing-masing pihak dapat mengungkapkan masalah dan kebutuhannya secara langsung dan terbuka. *Mediation has a structure, timetable and dynamics that a simple around the table negotiation lacks and the process is private and confidential.*¹⁴⁴

¹⁴³ Syahrizal Abbas, Op.cit. hal 28-30 dan Muslih, MZ, Op. cit. hal. 3-5.

¹⁴⁴ Susan Hopcraft, *Mediation and Alternative to Court*, pada www.wrighthassal.co.uk. Diakses tanggal 22 Maret 2012.

Prinsip kedua, *voluntariness* (kesukarelaan). Yakni masing-masing pihak yang bertikai (*disputants*) datang kepada mediator atas kemauan diri sendiri secara suka rela dan tidak ada paksaan dari pihak luar. Prinsip kesukarelaan ini dibangun atas dasar bahwa orang akan mau bekerja sama untuk menemukan jalan keluar dari persengketaan mereka bila mereka datang ke tempat perundingan atas pilihan mereka sendiri.

Prinsip ketiga, *empowerment* (pemberdayaan). Hal ini didasarkan pada asumsi bahwa orang yang mau datang ke mediator sebenarnya mempunyai kemampuan untuk menegosiasikan masalah mereka sendiri dan dapat mencapai kesepakatan yang mereka inginkan. Kemampuan mereka dalam hal ini harus diakui dan dihargai, oleh karena itu setiap solusi atau jalan penyelesaian sebaiknya tidak dipaksakan dari luar tetapi harus muncul dari pemberdayaan terhadap masing-masing pihak (*disputants*) karena hal itu akan lebih memungkinkan bagi keduanya untuk menerimanya.

Prinsip keempat, *neutrality* (netralitas). Di dalam mediasi peran seorang mediator hanyalah memfasilitasi prosesnya saja dan isinya tetap menjadi milik *disputants* (pihak yang bertikai), sedangkan mediator hanya mengontrol proses. Di dalam mediasi, seorang mediator tidak bertindak layaknya seorang hakim atau juri yang memutuskan salah benarnya salah satu pihak atau mendukung pendapat dari salah satunya, atau memaksakan pendapat dan jalan keluar/penyelesaian kepada kedua belah pihak.

Prinsip kelima, *a unique solution* (solusi yang unik). Bahwa solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tidak harus sesuai dengan *standard legal*, tetapi dihasilkan dari proses kreatifitas dan oleh karenanya hasilnya mungkin akan lebih banyak. Hal ini berkaitan erat dengan konsep pemberdayaan terhadap masing-masing pihak.

Di samping itu, agar tercapai suatu perdamaian, baik dalam arti formal maupun materiil, maka mediator perlu mengingatkan kepada para pihak agar berpegang teguh pada etika dan estetika penyelesaian sengketa secara tuntas dan final, yaitu:¹⁴⁵

- a. prinsip saling memberi dan menerima keuntungan satu sama lain sehingga sama-sama untung;
- b. prinsip bersikap jujur dan terus terang dengan integritas pribadi yang memiliki mental yang bersih;
- c. prinsip sama-sama menang (*win-win*) sehingga masing-masing pihak tidak menuntut kemenangan yang sebesar-besarnya dan menghempaskan pihak lain ke dalam kekalahan;
- d. prinsip tidak menuntut keuntungan yang sebanyak-banyaknya dengan merugikan pihak lain;
- e. prinsip loyal kepada kebersamaan untuk memecahkan masalah bersama dengan saling membantu dan saling melengkapi;

¹⁴⁵ A. Mukti Arto, Op. cit, hal. 215-217.

- f. prinsip tidak ada kedamaian dengan menguber rasa super dan merasa lebih tinggi kedudukan dari yang lain;
- g. prinsip persamaan di depan hukum;
- h. prinsip saling menghormati hak dan harga diri serta harkat dan martabat pihak lain, sebaliknya mencegah sikap dan tindakan yang melecehkan pihak lain;
- i. prinsip saling mengalah dan mengakui bersalah untuk menemukan penyelesaian sengketa. Menghindari sikap merasa benar sendiri dan menyalahkan pihak lain;
- j. prinsip saling membutuhkan satu sama lain sehingga setiap konsep atau pendapat mengenai penyelesaian sengketa harus dimintakan persetujuan pihak lain;
- k. prinsip keadilan bersifat intersubjektif, yakni adanya keseimbangan dan kesamaan pendapat antara kedua pihak;
- l. prinsip kepastian hukum harus ditegakkan demi melindungi semua pihak dan terciptanya ketertiban hukum.

Priyatna Abdurrasyid menulis pengalamannya bahwa 75% kasus dapat diselesaikan sebelum rapat mediasi yang sebenarnya. Dan ini terjadi karena adanya itikad baik dari para pihak sendiri yang menghendaki hubungan mereka tetap berlanjut. Oleh karena itu patut ditaati prinsip-prinsip yang sangat bermanfaat, yakni: *good faith, non-confrontation, cooperation, law of the parties, law of the procedure, non-disclosure, non-publication, non-*

*interference, non-intervention, confidentiality, equality, unanimity, contradiction, impartiality, and time limitation*¹⁴⁶.

(2) Karakteristik Mediasi

Karakteristik utama dari proses mediasi, adalah:¹⁴⁷

- a. Adanya kesepakatan para pihak untuk melibatkan pihak ketiga yang netral;
- b. Mediator berperan sebagai penengah yang memfasilitasi keinginan para pihak untuk berdamai;
- c. Para pihak secara bersama menentukan sendiri keputusan yang akan disepakati;
- d. Mediator dapat mengusulkan tawaran-tawaran penyelesaian sengketa kepada para pihak tanpa ada kewenangan memaksa dan memutuskan;
- e. Mediator membantu pelaksanaan isi kesepakatan yang dicapai dalam mediasi.

Karakteristik tersebut menunjukkan, mediasi merupakan kelanjutan negosiasi, namun dipandu oleh mediator.

Menurut Valerine J.L. Kriekhoff, penunjukan pihak ketiga sebagai mediator dapat terjadi karena:¹⁴⁸

¹⁴⁶ Priyatna Abdurrasyid, Op. cit, hal. 43.

¹⁴⁷ Candra Irawan, Op. cit., hal. 42-43.

- a. Kehendaknya sendiri (mencalonkan diri sendiri);
- b. Ditunjuk oleh penguasa (misalnya “tokoh adat”)
- c. Diminta oleh kedua belah pihak.

Mediator yang dimaksudkan pada huruf a dan b, pihak ketiga haruslah disetujui oleh kedua belah pihak. Sebagai mediator, tugas utamanya adalah bertindak sebagai seorang fasilitator sehingga pertukaran informasi dapat dilaksanakan. Selain itu ia juga diharapkan untuk mencari atau merumuskan titik temu dari argumentasi para pihak dan berupaya mengurangi perbedaan pendapat yang timbul (penyesuaian pandangan) sehingga mengarah pada satu keputusan bersama. Dengan demikian seorang mediator tidak memaksakan keputusannya bagi para pihak, sebaliknya ia berusaha agar para pihak dapat mengendalikan “dirinya sebagai pihak lain” (*“putting themselves in the other one’s shoes”*).¹⁴⁹

Seorang mediator dituntut untuk bersikap bijaksana (berwibawa), dapat dipercaya (tidak boleh berpihak) dan cekatan. Sikap yang dikemukakan ini terutama diperlukan bilamana kedua belah pihak berkeras mempertahankan pendiriannya.

Para pihak dalam tahap negosiasi sering terlibat adu argumentasi yang bernada emosional. Tahapan berikutnya menunjukkan bahwa luapan emosi makin lama semakin reda dan bila kesepakatan telah dicapai, maka

¹⁴⁸ Valerine J.L. Kriekhoff, dalam T.O. Ihromi. Op. cit. 226.

¹⁴⁹ Ibid, hal. 227.

rasa permusuhan atau persaingan akan bergeser pada saling menerima dan persaudaraan.

Terkait timbulnya sikap emosional dalam penyelesaian sengketa, Brian L. Cutler menulis:¹⁵⁰

“legal disputes can involve intense emotions, such as anger, and such emotions are known to play a central role in negotiation. Negotiators experiencing positive emotions tend to make more concessions and to be more likely to engage in problem-solving behavior. Conversely, negotiators experiencing negative emotion tend to be more likely to use hard-bargaining strategies and less likely to create joint gain”.

Kesepakatan dapat berisi nilai-nilai atau norma-norma yang menjadi tatanan dalam masyarakat, di mana mereka menjadi anggotanya, dapat pula merupakan putusan yang tidak sejalan dengan tatanan yang ada tetapi tidak bertentangan, dan ada kemungkinan bertolak belakang dengan nilai atau norma yang berlaku. Dapat pula terjadi bahwa setelah ada argumentasi, mediator tidak berhasil mencapai titik temu sehingga kompromi (*consensus*) tidak tercapai. Dengan demikian para pihak kemudian menempuh cara penyelesaian lainnya, seperti melalui pengadilan.

Uraian tersebut di atas menunjukkan bahwa mediasi merupakan upaya penyelesaian sengketa yang informal dan seorang mediator baru berperan bila telah disetujui oleh para pihak. Dalam kehidupan bermasyarakat di Indonesia, secara khusus di masyarakat pedesaan atau masyarakat di mana

¹⁵⁰ Brian L. Cutler (Editor), *Encyclopedia of Psychology and Law*, Volume 2, SAGE Publication, Inc. 2008, hal.450.

ikatan kekerabatan masih dominan, mekanisme penyelesaian sengketa melalui mediasi masih diakui eksistensinya, seperti di Minangkabau dan Batak.¹⁵¹

Mediasi memiliki karakteristik yang merupakan ciri pokok yang membedakan dengan penyelesaian sengketa model lain. Karakteristik tersebut dapat dirumuskan sebagai berikut:¹⁵²

- a. Dalam setiap proses mediasi terdapat metode, di mana para pihak dan/atau perwakilannya, yang dibantu pihak ketiga sebagai mediator berusaha melakukan diskusi dan perundingan untuk mendapatkan keputusan yang dapat disetujui oleh para pihak;
- b. Secara singkat mediasi dapat dianggap sebagai suatu proses pengambilan keputusan dengan bantuan pihak tertentu (*facilitated decision making* atau *facilitated negotiation*);
- c. Mediasi dapat juga digambarkan sebagai suatu sistem di mana mediator yang mengatur proses perundingan dan para pihak mengontrol hasil akhir, meskipun ini tampaknya agak terlalu menyederhanakan kegiatan mediasi.

¹⁵¹ Valerine J.L. Kriekhoff, dalam T.O. Ihromi. Op. cit. hal 227.

¹⁵² Syahrizal Abbas, Op. cit, hal. 30-31.

Cecilio L. Pe. et al., yang dikutip Valerine J.L. Kriekhoff menguraikan, secara umum mediasi dapat diidentifikasi dalam beberapa kategori sebagai berikut:¹⁵³

1. Mediasi untuk lingkungan tempat tinggal (*neighborhood mediation*), misalnya yang menangani sengketa antar tetangga atau antara penyewa dan pemilik rumah;
2. Mediasi untuk keluarga (*family mediation*) yang antara lain menangani sengketa dalam rumah tangga atau sengketa waris;
3. Mediasi untuk lingkungan industri (*industrial mediation*) yang biasanya menangani masalah-masalah hubungan kerja dan ketenagakerjaan;
4. Mediasi pemulihan (*juvenile restitution*) yang biasanya bertujuan untuk memungkinkan korban kejahatan dan remaja pelaku kejahatan menyelesaikan sengketa dengan ganti rugi;
5. Bentuk mediasi lainnya seperti yang berkaitan dengan sengketa tanah, ganti rugi, dan kejahatan ringan.

Sebagai gambaran dari bentuk-bentuk mediasi, Valerine J.L. Kriekhoff, mengilustrasikan keadaan di Bangladesh dan Selandia Baru. Menurut Amir-UI Islam, di Bangladesh secara umum dikenal dua jenis mediasi yaitu *Statutory Mediation* dan *Non-Formal/Traditional Mediation*. Keberadaan dari bentuk yang pertama dapat dilihat pada Peraturan Ketenagakerjaan dan ketentuan-ketentuan yang mengatur keluarga, seperti perwalian dan pemutusan

¹⁵³ Valerine J.L. Kriekhoff, dalam T.O. Ihromi. Op. cit, hal. 227-228.

hubungan perkawinan. Bentuk kedua adalah mediasi yang dijumpai di desa dalam bentuk *Shalish*, di mana tua-tua di desa melalui mediasi berusaha menyelesaikan sengketa.¹⁵⁴

Di Selandia Baru, sebagaimana dikemukakan oleh Ian Macduff dikenal:¹⁵⁵

- a. *Industrial Mediation*;
- b. *Mediation Conferences in the Family Court*.
- c. *Mediating in the Small Claims Tribunals*;
- d. *Mediating Residential Tenancy Disputes*;
- e. *The Christchurch Community Mediation Service*.

Karakteristik dan bentuk-bentuk mediasi di atas, menggambarkan bahwa mediasi sebagai bentuk penyelesaian sengketa berbentuk formal dan informal. Pengertian formal dalam hal ini dikaitkan dengan tercantumnya mediasi sebagai sarana penyelesaian sengketa dalam undang-undang atau peraturan tertulis, dan yang dimaksudkan dengan informal adalah pranata mediasi yang hidup dan ada dalam masyarakat, namun eksistensinya tidak dirumuskan secara tertulis.

Menurut Bagir Manan, mediasi dalam bentuk formal antara lain yang dilakukan oleh hakim mediator di pengadilan. Pengintegrasian mediasi dalam proses pemeriksaan perkara perdata di pengadilan dimaksudkan untuk mengurangi penumpukan jumlah perkara di Mahkamah Agung. Mediasi

¹⁵⁴ Valerine J.L. Kriekhoff, dalam T.O. Ihromi. Loc. cit.

