

BAB II

MEDIASI SEBAGAI METODE PENYELESAIAN SENGKETA DI DALAM DAN DI LUAR PENGADILAN

A. Pengertian sengketa

Menurut kamus umum Bahasa Indonesia, Sengketa adalah pertengkar, perbantahan, pertikaian, perselisihan, percederaan, dan perkara.³¹ Sedangkan menurut badan arbitrase perdagangan berjangka komoditi, sengketa adalah suatu pertentangan atas kepentingan, tujuan dan atau pemahaman antara 2 (dua) pihak atau lebih. Sengketa akan menjadi masalah hukum apabila pertentangan tersebut menimbulkan perebutan hak, pembelaan atau perlawanan terhadap hak yang dilanggar, dan/atau tuntutan terhadap kewajiban atau tanggungjawab.³²

Sengketa atau penggunaannya dalam Bahasa Inggris disebut dengan *conflict* mendapat persepsi ganda oleh kalangan para sarjana. Beberapa sarjana berpendapat bahwa antara sengketa dan *conflict* memberikan nuansa yang berbeda dalam cara pendefinisannya. Sengketa dipersamakan dengan *dispute* dalam Bahasa Inggris yang mempunyai arti adanya perselisihan atau perbedaan pandangan yang telah diketahui oleh pihak-pihak yang tidak terlibat dalam perselisihan tersebut. Dalam hal pengertian konflik, Nurnaningsih berpendapat: Sedangkan konflik merupakan perselisihan yang belum diketahui oleh pihak-

³¹ W.J.S Poerwadarminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta 1999, hlm. 916

³² Maria Kaban, *Penyelesaian Sengketa Waris Tanah Adat Pada Masyarakat Adat Karo*, Mimbar Hukum, Volume 28, Nomor 3, Oktober 2016, Hlm. 455

pihak yang tidak terlibat di dalam perselisihan tersebut dan mencakup perselisihan yang bersifat laten, oleh karena itu konflik mempunyai ruang lingkup yang lebih luas daripada sengketa, namun dalam penggunaannya secara ilmiah, khususnya dalam ruang lingkup penelitian hukum, istilah sengketa (*dispute*) telah menjadi istilah baku dalam praktik hukum.³³

Sengketa hukum adalah sengketa yang menimbulkan akibat hukum, baik karena adanya pelanggaran terhadap aturan-aturan hukum positif atau karena adanya benturan dengan hak dan kewajiban seseorang yang diatur oleh ketentuan hukum positif. Ciri khas dari sengketa hukum adalah pemenuhannya (penyelesaiannya) dapat dituntut di hadapan institusi hukum negara (pengadilan/institusi penegak hukum lainnya). Beranekaragam cara dan kreativitas manusia dalam menyelesaikan masalahnya, ada yang menggunakan metode langsung berhubungan dengan pihak lawan sengketanya dan ada pula yang menggunakan jasa atau perantara orang lain atau suatu lembaga tertentu untuk membantu menyelesaikan masalah yang dihadapinya.³⁴

Perselisihan atau sengketa bisa saja berhubungan dengan sejumlah uang, hak-hak, status, gaya hidup, reputasi dan aspek lain dalam kegiatan perdagangan atau tingkah laku pribadi. Sengketa mungkin juga berhubungan dengan masalah yang sederhana atau kompleks dan melibatkan berbagai jenis persoalan, misalnya:

³³ Nurnaningsih Amriani, *Mediasi Alternatif Penyelesaian Sengketa Perdata di Pengadilan*, Raja Grafindo Press, Jakarta 2011, Hlm. 12.

³⁴ Kolopaking, Anita DA, *Asas Itikad Baik Dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak*, Jakarta, Alumni, 2013 Hlm. 8

1. Kenyataan yang mungkin timbul akibat kredibilitas para pihak itu sendiri, atau dari data yang diberikan oleh pihak ketiga termasuk penjelasan-penjelasan tentang kenyataan-kenyataan data tersebut.
2. Masalah hukum yang pada umumnya akibat dari pendapat atau tafsiran menyesatkan yang diberikan oleh para ahli hukum yang terkait.
3. Akibat perbedaan teknis termasuk perbedaan pendapat dari para ahli teknik dan profesionalisme dari para pihak.
4. Perbedaan pemahaman tentang sesuatu hal yang muncul, misalnya dalam penggunaan kata-kata yang membingungkan atau adanya perbedaan asumsi.
5. Perbedaan persepsi mengenai keadilan, konsep keadilan dan moralitas, budaya, nilai-nilai dan sikap.

Adapun yang menjadi pengertian sengketa jika dikaitkan dengan hati nurani manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa, bahwa manusia selalu menginginkan perdamaian, tetapi kenyataannya dalam kehidupan sengketa kian terus terjadi. Hal ini karena adanya keinginan dan hal hal yang mengganggu kenyamanan seseorang sehingga tanpa disadari keinginan atau terganggunya kenyamanan seseorang itulah yang memicu terjadinya sengketa. Karena itu sengketa dapat dikatakan sebagai sesuatu yang membuat timbulnya ketidaknyamanan, tidak tercapainya keinginan yang diharapkan oleh seseorang tersebut.