¹⁵⁵ Valerine J.L. Kriekhoff, dalam T.O. Ihromi. Loc. cit.

menjadi lembaga *ad hoc* jika di pengadilan. Tapi selain itu perlu ada sebuah lembaga mediator di tingkat masyarakat, yang bertugas mengupayakan perdamaian sebelum kasus masuk pengadilan atau di depan hakim. Lembaga atau komisi, yang mungkin berbentuk *national mediation center* ini, sebaiknya terdiri atas orang-orang independen.¹⁵⁶

Bagir Manan menilai, selain mengurangi arus penumpukan perkara ke Mahkamah Agung, mediasi juga akan memberikan beberapa kemungkinan bagi masyarakat, antara lain:

1. Masyarakat akan mempunyai forum sendiri dalam menyelesaikan masalah dengan cepat dan murah.
2. Akan mengurangi kemungkinan hakim nakal dalam berperkara. Karena, bila menggunakan perdamaian, yang menyelesaikan sengketa adalah para pihak yang berperkara, dengan hanya dihadiri oleh mediator.

Apabila perdamaian menjadi model penyelesaian sengketa dan masyarakat memberikan kepercayaan, mengenai hasil perdamaian tersebut dapat dikukuhkan oleh pengadilan, maka para pihak dapat meminta kepada hakim untuk pengukuhan. Tapi yang perlu diingat, ketika sudah ada

¹⁵⁶ Wawancara Henri Siagian (wartawan Media Indonesia) dengan Bagir Manan, selaku Ketua Mahkamah Agung pada akhir tahun 2002 dalam tulisan yang berjudul “*Vonis Hakim Masih Mengecewakan*”.

perdamaian, itu berarti sudah berdamai. Jangan setelah berdamai, mereka tetap meminta proses pengadilan.

Mengenai perkara yang dapat didamaikan, Bagir Manan menilai bukan hanya perkara perdata yang boleh didamaikan, tetapi perdamaian juga dapat diperlakukan terhadap perkara pidana. Karena kalau mengacu ke lembaga adat, ternyata sudah dikenal perdamaian dalam perkara pidana.

Hal ini sejalan dengan perdamaian dalam perkara pidana yang dimaksudkan oleh Ketua Muda Pidana Mahkamah Agung RI, Artidjo Alkostar¹⁵⁷ pada tulisannya berjudul “Keadilan Restoratif”, di mana perkara pidana seperti KDRT atau pelecehan seksual dapat diselesaikan melalui proses mediasi penal. Barda Nawawi menguraikan, secara teoretis, paling tidak terdapat empat ide dan prinsip kerja mediasi penal, yaitu:¹⁵⁸

- a. Tujuan diadakannya mediasi antara korban dan pelaku adalah untuk menyelesaikan konflik yang terjadi di antara keduanya. Jika dibiarkan berlarut-larut dan berlanjut dapat menimbulkan pembalasan sendiri.
- b. Mediasi penal berorientasi kepada proses, artinya, yang perlu diperhatikan adalah adanya kemauan para pihak untuk menyelesaikan konflik yang mereka hadapi.

¹⁵⁷ *Harian Kompas*, edisi Senin 4 April 2011, hal. 6.

¹⁵⁸ Mahrus Ali, *Menggugat Dominasi Hukum Negara. Penyelesaian Perkara Carok Berdasarkan Nilai-nilai Budaya Masyarakat Madura*, Rangkan Indonesia, Yogyakarta. 2009, hal. 136.

- c. Mediasi biasanya dilaksanakan secara informal, tidak seperti proses peradilan pidana yang bersifat formal, kaku, dan sentralistik.
- d. Mediasi penal menghendaki adanya partisipasi aktif dan otonom dari korban dan pelaku kejahatan. Tanpa hal itu, akan sulit untuk menyelesaikan konflik yang mereka hadapi.

Menurut Harifin A. Tumpa, berbagai alasan mengapa mediasi sebagai bagian dari alternatif penyelesaian sengketa mulai mendapat perhatian yang lebih di Indonesia seperti:¹⁵⁹

1. Faktor ekonomis, alternatif penyelesaian sengketa memiliki potensi sebagai sarana untuk menyelesaikan sengketa yang lebih ekonomis, baik dari sudut pandang biaya maupun waktu.
2. Faktor ruang lingkup yang dibahas, alternatif penyelesaian sengketa memiliki kemampuan untuk membahas agenda permasalahan secara lebih luas, komprehensif dan fleksibel.
3. Faktor pembinaan hubungan baik, alternatif penyelesaian sengketa mengandalkan cara-cara penyelesaian kooperatif sangat cocok bagi mereka yang menekankan pentingnya hubungan baik antar manusia (*relationship*), yang telah berlangsung maupun yang akan datang.
4. Adanya tuntutan bisnis internasional, yang akan memberlakukan sistem perdagangan bebas, meningkatnya jumlah dan bobot sengketa di

¹⁵⁹ Susanti Adi Nugroho, *Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa*. PT. Telaga Ilmu Indonesia, Jakarta, 2009, hal. i-ii.

masyarakat, sehingga perlu dicari cara dan sistem penyelesaian sengketa yang cepat, efektif, dan efisien.

5. Era globalisasi mengharuskan adanya suatu sistem penyelesaian sengketa yang dapat menyesuaikan dengan laju kecepatan perkembangan perekonomian dan perdagangan yang menuju pasar bebas (*free market*) dan persaingan bebas (*free competition*) dan untuk itu harus ada suatu lembaga yang mewadahnya.

Di samping alasan-alasan tersebut di atas, menurut Harifin A. Tumpa, perkembangan masyarakat dan kaum bisnis menghendaki efisiensi dan kerahasiaan serta lestariannya hubungan kerja sama dan tidak formalistis serta menghendaki penyelesaian sengketa yang lebih menekankan pada keadilan. Pengadilan tidak merespon hal itu karena dalam operasionalnya dinilai lamban dan berlarut-larut menghabiskan segala sumber daya, waktu dan pikiran, sehingga bagi para pencari keadilan hal ini dinilai tidak adil. Bagi pengadilan, berhasilnya proses mediasi ini juga dapat dipergunakan untuk mengurangi derasnya arus perkara yang masuk ke Mahkamah Agung.¹⁶⁰

Terkait hal tersebut Syed Khalid Rashid dan Syed Ahmad Idid menulis, "*Modern world needs speedy, inexpensive and simple means of dispute*

¹⁶⁰ Ibid, hal. ii.

resolution. Mediation and arbitration are the two most popular means for resolving civil and commercial dispute."¹⁶¹

(3) Model-model Mediasi

Beberapa model mediasi yang dikenal selama ini diuraikan oleh Laurence Boulle, *professor of law dan associate director of the Dispute Resolution Center, Bond University*. Boulle mengemukakan bahwa model-model ini didasarkan pada model klasik tetapi berbeda dalam hal tujuan yang hendak dicapai dan cara mediator melihat posisi dan peran mereka. Boulle menyebutkan ada empat model mediasi, yaitu: *settlement mediation, facilitative mediation, therapeutic mediation, dan evaluative mediation*¹⁶².

Settlement mediation yang juga dikenal sebagai mediasi kompromi merupakan mediasi yang tujuan utamanya adalah untuk mendorong terwujudnya kompromi dari tuntutan kedua belah pihak yang sedang bertikai. Dalam mediasi model ini tipe mediator yang dikehendaki adalah yang berstatus tinggi sekalipun tidak terlalu ahli di dalam proses dan teknik-teknik mediasi. Adapun peran yang bisa dimainkan oleh mediator adalah menentukan *bottom lines* dari *disputants* dan secara persuasif mendorong *disputants* untuk sama-sama menurunkan posisi mereka ke titik kompromi.

¹⁶¹ Syed Khalid Rashid and Syed Ahmad Idid (editors). *Mediation and Arbitration in Asia-Pacific*. IIUM Press. International Islamic University Malaysia. 2009. hal. xxi.

¹⁶² Laurence Boulle, *Ibid.* hal 28-29 dan Muslih, MZ, *Ibid.* hal. 2-3.

Facilitative mediation yang juga disebut sebagai mediasi yang berbasis kepentingan (*interest-based*) dan *problem solving* merupakan mediasi yang bertujuan untuk menghindarkan *disputants* dari posisi mereka dan menegosiasikan kebutuhan dan kepentingan para *disputants* dari pada hak-hak legal mereka secara kaku. Dalam model ini, mediator harus ahli dalam proses dan harus menguasai teknik-teknik mediasi, meskipun penguasaan terhadap materi tentang hal-hal yang dipersengketakan tidak terlalu penting. Dalam hal ini sang mediator harus dapat memimpin proses mediasi dan mengupayakan dialog yang konstruktif di antara *disputants*, serta meningkatkan upaya-upaya negosiasi dan mengupayakan kesepakatan.

Therapeutic mediation yang juga dikenal sebagai mediasi terapi dan rekonsiliasi, merupakan mediasi yang menekankan untuk mencari penyebab yang mendasari munculnya permasalahan diantara *disputants*, dengan pertimbangan untuk meningkatkan hubungan di antara mereka melalui pengakuan dan pemberdayaan sebagai dasar resolusi (jalan keluar) dari pertikaian yang ada. Dalam model ini mediator harus dapat menggunakan terapi dan teknik profesional sebelum dan selama proses mediasi serta mengangkat isu relasi/hubungan melalui pemberdayaan dan pengakuan.

Evaluative mediation yang juga dikenal sebagai mediasi normatif merupakan model mediasi yang bertujuan untuk mencari kesepakatan berdasarkan pada hak-hak legal dari para *disputants* dalam wilayah yang

diantisipasi oleh pengadilan. Dalam hal ini sang mediator haruslah seorang yang ahli dan menguasai bidang-bidang yang dipersengketakan meskipun tidak ahli dalam teknik-teknik mediasi. Peran yang bisa dijalankan oleh mediator dalam hal ini ialah memberikan informasi dan saran serta persuasi kepada para *disputans*, dan memberikan prediksi tentang hasil-hasil yang akan didapatkan, (David Spencer, Michael Brogan, 2006:101-103).

(4) Tujuan dan Manfaat Mediasi

Mediasi merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Tujuan mediasi dilakukan adalah untuk menyelesaikan sengketa antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan imparial. Mediasi dapat mengantarkan para pihak mewujudkan kesepakatan damai yang permanen dan lestari, mengingat penyelesaian sengketa melalui mediasi menempatkan kedua belah pihak pada posisi yang sama, tidak ada pihak yang dimenangkan atau pihak yang dikalahkan (*win-win solution*). Dalam mediasi, para pihak yang bersengketa proaktif dan memiliki kewenangan penuh dalam pengambilan keputusan. Mediator tidak memiliki kewenangan dalam pengambilan keputusan, tetapi ia hanya membantu para pihak dalam menjaga proses mediasi guna mewujudkan kesepakatan damai mereka.

Penyelesaian sengketa melalui jalur mediasi sangat dirasakan manfaatnya, karena para pihak telah mencapai kesepakatan mengakhiri

pertengkaran mereka secara adil dan saling menguntungkan. Bahkan dalam mediasi yang gagal pun, di mana para pihak belum mencapai kesepakatan, sebenarnya juga telah dirasakan manfaatnya. Kesiapan para pihak bertemu dalam suatu proses mediasi, paling tidak telah mampu mengklarifikasikan akar persengketaan dan mempersempit perselisihan di antara mereka. Hal ini menunjukkan adanya keinginan para pihak untuk menyelesaikan sengketa, namun mereka belum menemukan format tepat yang dapat disepakati oleh kedua belah pihak.

Penyelesaian sengketa memang sulit dilakukan, namun bukan berarti tidak mungkin diwujudkan dalam kenyataan. Modal utama penyelesaian sengketa adalah keinginan dan itikad baik para pihak dalam mengakhiri persengketaan mereka. Keinginan dan itikad baik ini kadang-kadang memerlukan bantuan pihak ketiga dalam mewujudkannya. Mediasi merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa yang melibatkan pihak ketiga. Mediasi dapat memberikan sejumlah keuntungan antara lain:¹⁶³

1. Mediasi diharapkan dapat menyelesaikan sengketa secara cepat dan relatif murah dibandingkan dengan membawa perselisihan tersebut ke pengadilan atau lembaga arbitrase.
2. Mediasi akan memfokuskan perhatian para pihak pada kepentingan mereka secara nyata dan pada kebutuhan emosi atau psikologis

¹⁶³ Syahrizal Abbas, Op. cit, hal. 26-27.

mereka, sehingga mediasi bukan hanya tertuju pada hak-hak hukumnya.

3. Mediasi memberikan kesempatan para pihak untuk berpartisipasi secara langsung dan secara informal dalam menyelesaikan perselisihan mereka.
4. Mediasi memberikan kemampuan para pihak untuk melakukan kontrol terhadap proses dan hasilnya.
5. Mediasi dapat mengubah hasil, yang dalam litigasi dan arbitrase sulit diprediksi, dengan suatu kepastian melalui suatu konsensus.
6. Mediasi memberikan hasil tahan uji dan akan mampu menciptakan saling pengertian yang lebih baik di antara para pihak yang bersengketa karena mereka sendiri yang memutuskannya.
7. Mediasi mampu menghilangkan konflik atau permusuhan yang hampir selalu mengiringi setiap putusan yang bersifat memaksa yang dijatuhkan oleh hakim di pengadilan.

Kaitannya dengan keuntungan mediasi, para pihak dapat mempertanyakan pada diri mereka masing-masing, apakah mereka dapat hidup dengan hasil yang dicapai melalui mediasi (meskipun mengecewakan atau lebih buruk daripada yang diharapkan).

Bila direnungkan lebih dalam, bahwa hasil kesepakatan yang diperoleh melalui jalur mediasi jauh lebih baik, bila dibandingkan dengan para pihak

terus-menerus berada dalam persengketaan yang tidak pernah selesai, karena kesepakatan tersebut seluruhnya mengakomodasikan keinginan para pihak. Pernyataan *win-win solution* pada mediasi, umumnya datang bukan dari istilah penyelesaian itu sendiri, tetapi dari kenyataan bahwa hasil penyelesaian tersebut memungkinkan kedua belah pihak meletakkan perselisihan di belakang mereka.

Pertanyaan selanjutnya, apakah mediasi mampu mengatasi perbedaan dalam posisi tawar-menawar dari para pihak yang bersengketa? Pada beberapa kasus, dalam proses mediasi cenderung pihak yang “lebih lemah” bersedia menyerahkan beberapa hak mereka. Perbedaan kekuatan di antara para pihak merupakan kenyataan yang ada dibalik banyak konflik atau persengketaan.