35

³⁵ Kolopaking, Anita DA, *Asas Itikad Baik Dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak*, Jakarta, Alumni, 2013. Hlm.10

B. Bentuk Penyelesaian Sengketa

Penyelesaian sengketa dapat dilakukan melalui 2 proses. Proses penyelesaian sengketa melalui Litigasi (di dalam pengadilan) dan proses penyelesaian sengketa Non Litigasi (di luar pengadilan).

1. Penyelesaian Sengketa Di dalam pengadilan

Proses penyelesaian sengketa melalui litigasi diatur dalam Hukum Acara Perdata. Menurut Wirjono Prodjodikro, hukum acara perdata ialah rangkaian peraturan yang memuat cara bagaimana orang harus bertindak terhadap dan dimuka pengadilan dan cara bagaimana pengadilan itu harus bertindak satu sama lain untuk melaksanakan berjalannya peraturan hukum perdata. Hukum acara perdata juga disebut hukum perdata formil, yaitu semua kaidah hukum yang menentukan dan mengatur cara bagaimana melaksanakan hak-hak dan kewajiban-kewajiban perdata sebagaimana yang diatur dalam hukum perdata formil.³⁶

Menurut sejarahnya, pembagian hukum perdata materiil dan hukum perdata formil didasarkan pada Mazhab Historis, dipelopori oleh Von Savigny, yang berpendapat bahwa hukum perdata materiil dibagi menjadi 2 (dua) yaitu:

1) Hukum Perdata Materiil dengan Unsur Formil dan Unsur Materiil

Unsur materiil mengatur atau berisi hak dan kewajiban (unsur substansi), sedangkan unsur formil mengatur tentang bagaimana melaksanakannya.

³⁶ Ny.Retnowulan Sutanto dan Iskandar Oeripkartawinata, *Hukum Acara Perdata Dalam Teori Dan Praktek*, Mandar Maju, Bandung, 1997, Hlm 1-2

Contoh: UU No.1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, mengatur hak dan kewajiban suami istri. Hak dan kewajiban suami istri tersebut adalah termasuk unsur materiil, yaitu mengatur tentang wewenang, misalnya hak dari pihak yang dikalahkan. Adapun bagaimana melaksanakan hak dan kewajiban suami istri itu adalah termasuk unsur formil, yaitu bagaimana caranya mengajukan wewenang, misalnya hak yang dikalahkan tersebut.

2) Hukum Perdata Formil dengan Unsur Formil dan Materiil

Unsur materiil berisi atau mengatur hak dan kewajiban (unsur substansi), sedangkan unsur formil mengatur bagaimana cara melaksanakan atau mempertahankan unsur formil.

Proses litigasi menghasilkan kesepakatan yang bersifat adversarial. Yang belum mampu merangkul kepentingan bersama, cenderung menimbulkan masalah baru, lambat dalam penyelesaiannya, membutuhkan biaya yang mahal, tidak responsive, dan menimbulkan permusuhan diantara para pihak.³⁷

Keputusan yang dikeluarkan oleh badan peradilan dapat ditempuh upaya hukum sampai tingkat kasasi ke Mahkamah Agung. Sedangkan dalam perkara perdata di Pengadilan Negeri pihak yang dikalahkan cenderung melakukan upaya hukum baik banding maupun kasasi dengan alasannya masing-masing. Terwujudnya peradilan yang cepat, sederhana dan biaya ringan merupakan dambaan dari setiap pencari keadilan dimanapun. Asas tersebut terkandung dalam Undang-Undang No. 14 tahun 1970 jo. Undang-Undang No. 35 tahun 1999 yang kemudian diganti dengan undang-undang No. 4 tahun 2004 tentang Kekuasaan

³⁷ Susanti Adi Nugroho, *Mediasi Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Telaga Ilmu Indonesia, Jakarta selatan, 2009, Hlm. 1

Kehakiman, permasalahannya apakah hal tersebut dapat dicapai mengingat panjangnya proses yang harus dilalui oleh pencari keadilan, di sisi lain hak-hak pihak yang digugat pun harus dilindungi sepenuhnya dengan cara memberikan kesempatan yang seluas-luasnya untuk membuktikan sebaliknya, dan perjalanan perkara akan semakin berlarut-larut manakala kedua belah pihak menggunakan haknya sebagaimana diatur dalam Pasal 21 dan 22 Undang-undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman “bahwa semua putusan Pengadilan Negeri kecuali ditentukan lain oleh undang-undang, dapat dimintakan banding dan seterusnya dapat pula dimintakan kasasi bahkan peninjauan kembali”. Sehingga untuk mencapai hal tersebut diatas tidak ada jalan lain selain memberikan kesadaran sepenuhnya kepada kedua belah pihak tentang kerugian yang akan ditimbulkan dengan bersengketa yang berkepanjangan.³⁸

Proses penyelesaian sengketa melalui proses litigasi (pengadilan) cenderung menghasilkan masalah baru karena sifatnya yang “win-lose”, penyelesaian sengketa di luar pengadilan dipandang sebagai proses beracara yang lebih cepat dan efisien. Proses penyelesaian sengketa di luar pengadilan ini dinamakan alternatif penyelesaian sengketa. Alternatif Penyelesaian Sengketa berkembang dilatar belakang karena untuk mengurangi kemacetan yang ada di pengadilan. Mediasi merupakan salah satu Alternatif Penyelesaian Sengketa yang dipandang menyelesaikan sengketa dengan tujuan “win-win solution”.³⁹

³⁸ Ainal Mardhiah, *Penyelesaian Sengketa melalui Mediasi Berdasarkan Perma No. 1 Tahun 2008*, Kanun Jurnal Ilmu Hukum, No.53, April, 2011. Hlm.2

³⁹ Septi Wulan Sari, *Mediasi Dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016*. AHKAM, Volume 5, Nomor 1, Juli 2017: Hlm.5

Mediasi merupakan suatu persyaratan yang termasuk dalam bagian dari hukum acara tetapi dalam hal pelaksanaan mediasi, terintegrasi dengan sistem peradilan sendiri terdiri dari beberapa model tergantung dari siapa yang menjadi mediator. Mediasi berdasarkan prosedurnya dibagi atas dua yaitu; Mediasi yang dilakukan di luar Pengadilan (UU No 30 tahun 1999) dan Mediasi yang dilakukan di Pengadilan (Pasal 130 HIR/ 154 RBg jo PERMA No. 1 Tahun 2016). Mediasi yang dilakukan di luar Pengadilan dilakukan oleh para pihak tanpa ada adanya proses perkara di Pengadilan, hasil kesepakatan yang diperoleh dari proses mediasi di luar Pengadilan dapat diajukan ke pengadilan untuk mendapat pengukuhan sebagai akta perdamaian yang memiliki kekuatan selayaknya putusan hakim yang berkekuatan hukum tetap. Sedangkan mediasi yang dilakukan di pengadilan adalah proses mediasi yang dilakukan oleh sebab adanya gugatan perdata di pengadilan.⁴⁰

Dalam model yang pertama, negara-negara yang menjadi pelopor pengembangan mediasi modern, seperti Amerika Serikat, Inggris dan Australia, mengutamakan kalangan profesi (non hakim) untuk menjadi mediator, para pihak biasanya memilih mediator sesuai dengan perkara atau sengketa yang akan diselesaikan. Untuk menjadi mediator mereka harus mengikuti pelatihan sertifikasi untuk memenuhi standar profesi mediator yang berbeda-beda di setiap negara.

Model selanjutnya mengkombinasikan keahlian yang dimiliki oleh hakim dan profesional sesuai sengketa yang dipersengketakan, profesional dalam hal ini

⁴⁰ 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 dalam pengadilan*, Alfabeta, Bandung, Hlm 18

adalah berbagai latar belakang profesi seperti pengacara, psikolog, pekerja sosial atau pensiunan hakim. Dalam teori mediasi ini dikenal dengan nama co-mediator dimana mediator lebih dari satu saling bekerja sama dan membagi tugas dalam proses mediasi, terutama dalam menangani kasus yang kompleksitasnya tinggi. Dan model yang ketiga adalah peran hakim yang menjadi aktor utama dalam penyelesaian sengketa. Peran hakim yang berperan Ganda dalam sebagai mediator dalam teori mediasi disebut dengan mediator yudisial (*Judicial mediator*) model ketiga ini banyak dilakukan di pengadilan dalam penyelesaian suatu perkara karena mayoritas peran mediator dilaksanakan oleh hakim. Hal ini disebabkan beberapa faktor, yaitu:

1. Para pihak tidak perlu membayar biaya jasa tambahan, tidak seperti memilih non-hakim yang bisa mengenakan biaya jasa
2. Hakim dianggap memiliki pengalaman dan pengetahuan luas
3. Wibawa dan otoritas yang dimiliki oleh hakim
4. Efisiensi waktu karena hakim dianggap sudah mengetahui prosedur dan tehnik penyelesaian sengketa di pengadilan, khususnya sejak revisi PERMA Mediasi 2008 yang membolehkan anggota majelis hakim yang memeriksa perkara untuk menjadi mediator dalam kasus tersebut.⁴¹

2. Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan

Penyelesaian sengketa di luar pengadilan atau yang dalam literatur asing disebut dengan istilah Alternative Dispute Resolution (ADR) sebenarnya sudah lama dikenal terutama di Amerika Serikat. Menurut Stephen B. Goldberg, yang

⁴¹ Devanry Tamalawe, *Efektivitas Mediasi Sebagai Bagian Dari Bentuk Pencegahan Perceraian Menurut Hukum Acara Perdata*, Lex Crimen Vol. V No. 3. Maret 2016, Hlm 232

menjadi latar belakang dan sekaligus tujuan munculnya mekanisme alternatif penyelesaian sengketa ini antara lain:

1. Untuk mengurangi penumpukan perkara di pengadilan (*court congestion*).
2. Untuk meningkatkan keterlibatan dan otonomi masyarakat dalam proses penyelesaian sengketa
3. Untuk memperlancar dan memperluas akses kepada keadilan.
4. Untuk memberi kesempatan bagi tercapainya penyelesaian sengketa yang menghasilkan keputusan yang dapat diterima oleh semua pihak

Pada umumnya, asas-asas yang berlaku pada Alternatif Penyelesaian Sengketa sebagai berikut.