Hal ini seharusnya dipahami oleh mediator, bahwa hampir seluruh proses penyelesaian sengketa menghadapi kesulitan yang sama berupa tidak berimbangnya kekuatan tawar para pihak, dan kadang-kadang mediator juga mengalami kesulitan untuk menangani perbedaan tersebut. Namun demikian, penyelesaian sengketa dengan cara mediasi diharapkan dapat membuat ketidakseimbangan posisi kekuatan para pihak kurang dirasakan, daripada penyelesaian sengketa di pengadilan atau arbitrase.

Perbedaan kekuatan *disputants* dalam penyelesaian sengketa, juga menimbulkan kekhawatiran para juri di Amerika Serikat. Hal ini dapat dibaca dalam tulisan Brian L. Cutler.¹⁶⁴

“concern is often expressed that juries are biased in favor of plaintiffs and against defendants, particularly those defendants with “deep pockets”. However, there is evidence that jurors are relatively skeptical of plaintiffs and their claims. In contrast, however, corporate defendants to seem to be held to a higher (“reasonable corporation”) standard of conduct than are defendants who are individuals.”

Perbedaan kekuatan para pihak dalam proses mediasi dapat diatasi melalui cara-cara sebagai berikut:¹⁶⁵

- a. Menyediakan suasana yang tidak mengancam;
- b. Memberikan kesempatan para pihak untuk berbicara dan didengarkan oleh pihak lainnya secara lebih leluasa;
- c. Meminimalkan perbedaan di antara mereka dengan menciptakan situasi informal;
- d. Perilaku mediator yang netral dan tidak memihak, sehingga memberikan kenyamanan tersendiri; dan
- e. Tidak menekan para pihak.

Pertemuan secara terpisah dengan para pihak (kaukus) dapat meyakinkan pihak yang lemah akan posisi mereka, sehingga mediator dapat berupaya mengatasinya melalui saran dan pendekatan yang dapat

¹⁶⁴ Brian L. Cutler, (Editor), *Encyclopedia of Psychology and Law*, Volume 1, SAGE Publications, Inc., California, 2008, hal. 403.

¹⁶⁵ Syahrizal Abbas, Op. cit, hal. 67-68.

melancarkan proses penyelesaian sengketa. Proses mediasi dan keahlian mediator menjadi sangat penting dalam kaitannya dengan pencegahan dan penyalahgunaan kekuasaan.

Mediasi merupakan cara penyelesaian sengketa atas kesepakatan para pihak yang bersengketa melibatkan pihak ketiga yang netral sebagai mediator dalam rangka mempercepat terwujudnya perdamaian. Melalui bantuan mediator akan mengarahkan para pihak menuju perdamaian yang lebih cepat. Keinginan pihak yang bersengketa untuk melibatkan pihak ketiga ini dapat dilakukan jika upaya negosiasi yang dilakukan mengalami kegagalan. Apabila upaya mediasi yang dipilih dan menunjukkan keseriusan para pihak untuk menyelesaikan sengketa secara damai dan mengindikasikan untuk tetap berhubungan baik dalam kegiatan bisnis ke depan.

Penyelesaian sengketa melalui mediasi harus didahului dengan kesepakatan para pihak untuk menyelesaikan sengketanya melalui mediasi. Kesepakatan ini dapat dilakukan sebelum timbulnya sengketa, yaitu dengan memasukkan sebagai klausul perjanjian (*mediation clause agreement*), atau setelah timbul sengketa kemudian para pihak membuat kesepakatan untuk menyerahkan penyelesaiannya melalui mediasi (*mediation submission*). Dari dua cara tersebut lebih menguntungkan jika cara pertama yang ditempuh,

karena para pihak yang bersengketa sejak awal telah menginginkan mediasi sehingga kemungkinan berhasilnya proses mediasi lebih besar.¹⁶⁶

Mediasi yang di Jepang dikenal dengan “*wakai*” bertujuan untuk mencapai penyelesaian yang wajar melalui kepuasan timbal balik di antara para pihak. *Wakai* bertujuan untuk mencapai penyelesaian yang cocok dengan kasusnya dan konsisten dengan alasannya, kendati apa yang menjamin kepuasan bukanlah pengadilan melainkan persetujuan antara para pihak.¹⁶⁷

(5) Teknik Mediasi

Terkait dengan teknik mediasi, ada beberapa hal yang perlu mendapat perhatian dari seorang mediator agar proses mediasi dapat berjalan lancar dan memperoleh hasil yang maksimal. Mediator perlu bersikap *squarely*, *open stance*, *lean forward*, *eye contact*, dan *relax* yang disingkat SOLER dalam melakukan praktek mediasi.¹⁶⁸

Squarely, artinya, seorang mediator ketika sedang duduk dan berbicara dengan pihak yang bertikai (*disputans*), janganlah sambil berdiri,

¹⁶⁶ Winner Sitorus dalam Ahmadi Miru, *Hukum Kontrak dan Perancangan Kontrak*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, hal . 118.

¹⁶⁷ Yoshiro Kusano, Op. cit, hal. 18.

¹⁶⁸ Muslih MZ, Op. cit. hal. 6-10.

tetapi sebaiknya tetaplah dalam posisi duduk agar bisa berhadapan langsung dengan pihak yang berkonflik ketika mereka sedang berbicara.

Open stance, artinya, agar selalu memperhatikan pihak yang bertikai (*disputants*) dan tidak menunjukkan sikap acuh, sebaiknya mediator jangan pernah menyilangkan tangannya di dada, tetapi lebih baik tangan tetap di bawah.

Lean forward, artinya, ketika sedang bicara dengan pihak yang bertikai (*disputants*), mediator sebaiknya sedikit membungkukkan badannya ke arah pembicara agar terlihat bahwa mediator memberikan perhatian penuh.

Eye contac, artinya, dalam melakukan tugasnya mediator harus melakukan kontak mata dengan pihak yang bertikai (*disputants*). Hal ini penting sebagai bagian dari bahasa tubuh, sebagai tanda bahwa mediator memperhatikan pembicaraan mereka.

Relax, artinya, mediator harus senantiasa bersikap rileks dan santai serta tidak perlu tegang sehingga memudahkan komunikasi dengan pihak-pihak yang bertikai.

Selain bersikap SOLER seorang mediator perlu memperhatikan beberapa langkah-langkah yang harus dilakukan ketika menjalankan proses mediasi. Langkah-langkah tersebut bisa digambarkan secara berurutan sebagai berikut: (a) pengenalan, (b) penuturan cerita, (c) mengklarifikasi permasalahan dan kebutuhan, (d) menyelesaikan masalah, dan (e) merancang kesepakatan.

(6) Tahapan dalam Proses Mediasi

Mediasi dapat dilakukan melalui beberapa tahapan seperti diuraikan di bawah ini, yaitu:¹⁶⁹

Tahap Pertama: Setuju untuk menengahi (*agree to mediate*)

Pada tahap ini persiapan yang harus dilakukan oleh seorang mediator adalah:

- Meraih dan menemukan kesadaran diri melalui pikiran, perasaan, dan harapan.
- Menentukan waktu yang tepat untuk membahas konflik dari pihak-pihak yang bertikai.
- Menciptakan suasana yang positif bagi kedua belah pihak yang sedang bertikai.

Tahap Kedua: Menghimpun sudut pandang (*gather points of view*).

Pada tahap ini persiapan yang harus dilakukan oleh mediator adalah:

- Melakukan penuturan cerita (*story-telling*), dan membiarkan pihak-pihak yang sedang bertikai untuk menuturkan cerita mereka tanpa diinterupsi.
- Menggunakan keterampilan berkomunikasi secara efektif.

Tahap Ketiga: Memusatkan perhatian pada kebutuhan (*focus on interest*).

Pada tahap ini persiapan yang bisa dilakukan oleh mediator adalah:

¹⁶⁹ Ibid. hal. 5-6.

- Menggali lebih dalam mengenai kebutuhan (*interest*) dari masing-masing pihak yang sedang bertikai dengan mengajak mereka berdialog untuk menggali pokok permasalahan dan kebutuhan mereka. Hal tersebut bisa dilakukan dengan cara:
 - Melihat apa yang ada di bawah batas posisi dan kebutuhan masing-masing pihak yang bertikai, dan setelah itu mediator mengklarifikasi pokok permasalahan tersebut, sehingga mediator dapat memahami situasinya dengan baik.
 - Merangkum dengan baik permasalahan maupun kebutuhan dari masing-masing pihak yang sedang bertikai.

Tahap Keempat: Menciptakan pilihan terbaik (*create win-win options*).

Pada tahap ini mediator membantu pihak-pihak yang bertikai untuk mencari solusi bagi permasalahan mereka dengan cara memberikan beberapa ide/gagasan (*brainstorm solutions*). Untuk mencapai hal tersebut mediator harus:

- Sedapat mungkin mendapatkan ide-ide untuk solusi menang/menang.
- Bersikap kreatif dan jangan menyalahkan ide-ide yang disampaikan oleh masing-masing pihak yang bertikai selama proses penyampaian ide.
- Melakukan evaluasi terhadap solusi yang ditawarkan oleh masing-masing pihak yang bertikai untuk dipelajari lebih lanjut sehingga akan

ditemukan solusi mana yang paling tepat untuk penyelesaian suatu konflik. Jika tidak ada solusi yang didapat maka mediator harus mengulangi lagi proses penyelesaian konflik dan mempelajari kembali langkah-langkah dari awal.

- Memilih solusi yang disetujui oleh para pihak yang sedang berkonflik. Jika tidak ada solusi yang disepakati maka mediator harus meneruskan *brainstorming*, atau mengulangi langkah-langkah penyelesaian dari awal (hal ini bisa mungkin terjadi karena mediator belum sampai ke permasalahan yang sebenarnya).

Tahap Kelima: Mengevaluasi pilihan (*evaluate options*).

Jika opsi telah ditemukan, maka mediator harus memeriksa kembali opsi tersebut untuk memastikan bahwa konflik tersebut benar-benar telah diselesaikan atau ditemukan penyelesaiannya.

Tahap Keenam: Menciptakan kesepakatan (*create an agreement*).

Pada tahap ini mediator harus mampu merumuskan solusi / resolusi dari suatu konflik dalam rumusan yang jelas dengan cara:

- Membuat solusi dalam rumusan yang sejelas mungkin (mengenai siapa, apa, kapan, dan bagaimana).
- Membicarakan kondisi 'Bagaimana jika' Mediator bisa meminta pihak-pihak yang bertikai untuk mengatakan apa yang akan mereka lakukan jika mereka tidak dapat memenuhi kesepakatan yang mereka buat tersebut.

- Mengakui keberhasilan pihak-pihak yang bertikai dalam mencapai kesepakatan. Mediator harus mengucapkan terima kasih kepada pihak-pihak yang bertikai atas kesediaan mereka bekerja sama melakukan semuanya.

Agak berbeda dengan tahapan mediasi tersebut, menurut PERMA No.1 Tahun 2008, prosedur mediasi terdiri atas tahap pra mediasi, tahap mediasi, dan tahap pengukuhan akta perdamaian.

a. Tahap pra mediasi, yakni:

- 1) Pada hari sidang yang telah ditentukan yang dihadiri para pihak, hakim mewajibkan para pihak yang berperkara agar terlebih dahulu menempuh mediasi. Hakim melalui kuasa hukum atau langsung kepada para pihak yang berperkara mendorong agar berperan aktif dalam proses mediasi. Begitu pula kuasa hukum para pihak berkewajiban mendorong para pihak langsung atau aktif dalam proses mediasi. Dan hakim berhak menunda proses persidangan perkara untuk memberikan kesempatan kepada para pihak menempuh proses mediasi. Selanjutnya hakim wajib memberikan penjelasan prosedur mediasi kepada para pihak yang bersengketa.¹⁷⁰
- 2) Para pihak berhak memilih mediator yang terdiri atas: a. hakim bukan pemeriksa perkara pada pengadilan yang bersangkutan; b.

¹⁷⁰ Pasal 7 PERMA No.1 Tahun 2008.

advokat atau akademisi hukum; c. profesi bukan hukum yang dianggap para pihak menguasai atau berpengalaman dalam pokok sengketa; d. hakim majelis pemeriksa perkara; e. gabungan antara mediator yang disebut dalam butir a dan d, atau gabungan butir b dan d, atau gabungan butir c dan d.¹⁷¹

- 3) Setelah para pihak hadir pada hari sidang pertama, hakim mewajibkan para pihak pada hari itu juga atau paling lama 2 (dua) hari kerja berikutnya untuk berunding guna memilih mediator termasuk membicarakan biaya yang mungkin timbul akibat pilihan penggunaan mediator bukan hakim. Para pihak menyampaikan mediator pilihan mereka kepada ketua majelis hakim. Selanjutnya ketua majelis memberitahukan kepada mediator terpilih untuk melaksanakan tugas. Sebaliknya jika jangka waktu maksimal 2 (dua) hari kerja berikutnya, para pihak tidak dapat bersepakat memilih mediator yang dikehendaki, maka para pihak wajib menyampaikan kegagalan mereka memilih mediator kepada ketua majelis hakim. Setelah menerima pemberitahuan para pihak tentang kegagalan memilih mediator, ketua majelis hakim segera menunjuk hakim bukan pemeriksa pokok perkara yang bersertifikat pada pengadilan yang sama untuk menjalankan fungsi mediator. Namun jika di pengadilan tersebut tidak terdapat hakim bukan pemeriksa

¹⁷¹ Pasal 8 ayat (1) PERMA No.1 Tahun 2008.

pokok perkara yang bersertifikat, maka hakim pemeriksa pokok perkara dengan atau tanpa sertifikat yang ditunjuk oleh ketua majelis hakim wajib menjalankan fungsi mediator.¹⁷²

b. Tahap-tahap proses mediasi, yakni:

- 1) Dalam waktu paling lama 5 (lima) hari kerja setelah para pihak memilih mediator yang disepakati, masing-masing pihak dapat menyerahkan resume perkara kepada satu sama lain dan kepada mediator. Hal ini berlaku juga bagi para pihak yang gagal memilih mediator, dalam waktu 5 (lima) hari kerja setelah gagal memilih mediator para pihak dapat menyerahkan resume perkara kepada hakim mediator yang ditunjuk. Proses mediasi berlangsung paling lama 40 (empat puluh) hari kerja sejak mediator yang dipilih oleh para pihak atau yang ditunjuk oleh ketua majelis hakim. Meskipun demikian atas kesepakatan kedua belah pihak jangka waktu mediasi dapat diperpanjang paling lama 14 (empat belas) hari kerja sejak berakhir masa 40 (empat puluh) hari. Mediasi dapat dilakukan

¹⁷² Pasal 11 PERMA No.1 Tahun 2008. Bandingkan dengan ketentuan *Court Connected* di Ontario Canada yang menyatakan bahwa pihak yang berperkara harus telah memilih mediator yang terdaftar dalam *list mediator* paling lama 30 hari setelah perkara diajukan ke pengadilan. Apabila para pihak tidak dapat memilih mediator atau tidak ada kesepakatan di antara mereka, maka koordinator mediasi lokal menunjuk sendiri mediator yang terdaftar dan bukan dari hakim. Puslitbang Kumdil MA-RI, *Naskah Akademis Mengenai: Court Dispute Resolution...*hal.25.

secara jarak jauh dengan menggunakan alat komunikasi jika para pihak sepakat.¹⁷³

2) Mediator berkewajiban menyatakan mediasi telah gagal jika salah satu pihak atau para pihak atau kuasa hukumnya telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri pertemuan mediasi sesuai jadwal pertemuan mediasi yang telah disepakati atau telah dua kali berturut-turut tidak menghadiri mediasi tanpa alasan setelah dipanggil secara patut. Dan jika setelah proses mediasi berjalan, mediator memahami bahwa dalam sengketa yang sedang dimediasi melibatkan aset atau harta kekayaan atau kepentingan yang nyata-nyata berkaitan dengan pihak lain yang tidak disebutkan dalam surat gugatan sehingga pihak lain yang berkepentingan tidak dapat menjadi salah satu pihak dalam proses mediasi, mediator dapat menyampaikan kepada para pihak dan hakim pemeriksa bahwa perkara yang bersangkutan tidak layak untuk dimediasi dengan alasan para pihak tidak lengkap.¹⁷⁴

3) Mediator berkewajiban untuk mempersiapkan usulan jadwal pertemuan mediasi kepada para pihak untuk dibahas dan disepakati, mendorong para pihak untuk secara langsung berperan dalam proses mediasi. Apabila dianggap perlu, mediator dapat

¹⁷³ Pasal 13 PERMA No.1 Thn 2008. Bandingkan di Ontario, apabila para pihak telah memilih mediator, menurut ketentuan *Court Connected*, para pihak harus menyiapkan *Statement of Issues* yang berisi fakta dan hukum dalam waktu paling lama 7 hari. Puslitbang Kumdil MA, Loc. Cit.

¹⁷⁴ Pasal 14 PERMA No.1 Tahun 2008.

melakukan kaukus (pertemuan dengan salah satu pihak yang berperkara), serta mendorong para pihak untuk menelusuri dan menggali kepentingan mereka mencari berbagai pilihan penyelesaian terbaik bagi para pihak.¹⁷⁵

- 4) Atas persetujuan para pihak atau kuasa hukum, mediator dapat mengundang seorang atau beberapa ahli dalam bidang tertentu untuk memberikan penjelasan atau pertimbangan yang dapat membantu menyelesaikan perbedaan pendapat di antara para pihak. Namun para pihak harus lebih dahulu sepakat mengenai kekuatan mengikat atau tidak mengikat dari penjelasan atau penilaian ahli. Sedangkan biaya untuk mendatangkan ahli tersebut ditanggung oleh para pihak sesuai kesepakatan.¹⁷⁶

c. Tahap pengukuhan akta perdamaian, yakni:

Jika mediasi menghasilkan kesepakatan perdamaian, para pihak dengan bantuan mediator wajib merumuskan secara tertulis kesepakatan yang dicapai dan ditandatangani oleh para pihak dan mediator. Apabila para pihak diwakili oleh kuasa hukum, para pihak wajib menyatakan secara tertulis persetujuan atas kesepakatan yang dicapai. Selanjutnya para pihak wajib menghadap kembali kepada hakim pada hari sidang yang telah ditentukan untuk memberitahukan

¹⁷⁵ Pasal 15 PERMA No.1 Tahun 2008.

¹⁷⁶ Pasal 16 PERMA No.1 Tahun 2008.

kesepakatan perdamaian. Para pihak dapat mengajukan kesepakatan perdamaian kepada hakim untuk dikuatkan dalam bentuk akta perdamaian. Akan tetapi jika para pihak tidak menghendaki kesepakatan perdamaian dikuatkan dalam bentuk akta perdamaian, kesepakatan perdamaian harus memuat klausula pencabutan gugatan dan atau klausula yang menyatakan perkara telah selesai.¹⁷⁷

Apabila mediator gagal atau tidak berhasil mendamaikan para pihak dan waktu yang ditentukan yakni 40 (empat puluh) hari kerja sudah berakhir, mediator wajib menyatakan secara tertulis bahwa proses mediasi telah gagal dan memberitahukan kepada majelis hakim yang memeriksa pokok perkara. Dan selanjutnya setelah menerima pemberitahuan tersebut majelis hakim melanjutkan pemeriksaan perkara sesuai dengan ketentuan hukum acara perdata. Meskipun demikian, pada setiap tahapan pemeriksaan perkara, hakim pemeriksa perkara tetap berwenang untuk mendorong atau mengusahakan perdamaian hingga sebelum pembacaan putusan, dengan jangka waktu 14 (empat belas) hari kerja sejak hari para pihak menyampaikan keinginan berdamai kepada hakim pemeriksa perkara yang bersangkutan.¹⁷⁸

Ruang lingkup PERMA No.1 Tahun 2008 mengatur mediasi sampai pada tingkat peninjauan kembali, yang mengatur, “para pihak atas dasar kesepakatan mereka dapat menempuh upaya perdamaian terhadap perkara yang sedang dalam proses banding, kasasi, atau peninjauan kembali atau

¹⁷⁷ Pasal 17 PERMA No.1 Tahun 2008.

¹⁷⁸ Pasal 18 PERMA No.1 Tahun 2008.

terhadap perkara yang sedang diperiksa pada tingkat banding, kasasi, dan peninjauan kembali sepanjang perkara itu belum putus".¹⁷⁹

e. Penilaian Ahli

Penilaian ahli atau dikenal juga dengan istilah pendapat ahli adalah suatu keterangan yang dimintakan oleh para pihak yang sedang bersengketa kepada seorang ahli tertentu yang dianggap lebih memahami tentang suatu sengketa yang terjadi. Permintaan pendapat ahli adalah karena adanya perbedaan pendapat di antara kedua belah pihak. Pendapat ahli dimintakan, terkait dengan baik mengenai pokok sengketa maupun di luar pokok sengketa bilamana diperlukan. Pendapat ahli dibutuhkan dengan tujuan memperjelas duduk persoalan yang disengketakan.

Ketentuan mengenai pendapat ahli dalam proses mediasi di pengadilan ditegaskan: Atas persetujuan para pihak atau kuasa hukum, mediator dapat mengundang seorang atau lebih ahli dalam bidang tertentu untuk memberikan penjelasan atau pertimbangan yang dapat membantu menyelesaikan perbedaan pendapat di antara para pihak.¹⁸⁰

Penilaian ahli dikenal sebagai salah satu mekanisme penyelesaian sengketa, namun di dalam undang-undang tidak jelas dan tegas diatur mengenai definisi penilaian ahli tersebut. Penilaian ahli hanya disinggung

¹⁷⁹ Pasal 21 ayat (1) PERMA No.1 Tahun 2008.

¹⁸⁰ Pasal 16 ayat (1) PERMA No.1 Tahun 2008.

dalam Pasal 1 angka 10 Undang-Undang No.30 Tahun 1999. Selanjutnya dalam Pasal 6 ayat (3) secara singkat menyinggung mengenai keberadaan penilaian ahli yang diposisikan sama dengan mediator.

Sebelum mendatangkan seorang atau beberapa ahli yang akan memberikan penjelasan mengenai suatu hal yang menimbulkan perbedaan atau pertentangan para pihak, maka terlebih dahulu kedua belah pihak sepakat, apakah keterangan atau penjelasan ahli dianggap mengikat atau tidak. Hal ini cukup penting disepakati agar tidak terjadi perselisihan mengenai hasil pendapat ahli khususnya dalam pengambilan kesimpulan. Jika disepakati pendapat ahli tersebut mengikat, maka pendapat ahli tersebut dijadikan sebagai acuan dalam mengambil kesimpulan, akan tetapi jika pendapat ahli tidak mengikat atau hanya sebatas pandangan saja, para pihak dapat mengesampingkan pendapat tersebut.

Menurut Priyatna Abdurrasyid,¹⁸¹ jasa para ahli dapat digunakan dalam keadaan terbatas. Ini merupakan suatu proses di mana para pihak secara bersama menunjuk seorang ahli membantu menyelesaikan sengketa dan hanya layak apabila terdapat fakta atau isu teknis yang menghendaki penanganan khusus. Ahli tersebut harus menyelidiki isu-isunya dan akhirnya dapat saja sampai dan tak terelakkan pada suatu pandangan atas fakta-fakta yang dapat dijadikan dasar untuk keputusan akhir. Begitu penyelidikannya

¹⁸¹ Priyatna Abdurrasyid, Op. cit, hal. 46.

lengkap, ahli tersebut melaporkan kepada para pihak pendapatnya. Dengan ditunjuknya seorang ahli oleh semua pihak diharapkan pendapatnya paling tidak akan meyakinkan. Dalam banyak hal pendapat ahli ini mengakibatkan adanya keputusan dalam sengketa.

Berbagai mekanisme penyelesaian sengketa yang diuraikan di atas, masing-masing mempunyai segi keuntungan dan kelemahan dalam penyelesaian sengketa, baik yang melalui proses adjudikasi (menghasilkan putusan) maupun dengan non-adjudikasi (proses kompromi) yang menghasilkan “*win-win solution*”. Keduanya masih tetap dibutuhkan dalam kehidupan bermasyarakat, namun kadang-kadang yang lebih mendominasi penyelesaian sengketa adalah melalui lembaga peradilan dengan cara adjudikasi.

B. Perdamaian Sebagai Wujud Penyelesaian Sengketa

Secara istilah, term *ishlah* dapat diartikan sebagai perbuatan terpuji dalam kaitannya dengan perilaku manusia.¹⁸² Oleh karena itu, dalam terminologi Islam secara umum, *ishlah* dapat diartikan sebagai suatu aktivitas yang ingin membawa perubahan dari keadaan yang buruk menjadi keadaan yang baik. Sementara menurut fiqih, kata *ishlah* diartikan sebagai perdamaian, yakni suatu perjanjian yang ditetapkan untuk menghilangkan

¹⁸² E. van Denzel, B. Lewis, et.al. (ed), *Encyclopedia of Islam*, (Leiden: E.J. Brill, 1990) Jilid IV, hal. 141, dalam Anonim, *Teori dan Implementasi Mediasi dalam Sistem Peradilan Agama*, t.t, hal. 5.

persengketaan di antara manusia yang bertikai, baik individu maupun kelompok.¹⁸³

Secara etimologis, perdamaian berarti penghentian konflik. Dalam syariat, perdamaian adalah akad yang mengakhiri persengketaan antara dua orang yang bersengketa.¹⁸⁴

Menurut bahasa, kata damai berarti rukun, aman, tenteram, tenang, tidak ada permusuhan, perselisihan atau persengketaan. Berdamai artinya berbaik kembali, berhenti bermusuhan, dan berunding untuk mencari kesepakatan.¹⁸⁵ Mendamaikan berarti mengusahakan agar kedua belah pihak yang bersengketa mau menghentikan persengketaan, berunding untuk mencari kesepakatan penyelesaian sengketa, dan agar mereka dapat berbaik kembali dan hidup rukun bersama. Dengan demikian, esensi perdamaian adalah.¹⁸⁶

- a. Berhenti bersengketa;
- b. Berunding untuk mencari kesepakatan dalam penyelesaian sengketa;
- c. Berbaik kembali dan hidup rukun bersama.

Rukun perdamaian adalah ijab dan kabul dengan semua lafal yang menunjukkan perdamaian. Ketika perdamaian telah terlaksana, ia menjadi

¹⁸³ Abu Muhammad Mahmud Ibn Ahmad al-Aynayni, *al-Bidayah fi Syarh al-hidayah*, (Beirut: Dar al-Fikr, t.th), Jilid 9, hal.3, dalam Anonim, *Teori dan Impelementasi Mediasi dalam Sistem Peradilan Agama*, t.t, hal. 5.

¹⁸⁴ Sayyid Sabiq, Op. cit, hal. 321.

¹⁸⁵ A. Mukti Arto, Op. cit, hal.208.

¹⁸⁶ A. Mukti Arto. Loc. Cit.

akad yang mengikat bagi kedua orang yang berdamai. Salah seorang dari keduanya tidak boleh membatalkannya secara sepihak tanpa persetujuan yang lain.¹⁸⁷

Untuk melakukan perdamaian, maka diperlukan syarat-syarat yang seharusnya dipenuhi agar perdamaian sah dan mengikat. Di antara syarat perdamaian itu adalah mengenai orang (subjek) yang berdamai, hak (objek) yang disengketakan, dan mengenai kompensasi perdamaian.¹⁸⁸

Perdamaian merupakan dambaan setiap manusia dan sebaliknya sengketa yang terjadi dalam kehidupan manusia merupakan peristiwa yang pada dasarnya tidak diinginkan terjadi. Olehnya itu, kesadaran tentang perdamaian, sudah ada sejak manusia hidup di bumi.¹⁸⁹

Perdamaian yang didambakan setelah terjadi sengketa tersebut adalah yang benar-benar menyelesaikan sengketa yang dialami kedua belah pihak, bukan hanya bersifat sementara dan sewaktu-waktu menimbulkan sengketa pada masa yang akan datang. Olehnya itu bilamana telah lahir kedamaian yang merupakan buah dari perdamaian, maka kehidupan akan semakin harmonis. Kedamaian merupakan dambaan setiap manusia, akan tetapi lahan tumbuhnya kedamaian adalah kerukunan. Arti kata “damai” tidak akan pernah

¹⁸⁷ Ibid, hal. 322.

¹⁸⁸ Ibid, hal. 323.