- 1) Asas Itikad baik, yakni keinginan dari para pihak untuk menentukan penyelesaian sengketa yang akan maupun sedang mereka hadapi.
- 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 diatur oleh para pihak dalam perjanjian tersebut selama tidak bertentangan dengan UU dan kesusilaan. Hal ini berarti pula kesepakatan mengenai tempat dan jenis penyelesaian sengketa yang akan dipilih.

- 5) Asas Kerahasiaan, yakni penyelesaian sengketa tidak dapat disaksikan oleh orang lain Karena hanya pihak yang bersengketa yang dapat menghadiri jalannya pemeriksaan atas suatu sengketa.⁴².

Mediasi di luar pengadilan di Indonesia dipayungi oleh Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, hal ini dapat dilihat pada Pasal 6 berbunyi:

1. Sengketa atau beda pendapat dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada iktikad baik dengan menyampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri.
2. Penyelesaian sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas hari) dan hasilnya dituangkan dalam kesepakatan tertulis.
3. Dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) tidak dapat diselesaikan maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang mediator.
4. Apabila para pihak tersebut dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dengan bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang mediator tidak berhasil mencapai kata sepakat, atau mediator tidak berhasil mempertemukan kedua belah pihak, maka para pihak dapat menghubungi

⁴² Jimmy Joses Sembiring, *Cara Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Visi Media, Jakarta Selatan, 2011, Hlm.10-12

sebuah lembaga arbitrase atau lembaga Alternatif Penyelesaian Sengketa untuk menunjuk seorang mediator.

5. Setelah menunjuk mediator atau lembaga arbitrase atau lembaga alternatif penyelesaian sengketa, dalam waktu paling lama 7 (tujuh) hari usaha mediasi sudah harus dapat dimulai.
6. Usaha penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui mediator sebagaimana dimaksud dalam ayat (5) dengan memegang teguh kerahasiaan, dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari harus tercapai kesepakatan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak yang terkait.
7. Kesepakatan penyelesaian sengketa atau beda pendapat secara tertulis adalah final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dengan iktikad baik serta wajib didaftarkan di pengadilan negeri dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak penandatanganan.
8. Kesepakatan penyelesaian sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam ayat (7) wajib selesai dilaksanakan dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak pendaftaran.
9. Apabila usaha perdamaian sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) sampai dengan ayat (6) tidak dapat dicapai, maka para pihak berdasarkan kesepakatan secara tertulis dapat mengajukan usaha penyelesaiannya melalui lembaga arbitrase atau arbitrase ad hoc.⁴³

⁴³ Pasal 6 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan melalui perundingan yang melibatkan pihak ketiga (mediator) yang bersikap netral (*non intervention*) dan tidak berpihak (*impartial*) kepada pihak-pihak yang bersengketa serta diterima kehadirannya oleh pihak-pihak yang bersengketa. Mediator tersebut bertugas hanya membantu pihak-pihak yang bersengketa dalam menyelesaikan masalahnya dan tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan atau hanya bertindak sebagai fasilitator untuk membantu dan menemukan solusi terhadap para pihak yang bersengketa saja. Hasil kesepakatan tersebut selanjutnya dituangkan sebagai kesepakatan bersama. Pengambilan keputusan tidak berada ditangan mediator, akan tetapi berada di tangan pihak yang bersengketa. Proses penyelesaian sengketa melalui mediasi ini juga efektif bagi sengketa-sengketa yang melibatkan banyak pihak atau masyarakat, seperti sengketa perusakan lingkungan, pembebasan tanah, perburuhan, perlindungan konsumen dan sebagainya.⁴⁴

Selain keberadaan para pihak, juga sangatlah penting peran seseorang mediator. Mediator memiliki peran yang sangat penting bagi keberhasilan suatu mediasi. Christopher W Moore membagi mediator kedalam 3 tipologi, yaitu:

1. **Social Network Mediator**, yakni orang-orang yang oleh pihak dikenal baik dan dapat dipercaya oleh para pihak yang bertikai. Esensinya adalah untuk mempertahankan keserasian atau hubungan baik dalam sebuah komunitas karena mediator dan para pihak menjadi bagian didalamnya.