¹⁸⁹ Th. Sumarthana, Aktualisasi Nilai-Nilai Agama dalam *Damai Ajaran Semua Agama*. Hamka Haq (Editor), Yayasan Al-Ahkam. Makassar, 2004, hal. 6.

terjadi tanpa ada “kerukunan” antar manusia, baik antar individu, kelompok, maupun global.¹⁹⁰

Kerukunan yang merupakan titik awal terpeliharanya keharmonisan hidup yang mewujudkan nilai-nilai kedamaian, didasarkan kepada tiga asas yakni asas rukun, patut, dan laras.¹⁹¹

Namun demikian, tidak mudah menghindari terjadinya ketidak harmonisan dalam kehidupan manusia atau meniadakan konflik. Hal ini sesuai pendapat Kittrie seorang pakar hukum internasional dari New York, “bahwa perdamaian bukanlah keadaan tanpa konflik, bukan pula keadaan yang total harmonis tanpa pertengkaran dan perseteruan, karena keduanya merupakan hal yang tak terhindarkan dari diri makhluk yang namanya manusia. Kittrie memberikan pernyataan yang menantang tapi realistis, yaitu perdamaian di zaman penuh konflik ini tidak akan bisa diatasi, manakala semua pihak yang terlibat dalam konflik tidak memiliki kemampuan untuk merumuskan masalah bersama”.¹⁹²

Laderach (2003:23) menguraikan, “*Conflict happens. It is normal and it is continuously present in human relationship. Change happens as well. Human*

¹⁹⁰ Ade Soeripto, Aplikasi Kerukunan Antar Umat Beragama dalam *Damai Ajaran Semua Agama*. Hamka Haq (Editor), Yayasan Al-Ahkam. Makassar, 2004, hal. 194.

¹⁹¹ Moh. Koesnoe, *Catatan-Catatan Terhadap Hukum Adat Dewasa Ini*. Airlangga University Press. Surabaya, 1979, hal. 44.

¹⁹² Th. Sumarthana, Op. cit, hal. 11.

*community and relationship are not static but ever dynamic, adapting, changing.*¹⁹³

Menurut Satjipto Rahardjo, sekalipun *ishlah* tidak tercantum dalam hukum positif, itu tidak berarti tidak ada dalam masyarakat dan karena itu harus diabaikan saja. Ini termasuk positivisme atau *legal dogmatisme* yang sempit. Di atas hukum sebenarnya masih ada keadilan. Dalam suasana hukum modern yang sarat dengan prosedur dan rumusan-rumusan yang legalistik, keadilan memang menjadi perkara yang susah dicapai. Oleh karena itu, piagam *ishlah* merupakan sumbangan yang sangat berharga di saat kita berpikir keras tentang bagaimana memulihkan keadilan dan wibawa di negeri ini.¹⁹⁴

Sehubungan dengan hal itu, jika *ishlah* dimodifikasi sedemikian rupa bisa dijadikan model penyelesaian sengketa menggunakan pendekatan konsensus bagi masyarakat Indonesia. Hal ini dimaksudkan untuk menumbuhkembangkan budaya musyawarah di dalam masyarakat, sehingga dapat mengikis budaya 'dendam' yang terbukti mengganggu produktivitas dalam masyarakat dalam menjalankan aktivitasnya.¹⁹⁵

Berdasarkan penjelasan terminologi di atas, penelitian ini memilih menggunakan kata perdamaian sebagai tujuan mediasi di pengadilan. Dari

¹⁹³ Andre Hynan Poeloengan. Materi Pelatihan Mediasi di PMN. Dengan judul: *Akses Kepada Keadilan, Manfaat Mediasi dan Pembangunan Perdamaian*. Pusat Mediasi Nasional. Jakarta. 2012. Hal. 1.

¹⁹⁴ Adi Sulistiyono, Op. cit. hal.77.

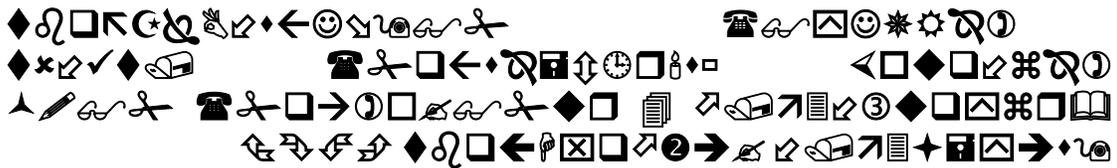
¹⁹⁵ Adi Sulistiyono, Loc. cit.

kata perdamaian dipadankan dengan kata *ishlah* ini kemudian dikembangkan menjadi acuan *ishlah* yang bersumber dari Al-Qur'an dan hadis. *Ishlah* disebut dalam beberapa ayat Al-Qur'an antara lain:

Pentingnya perdamaian ditegaskan Allah SWT dalam Al-Qur'an:



Artinya: "...bertakwalah kamu sekalian kepada Allah dan damaikanlah persengketaan yang terjadi di antara kamu sekalian." (Q.S. Al-Anfaal:1).¹⁹⁶



"Sesungguhnya orang-orang beriman itu bersaudara karena itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan bertakwalah kepada Allah, supaya kamu mendapat rahmat." (Q.S. Al-Hujurat: 10).¹⁹⁷

Penelitian ini menggunakan kata perdamaian sebagai padanan dengan kata *ishlah* untuk menjelaskan mediasi sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa untuk mewujudkan perdamaian. Dari kata *ishlah* ini kemudian dikembangkan menjadi teori *ishlah* yang bersumber dari Al-Qur'an. *Ishlah* disebut dalam beberapa ayat Al-Qur'an sebagai berikut:

1. *Ishlah* antara sesama muslim yang bertikai dan antara pemberontak (muslim) dan pemerintah (muslim) yang adil (Q.S. Al-Hujurat ayat: 9-10).

¹⁹⁶ Ibid, hal. 141.

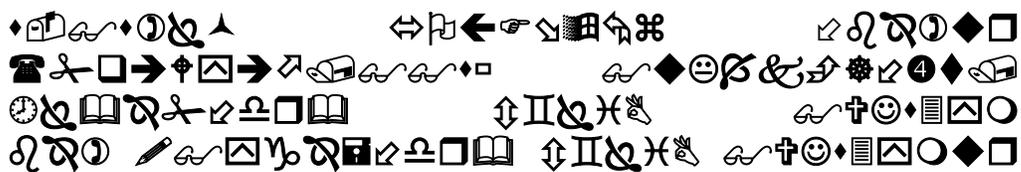
¹⁹⁷ Ibid. hal. 412.



Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya, tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; Sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil.

Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara, sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat.¹⁹⁸

- 2. *Ishlah* antara suami isteri yang diambang perceraian, dengan mengutus seorang *al-ahkam* (juru runding) dari kedua belah pihak (Q.S. an-Nisa: 35).

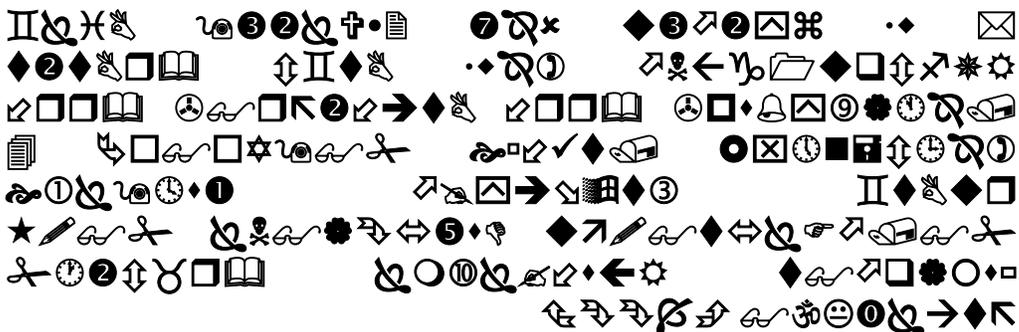


¹⁹⁸ Al-Qur'an dan Terjemahnya An-Nur, CV.Asy-Syfa'. Semarang, 1998, hal 412.



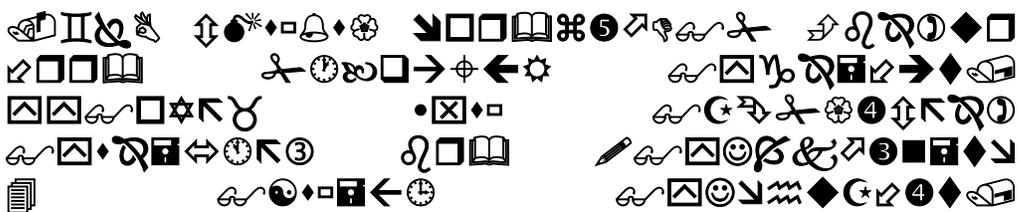
Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang *hakam* (juru pendamai) dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah maha mengetahui lagi maha mengenal.¹⁹⁹

3. *Ishlah* memiliki nilai yang sangat luhur dalam pandangan Allah, yaitu pelakunya memperoleh pahala yang besar (QS. An-Nisa: 114).



Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Dan barangsiapa yang berbuat demikian karena mencari keridhaan Allah, maka kelak Kami memberi kepadanya pahala yang besar.²⁰⁰

4. *Ishlah* itu baik, misalnya dalam hal sengketa rumah tangga (QS. An-Nisa: 128).



¹⁹⁹ Ibid, hal. 66.

²⁰⁰ Ibid, hal. 77.



Dan jika seorang wanita khawatir akan *nusyuz* atau sikap tidak acuh dari suaminya, maka tidak mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir. Dan jika kamu bergaul dengan isterimu secara baik dan memelihara dirimu (dari *nusyuz* dan sikap tak acuh), maka sesungguhnya Allah adalah maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.²⁰¹

Di dalam As-Sunnah, Amru bin Auf meriwayatkan, bahwa Rasulullah SAW bersabda, *“Perdamaian dibolehkan di antara kaum muslimin kecuali mengharamkan sesuatu yang halal atau menghalalkan yang haram.”* (Riwayat Abu Dawud).²⁰²

Hadis lain menjelaskan, dari Ummu Kultsum binti Uqbah bin Abu Mu’ait ra. berkata:

“Saya mendengar Rasulullah SAW bersabda: “Tidaklah termasuk pendusta orang yang mendamaikan orang-orang yang sedang bersengketa, karena ia menuju kebaikan atau ia mengatakan yang baik-baik.” (Riwayat Bukhari dan Muslim).²⁰³

Hadis dari Abul ‘Abbas Sahl bin Saad As Sa’idy ra.:

“Bahwasanya Rasulullah SAW mendengar berita bahwa di kalangan Bani ‘Amr bin ‘Auf terjadi persengketaan, maka Rasulullah SAW pergi ke sana untuk mendamaikan mereka dengan dikawal oleh beberapa orang sahabat.” (Riwayat Bukhari Muslim).²⁰⁴

²⁰¹ Ibid, hal. 78.

²⁰² Sayyid Sabiq, *Fiqh Sunnah*, Jilid 5, terjemahan oleh Mujahidin Muhayan, Cetakan Kedua, Pena Pundi Aksara. Jakarta, 2010, hal. 322.

²⁰³ Muslich Shabir, *Terjemah Riyadhus Shalihin*, Jilid I, PT. Karya Toha Putra, Semarang, 2004. hal. 150-151.

²⁰⁴ Muslich Shabir, Loc. cit.

Umar r.a. berkata, *“Kembalikanlah orang-orang yang bersengketa sampai mereka berdamai. Sesungguhnya, sisa pengadilan itu meninggalkan dendam.”*²⁰⁵

Perdamaian juga diakomodasi dalam Piagam Madinah, khususnya Pasal 45 yang artinya:

*“Apabila mereka (pendukung piagam) diajak berdamai dan mereka (pihak lawan) memenuhi perdamaian serta melaksanakan perdamaian itu, maka perdamaian itu harus dipatuhi. Jika mereka diajak berdamai seperti itu, kaum mukminin wajib memenuhi ajakan dan melaksanakan perdamaian itu, kecuali terhadap orang yang menyerang agama. Setiap orang wajib melaksanakan kewajiban masing-masing sesuai tugasnya.”*²⁰⁶

Hal ini menunjukkan, tidak hanya satu pihak saja yang merespon upaya damai, tetapi pihak lain berkewajiban untuk menjawab secara positif ajakan perdamaian. Hal ini sangat penting, sesuai dengan hadis Nabi Muhammad SAW, *“Syafaatku tidak akan sampai kepada orang yang tidak menerima permohonan maaf dari orang yang mengajak berdamai, tidak menahan diri apakah yang mengajak damai itu berbicara benar atau salah.”*²⁰⁷

Oleh karena itu, perintah melakukan perdamaian (*ishlah*) dikaitkan dengan teori-teori perdamaian yang dikemukakan oleh filosof hukum. Perpaduan perintah berdamai dari Al-Qur'an dan hadis dengan teori dari para

²⁰⁵ Sayyid Sabiq. Op. cit, hal. 322.

²⁰⁶ T.H. Thalhas dan Choirul Fuad (editor), *Pendidikan dan Syariat Islam di Nangroe Aceh Darussalam*, Galura Pase, Jakarta, 2007, hal. 148.

²⁰⁷ Dastghaib Shirazi, *Bermasyarakat Menurut al-Qur'an*, diterjemahkan oleh Salman Parisi, Al-Huda, Jakarta, 2005, hal.190-191.

filosof hukum dimaksudkan untuk lebih menajamkan analisis pentingnya perdamaian dalam penyelesaian sengketa hukum.

Tujuan hukum ialah mengatur pergaulan hidup secara damai. Hukum menghendaki perdamaian. Selanjutnya van Apeldoorn menyimpulkan tujuan hukum adalah tata tertib masyarakat yang damai dan adil.²⁰⁸ Sedangkan menurut Montesquieu, perdamaian merupakan hukum kordrat yang pertama.²⁰⁹

Salah seorang filosof abad pertengahan, pendeta St. Agustinus (354-430 M) dalam karya tulisnya yang terkenal *Civitas Dei* (Kerajaan Tuhan) merumuskan keadilan adalah asas ketertiban yang muncul dalam perdamaian, sedangkan perdamaian adalah ikatan semua orang yang menginginkannya dalam kesukaan bergaul mereka.²¹⁰ Agustinus melihat tatanan hukum sebagai sesuatu yang didominasi oleh tujuan perdamaian.²¹¹

Teori penyelesaian sengketa yang dijadikan acuan dalam penelitian ini adalah yang dipopulerkan oleh Marc Galanter yang menguraikan, "*justice in many roams*" (keadilan didapatkan di banyak tempat), tanpa memerlukan format dan prosedur yang formal.