⁴⁴ Siti Nurbaiti, *Mediasi: Salah satu Alternatif Penyelesaian Sengketa Asuransi di Indonesia*, Jurnal Hukum Prioris, Volume 2, Nomor 1, September 2008, Hlm. 33

2. **Social Network Mediator**, yakni orang-orang yang oleh pihak dikenal baik dan dapat dipercaya oleh para pihak yang bertikai. Esensinya adalah untuk mempertahankan keserasian atau hubungan baik dalam sebuah komunitas karena mediator dan para pihak menjadi bagaian didalamnya.
3. **Independent Mediators**, mediator yang menjaga jarak terhadap pihak yang bersengketa atau menjaga jarak dengan persoalan yang dihadapi. Mediator tipe ini banyak ditemukan dalam masyarakat yang telah mengembangkan tradisi kemandirian dan telah menghasilkan mediator professional. Tipologi mediator mandiri adalah mediator yang menjaga jarak antara pihak maupun dengan persoalan yang tengah dihadapi oleh para pihak.

Seorang mediator diwajibkan bertindak toleran, sabar, siap mendengar dan piawai dalam mentransformasikan informasi dan pikiran. Seseorang pengacara yang akan berpraktek sebagai mediator juga harus memiliki pengetahuan dalam mendengar untuk membedakan antara fakta dan pendapat emosional suatu pihak. Setidaknya menurut Komisi SPIDR (*The Society of Professionals in Dispute Resolution*) menetapkan kriteria seorang mediator sebagai berikut:

1. Memiliki kemampuan untuk menegosiasikan proses dan menerangkan proses
2. Kemampuan untuk mendapatkan kepercayaan dan menjaga hubungan
3. Kemampuan untuk menetapkan posisi dan keinginan para pihak sesuai dengan kemauan dan tujuan
4. Kemampuan untuk memahami permasalahan dan hal ini yang tidak terselesaikan

5. Kemampuan untuk membantu para pihak menemukan jalan keluar atau alternatif pilihan lain
6. Kemampuan untuk menolong memahami prinsipil masalah dan menolong mereka untuk memberikan keputusan
7. Kemampuan untuk menolong para pihak mengukur alternatif yang tidak dapat terselesaikan
8. Kemampuan untuk menolong para pihak mengerti akan pilihan serta menginformasikan kepada pihak lain.
9. Kemampuan untuk memberikan penegertian apakah keputusan mereka dapat kelak dilaksanakan atau tidak.

Di samping itu penyelesaian sengketa para pihak di luar Pengadilan secara Mediasi apabila tidak diajukan ke pengadilan yang berwenang untuk memperoleh akta perdamaian, jika salah satu pihak mengingkari hasil kesepakatan Mediasi tersebut, maka upaya hukum yang dapat ditempuh adalah melakukan gugatan wanprestasi, karena kesepakatan damai tanpa akta perdamaian dari Pengadilan status hukumnya adalah sebagai perjanjian bagi para pihak.⁴⁵

C. Pengertian Mediasi

Secara etimologi (bahasa) mediasi berasal dari bahasa latin yaitu “mediare” yang berarti ditengah atau berada ditengah, karena orang yang melakukan mediasi (mediator) harus menjadi penengah orang yang bertikai.⁴⁶ Dalam Kamus Besar

⁴⁵ Rika Lestari, *Perbandingan Hukum Penyelesaian Sengketa Secara Mediasi di Pengadilan dan di Luar Pengadilan Indonesia*, Volume 2 Jurnal Hukum, Hlm.231

⁴⁶ Rachmadi Usman, *Pilihan Penyelesaian Sengketa di Luar Pengadilan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003, Hlm. 79

Bahasa Indonesia, kata ‘mediasi’ diberi arti sebagai proses pengikutsertaan pihak ketiga dalam penyelesaian suatu perselisihan sebagai penasehat.⁴⁷

Mediasi adalah suatu proses yang bersifat pribadi, rahasia (tidak terekspos keluar) dan kooperatif dalam menyelesaikan masalah. Karena mediator selaku pihak ketiga yang tidak memihak membantu para pihak (perorangan atau lembaga) yang bersengketa dalam menyelesaikan konflik dan menyelesaikan atau mendekatkan perbedaan-perbedaannya. Mediasi adalah cara yang praktis, relatif tidak formal seperti proses di pengadilan. Dalam banyak kasus, mediasi adalah lebih murah daripada melalui proses penyelesaian melalui pengadilan.⁴⁸

Mediasi menurut Christopher W Moore, adalah intervensi terhadap suatu sengketa atau negosiasi oleh pihak ketiga yang dapat diterima, tidak berpihak dan netral yang tidak mempunyai kewenangan untuk mengambil keputusan dalam membantu para pihak yang berselisih dalam upaya mencapai kesepakatan secara sukarela dalam penyelesaian permasalahan disengketakan. Secara umum mediasi dapat diartikan penyelesaian sengketa para pihak dengan kesepakatan bersama melalui mediator yang bersikap netral, dan tidak berpihak membuat keputusan atau kesimpulan bagi para pihak tetapi menunjang fasilitator untuk terlaksananya dialog antar pihak dengan suasana keterbukaan, kejujuran dan tukar pendapat untuk tercapainya mufakat.⁴⁹

⁴⁷ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, Kamus Besar Bahasa Indonesia, Jakarta: Balai Pustaka, 2000, Hlm. 640.

⁴⁸ Rika Lestari, *Perbandingan Hukum Penyelesaian Sengketa Secara Mediasi di Pengadilan dan di Luar Pengadilan Indonesia*, Volume 2 Jurnal Hukum, Hlm 220

⁴⁹ Susanti Adi Nugroho, Op-cit. Hlm.20

Mediasi menurut Kimberlee K. Kovach :"*Facilitated negotiation, it is a process by which a neutral third party, the mediator, assists disputing parties in reaching a mutually satisfactory resolution*"

Mediasi menurut Mark E. Roszkowski: "*Mediation is relatively informal process in which a neutral third party, the mediator, helps to resolve a dispute. In many respect, therefore, mediator can be considered as structured negotiation in which the mediator facilitates the process*"

Adapun pengertian yang cukup luas disampaikan oleh Gary Goodpaster sebagai berikut: Mediasi merupakan proses negosiasi pemecahan masalah dimana pihak luar yang tidak memihak dan netral bekerja dengan pihak yang bersengketa untuk membantu mereka memperoleh kesepakatan perjanjian dengan memuaskan. Berbeda dengan hakim atau Arbiter, mediator tidak mempunyai wewenang untuk memutuskan sengketa antara para pihak. Namun, dalam hal ini para pihak menguasai kepada mediator untuk membantu mereka menyelesaikan persoalan-persoalan diantara mereka.⁵⁰

Dalam PERMA No.1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi Di Pengadilan. Mediasi adalah cara penyelesaian sengketa melalui proses perundingan untuk memperoleh kesepakatan Para Pihak dengan dibantu oleh Mediator.⁵¹

Dalam UU No.30 Tahun 1999 pengertian mediasi terdapat dalam Pasal 6 ayat (3) "Dalam hal sengketa atau beda pendapat sebagaimana dimaksud dalam

⁵⁰ Septi Wulan Sari, *Mediasi Dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 2016*. AHKAM, Volume 5, Nomor 1, Juli 2017, Hlm.8

⁵¹ PERMA No.1 Tahun 2016 Tentang Prosedur Mediasi Di Pengadilan

ayat (2) tidak dapat diselesaikan maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa atau beda pendapat diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih penasihat ahli maupun melalui seorang mediator.” Mediasi merupakan proses kegiatan sebagai kelanjutan dari gagalnya negosiasi yang dilakukan oleh para pihak menurut ketentuan Pasal 6 ayat (3) Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999. Akan tetapi undang-undang ini tidak memberikan rumusan definisi yang jelas mengenai mediasi ataupun mediator.⁵²

Mediasi menurut Pasal 1 ayat (4) SK No.001/SK-BMAI/09.2006 tentang Proses Penanganan Sengketa melalui Mediasi dan/atau Ajudikasi: "Mediasi adalah proses penyelesaian sengketa melalui upaya musyawarah dan mufakat antara pemohon dan anggota yang difasilitasi oleh mediator".⁵³

Mediasi dalam hukum Islam dikenal dengan istilah Ash-shullh, yang artinya perdamaian atau upaya damai. Dan jika dipelajari dengan seksama ketetapan Allah dan Ketentuan Rasul-Nya mengenai mediasi yang terdapat dalam Al-Qur'an dan kitab-kitab hadis yang shahih, kita segera dapat mengetahui tujuan Hukum Islam. Secara umum sering dirumuskan bahwa tujuan Hukum Islam adalah kebagiaan hidup manusia didunia dan diakhirat kelak, dan kemaslahatan hidup manusia, baik jasmani, rohani, individual dan sosial.⁵⁴

⁵² Rika Lestari, *Perbandingan Hukum Penyelesaian Sengketa Secara Mediasi di Pengadilan dan di Luar Pengadilan Indonesia*, Volume 2 Jurnal Hukum, Hlm 220

⁵³ Hj. Siti Nurbaiti, *Mediasi Salah Satu Alternatif Penyelesaian Sengketa Asuransi Di Indonesia*, Jurnal Hukum Prioris, Volume 2, Nomor 1, September 2008. Hlm. 31-32

⁵⁴ Muhammad D.Ali, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, rajawali pers, Jakarta, Hlm.61

Mendamaikan dalam Islam terdapat pula dalam Firman Allah surah al-Nisā' [4] ayat 128. Ayat ini menjelaskan tentang perdamaian dalam sengketa perkawinan, dengan menyebutkan bahwa mewujudkan perdamaian antara suami isteri yang bersengketa akan lebih baik daripada membiarkannya. Merujuk pada surah al-Nisā' [4]: 128 dan Al-Hujarāt [49]: 10, Islam mengajarkan agar pihak-pihak yang bersengketa melakukan perdamaian. Perdamaian dilakukan dengan cara musyawarah dan negosiasi oleh pihak-pihak yang bersengketa (langsung atau tidak langsung) untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka.⁵⁵