²⁰⁸ L.J. van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, terjemahan oleh Mr. Oetarid Sadino. Cetakan Ketigapuluhempat, PT. Pradnya Paramita. Jakarta, 2011, hal. 10.

²⁰⁹ Bernard L. Tanya dkk, *Teori Hukum Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hal. 83.

²¹⁰ Sunarjo, *Pengadilan di Indonesia. Bagaimana Memperoleh Respek dari Masyarakat*. Inspiring, Bantul Yogyakarta, 2010, hal. 96.

²¹¹ Bernard L. Tanya dkk, Loc. cit. hal. 54.

Penelitian ini juga mengacu kepada teori penyelesaian sengketa dari Franz von Benda-Beckmann yang menyatakan, masyarakat juga memiliki mekanisme dan kapasitas untuk menciptakan hukum dan keadilannya sendiri.

Teori yang sejalan teori tersebut adalah yang dikemukakan oleh Abraham Lincoln:

“Perkecilah peran pengadilan. Bujuklah para tetangga anda untuk berkompromi sepanjang yang anda dapat lakukan. Tunjukkan pada mereka bagaimana orang yang namanya saja disebut pemenang, tetapi sering dalam kenyataannya lebih merupakan pihak yang nyata-nyata kalah, yaitu kalah dalam biaya, pembayaran, dan pemborosan waktu.”²¹²

Selanjutnya yang tidak kalah pentingnya adalah mengenai kepercayaan (*trust*) masyarakat terhadap mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa hukum. Apabila selama ini terjadi suatu stigma jika setiap perkara atau sengketa harus diajukan ke pengadilan, padahal terbuka peluang untuk menyelesaikan sengketa melalui berbagai opsi atau pilihan misalnya mediasi.

Kepercayaan terhadap mediasi dimulai dari individu yang membentuk perilaku untuk mengubah sesuatu yang lebih baik dengan memberdayakan kemampuan untuk membangkitkan setiap pihak untuk tanggap, penuh keyakinan, memahami keberadaan orang lain, dan memperbaiki hubungan yang lebih baik dengan orang lain.

²¹² Achmad Ali, Op. cit. hal. 18.

Hal ini sesuai dengan tulisan Bush and Folger:

*“Transformational mediation transforms an individual’s character to be morally better through empowerment (self-esteem, self-efficacy, self-respect) and recognition (concern for others), encouraging each party to be responsive, confident, and caring in the relationship.”*²¹³

Teori sistem hukum Lawrence M. Friedman digunakan untuk menganalisis implementasi mediasi di pengadilan. Menurut Friedman, sistem hukum terdiri atas tiga elemen, yakni struktur, substansi, dan budaya hukum.²¹⁴

“Legal systems, first of all, have structure. They have form, patterns, and persistent style. Structure is the body, the framework, the long-lasting shape of the system: the way courts or police departments are organized, the lines of jurisdiction, the table of organization. Substance is what we call the actual rules or norms used by institutions, (or as the case may be) the real, observable behavior patterns of actors within the system. Besides structure and substance, then, there is a third and vital element of the legal system. It is element of demand. What creates a demand? One factor, for want of a better term, we call legal culture. By this we mean ideas, attitudes, beliefs, expectations, and opinion about law.”

Sehubungan dengan uraian tersebut di atas, maka dalam penelitian ini digunakan teori perdamaian sebagai *grand theory*, teori penyelesaian sengketa sebagai *middle theory*, dan teori sistem hukum sebagai *applied theory*.

²¹³ Bush and Folger, dalam Sean Byrne and Jessica Senehi, dalam tulisannya *Conflict Analysis and Resolution as a Multidiscipline*. Dalam Sandole, D.J.D. et.al. (editors). *Handbook of Conflict Analysis and Resolution*. Routledge. London and New York. 2009. hal.11.

²¹⁴ Lawrence M. Friedman, Op. cit. hal. 6-7

1. Perdamaian Menurut Hukum Acara Perdata

Perdamaian atau yang dikenal dengan istilah “*dading*” dalam praktik hukum acara perdata, yakni persetujuan atau perjanjian yang disetujui oleh kedua belah pihak yang bersengketa untuk mengakhiri perselisihan di pengadilan. Perdamaian yang dilakukan tersebut berdasarkan ketentuan Pasal 130 HIR, Pasal 154 R.Bg., dan Pasal 1851 KUH Perdata. Dalam pasal-pasal tersebut hanya memuat kewajiban hakim untuk mendamaikan terlebih dahulu sebelum memulai pemeriksaan pokok perkara.

Apabila pada hari yang telah ditentukan, kedua belah pihak hadir dalam persidangan, maka pengadilan dengan perantaraan ketua sidang berusaha mendamaikan kedua belah pihak yang berperkara. Jika perdamaian tercapai pada waktu persidangan dilaksanakan, maka dibuat suatu akta perdamaian yang mana kedua belah pihak dihukum untuk melaksanakan perjanjian perdamaian itu.²¹⁵

Akta perdamaian ini mengikat para pihak yang membuatnya dan dijalankan sebagai putusan biasa.

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.²¹⁶

Ketentuan mengenai perdamaian yang diatur dalam pasal-pasal tersebut, tidak menjelaskan secara rinci mekanisme perdamaian yang harus

²¹⁵ Pasal 130 HIR/154 R.Bg.

²¹⁶ Pasal 1851 KUHPperdata.

dilaksanakan oleh hakim. Hanya disebutkan bahwa dalam memeriksa suatu perkara perdata, hakim seharusnya mendamaikan kedua belah pihak yang berperkara terlebih dahulu sebelum memeriksa pokok perkara.

Ketentuan tersebut kurang tepat sebab pada permulaan persidangan, umumnya para hakim belum mengetahui secara pasti tentang duduk perkara antara kedua pihak yang sesungguhnya. Hakim baru mengetahui duduk perkara setelah proses pemeriksaan berjalan, dan sebelumnya hakim belum mempunyai gambaran yang jelas tentang duduk perkara yang sedang disidangkan tersebut. Pada saat itulah waktu yang tepat bagi hakim untuk mendamaikan kedua belah pihak, hal ini dapat dilaksanakan secara terus menerus sebelum perkara diputus, sebagaimana diatur dalam Pasal 31 Rv.

Hal ini mirip dengan *Code of Civil Procedur* (CCP) di Jepang yang berhubungan dengan *wakai*:²¹⁷

- a. Pasal 89 yang menentukan bahwa pengadilan dapat mengupayakan *wakai* pada setiap tahap litigasi;
- b. Pasal 267 yang menentukan bahwa begitu *wakai* dicapai dan dicatat, ia memiliki efek yang sama seperti putusan final hakim.

Oleh karena mekanisme dan teknik upaya perdamaian tersebut diserahkan kepada hakim, maka berhasil atau tidaknya upaya perdamaian tersebut dengan sendirinya tergantung pada usaha maksimal hakim yang bersangkutan. Hakim hanya menganjurkan para pihak berdamai dan hakim

²¹⁷ Yoshiro Kusano, Op. cit. hal. 18-19.

tidak terlibat dalam proses damai. Hakim kurang berperan aktif dalam upaya perdamaian.²¹⁸

Padahal peranan hakim mediator termasuk majelis hakim yang memeriksa perkara dalam usaha menyelesaikan perkara secara damai adalah sangat penting. Proses perdamaian mempunyai arti yang sangat penting dan bermanfaat bagi masyarakat pada umumnya, khususnya bagi pihak yang berperkara karena sifatnya yang mengikat dan kekuatannya sama dengan putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap. Selain itu penyelesaiannya cepat, biaya ringan, dan menghilangkan permusuhan kedua belah pihak yang berperkara. Putusan perdamaian Adalah lebih baik dan bermanfaat bagi kedua belah pihak, jika dibandingkan apabila perkara diputus dengan putusan biasa.²¹⁹

Oleh karena itu, bilamana hakim aktif memberikan motivasi kepada para pihak yang berperkara untuk berdamai, maka kemungkinan upaya perdamaian berhasil mencapai kesepakatan. Jika upaya damai berhasil, dilaksanakan, maka dibuat akta perdamaian yang selanjutnya bila para pihak memerlukannya dapat dimuat dalam putusan perdamaian yang mengikat para pihak yang bersengketa layaknya putusan pengadilan.

²¹⁸ Bambang Sutyoso. *Penyelesaian Sengketa Bisnis*. Citra Media. Yogyakarta. 2006. hal.78-79.

²¹⁹ Zainuddin Mappong. Disertasi. *Eksekusi Putusan Serta Merta. Proses Gugatan dan Cara Membuat Putusan serta Pelaksanaan Eksekusi dalam Perkara Perdata*. Tunggul Mandiri Publishing. Malang. 2010. Hal. 75.

Apabila dicermati ketentuan Pasal 130 HIR/Pasal 154 R.Bg dan Pasal 1851 KUH Perdata tersebut di atas, maka terlihat jelas beberapa syarat formal yang harus diperhatikan oleh hakim dalam pelaksanaannya, antara lain:

a. Adanya Persetujuan Kedua Belah Pihak

Kedua belah pihak yang bersengketa hendaknya menyetujui secara sukarela untuk mengakhiri sengketa yang sedang berlangsung di pengadilan. Persetujuan sukarela itu harus timbul dari kehendak murni kedua belah pihak, artinya persetujuan untuk berdamai itu bukan kehendak salah satu pihak saja atau kehendak hakim. Dengan demikian berlaku sepenuhnya unsur-unsur persetujuan sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata yakni:²²⁰

- a. adanya kata sepakat secara sukarela (*toestemming*);
- b. kedua belah pihak cakap membuat persetujuan (*bekwamheid*);
- c. dibuat persetujuan mengenai pokok yang tertentu (*bepaalde onderwerp*); dan
- d. berdasar alasan yang diperbolehkan (*geoorloofde oorzaak*).

Jadi putusan perdamaian haruslah tunduk kepada asas umum perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 dan Pasal 1321 KUH Perdata. Oleh karena itu dalam suatu persetujuan tidak boleh terkandung cacat pada setiap unsur pokok atau esensial dari persetujuan. Dengan demikian suatu persetujuan yang diberikan semua pihak tidak boleh mengandung unsur: a.

²²⁰ Victor M. Situmorang, *Perdamaian dan Perwasitan dalam Hukum Acara Perdata*. Rineka Cipta, Jakarta, 1993, hal. 6-7.

kekeliruan/kekhilafan (*dwaling*); b. paksaan (*dwang*); dan c. penipuan (*bedrog*).

Sedangkan dalam Pasal 1859 KUH Perdata ditegaskan, putusan perdamaian “dapat dibatalkan” apabila terjadi kekhilafan mengenai orangnya atau pokok yang diperselisihkan. Pasal 1860 KUH Perdata menguraikan beberapa faktor kesalahpahaman putusan perdamaian, seperti kesalahpahaman tentang duduk perkara, atau tentang suatu alas hak yang batal, merupakan alasan untuk membatalkan putusan perdamaian.

b. Mengakhiri Suatu Sengketa

Putusan perdamaian harus benar-benar mengakhiri suatu sengketa secara menyeluruh dan tuntas. Suatu putusan perdamaian yang tidak secara tuntas mengakhiri sengketa yang sedang terjadi antara kedua belah pihak dianggap tidak memenuhi syarat formal. Putusan perdamaian seperti itu dianggap tidak sah dan tidak mengikat kepada kedua belah pihak.

Umpamanya terjadi pesengketaan hak milik atas sebidang tanah. Persetujuan yang dibuat antara kedua belah pihak hanya menyebutkan penghentian sengketa dengan tidak menentukan status tanah. Persetujuan perdamaian seperti itu tidak memenuhi syarat formal, karena tidak mengakhiri pokok sengketa milik. Dalam contoh tersebut, sengketa milik masih tetap terbuka sehingga berpeluang bagi para pihak untuk kembali bersengketa.

Agar perdamaian sah dan mengikat, persetujuan perdamaian harus tuntas mengakhiri sengketa yang sedang terjadi. Misalnya, sengketa tanah

tersebut, perdamaian baru dapat dinilai mengakhiri sengketa apabila putusan memuat ketentuan tanah diserahkan kepada salah satu pihak dan yang menerima penyerahan tanah wajib membayar sejumlah uang sebagai imbalan. Perdamaian sah dan mengikat kepada kedua belah pihak, apabila hal yang disengketakan dapat diakhiri dengan perdamaian, yang memenuhi ketentuan Pasal 1851 KUH Perdata.

c. Sengketa yang Telah Ada.

Adapun syarat lain yang menjadi dasar putusan perdamaian adalah harus didasarkan kepada persengketaan yang telah ada. Putusan perdamaian hanya terjadi atas sengketa perdata dan persengketaannya secara nyata telah terwujud secara murni. Menurut ketentuan Pasal 1851 KUH Perdata, persengketaan itu harus: a. sudah berwujud sengketa perkara di pengadilan, b. sudah nyata terwujud sengketa perdata yang akan diajukan ke pengadilan, sehingga perdamaian yang dibuat oleh para pihak mencegah terjadinya perkara di sidang pengadilan.

Jadi keliru pendapat yang mengatakan bahwa putusan perdamaian hanya dapat dilakukan dari sengketa perkara yang telah diperiksa atau masih tergantung di pengadilan. Pendapat tersebut mengurangi kebolehan yang diberikan oleh ketentuan Pasal 1851 KUH Perdata. Sebab Pasal 1851 KUH Perdata memuat ketentuan bahwa putusan perdamaian dapat saja dilahirkan dari suatu persengketaan perdata yang belum diajukan ke pengadilan.

Bahkan salah satu tujuan putusan perdamaian adalah mencegah terjadinya persengketaan perdata di pengadilan. Format perdamaian yang dilahirkan dari persengketaan yang belum diajukan sebagai sengketa perdata ke pengadilan dapat berbentuk akta notaris atau berbentuk akta di bawah tangan. Adapun sengketa perdata yang dapat dituangkan dalam format putusan perdamaian atau persetujuan adalah sesuai Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia tanggal 7 Juli 1962 No.169 K/SIP/1962, yang memutuskan: "Persetujuan perdamaian (*dading*) menurut Pasal 1851 BW adalah persetujuan untuk menghentikan suatu 'perkara perdata' yang sedang diperiksa oleh pengadilan atau yang akan diajukan di hadapan pengadilan dengan menyerahkan, menjanjikan, atau menahan suatu barang, karena sewaktu diadakan perdamaian di muka notaris, perselisihan kedua belah pihak baru dalam taraf pemeriksaan di depan polisi, perjanjian perdamaian tersebut tidak sah."²²¹

d. Berbentuk Tertulis

Syarat keempat persetujuan perdamaian tersebut adalah menuangkan persetujuan dalam bentuk tertulis. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 1851 KUH Perdata yang mengatur: Persetujuan ini tidak sah, melainkan jika dibuat secara tertulis. Suatu persetujuan perdamaian dikatakan tidak sah apabila dibuat lisan. Sedangkan sahnya suatu persetujuan perdamaian apabila dibuat secara tertulis, syarat ini sifatnya imperatif (memaksa).

²²¹ Ibid. hal. 10-11.

Ditinjau dari segi bentuk persetujuan perdamaian dihubungkan dengan cara pembuatannya, dapat dibedakan dua bentuk, yaitu:

(1) Akta Perdamaian

Jika persetujuan perdamaian terjadi tanpa campur tangan hakim disebut persetujuan dalam bentuk akta perdamaian. Sedangkan tata cara pembuatannya sangat sederhana, yakni: a. para pihak merumuskan persetujuan untuk mengakhiri sengketa mereka; b. dapat berbentuk di bawah tangan dan sebaiknya berbentuk otentik, agar isi dan tanda tangan tidak bisa lagi disangkal para pihak.

Perbedaan antara putusan perdamaian dengan akta perdamaian, pada putusan perdamaian melekat kekuatan eksekutorial dan mempunyai kekuatan hukum yang tetap (*in kracht van gewijsde*), sedangkan pada akta perdamaian tidak melekat kekuatan eksekusi, dan sewaktu-waktu masih terbuka hak para pihak mengajukan gugatan ke pengadilan.²²²

(2) Putusan Perdamaian

Apabila kedua belah pihak berdamai, kemudian meminta kepada pengadilan agar perdamaian itu dijadikan sebagai putusan pengadilan, maka bentuk persetujuan perdamaian itu disebut “putusan perdamaian”. Sedangkan pembuatan putusan perdamaian tersebut dilakukan dengan tata cara sebagai berikut: a. para pihak membuat sendiri persetujuan perdamaian dalam suatu

²²² Ibid, hal. 12.

akta; b. para pihak menandatangani akta persetujuan perdamaian tersebut; c. hakim (pengadilan) menjatuhkan putusan sesuai dengan materi atau isi dari persetujuan perdamaian dengan diktum: menghukum para pihak untuk menaati dan melaksanakan isi persetujuan perdamaian tersebut.

2. Eksistensi Putusan Perdamaian

Perdamaian yang dilahirkan dari suatu bentuk penyelesaian sengketa baik dalam bentuk adjudikasi maupun non-adjudikasi pada dasarnya tidak memerlukan eksekusi bilamana para pihak taat dan tunduk pada isi perjanjian perdamaian. Namun, bilamana salah satu pihak ingkar atau enggan untuk melaksanakan isi perjanjian perdamaian tersebut akan menimbulkan perasaan yang kesal atau kekecewaan bagi pihak yang seharusnya menerima pelaksanaan suatu prestasi.

Terdapat beberapa ketentuan mengenai kekuatan putusan perdamaian, yakni Pasal 1858 KUH Perdata dan Pasal 130 HIR atau Pasal 154 R.Bg. Pasal 1858 ayat (1) KUH Perdata menegaskan: Segala perdamaian mempunyai, di antara para pihak suatu kekuatan seperti suatu putusan hakim dalam tingkat penghabisan.

“Jika perdamaian yang demikian itu dapat dicapai, maka pada waktu sidang dibuat sebuah akta tentang itu, dalam mana kedua belah pihak dihukumkan untuk menepati perjanjian yang diperbuat itu, surat mana akan berkekuatan dan akan dijalankan sebagai putusan biasa”²²³.

²²³ Pasal 130 ayat (2) HIR.

Selanjutnya ditegaskan: “Putusan yang sedemikian tidak diizinkan dibanding”.²²⁴

a. Kekuatan Putusan Perdamaian

Ketentuan ini memberikan konsekuensi hukum jika putusan perdamaian kedudukannya sama dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Kekuatan hukum tetap yang melekat pada putusan perdamaian ditegaskan dalam undang-undang sendiri, sesuai dengan ketentuan beberapa pasal tersebut di atas. Ketentuan Pasal 1858 KUH Perdata dengan tegas mengatur: “mempunyai kekuatan seperti suatu putusan hakim dalam tingkat penghabisan”. Sedangkan Pasal 130 ayat (2) HIR memakai istilah: “berkekuatan hukum dan akan dijalankan sebagai putusan yang biasa”. Sekalipun kedua pasal tersebut tidak persis sama redaksi kalimatnya, namun maksud dari kedua istilah itu sama dengan pengertian umum bahwa putusan perdamaian serupa dengan “putusan hakim (pengadilan) yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap (*res judicata*)”.

b. Upaya Hukum Terhadap Putusan Perdamaian.

Pada dasarnya terhadap putusan perdamaian tertutup upaya hukum banding maupun kasasi, kecuali mengandung cacat juridis materiil dan bertentangan dengan hukum dan/atau undang-undang. Lain halnya dengan persetujuan perdamaian yang berbentuk akta perdamaian (dibuat oleh para

²²⁴ Pasal 130 ayat (3) HIR.

pihak tanpa melibatkan pengadilan), akta perdamaian seperti itu, terbuka hak para pihak untuk mengajukan gugatan ke pengadilan.

Persetujuan perdamaian tidak tunduk kepada asas *ne bis in idem* yang diatur dalam Pasal 1917 KUH Perdata. Lagipula dalam ketentuan Pasal 130 ayat (2) HIR ditegaskan bahwa hanya putusan perdamaian yang mempunyai nilai sama dengan putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap. Berarti hanya terhadap putusan perdamaian yang tertutup upaya hukum banding dan kasasi.

c. Putusan Perdamaian Mempunyai Kekuatan Eksekutorial

Kesimpulan ketiga dari beberapa ketentuan pasal mengenai kekuatan eksekutorial putusan perdamaian tersebut adalah terhadap putusan perdamaian melekat dua kekuatan hukum, yakni kekuatan hukum mengikat dan kekuatan hukum eksekusi.

Putusan perdamaian persis sama dengan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap, dalam putusan perdamaian melekat kekuatan hukum mengikat bagi para pihak atau kepada orang yang mendapat hak dari putusan tersebut. Sehingga para pihak tidak dapat melakukan suatu perbuatan hukum membatalkan secara sepihak. Para pihak seharusnya menaati dan melaksanakan sepenuhnya isi yang tercantum dalam putusan perdamaian. Dengan demikian terhadap putusan perdamaian diberlakukan ketentuan Pasal 1339 dan Pasal 1348 KUH Perdata.

Para pihak seharusnya menaati dan memenuhi isi putusan perdamaian tidak hanya menurut bunyi rumusannya, tetapi juga segi tujuan, dari segi sifat perdamaian itu sendiri, dan juga menurut kepatutan serta kebiasaan. Sehingga pentaatan dan pelaksanaan putusan perdamaian seharusnya sesuai dengan Putusan Mahkamah Agung tanggal 9 November 1976 No.1245 K/Sip/1974, yang menentukan: “Pelaksanaan suatu perjanjian dan tafsiran suatu perjanjian tidak didasarkan semata-mata atas kata-kata dalam perjanjian tersebut, tetapi juga berdasarkan sifat objek persetujuan serta tujuan yang telah ditentukan dalam perjanjian (*bestending en gebruiknelijh beding*).”²²⁵

“Akta perdamaian adalah akta yang memuat isi kesepakatan perdamaian dan putusan hakim yang menguatkan kesepakatan perdamaian tersebut yang tidak tunduk pada upaya hukum biasa maupun luar biasa”.²²⁶ Oleh karena itu akta perdamaian yang lahir dari kesepakatan perdamaian mempunyai kekuatan yang lebih tinggi dari putusan pengadilan sebab tidak tunduk kepada upaya hukum biasa maupun upaya hukum luar biasa.

Akta perdamaian memiliki beberapa kekhususan dibandingkan dengan putusan pengadilan pada umumnya, hal ini didasarkan pada beberapa hal, antara lain:²²⁷

²²⁵ Victor M. Situmorang, Op. cit, hal. 20.

²²⁶ Pasal 1 angka 2 PERMA No.1 Tahun 2008.

²²⁷ D.Y. Witanto, Op. cit, hal. 219-220.

1. Putusan pengadilan akan bisa langsung dieksekusi sejak putusan tersebut berkekuatan hukum tetap, sedangkan akta perdamaian belum tentu bisa langsung dieksekusi sejak setelah diucapkan. Adakalanya masih harus digantungkan pada waktu-waktu tertentu sesuai dengan kesepakatan para pihak.
2. Putusan pengadilan hanya akan menghukum salah satu pihak saja, kecuali dalam hal gugatan konvensi dan rekonvensi dikabulkan secara bersamaan, sedangkan dalam akta perdamaian kedua belah pihak akan dihukum untuk menaati isi perdamaian.
3. Putusan pengadilan akan membebankan biaya perkara kepada pihak yang kalah, sedangkan dalam akta perdamaian biaya perkara akan dibebankan kepada kedua belah pihak secara berimbang kecuali para pihak menghendaki lain.

Kalau dilihat substansinya, maka akta perdamaian sebenarnya tidak lain dari akta perjanjian karena tersusun dari klausul-klausul perikatan para pihak. Kehendak para pihak akan dirumuskan dalam bentuk perjanjian yang memuat:²²⁸

1. Identitas para pihak;
2. Janji-janji/hak dan kewajiban (perikatan);
3. Tanggal dibuatnya kesepakatan;
4. Tanda tangan para pihak dan mediator.

²²⁸ Ibid, hal. 221.

d. Putusan Perdamaian yang Mengandung Cacat Materiil

Pasal 1337 KUH Perdata menegaskan, bahwa suatu sebab (*causa*) adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang atau jika berlawanan dengan kesusilaan atau kepatutan. Jika suatu putusan perdamaian mengandung kausa yang haram atau putusan perdamaian bertentangan dengan undang-undang, bagaimana kekuatan eksekutorial yang melekat pada putusan perdamaian tersebut?

Putusan Mahkamah Agung No.454 K/Pdt/1991 tanggal 7 April 1993 sebagai bahan kajian. Ali Boediarto menguraikan abstrak hukum putusan tersebut sebagai berikut.²²⁹

1. Suatu “perjanjian perdamaian” untuk mengakhiri sengketa dalam suatu gugatan perdata, isinya tidak boleh bertentangan dengan ketentuan Pasal 1320 KUH Perdata;
2. Putusan perdamaian sesuai Pasal 130 HIR isinya tidak boleh mengandung cacat juridis materiil dan bertentangan dengan hukum dan/atau undang-undang.

Di samping itu, putusan perdamaian yang mempunyai kekuatan sama dengan putusan pengadilan pada umumnya adalah apabila pihak-pihak yang membuat persetujuan perdamaian adalah subjek hukum yang sah menurut

²²⁹ Ali Boediarto, dalam *Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun VIII No.92 Mei 1993*, hal. 88.

undang-undang. Hal ini dapat dibaca dalam putusan Mahkamah Agung No.1944 K/1991, tanggal 15 Februari 1992.²³⁰

C. Kerangka Pikir

Kehidupan manusia senantiasa berpeluang menimbulkan konflik yang cenderung menjadi sengketa. Sengketa yang timbul diakibatkan kepentingan perorangan ataupun kelompok dalam suatu masyarakat tertentu. Sengketa yang terjadi setelah muncul di permukaan membutuhkan upaya untuk menyelesaikannya dengan berbagai metode. Metode atau cara penyelesaian sengketa yang ditempuh tidak terlepas dari kebiasaan masyarakat yang bersangkutan.

Ketentuan Pasal 130 HIR dan Pasal 154 R.Bg. merupakan landasan hukum pelaksanaan perdamaian para pihak yang wajib diupayakan bagi hakim pada awal persidangan perkara perdata.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata juga memuat berbagai ketentuan mengenai perdamaian. Dalam ketentuan tersebut secara detail diuraikan mengenai kekuatan perdamaian yang disepakati para pihak sama dengan putusan hakim pada tingkat penghabisan. Hal itu diatur dalam ketentuan Pasal 1851 sampai dengan Pasal 1864.

²³⁰ Ali Boediarto, dalam Majalah Hukum Varia Peradilan Tahun VII No.82 Juli 1992, IKAHI, hal. 42.

Undang-Undang No.14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman memberikan ruang bagi mediasi untuk hidup dan berkembang di Indonesia. Penjelasan Pasal 3 Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman menentukan, "*Penyelesaian perkara di luar pengadilan atas dasar perdamaian atau melalui wasit (arbitrase) tetap diperbolehkan.*"

Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang mengatur, alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.²³¹

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman mengatur mengenai penyelesaian sengketa di luar pengadilan dalam Pasal 58, Pasal 59, Pasal 60, dan Pasal 61. Mediasi diatur dalam Pasal 60 ayat (1), (2), dan (3) yakni: (1) Alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli; (2) Penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa sebagaimana diatur dalam Pasal 60 ayat (1) hasilnya dituangkan dalam kesepakatan tertulis; (3) Kesepakatan

²³¹ Pasal 1 angka 10 Undang-Undang No.30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan APS.

secara tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (2) bersifat final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan itikad baik.

Selanjutnya dalam PERMA No.1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan memuat berbagai ketentuan mediasi yang diintegrasikan dalam proses pemeriksaan perkara di pengadilan. PERMA No.1 Tahun 2008 ini merupakan revisi dari PERMA No.2 Tahun 2003 yakni tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan.

Beberapa ketentuan tersebut merupakan hukum formal dalam menyelesaikan sengketa dengan cara konsensus. Menurut Moh. Koesnoe,²³² asas kerukunan dalam kaitannya dalam penyelesaian sengketa memunculkan dua ajaran, yakni: ajaran penyelesaian sengketa dan ajaran pengambilan keputusan. Mediasi yang merupakan bagian dari ajaran penyelesaian sengketa bertolak dari pandangan bahwa penyelesaian sengketa dilakukan sedemikian rupa sehingga para pihak kembali berada dalam keadaan seperti sebelum terjadi sengketa.