Selain itu, terdapat juga landasannya dalam Hadits yang diriwayatkan oleh al-Turmudzi sebagai berikut: *“Perdamaian itu boleh diadakan dilakukan di antara sesama muslim kecuali perdamaian yang diharamkan yang halal dan menghalalkan yang haram.”*

Mendamaikan juga terdapat dalam perkataan ‘Umar ibn al-Khaṭṭāb yang mengatakan, *“Kembalikanlah penyelesaian perkara di antara sanak keluarga sehingga mereka dapat mengadakan perdamaian, karena sesungguhnya penyelesaian pengadilan itu menimbulkan rasa tidak enak.”*⁵⁶

D. Prinsip-Prinsip Dasar Dalam Mediasi

Dalam berbagai literatur ditemukan sejumlah prinsip mediasi. Prinsip dasar (*basic principle*) adalah landasan filosofis dari diselenggarakannya kegiatan mediasi. Prinsip atau filosofi ini merupakan kerangka kerja yang harus diketahui

⁵⁵ *Ibid* Hlm. 83-84

⁵⁶ Departemen Agama RI, *Kompilasi Hukum Acara Menurut Syariat Islam II*, Jakarta: Proyek Pembinaan Badan Peradilan Agama, 1985, Hlm. 99.

oleh mediator, sehingga dalam menjalankan mediasi tidak keluar dari arah filosofi yang melatarbelakangi lahirnya institusi mediasi.⁵⁷

David Spencer dan Michael Brogan merujuk pada pandangan Ruth Carlton tentang lima prinsip dasar mediasi. Lima prinsip ini dikenal dengan lima dasar filsafat mediasi. Kelima prinsip tersebut adalah; prinsip kerahasiaan (*confidentiality*), prinsip sukarela (*volunteer*) prinsip pemberdayaan (*empowerment*), prinsip netralitas (*neutrality*), dan prinsip solusi yang unik (*a unique solution*).⁵⁸

Prinsip pertama mediasi adalah kerahasiaan atau *confidentiality*. Kerahasiaan ini artinya adalah bahwa hanya para pihak dan mediator yang menghadiri proses mediasi, sedangkan pihak lain tidak diperkenankan untuk menghadiri sidang mediasi. Kerahasiaan dan ketertutupan ini juga sering kali menjadi daya tarik bagi kalangan tertentu, terutama para pengusaha yang tidak menginginkan masalah yang mereka hadapi dipublikasikan di media massa. Sebaliknya jika sengketa dibawa ke proses litigasi atau pengadilan, maka secara hukum sidang-sidang pengadilan terbuka untuk umum karena keterbukaan itu merupakan perintah ketentuan undang-undang.⁵⁹

Prinsip kedua, *volunteer* (sukarela). Masing-masing pihak yang bertikai datang ke mediasi atas keinginan dan kemauan mereka sendiri secara sukarela dan

⁵⁷ John Michael Hoynes, Cretchen L. Haynes dan Larry Sun Fang, *Mediattion: Positive Conflict Management*, (New York: SUNY Press, 2004), Hlm. 16. Sebagaimana dikutip oleh Syahrizal, Abbas...Op.Cit. Hlm 28.

⁵⁸ Syahrizal Abbas...Op.Cit. Hlm 28-30.

⁵⁹ Takdir Rahmadi, *Mediasi penyelesaian sengketa melalui pendekatan mufakat*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, Hlm. 22.

tidak ada paksaan dan tekanan dari pihak-pihak lain atau pihak luar. Prinsip kesukarelaan ini dibangun atas dasar bahwa orang akan mau bekerja sama untuk menemukan jalan keluar dari persengketaan mereka, bila mereka datang ketempat perundingan atas pilihan mereka sendiri.

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

Prinsip keempat, netralitas (*neutrality*). Di dalam mediasi, peran seorang mediator hanya memfasilitasi prosesnya saja, dan isinya tetap menjadi milik para pihak yang bersengketa. Mediator hanyalah berwenang mengontrol proses berjalan atau tidaknya mediasi. Dalam mediasi, seorang mediator tidak bertindak layaknya seorang hakim atau juri yang memutuskan salah atau benarnya salah satu pihak atau mendukung pendapat dari salah satunya, atau memaksakan pendapat dan penyelesaiannya kepada kedua belah pihak.

Prinsip kelima, solusi yang unik (*a unique solution*). Bahwasanya solusi yang dihasilkan dari proses mediasi tidak harus sesuai dengan standar legal, tetapi dapat dihasilkan dari proses kreativitas. Oleh karena itu, hasil mediasi mungkin

akan lebih banyak mengikuti keinginan kedua belah pihak, yang terkait erat dengan konsep pemberdayaan masing-masing pihak.⁶⁰

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa mediasi memiliki karakteristik yang merupakan ciri pokok yang membedakan dengan penyelesaian sengketa yang lain. Karakteristik tersebut dapat dirumuskan sebagai berikut

1. 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.
2. Secara singkat mediasi dapat dianggap sebagai suatu proses pengambilan keputusan dengan bantuan pihak tertentu (*facilitated decision-making* atau *facilitated negotiation*).
3. 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

E. Pengertian Itikad Baik

Didalam Kamus Besar Bahasa Indonesia kata “*itikad*” diartikan sebagai maksud yang baik. Secara gramatikal saja, tanpa ditambah dengan kata – kata “*baik*”, kata “*itikad*” itu sendiri telah memiliki arti maksud yang baik. Maksud yang baik mengandung keteguhan jiwa bagi pelakunya untuk mengedepankan kemauan berbuat jujur, layak tanpa ada niat untuk melakukan perbuatan jahat. Sehingga kata itikad, terlebih ditambahkan kata baik dibelakangnya, memiliki arti

⁶⁰ Syahrizal Abbas...Op.Cit. Hlm 29-30.

yang sangat dalam, jika dikaitkan dengan kemauan, niat, hati seseorang yang hendak melakukan sebuah perbuatan hukum. Itikad baik merupakan ruh dalam memahami, melahirkan dan melaksanakan suatu perbuatan.⁶¹

Simposium Hukum Perdata Nasional yang diselenggarakan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) menentukan bahwa itikad baik hendaknya diartikan sebagai berikut:

1. Kejujuran dalam membuat kontrak;
2. Pada tahap pembuatan ditekankan, apabila kontrak dibuat di hadapan pejabat, para pihak dianggap beritikad baik (meskipun ada juga pendapat yang menyatakan keberatannya);
3. Sebagai kepatutan dalam tahap pelaksanaan, yaitu terkait suatu penilaian baik terhadap perilaku para pihak dalam melaksanakan apa yang telah disepakati dalam kontrak, sematamata bertujuan untuk mencegah perilaku yang tidak patut dalam pelaksanaan kontrak tersebut.

Sebagaimana ketentuan yang diatur dalam Pasal 1338 ayat (3) KUHPerdara yang menyebutkan bahwa: “*Suatu perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik*”. Pasal ini memberi makna bahwa perjanjian yang telah disepakati oleh para pihak harus memperhatikan asas itikad baik sesuai kepatutan dan keadilan. Oleh karena itu, meskipun PPJB masih merupakan perjanjian pendahuluan, tetap harus

⁶¹ Anita DA, Kolopaking, *Asas Itikad Baik Dalam Penyelesaian Sengketa Kontrak Melalui arbitrase*, PT. Alumni, Bandung, 2013, Hlm. 7

menerapkan asas itikad baik (baik dalam substansi perjanjian maupun dalam pelaksanaan perjanjian).⁶²

Dalam Pasal 1338 ayat (3) dikenal dua bentuk itikad baik, sebagaimana disampaikan oleh Subekti:

1. Itikad Baik secara subjektif maknanya adalah kejujuran, dan kejujuran harus ada sebelum perjanjian dilaksanakan oleh para pihak.
2. Itikad Baik secara objektif adalah kepatutan dan berada pada tahap kontraktual. Hal ini terjadi karena masa kontraktual perjanjian berisi hak dan kewajiban yang harus dilaksanakan dengan itikad baik pula.

Pemikiran tentang Itikad baik harus meliputi keseluruhan tahap perjanjian, dimana Itikad baik hendaknya diartikan:

1. Kejujuran pada waktu membuat perjanjian
2. Pada tahap pembuatan ditekankan, apabila perjanjian dibuat dihadapan pejabat, para pihak dianggap beritikad baik.
3. Sebagai kepatuhan dalam tahap pelaksanaan, yaitu terkait suatu penilaian terhadap perilaku para pihak dalam melaksanakan apa yang telah disepakati dalam perjanjian, semata-mata bertujuan untuk mencegah yang tidak patut dalam pelaksanaan perjanjian tersebut.⁶³

Pasal 530 KUHPerdara mengatur itikad baik dalam kaitannya dengan bezit yaitu kedudukan menguasai atau menikmati suatu barang yang ada dalam

⁶² Novalia Arnita Simamora, *Asas Itikad Baik Dalam Perjanjian Pendahuluan (Voor Overeenkomst) Pada Perjanjian Pengikatan Jual Beli Rumah*, USU Law Journal, Vol.3.No.3, November 2015. Hlm.90

⁶³ Aris Setyo Nugroho, *Penerapan Asas Itikad Baik pada Fase Pra Kontak Dalam Hukum Civil Law dan Common Law*, Jurnal Repertorium, Edisi 1, Januari-Juni 2014. Hlm.76-78

kekuasaan seseorang secara pribadi atau dengan perantara orang lain, seakan – akan barang itu miliknya sendiri.

Pasal 1339 KUHPerdota, menggunakan itikad baik dalam arti kepatutan, *“suatu perjanjian tidak hanya mengikat untuk hal – hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya, tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat perjanjian diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau Undang – undang”*.⁶⁴



⁶⁴ Soimin, Soedharyo, Kitab Undang Undang Hukum Perdata (KUH Per), Sinar Grafika, Jakarta 1996 Hlm.162 - 332