Uraian tersebut menunjukkan jika mediasi merupakan salah satu pilihan penyelesaian sengketa yang diupayakan untuk mengembalikan keadaan seperti sebelum sengketa terjadi. Hal ini merupakan kehendak dari pembuat berbagai ketentuan tersebut di atas, agar tidak menimbulkan

²³² Herlien Budiono. Op. cit. hal. 277.

sengketa berkepanjangan tanpa memperdulikan biaya dan waktu yang dibutuhkan jika menggunakan ajaran pengambilan keputusan.

Guna mengkaji mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa, maka akan ditinjau beberapa variabel penelitian yakni substansi hukum mediasi dengan indikator sinkronisasi berbagai aturan mediasi prinsip-prinsip mediasi. Sesuai dengan ketentuan yang menjadi hukum formal mediasi di pengadilan tersebut di atas menimbulkan berbagai pendapat baik yang mendukung atau yang tidak mendukung terhadap pengintegrasian mediasi dalam proses pemeriksaan perkara di pengadilan. Hal itu biasa terjadi jika terhadap suatu aturan yang dianggap sudah cukup dalam ketentuan yang lebih tinggi yakni undang-undang kemudian diatur dalam bentuk PERMA yang mempunyai hierarki yang lebih rendah dan mengatur substansi yang lebih luas daripada ketentuan undang-undang yang mengatur mediasi.

Di samping itu adalah sangat penting untuk mengkaji mengenai prinsip-prinsip mediasi yang diatur dalam berbagai ketentuan mengenai mediasi. Dalam hal ini akan dikaji mengenai sejauhmana prinsip-prinsip mediasi diakomodasi dalam ketentuan undang-undang dan PERMA. Mencermati prinsip-prinsip mediasi akan mengungkap ketentuan yang mengatur mediasi sesuai dengan kaidah-kaidah dalam penyelesaian sengketa.

Pelaksanaan mediasi di pengadilan merupakan variabel kedua yang dapat dipengaruhi oleh berbagai indikator seperti, kemampuan mediator hakim dan non-hakim, peranan mediator, dan dukungan sarana dan prasarana. Para pihak mempunyai keinginan untuk dimediasi dengan bantuan pihak ketiga atau mediator baik dari kalangan hakim maupun dari luar pengadilan atau non-hakim seperti advokat, akademisi, dan profesi bukan hukum. Bantuan mediator tersebut sangat penting untuk menghasilkan *win-win solution* yang dapat memberikan manfaat kepada para pihak karena tidak melahirkan kekalahan dan kemenangan akan tetapi mampu melestarikan hubungan harmonis para pihak.

Meskipun mediator bukan satu-satunya yang menentukan berhasil tidaknya pelaksanaan mediasi menghasilkan perdamaian, akan tetapi peranan mediator dalam proses mediasi sangat dibutuhkan bagi para pihak. Mediator dalam menjalankan fungsi dan peranannya mempunyai penilaian yang berbeda-beda bagi orang lain seperti yang diuraikan Lon Fuller, beberapa peran mediator seperti sebagai katalisator, pendidik, penerjemah, narasumber, penyandang berita jelek, agen realitas, dan sebagai kambing hitam.

Cara pandang bagi mediator tersebut menunjukkan betapa peran mediator kadang-kadang dianggap sebagai kambing hitam jika para pihak tidak mampu mewujudkan keinginan para pihak yang bersengketa. Disebut

juga sebagai penyandang berita jelek karena senantiasa menjadi pihak yang mendengar keinginan para pihak yang belum tentu dapat menemukan kecocokan sehingga belum menghasilkan kesepakatan dalam proses mediasi.

Pelaksanaan mediasi selama ini cenderung masih menghadapi berbagai kendala yang diakibatkan oleh kesiapan pengadilan mendukung proses mediasi. Dalam hal ini terdapat berbagai kelemahan seperti sumber daya manusia yakni mediator yang ditunjuk di pengadilan belum didukung dengan peningkatan kemampuan mediator yang mampu mewujudkan perdamaian para pihak.

Para pihak dan advokat belum terbiasa menunjuk mediator dari luar pengadilan kemungkinan diakibatkan oleh faktor biaya yang menjadi beban para pihak. Alasan lain misalnya karena para pihak tidak mengetahui jika mediator non-hakim dapat ditunjuk sebagai mediator meskipun perkaranya sudah didaftarkan di pengadilan.

Faktor sarana dalam proses mediasi membutuhkan ruangan dan tempat duduk yang memadai minimal dua ruangan yang dapat difungsikan sebagai ruang mediasi dan ruangan tunggu atau ruangan kaukus jika diperlukan. Sarana merupakan segala sesuatu yang dapat dipakai sebagai alat dalam mencapai maksud dan tujuan.²³³ Di samping itu dibutuhkan prasarana yang menunjang sarana tersebut, misalnya alat komunikasi, papan

²³³ Kamus Besar Bahasa Indonesia, hal. 1227.

tulis, fax, dan pemasangan nama-nama mediator di tempat strategis agar dapat dipahami para pihak siapa-siapa yang menjadi mediator dalam pengadilan baik dari kalangan hakim maupun dari luar pengadilan. Prasarana merupakan segala sesuatu yang merupakan penunjang utama terselenggaranya suatu proses.²³⁴

Budaya hukum merupakan hal yang sangat penting untuk menilai dukungan masyarakat terhadap mediasi yang merupakan kajian dalam penelitian ini. Olehnya itu akan dikaji mengenai persepsi para pihak dan advokat mengenai mediasi. Persepsi para pihak dan advokat yang positif terhadap mediasi sangat mendukung terciptanya keadaan kondusif dalam proses mediasi. Persepsi dapat dimaknai sebagai tanggapan (penerimaan) langsung dari sesuatu atau proses seseorang mengetahui beberapa hal melalui pancainderanya.²³⁵

Opini para pihak dan advokat terhadap mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa merupakan hal yang cukup penting dalam pelaksanaan proses mediasi. Opini dapat dimaknai sebagai pendapat, pikiran atau pendirian.²³⁶ Oleh karena dalam proses mediasi sangat diperlukan dukungan pendapat, pikiran, atau pendirian, maka dapat diketahui opini para pihak dan advokat terhadap mediasi. Pendirian para pihak dan advokat meskipun kapasitasnya dalam hubungan pemberian kuasa, namun keduanya

²³⁴ Ibid. hal. 1099.

²³⁵ Ibid, hal. 1061.

²³⁶ Ibid. hal. 985.

dapat saling mendukung untuk tercapainya konsensus. Sebagaimana diuraikan dalam Pasal 7 ayat (4) PERMA yang menentukan, advokat atau kuasa hukum berkewajiban mendorong para pihak berperan langsung atau aktif dalam proses mediasi.

Indikator selanjutnya adalah dengan mengkaji mengenai perilaku para pihak dan advokat atau kuasa hukum. Perilaku merupakan hasil berpikir dari manusia yang diwujudkan dalam perbuatan atau tindakan. Perilaku (legal) bermakna sebagai perilaku nyata sesuai dengan apa yang dianggap pantas oleh kaidah hukum yang berlaku.²³⁷ Proses berpikir manusia atau para pihak dan advokat akan melahirkan perilaku yang diwujudkan dan mempunyai akibat hukum bagi orang lain. Misalnya jika seseorang mempunyai perilaku yang senang berperkara di pengadilan, maka perilakunya cenderung berujung dalam proses litigasi.

Kepercayaan terhadap mediasi merupakan pengaruh dari keberhasilan mediasi menyelesaikan sengketa yang terjadi di masyarakat. Oleh karena itu kepercayaan para pihak dan advokat terhadap mediasi akan bergantung kepada sejauhmana mediasi menghasilkan perdamaian dan terlaksana dengan baik oleh para pihak. Hal ini tidak terlepas dari itikad baik para pihak yang terlibat dalam proses mediasi untuk melaksanakan segala isi akta perdamaian atau putusan perdamaian yang dihasilkan dari proses mediasi.

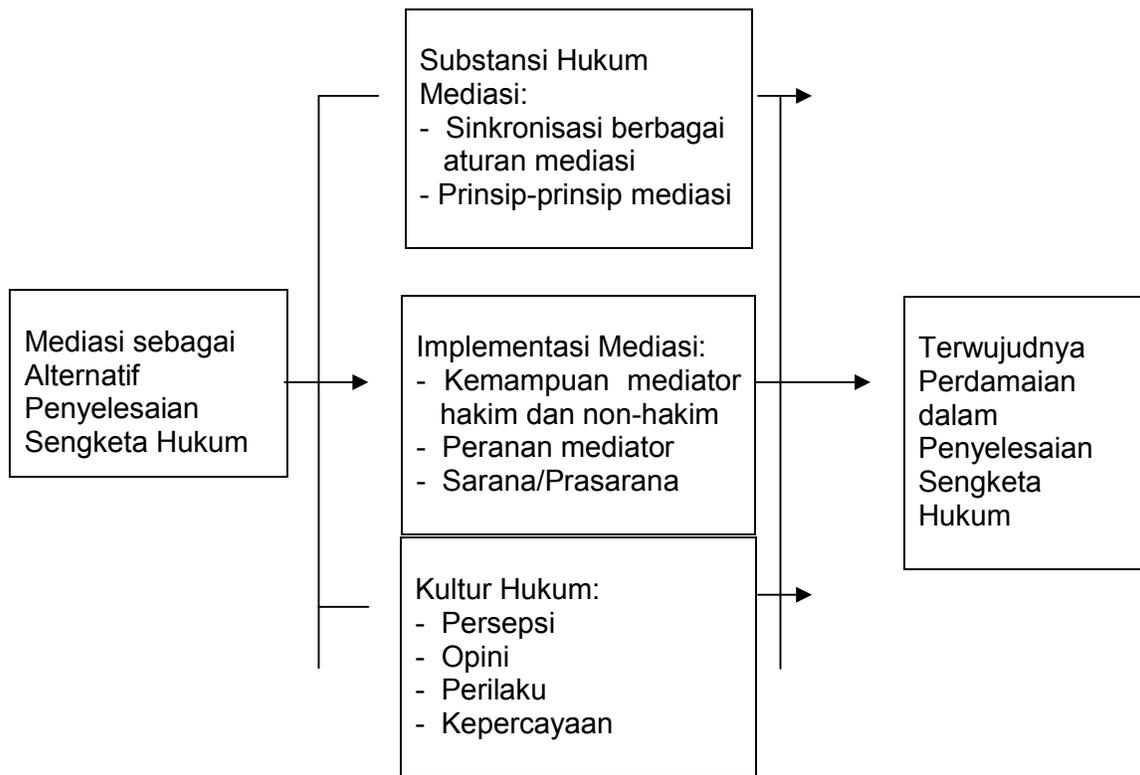
²³⁷ Ibid. hal. 1056.

Di samping itu diperlukan perubahan paradigma yang selama ini mengandalkan proses litigasi dengan mencantumkan klausula, “jika terjadi sengketa dalam perjanjian ini para pihak sepakat memilih kepanitera pengadilan tertentu.” Diperlukan perubahan ke arah pilihan, dengan klausula mediasi, “bilamana dalam perjanjian ini terjadi sengketa agar diselesaikan di depan mediator.”

Diharapkan dengan menganalisis berbagai variabel dan indikator tersebut di atas, akan menjelaskan hal-hal yang memengaruhi terwujudnya perdamaian dalam penyelesaian sengketa hukum. Berbagai ketentuan tersebut menggunakan istilah yang berbeda, akan tetapi yang akan diwujudkan adalah perdamaian dari sengketa yang terjadi sebelumnya. Perdamaian bersifat universal dan menjadi dambaan setiap manusia, sekalipun sengketa menjadi fenomena massif di tengah kehidupan manusia.

Berdasarkan penelusuran kajian teoretik dalam tinjauan pustaka, berikut ini diajukan bagan kerangka pikir penelitian (*conceptual frame work*) sebagai berikut:

Gambar 1 Bagan Kerangka Pikir



D. Definisi Operasional Variabel

Variabel yang perlu didefinisikan dalam penelitian ini antara lain adalah:

1. Mediasi adalah penyelesaian sengketa hukum di pengadilan dengan bantuan pihak ketiga (mediator) baik mediator hakim maupun non-

hakim sebagaimana diatur dalam PERMA No.1 Tahun 2008 tentang
Prosedur Mediasi di Pengadilan.

2. Sinkronisasi berbagai aturan mediasi merupakan kesesuaian berbagai ketentuan yang mengatur mediasi dalam hierarki peraturan perundang-undangan.
3. Prinsip-prinsip mediasi merupakan asas atau dasar berpikir dan bertindak dalam penyelenggaraan mediasi.
4. Kemampuan mediator hakim dan non-hakim merupakan keterampilan mediator dalam pelaksanaan fungsi-fungsi mediator terhadap sengketa yang diajukan ke pengadilan oleh para pihak.
5. Peranan mediator adalah sejauhmana mediator melaksanakan fungsinya sebagai mediator dan mampu mewujudkan perdamaian para pihak yang bersengketa.
6. Sarana dan prasarana dimaksudkan sebagai dukungan pengadilan menyediakan sarana dan prasarana pelaksanaan mediasi di pengadilan.
7. Kultur hukum adalah elemen sikap dan nilai sosial. Kultur hukum mengacu kepada kultur umum yang meliputi persepsi, opini, perilaku, dan kepercayaan yang mengarahkan kekuatan-kekuatan sosial atau

menjauh dari hukum dengan cara-cara tertentu,²³⁸ yakni terhadap mediasi sebagai alternatif penyelesaian sengketa hukum.

Persepsi dimaksudkan sebagai tanggapan atau penerimaan para pihak dan advokat terhadap mediasi.

Opini dimaknai sebagai pendapat atau pendirian para pihak dan advokat terhadap mediasi.

Perilaku dimaksudkan sebagai perilaku nyata para pihak dan advokat terhadap mediasi.

Kepercayaan dimaksudkan sebagai anggapan atau keyakinan para pihak dan advokat terhadap mediasi yang dipercaya sebagai suatu yang benar dan nyata.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Tipe Penelitian

²³⁸ Lawrence M. Friedman. *Sistem Hukum, Perspektif Ilmu Sosial*. Judul asli: *The Legal System. A Social Science Perspective*. Terjemahan oleh M. Khozim. Nusamedia. Bandung. 2009. hal. 17.